

[1]

(الجزء السابع عشر من) كتاب المبسوط لشمس الدين السرخسي وكتب طاهر الرواية أتت * سنا وبالأصول أيضا سميت صنفها محمد الشيباني * حرر فيها المذهب النعماني الجامع الصغير والكبير * والسير الكبير والصغير ثم الزيادات مع المبسوط * تواترت بالسند المضبوط ويجمع الست كتاب الكافي * للحاكم الشهيد فهو الكافي أقوى شروحه الذي كالشمس * مبسوط شمس الامة السرخسي (تنبيه) قد باشر جمع من حضرات أفاضل العلماء تصحيح هذا الكتاب بمساعدة جماعة من ذوي الدقة من أهل العلم والله المستعان وعليه التكلان دار المعرفة بيروت - لبنان

[2]

بسم الله الرحمن الرحيم (باب الرجوع عن الشهادة في الطلاق والنكاح)
(قال رحمه الله وإذا شهد رجل وامرأتان علي طلاق امرأة ورجل وامرأتان علي دخوله بها فقصي القاضي بالصدّاق والطلاق ثم رجعوا فعلى شهود الدخول ثلاثة أرباع المهر وعلى شهود الطلاق ربع المهر) لان شهود الطلاق ألزموه نصف المهر بدليل أنهم لو انفردوا قضى القاضي على الزوج بنصف المهر وشهود الدخول ألزموه جميع المهر بدليل أنهم لو انفردوا قضى القاضي عليه بجميع المهر فنصف المهر اختص بشهود الدخول بايجابه على الزوج فعند الرجوع ضمانه عليهم ونصف المهر اشتركوا فيه فضمنانه عند الرجوع على كلا الفريقين نصفان فان (قيل لا كذلك بل جميع المهر واجب على الزوج بالعقد فما ألزمه واحد من الفريقين شيأ من المهر بما شهدوا به (قلنا) نعم وجب جميع المهر بالعقد ولكن بمقابلة البضع على أنه قوت تسليم البضع على وجه لا ينتهي به النكاح فلا شيء على الزوج منه وقد تحقق ذلك بالفرقة بينهما ولولا شهادة شهود الطلاق لم يكن عليه نصف المهر ولولا شهادة شهود الدخول لم يكن عليه جميع المهر ولكنهما حين شهدا بوجود التسليم قبل ظهور الفرقة فكأنهما ألزماه جميع المهر وحين شهدا الآخران بالفرقة قبل التسليم مضافا إلى الزوج فكأنهما ألزماه نصف المهر فيجب ضمان ذلك عند الرجوع عليهم لأنهم حالوا بينه وبين المهر بشهادتهم فكلهم غصبوه ذلك أحد الفريقين النصف والفريق الآخر الكل. ولو رجع شاهد الدخول وحده ضمن ربع المهر لان النصف الذي اختص شهود الدخول بالزامه بقي فيه امرأتان على الشهادة وبقائهما يبقى نصف ذلك النصف فيجب على الراجع نصف ذلك النصف وفي النصف الآخر قد بقي على الشهادة حجة تامة ولو رجع شاهد الطلاق وحده لم يضمن شيأ لان في النصف الذي لزم بشهادة شهود الطلاق قد بقي على الشهادة حجة كاملة ولو رجع شهود الدخول كلهم ضمنوا النصف لان النصف الآخر قد بقي على الشهادة حجة كاملة ولو كان شهود

الطلاق هم الذين رجعوا لم يضمنوا شيئاً لأنه بقي على الشهادة بجميع
المهر حجة تامة وهم شهود الدخول ولو رجعت امرأة من شهود الطلاق
وامرأة من شهود الدخول فعلى الراجعة من شهود الدخول ثمن المهر لان
النصف الذى اختص به شهود الدخول بقى على الشهادة فله رجل وامرأة
فبقى الحجة في ثلاثة أرباعه بتفاوتهما ويجب على الراجعة ربع ذلك
النصف ولا ضمان على شاهد الطلاق لأنه بقي على الشهادة في ذلك
النصف حجة كاملة بعد رجوعها. ولو شهد شاهدان أنه طلق امرأته واحدة
وآخران أنه طلقها ثلاثاً ولم يكن دخل بها فقضى بالفرقة وبنصف المهر
لها ثم رجعوا جميعاً فضمنان نصف المهر على شهود الثلث ولا ضمان على
شهود الواحدة لان أصحاب الثلث هم الذين قطعت بشهادتهم (ألا ترى) انها
لا تحل له قبل الزوج ومعنى هذا ان بالثلث يثبت في المحل صفة الحرمة
وشيء من تلك الحرمة لا يثبت بالواحدة لان حرمة المحل لا تحتمل التجزي
وانما قضى القاضي بحرمة المحل وذلك من موجبات ما شهد به شهود
الثلث خاصة فعرفنا ان القضاء كان بشهادتهم فالضمان عند الرجوع عليهم
وهو نظير ما ذكر بعده ولو شهد شاهدان أنه حلف لا يقربها يوم النحر
وآخران أنه طلقها يوم النحر فابانها القاضي منه ولم يكن دخل بها وألزمه
نصف المهر ثم رجعوا فالضمان على شهود الطلاق دون شهود الايلاء لأنه
انما قضى بالفرقة بشهادة شهود الطلاق دون شهادة شهود الايلاء وهذه
المسألة حجة لابي حنيفة رحمه الله في أن الثلاث غير الواحدة وقد بيناه
فيما إذا شهد أحد الشاهدين بتطليقه والآخر بثلاث. وإذا شهد على رجل أنه
تزوج امرأة على ألف درهم وهى مهر مثلها قضى بذلك ونقدها الألف ثم
رجعا لم يضمن شيئا أبهما كان المدعى في ذلك لأنه ان كانت المرأة هي
المدعية فقد ألزما الزوج الألف وأدخلا في ملكه البضع بمقابلته والبضع
عند دخوله في ملك الزوج متقوم لأنه يملك البضع ومن ضرورة التملك
يقوم المملوك به كالاستيلاء لما كان يملك به الحربى يتقوم به نفسه وقد
بيننا ان الاتلاف بعوض يعدله لا بوجب الضمان ولو كان الزوج هو المدعى
فقد اثبتنا عليه الملك وعوضها بمقابلته ما يعدله وهو الألف فان كان مهر
مثلها خمسمائة وكان الزوج منكراً ضمنا له الفصل لانهما الزماه الألف
وعوضاه ما يتقوم بخمسمائة فقيمة البضع مهر المثل فالخمسمائة الاخرى
أتلفاها عليه بغير عوض وان كان المدعى هو الزوج فلا ضمان عليهما سواء
كان مهر مثلها أقل أو أكثر لانهما أتلفا البضع عليهما بغير عوض دون قيمة
البضع ولكن البضع لا يتقوم على المتلف

وانما يتقوم على المتملك لضرورة التملك فلم يضمن الشاهدان لهما شيئاً
وعند الشافعي رحمه الله يضمنان ما زاد على الألف إلى تمام مهر مثلها
وأصل المسألة ما إذا شهد شاهدان بالتطليقات الثلاث بعد الدخول ثم رجعا
بعد القضاء بالفرقة لم يضمن شيئا عندنا وعند الشافعي رحمه الله يضمنان
للزوج مهر المثل وكذلك ان قتل المرأة رجل لم يضمن القاتل للزوج شيئاً
من المهر عندنا وعند الشافعي يضمن مهر المثل وكذلك لو ارتدت المرأة
بعد الدخول لم يغرم للزوج شيئاً عندنا وعند الشافعي للزوج مهر المثل

على القاتل وعليها وان ارتدت لان البضع متقوم بدليل أنه متقوم عند دخوله في ملك الزوج فيقوم عند خروجه من ملكه أيضا لانه انما يخرج من ملكه عين ما دخل في ملكه فمن ضرورة التقوم في احدى الحالتين التقوم في الحالة الاخرى كملك اليمين فانه يتقوم عند ثبوته ابتداء ويتقوم أيضا عند الازالة بطريق الإبطال وهو العتق حتى يضمن شهود العتق القيمة إذا رجعوا والدليل عليه أن شهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا ضمنوا نصف المهر فلو لم يكن البضع متقوما عند الطلاق لما ضمنوا شيئا وإذا ثبت التقوم قلنا المتقوم مضمون بالاتلاف مالا أو غير مال كالنفس * وحجتنا في ذلك أن البضع غير متقوم بالمال عند الاتلاف لان ضمان الاتلاف يتقدر بالمثل ولا مماثلة بين البضع والمال صورة ومعنى فاما عند دخوله في ملك الزوج المتقوم هو المملوك دون الملك الوارد عليه وكان تقومه لاطهار خطر ذلك المحل حتى يكون مصونا عن الابتدال ولا يملك مجانا فان ما يملكه المرء مجانا لا يعظم خطره عنده وذلك محل له خطر مثل خطر النفوس لان النسل يحصل به وهذا المعنى لا توجد في طرف الازالة فانها لا تتملك على الزوج شيئا ولكن يبطل ملك الزوج عنها (ألا ترى) ان ما هو مشروط لمعنى الخطر عند التملك كالشهود والولى لا يشترط شيئا منه عند الازالة وأن الاب لو زوج ابنه الصغير بماله يصح ذلك ولو خلع ابنته الصغيرة بمالها من زوجها لم يصح ذلك وهذا بخلاف ملك اليمين فهو ملك مال والمال مثل المال صورة ومعنى فعند الاتلاف يضمن بالمال وهذا بخلاف ما إذا شهدا بالطلاق قبل الدخول لانهما لا يغرمان هناك قيمة البضع فقيمة البضع مهر المثل ولا يغرمان شيئا من ذلك عندنا وانما يغرمان نصف الصداق لانهما أكدا على الزوج ما كان على شرف السقوط فان المرأة إذا ارتدت يسقط عنه المهر وكذلك إذا قتلت ابن زوجها فهما أكدا عليه ما كان على شرف السقوط فكانهما ألزماه ذلك هو عبارة المتقدمين رحمهم الله ولا وجه أن

[5]

نقول وقوع الفرقة قبل الدخول مسقط جميع الصداق إذا لم يكن مضافا إلى الزوج ولا كان متهيئا للنكاح للفقهاء الذي ذكرنا في أول الباب فهما باضافة الفرقة منعا العلة المسقطه من أن يعمل عليها في النصف فكانهما ألزما الزوج ذلك النصف بشهادتهما فيضمنان له ذلك عند الرجوع وفي هذا أيضا نوع من التشبه فان الابن إذا أكره امرأة أبيه حتى زنا بها قبل الدخول يغرّم الاب نصف المهر ويرجع به على الابن ولم يوجد منه ما تصير به الفرقة مضافة إلى الاب ولكننا نقول هو باكرأه اياها منع صيرورة الفرقة مضافة إليها وذا موجب نصف الصداق على الاب فكانه ألزمه ذلك وعلى هذا الخلاف شهود العفو عن القصاص إذا رجعوا لم يضمنوا شيئا عندنا وعند الشافعي رحمه الله يضمنون الدية لان القصاص ملك متقوم للولي (ألا ترى) أن القاتل إذا صالح في مرضه على الدية يعتبر ذلك من جميع المال وقد أتلّفوا عليه ذلك بشهادتهم فيضمنون عند الرجوع وان لم يكن مالا كما تضمن النفس بالاتلاف حالة الخطأ ولكننا نقول ملك القصاص كملك البضع للزوج من حيث انه لا يظهر الا في حق الاستيفاء وقد بينا ان ملك البضع غير متقوم وانما المتقوم المحل المملوك فكذلك ملك القصاص الا أن بالصلح القاتل انما يلتزم الدية بمقابلة ما هو من أصول حوائجه فهو محتاج إلى هذا الصلح لابقاء نفسه وحاجته مقدمة على حق الوارث فيعتبر من جميع المال لهذا والمريضة إذا اختلعت فانما التزمت المال لا بمقابلة ما هو من أصول حوائجها فاعتبر من الثلث كذلك ولانه يسلم للقاتل المحل

المملوك وهو نفسه وذلك متقوم وهنا بالطلاق بطل ملك الزوج من غير ان يسلم لها شئ كان قد أشرف على الزوال عنها وقد بينا أنه لا قيمة للملك الوارد على المحل فاما تقوم النفس بالدية عند الاتلاف فللصيانة عن الهدر واظهار خطر المحل وهذا لا يوجد في ملك القصاص فالعفو مندوب إليه فيكون اهداره حسنا بهذا الطريق لان القصاص حياة حكما وفي العفو حياة حقيقة فلا يمكن ايجاب الضمان على المتلف هنا بمعنى الصيانة ولو لم يكن فرض الزوج لها مهرا فشهدا بالطلاق قبل الدخول وقضى القاضى لها بالمتعة ثم رجعا غرما المتعة له لان المتعة في نكاح لا تسمية فيه بمنزلة نصف الصداق في نكاح فيه تسمية فكما أن هناك عند الرجوع يغرمان للزوج ما قضى به القاضى وهو نصف المهر فكذلك هنا يغرمان له ما قضى به القاضى وهو المتعة وزفر رحمه الله يقول في الفصلين لا يغرمان شيئا لان جميع المهر وجب على الزوج بالعقد وانما يسقط عنه نصفه بالطلاق قبل الدخول فهما

[6]

أسقطا عنه البعض وما أوجبا عليه شيئا وانما ضمنا فانما ينبغي أن يضمننا لها لانهما أتلفا ملكها في بعض الصداق وفيما قررنا جواب عن كلام زفر رحمه الله ولو شهد شاهدان على رجل أنه تزوج امرأة على الف والزوج يجحد ومهر مثلها خمسمائة وشهد آخران أنه طلق قبل الدخول فقضى بذلك ثم رجعوا فعلى شاهدي النكاح مائتان وخمسون لان ما زاد علي الخمسمائة إلى تمام الف ألزمه شهود العقد من غير عوض بمقابلته وقد سقط عنه نصف ذلك بالطلاق وبقي النصف فيغرمان له ذلك عند الرجوع وذلك مائتان وخمسون ومقدار الخمسمائة ألزمه بعوض فلا ضمان عليهما في ذلك ولكن شهود الطلاق قبل الدخول كأنهما ألزمه نصف ذلك النصف تمنعهما العلة المسقطة من أن يعمل عملها حين أضافا الفرقة إلى الزوج فيضمنان ذلك عند الرجوع ولو شهد آخران أيضا بالدخول فالزمه القاضى الف درهم ثم رجعوا فعلى شاهدي النكاح خمسمائة الفضل على مهر مثلها لانهما ألزمه ذلك بغير عوض وأما الخمسمائة الاخرى ألزمه بعوض يعدله فلا يضمنان له شيئا من ذلك ولكن بقى في ذلك شاهدا الدخول وشاهدا التطليق فثلاثة أرباعه على شاهدي الدخول وربعه علي شاهدي الطلاق بمنزلة جميع المسمى في مسألة أول الباب على ما قررنا. وإذا شهد شاهدان على امرأة أنها اختلعت من زوجها قبل أن يدخل بها علي أن برأته من المهر والزوج يدعى ذلك وهى تجحد فقضى بذلك ثم رجعا ضمنا نصف المهر لانه لولا شهادتهما لكان لها نصف المهر لوقوع الفرقة قبل الدخول باقرار الزوج فهما أتلفا عليهما ذلك النصف بشهادتهما ولو كان دخل بها بعد الزوج والمهر عليه ضمنا لها جميع المهر لانه لولا شهادتهما لكان لها جميع المهر على الزوج لان الفرقة وقعت باقراره بعد الدخول فهما أتلفا جميع المهر عليها بشهادتهما بالخلع والابراء من المهر فيضمنان ذلك لها عند الرجوع كشاهدي الابراء في سائر الديون. ولو ادعى رجل أنه تزوج امرأة على مائة درهم وقالت المرأة بل تزوجني على الف درهم وذلك مهر مثلها فاقام الزوج شاهدين بما ادعى وقضى بذلك وقد دخل بها ثم رجعا ضمنا لها تسعمائة في قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما ولم يضمننا لها شيئا في قول أبى يوسف رحمه الله وهو بناء على مسألة كتاب النكاح إذا اختلعا الزوجان في المهر ومهر المثل مثل ما تقوله المرأة فعندهما القول قولها وعنده القول قول الزوج ولولا شهادة الشاهدين لكان يقضى لها على

الزوج بالالف فهما أتلفا عليها بشهادتهما مقدار تسعمائة فيضمنان لها ذلك عند الرجوع وعند أبي يوسف رحمه

[7]

الله القول قول الزوج في المهر فالشاهدان لم يتلفا على المرأة شيئا فهذا يتبين أن الصحيح في معنى المستنكر عند أبي يوسف رحمه الله أن يدعى الزوج دون العشرة فاما إذا ادعى نقصانا كثيرا عن مهر المثل فالقول قوله كما فسر في هذه المسألة ولو طلقها قبل الدخول لم يضمن لها شيئا بالاتفاق لان القول قول الزوج بعد الطلاق كما ذكره في كتاب النكاح فلا يضمنان لها شيئا لذلك وذكر في بعض نسخ الاصل يضمنان لها أربعمئة وخمسين درهما وهذا ان صح فهو بناء على ما ذكره في الجامع من تحكيم المتعة بعد الطلاق عندهما أن تكون متعتها خمسمئة فقد أتلفا عليها ما زاد على الخمسين وذلك أربعمئة وخمسون فيضمنان ذلك لها وكذلك ان كانت لم تقرر بالنكاح لم يضمن لها شيئا لانهما ما أتلفا عليها شيئا من المال انما أتلفا عليها ملك البضع بشهادتهما وقد بينا أن البضع لا يتقوم على غير الممتلك ولو ادعت امرأة علي زوجها أنه صالح من نفقتها على عشرة دراهم كل شهر فقال الزوج صالحتك على خمسة فشهد شاهدان أنه صالحها على عشرة فقضى بها ثم رجعا فان كانت نفقة مثلها عشرة أو أكثر فلا ضمان عليهما لان القول قولها في مقدار نفقة مثلها فالشهود ما ألزموا الزوج شيئا بغير عوض وان كانت نفقة مثلها أقل من عشرة ضمنا الفصل للزوج فيما مضى لانه لولا شهادتهما لكان القول قول الزوج في انكاره الفصل على نفقة مثلها فانما ألزماء ذلك بشهادتهما. وإذا قضى القاضى لامرأة بمهر أو متعة أو نفقة فمضت مدة ثم شهد شاهدان عليها بالاستيفاء وقضى به ثم رجعا ضمنا ذلك للمرأة لان ذلك كان ديننا مستحقا لها على الزوج فنفقة الزوجة تصير ديننا بقضاء القاضى وقد بينا أن الشهادة باستيفاء الدين موجب الضمان عند الرجوع وكذلك الولد وكل ذى رحم محرم ممن فرض له القاضى النفقة وهذا على رواية الجامع حيث يقول أن نفقة ذوى الارحام تصير ديننا بقضاء القاضى فاما على رواية كتاب النكاح يقول لا تصير ذلك ديننا بعد مضي المدة وان قضى القاضى فعلى تلك الرواية شهود الاستيفاء لا يضمنون شيئا وقد بينا وجه التوفيق بين الروايتين فيما أملينا من شرح الجامع. ولو شهد رجلان على الطلاق ورجلان على الدخول ثم رجع شاهد الطلاق وأحد شاهدى الدخول ضمنوا جميعا نصف المهر على شاهد الدخول من ذلك نصفه والنصف الباقي عليهم أثلاثا لان في النصف الذى لزمه بشهادة شاهدى الدخول خاصة بقى أحدهما على الشهادة فتبقى الحجة في نصف ذلك النصف ببقائه فعلى الراجح منهما نصف ذلك النصف وفي النصف الباقي يبقى نصفه

[8]

أيضا ببقائه على الشهادة وانما انعدمت الحجة في نصف ذلك النصف وقد كان ثبت بشهادتهم جميعا فعند الرجوع يجب ضمان ذلك النصف عليهم أثلاثا. وإذا طلق الرجل امرأته ولم يدخل بها ولم يفرض لها مهر فشهد شاهدان أنه صالحها من المتعة على عبد ودفعه إليها وقبضته وهى تنكر

ذلك ثم رجعا عن شهادتهما فانهما يضمنان المتعة لها وهي ثلاثة أثواب مثل كسوتها في بيتها ولا يضمنان لها العبد لان أصل حقها هو المتعة وقد أتلفا بشهادتهما ذلك عليها فاما العبد كان ملكا للزوج لولا شهادتهما فلا يضمنان لها العبد وان شهدا عليها بقبضه لان وجوب ذلك لها بشهادتهما وهي تنكر فلا يكون لها أن تضمنهما قيمة العبد مع ما سبق من انكارها وانما تضمنهما أصل حقها وهو المتعة فان كان مهر مثلها عشرة دراهم ضمنا له خمسة دراهم لانه لا يراد بالمتعة على نصف مهر المثل فلولا شهادتهما كان لها هذه الخمسة فلهذا ضمنا لها عند الرجوع الخمسة. ولو شهد شاهدان على الطلاق وشاهدان على الدخول ولم يكن سمى لها مهرا فقضى بذلك ثم رجعا ضمن شاهدا الطلاق نصف المتعة وشاهدا الدخول بقية المهر لان المتعة في نكاح لا تسمية فيه كنصف المسمى في نكاح فيه تسمية المهر وقد بينا أن هناك شهود الطلاق يغرمون ربع المسمى فكذلك هنا يغرمون نصف المتعة وما زاد على ذلك إلى تمام مهر المثل ثابت بشهادة شهود الدخول فيغرمون ذلك عند الرجوع. ولو شهد شاهدان على مائة درهم بعينها في يد رجل أنها لرجل آخر وأخران على مائة منها أنها له فقضى له بذلك ثم رجع أحد شاهدي المائتين ضمن خمسين لان مقدار المائة استحق بشهادته وشهادة صاحبه خاصة وقد بقي نصفه ببقاء صاحبه على الشهادة فيغرم نصفه وذلك خمسون وان رجع أحد شاهدي المائة أيضا لم يضمن شيئا لان مقدار المائة ثبت بشهادة الأربع وقد بقي اثنان على الشهادة بتلك المائة فلا يغرم الراجعان شيئا من ذلك والله أعلم بالصواب (باب عن الرجوع عن الشهادة أيضا) (قال رحمه الله وإذا شهد شاهدان ذميا لدمي على ذمي بمال أو خمر أو خنزير فقضى بذلك ثم رجعا ضمنا المال وقيمة الخمر مثل قيمة الخنزير) لان ضمان الرجوع بمنزلة ضمان الغصب والاتلاف وأهل الذمة في ذلك يستوون بالمسلمين ويضمنون في الخمر المثل وفي الخنزير القيمة وان كان الشاهدان أسلما ثم رجعا عن شهادتهما ضمنا قيمة الخنزير لان الخنزير ليس من

[9]

ذوات الامثال وكان الواجب عليهما ضمان القيمة بنفس الاتلاف واسلامهما لا يمنع نفوذ ذلك وفي الخمر عند محمد رحمه الله يضمنان القيمة وعند أبي يوسف رحمه الله لا يضمنان شيئا بناء على اسلام المسلمين المطلوب بعد اتلاف الخمر وقد بيناه في الغصب ولو لم يسلم الشاهدان وأسلم المشهود عليه ثم رجعا ضمنا قيمة الخنزير ولم يضمن الخمر لان الواجب عليهما مثل الخمر واسلام الطالب يسقط الخمر لا إلى بدل فالمشهود عليه في حقهما طالب فاما اتلاف الخنزير يوجب القيمة واسلام الطالب لا يمنع بقاءها واستيفاءها ولو شهد ذميان بمال على ذمي وأسلم المشهود عليه قبل أن يقضى القاضي بشهادتهما لم يقض بها لان اسلام المشهود عليه لو اقترن بشهادتهما منع العمل بها فكذلك إذا طرأ قبل القضاء وهذا لان القاضي لا يقضى إلا بحجة وشهادة أهل الذمة لا تكون حجة على المسلمين. وإذا شهد محدودان بقذف بشهادة ولم يعلم القاضي بذلك حتى قضى بشهادتهما ثم علم بذلك وليس من رأيه امضاؤه فانه يرد القضاء ويأخذ المال من المقضى له لانه ظهر له الخطأ في قضائه وهذا بناء على ان قضاء القاضي في المجتهديات انما ينفذ إذا صدر عن اجتهاد فأما إذا لم يكن عن اجتهاد وانما كان عن تلبس واشتباه لم ينفذ وهو ظاهر المذهب على ما أشار إليه في الجامع ذكره الخصاص وقد روى عن أبي حنيفة رحمه الله ان قضاءه في المجتهديات نافذ وان لم يكن عن اجتهاد منه لانه لا ينقض قضاءه ما لم

يتبين له الخطأ بيقين وفي الاجتهاد لا يتبين ذلك فعلى تلك الرواية لا ينقض القضاء. هنا أيضا (قال) وكذلك لو علم أنهما عبدان أو كافرين أو أعميان أما في العبدية والكافرين فقد ظهر أن قضاءه كان بخلاف الاجماع فهو باطل وفي الاعميين الجواب مثل الجواب في المحدودين في القذف لان قضاءه حصل فيما هو مجتهد فيه وان لم يقصد الاجتهاد وقد نص على أنه قول أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد رحمهم الله يعنى رد القضاء وأخذ المال من المقضى له. وإذا شهد شاهدان على رجل انه أعتق عبده وقضى القاضي بذلك ثم رجعا ضمنا قيمة العبد لانهما أتلفا عليه ملكا هو مال متقوم ولا يمنع وجوب الضمان عليهما بثبوت الولاء للمولى لان الولاء ليس بمال متقوم بل هو كالنسب فلا يكون عوضا عما أتلفا عليه من ملك المال ولو شهدا عليه أنه دبره فقضى القاضي بذلك ثم رجعا ضمنا ما نقصه التدبير لانهما أوجبا حق العتق للعبد بذلك ثم رجعا ضمنا ما نقصه التدبير لانهما أوجبا حق العتق للعبد وبذلك ينقض ملك المالك للمولى فيضمنان ذلك النقصان وقد بينا في كتاب العتاق مقدار نقصان التدبير فان مات المولى يخرج

[10]

العبد من ثلثه عتق وضمن الشاهدان قيمته مدبرا لان تلف ما بقى من المال عند موت المولى حصل بشهادتهما فالتدبير موجب حق العتق في الحال وحقيقة العتق في الثلث بعد الموت وقد كان ضمنا ما أتلفاه معجلا وما زاد على ذلك كان مؤجلا فيضمنان ذلك عند تحقق الانلاف وذلك بعد موت المولى وان لم يكن له مال غيره عتق ثلثه ويسعى في ثلثي قيمته ويضمن الشاهدان ثلث القيمة إذا عجل العبد الثلثين فان بدل ما زاد على الثلث قد سلم للورثة من جهة العبد فاتلاف الشاهدين لذلك حصل بعوض فلا يضمنانه عند الرجوع فاما مقدار الثلث أتلفاه على الورثة بغير عوض فيضمنان ثلث قيمته مدبرا ولا يرجعان بذلك الثلث على العبد لان رجوعهما غير مقبول في حق العبد وان لم يعجل العبد الثلثين من القيمة وعجز عنها فللورثة ان يرجعوا به على الشاهدين لانهما حالا بين الورثة وبين ذلك القدر من ماليته بشهادتهما والعوض في ذمة المفلس فكأنهما أتلفا ذلك بغير عوض فيضمنان للورثة كالثلث ويرجع الشاهدان بذلك على العبد لانهما قاما مقام الورثة حين ضمنا ذلك وقد كان للورثة حق الرجوع على العبد بذلك فذلك لمن قام مقامه بخلاف ثلث القيمة وحالهما في الثلثين كحال شهود الكتابة فانهما لو شهدا عليه أنه كاتب عبده على ألف درهم إلى سنة فقضى بذلك ثم رجعا وهو يساوي ألفين أو ألفا فانهما يضمنان قيمته لانهما حالا بين المولى وبين مالية العبد بشهادتهما عليه بالكتابة فكانا بمنزلة الغاصبين ضامنين للقيمة ثم يتبعان المكاتب بالمكاتب على نحوهما لانهما قاما مقام المولى في ذلك حين ضمنا قيمته ولا يعتق المكاتب حتى يؤدي ما عليه لانه قبل رجوع الشاهدين ما كان يعتق الا بعد أداء جميع الالف إلى المولى فذلك حاله مع الشاهدين بعد ما ضمنا القيمة فإذا أداه عتق والولاء للذي كاتبه لان الشاهدين قاما مقام المولى في قبض بدل الكتابة منه فادأؤه اليهما كادائه إلى المولى وهذا لان رجوعهما في حق المكاتب غير صحيح وقد استحق المكاتب ان يعتق على المولى ويكون ولاؤه له فلا يبطل ذلك الحق برجوع الشاهدين وان عجز ورد في الرق كان لمولاه لان رقبته لم تصر مملوكة للشاهدين فالمكاتب ليس بمحل النقل من ملك إلى ملك فرجوعهما غير صحيح في حقه ويرد المولى ما أخذ من الشهود عليهم لان الحيلولة قد زالت بعجز المكاتب فهو نظير

غاصب المدبر إذا ضمن القيمة بعد ما أبق ثم رجع فيكون مردودا على مولاه ويرد المولى على الغاصب ما أخذ منه. ولو شهد شاهدان أنه حلف بعثقه أن دخل هذه الدار وشهد آخران أنه قد دخلها فقضى بعثقه ثم

[11]

رجعوا جميعا ضمن شاهد اليمين قيمة العبد ولا ضمان على شاهدي الدخول عندنا وقال زفر رحمه الله الضمان عليهم جميعا لأن تلف المال حصل بشهادة الفريقين جميعا ولكننا نقول شهود اليمين أثبتوا بشهادتهم العلة الموجبة للعتق وهو قوله أنت حر وشهود الدخول إنما أثبتوا شرط العتق والشرط لا يعارض العلة في إحالة الحكم عليه فالحكم يضاف إلى علته حقيقة لأنه واجب بها شرعا وإلى الشرط مجازا لأنه موجود عند الشرط لابه والمجاز لا يعارض الحقيقة بل متى كانت العلة صالحة لإضافة الحكم إليها لا يضاف شيء إلى الشرط وهو نظير حافر البئر مع الملقى فإن الضمان على الملقى دون الحافر وعلى القائد دون الممسك لهذا المعنى وقد بينا هذا في مسألة شهود الإحصان في كتاب الحدود ولم يذكر هنا أن اليمين لو كانت ثابتة بإقرار المولى وشهد شاهدان بالشرط ثم رجعا ظن بعض مشايخنا رحمهم الله أنهما يضمنان في هذا الفصل وقالوا إن العلة لا تصلح لإضافة الحكم إليها هنا فإنها ليست تتعدى فيكون الحكم مضافا إلى الشرط علي أن الشرط يجعل حلفا عن العلة هنا باعتبار أن الحكم يضاف إليه وجودا عنده وشبه هذا حفر البئر وهو غلط بل الصحيح من المذهب أن شهود الشرط لا يضمنون بحال نص عليه في لزيادات وهذا لأن قوله أنت حر مباشرة الاتلاف للمالية وعند وجود مباشرة الاتلاف الحكم يضاف إليه دون الشرط سواء كان بطريق التعدي بخلاف مسألة الحفر فالعلة هناك ثقل الماشي وذلك ليس من مباشرة الاتلاف في شيء فلهذا يجعل الاتلاف مضافا إلى الشرط وهو إزالة المسكة بحفر البئر الذي في الطريق. ولو شهد شاهدان على رجل أنه أعتق عبده عن مدبر منه وآخران أنه أعتق عبده البتة فقضى به ثم رجعوا فضمن القيمة على شاهدي العتق ولا ضمان على شاهدي التدبير لأن القضاء كان بشهادة شاهدي العتق فمنع جر العتق المضاف إلى ما بعد الموت. ولو شهد شاهدان التدبير فقضى القاضي به ثم شهد شاهدان العتق فقضى به ثم رجعوا فعلى شاهدي التدبير لأن ضمان ما نقصه التدبير ذلك الجر تلف بشهادتهما حين قضى بها القاضي ويضمن شاهدان العتق قيمته مدبرا لأنهما أتلغا مالية المولى بشهادتهما وعند شهادتهما كان هو مدبرا فيضمنان ذلك عند الرجوع ولو كان شاهدا العتق على الثياب شهدا أنه أعتقه قبل التدبير فاعتقه القاضي ثم رجعوا ضمن شاهدا العتق قيمته ولا ضمان على شاهدي التدبير لأنه تبين أن شاهدي التدبير ما أتلغا عليه شيئا وأن القاضي أخطأ في قضائه بالتدبير حين قامت الحجة على الحرية قبل ذلك فأنما حصل تلف المالية بشهادة شاهدي العتق فالضمان عليهما

[12]

عند الرجوع (ألا تري) أنهما لو شهدا أنه باع عبده من هذا بالف درهم ووقتا لذلك وقتا قبل التدبير فإن القاضي يبطل التدبير وينفذ البيع فإن رجعوا

بعد ذلك لم يضمن شهود التدبير شيئاً وضمن شهود البيع فضل القيمة على الثمن لأن الائلاف في الفضل حصل بشهادتهم بغير عوض وإن كانت القيمة أقل من الثمن والمشتري هو المنكر ضمناً للمشتري فضل الثمن على القيمة لأنهما أتلفا عليه الفضل بغير عوض ولو كان سواء وشهدا أنه نقد الثمن والبائع منكر ثم رجعا عن البيع ولم يرجعا عن نقد الثمن لم يضمننا شيئاً لأنهما بالشهادة على البيع أزال ملكه عن العبد بعوض يعدله وهما ثابتان على شاهديهما بنقد الثمن فهو وما لو شهد به غيرهما سواء ولو رجع عن نقد الثمن ضمن الثمن لأنهما أقرا بالرجوع أنهما أتلفا ملك البائع في الثمن بشهادتهما عليه باستيفاء ولو كان البائع هو المدعى والمشتري يجحد لم يضمننا شيئاً لأنهما أدخلوا في ملك المشتري ما يعدل ما ألزمه من الثمن. ولو شهد شاهدان على رجل أنه كاتب عبده على ألف درهم إلى سنة وقيمته خمسمائة فاجاز القاضى ذلك ثم رجعا فاختار المولى ضمان الشاهدين فله ذلك لأنهما حالا بينه وبين مالية العبد بشهادتهما وبذل الكتابة في ذمة العبد المفلس كالتاوى فإن قبض المولى منهما القيمة لم يعتق المكاتب حتى يؤدي ألف درهم إلى الشاهدين لأنهما قاما مقام المولى في استيفاء بدل الكتابة حين ضمنهما القيمة ويتصدقان بالفضل لأن ذلك ربح حصل لهما بكسب خبيث وهو شهادة الزور وإن لم يجبر المولى يضمنهما ولكن جعل يتقاضى المكاتب حتى قبض منه مائة درهم أو لم يقبضها غير أنه علم برجوع الشاهدين فهذا اختيار للمكاتب ولا يضمن الشاهدان شيئاً أبداً ما خلا خصلة واحدة وهى أن تكون المكاتب أقل من القيمة فإن هنا له أن يأخذ المكاتب بالمكاتب ويرجع على الشاهدين بفضل القيمة لأنه بعد ما علم برجوع الشاهدين كان مخيراً بين تضمين الشاهدين القيمة ومطالبة المكاتب ببذل الكتابة فاختاره اتباع المكاتب بالتقاضى منه يتضمن براءة الشاهدين كما في الغصب مع غاصب الغاصب ولكن هذا في مقدار بدل الكتابة فأما ما زاد عليه إلى تمام القيمة فحقه فيه قبل الشاهدين خاصة فلا يكون اختياره اتباع المكاتب ببذل الكتابة أبراً الشاهدين عن ذلك الفضل فلماذا يرجع عليهما به ولو شهدا أنه باع عبده من رجل بألف درهم إلى سنة وقيمته خمسمائة والمشتري يدعى ذلك والبائع يجحد فاجاز القاضى ثم رجعا فهو مخير بين أن يبيع المشتري الثمن وبين أن يضمن الشاهدين القيمة لانيانهما الحيلولة بينه وبين ملكه في الحال والبدل لا يصل إليه إلا بعد مضي الاجل فإن

[13]

ضمن الشاهدين القيمة قاما مقامه في الرجوع على المشتري بالثمن وتصدقا بالفضل لأنه حصل لهما بكسب خبيث ولأنه من وجه كالمملك للثمن منهما فإن استوفى منهما من القيمة وتمليك الألف بالخمسمائة ربا فليشبهه بالربا يلزمهما التصديق بالفضل وإن اختار المولى اتباع المشتري بالثمن لم يرجع على الشاهدين بشئ أبداً لأن ذلك منه رضا بالبيع بالثمن المؤجل. وكذلك لو تقاضى المشتري بعد رجوعهما فذلك منه رضا بالثمن في ذمة المشتري فيكون مبرئاً لهما باختيار اتباع المشتري فلا يتبع الشاهدين بشئ بعده أبداً نوي ماله على المشتري أو خرج. وإذا شهد رجلان على رجل أنه حلف بعث عبده أن في قيده عشرة أرطال وحلف الرجل بعثه بين يدي القاضى أن لا يحل القيد أبداً فشهد شاهدان على المولى أن في قيده خمسة أرطال فاعتقه القاضى بشهادتهما ثم أطلقه من القيد ثم نظر إلى القيد فإذا فيه عشرة أرطال فإن أبا حنيفة رحمه الله قال على الشاهدين قيمة العبد وهو قول أبى يوسف الأول رحمه الله وفي قوله

الآخر لا ضمان على الشاهدين وهو قول محمد رحمه الله وهو بناء على ما تقدم من اختلافهم في نفوذ قضاء القاضي شهادة الزور باطنا فعند أبي حنيفة رحمه الله لما نفذ قضاؤه ظاهرا وباطنا فانما عتق بشهادتهما قبل أن يحل القيد وعندهما لم ينفذ قضاؤه باطنا فانما عتق بحل القيد لا بشهادتهما والشهود في الصورة يشهدون بالشرط ولكن في المعنى يشهدون بتنجز العتق لأن تعليق العتق بشرط موجود تنجز ولا يقال كيف ينفذ قضاء القاضي باطنا وظاهرا هنا وقد تيقنا بكذبهم بمعرفة وزن القيد فيكون هذا بمنزلة ما لو ظهر نص بخلاف قضاء القاضي أو ظهران الشهود عيب أو كفار وهذا لأن القاضي حين قضى بالعتق لم يكن مخاطبا بمعرفة وزن القيد حقيقة لأنه لا طريق إليه ما لم يحل القيد وحل القيد معتق للعبد وقضاؤه إنما ينفذ باطنا باعتبار أنه سقط عنه تعرف ما لا طريق له إلى معرفته وهذا موجود هنا ولو لم يحله وعلم أنهما شهدا بباطل رد في الرق عندهما لأن قضاء القاضي لم ينفذ باطنا وكذلك لو هلك العبد وأقر أنهما شهدا بزور فهو وما سبق سواء لانهما رجعا عن شهادتهما في مجلس القاضي فذلك كمعرفة القاضي كذبهما أو أقوى منه في إيجاب الضمان عليهما. ولو شهد رجلان على رجل أنه أعتق عبده عام أول في من رمضان فأجاز القاضي شهادتهما وأعتقه ثم رجعا فضمنهما القيمة أو لم يضمنهما حتى شهد شاهدان أنه أعتقه عام أول في شوال فانه لا تقبل شهادة الآخرين لأنه حكم بعتقه بشهادة الأولين في أول يوم من رمضان (ألا ترى) أن حكمه في ذلك الوقت في جزاء

[14]

جنايته وحدوده وغير ذلك حكم الأحرار فالفرق الثاني إنما شهدوا باعتاق من هو محكوم بحريته وذلك لغو وعلى الأولين ضمان القيمة يوم أعتقه القاضي لانهما بالرجوع أقر أنهما أتلفا عليه ماليته حين أعتقه القاضي بشهادتهما بالزور وإقرارهما حجة عليهما فيضمنان قيمته في ذلك الوقت وكذلك لو شهدا على أن مولاه أقر به حين ولد أنه لهذا الرجل وأنكر المولى وشهد يوم شهدوا والعبد رجل شاب ثم قضى به القاضي ثم رجعا ضمنا قيمته يوم قضى القاضي لانهما أتلفا عليه ماليته فيه يومئذ ولو شهدا عليه أنه أعتق عبده عام أول في رمضان فقضى به القاضي ثم رجعا ثم شهد آخران أنه أعتقه أول يوم من رمضان أول من عام الأول فان شهادة الآخرين مقبولة ولا ضمان على الأولين وهذا قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فاما عند أبي حنيفة رحمه الله لا تقبل شهادة الفريق الثاني لأن من أصله أن الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى ولا مدعى لما شهد به الفريق الثاني لأن العبد محكوم بحريته فلا يمكنه أن يدعى بشهادتهما والفريق الأول لا تصح منهم الدعوى لأن كلامهم متناقض وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله الشهادة على عتق العبد مقبولة من غير دعوى فيثبت بشهادة الفريق الثاني في عتقه في وقت سابق على الوقت الذي شهد به الفريق الأول ويتبين به أنهما شهدا بأنه أعتق حرا فيسقط الضمان عنهما كذلك بخلاف ما إذا كانت شهادة الفريق الثاني بالعتق بعد وقت العتق الأول حتى قالوا إذا كان هناك من يدعي حريته في وقت سابق على الوقت الذي شهد به الفريق الأول بأن كان يدعى عليه حدا أو قصاصا في الطريق فان شهادة الفريق الثاني مقبولة ويسقط به الضمان عن الفريق الأول لوجود المدعى لما شهد به الفريق الثاني ولو شهدوا عليه أنه طلق امرأته عام أول في رمضان قبل أن يدخل بها فقضى به القاضي وألزمه بنصف المهر ثم رجعا فضمنهما القاضي بنصف المهر ثم شهد

شاهدان انه طلقها عام أول في شوال قبل ان يدخل بها لم يقبل ذلك ولم ينتفع به الاولان لانها صارت مطلقة بقضاء القاضى في وقت سابق على الوقت الذى شهد به الفريق الثانى فانما شهد به الفريق الثانى بطلاق من هي أجنبية منه في الحكم فكان ذلك لغوا ولو أقر الزوج بذلك عند القاضى لم يكن على الشاهدين ضمان ورد عليهما ما كان ضمنا له. وكذلك اقرار المولى في العتق لان المولى باقراره يزعم أنه تلف المالية عليه وتقرر نصف الصداق كان بمباشرة الطلاق والعتاق لا بشهادتهما ومباشرة ذلك رضا منه ضرورة واققراره حجة عليه فتبين به ان الشهود ما اتلفوا عليه شيئا حين قضى القاضى

[15]

بشهادتهما بخلاف البينة فانها لا تكون الا بقضاء القاضى والقاضى لا يقضى بشهادة الفريق الثانى بعد ما قضى بالطلاق والعتاق في وقت متقدم بشهادة الفريق الاول ولو شهد الفريق الثانى بالطلاق في وقت متقدم على الوقت الذى شهد به الفريق الاول قبلت الشهادة لان الشهادة على الطلاق تقبل حسبة من غير دعوى وتبين بهذه الشهادة ان الفريق الاول ما اكد عليه شيئا من الصداق بشهادتهما فيسقط الضمان عنهما ولو شهدا عليه انه حلف بعق عبده انه لا يدخل هذه الدار وأنكر ذلك المولى ثم دخل العبد الدار فقضى القاضى بعقه ثم رجعا عن شهادتهما ضمنا قيمته لانهما أثبتا سبب اتلاف المالية بشهادتهما وهو اليمين فعند وجود الشرط انما يعتق العبد باليمين لا بوجود الشرط ولو ادعى العبد أن مولاه كانه على ألف درهم وهى قيمته وقال المولى كاتبته على ألفين وأقام البينة فقضى القاضى بذلك على المكاتب فأداهما ثم رجعا فان القاضى يضمنهما ألف درهم للمكاتب لانه لولا شهادتهما لكان القول قول المكاتب لانكاره الزيادة في قول أبى حنيفة رحمه الله الآخر فما زاد على الالف انما لزمه بشهادتهما فيضمنان له ذلك عند الرجوع ولو كان المكاتب لم يدع المكاتبه وقال مولاه كاتبته على ألفين فجحد المكاتب ذلك وأقام المولى بينة فانه لا تقبل بينته على ذلك لان البينة انما تقبل إذا كانت ملزمة وهذه بينة لا يلزم العبد شيئا فانه يتمكن من ان يعجز نفسه ليفسخ الكتابة فلا معنى لقبول البينة من المولى على ذلك ولكن يقال للمكاتب ان شئت فامض على الكتابة وان شئت فدعها وكن رقيقا بخلاف الاول فهناك يدعى العبد الكتابة فند دعواه الكتابة انما يلزمه مقدار الالفين بشهادتهما فلهذا وجب قبول شهادتهما فان كان المكاتب يدعى انه حر فجاء المولى بشاهدين فشهدا أنه كاتبه على ألفين فقضى عليه بذلك وأدى المال ثم رجعا ضمنا الالفين للمكاتب وان كانت قيمته أقل من ذلك لانهما ألزماه الالفين بشهادتهما فانه لولا شهادتهما لكان القول قول من يدعى أنه حر وقد أقر بالرجوع انهما ألزماه الالفين بغير حق بشهادتهما فيضمنان له ذلك. ولو شهد شاهدان على رجل انه عبد لهذا الرجل فقضى القاضى به ثم أعتقه على مال ثم رجعا عن شهادتهما لم يضمن للمشهود عليه شيئا لانهما ما ألزماه مالا بالشهادة انما أبطلا حرته وألزماه لرق بشهادتهما وذلك ليس بمال وقد بينا أن ما ليس بمال لا يضمن بالمال بالشهادة الباطلة ثم العبد التزم المال باختياره حين قبل العتق بجعل وذلك لا يوجب الضمان على الشهود بخلاف الاول فقد ألزه المال هناك * يوضحه انهما لو ضمنا انما يضمنان باعتبار قضاء

القاضي برقه فذلك الضمان يكون للمولى لانه محكوم بانه عبده فماله يكون لمولاه والمولى يكذبهما في الرجوع بخلاف مسألة المكاتب فهناك انما يضمنان المال للمشهود عليه لا لمولاه وهو مصدق لهما في الرجوع. ولو شهدا على رجل انه اعتق عبده على خمسمائة وقيمتة ألف درهم فاعتقه القاضي ثم رجعا فالمشهود عليه مخير ان شاء ضمن الشاهدين الالف ويرجعان على العبد بخمسمائة لانهما قاما مقام المولى في ذلك وان شاء رجع على العبد بخمسمائة وأيهما ما اختار ضمانه لم يكن له أن يرجع على الآخر بعد ذلك بشئ أبدا بمنزلة الغاصب مع غاصب الغاصب إذا اختار المغصوب منه تضمين أحدهما والله أعلم بالصواب (باب الرجوع عن الشهادة في النسب والولاء والموارث) (قال رحمه الله وإذا ادعى رجل انه ابن رجل والاب يجحد فاقام البينة انه ابنه ولد على فراشه وأنه وارثه فقضى بذلك ثم رجعوا عن شهادتهم فلا ضمان عليهم) لانهم لم يشهدوا عليه بمال انما ألزموه النسب بشهادتهم والنسب ليس بمال ولا يدري أيهما يموت قبل الآخر فيرثه الآخر وكذلك لو أقام شاهدين أن هذا مولاه اعتقه وهو يملكه وقال المشهود عليه أنا حر الاصل ثم رجعوا بعد القضاء بشهادتهم لم يضمنوا شيئا لانهم ألزموه الولاء بشهادتهم والولاء كالنسب ليس بمال ولو مات فورثه ثم رجعوا عن شهادتهم لم يضمنوا شيئا أبدا لان شهادتهم بالنسب أو الولاء كانت في حال الحياة وذلك لا يكون شهادة بالميراث وهذا لان استحقاق الميراث بالنسب والموت جميعا فكان حكما متعلقا بعلة ذات وصفين فانما يحال به على آخر الوصفين وجودا لان العلة تتم به وثبوت الحكم باعتبار كمال العلة وهذا بخلاف ما إذا شهد واحد ثم آخر فقضى القاضي ثم رجعا فانهما يضمنان ولا يحال بالاتلاف على شهادة الثاني لان الشهادة لا توجب شيئا بدون القضاء وانما يقضى القاضي بشهادتهما جميعا فهو وما لو شهدا معا سواء وهنا السبب قد ثبت قبل الموت ثم الموت لم يكن مشهودا به واستحقاق الميراث به لانه آخر الوصفين وجودا ولو شهدا على رجل انه ابن هذا القتل لا وارث له غيره والقاتل يقر انه قتله عمدا يقضي القاضي بالقصاص وقتله الابن ثم رجعوا عن شهادتهم فلا ضمان عليهم في القصاص لان القصاص ليس بمال فلا يضمنونه للورثة المعروفين وان أتلغوه بشهادتهم عليهم كما لو شهدوا بالعفو عن القصاص على المولى يضمنون كل مال ورثه هذا الابن من القتل لورثته

المعروفين لانهم شهدوا بالنسب بعد الموت فكان المشهود به متما علة استحقاق الميراث فانما يحال باستحقاق الميراث على شهادتهم وقد أقرؤا بالرجوع ثم أنهم أتلغوه على الورثة المعروفين بغير حق ولو رجع شهود العفو قبل أن يقضى القاضي بها كان القصاص واجبا على حاله لان الشهادة لا توجب شيئا ما لم يقض القاضي بها ولا يتمكن القاضي من القضاء بها بعد ما رجعوا ولو شهدوا لرجل مسلم كان أبوه كافرا أن أباه مات مسلما وللميت ابن كافر فقضى القاضي بمال ابنه للمسلم ثم رجعوا عن شهادتهم ضمنوا الميراث كله للكافر لانه لو لا شهادتهم لكان القول قول الابن الكافر والميراث كله له لانه عرف كفر أبيه في الاصل فانما صار الميراث كله مستحقا لابن المسلم بشهادتهما فعند الرجوع يضمنان ذلك.

ولو أسلم كافر ثم مات وله ابنان مسلمان كل واحد منهما يدعى أنه أسلم قبل موت أبيه وأقام كل واحد منهما شاهدين فورثهما القاضى ثم رجع شهود أحدهما ضمنوا جميع ما ورثه الآخر لان الآخر بينته أثبت استحقاق جميع الميراث لنفسه لو لا شهادتهما فالشهود له إنما أخذ نصف ذلك بشهادتهما له وقد أقر بالرجوع انهما شهدا بغير حق وكذلك ان مات رجل عن أخ معروف فادعى آخر أنه ابنه وشهد له به شاهدان وحكم له بالميراث ثم رجع ضمنا جميع ذلك للاخ لان الاخ كان مستحقا بجميع الميراث لو لا شهادتهما بنسب الابن وقد أقر بالرجوع انهما أتلفا ذلك عليه بغير حق. ولو كان صبي في يد رجل لا يعرف أنه حر أو عبد فشهد شاهدان على اقراره انه ابنه فاثبت القاضى نسبه منه ثم مات الرجل فقضى له بميراثه ثم رجع لم يضمنا شيأ لانهما شهدا بالنسب في حياته واستحقاق الميراث انما يحال به على آخر الوصفين وجودا وهو الموت دون ما شهدا به وكذلك لو شهدا لامرأة بالنكاح على مهر مثلها فقضى به ثم مات الرجل فورثت منه ثم رجع فلا ضمان عليهما ولو كانت الشهادة بعد الموت ضمنا جميع ما أخذته المرأة لان آخر الوصفين ما شهد به الشهود هنا وبه يتم علة استحقاق الميراث. ولو كان في يد رجل عبد صغير وأمة فشهد شاهدان أنه أقران الصبي ابنه وشهد آخران أنه أعتق هذه الأمة ثم تزوجها على الف درهم وهو يحدد ذلك فقضى القاضى بجميع ذلك ثم مات الرجل عن بنتين سوى الصبي فقضى القاضى للمرأة بالمهر وقسم المال بينهم على الميراث ثم رجع الشهود عن شهادتهم فان شهود الابن يضمنون قيمة الابن للورثة الا نصيب الابن منها لانهم أتلفوا ملكه في العبد بشهادتهم فانه لو لا شهادتهم لكان القول قوله أن الصغير عبده فانه لا يعبر عن نفسه

[18]

وقد أقر عند الرجوع انهما أتلفا عليه ذلك بغير حق فيضمنان قيمته للمولى ويصير ذلك ميراثا عنه لورثته لا أنه يطرح عنهما حصة الابن المشهود له لانه يكذبهما في الرجوع ويزعم انهما كانا صادقين في الشهادة بنسبه وانه لا ضمان عليهما وزعمه معتبر في نصيبه ويضمن شهود الأمة قيمة الأمة الا ميراث الأمة منها لهذا المعنى لا يضمنون غير ذلك الا أن يكون المهر أكثر من مهر مثلها فيضمنون الفضل لاقرارهم أنهم الزموا ذلك الفضل بغير عوض ولكن يطرح من ذلك حصتها منه بميراثها لانها تكذبهم في الرجوع وتصدقهم في الشهادة فيعتبر زعمها في حصتها ولا ضمان على أحد من الشهود فيما أخذ المشهود له من الميراث لما بينا أنهم شهدوا بالنسب والنكاح في حالة الحياة. وإذا مات الرجل فادعى رجل أنه أوصى له بالثلث من كل شئ وأقام شاهدين فقضى له ثم رجع عن شهادتهما ضمنا بالثلث لان المشهود له استحق الثلث بشهادتهما فكذلك لو شهدوا أنه أوصى له بالثلث في حياة الميت ولم يختصموا في ذلك حتى مات وفي هذا نوع اشكال فالوصية أخت الميراث وقد بينا أنهم لو شهدوا بالنسب في حال الحياة لم يضمنوا شيئا بعد الموت. وإذا شهدوا بالوصية ضمنوا لان استحقاق الوصية عند الموت بالعقد لا بالموت فان الملك للموصى له ملك متجدد ثابت بالعقد بخلاف الميراث فانه خلافه على معنى أنه يبقى للوارث من الملك ما كان ثابتا للمورث وهذه الخلافة لا تتحقق الا بالموت * يوضح الفرق أن الشهادة بالنسب في حالة الحياة وان كانت توجب الميراث بعد الموت ففيها معنى المعاوضة لجواز أن يموت المشهود له أولا فيرثه المشهود عليه فلهذا لا يجب الضمان على الشهود ولا تتحقق مثل هذه المعاوضة في الشهادة بالوصية بالثلث فكان هذا بمنزلة الشهادة على

النسب بعد الموت فيكون موجبا للضمان عليهما إذا رجعا ولو شهدا بعد موته أنه أوصى بهذه الجارية لهذا المدعى وهى تخرج من ثلثه فقصى له بها فاستولدها ثم رجعا عن الشهادة ضمنا قيمتها يوم قضي بها ولم يضمن العقر ولا قيمة الولد لانهما أتلفا ملك الرقبة على الورثة بشهادتهما الملك للموصى له فيضمنان قيمة الرقبة كذلك بمنزلة مالو شهدا بالهبة والتسليم في حياة صاحبها وكذلك لو ولدت من غيره لم يضمن للورثة شيئا من قيمة الولد لانهم ما استحقوا الولد لاستحقاق لا يثبت الا بعد الوجود وعند وجود لولد هي مملوكة للموصى له بحكم الحاكم دون الورثة وان كانت ميتة فالقول في قيمتها قول الشاهدين في قيمتها لانكارهما الزيادة؟ وان كانت حية فقال الشاهدان قد ازدادت قيمتها لم يصدقا على ذلك وضمنا قيمتها اليوم الا أن يقيم البينة علي ما قالوا لان قيمتها

[19]

في الحال دليل ظاهر على قيمتها فيما مضى والبناء على الظاهر واجب وعلى من يدعى خلاف الظاهر اقامة البينة فان أقام البينة أخذ بذلك الا أن تقيم الورثة البينة على ان قيمتها يوم شهدا أكثر مما قال شهودهما فيؤخذ ببينة الورثة لما فيها من اثبات الزيادة. ولو شهدا ان الميت أوصى إلى هذا في تركته فقصى القاضى بذلك ثم رجعا لم يضمن شيئا لانهما ما أتلفا على الميت ولا على الورثة شيئا بشهادتهما انما نصبا من يحفظ المال عليهم ويقوم التصرف فيه لهم وذلك غير موجب اتلاف شئ عليهم فان استهلك الوصي المال فهو ضامن لانه كان أمانة في يده ولا ضمان على الشاهدين لانهما لم يشهدا على استحقاق في علمه المال بعينه وانما أتلف المال باستهلاك الوصي باختياره فيكون ضمانه عليه والله أعلم (باب الرجوع عن الشهادة على الشهادة) (قال رحمه الله وإذا شهد شاهدان علي شهادة أربعة وشاهدان على شهادة شاهدين بحق فقصى به ثم رجعا فعلى الشاهدين الذين شهدوا على شهادة الأربعة الثلثان وعلى الشاهدين الآخرين الثلث في قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله الضمان على الفريقين نصفين) لان شهادة كل فريق على شهادة غيره في حكم الضمان عند الرجوع بمنزلة شهادته على شهادة نفسه (ألا ترى) ان الاتلاف يحصل بشهادة كل فريق إذا انفرد سواء شهد على شهادة نفسه أو على شهادة غيره وسواء شهد على شهادة شاهدين أو شهادة أربعة فلما استويا في علة الاتلاف يستويان في الضمان عند الرجوع وهذا لان شهادة الاثنين على شهادة الأربعة أضعف من شهادتهما على الحق بعينه لانهما في الشهادة على الحق بعينه يشهدان على معانية وفي الشهادة على شهادة الأربعة يشهدان عن خبر ثم لو شهدا على الحق بعينه وشهد آخران كذلك ثم رجعا كان الضمان على الفريقين نصفين كذا هنا وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله قال اللذان شهدا على شهادة الأربعة في الصورة اثنان وفي المعنى أربعة لان القضاء يكون بشهادة الاصول لا بشهادة الفروع ولهذا يعتبر عدالة الاصول وهذا لان الفروع ينقلون شهادة الاصول إلى مجلس القاضي فكان الاصول حضروا بانفسهم وشهدوا وإذا ثبت هذا كان بمنزلة ما لو شهد أربعة على الحق واثنان على الحق ثم رجعا جميعا بعد القضاء فيكون الضمان عليهم أسداسا ثم ما يجب على الأربعة لو حضروا وشهدوا يقضى به على من

أثبت شهادتهم في مجلس القاضى بشهادته وهما اللذان شهدا على شهادة الاربعة قال (ألا ترى) أن أربعة لو شهدوا على شهادة اثنين وشهد اثنان على شهادة اثنين ثم رجعوا بعد القضاء أن نصف الضمان على الاربعة ونصفه على الاثنين وما كان ذلك الا باعتبار عدد الاصول دون الفروع وكذلك في الفصل الاول الا أن محمدا رحمه الله يفرق بينهما ويقول شهادة الاربعة على شهادة المثني أضعف من شهادتهم على الحق بعينه فلهذا لا يجب عليهم ما يلزمهم أن لو شهدوا على الحق بعينه وفي الاول كذلك يقول شهادة الاثنين على شهادة الاربعة أضعف من شهادتهما على الحق فلا يجوز أن يلزمهما به أكثر مما يلزمهما أن لو شهدوا على الحق بعينه فانما أنظر في الوجهين إلى الاقل مما يلزم الشهود بشهادتهم وشهادة من شهدوا على شهادته فالزهم الاقل من ذلك وهذا نوع استحسان فيه والقياس ما ذهب إليه أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله. وإذا شهد شاهدان على شهادة شاهدين وشاهدان على شهادة شاهدين فقضى القاضى بذلك ثم رجع واحد من هؤلاء وواحد من هؤلاء فعلى الراجعين ربع المال لان بقاء أحد الشاهدين من أحد الفريقين يبقى نصف المال فانه مع صاحبه كان حجة تامة في جميع المال فيبقى ببقائه نصف المال وكذلك بقاء الواحد من الفريق الآخر يبقى نصف المال الا أن هذا النصف شائع نصفه مما هو باق بشهادة الواحد من الفريق الاول فانما يعتبر بقاء نصف هذا النصف ببقائه على الشهادة وانما انعدمت الحجة في ربع المال فيضمن الراجعان ذلك (وقع) في بعض النسخ فعلى كل واحد من الراجعين ربع المال ووجهه أنهم لو رجعوا جميعا ضمن كل واحد منهم ربع المال وبقاء المثني هنا على الشهادة لم تبق الحجة بجميع المال فيجب على الراجعين ما يلزمهما لو رجعوا وذلك نصف المال وقيل هذا قول أبى يوسف رحمه الله فأما عند محمد رحمه الله على الراجعين ثمان ونصف على ما ذكره في الجامع وهى مسألة الفئنة معروفة بناء على اعتبار حال من بقى على الشهادة في القوة والضعف فقد ذكر هناك مسألة الرجوع لا كمال الحجة فيها وجه واحد وأوجب على الراجعين ثلاثة أثمان المال وذكر مسألة لا كمال الحجة فيها ثلاثة وجوه وأوجب على الراجعين ثمني المال ثم قال في هذه المسألة لا كمال الحجة وجهان أن يشهد واحد على شهادة هذين أو يشهد واحد على شهادة الآخرين فكان حال من بقى على الشهادة في هذا الفصل دون حاله في الوجه الثاني وفوق حاله في الوجه الاول فباعتبار ذلك أوجب على الراجعين ثمين ونصفا وقد بينا ذلك فيما أمليناه من شرح الجامع. وإذا شهد شاهدان على

شهادة شاهدين فقضى به القاضى ثم ان الشاهدين الاولين أتيا القاضى فقالا لم نشهدهم على شهادتنا فقضاء القاضى ماض على حاله لان انكارهما الاشهاد خبر متمثل بين الكذب والصدق فلا يبطل قضاء القاضى كما لو شهدا بانفسهما وقضى القاضى ثم رجعا ولكن لا ضمان عليهما هنا لانهما ينكران سبب الاتلاف وهو الاشهاد على شهادتهما ولو قال كنا أشهدناهم على شهادتنا ولكننا رجعنا عن ذلك فكذلك الجواب عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله هما ضامنان للمال لان الفرعين قاما مقامهما في نقل شهادتهما إلى مجلس القاضى فاما

القضاء حصل بشهادة الاصلين ولهذا تعتبر عدالتهم فكأنهم حضرا بانفسهما وشهدا ثم رجعا فيلزمهما الضمان وهما قال الموجود منهما شهادة في غير مجلس القضاء والشهادة في غير مجلس القضاء لا تكون سببا لاتلاف شئ فلا يلزمهما الضمان وان رجعا عن ذلك لان الشهادة تختص بمجلس القضاء كالرجوع وقد بينا أن الرجوع في غير مجلس القضاء لا يوجب الضمان على الشهود فكذلك الشهادة في غير مجلس القضاء ولا نقول أن الفروع نائبون عن الاصول في نقل شهادتهم إلى مجلس القاضى فانهم بعد الاشهاد لو منعوهم عن أداء الشهادة كان عليهم الاداء إذا طلب المدعى ولو كانوا نائبين عن الاصول لما كان لهم ذلك إذا منعهم الاصول عن الاداء ولكنهم يشهدون على ما تحملوا وهو اشهاد الاصول اياهم على شهادتهم ولو شهدوا على الحق بعينه ما كانوا نائبين فيه عن أحد فكذلك إذا شهدوا على شهادة الاصول ولو رجع الفروع والاصول جميعا فالضمان على الفروع خاصة في قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لما بينا أن سبب الاتلاف الشهادة القائمة في مجلس القاضى وانما وجد ذلك من الفروع دون الاصول فالضمان عليهم عند الرجوع وعند محمد رحمه الله المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الفروع وان شاء ضمن الاصول لان كل واحد من الفريقين لو رجع وحده كان ضامنا للمال المقضى به عند محمد رحمه الله فإذا رجع الفريقان يجعل في حق كل فريق كأنه هو المنفرد بالرجوع ويتخير المشهود عليه لانه لا يجانس بين شهادة الفريقين فقد كانت شهادة الاصول على أصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الاصول ولا مجانسة بينهما ليحل الكل في حكم شهادة واحدة فيكون الضمان عليهم جميعا بل يجعل كل فريق كالمنفرد للمشهود عليه بالخيار يضمن أي الفريقين شاء كالغاصب مع غاصب الغاصب للمغصوب منه أن يضمن أيهما شاء والله أعلم

[22]

(باب الرجوع عن الشهادة في الحدود وغيرها) (قال رحمه الله وإذا شهد شاهدان على رجل بسرقة ألف درهم بعينها فقطعت يده ثم رجعا ضمنا دية اليد في مالهما ولا قصاص عليهما عندنا) لان لوجوب منهما بسبب القصاص والقصاص يعتمد المساواة ولا مساواة بين المباشرة والسبب ولان اليمين لا يقطعان بيد واحدة هكذا ذكره ابراهيم رحمه الله عن على رضى الله عنه قال لا يقطع يدان بيد فإذا امتنع وجوب القود عليهما ضمنا دية اليد في مالهما لان رجوعهما عن الشهادة قول وهو ليس بحجة في حق العاقلة وضمنا الالف أيضا لانهما أتلغاه على المشهود عليه وكذلك كل قصاص في نفس أو دونها والشافعي رحمه الله يوجب القود على الشهود عند الرجوع والمسألة في الديات. ولو شهد أربعة على رجل بالزنا ولم يحسن فجلده الامام وجرحته السياط ثم رجعوا عن الشهادة فعند أبى حنيفة رحمه الله ليس عليهم أرش الجراحة خلافا لهما وقد بينا في الحدود. ولو لم تجرحه السياط فلا ضمان عليهم بالاتلاف كما لو باشروا ضربا غير مؤثر وعلى هذا حد القذف وحد الخمر والتعزير. ولو شهد رجلان على رجل انه أعتق عبده وشهد عليه أربعة بالزنا والاحصان فجاز القاضى شهادتهم وأعتقه ورجمه ثم رجعوا فعلى شهود العتق قيمة العبد لمولاه لانهم أتلغوا مالية المولى فيه بشهادتهم بالعتق وعلى شهود الزنا الدية لمولاه أيضا ان لم يكن له وارث غيره لانهم أتلغوا نفسه بشهادتهم عليه بالزنا والاحصان بغير حق فان (قيل) المولى كان جاحدا للعتق فكيف يضمنون الشهود الدية (قلنا) لان القاضى حكم بعتقه وزعم المولى بخلاف ما قضى القاضى بعد قضائه غير

معتبر فان (قيل) كيف يجب للمولى بدلان عن نفس واحدة (قلنا) وجوب القيمة على شهود العتق بدل عن المالية ووجوب الدية باعتبار النفسية ثم الدية لا تجب للمولى ولكن للمقتول حتى تنفذ منه وصاياه ويقضى ديونه (ألا ترى) أنه لو كان له ابن حر كانت الدية له دون مولاه أرايت لو شهدوا أنه ابنه وشهد آخرون بالزنا والاحصان ثم رجعوا أما كان على شهود النسب القيمة وعلى شهود الزنا الدية وكذلك لو كان شاهدا العتق بعض شهود الزنا فعليهما من القيمة حصتهما من الدية لان المشهود به مختلف فاتحاد الشهود في ذلك واختلافهم سواء. وكذلك لو كان شهود العتق رجلا ووامرأتين لان العتق ليس بسبب للحد وهما مما يثبت مع الشبهات فشهادة رجل وامرأتين به كشهادة رجلين ولو شهد أربعة على العتق والزنا والاحصان

[23]

فامضى القاضى ذلك كله ثم رجعوا عن العتق ضمنوا القيمة لاقرارهم بالرجوع لانهم أنلفوا مالية المولى فيه بغير حق ولا شئ عليهم من الدية لانهم مصرون على الشهادة عليه بالزنا وفي حق العتق هم بمنزلة شهود لاحصان ورجوع شهود الاحصان لا يوجب الضمان عليهم عندنا ولو رجع اثنان عن الزنا واثنان آخران عن العتق فلا ضمان على شهود العتق لانه قد بقى على العتق حجة كاملة وعلى اللذين رجعا عن الزنا نصف الدية لان الباقي على الشهادة في حكم الرجم نصف الحجة فيجب على الراجعين نصف الدية وحد القذف. ولو شهد أربعة على رجل بالزنا والاحصان فقضى القاضى بذلك وأمر برجمه فرجعوا عن الشهادة وقد جرحته الحجارة وهو حى فان القاضى يدرأ عنه الرجم بمنزلة ما لو رجعوا قبل أن يأخذوا في رجمه وهذا لان الامام لا يتمكن من استيفاء الحد الا بحجة قائمة ولم تبق الحجة بعد رجوعهم وهم ضامنون أرش جراحته لان ذلك مما استحق بشهادتهم فضمانه عليهم عند الرجوع. ولو شهدا أنه صالحه من دم عمدا على ألف درهم ثم رجعا لم يضمننا شيئا أيهما كان المنكر للصالح لانه إذا كان المنكر للصالح هو المولى فقد شهدا عليه بسقوط حقه بعوض وقد بينا أنهما لو شهدا عليه بالعفو بغير عوض ثم رجعا لم يضمننا فهذا أولى وان كان المنكر هو القاتل فقد سلم له بنفسه وما ألزمه من العوض دون بدل نفسه وقد بينا تقوم النفس في حقه ولهذا لو صالح في مرضه على قدر الدية أو دونه اعتبر من جميع المال فلا يضمنان له شيئا لذلك. ولو شهدا أنه صالحه على عشرين ألفا والقاتل يحدد ثم رجعا عن شهادتهما ضمنا الفضل على الدية لانهما ألزمه ما زاد على الدية بغير عوض. وكذلك هذا فيما دون النفس ان شهدوا على الصالح على مقدار الارش أو دونه لم يضمننا عند الرجوع شيئا وان شهدا على الصالح على أكثر من الارش ضمنا الفضل للجرح إذا كان جاحدا لذلك. ولو قال الطالب صالحتك على ألف درهم وقال المدعى عليه بل على خمسمائة فالقول قوله مع يمينه لانكاره الزيادة فان أقام الطالب بينة على ألف درهم فقضى له بها ثم رجع شهوده ضمنوا الخمسمائة التى وجبت بشهادتهم لانه لو لا شهادتهم لكان القول قول المنكر فانما لزمته تلك الزيادة بشهادتهم. وإذا شهد شاهدان على رجل أنه عفا عن دم خطأ أو جراحة خطأ أو عمدا فيها أرش فقضى بذلك ثم رجعا ضمن الدية وأرش تلك الجراحة لانهما أنلفا على المشهود عليه المال بشهادتهما فالخطأ موجب للضمان فيضمنان ذلك عند الرجوع ولكن بالصفة التى كانت واجبة وقد كانت

الدية واجبة مؤجلة في ثلاث سنين فيجب عليهما ضمانها في ثلاث سنين أيضا وما بلغ من أرش الجراحة خمسمائة فصاعدا إلى ثلث الدية في سنة وما زاد على ذلك إلى الثلث ففي سنة أخرى وإن كان الارش أقل من خمسمائة ضمانه حالا. وكذلك الدية إن كانت قد وجبت حالة ولم يؤخذ منها شيء فشهدا أنه أبرأه منها وقضى بالبراءة ثم رجعا ضمنا ذلك حالا لانهما كذلك أتلفاه بشهادتهما على المشهود عليه (ألا ترى) أنهما يضمنان الجيد بمثله والرديئ بمثله وهذا لان وجوب الضمان عليهما بطريق الجبران وإنما يتحقق ذلك إذا كان الضمان نصفه القائن. وإذا شهد شاهدان على عبد في يد رجل أنه لفلان فقضى القاضى له به والذي في يده العبد يحدد ذلك ثم رجعا وضمنهما القاضى القيمة فادياها أو لم يؤدها حتى وهب المشهود له العبد من المشهود عليه وقبضه فان الشاهدين يبران من الضمان ويرجعان فيما أدبا لان وجوب الضمان عليهما لاجل الجبران وقد انعدمت الحاجة إلى ذلك برجع العبد إلى يد المولى من غير عوض وهو يزعم أن العبد سلم له بملكه القديم لا بالهبة التى باشرها المشهود له فزعمه معتبر في حقه فان رجع الواهب في العبد وقبضه رجع المشهود عليه بالضمان على الشاهدين لان فوات ملكه ويده كان بسبب شهادتهما لولا ذلك لما تمكن المشهود له من استرداد العبد منه ولان الهبة لما انفسخت بالرجوع صارت كأن لم تكن. وإن مات المشهود له فورث المشهود عليه منه العبد رجع عليه الشاهدان بما أعطياه من القيمة لانه يزعم أن وصول العبد إلى يده بقديم ملكه لا بالموت. وكذلك لو كان العبد قتل فاخذ المشهود له القيمة فورث المشهود عليه منه تلك القيمة لان عود بدل العبد إليه كعود عينه، وكذلك لو ورث مثلها من تركته لان في زعمه أن القيمة دين له على المشهود وانه استوفى تركته بحساب الدين دون الميراث وكذلك ان كان معه وارث آخر وفي حصته من تركة الميت وفاء بالقيمة ففي حقه يجعل ذلك سالما له بجهة دينه كما يزعم وينعدم النقصان بسببه فلا يجب ضمانه على المشهود بطريق الجبران. ولو شهد شاهدان على رجل انه تزوج هذه المرأة على ألف درهم وهى مهر مثلها والزوج يحجده فقضى القاضى بذلك ثم طلقها عند القاضى ثم رجعا فلا شيء عليها لانهما أدخلها في ملكه ما هو مثل لما ألزمه فالبضع عند دخوله في ملك الزوج تقوم ثم تقرر نصف الصداق على الزوج كان بايقاعه الطلاق باختياره. ولو كان الزوج قال تزوجتها بغير تسمية مهر كان على الشاهدين فضل ما بين المتعة إلى الخمسمائة التى غرمها الزوج لان النكاح قد ثبت هنا

بتصادقهما والقول قول المنكر للتسمية لولا شهادتهما ولا يلزمه أكثر من المتعة عند الطلاق فما زاد على المتعة إلى تمام الخمسمائة انما يلزمه بشهادتهما فيضمنان ذلك له عند الرجوع ولو شهد آخران على الدخول قبل الطلاق ثم رجعا فعلى شهود الدخول خمسمائة خاصة لان تلك الخمسمائة انما لزمته قبل الطلاق بشهادتهما عليه بالدخول وعليهما وعلى الشاهدين بالالف فضل ما بين المتعة والخمسمائة نصفان لان لزوم ذلك القدر اياه بشهادة الفريقين جميعا. ولو شهد آخران أيضا على الطلاق فقضى

القاضي بجميع ذلك ثم رجعوا فعلى شاهدي الدخول خمسمائة لان لزوم ذلك بشهادتهما خاصة وعليهما أيضا وعلى شاهدي التسمية فضل ما بين المتعة إلى نصف الاول وعلى شاهدي الدخول وشاهدي التسمية وشاهدي الطلاق قدر المتعة أثلاثا على كل شاهدين ثلث ذلك لان تقرر ذلك القدر كان بشهادتهم جميعا ولو شهد شاهدان على رجل انه تزوج امرأة على ألف درهم ومهر مثلها خمسمائة وشهد آخران على الدخول وآخران على الطلاق والزوج يحدد ذلك كله ثم رجعوا فعلى شاهدي النكاح خمسمائة لانهما الزماه ألفا وعوضاه من ذلك ما يساوي خمسمائة فما زاد على ذلك أتلغاه بغير عوض فيضمنان ذلك له وليس عليهما غير ذلك (ألا ترى) أنهما لو شهدا عليه بالنكاح بخمسمائة لم يضمننا شيئا فاما في الخمسمائة الباقية فيضيف ذلك على شاهدي الدخول خاصة لان ذلك انما لزمه بشهادتهما على الدخول فالخمسمائة التي ضمنهما شهود العفو شائعة فكذلك الخمسمائة الاخرى تكون شائعة نصف ذلك مما يتقرر عليه بالدخول فيجب ضمان ذلك على شاهدي الدخول ونصف هذه الخمسمائة عليهما وعلى شاهدي الطلاق نصفان لان تقرر ذلك عليه بشهادة الفريقين وإذا شهد أربعة نفر على رجل بحق فشهد عليه اثنان بخمسمائة واثنان بألف فقضى به القاضي ثم رجع أحد شاهدي الألف فعليه ربع الألف لان نصف الألف ثبت بشهادته وشهادة صاحبه على الشهادة وانما انعدمت الحجة في نصفه فان رجع معه شاهد الخمسمائة كان على شاهدي الألف ربع الألف كما بينا وعليه أيضا وعلى الآخرين ربع سهم أثلاثا لان الشهود على النصف الآخر كانوا أربعة وقد بقي نصفه ببقاء الواحد على الشهادة فيجب على الذين رجعوا نصف ذلك النصف بينهم اثلاثا وان رجع أحد شاهدي الخمسمائة وحده أو هما جميعا فلا شيء عليهما لانه قد بقي على الشهادة بتلك الخمسمائة من يتم الحجة بشهادته وان رجعوا جميعا كان على شاهدي الألف خمسمائة خاصة لان ذلك يستحق بشهادتهما خاصة والخمسمائة الاخرى عليهم

[26]

أثلاثا أرباعا لانها ثابتة بشهادة الاربعة فعند الرجوع ضمانها عليهم ارباعا وان رجع شاهدا الألف وأحد شاهدي الخمسمائة فنصف الألف على شاهدي الألف خاصة والربع عليهم أثلاثا لان الحجة بقيت في ربع الألف ببقاء أحد شاهدي الخمسمائة على شهادته وإذا شهد على مجهول الحال انه عبد لهذا الرجل فقضى بشهادتهما ثم رجعا فلا شهادة عليهما للعبد لانهما أبطلا عليه الحرية الثابتة له باعتبار الظاهر والحربة ليست بمال ولانهما لو ضمننا انما يضمنان للعبد وما يكون للعبد فهو لمولاه منكرا لرجوعهما فان كان العبد كاتب نفسه على مال أو اشترى نفسه بمال ثم رجع فلا شيء له على الشاهدين لانهما لو رجعا قبل العتق والمكاتبة لم يضمننا شيئا فكذلك بعده ولان هذا المال التزمه العبد باختياره فلا يستوجب الرجوع به على الشاهدين. رجل مات وترك عبيدين وأمة ومالا فشهد شاهدان أن هذا الرجل أخوه لايه وأمه ووارثه لا وارث له غيره فقضى بالمال له والعبيدين والامة ثم شهد شاهدان بعد ذلك أن أحد العبيدين بعينه ابن الميت فجاز القاضي شهادتهما وأعطاه الميراث كله ثم شهد آخران أن العبد الثاني ابن الميت فقضى به أيضا ثم شهد آخران أن الميت أعتق هذه الامة وتزوجها في حياته وصحته فقضى بذلك وجعلها وارثة معهم ثم رجع اللذان شهدا للعبد الاول ضمننا قيمته بين الابن الآخر والمرأة أيما لانه لولا شهادتهما لكانت رقية المشهود له بين الآخر والمرأة على ثمانية فانما تلف ذلك عليهما بشهادتهما فقد أقرا بالرجوع أنهما أتلغا ذلك بغير عوض وكذلك لو لم يرجع

ورجع شهود الابن الثاني ضمنا قيمته بين الابن الاول والمرأة أثمنا لما قلنا وبضمنان ميراثه لاخته دون المرأة لان جميع الميراث كان مستحقا له بقضاء القاضي قبل شهادتهما فانما أتلغا عليه ذلك بشهادتهما وما أتلغا شيئا من الميراث على المرأة بشهادتهما لان استحقاقها عند الشهادة لم يكن ثابتا وانما ثبت بالبينة على نكاحها بعد ذلك ولهذا في الفصل الاول لا يضمن الشهود شيئا مما يورث الابن الاول لانهما لم يثبتا استحقاق ذلك على الابن الثاني والمرأة بشهادتهما فالاستحقاق لم يكن ظاهرا عند شهادتهما وانما ثبت بثبوت سببه بعد ذلك ولا يضمنان للاخ أيضا لان ما استحق بشهادتهما على الاخ مستحق عليه بشهادة غيرهما ففي حق الاخ بقيت الشهادة حجة تامة في حق استحقاق الميراث عليه ولو لم يرجع هذان ورجع شاهدا المرأة ضمنا قيمتها وميراثها بين الابنين لانهما أتلغا بشهادتهما ملك الابنين في رقبتهما وأثبت استحقاقها الميراث عليهما بشهادتهما بالنكاح وقد

[27]

أقرا بالرجوع أنهما شهدا بذلك كله بغير حق وان كان الشاهدان للمرأة هما الشاهدان على نسب الابن الاول والابن الآخر ثم رجعوا عن الشهادة كلها كان الضمان عليهم كذلك لان المشهود به مختلف فلا فرق بين اتحاد المشهود واختلافهم في ذلك وسواء رجعوا معا أو متفرقين لان أصل الشهادة كان مختلفا بعضها قبل بعض والضمان عليهم عند الرجوع باعتبار الشهادة السابقة. ولو شهد شاهدان على ذلك كله معا وبعضهم لا يصدق بعضا ثم رجعا ضمنا ثمن المرأة وقيمتها بين الاثنين لانهما أتلغا على الاثنين فلو لا شهادتهما بذلك لكان ذلك مستحقا للاثنين بقضاء القاضي بينهما وبضمنان من قيمة كل ابن لصاحبه سبعة أسهم من ثمانية أسهم وللمرأة الثمن كما لو شهد بكل شى شاهدان آخران وكذلك لو رجعا عن الشهادة واحد بعد واحد كان الحكم كما بينا والله أعلم (باب من الرجوع أيضا) (قال رحمه الله رجل له جارتان لكل واحدة منهما ولد ولدت في ملكه فشهد شاهدان لا حد الابنين أن الرجل أعاده وهو منكر وشهد آخران للولد الآخر بمثل ذلك فقضى القاضي بايهما أتياه وجعل الامتين كالولد ثم رجعوا عن شهادتهم والولد حي ضمن كل شاهدين منه قيمة الولد الذي شهدوا له وبين قيمتها أمة إلى قيمتها أم ولد لانهما أتلغا عليه ذلك القدر بشهادتهما فالثابت في شهادتهما في حياته حرية الولد ونقصان الاستيلاء في الام فإذا غرما ذلك واستهلكه الاب ثم مات ولا وارث له غيرهما وكل واحد من الاثنين يجحد صاحبه ضمن كل شاهدين للولد الآخر نصف قيمة أم الولد الذي شهدوا له لانها عتقت عند الموت بشهادتهما فيضمنان ما بقى من قيمتها الا أن ذلك ميراث بين الابنين نصفان والابن المشهود له يصدقهما في الشهادة ويكذبهما في الرجوع فسقطت حصته من ذلك فانما يبقى على كل فريق حصة الابن الآخر لانه مدعى لذلك عليهما ويرجع شاهدا كل ولد في الميراث الذي ورثه الولد الذي شهدا له بجميع ما أخذ منهما الوالد في حياته لان المشهود له يقران ذلك دينا لهما على الاب وانه قد استوفى ذلك منهما بغير حق لانهما صادقان في الشهادة وأحد الوارثين إذا أقر بدين على الميت يستوفي جميع ذلك من نصيبه ولا يرجعان في نصيبه بما ضمنهما؟ أخوه من نصف قيمة أمة لانهما يزعمان أنهما شهدا بغير حق فكانا ضامنين جميع ذلك له وإذا شهد شاهدان

على الرجل بطلاق وهو يجده فقضى القاضى بالفرقة وينصف المهر لها ثم مات الرجل ثم رجعا عن شهادتهما غرما لورثة الزوج نصف المهر الذى أخذته المرأة لانهما لو رجعا في حياة الزوج كان ضامنين ذلك له وقد نيه بعد موته أنهم يحلفونه فيضمنون ذلك للورثة إذا رجعوا بعد الموت أيضا ولا ميراث للمرأة منه ان كانت ادعت الطلاق أو لم تدع ان أقر الورثة أنه طلقها أو لم يطلقها لانها قد بانت في حياته وانما تستحق الميراث بالنكاح إذا انتهى بالوفاة فإذا بانت في حياته وصحته بقضاء القاضى لم تكن هي وارثة له فلا ينفعها قول الورثة والشهود ما أتلفوا عليها شيئا من الميراث لانهم شهدوا بالفرقة في حياة الزوج ولم تكن هي مستحقة للميراث عند ذلك لجواز ان تموت قبله ولو كان شهدا بذلك بعد موت الزوج وادعى ذلك الورثة فقضى القاضى لها بنصف المهر في ماله ثم رجعا عن شهادتهما ضمنا للمرأة نصف المهر والميراث لان حقها في جميع المهر قد تقرر بموت الزوج واستحقت الميراث أيضا فانما بطل حقها عن نصف المهر وعن الميراث بشهادتهما بالفرقة في حال الحياة فيضمنان ذلك عند الرجوع ولا يضمنان لسائر الورثة شيئا لانهما لم يتلفا على سائر الورثة شيئا قد تقرر حقها في جميع المهر بموت الزوج قبل ظهور الفرقة فهما نفعا للورثة باسقاط نصف مهرها وميراثها عنهم فلهذا لم يضمننا للورثة شيئا والله أعلم بالصواب (كتاب الدعوى) (قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبى سهل السرخي املاء اعلم بان الله تعالى خلق الخلق أطوارا علومهم شتى متباينة ولتباين الهمم تقع الخصومات بينهم فالتسبيل في الخصومة قطعها) لما في امتدادها من الفساد والله تعالى لا يحب الفساد وطريق فصل الخصومات للقضاة بما ذكره رسول الله صلى الله عليه وسلم قال البيهنة على المدعى واليمين على المدعى عليه وهذا وان كان من اختيار الاحاد فقد تلقته العلماء رحمهم الله بالقبول والعمل به فصار في حيز التواتر وعد هذا من جوامع الكلم على ما قال عليه الصلاة والسلام أو تيت جوامع الكلم واختصر لى الحديث اختصارا فقد تكلم كلمتين استنبط العلماء رحمهم الله منهما ما بلغ دقاته فقال قتادة في قوله تعالى وأتيناها الحكمة وفصل الخطاب ان الحكمة النبوة وفصل الخطاب البيهنة على المدعى واليمين على المدعى عليه فهذا دليل على ان

ما ذكره رسول الله صلى الله عليه وسلم قد كان في شريعة من قبله وفى هذا الحديث بيان ان المدعى غير المدعى عليه لانه صلى الله عليه وسلم ميز بينهما وذلك تنصيص على المغايرة كما في قوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر يكون تنصيضا على أن العاهر غير صاحب الفراش والمدعى لغة من يقصد ايجاب حق على غيره فالمدعى فعل يتعدي مفعوله فيكون المدعى اسما لفاعل الدعوى كالضارب والقاتل الا ان اطلاق اسم المدعى في عرف اللسان يتناول من لا حجة له ولا يتناول من له حجة فان القاضى يسميه مدعىا قبل اقامة البيهنة فاما بعد اقامة البيهنة يسميه محقا لا مدعىا ويقال لمسيلمة مدعى النبوة ولا يقال لرسول الله صلى الله عليه وسلم يدعى النبوة لانه قد أثبتته بالمعجزة فعرفنا ان اطلاق الاسم على من لا حجة له عرفا وهذا الحديث يشتمل على أحكام

بعضها يعرف عقلا وبعضها شرعا فقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى يدل على انه لا يستحق بمجرد الدعوى وهذا معقول لانه خبر متمثل بين الصدق والكذب والمحمّل لا يكون حجة فدل على انه يستحق بالبينة وهذا شرعى وفي خبر الشهود الاحتمال قائم ولا يزول بظهور العدالة لان العدل غير معصوم عن الكذب أو القصد إلى الكذب فحصول البينات أو الاستحقاق بشهادتهم شرعى وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم اليمين على المدعى عليه ففيه دليل على ان القول قوله وهذا معقول لانه متمسك بالاصل فالاصل براءة ذمته وانتفاء حق الغير عما في يده وفيه دليل توجه اليمين عليه وهذا شرعى وكان المعنى فيه والله أعلم ان المدعى يزعم انه صار متويا حقه بانكاره فالشرع جعل له حق استحقاقه حتى ان كان الامر كما زعم فاليمين العمومي مهلكة للمدعى عليه فيكون أتوا بمقابلة اتواء وهو مشروع وان كان بخلاف ما زعم نال المدعى عليه الثواب بذكر اسم الله تعالى على سبيل التعظيم صادقا ولا يتضرر به وفيه دليل على ان حبس البينات في جانب المدعين لا دخال الالف واللام في البينة فلا تبقى بينة في جانب المدعى عليه لان مطلق التقسيم يقتضى انتفاء مشاركة كل واحد منهما عن قسم صاحبه فيكون حجة لنا ان بينة ذى اليد على اثبات الملك لنفسه غير مقبولة في معارضة بينة الخارج ويدل على أن جنس الايمان في جانب المدعى عليه ولا يمين في جانب المدعى فيكون دليلا لنا في انه لا يرد اليمين على المدعى عند نكول المدعى عليه وهكذا ذكره عن ابراهيم رحمه الله في الكتاب فقال كان لا يرد يعنى عملا بالحديث كان لا يرد اليمين ويكون حجة لنا في أنه لا يجوز القضاء بشاهد واحد مع

[30]

يمين المدعى إذ لا يمين في جانب المدعى ولانه جعل الفاصل للخصومة سببين بينة في جانب المدعى ويمينا في جانب المدعى عليه والشاهد واليمين ليست بينة ولا يمين المدعى عليه فكون اثبات طريق ثالث وهو مخالف لهذا الحديث وقوله صلى الله عليه وسلم المدعى عام لم يدخله خصوص فالمدعى لا يستحق بنفس الدعوى ويستحق بالبينة في الخصومات كلها وقوله صلى الله عليه وسلم واليمين على المدعى عليه عام دخله خصوص وهو ما لا يجرى فيه الاستحلاف من الحدود وغيرها (قال) وإذا كانت الدار في يد رجل فادعى رجل كلها أو طائفة منها فالبينة على المدعى واليمين على من الدار في يديه ويحتاج هنا إلى معرفة أشياء أحدها أن الدعوى نوعان صحيحة وفاسدة فالصحيحة ما يتعلق بها أحكامها وهو احتضار الخصم والمطالبة بالجواب واليمين إذا أنكروا مثل هذه الدعوى يمكن اثباتها بالبينة والدعوى الفاسدة ما لا يتعلق بها لأحكام التي بينها وفساد الدعوى باحد معينين اما أن لا يكون ملزما لخصم شيئا وانما ثبتت كمن ادعى على غيره أنه وكيله أو أن يكون مجهولا في نفسه فالمجهول لا يمكن اثباته بالبينة فان القاضى لا يتمكن من القضا بالمجهول بينة المدعى ولا بنكول المدعى عليه ثم الدعوى الصحيحة لا توجب استحقاق المدعى للمدعى بنفسها فان النبي صلى الله عليه وسلم قال لو أعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم لكن البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه وفي رواية على من أنكروا لان على القاضى تحسين الظن بكل واحد فلو جعلنا نفس الدعوى موجبة استحقاق المدعى للمدعى فيه اساءة الظن بالآخر وذلك لا يجوز ولكن على المدعى البينة لاثبات استحقاقه بها فيطالبه القاضى بذلك لا على وجه الالزام عليه بل على وجه

التذكير له فلعلة يغفل عن ذلك وفيه نظر للآخر أيضا فانه لو حلفه ثم أقام المدعى البينة افتضح باليمين الكاذبة فلهذا بدأ بطلب البينة من المدعى فإذا لم يكن له بينة فاليمين على ذى اليد لانه منكر واليمين على من أنكر وهذه اليمين حق المدعى فإذا لم يكن له بينة فاليمين على ذى اليد وهذه حق لا يستوفى الا بطلبه هكذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث الحضرمي والكندي للمدعى منهما ألك بينة فقال لا قال عليه الصلاة والسلام لك يمين فقال يحلف ولا يبالي فقال صلوات الله عليه ليس لك الا هذا شاهداك أو يمينه فذلك تنصيص على ان اليمين حق المدعى فان (قيل) كيف يستحقها بنفس الدعوى (قلنا) كما يستحق الاحضار والجواب وذلك ثابت بالنص قال الله تعالى وإذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم الآية فقد ألحق الوعيد بمن امتنع من الحضور

[31]

بعد ما طوّل به وذلك دليل أن الحضور مستحق عليه والضرر عليه في الحضور والانقطاع عن أشغاله فوق الضرر عليه في الجواب واليمين فإذا ثبت ذلك بالنص ثبت هذا بطريق الاولى مع ان دعوى المدعى وانكار المدعى عليه خبران قد تعارضا ولا يتمكن القاضي من تركهما على ذلك لما فيه من امتداد الخصومة بينهما فلا بد من طلب رجحان جانب الصدق في خبر أحدهما وذلك في بينة المدعى أو يمين المدعى عليه وهذا يدل على ان هذه اليمين حق للمدعى عليه لان ما ترجح صدقه يكون حقا له الا أنه لما كان لا يستحق الا بطلب المدعى فذلك دليل على أنه حق المدعى ومعنى حقه فيه أنه يوصله إلى حقه عند نكول المدعى عليه ويرجح معنى الصدق في جانبه فلهذا يصير القاضي إليه بمجرد طلب المدعى ويستوى فيما ذكرنا صنوف الاملاك وأنواع المدعين من حر أو عبد مسلم أو ذمى مستأمن أو مرتد فالقاضي مأمور بالعدالة والانصاف في حق كل واحد. وكذلك إذا ادعاه شراء من ذى اليد أو هبة أو صدقة أو اجارة أو رهنا لانه يدعى استحقاق ملك العين أو المنفعة واليد على ذى اليد ببعض هذه الاسباب فكان مدعى ولا يتوصل إلى اثبات ما ادعاه الا باثبات سببه فيصير السبب مقصودا بالاثبات بالبينة لان ما لا يتوصل إلى المطلوب الا به يكون مقصودا قال وأصل معرفة المدعى من المدعى عليه أن ينظر إلى المنكر منهما فهو المدعى عليه والآخر المدعى وهذا أهم ما يحتاج إلى معرفته في هذا الكتاب وما ذكره في الكتاب كلام صحيح فان النبي صلى الله عليه وسلم جعل المدعى عليه المنكر بقوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من أنكر ولكن تمام بيان الحد لا يحصل بها فقد يكون مدعى صورة واليمين في جانبه كالمودع يدعى رد الوديعة أو هلاكها وذو اليد إذا قال العين لى فهو مدعى صورة ولا يخرج من أن يكون مدعى عليه ولكن الفرق بينهما على ما قاله بعض أصحابنا رحمهم الله أن المدعى من يستدعى على الغير بقوله وإذا ترك الخصومة يترك والمدعى عليه من يستدعى عليه بقول الغير وإذا ترك الخصومة لا يترك وقيل المدعى من يشتمل كلامه على الاثبات ولا يصير خصما بالتكلم بالنفى فان الخارج لو قال لذى اليد هذا الشئ ليس لك لا يكون خصما مدعى ما لم يقل هو لى والمدعى عليه من يشتمل كلامه على النفي فيكتفى به منه فان ذا اليد إذا قال ليس هذا لك كان خصما بهذا القدر وقوله هو لى فصل من الكلام غير محتاج إليه وقيل المدعى من لا يستحق الا بحجة كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير

حجة كذى اليد فانه إذا قال هو لى كان مستحقا له ما لم يثبت الغير
استحقاقه فاما المودع يدعى رد لوديعة أو هلاكها فهو مقبول القول في
ذلك لان الخصم سلطه على ذلك فيثبت بمجرد قوله فكان مدعى عليه أو
لانه منكر الضمان في ذمته فكان مدعا عليه فعلى الوجه الاول يحلف لنفى
التهمة وعلى الوجه الآخر يحلف لانكاره الضمان (ألا ترى) أن الرد لا يثبت
بيمينه حتى لو ادعى الرد على الوصي لا يكون الوصي ضامنا وان كان الذى
في يديه ادعى أنه باعه من هذا الرجل أو أجره فهو المدعى وعليه البينة
لانه يدعى سبب نقل الملك في العين أو المنفعة إليه واستحقاقه العوض
عليه فيكون مدعيا محتاجا إلى اثبات صدقه وعلى الآخر اليمين لانكاره قال
وان ادعى دينا على رجل بوجه من الوجوه فانكر الآخر فالبينة على المدعى
بدعواه أمرا عارضا وهو اشتغال ذمة الغير بحقه والمدعى عليه هو المنكر
لتمسكه بالاصل وهو براءة ذمته فان أقر بالدين وقال قد قبضته اياه كان
هو المدعى لان القضاء يعترض الوجوب فهو الذى يدعى الآن أمرا عارضا
وكذلك ان ادعى البراءة أو التأجيل فهو المدعى لان البراءة مفرغ لذمته بعد
اشتغالها باتفاقهما والتأجيل يؤخر المطالبة بعد تقر السبب بوجه المطالبة
باتفاقهما فهو الذى يدعى أمرا عارضا فعليه البينة ويدعى الآخر اليمين
قال دار في يد رجلين كل واحد منهما يدعى أنها له وكل واحد منهما يدعى
لما في يد صاحبه لان في يد كل واحد منهما نصف الدار فكان الدار الواحدة
بمنزلة دارين في يد كل واحد منهما أو أحدهما وكل واحد منهما يدعيها
فكان كل واحد منهما مدعيا لما في يد صاحبه فعليه البينة ومنكر الدعوى
صاحبه فيما في يده فان أقاما البينة قضى لكل واحد منهما بالنصف الذى
في يد صاحبه فرجنا بينة الخارج على بينة ذى اليد في دعوى الملك
المطلق فلو لم يقم لهما بينة يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه
وأيهما حلف برئ منهما وأيهما نكل عن اليمين لزمه دعوى صاحبه لان
نكوله قائم مقام اقراره لما ادعاه صاحبه فقد أسلمت هذه البينة على
فصلين أحدهما ان بينة الخارج وبينة ذى اليد إذا تعارضتا على الملك
المطلق فبينة الخارج أولى بالقبول عندنا وفي أحد قولى الشافعي تنهات
البينتان ويكون المدعى لذى اليد كان في يده لاقضائه له وفي القول الآخر
ترجح بينة ذى اليد فيقضى به لذى اليد فقضاء ملك بالبينة وطريقه على
القول الاول أن بينة الخارج حجة يجوز دفعها بالظن فيها فيجوز دفعها
بالمعارضة كالدلة الشرعية فإذا تحقق التعارض فالقاضي يثق بكذب
أحدهما لان العين الواحدة في وقت واحد لا تكون كلها

ملكا لكل واحد منهما فبطلت البينتان وبقي اليمين في يد ذى اليد بحكم
يده وطريقه على القول الآخر أن ذا اليد له نوعان من الحجة اليد والبينة
وللخارج نوع واحد وذو الحجتين يترجح على ذى حجة واحدة كما في دعوى
النكاح وما في معناه وكما لو ادعيا تلقى الملك من واحد وأحدهما قابض
فاقاما البينة وهذا لان بينة ذى اليد وجب قبولها الآن لصيرورته محتاجا إلى
اقامتها باقامة الخارج البينة ولنا في المسألة طريقان أحدهما أن بينة ذى
اليد تقوم على ما شهد له الظاهر به فلا تكون حجة كبينة المدين على أن لا
دين عليه (ألا ترى) أنه لو أقامها قبل إقامة الخارج البينة لم تقبل وهو
محتاج إليها في اسقاط اليمين عن نفسه والبينة تقبل لهذه الحاجة كما لو

أقام المودع البينة على رد الوديعة أو هلاكها فكذلك بعد اقامة الخارج البينة وهذا لان شهود ذى اليد يشهدون له باعتبار يده القائمة ولا طريق لمعرفة الملك الا اليد وبينة الخارج لا تندفع بيد ذى اليد وان كان القاضى يعاينها فكذلك لا تندفع ببينة تعتمد تلك اليد بخلاف النتائج فان باعتبار اليد لا يجوز لهم الشهادة على النتائج وانما اعتمدوا سببا آخر ذلك غير ظاهر عند القاضى فلا بد من قبول البينة عليه وبخلاف بينة مجهول الحال على حريته لان الشهود لا يجوز لهم ان يشهدوا بحريته بسبب الدار فانما اعتمدوا شيئا آخر ذلك غير ظاهر عند القاضى وكذلك شهود الشراء لذى اليد الذى اعتمدوا سببا ذلك غير ظاهر أيضا عند القاضى فوجب قبول بينته ثم يترجح بيده والطريق الآخر ان البينات تترجح بزيادة الاثبات والاثبات في بينة الخارج أكثر لانه يثبت الملك على خصم هو مالك وبينة ذى اليد لا تثبت الملك على خصم هو مالك لان بمجرد اقامة الخارج البينة لم تثبت الاستحقاق له قبل القضاء فلا يصير هو مقضيا عليه لو قضى ببينة ذى اليد وإذا قضى ببينة الخارج صار ذو اليد مقضيا عليه فلزيادة الاثبات رجحنا بينة الخارج بخلاف دعوى الخارج فان كل واحد من البينتين هناك يثبت أولية المالك لصاحبه وذلك لا يكون استحقاقا على غيره ولهذا لا يصير ذو اليد مقضيا عليه إذا أقام البينة على النتائج حتى لو أقام ذو اليد البينة على النتائج بعد قضاء القاضى للخارج وجب قبول بينته فلما استويا في الاثبات رجحنا بينة ذى اليد وكذلك إذا دعي تلقى الملك من واحد فقد استوت البينات في الاثبات لان استحقاق كل واحد منهما على البائع فرجحنا بينة ذى اليد لتأكيد شرائه بالقبض وهذا بخلاف الادلة الشرعية فانها حجة في النفي والاثبات فيتحقق التعارض وهنا البينتان للاثبات لا للنفي وحاجة

[34]

ذى اليد إلى استحقاق الخارج فلم يتحقق التعارض والفصل الثاني ان يكون المدعى عليه عن اليمين موجب للقضاء عليه بالمال عندنا ولكن ينبغي للقاضى ان يعرض عليه اليمين ثلاث مرات ويخبره في كل مرة ان من رآه القضاء بالنكول ايلاء لعذره فان لم يحلف قضى عليه وعند الشافعي رحمة الله يرد اليمين على المدعى فان حلف أخذ المال وان أبى انقطعت المنازعة بينهما وحجته في منع القضاء بالنكول انه سكوت في نفسه فلا يكون حجة للقضاء عليه كسكوته عن الجواب في الابتداء وهذا لانه محتمل قد يكون للتورع عن اليمين الكاذبة وقد يكون للترفع عن اليمين الصادقة كما فعله عثمان رضى الله عنه وقال خشيت ان يوافق قدر يميني فيقال أصيب بيمينه والمحتمل لا يكون حجة وحجته في رد اليمين على المدعى على ما روى أن عثمان رضى الله عنه ادعى مالا على المقداد بن الاسود الكندي رضى الله عنه بين يدي عمر رضى الله عنه الحديث إلى ان قال المقداد رضى الله عنه ليحلف عثمان رضى الله عنه ليحلف عثمان رضى الله عنه ويأخذ حقه فقال عمر رضى الله عنه لقد أنصف المقداد وعن على رضى الله عنه انه حلف المدعى بعد نكول المدعى عليه والمعنى فيه أن اليمين في جانب المدعى عليه في الابتداء لكون الظاهر شاهد له وينكوله صار الظاهر شاهدا للمدعى فيعود اليمين إلى جانبه ولهذا بدأنا في اللعان بايمان الخروج لشهادة الظاهر له فانه لا يلوث فراشه كاذبا وبدأنا في القيامة بيمين الولي للشهادة الظاهرة فان المسألة فيما إذا كانت العداوة ظاهرة بين القبيل وأهل المحلة وكان العهد قريبا بدخولهم في محلتهم إلى ان وجد قتيلا ولنا في المسألة حديث عمر رضى الله عنه فانه قضى على الزوج بالطلاق في قوله حملك على غاربك عند نكوله عن اليمين على ارادة

الطلاق وقضى أبو موسى الأشعري رضي الله عنه لصحة الرجعة عند نكولها عن اليمين على أنها كانت بعد حل الصلاة لها وقال ابن مليكة رضي الله عنه كنت قاضيا بالبصرة فاختصم إلى امرأتان في سوار فطلبت البينة من المدعية فلم أجد وعرضت اليمين على الأخرى فنكلت فكتبت إلى أبي موسى رضي الله عنه فورد كتابه أن أحضرهما وأتل عليهما قوله تعالى أن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا الآية ثم أعرض اليمين على المدعية عليها فان نكلت فاقضى عليها وقضى شريح رحمه الله بالنكول بين يدي على رضي الله عنه فقال له (قالون) وهي بالغة العربية أصبت وما روى عن علي رضي الله عنه أنه حلف المدعي فبناء على مذهبه لأنه كان يحلف مع تمام حجة القضاء بالبينة ولسنا نأخذ بذلك وتأويل حديث المقداد رضي الله عنه أنه ادعى الإيفاء على

[35]

عثمان رضي الله عنه وبه نقول ومن حيث المعنى اما طريقان أحدهما أن حق المدعي قبل المدعي عليه هو الجواب وهو جواب يوصله إلى حقه وهو الاقرار فإذا فوت عليه ذلك بانكاره حوله الشرع إلى اليمين خلفا عن أصل حقه فإذا منعه الحلف يعود إليه أصل حقه لأنه لا يتمكن من منع الحلف شرعا إلا بإيفاء ما هو أصل الحق وهذا الطريق علي قولهما وأنهما يجعلان النكول بمنزلة الاقرار والطريق الآخر أن الدعوة لما صحت من المدعي يخبر المدعا عليه بين بدل المال وبين اليمين فإذا امتنع منهما وأحدهما تجرى فيه النيابة دون الآخر ناب القاضى منابه فيما تجري فيه النيابة وهذا لان تمكنه من المنازعة شرعا بشرط أن يحلف فإذا أبى ذلك صار تاركا للمنازعة بتفويت شرطها فكأنه قال لا أنازعك في هذا المال فيتمكن المدعي من أخذه لأنه يدعيه ولا منازع له فيه وهذا الطريق على أصل أبي حنيفة رحمه الله حيث جعل النكول بدلا ولا عبرة للاحتمال في النكول لان الشرع ألزمه التورع عن اليمين الكاذبة دون الترفع عن الصادقة فيترجح هذا الجانب في نكوله ولأنه لا يتمكن من الترفع عن اليمين إلا ببذل المال فانه إنما يرتفع ملتزما بالضرر على نفسه لا ملحقا بالضرر بالغير بمنع الحق والذي قال من شهادة الظاهر للمدعي عند نكول المدعي عليه لا يكون ذلك إلا بترجح جانب الصدق في دعوى المدعي وذلك موجب للقضاء ثم اليمين مشروعة للنفي لا للاثبات وحاجة المدعي إلى الاثبات فلا تكون اليمين حجة له هذا معنى تعليل محمد رحمه الله لا أحول اليمين عن موضعه وهذا لانها في النفي لا توجب النفي حتى تقبل بينة المدعي بعد يمين المدعي عليه ففي غير موضعه وهو الاثبات أولى أن لا يوجب الاثبات والشهادات للاثبات ثم لا يستحق المدعي بشهادته لنفسه شيئا بحال فلان لا يستحق بيمينه لنفسه وهو في غير موضع الاثبات كان أولى وإذا تنازع رجلان في دار كل واحد منهما يدعى أنها في يده فعلى كل واحد منهما البينة لان دعوى اليد مقصودة كما أن دعوى الملك مقصودة لان باليد يتوصل إلى الانتفاع بالملك والتصرف فيه فان أقام كل واحد منهما البينة أنها في يده جعل يد كل واحد منهما نصفها لتعارض البينتين وتساويهما فالمساواة في سبب الاستحقاق توجب المساواة في الاستحقاق فان كان المدعي قابلا للاشتراك يقضى لكل واحد منها بالنصف لمعنى الضيق والمزاحمة في المحل قال فإذا أقام أحدهما البينة أنها له قضيت بها له لانه استحق بالبينة الملك فيما في يد صاحبه ولم يعامله صاحبه بمثله ولا منافاه بين القضاء باليد لصاحبه والملك له بالبينة وقد كان أصحابنا رحمهم الله يقولون إذا قال المدعي هذا

الشئ ملكى وفى يدى لم يسمع القاضى دعواه وقال له إذا كان ملك فى يدك فماذى تطلب منى فتأويل تلك المسألة أن الخصم لا يدعى إليه لنفسه وهنا الخصم يدعى اليد لنفسه فلهذا قبل دعوى اليد لنفسه وقضى له بها عند اقامة البينة. وذكر الخصاص رحمه الله أن من ادعى دارا فى يد غيره وانها له وأقام البينة فما لم يشهد الشهود أنها فى يد المدعى عليه تقبل بينته لجواز أن يكون تواضعا فى محدود فى يد ثالث على أن يدعيه أحدهما ويقر الآخر بأنه فى يده ليقم البينة عليه بذلك وهو فى يد غيرهما ولكن تأويل تلك المسألة أن الخصم الآخر لم يثبت يده بالبينة وهنا قد أثبت كل واحد منهما يد البينة فلهذا قبلنا بينة أحدهما على صاحبه باثبات الملك له وان لم يقم لهما بينة على اليد وطلب كل واحد منهما يمين صاحب ماهى فى يده فعلى كل واحد منهما أن يحلف البينة ما هى فى يد صاحبه لانه لو أقر لصاحبه بما ادعى لزمه حقه فإذا أنكر حلف عليه وان لم يجعلها القاضى فى يد واحد منهما لان حجة القضاء باليد لم تقم لواحد منهما ولكن يمنعهما من المنازعة والخصومة من غير حجة فايهما نكل عن اليمين لم يجعلها فى يده لان صاحبه قد حلف ولم يجعلها فى يد الذى حلف بنكول هذا الناكل أيضا لجواز أن تكون فى يد ثالث وأنهما تواضعا للتلبيس على القاضى وذلك يمنع الناكل عن منازعة الآخر لان نكوله حجة عليه فان وجدها فى يد آخر لم ينزعها من يده الذى انفعده بين هذين لان نكولهما ليس بحجة على غيرهما والقضاء بحسب الحجة. قال عبد فى يدى رجلين ادعاه آخر وأقام البينة أنه كان فى يده أمس لم يقبل ذلك منه لانهم شهدوا بعد عرف القاضى زوالهما ولم يثبت سبب الزوال ومثل هذه الشهادة لا تكون مقبولة لان الشهادة على ما كان فى الزمان الماضى انما تقبل بطريق أن ما عرف ثبوته فالاصل بقاؤه واستصحاب الحال انما يجوز بقاؤه والعمل به فيما لم يتيقن بزواله وروى أصحاب الاملاء عن أبى يوسف رحمه الله أن الشهادة تقبل بناء على أصله أنهم لو شهدوا أنه كان فى ملكه أمس عنده تقبل ولكن هذا القياس غير صحيح فان الملك غير معين ولا يتيقن القاضى بزوال ما شهدوا به فى الحال فكان لاستصحاب الحال طريقان بخلاف اليد فانه معين قد علم القاضى انفساخ يده باليد الظاهرة للغير فلا طريق لاستصحاب الحال فيه ولو أقر ذو اليد أنه كان فى يد المدعى أمس أمر بالرد عليه لان الاقرار ملزم بنفسه قبل اتصال القضاء به فيظهر باقراره يد المدعى أمس فيؤمر بالرد عليه ما لم يثبت حقا لنفسه فاما الشهادة لا توجب الحق الا باتصال القضاء بها ويتعذر على القاضى القضاء بشئ يعلم والحال

خلافه وكذلك لو شهدوا على اقرار ذى اليد انه كان فى يد المدعى أمس أمر بالرد عليه لان الثابت من اقراره بالبينة كالثابت بالمعينة ولو أقام المدعى البينة أن هذا العبد أخذه منه هذا أو انتزعه منه أو غصبه منه أو غلبه عليه فأخذه منه أو أرسله فى حاجته فاعترضه هذا فى الطريق أو أبقي منى هذا فأخذه هذا الرجل فهذه الشهادة جائزة ويقضى بالعبد له لانهم أثبتوا سبب زوال يده فصار ذلك كالمعائن للقاضى وأثبتوا أن وصوله إلى يد ذى

اليد كان بأخذ المدعى عليه منه فعليه رده لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد واحدة من غير حق ظاهر له في المأخوذ عدوان والفعل الذي هو عدوان واجب الفسخ شرعا وذلك بالرد. قال ولو ادعى عينا في يد رجل أنه له وقال الذي هو في يديه أودعني فلان أو أعارني أو وكلني بحفظه لم يخرج من خصومة المدعى إلا أن يقيم البينة على ما قال عندنا وقال ابن أبي ليلى رحمه الله يخرج من خصومته بمجرد قوله من غير بينة وقال ابن شبرمة لا يخرج من خصومته وإن أقام البينة على ما قال أما ابن أبي ليلى رحمه الله فإن كلام ذي اليد إقرار منه بالملك للغائب والإقرار يوجب الحق بنفسه لقوله تعالى بل الإنسان على نفسه بصيرة ولأنه لا تهمة فيما يقربه على نفسه فيثبت ما أقربه بنفس الإقرار ويتبين أن يده يد حفظ لا بد خصومة والدليل على صحة هذه القاعدة أن من أقر بعين لغائب ثم أقر به لحاضر فرجع الغائب وصدقه يؤمر بالتسليم إليه وكذلك لو أقر لغيره بشئ ثم مرض فصدقه المقر له كان إقراره إقرار صحة وأما ابن شبرمة رحمه الله فقال أنه بهذه البينة يثبت الملك للغائب وهو ليس خصم في إثبات الملك لغيره لأنه لا ولاية لأحد على غيره في إدخال شئ في ملكه بغير رضاه ثم خروجه عن الخصومة في ضمن إثبات الملك لغيره فإذا لم يثبت ما هو الأصل لا يثبت ما في ضمنه كالوصية بالمحابة إذا ثبت في ضمن البيع فيبطلان البيع بطلب الوصية ولنا أن هذه البينة تثبت أمرين أحدهما الملك للغائب والحاضر ليس بخصم فيه والثاني دفع خصومة المدعى عنه وهو خصم في ذلك فكانت مقبولة فيما وجدت فيكون خصما فيه كمن وكل وكيفا بنقل أمراته أو أمته وقامت البينة أن الزوج طلقها ثلاثا وإن المولى أعتقها تقبل هذه البينة في أقصر يد الوكيل عنها ولا تقبل في وقوع الطلاق والعناق ما لم يحضر الغائب وهذا لأن مقصود ذي اليد ليس هو إثبات الملك للغائب إنما مقصوده إثباته أن يده يد حفظ وليست بيد خصومة وفي هذا المدعى خصم له فيجعل إثباته عليه بالبينة بمنزلة إقرار خصمه به وهذا بخلاف ما إذا ادعى غصبا على ذي اليد

[38]

حيث لا تندفع الخصومة عنه بهذه البينة لأن هناك إنما صار خصما بدعوى الفعل عليه دون اليد فاما في الملك المطلق إنما صار خصما بيده (ألا ترى) أن دعوى الغصب مسموعة على غير ذي اليد ودعوى الملك غير مسموعة فإذا أثبت أن يده غيره التحق في الحكم بما ليس في يده فلهذا قلنا أن بمجرد قوله قبل إقامة البينة لا تندفع الخصومة عنه لأن المدعى استحق عليه الجواب فصار هو خصما له بظهور الشئ في يده فلا يملك إسقاطه بمجرد قوله وهو لا يثبت إقراره بالبينة كما زعم هو إنما يثبت عليه إسقاط حق مستحق عليه عن نفسه وهو جواب الخصم وعن أبي يوسف رحمه الله أن كان ذو اليد رجلا معروفا بالحيل لم تندفع الخصومة عنه بإقامة البينة وإن كان صالحا تندفع الخصومة عنه رجوع إلى هذا حين ابتلى بالقضاء وعرف أحوال الناس فقال قد يحتال المحتال ويدفع ماله إلى من يريد شراء ويأمر من يودعه علانية حتى إذا ادعاه إنسان يقيم البينة على أنه مودع ليدفع الخصومة عن نفسه ومقصوده من ذلك الإضرار بالمدعى ليتعذر عليه إثبات حقه بالبينة فلا تندفع الخصومة عنه إذا كان متهما بمثل هذه الحيلة فإن شهد شهود ذي اليد أنه أودعه رجل لا يعرفه لم تندفع الخصومة عنه فلعل ذلك الرجل هو الذي حضر ينارعه وليس في هذه الشهادة ما يوجب دفع الخصومة والثاني أن الخصومة إنما تندفع عن ذي اليد إذا حوله إلى غيره بالبينة والتحويل إنما يتحقق إذا أحاله على رجل

يمكنه اتباعه ليخاصمه فإذا أحاله إلى مجهول ولا يمكنه اتباع المجهول كان ذلك باطلا لا يجوز وان قال الشهود أودعه رجل نعرفه بوجهه إذا رأيناه ولا نعرفه باسمه ونسبه فعلى قول محمد رحمه الله لا تندفع الخصومة عنه وعند أبي حنيفة رحمه الله تندفع الخصومة عنه ذكره في الجامع وجه قول محمد رحمه الله انه أحاله على مجهول لا يمكنه اتباعه ليخاصمه فكان هذا بمنزلة قولهم أودعه رجل لا نعرفه وهذا لان المعرفة بالوجه لا تكون معرفة على ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لرجل أتعرف فلانا فقال نعم قال صلى الله عليه وسلم هل يعرف اسمه قال لا قال صلوات الله عليه إذا لا تعرفه ومن حلف لا يعرف فلانا وهو يعرف وجهه دون اسمه ونسبه لا يحتث وأبو حنيفة رحمه الله قال قد أثبت ببينته انه ليس بخصم للمدعى فانا نعلم ان مودعه ليس هو المدعى لان الشهود يعرفون المودع بوجهه ويعلمون انه غير هذا المدعى ومقصود ذى اليد اثبات ان يده يد حفظ وانه ليس بخصم لهذا الحاضر وهذه البينة كافية في هذا المقصود ثم ان تضرر المدعى بان لم يقدر على اتباع خصمه فذلك الضرر يلحقه من قبل انه جهل خصمه لا من جهة

[39]

ذى اليد ونحن نسلم ان المعرفة بالوجه لا تكون معرفة تامة فان الغائب لا يمكن استحضاره به ولكن ليس على ذى اليد تعريف خصم المدعى له وانما عليه ان يثبت انه ليس بخصم له وهذا كله بناء على أصلنا ان القضاء على الغائب بالبينة لا يجوز فلا بد من خصم حاضر للمدعى ليقيم عليه البينة فاما عند الشافعي رحمه الله القضاء على الغائب بالبينة جائز ويستوى في ذلك ان كان غائبا عن البلدة أو عن مجلس الحكم حاضرا في البلدة وهو الصحيح من قوله وانما يحضره القاضى لرجاء اقراره حتى يقصر به المسافة عليه ولا يحتاج المدعى إلى تكلف البينة واحتج بقوله صلى الله عليه وسلم وسلم البينة على المدعى فاشتراط حضور الخصم لاقامة البينة تكون زيادة ولما قالت هند لرسول الله صلى الله عليه وسلم ان أبا سفيان رجل شحيح لا يعطينى ما يكفيني وولدي فقال صلوات الله عليه وسلامه خذي ما يكفيك وولدي بالمعروف من مال أبي سفيان فقد قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالنفقة وهو غائب ولان هذه بينة عادلة مسموعة فيجب القضاء بها كما لو كان الخصم حاضرا وبيان الوصف ان عندكم تسمع هذه البينة للكتاب بها وتأثيره ان بغية الخصم ما فات الا انكاره وانكاره غير مؤثر في ايصال المدعى إلى حقه ولان الاصل هو الانكار فيجب التمسك به وإذا ثبت انكاره بهذا الطريق قبلت البينة عليه ولو كان مقرا كان القضاء متوجها عليه لاجتماعنا ان القضاء على الغائب بالاقرار جائز فعليه نقيس فعله انه احدى حتى القضاء ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لعلي رضي الله عنه لا تقض لاحد الخصمين حتى تسمع كلام الآخر فانك إذا سمعت كلام الآخر علمت كيف تقضى فبين ان الجهالة تمنعه من القضاء وانها لا ترتفع الا بسماع كلامهما فاما قوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى فدللنا ان البينة اسم لما يحصل به البيان وليس المراد في حق المدعى لانه حاصل بقوله ولا في حق القاضى لانه حاصل بقول المدعى إذا لم يكن له منازع انما الحاجة إلى البيان في حق الخصم الجاحد وذلك لا يكون الا بحضوره (ألا ترى) أنه جعل البينة على المدعى في حال لو ادعى عدمها استحلف الخصم فقال واليمين على من أنكر وذلك لا يكون الا بمحض منه وهذا لان البينة اسم للحجة ولا تكون حجة عليه ما لم يظهر عجزه عن الدفع والطعن والقرآن صار حجة على الناس حين ظهر عجزهم عن المعارضة وظهور

عجزه لا يكون الا بمحضر منه ولا حجة في حديث هند لان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عالما بسبب استحقاق النفقة علي أبي سفيان وهو النكاح الظاهر (ألا ترى) أنها لم تقم البينة والمعنى فيه أنه أحد المتداعين فيشترط

[40]

حضوره للقضاء بالبينة كالمدعى بل أولى فان المدعى ينتفع بالقضاء والمدعى عليه يتضرر به وتأثيره أن دعوى المدعى وان كان الخصم شرط للعمل بالبينة حتى لا يسمع البينة على المقر ولا يقضى بها إذا اعترض الاقرار قبل القضاء بها وبغية المدعى يفوت أحد الشرطين وهو الدعوى وبغية المدعى عليه يفوت الشرط الآخر وهو الانكار وفوات شرط الشئ كفوات ركنه في امتناع العمل به وانكاره ان كان ثابتا بطريق الظاهر فالشرط بطريق الظاهر لا يثبت عندنا ما لم يتقين به ولهذا إذا قال لعبد ان لم أدخل الدار اليوم فانت حر فمضى اليوم فقال قد دخلت وقال العبد لم تدخل لم يعتق وان كان عدم الدخول ثابتا بطريق الظاهر وعلى هذا قال أبو يوسف رحمه الله لو حضر وأنكر فاقم عليه البينة ثم غاب يقضى عليه لان انكاره سمع نصا وقال محمد رحمه الله لا يقضى عليه لان أصراره على الانكار إلى وقت القضاء شرط وذلك ثابت بعد غيبته باستصحاب الحال لا بالنص وقوله أنها مسموعة عندنا غير مسموعة للقضاء حتى أن الخصم وان حضر لا يجوز القضاء بها انما هي مسموعة لنقلها إلى قاضى تلك البلدة بالكتاب بمنزلة شهادة الاصول عند الفروع مسموعة لنقل شهادتهم لا للقضاء بها واعتبار البينة بالاقرار فاسد لان الاقرار موجب للحق بنفسه دون القضاء بخلاف البينة (ألا ترى) أن الاقرار للغائب صحيح بخلاف البينة وهذا لانه ليس للمقر حق الطعن في اقرار نفسه فليس في القضاء عليه مع غيبته بالاقرار تفويت حق الطعن عليه بخلاف البينة. قال دار في يد رجل ادعاه رجل انها له أجرها من ذى اليد وادعى آخر انها له أودعها اياه وأقام البينة قضى بها بينهما نصفين لان كل واحد منهما أثبت بينته أن وصولها إلى يد ذى اليد من جهته فتتحقق المساواة بينهما في سبب الاستحقاق وذلك يوجب المساواة في الاستحقاق عندنا على ما نبينه في الباب الثاني ان شاء الله تعالى. قال وإذا كان العبد في يد رجل ادعى انه غصبه اياه أو أقام البينة وادعى آخر أنه له وديعة في يد ذى اليد قضى به لصاحب الغصب لان بينته طاعة في البينة الاخرى فانه يثبت بها أن يد ذى اليد كانت غصبا من جهته وذلك يتقوى كونه وديعة للآخر فلهذا رجحنا بينة الغصب وقضينا به لصاحبها والله أعلم (باب الدعوى في الميراث) (قال رحمه الله عبد في يد رجل فاقام رجل البينة أن أباه مات وتركه ميراثا له لا يعلمون

[41]

له وارثا غيره وأقام آخر البينة أن أباه مات وتركه ميراثا له لا يعلمون له وارثا غيره فانه يقضى بالعبد بينهما نصفان) لان كل واحد من الوارثين خصم عن مورثه فكان المورثين حيان وأقام البينة على ملك مطلق لهما في يد ثالث وفي هذا يقضى بالملك بينهما نصفان عندنا وعلى قول مالك

رحمه الله يقضى باعدل البينتين وعند الاوزاعي رحمه الله يقضى لاكثرهما عددا في الشهود وفي أحد قولي الشافعي رحمه الله تهاتر البينتان وفي القول الآخر يقرع بينهما ويقضى لمن خرجت قرعته فمالك يقول الشهادة انما تصير حجة بالعدالة فالاعدل في كونه حجة أقوى والضعيف لا يزاحم القوى والاوزاعي رحمه الله يقول طمأنية القلب إلى قول الجماعة أكثر منه إلى قول المثني فيترجح أكثرهما شهودا بزيادة طمأنية القلب في قولهم والشافعي على القول الذي يقول بالتهاتر يقول قد تبين القاضي بكذب أحد الفريقين ولا يعرف الصادق من الكاذب فيمتنع العمل بهما كما لو شهد شاهدان أنه طلق امرأته يوم النحر بمكة وأخرا أن أنه اعتق عبده بالكوفة في ذلك اليوم وهذا لان تهمة الكذب تمنع العمل بالشهادة فالتيقن بالكذب أولى واستدل بملك النكاح فانه لو تنازع اثنان في امرأة وأقام كل واحد منهما البينة أنها امرأته لم يقضى القاضي بواحدة منهما وعلى القول الذي يقول بالقرعة استدل بحديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه أن رجلين تنازعا في أمة بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم وأقام كل واحد منهما البينة أنها أمته فاقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وقال اللهم أنت تقضى بين عبادك بالحق ثم قضى بها لمن خرجت قرعته وروي أن رجلين تنازعا في بغلة بين يدي علي رضي الله عنه فاقام أحدهما شاهدين والآخر خمسة من الشهود فقال علي رضي الله عنه لأصحابه ماذا ترون فقالوا يعطى لاكثرهما شهودا فقال فلعل الشاهدين خير من خمسة ثم قال في هذا قضاء وصلح أما الصلح أن يجعل البغلة بينهما سهاما على عدد شهودهما وأما القضاء أن يحلف أحدهما ويأخذ البغلة فان تشاحا على الحلف أقرعت بينهما وقضيت بها لمن خرجت قرعته ولان استعمال القرعة لتعيين المستحق أصل في الشرع كما في قسمة المال المشترك ولنا حديث تميم بن طرفة رضي الله عنه أن رجلين تنازعا في عين بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم فاقام البينة فقضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين وعن أبي الدرداء رضي الله عنه أن رجلين اختلفا في شئ بين يديه وأقام البينة فقال ما أحوكما إلى سلسلة كسلسلة بنى اسرائيل كان داود عليه السلام إذا جلس لفصل الخصومات نزلت سلسلة من السماء فاخذت بعنق الطالم ثم

[42]

قضى بينهما نصفين وما روى من استعمال القرعة فقد كان في وقت كان القمار مباحا ثم انتسخ ذلك بحرمة القمار لان تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق ابتداء فكما أن تعليق الاستحقاق بخروج القرعة يكون قمارا فكذلك تعيين المستحق بخلاف قسمة المال المشترك فللقاضي هنا ولاية التعيين من غير قرعة وانما يقرع تطيبا لقلوبهما ونفيا لتهمة الميل عن نفسه فلا يكون ذلك في معنى القمار وحديث علي رضي الله عنه يعارضه ما روى عن عمر وعلي رضي الله عنهما في رجلين تنازعا في ولد أنهما قضيا بانه ابنيهما ولم يستعملوا القرعة فيه وقد كان علي رضي الله عنه يستعمل القرعة في مثل هذه الحادثة واليمين في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فدل أنه عرف انتساح ذلك الحكم بحرمة القمار والمعنى فيه أنهما استويا في سبب الاستحقاق والمدعى قابل للاشتراك فيستويان في الاستحقاق كالغريمين في التركة إذا كانت التركة بقدر حق أحدهما والموصى لهما كل واحد منهما بالثلث يقتسمان الثلث بينهما نصفين وبيان الوصف أن المدعي يقبل الاشتراك وهو ملك العين بخلاف ملك النكاح فانه

لا يحتمل الاشتراك وهذا لان البيئات حجج فيجب العمل بها بحسب الامكان وكيف يترك في يد ذي اليد وقد اتفق الفريقان على استحقاق الملك عليه وقوله القاضي يقن بكذب أحد الفريقين ضعيف فكل واحد منهما اعتمد سببا أطلق به أداء الشهادة وهو معاينة اليد لمن شهد له وبه فارق مسألة مكة والكوفة فقد علمنا هناك أن أحدهما كاذب بيقين لان الشخص الواحد في يوم واحد لا يكون بمكة والكوفة وقد تتوالى يدان لشخصين على عين واحدة في وقتين فلهذا أوجبنا القضاء هنا بحسب الامكان وكذلك لو وقت شهود أحدهما سنة ولم يوقت شهود الآخر فقضى به بينهما نصفين لان تنصيب أحدهما على التوقيت لا يدل على سبق ملكه على الآخر فلعل ملك الآخر أسبق منه وان لم تؤقت شهوده وذكر المسألة في النوادر في دعوى الملك من خارجين إذا وقت شهود أحدهما ولم يوقت شهود الآخر عند أبي حنيفة رحمه الله يقضى به بينهما نصفين وعند أبي يوسف رحمه الله يقضى به للذي وقت شهوده وعند محمد رحمه الله يقضى به للذي لم يوقت شهوده * وجه قول أبي حنيفة رحمه الله ما بينا أن التاريخ ليس بسبب للملك وتنصيب أحدهما عليه لا يبقى مساواة الآخر أو سفه عليه فكان ذكره وجودا وعدمه بمنزلة وأبو يوسف يقول قيام المنازعة بينهما في الملك للحال والذي وقت شهوده ثبت الملك له من حين أرخ شهوده ولا منازعة له في ذلك الوقت فلا يستحق عليه

[43]

الملك بعد ذلك الا بسبب من جهته كما لو أقام البينة على النتائج ومحمد رحمه الله يقول البينة على الملك المطلق تثبت الاستحقاق من الاصل ولهذا تستحق به الزوائد ويرجع الباعة بعضهم على البعض بالثمن فكان التاريخ الذي لم يوقت شهوده أسبق من هذا الوجه ولكن يبطل هذا بفصلين أحدهما إذا أقام أحدهما البينة على النتائج والآخر على الملك المطلق فصاحب النتائج أولى فلو كانت البينة على الملك المطلق تثبت الاستحقاق من الاصل لاستوبا والثاني إذا ادعى عبد على مولاه أنه مملوكه أعتقه وادعى رجل انه ملكه وأقام البينة فبينة العتق أولى ولو كان الاستحقاق يثبت لمدعى الملك المطلق من الاصل لصار هو أولى من مدعى العتق وان وقتت بينة أحدهما سنة وبينة الآخر سنتين قضى بالعبد لصاحب السنتين في قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد رحمه الله وفي قوله الاول العبد بينهما نصفان والوقت وغير الوقت في ذلك سواء هكذا ذكر في نسخ أبي حفص رحمه الله وقال في نسخ أبي سليمان رحمه الله على وقت أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر رحمهما الله يقضى به لصاحب السنتين وعلى قول أبي يوسف الاول وهو قول محمد رحمهما الله يقضى به بينهما نصفين فاشتبه مذهب محمد رحمه الله لاختلاف النسخ وجه قول أبي يوسف الآخر أن صاحب التاريخ السابق أثبت الملك لنفسه في وقت لا منازع له فيه فيثبت ملكه في ذلك الوقت ثم لا يستحق عليه الملك الا لسبب من جهته والآخر لا يدعى الملك بسبب من جهته وهو نظير ما لو ادعا الملك بالشراء كل واحد منهما من رجل أو من واحد وأرخا وأحدهما أسبق تاريخا كان صاحب أسبق التاريخين أولى فهذا مثله * وجه قوله الاول أن التاريخ ليس بسبب للملك فوجود ذكره كعدمه ثم كل واحد منهما ينتصب خصما عن مورثه في اثبات الملك له ولا تاريخ في ملك المورثين فيقضى به بينهما نصفين حتى لو أرخا ملك المورثين وتاريخ أحدهما أسبق كان هو أولى هكذا ذكر هشام في نوادره عن محمد رحمهما الله فاما مسألة الشراء فقد ذكر في الاملاء عن محمد رحمه الله أنهما إذا

لم يؤرخوا ملك البائعين يقضى به بينهما نصفين فعلى هذه الرواية لا فرق بين الفصيلين فاما على ظاهر الرواية الفرق بينهما أن ملك المشتري لا ينبنى على ملك البائع ولكن يحدث للمشتري ملك جديد بسبب جديد وهو الشراء فاسبقهما تاريخا أثبت ملكا متجددا لنفسه في وقت لا ينازعه فيه غيره فكان هو أولى فاما ملك الوارثين ينبنى على ملك المورثين لأن الوراثة خلافة ولا تاريخ في ملك المورثين فاستويا لهذا. قال وان أقام رجل البينة ان أباه

[44]

مات وتركه ميراثا منذ سنة وأقام ذو اليد البينة ان أباه مات وتركه ميراثا له منذ سنة أو لم يوقتوا وقتا أو وقتوا أقل من سنة فانه يقضى به للخارج أما إذا وقت شهود ذي اليد أقل مما وقت شهود الخارج أو لم يوقتوا فلا شك فيه لان الخارج أثبت ملكه في وقت لا ينازعه فيه ذو اليد وان وقت شهود ذي اليد مثل ما وقت شهود الخارج فقد استوت البينتان ومن أصلنا ان بينة الخارج تترجح على بينة ذي اليد عند التساوى في دعوى الملك وذكر التاريخ لم يقد شيئا هنا فكانهما لم يذكرهما وان وقت شهود ذي اليد سنتين فهو لذى اليد في قول أبى حنيفة وأبى يوسف الآخر وهو قول محمد رحمهم الله وفي قوله الاول هو للمدعى وهذا الخلاف بناء على الفصل الاول وقد ذكرنا هناك أن على قول أبى يوسف الاول لا غيره للتاريخ وكأنهما لم يذكرهما فكذلك هنا لان غيره للتاريخ فيقضى به للخارج وفي قوله الآخر صاحب أسبق التاريخين أثبت الملك لنفسه في وقت لا ينازعه فيه غيره فهو أولى خارجا كان أو صاحب يد وهذا لان يد ذي اليد تدل على الملك ولكن لا تدل على سبق التاريخ فوجب قبول بينته على التاريخ كما يجب قبول بينته على النتائج وإذا وجب قبول بينته وتاريخه أسبق كان هو أولى وذكر ابن سماعه رحمه الله في نوادره أن محمدا رحمه الله رجع عن هذا القول بعد انصرافه من الرقة قال لا أقبل من ذي اليد بينة على تاريخ ولا غيره الا النتائج وما في معناه لان التاريخ ليس بسبب لاولية الملك بخلاف النتائج. قال ولو كانت أرض في يد رجل أقام رجل البينة ان أباه مات وهى في يديه لا يعلمون له وارثا غيره وأقام آخر البينة ان أباه مات وتركها ميراثا له لا يعلمون له وارثا غيره قضى بها بينهما نصفين لان شهادة شهود الاول انه مات وهى في يديه مثل شهادتهم انه مات وتركها ميراثا له فانهم شهدوا بيد مجهولة له عند الموت والايدي المجهولة عند الموت تنقلب يد ملك ولهذا إذا مات المودع مجهولا للوديعة صار ممتلكا ضامنا والملك إذا ثبت له عند الموت ينتقل إلى ورثته فكان هو وشهادتهم بانه تركها ميراثا له سواء. وكذلك ان أقام أحدهما البينة فان أباه مات وتركها ميراثا وأقام آخر البينة انها له قضى بها بينهما نصفين لان الوارث ينتصب خصما عن مورثه فكان مورثه كان حيا مدعيا للملك والآخر خصما عن نفسه في دعوى الملك فاستويا فكان المدعى بينهما نصفين فان أقام أحدهما البينة ان أباه مات وتركها ميراثا له وأقام آخر البينة انه اشتراها من أب المدعى بمائة درهم ونقده الثمن قضى بها للمشتري لان الوارث خصم عن مورثه في

[45]

اثبات الشراء عليه وما يثبت شراؤه منه في حياته لا يصير ميراثا لو ارثه بعد موته انما يخلفه الوارث في ملك قائم عند الموت فكان بينة مدعي الشراء طاعنة في بينة مدعي الميراث فجعل هو أولى فكذا لو ادعى صدقة أو هبة مقبوضة من الميت في صحته فاقام البينة لما بينا انه أثبت خروجه عن ملك مورثه في حياته إليه وكذلك لو أقام البينة ان أب هذا تزوج أمة عليها وأن أمه ماتت وتركها ميراثا له لانه خصم عن أمه وقد أثبت سبب تملكها على أب آخر في حياته وهو النكاح فلا يتصور ان يكون ميراثا له عن أبيه وقد ثبت خروجه من ملك أبيه في حياته. قال وان ادعاها انها له فشهد شاهدان أنها لابييه ولم يشهدوا أنه مات وتركها ميراثا لم يقض له بها لان الدعوى خالفت الشهادة فانه ادعى الملك لنفسه والشهود شهدوا بالملك لابنه وهذا اللفظ يوجب ان الاب حي فالميت ليس باهل للملك ولا حق له في ملك الاب في حياته وان كان الاب ميتا فقد شهدوا بملك عرف القاضى زواله فلا تقبل شهادتهم لهذا وكذلك لو شهدوا انها كانت لابيه حين مات في قول أبى حنيفة ومحمد وهو قول أبى يوسف الاول رحمهم الله ثم رجع فقال شهادتهم مقبولة لانهم أثبتوا ملك الاب في الزمان الماضي وما عرف ثبوته فالاصل بقاؤه الا أن يتبين سبب زواله ولم يتبين لزوال ملكه سببا سوى الموت وهو ناقل إلى الوارث فكانت هذه الشهادة بالملك له من هذا الوجه فيجب قبولها كما لو صرحوا بهذا لان الثابت لمقتضى الكلام فيما يرجع إلى تصحيح الكلام كالمصرح به * يوضحه أنه لو أقر ذو اليد انها كانت لابيه أو قامت البينة على اقراره بذلك أمر بالتسليم إليه فكذا إذا ثبت بالبينة وجه قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله انهم شهدوا بملك عرف القاضى زواله ولم يبينوا سبب الزوال فلا تقبل شهادتهم كما لو ادعى ملكا بالشراء فشهدوا انها كانت لبائعه وهذا لان القاضى لا يتمكن في الحال من ان يقضى بالملك لابنه لعلمه بزوال ملكه فلا يمكنه ان يقضى بالملك للمدعى لان خلافة لابيه بطريق الميراث ابقاء له ما كان ثابتا لابيه لا أن يوجب اثبات الملك ابتداء ولان قيام ملك الاب وقت الموت شرط الانتقال إلى الوارث وقد بينا ان الشرط لا يثبت بالظاهر بل بالنص فإذا نص الشهود على انتقاله بالميراث يثبت بالشرط وان لم ينصوا عليه لم يثبت ما هو الشرط والملك الذي كان له في حياته لا يكون دليل ملكه عند الموت نصا بخلاف الاقرار فانه يوجب الحق بنفسه وقد بينا هذا الفرق في اليد للمدعى أمس فكذا هنا ثم على قول أبى يوسف الآخر رحمه الله ما لم يقيم المدعى البينة على عدد الورثة لم ينفذ القضاء لاحتمال أن

[46]

تكون الورثة عددا فلا يرث هو الكل ولو أقام البينة أن أباه مات وتركها ميراثا ولم يعرفوا الورثة فان القاضى يقول قد ثبت بهذه البينة الملك لفلان وقت الموت وذلك يوجب الانتقال إلى ورثته ولكن لم يثبت عندي انكم ورثته فهاتوا بينة أنكم ولده وانه لا وارث للميت غيركم فإذا أقاموا البينة على هذا قضى بها لهم ولو لم يقيموا البينة على أنهم لا يعلمون له وارثا غيرهم بتأني القاضى في ذلك ثم يدفع إليهم لان وراثتهم قد ثبتت ووجود مزاحم لهم في الميراث محتمل فعلى القاضى أن يتأني لكلا يتلى بالخطأ ولا يحتاج إلى نقص قضائه ولم يتبين في الكتاب مدة التأني وذلك على حسب ما يراه القاضى لان ذلك يختلف باختلاف أحوال الميت في الشهرة والخموله وباختلاف أحوال ورثته في الغيبة والحضور وذكر الطحاوي أن التقدير لمدة التأني أن التقدير لمدة التأني الحول فان المقصود ايلاء العذر في حق وارث غائب عسي؟ والحول مدة تامة لايلاء

العدر قال القائل * إلى الحول ثم اسم السلام عليكم * ومن يبك حولا كاملا فقد اعتذر * وهو نظير أجل العنين ويأخذ منهم كفيلا بما دفع إليهم وهذا قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فما عند أبي حنيفة رحمه الله لا يأخذ منهم كفيلا وقال في الجامع الصغير هذا شئ احتاطته القضاة وهو ظلم * وجه قولهما أن القاضى مأمور بالنظر لكل من عجز عن النظر لنفسه ومن الجائز أن للميت غريما أو وارثا غائبا فلو لم يأخذ من الحاضر كفيلا بما يدفع إليه يفوت حق الغائب فعلى أخذ الكفيل نظر للغائب ولا ضرر فيه للحاضر وهو نظير الأبق واللقطه إذا دفعها القاضى إلى رجل أثبت عنده أنه صاحبها أخذ منه كفيلا بها لهذا المعنى ولأن عليه صيانة قضاء نفسه وهذه الصيانة انما تتحقق بأخذ الكفيل حتى إذا حضر غريم أو وارث لا يتعذر عليه ابصاله إلى حقه وأبو حنيفة رحمه الله يقول حق الحاضر ثابت معلوم وحق الغائب موهوم ولا يقابل الموهوم المعلوم فلا يؤخر القاضى تسليم حقه إليه إلى اعطاء الكفيل أرأيت لو لم يجد كفيلا أكان يمنعه حقه هذا ظلم منه وما ذكر في الأبق واللقطه قولهما لا قول أبي حنيفة رحمه الله ولأنه لو أخذ الكفيل انما يأخذ المجهول والكفالة للمجهول لا تصح ولا يقال يأخذ الكفيل لنفسه لانه ليس بخصم ولا يقال يأخذه للميت لأن حق الميت في تسليم ماله إلى وارثه وقد أثبت الحاضر ورثته فلا معنى للاشتغال بأخذ الكفيل ولو أقام البينة أنها كانت لجده مات وتركها ميراثا له لم يقض له حتى يشهدوا أنه وارث جده لا يعلمون له ارثا غيره ولو شهدوا أن الجد مات وتركها ميراثا لابنه لم يقض له حتى يشهدوا أنه وارث

[47]

وجده لا يعلمون له وارثا غيره أو شهدوا أن الجدمات وتركها ميراثا لابنه ثم مات أبوه وتركها ميراثا له لا يعلمون له وارثا غيره في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف أقضى بها للجدة وأضعها على يدى عدل حتى يصحوا عدد ورثة الجد وهو قول ابن أبى ليلى رحمه الله وهذا نظير الفصل الاول أن عند أبي يوسف رحمه الله يجب القضاء بما لو قامت البينة عليه وعندهما لم يجزى الميراث إليه لا يظهر استحقاقه وكونه خصما في اثبات ملك الجد فلا يقضى القاضى بشئ الا أن يخيروا الميراث كما بينا قال دار في يدى رجل أقام رجل البينة أن أباه مات وتركها ميراثا له ولاخيه فلان لا وارث له غيرهما وأخوه غائب قضى القاضى بحصته لانه أثبت استحقاقه بالحجه وهو خصم عن الميت في اثبات ملكه فاما نصيب الغائب يترك في يدى ذى اليد حتى يحضر في قول أبي حنيفة رحمه الله وهو القياس في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله أن كان ذو اليد منكرا أخرج القاضى نصيب الغائب من يده ووضعه على يد عدل ولو كان مقرا ترك نصيب الغائب في يده وهذا استحسانا * ووجهه أن القاضى مأمور بالنظر للغائب فإذا كان ذو اليد مقرا فالنظر في تركه في يده لظهور أمانته عنده وإذا كان منكرا فليس من النظر تركه في يده لانه قد ظهرت خيانتة مرة بالجدود فلا يأمن بأن يجده فيتعذر على الغائب إذا حضر استيفاء حقه منه لأن الحجة لا توجد في كل وقت فكان النظر في اخراجه من يده ووضعه على يدى عدل ولأن ذى اليد إذا كان منكرا لا يمتنع من التصرف فيه عدلا كان أو غير عدل فانه يزعم انه مالك والعدل لا يمتنع من التصرف فيما عنده أنه ملكه وإذا كان مقرا يمتنع من التصرف فيه فيجوز تركه في يده وأبو حنيفة رحمه الله يقول الحاضر ليس بخصم عن الغائب في استيفاء ملكه فيجعل في حق الغائب وجود حضوره كعدمه وقد عرفها القاضى في يد ذى اليد فلا يتعرض لها الا بخصم يحضر لانه لو أخرجها من

يده احتاج إلى وضعها في يد آخر مثل هذا أو دولة ولان هذا مختار الميت في حفظها والذي يضعه على يده ليس بمختار الميت ولا مختار وارثه فصار هذا نظير الاقرار والفرق الذي ذكره ساقط فانه بعد ما صار مسجلا مبينا في خريطة القاضي يؤمن جحود ذي اليد لعلمه أنه لا يلتفت إلى ذلك ويؤمن بتصرفه فيه لعلمه أن القاضي لا يمكنه فيه بخلاف ما إذا كان في ابتداء ثم إذا تركها في يد ذي اليد والمدعي منقول بقى مضمونا عليه والعقار كذلك على قول من يرى الضمان فيها بالغصب ويضمن بالجحود عند الكل وإذا وضعه على يد عدل كان العدل أمينا فيه والنظر في تركه في يد ذي اليد

[48]

للغائب أكثر فيترك في يده فإذا حضر الغائب قال بعض مشايخنا رحمهم الله يحتاج على قول أبي حنيفة رحمه الله إلى إعادة البيعة بالقياس على مسألة القصاص والاصح أنه لا يحتاج إلى ذلك لان الحاضر أثبت الملك للميت في الكل بما أقام من البيعة فان أحد الورثة خصم عن الميت فيما يدعى له وعليه فلا يحتاج الثاني إلى إقامة البيعة بخلاف القصاص فانه يثبت للوارث بعد موت المورث فمن هذا الوجه كان الحق يثبت فيه للوارث ابتداء فلا بد للذي يحضر من إعادة البيعة على حقه (ألا ترى) أن هناك لم يتمكن الحاضر من استيفاء نصيبه بما أقام من البيعة وهنا قد تمكن من ذلك. قال دار في يدي رجل وابن أخيه فادعى العم أن أباه مات وتركها ميراثا ولا وارث له غيره وادعى ابن الاخ أن أباه مات وتركها ميراثا له لا وارث له غيره وأقام البيعة قضى بها بينهما نصفان لان كل واحد منهما خصم عن مورثه فكأنهما حيان أثبت كل واحد منهما الملك لنفسه والاب مع الابن في الخصومة في الملك بمنزلة الاجنبيين فإذا تساويا في سبب الاستحقاق وجب القضاء بينهما نصفان وان قال كانت الدار بين أخي وأبي نصفين وصدقه ابن الاخ بذلك ثم أقام البيعة أن أخاه مات قبل ابنه وأقام ابن الاخ البيعة أن جده مات قبل أبيه ثم مات أبوه فورثه فانه يقضى لكل واحد منهما بالنصف الذي كان لابيّه لان معنى هذه المنازعة أن العم يقول مات أخي أولا عن ابن وأب فلاب السدس من نصيبه والباقي للابن ثم مات أبي عن ابن وابن ابن فكان ماله لابنه فلي سبعة أسهم من اثني عشر سهما من سهم الدار وابن الاخ يقول مات الجد أولا عن ابنين فصار نصيبه بينهما نصفين ثم مات أبي عن ابن وأخ فصار نصيبه لى وذلك ثلاثة أرباع الدار فإذا ظهرت هذه المنازعة بينهما ووقع التعارض بين البيعتين في اثبات التاريخ لموت كل واحد منهما ولا ترجيح لاحدهما على الآخر يجعل كأنهما ماتا معا لتعذر اثبات والترتيب التاريخ من غير حجة ولو ماتا معا لم يرث واحد منهما من صاحبه لان بقاء الوارث حيا بعد موت المورث شرط لاثبات الخلافة في ملكه فصار نصيب كل واحد منهما لوارثه الحى فلهذا قضى بالدار بينهما نصفين والله أعلم بالصواب (باب شهادة أهل الذمة في الميراث) (قال رحمه رجل مات وله ابنان أحدهما مسلم والآخر كافر فزعم كل واحد منهما

[49]

أن الأب مات على دينه وأن ميراثه له فالقول قول المسلم) لأنه يخبر بأمر ديني وهو وجوب الصلاة عليه ووجوب دفنه في مقابر المسلمين والدعاء له بالخير وخبر الواحد في أمور الدين حجة كما لو روي خبرا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فإذا صلينا عليه فقد حكمنا باسلامه عند موته وذلك يمنع كون ميراثه للأب الكافر فلهذا قضينا بالميراث للأب المسلم ولما ترجح جانبه بهذا السبب كان بمنزلة ترجح جانبه بشهادة الظاهر له والقول قوله مع يمينه على ما ادعاه خصمه وأيهما أقام البينة على ما ادعاه وجب قبول بينته لأنه نور دعواه بها والبينة العادلة لا تعارضها الدعوى ممن شهد له الظاهر أولا يشهد فإن أقاما جميعا البينة فالبينة بينة المسلم عندنا وقال الشافعي رحمه الله تبطل البينات للمنافات بينهما كما هو أصله لأن كل واحد منهما يدعى خلافة الميت عن أمواله ملكا وفي دعوى الملك لا ترجح البينة بالدين كما لو ادعى كافر ومسلم ملكا في يد ثالث فأقام كل واحد منهما البينة لا يترجح المسلم ولنا أن إحدى الحجتين توجب اسلام الميت عند موته والآخرى توجب كفره فيترجح الموت الموجب للاسلام كالمولود بين مسلم وكافر يجعل مسلما عملا بقوله صلى الله عليه وسلم الاسلام يعلو ولا يعلا عليه ولأنه لا بد من الصلاة لأن هذا الحكم ثبت بخبر الواحد فكيف لا يثبت بالحجة وإن وقع التعارض بين البينتين بقى خبر المدعي بالاسلام حجة في الصلاة عليه وذلك يوجب ترجيح بينة المسلم وانقطاع منازعة الكافر عن ميراثه فإن (قيل) من أصلكم أن البينة تترجح بزيادة الأثبات وبالحاجة إليها وهذا في بينة الكافر لأن المسلم متمسك بما هو الأصل وهو أن من كان في دار الاسلام فالظاهر أنه مسلم ولا حاجة به إلى البينة لانا جعلنا القول قوله فينبغي أن تترجح بينة الآخر (قلنا) موضوع هذه المسألة فيما إذا كان الأب في الأصل كافرا فإن أحد وارثيه مقر على الكفر ولا يقر الولد الآخر على الكفر بخلاف ما إذا كان الأب في الأصل مسلما لأنه حينئذ إذا يكون مرتدا وإذا كان في الأصل كافرا فشهود الكافر يتمسكون بالأصل وشهود المسلم يثبتون اسلامه العارض فكان زيادة الأثبات من هذا الجانب وإنما جعلنا القول قوله عند عدم البينة لا للتمسك بالأصل بل لاختباره بأمر ديني ولو كان شهود الذمي مسلمين وشهود المسلم ذميين جعلتها للمسلم أيضا لأن كل واحد منهما أقام من الحجة ما هو حجة على خصمه فكان هذا بمنزلة ما لو كان الفريقان مسلمين وهذه المسائل إنما تبنى على قولنا أن شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض مقبولة ولا تقبل على المسلمين اعتبارا بالولاية وعند ابن أبي ليلى رحمه الله كذلك إذا اتفقت مللهم وإن

[50]

اختلفت لا تقبل شهادة بعضهم على بعض فإنهم عنده أهل ملل مختلفة والولاية تنقطع بينهم باختلاف الملل وعند الشافعي رحمه الله لا شهادة لبعضهم على البعض لنقصان الكفر الذي هو أكثر تأثيرا من نقصان الرق والصغر وهي مسألة الشهادات ولو قال أحد الابنين كنت مسلما وكان أبي مسلما وقال الآخر صدقت وقد كنت أيضا أسلمت في حياته وكذبه الآخر وقال أسلمت بعد موته فالميراث الذي اجتمعا على اسلامه في حياته لأن الابن الآخر في حياته أقر بسبب حرمانه وهو كفره في حياة أبيه ثم ادعى ما يزله وهو اسلامه قبل موت الأب فلا يصدق في ذلك إلا بحجة وهذا لأن اسلامه حادث والحوادث إنما يحال بحدوثها على أقرب الاوقات فمن ادعى تاريخا سابقا فعليه اثباته بالحجة والأصل في جنس هذه المسائل أن سبب الاستحقاق متى ثبت بتصادقهما وادعى أحدهما ما يزله وأنكر الآخر

فالقول قول المنكر ومتى أقر بسبب الحرمان ثم ادعى زواله بسبب حادث لم يقبل قوله الا بحجة والقول قول خصمه ومن ادعى الاستحقاق وسبب الحرمان فيه قائم في الحال لا يثبت استحقاقه الا بحجة والقول قول خصمه كمن جاء وهو مرتد يطلب ميراث أبيه المسلم ويزعم أنه ارتد بعد موته لا يقبل قوله لان ما يحرمه الارث وهو الردة قائمة فيه في الحال فمتى وقع الاشتباه في الزمان الماضي بحكم الحال كالمستأجر مع صاحب الرجا إذا تنازعا في جريان الماء في المدة فان كان الماء للحال جاريا فالقول قول من يدعي أنه كان جاريا فيما مضى وان كان للحال منقطعا فالقول قول من يدعي أنه كان منقطعا فيما مضى فان (قيل) فإذا كان الابن مسلما في الحال ينبغي ان يجعل مسلما فيما مضى حتى يرث أباه المسلم (قلنا) هذا ظاهر يعارضه ظاهر آخر وهو أنه لما ثبت كفره فيما مضى فالظاهر بقاؤه حتى يظهر اسلامه ثم موافقته اياه في الدين عند الموت شرط للارث والشرط لا يثبت فالظاهر انما يثبت بالنص لان الاستحقاق يثبت عند وجوده والظاهر حجة لدفع الاستحقاق لا لاثباته (ألا ترى) ان ذا اليد يستحق الملك لما في يده بالظاهر ولا تثبت به الزوائد التي في يد غيره وكذلك لو كان الاختلاف في العتق والميراث الذي اجتمعا على عتقه في حياة الاب لان عتق الآخر بعد ثبوت رقه حادث على ما بينا. قال دار في يد ذمي أقام مسلم بينة من أهل الذمة أن أباه مات وتركها ميراثا له لا وارث له غيره وأقام ذمي بينة من أهل الذمة على مثل ذلك فانه يقضى بها للمسلم لان المسلم أقام ما هو حجة على ذي اليد وعلى خصمه الذمي وأقام الذي ما هو حجة على ذي اليد وليس بحجة على

[51]

خصمه المسلم فلا تتحقق المعارضة بين الحجتين فصار في حق المسلم كانه لا حجة للذمي فلهذا قضى للمسلم وان كانت بينة الذمي مسلمين فهو بينهما نصفين لان كل واحد منهما أقام ما هو حجة على ذي اليد وعلى خصمه فاستويا فيقضى بينهما نصفان فان (قيل) الاستحقاق بشهادة المسلمين ثبت للذمي في الكل فلو بطل في النصف انما يبطل بشهادة أهل الذمة والاستحقاق بشهادة المسلمين لا يجوز ابطالها بشهادة أهل الذمة (قلنا) نحن لا نبطل شيئا من ذلك الاستحقاق فكل واحد منهما يستحق الكل كما شهد به شهوده ولكن القضاء نصفين لصيق المحل ثم هذا انما يستقيم أن لو كانت الشهود خصما فيها وليس كذلك فالخصم لا يكون شاهدا. قال دار في يد مسلم فقال مات أبى وهو مسلم فتركها ميراثا لي وقال أخو الميت مات أخى وهو على دينى فالقول قول الابن والميراث له لانه لو كان مدعى الكفر ابنا آخر كان القول قول المسلم فكيف إذا كان أخاه ولو كان الاخ هو المسلم المدعى لاسلامه والابن كافر يدعى كفره فالقول قول الابن لان الاخ محجوب بالابن فهو كاجنبي آخر فان (قيل) أليس أنه يخبر بالصلاة عليه وهو دينى (قلنا) اخباره بهذا كاخبار اجنبي آخر حين لم يكن هو من ورثته ظاهرا فلا يكون من ضرورته استحقاقه للميراث وان أقام البينة أخذت بينة الابن المسلم لان فيها اثبات اسلامه وان أقام الاخ بينة من أهل الذمة على ما قال ولم يقم الابن بينة لم أجز شهادتهم على المسلم لان الاخ بينته يبطل استحقاق المسلم لميراثه بعد أن ثبت استحقاقه بقوله وبينه أهل الذمة على الاستحقاق الثابت للمسلم لا تكون مقبولة. وان قالت امرأة الميت وهى مسلمة مات زوجي وهو مسلم وقال أولاده وهو كفار بل توفى أبونا وهو كافر وصدق أخو الميت المرأة وهو مسلم قضيت بالميراث للمرأة والاخ لان المرأة لا تحجب عن الميراث بأحد

فهى وارثة على كل حال فكانت بمنزلة ابن وابنة تدعى اسلامه فالقول قوله وإذا حكمنا باسلامه بقولها وجعلنا الميراث لها والاولاد كفار لا يرثون منه شيئاً فلا (يحجبون؟) الاخ فكان الباقي للاخ وقد سعد بالمرأة فانها لو لم تكن ما كان قول الاخ مقبولا وكذلك لو ترك ابنا وابنتا وأخا فقالت الابنة وهى مسلمة مات أبى مسلماً وصدقها الاخ وهو مسلم وقال الابن وهو كافر مات أبى كافراً فالميراث للابنة والاخ لانها غير محجوبة بالابن فترجح قولها في دعوى الاسلام سعد الاخ بها كما بينا فان كان له ابنة وأخ أحدهما مسلم والآخر كافر فالقول قول المسلم منهما أيهما كان لان كل واحد منهما وارث مع صاحبه بخلاف الابن والاخ فالاخ محجوب بالابن لاقول له وهذا كله إذا لم يقر

[52]

المسلم أن الاب كان كافراً فان أقر بذلك وادعى أنه أسلم قبل موته لم يصدق إلا بحجة لان ما ثبت من كفره يبقى إلى أن يظهر ما يزيله ولم يظهر ذلك بمجرد قوله لانه عارض يدعيه ولا ميراث له. ولو أقرت زوجة الرجل بعد موته أنه طلقها في الصحة واحدة وأقرت بانقضاء العدة وزعمت أنه راجعها وكذبها الورثة فالقول قول الورثة لانها أقرت بسبب الحرمان وهو ارتفاع النكاح بانقضاء العدة ثم ادعت بعد ذلك سبباً حادثاً للاستحقاق فلا يظهر السبب بمجرد قولها بخلاف ما إذا ادعت الورثة أنه طلقها وانقضت عدتها وهى تنكر فالقول قولها لان سبب استحقاقها ثابت باتفاقهم فالورثة يدعون عليها سبب الحرمان حادثاً وهى تنكر وهذا الفصل انما أورده أيضاً لما سبق فيما إذا لم يقر الابن المسلم بكفر أبيه أو أقر به وادعى اسلامه بعد موته. قال زوجان ذميان مات ابن لهما عن ابن فقالا مات ابننا كافراً وقال الابن وهو مسلم مات أبى مسلماً فالقول قول الابن ولا ميراث للابوين لان الولد مع الابوين وارث غير محجوب فكان القول قوله في اسلام الميت كما لو كانت المنازعة بين اثنين وقد قررناه فيما سبق. قال رجل مات وترك ميراثاً في يدى رجل فاقام ابنه البينة أنه ابنه ووارثه ولم تشهد شهوده أنه لا وارث له غيره وقال ذو اليد له ولد غير هذا أو قال لا أدري أله ولد سوى هذا أم لا تلوم القاضي في ذلك زماناً رجاء أن يحضر وارث آخر فإذا لم يحضر قضى بالميراث له لان سبب استحقاقه قد ثبت بالحجة وقد تيقنا بكونه وارثاً خليفة للميت في ملكه فيدفع ماله إليه ويستوثق منه بكفيل من أصحابنا رحمهم الله من قال أخذ الكفيل هنا قولهم جميعاً بخلاف ما قال أبو حنيفة رحمه الله فيما سبق لان هنا الشهود لم يشهدوا بانتفاء ورث آخر فكان الموضع موضع الاحتياط لاخذ الكفيل والاصح أنه على الخلاف كما بينا وقد ذكرنا أيضاً مدة التلوم وعن أبى يوسف رحمه الله أنه قدر ذلك بشهر لان ما وراء الشهر في حكم الاجل فيتضرر به الوارث بتأخير حقه وفيما دون الشهر ليس له كثير ضرر. وكذلك لو كان الابن كافراً وقال مات أبى كافراً وكذلك هذا الجواب في كل من لا يحجب عن الميراث بأخر إذا ثبتت قرابته يقضى له بالمال بعد التلوم اذالم تشهد الشهود انه لا وارث له غيره حتى لو كانت أما أو بنتا يقضى لها بجميع ماله لانه لا عصبه للميت ظاهراً فكان جميع الميراث لها فرضاً ورداً فاما إذا كان من يثبت وراثته ممن يحجب بغيره كالجد والجدة والاخ والاخت فانه لا يعطى شيئاً ما لم تقم البينة على عدد الورثة أو يشهدوا أنهم لا يعلمون له وارثاً غير هذا لان استحقاق

الاخ للميراث بتعلق بشرط أن يكون الميت كلاله قال الله تعالى وان كان رجل يورث كلاله الآية وقال الله تعالى يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلاله والكلالة من ليس له ولد ولا والد فما لم يثبت هذا الشرط بالنص من الشهود لا يكون هو وارثا وما لم يثبت وراثته لا يدفع المال إليه بخلاف ما سبق فانه وارث بنسبه غير محجوب باحد فان (قيل) كيف يثبت استحقاقه بقول الشهود لا وارث له غيره أو لا نعلم له وارثا غيره وهذه شهادة على النفي (قلنا) أما إذا قالوا لا وارث له غيره فعند ابن أبي ليلى رحمه الله هذا لا تقبل لتيقن القاضي أنهم جازفوا إذ لا طريق لهم إلى معرفة نفي الوارث وعندنا تقبل بناء على العادة ان مراد الناس من هذا لا نعلم له وارثا غيره وهذه شهادة منهم على اثبات شرط الوراثه الا ان الشرط نفي والشرط يجوز اثباته بالبينة نفيًا كان أو إثباتًا كما لو قال لعبد ان لم تدخل الدار اليوم فانت حر فاقام العبد البينة أنه لم يدخلها فاما الزوج والزوجة إذا أثبت أحدهما سبب ارثه بالبينة ولم يثبت أنه لا وارث للميت غيره فعلى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله يقضى لهما باكثر النصيبين بعد البلوغ للزوج بالنصف وللمرأة بالربع وعند أبي يوسف رحمه الله يقضى لهما باقل النصيبين للزوج بالربع وللمرأة بالثلث قال لان استحقاق الزوج والزوجة لاكثر النصيبين بتعلق بشرط عدم الولد بالنص قال الله تعالى ولكم نصف ما ترك أزواجكم ان لم يكن لهن ولد وقد بينا أن الشرط لا يثبت باعتبار الظاهر وانما يثبت بنص من الشهود فإذا لم يوجد لا يقضى لهما الا بالمتيقن ولان الزوجية في استحقاق الميراث بها دون الاخوة فبالاخوة تستحق جميع المال ولا تستحق ذلك بالزوجية بحال ثم الاخ لا يستحق شيئًا ما لم يقم البينة أنه لا وارث له غيره لانه لا يتيقن باستحقاق شيء له فكذلك الزوج فيما لا يتيقن باستحقاقه بمنزلة الاخ في الكل أو دونه وحجتهم في ذلك انه أثبت سبب الوراثه من لا يحجب عن الميراث باحد فيستحق جميع ميراثه بعد التلوم كالأب والولد وهذا لان حرمانه عن أكثر النصيبين بولد يحجبه وهذا الحاجب غير ظاهر فيبقى مستحقًا بما أثبت من السبب وصار الزوج في استحقاق ما زاد على لربع كالأبوين في استحقاق ما زاد على السدس وكل واحد منهما يتعلق بشرط عدم الولد قال الله تعالى ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد الآية ثم هناك يقضى لهما بالجميع لان الولد الحاجب غير ظاهر هناك كذلك هنا وعن أبي يوسف رحمه الله يعطى للمرأة ربع الثمن لان أقل نصيبها هذا فلعل للمرأة ثلاث نسوة سواها وهذا ليس

بقوي فالزوجية سبب تام لاستحقاق الثمن لها بيقين وانما يقسم الثمن بين الزوجات للمزاحمة ولا مزاحم لها هنا فكيف ينقص حقها من الثمن وعن الحسن بن زياد رحمه الله قال يقضى لها بربع التسع وللزوج بالخمس لان المتيقن هذا المقدار فمن الجائز ان الرجل مات عن أبوين وابنين وأربع نسوة وهى المتبرأة التي قال فيها علي رضي الله عنه في البديهة حين سئل وهو على المنبر انقلب ثمنها تسعا فان أصل الفريضة من أربعة وعشرين للنسوة الثمن ثلاثة وللأبوين الثلث لكل واحد سدس ثمانية وللأبنتين الثلثان ستة عشر تعول بثلاثة فكانت من سبعة وعشرين فللنسوة ثلاثة وهى التسع حظ الواحدة الربع من ذلك فيقضى لها بهذا

القدر واليقين في جانب الزوج في الخمس لجواز ان يكون تركة أبوين وابنتين وزوجا فللزوج الربع وللأبوين السدسان وللابنتين الثلثان أصله من اثني عشر وتعمل بثلاثة فللزوج ثلاثة من خمسة عشر وذلك الخمس ولكن هذا ليس بقوة فان اعتبار العول لمعني المزاحمة والضيق في المحل فكيف يثبت ذلك عند عدم ظهور وارث آخر سوى الزوج أو الزوجة والمعلوم لا يقابل الموهوم فدل أن الصحيح ما قاله أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله والله أعلم (باب اختلاف الاوقات في الدعوى وغير ذلك) (قال رحمه الله دار في يدي رجل فادعى رجل أنها له منذ سنتين وأقام البينة وادعى ذو اليد أنها في يده منذ سنتين وأقام البينة ولم يشهدوا أنها له قضيت بها للمدعي) لان شهود المدعي شهدوا له بالملك نصا وشهود ذي اليد انما شهدوا له باليد والا يدي تنوعت إلى يد أمانة ويد ضمان ويد ملك فلا تعارض بينه بينه الخارج ولان الثابت من يده بالبينة كالثابت بالمعينة وذلك لا يمنع القضاء بالملك للمدعي إذا أثبتها بالبينة في الحال فكذلك في الوقت الذي أسند شهوده إليه. قال دابة في يد رجل فأقام آخر البينة أنها له منذ عشر سنين فنظر القاضي في سننها فإذا هي ابنة ثلاث سنين يعرف ذلك فبينته باطلة لان القاضي يتقن بمجازفة الشهود في شهادتهم فانهم شهدوا بالملك له فيها في وقت يتقن أنها لم تكن موجودة فيه والملك لا يسبق الوجود ولانه لا يمكنه القضاء بالملك في الحال لانه خلاف الشهادة ولا في الوقت المضاف إليه لانه محال. قال وإذا كانت الدار في يدي رجل أقام آخر البينة أنها له منذ سنة وأقام آخر البينة أنها له اشتراها من آخر منذ سنتين وهو يملكها يومئذ فاني أقضى بها لصاحب الشراء لانه أسبق تاريخا وقد أثبت

[55]

الملك لنفسه في وقت لا ينارعه الآخر فيه وهو خصم عن بائعه في اثبات الملك له في الوقت الذي أرخ شهوده فكان هو أولى بها وكذلك لو شهدوا أنها له اشتراها من فلان منذ سنتين فشهادتهم بالملك للمشتري بمنزلة شهادتهم بالملك للبائع إذا شهدوا بالشراء. وكذلك لو لم يشهدوا بالملك للبائع ولا للمشتري ولكن شهدوا أن فلانا باعها منه وسلمها إليه من سنتين أو أنه اشتراها من فلان منذ سنتين وقبضها فهذا وشهادتهم بالملك له سواء لان البائع في الظاهر انما يتمكن من القبض إذا كان مالكا للمبيع وكذلك المشتري انما يتمكن من القبض إذا اشتراها من المالك ولان سبب الملك يتأكد بالتسليم فشهادتهم على سبب ملك متأكد بمنزلة الشهادة على الملك ولو شهدوا أن فلانا باعها منه واستوفى الثمن أو أنه اشتراها ونقد البائع الثمن ولم يشهدوا بالقبض والتسليم لم يقض لمدعي الشراء بشئ لانهم شهدوا بمجرد العقد وذلك يتحقق من غير المالك موقوفا على اجازة المالك فلا يوجب الملك للمشتري قبل الاجازة فلم يكن في هذه الشهادة اثبات الملك للمشتري نصا ولا دلالة فلا يقضي بها له وفي كل موضع قضينا بالملك للمشتري إذا حضر البائع وأنكر أن يكون باعه لم يلتفت إلى انكاره لان ذا اليد انتصب خصما عن البائع في انكاره للبائع البيع والمشتري لا يتوصل إلى اثبات الملك لنفسه الا باثبات سببه وهو الشراء من الغائب ومتى كان حق الحاضر متصلا بحق الغائب انتصب الحاضر خصما عن الغائب فقد اتصل القضاء ببينة قامت على خصم فلا حاجة إلى اعادتها بعد ذلك. قال دار في يدي رجل أقام رجل البينة أنها له ولم يوقت شهوده وأقام ذو اليد البينة أنها له منذ سنة فاني أقضى بها للمدعي لان تاريخ ذي اليد ليس بدليل سبق ملكه فلعل شهود المدعي لو أرخوا ذكروا تاريخا

سابقا فلا يستحق ذواليد الترجيح بما هو محتمل في نفسه والتحق بما لو لم يذكر الوقت فتترجح بينة المدعي. ولو أقام المدعي البينة أنها له منذ سنة أو سنتين شك الشهود في ذلك وأقام ذو اليد البينة أنها له منذ سنتين قضيت بها لذى اليد لان شهود الخارج شكوا فيما زاد على السنة ومع الشك لا يمكن اثبات التاريخ فانما يثبت من تاريخهم ما يتفقوا به وذلك سنة فصار تاريخ ذي اليد أسبق فتترجح بينته وقد بينا اختلاف الروايات فيه فيما سبق ولو وقت شهود المدعي سنة ووقت شهود ذواليد سنة أو سنتين شكوا في ذلك فهو للمدعي لان ما شك فيه شهود ذي اليد لم يثبت وفيما تفقوا فيه استوى تاريخ ذي اليد والخارج فتترجح بينة المدعي ولو شهد شهود المدعي أنها كانت له عام أول وشهود ذي اليد أنها له منذ العام قضيت بها للمدعي

[56]

لان تاريخ شهوده أسبق ولو شهد شهود المدعي أنها له منذ العام وشهود ذي اليد أنها له عام أول قضيت بها لذى اليد لان شهوده شهدوا بتاريخ أسبق من تاريخ المدعي فثبت ملكه في ذلك الوقت وبعد ثبوت ملكه لا يستحقه الغير الا من جهته، قال دار في يد رجلين أقام أحدهما البينة أنها له منذ سنة وأقام الآخر البينة أنها له منذ سنتين قضيت بها لصاحب السنتين لان في يد كل واحد منهما نصف الدار ففي النصف الذي في يد من أرخ شهوده سنة بينة الخارج قامت بتاريخ سابق فكان هو أولى وفي النصف الذي في يد من أرخ شهوده بسنتين بينة ذي اليد قامت على تاريخ سابق على بينة الخارج فيستحق الترجيح به أيضا ولو أقام أحدهما البينة أن له ثلثها منذ سنة وأقام الآخر البينة أن له ثلثها منذ سنين فاني أقضي بالثلثين لصاحب السنتين لان دعواه تنصرف إلى ما في يده أو لا ثم فيما يفضل على ما في يده ينصرف دعواه إلى ما في يد صاحبه لان يده يدا محقة تحسينا للطن بالمسلم وحملا لفعله على الصحة ولو صرفنا دعواه إلى ما في يد غيره لم تكن يده يدا محقة وفي يده نصف الدار فما زاد على النصف إلى تمام الثلثين وهو السدس اجتمع فيه بينة الخارج وبينة ذي اليد وتاريخ الخارج أسبق فهو أولى ولان الآخر ليس يدعي إلى الثلث ودعواه منصرفه إلى ما في يده فما زاد على الثلث هو لا ينزع الاخر فيه وقد أثبت الآخر استحقاقه بالبينة على ما في يده فيقضى له به وترك الثلث في يد صاحب الثلث فيكون ذلك له قضاء ترك لان بينته لم تقم على منازع له فيه يد ولا ملكا فهذا الطريق فيما إذا كان من أرخ سنة يدعي ثلثها والطريق الاول فيما إذا كان يدعي نصفها وقد اختلفت النسخ في وضع هذه المسألة. قال أمة في يد رجل فأقام رجل البينة أنها أمته منذ ستة أشهر وأنه أعنتها البينة منذ شهر وأقام آخر البينة أنها أمته منذ سنة وأنه أعنتها عن دبر منه منذ سنة فانه يقضى بها مدبرة لمدعي التدبير لان تاريخ شهوده أسبق فانهم أثبتوا الملك والتدبير له منذ سنة والملك المتأكد بالتدبير لا يحتمل النقص فشهود الآخر انما شهدوا بالعتق فيمن لا يملكها وذلك غير مفيد ذكره في بعض النسخ وفي قول أبي يوسف رحمه الله الاول البينة بينة مدعي العتق وهي حرة البينة وهذا بناء على ما سبق أن الخارجين إذا أرخا الملك بتاريخين في قوله الاول يقضي بها بينهما نصفان ولا يترجح أحدهما لسبق التاريخ وقد بينا هذا في باب دعوى الميراث فهنا لما استويا في اثبات الملك على هذا القول بقي الترجيح بما أثبتوا من العتق والعتق والتدبير إذا اجتمعا يترجح العتق لاستحالة أن يوطأ بملك اليمين وقد قامت البينة على حريتها من جهة من

أثبت ملكه فيها بالحجة. قال دار في يد رجل ادعى رجل أنه اشتراها منه بمائة درهم ونقده الثمن وادعى آخر أنه اشتراها منه بمائتي درهم ونقده الثمن ولم توقت واحدة من البينتين وقتا فكل واحد منهما بالخيار أن شاء أخذ نصفه بنصف الثمن الذي بين شهوده وإن شاء ترك لأنهما تصادقا على أن الملك في الأصل كان لدى اليد وادعى كل واحد منهما التملك عليه بسبب الشراء وقد استويا في ذلك ولو استويا في إقامة البينة على الملك المطلق عليه قضى به بينهما نصفان فكذلك هنا فإن (قيل) قد تيقن القاضى بكذب أحد الفريقين لأن التعيين على دار واحدة من رجلين من كل واحد منهما بكماله لا يتصور في وقت واحد فينبغي أن تبطل البينتان (قلنا) الشهود شهدوا بنفس البيع لا بصحته ولم يشهدوا بوقوع البيعين معا ويتصور بيعان في وقتين من واحد لعين واحدة من كل واحد منهما وكل واحد منهما اعتمد سببا أطلق له الشهادة فيجب العمل بها بحسب الامكان ولأن البيعين يتصور وقوعهما في وقت واحد من وكيل المالك ويضاف عقد الوكيل إلى الموكل مجازا فلعل الوكيلين باعا معا فيقضى لكل واحد من المشتريين بنصفها ويخير كل واحد منهما لتفرق الصفقة عليه فإنه أثبت عقده في الكل فلتبعض الملك حين لم يسلم له إلا النصف خيرهما فإن رضيا به فعلى كل واحد منهما من الثمن بقدر ما يسلم له من البيع وذلك النصف فإن رضي به أحدهما وأبى الآخر فليس للذي رضي به إلا نصفه لأن القاضى حين خيرهما فقد فسخ بيع كل واحد منهما في النصف حين قضى به لصاحبه فلا يعود بيع أحدهما بترك صاحبه المراجعة معه إلا أن يكون ترك المراجعة قبل أن يقضى القاضى بشئ فحينئذ تكون الدار للآخر بجميع الثمن فإنه أثبت شراءه في الكل ولم يفسخ القاضى بيعه في شئ وإنما كان القضاء له بالنصف لمراجعة صاحبه معه فإذا زالت المراجعة قضى له بالكل كالشفيعين إذا أسلم أحدهما قبل قضاء القاضى لهما يقضى للآخر بجميع الدار بخلاف مالو كان تسليمه بعد القضاء فإنه لا يكون للآخر إلا نصف الدار ولو وقتت كل واحدة من البينتين وقتا قضيت بها لصاحب الوقت الاول لأنه أثبت شراءه في وقت لا ينارعه الآخر فيه فاستحقها من ذلك الوقت فيتبين أن الآخر اشتراها من غير المالك فكان شراؤه باطلا وإن وقتت إحدهما ولم توقت الاخرى قضيت بها لصاحب الوقت لأن شراءهما حادث فأنما يحال بحدوثه على أقرب الاوقات ما لم يثبت التاريخ فأنما يثبت شراء الذي لم توقت شهوده في الحال وقد أثبت الآخر شراءه سابقا فكان هو أولى وهذا بخلاف ما إذا ادعى الشراء من

رجلين ووقته أحدهما ولم يوقت الآخر يقضى بها بينهما نصفين لأن كل واحد منهما هناك خصم عن تابعه في اثبات الملك له وتوقيت أحدهما لا يدل على سبق ملك بائع فلعل ملك البائع الآخر أسبق فلهذا قضينا به بينهما فاما هنا اتفقا على الملك لبائع واحد فأنما حاجة كل واحد منهما إلى اثبات سبب الانتقال إليه لا إلى اثبات الملك للبائع وسبب الملك في حق الذي وقت شهوده أسبق فكان هو بالدار أحق وإن لم يوقت واحد منهما وكانت الدار في يد أحدهما وقد قبضها قضيت بها لدى اليد لأن قبضه صادر عن

العقد الذي أثبتته بالبينة حملا لفعله على الصحة فكان شراؤه متأكدا بالقبض فيترجح به لمعنيين أحدهما أنه قبضه اقترن بعقد الآخر وهو صادر عن عقده فلا بد من أن يكون عقد سابقا ولأنه يحتاج إلى إثبات الاستحقاق على البائع فقط وذلك في بينته فاما الخارج يحتاج إلى إثبات الاستحقاق على ذي اليد كما يحتاج إلى اثباته على البائع وليس في بينته ما يوجب الاستحقاق على ذي اليد لجواز أن يكون عقد ذي اليد سابقا وهذا بخلاف ما إذا ادعى الشراء من اثنين واحدهما قابض فان الخارج أولى هناك لأن كل واحد منهما يحتاج إلى إثبات الملك لبائعه أولا فاجتمع في حق البائعين ببينة الخارج وبينة ذي اليد فكانت بينة الخارج أولى فاما هنا لا يحتاج إلى إثبات الملك للبائع بل هو ثابت بتصادقهما عليه إنما حاجتها إلى إثبات سبب الاستحقاق وسبب القابض أقوى فكان هو أولى فان شهد شهود الخارج على وقت لم ينتفع به لأن تمكن القابض من القبض دليل سبق عقده وهو دليل معائن والتاريخ في حق الخارج مخبر به وليس الخبر كالمعاينة ثم يد ذي اليد ثابتة بيقين فلا ينقص إلا بيقين مثله وبذكر الوقت من شهود الخارج لا يزيل احتمال سبق عقد ذي اليد فلا ينقص قبضه إلا أن يشهدوا أن بيع الخارج كان قبل بيع ذي اليد فحينئذ يكون بيع الخارج أولى لأن تقدم العقد ثبت بنص من شهوده وتبين أن القابض اشترى من غير المالك وأن كان المدعيان أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من رجل آخر والدار في يد المدعي عليه قضى بها بينهما نصفين لأن كل واحد منهما ثبت الملك لبائعه أولا وقد استوت البينتان في إثبات الملك للبائع فيقضى بها بينهما نصفين ويتخير كل واحد من المشتريين لما بينا وإذا اختار الأخذ رجح كل واحد منهما على بائعه بنصف الثمن ان كان نقده إياه لأنه لم يسلم له إلا نصف المبيع ولو وقتا وقتين كان صاحب الوقت الأول أولى لاثباته الملك لبائعه في وقت لا ينازعه الآخر فيه ويرجع الآخر بالثمن على بائعه لاستحقاق المبيع من يده. ولو أقام أحدهما

[59]

البينة أنه اشتراها من فلان بثمن مسمى وهو يملكها وأقام الآخر البينة أن فلانا آخر وهبها له وقبضها منه وهو يومئذ يملكها قضى بها بينهما نصفين لأن كل واحد منهما ينتصب خصما عمن ملكه في إثبات الملك له أولا ثم لنفسه فالحجتان في إثبات الملك لهما سواء فيقضى بها بينهما نصفين وكذلك لو أقام ثالث البينة على الصدقة من ثالث مع القبض وأقام رابع البينة على ارثه من أبيه قضى بينهم أرباعا لما بينا أن كل واحد منهما خصم عمن ملكه فان (قيل) إنما وضع المسألة في الدار فكيف يجوز القضاء بالهبة والصدقة في جزء منهما مشاعا (قلنا) قيل موضوع هذه المسألة في الدابة ولئن كان في الدار فكل واحد منهما أثبت استحقاقه في الكل إلا أنه لأجل المزاحمة يسلم له البعض وهذه المزاحمة بعد القبض فكان شيوعا طارئا وذلك لا يبطل الهبة والصدقة وهذا بخلاف ما إذا كانت الدار في يد رجل فأقام آخر البينة أنه اشتراها من فلان بثمن مسمى وتقابضا وأقام آخر البينة أن فلانا ذلك وهبها منه وقبضها قضى بها لصاحب الشراء لأنهما لا يحتاجان هنا إلى إثبات الملك لمن ملكها فانه ثابت بتصادقهما وإنما الحاجة إلى إثبات سبب الملك عليه والشراء أقوى من الهبة لأنه عقد ضمان يوجب الملك في العوضين والهبة تبرع لأن الشراء يوجب الملك بنفسه والهبة لا توجب الملك إلا بعد القبض فكان ملك مدعى الشراء سابقا فلماذا جعل أولى وكذلك لو ادعى أحدهما الشراء والآخر الصدقة وادعى أحدهما الشراء والآخر الرهن فالشراء أولى لما بينا وإذا ادعى رجل الشراء وادعت

المرأة أن فلانا ذلك تزوجها عليها فعلى قول أبى يوسف رحمه الله يقضى لكل واحد منهما بالنصف ثم للمرأة نصف القيمة على الزوج ويرجع المشتري بنصف الثمن ان كان نقده اياه وقال محمد رحمه الله يقضى بها لصاحب الشراء وللمرأة على الزوج قيمة الدابة * وجه قول محمد رحمه الله أن تصحيح البيّنات والعمل بها واجب ما أمكن لأنها حجج وهنا يمكن تصحيح البيّنتين بأن يجعل الشراء سابقا فان تسمية ملك الغير صداقا تسمية صحيحة موجبة لقيمة المسمى عند تعذر تسليم عينه فلهذا جعلنا الشراء سابقا ولأن الشراء مبادلة مال بمال موجب للضمان في العوضين والنكاح مبادلة مال بما ليس بمال غير موجب للضمان في المنكوحة فكان الشراء أقوى من هذا الوجه فجعل أولى وأبو يوسف رحمه الله يقول كل واحد من البيّنتين يثبت الملك لنفسها فتتحقق المساواة بينهما في الاستحقاق كما في دعوى الشرائين ومن وجه النكاح أقوى لأن الملك في الصداق يثبت بنفس العقد متأكدا حتى لا يبطل بالهلاك قبل التسليم بخلاف

[60]

الملك في المشتري ويجوز التصرف في الصداق قبل القبض بخلاف المشتري فان لم يترجح جانب النكاح بهذا فلا أقل من المساواة وفيما قال محمد رحمه الله اثبات تاريخ لم يشهد به الشهود والتاريخ بين العقدين يثبت من غير حجة فإذا قضينا به بينهما نصفين استحق على المرأة نصف الصداق فيرجع بقيمة المستحق واستحق على المشتري نصف المبيع فيرجع بثمنه وان ادعى أحدهما الرهن والقبض والآخر الهبة والقبض فالرهن أولى وذكر في كتاب الشهادات أن الهبة أولى في القياس ووجهه أن الهبة تغيد ملك العين والرهن لا يوجب فكان السبب الموجب لملك العين أقوى وجه الاستحسان أن الرهن عقد ضمان والهبة عقد تبرع وعقد الضمان أقوى من عقد التبرع ولأنه يثبت بدلين المرهون والدين والهبة لا تثبت الا بدلا واحدا فكان الرهن أولى من الهبة وكذلك الرهن أولى من الصدقة والنكاح أولى من الهبة والصدقة لانه يوجب الملك بنفسه كالشراء فأما الهبة والصدقة سواء حتى لو ادعى أحدهما الهبة والآخر الصدقة يستويان لأن كل واحد منهما تبرع لا يتم الا بالقبض فان (قيل) الصدقة لا رجوع فيها بخلاف الهبة فكانت الصدقة أقوى (قلنا) امتناع الرجوع لحصول المقصود بها وهو الثواب لا لقوة السبب ولو حصل المقصود بالهبة وهو صلة الرحم لم يرجع فيها أيضا. قال دار في يد رجل فاقام آخر البينة أنه اشتراها من ذي اليد بالف درهم ونقده الثمن وأقام ذو اليد البينة أنه اشتراها من المدعى ونقده الثمن فعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تتهاثر البيّنتان جميعا سواء شهدوا بالقبض أو لم يشهدوا ويترك الدار في يد ذي اليد وعند محمد رحمه الله يقضى بالبيّنتين جميعا فان لم تشهد الشهود بالقبض يجعل شراء ذي اليد سالما فيأمن بتسليمه إلى الخارج وان شهدوا بالقبض يجعل شراء الخارج سابقا فيسلم لذي اليد وجه قول محمد رحمه الله أن البيّنات حجج فمهما أمكن العمل بالبيّنتين لا يجوز ابطال شئ منها كالحجج الشرعية وهنا العمل بالبيّنتين ممكن أما إذا لم تشهد الشهود بالقبض فامكان العمل بها في جعل شراء ذي اليد سابقا لانا لو جعلنا شراء الخارج سابقا لم يصح بيعه من بائعه قبل القبض ولأن قبض ذي اليد صادر عن عقده الذي أثبتته بالبينة وذلك دليل سبق عقده فان شهد الشهود بالقبض يجعل عقد الخارج سابقا لان انقضاء قبضه دليل سبق عقده وقيام قبض الآخر دليل تأخر عقده ولانا لو جعلنا عقد ذي اليد سابقا كان قبضه غصبا حراما ولو جعلنا عقده متأخرا كان قبضه بحق فلهذا

أثبتنا التاريخ بين العقدين بهذه الصفة وهذا عمل بالدليل وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله

[61]

قال كل واحد منهما بدعوى الشراء أثبت اقرار صاحبه بالملك له فكل بائع مقر بوقوع الملك للمشتري فكان هذا بمنزلة مالو أقام كل واحد منهما البينة على اقرار صاحبه بالملك له ولو كان كذلك تهاتر الاقرار لان الثابت من الاقرارين بالبينة كالثابت بالمعينة ولو عاين اقرار كل واحد منهما بالملك لصاحبه معا بطل الاقراران جميعا فهذا مثله لمعنى أن شهود كل واحد منهما لم يشهدوا بالتاريخ فكل أمرين ظهر اولا يعرف سبق أحدهما جعل كأنهما وقعا معا فلا يجوز اثبات التاريخ بينهما لانه قضاء بما لم تشهد به الشهود فإذا جعلنا كالواقع معا بطلا للمنافاة بينهما وانما يعتبر امكان العمل بالبنتين بما شهدوا به دون ما لم يشهدوا به فان وقت الشهود وقتين فهذا على وجهين إما ان يكون وقت الخارج سابقا أو وقت ذي اليد وكل وجه على وجهين إما أن تشهد الشهود بالقبض أو لم يشهدوا به فان كان وقت الخارج سابقا فان لم تشهد الشهود بالقبض قضى بها لذي اليد عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لان شراؤه ثبت سابقا ثم اشتراه منه ذو اليد قبل التسليم وبيع العقار قبل القبض عندهما جائز وعند محمد رحمه الله يقضى بها للخارج لانه لا يجوز بيع العقار قبل القبض وان شهد الشهود بالقبض يقضى بها لذي اليد عندهم جميعا لان الخارج باعها من بائعه بعد ما قبضها وذلك صحيح وان كان وقت ذي اليد سابقا يقضى بها للخارج سواء كان الشهود شهدوا بالقبض أو لم يشهدوا أما إذا شهدوا بالقبض فلا اشكال وكذلك ان لم يشهدوا به لان ذا اليد قابض وقد ثبت شراؤه سابقا فيجعل قبضه صادرا لا عن عقده ثم الخارج انما اشتراها منه بعد قبضه فيؤمر بتسليمها إليه. قال أمة في يد رجل فأقام رجل البينة على الشراء منه وأقامت الامة البينة على العتق أو التدبير فان بينتها أولى لان كل واحد من البنتين موجب للحق بنفسه والعتق أقوى فانه لا يحتمل النقص بعد وقوعه وكذلك التدبير بخلاف الشراء ولان العبد بالعتق يصير قابضا لنفسه ولان العتق ينفرد به المعتق والشراء لا يتم الا بالايجاب والقبول وكان العتق والتدبير سابقا من هذا الوجه ولو استوبا لم يمكن القضاء بالشراء لاقران العتق به فان معتق البعض لا يحتمل البيع فلهذا جعلنا بينتها أولى وان وقت البنتين فأولهما أولاها ان كان العتق أولا فغير مشكل وان كان الشراء أولا فلان المشتري أثبت الملك لنفسه في وقت لا تنارعه الامة فيه ثم هي أثبتت العتق والتدبير من غير المالك وذلك لا يوجب لها حقا ولو وقتت بينة الشراء ولم توقت بينة العتق أو التدبير كان العتق والتدبير أولى لما بينا أن العتق والتدبير يقع مسلما بنفسه فوجد القبض

[62]

في أحد الجانبين والوقت في الجانب الآخر وكان القبض أولى فان كان المشتري قد قبضه فهو أولى لان تمكنه من القبض دليل سبق عقده ولان قبضه معاين وقبض الآخر ثابت حكما فكان المعاين أولى وحمل فعل

المسلم على الصحة والحل واجب ما أمكن الا أن تقوم البينة أن العتق أول أو وقتوا وقتنا يعرف أنه أول فحينئذ يكون العتق أولى لانعدام مزاحمة المشتري في ذلك الوقت وكذلك ان لم يوقت بينة الشراء الا أن المشتري قد قبضه فهو أولى لما بينا أن قبضه دليل تقدم عقده الا أن تقوم البينة أن العتق أول وكذلك الهبة والصدقة مع العتق في جميع ما ذكرنا من التفريع لان الهبة والصدقة مع القبض موجبة للملك كالشراء، ولو كانت الدار أو الامة في يد رجل فأقام آخر البينة أن ذا اليد وهبها له وقبضها منه وأقام ذواليد البينة على المدعى بمثل ذلك فانه يقضى بها لذى اليد أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لتهاثر البينتين كما بينا وعند محمد رحمه الله لان الشهود شهدوا بالقبض فانقضا وقبض الخارج دليل سبق عقده وقيام قبض ذي اليد دليل بأخر عقده. ولو ادعى رجل أنه اشترى الامة من ذي اليد بألف درهم وانه أعتقها وأقام البينة وأقام آخر البينة على الشراء منه أيضا فانه يقضى بها لصاحب العتق لانه سببه يتأكد بالعتق حتى لا يحتمل النقص ولان العتق قبض منه فان المشتري إذا أعتق المبيع قبل القبض يصير قابضا وقد بينا أن أحد المشتريين إذا أثبت القبض كان هو أولى ولو ادعى رجل هبة مقبوضة وادعى الآخر صدقة مقبوضة وأقام البينة فان وقتت احدى البينتين ولم توقت الاخرى قضيت بها لصاحب الوقت لان كل واحد منهما أثبت سبب ملك حادث فانما يحال بحدوثه على أقرب الاوقات وقد أثبت أحدهما تاريخا سابقا بالتوقيت فيقضى بها له وان كانت في يد من لم يوقت شهوده قضيت بها له لان قبضه دليل سبق عقده وهو دليل معاين والوقت في حق الآخر مخبر به وليس الخبر كالمعاينة الا أن يقيم الآخر البينة أنه أول فحينئذ يكون هو أولى لا ثبات الملك في وقت لا ينازعه فيه صاحبه وان لم يكن هناك تاريخ ولا قبض معاين لاحدهما ففيما لا يقسم يقضى بينهما نصفان لاستوائهما في سبب الاستحقاق وفيما يحتمل القسمة كالدار ونحوه تبطل البيتان جميعا إذا لم يكن فيها ما يرجح احدهما من قبض أو تاريخ لانا لو عملنا بها قضينا لكل واحد منهما بالنصف الآخر والهبة والصدقة في مشاع تحتمل القسمة لا تجوز قيل هذا على قول أبي حنيفة رحمه الله فأما على قول أبي يوسف

[63]

ومحمد رحمهما الله ينبغي أن يقضى لكل واحد منهما بالنصف على قياس هبة الدار من رجلين وقيل ينبغي على قولهم جميعا أن يقضى لكل واحد منهما بالنصف لان كل واحد منهما أثبت قبضه في الكل ثم الشيوع بعد ذلك طارئ وذلك لا يمنع صحة الهبة والصدقة والاصح أن المذكور في الكتاب قولهم جميعا لانا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف انما يقضى بالعقد الذي شهد به شهوده وعند اختلاف العقدين لا تجوز الهبة من رجلين عندهم جميعا وانما يثبت الملك بقضاء القاضي ويمكن الشيوع في الملك المستفاد بالهبة مانع صحتها. وإذا اختصم رجلان في دابة أو عرض من العروض كائنا ما كان وهو قائم بعينه فان القاضي لا يسمع من واحد منهما البينة والدعوى حتى يحضرا ذلك الذي اختصما فيه لان اعلام المدعى شرط لصحة الدعوى والشهادة وتمام الاعلام بالاشارة إلى العين واحضار ما ينقل يتسر فيؤمر ذو اليد باحضاره ولا يقال كيف كلف احضاره ولم يثبت الاستحقاق عليه لان بالاجماع يكلف الحضور بنفسه وان لم يثبت عليه شيء بعد نظرا للمدعى ليمكن من اثبات حقه فكذلك يكلف باحضار العين إذ ليس عليه فيه كثير ضرر الا أن يكون المدعى عقارا فحينئذ احضاره متعذر فيقام ذكر الحدود في الدعوى والشهادة مقام الاشارة إلى العين لانه هو

المتيسر والواجب من التعريف في كل محل القدر المتيسر وهو نظير ذكر الاسم والنسب في حق الغائب والميت وإن كان العين المدعى مستهلكا فحينئذ يتعذر احضاره فيقام ذكر الوصف والقيمة مقام الإشارة إلى العين في صحة الدعوى والشهادة ولأن المدعى هنا في الحقيقة دين في الذمة وهو القيمة فاعلامه بذكر صفته وقيمتها والله أعلم (باب الدعوى في النتاج) (قال رحمه الله دابة في يد رجل ادعاها آخر أنها دابته نتجها عنده وأقام البينة على ذلك وأقام ذو اليد البينة على مثل ذلك قضى بها لذي اليد استحسانا) وفي القياس يقضى بها للخارج وهو قول ابن أبي ليلى رحمه الله ووجهه أن مقصود كل واحد منهما اثبات الملك حتى لا يصير خصما لا بدعوى الملك لنفسه وفيما هو المقصود بينة ذي اليد لا تعارض بينة الخارج كما بينا في دعوى الملك المطلق ولا فرق بينهما فإن إقامة البينة على الملك المطلق توجب الاستحقاق من الأصل كإقامة البينة على النتاج إلا أنا استحسنا للآثر وهو ما رواه أبو حنيفة رحمه الله عن

[64]

الهيثم عن رجل عن جابر بن عبد الله رضى الله عنه أن رجلا ادعى ناقة بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم على رجل وأقام البينة أنها ناقته نتجها وأقام ذو اليد البينة أنها دابته نتجها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بها للذي هي في يديه ولأن يد ذي البينة لا تدل على أولوية الملك فهو يثبت بينته ما ليس بثابت فوجب بظاهر يده فوجب قبول البينة ثم تترجح بيده بخلاف الملك المطلق فإن هناك لا يثبت بينته إلا ما هو ثابت له بظاهر يده فوجب قبول بينته ومعنى هذا الكلام وهو أن حاجة ذي اليد إلى دفع بينة الخارج وفي إقامته البينة على النتاج ما يدفع بينة الخارج لأن النتاج لا يتكرر فإذا أثبت أنه نتجها اندفع استحقاق الخارج ضرورة فاما في الملك المطلق فليس في بينته ما يدفع بينة الخارج لأن ملكه في الحال لا يبقى ملكا كان للخارج فيه من قبل فلهذا عملنا بينة الخارج هناك وكان عيسى بن إبان رحمه الله يقول الطريق عندي في النتاج تهاتر البينتين لتيقن القاضي بكذب أحدهما إذ لا تصور لنتاج دابة من دابتين فأنما يقضى بها لذي اليد فصار ترك لتهاتر البينتين وهذا ليس بصحيح فقد ذكر في الخارجين أقام كل واحد منهما البينة على النتاج إنما يقضى بها بينهما نصفين ولو كان الطريق ما قال لكان يترك في يد ذي اليد وكذلك لو كانت الشاة المذبوحة في يد أحدهما وسقطها في يد الآخر وأقام كل واحد منهما البينة على النتاج فيما يقضى بها وبالسقط لمن في يده أصل الشاة ولو كان الطريق تهاتر البينتين لكان يترك في يد كل واحد منهما ما في يده ولا معنى لقوله بأن القاضي يثق بكذب أحد الفريقين لأن الشهادة على النتاج ليس بمعينة الانفصال في الام بل بدونه الفصل يتبع الناقة فكل واحد من الفريقين اعتمد سببا صحيحا لاداء الشهادة فيجب العمل بها ولا يصار إلى التهاتر بمنزلة شهادة الفريقين على الملكين. وكذلك لو كانت الدعوى في العبد والامة وأقام كل واحد منهما البينة على الولادة في ملكه فهذا والنتاج في الدابة سواء. وكذلك إذا أقام كل واحد منهما البينة أنه ثوبه نسجه فإن النسج في الثوب يوجب أولوية الملك فيه وهو لا يتكرر كالنتاج في الدابة إلا أن يكون الثوب بحيث ينسج مرة بعد مرة كالخر ينسج ثم ينكث فيغزل ثانيا فحينئذ يقضى به للخارج والحاصل أن النتاج مخصوص من القياس بالسنة فلا يلحق به إلا ما في معناه من كل وجه فاما ما ليس في معناه إلا من بعض الوجوه لا يلحق به لانه لو ألحق به كان بطريق القياس

ولا يقاس على المخصوص من القياس لان قياس الاصل يعارضه وكل قياس لا ينفك عما يعارضه فهو باطل إذا ثبت هذا

[65]

فنقول ما لا يتكرر فهو في معنى النتاج من كل وجه فيلتحق به ويكون اثبات الحكم فيه بدلالة النص وما يتكرر ليس في معنى النتاج من كل وجه فيعاد فيه إلى أصل القياس. قال ولو ادعى الدابة خارجا أقام كل واحد منهما البينة أنها دابته نتجها عنده ويقضى بها بينهما نصفين لاستوائهما في سبب الاستحقاق فان وقتت بينة أحدهما ولم توقت بينة الآخر وهي مشكلة السن قضى بها بينهما نصفين لان الذي لم يوقت أثبت ملكه فيها من حين وجدت والملك لا يسبق الوجود فلم يكن التوقيت مفيدا شيئا في حق من وقته إذا كانت مشكلة السن فكان ذكره كعدم ذكره فان كان السن على أحد الوقتين وقد وقتت بينة كل واحد منهما وقتا قضيت بها لمن وافق توقيته سن الدابة ولا عبرة بالاول والآخر لان علامة الصدق ظهرت في شهادة من وافق سن الدابة توقيته وعلامة الكذب تظهر في شهادة الفريق الآخر فيقضى بالشهادة التي ظهر فيها علامة الصدق وان كانت على غير الوقتين أو كانت مشكلة قضيت بها بينهما نصفين من مشايخنا رحمهم الله من قال جمع في السؤال بين الفصلين ثم أجاب عن أحدهما وهو ما إذا كانت مشكلة فأما إذا كان سنها على غير الوقتين يعلم ذلك ظهر بطلان البينتين على قياس ما تقدم إذا كان المدعى واحدا ووقت شهوده الملك منذ عشر سنين وهي بنت ثلاثين سنة أن بينته باطلة فكذلك هنا إذا كان سنها على غير الوقتين فقد علم القاضي بمجازفة الفريقين وكذبهما في الشهادة وقد فعل محمد رحمه الله مثل هذا في الكتب جمع بين السؤالين ثم أجاب عن أحدهما وترك الآخر في النكاح والاجارات وغيرهما أو يكون معنى قوله أو كانت مشكلة أو تأتي بمعنى الواو قال الله تعالى أو يزيدون معناه ويزيدون فهنا أيضا معناه إذا كان علي غير الوقتين وكانت مشكله فحينئذ الجواب صحيح والاصح أن يقول جوابه صحيح للفصلين أما إذا كانت مشكلة فلا شك فيه وكذلك إذا كانت على غير الوقتين لان اعتبار ذكر الوقت لحقهما وفي هذا الموضع في اعتباره ابطال حقهما فيسقط اعتبار ذكر الوقت أصلا وينظر إلى مقصودهما وهي اثبات الملك في الدابة وقد استويا في ذلك فوجب القضاء به بينهما نصفان لانا لو اعتبرنا التوقيت بطلت البينتان وبقيت في يد ذي اليد وقد اتفق الفريقان على استحقاقهما على ذي اليد فكيف يترك في يده مع قيام حجة الاستحقاق عليه وان أقام ذواليد البينة على النسيج والثياب والنتاج والملك له وأقام الخارج البينة على مثل ذلك قضيت بها لذی اليد على المدعى لان البينتين استويا فيترجح ذو اليد بحكم يده وان وقتت البينتان في الدابة

[66]

وقتین فان كانت الدابة علي وقت بينة المدعى قضيت بها له لان علامة الصدق ظهرت في شهادة شهوده وعلامة الكذب ظهرت في شهادة شهود ذي اليد وان كانت الدابة على وقت بينة ذي اليد أو كانت مشكلة قضيت بها لذی اليد إما لظهور علامة الصدق في شهوده أو لسقوط اعتبار التوقيت

إذا كانت مشكلة. قال وإذا كان الثوب في يد رجل فأقام خارج البينة أن ثوبه نسجه وأقام ذو اليد البينة على مثل ذلك فإن كان يعلم أن مثل هذا لا ينسج الامرة فهو لذى اليد وإن كان يعلم أنه ينسج مرة بعد مرة فهو للخارج لأن هذا ليس في معنى النتاج وإن كان مشكلا لا يستبين أنه ينسج مرة أو مرتين قضيت به للمدعى وهذا قول محمد رحمه الله وفى بعض نسخ الاصل. قال وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله ولا خلاف بينهم في الحصول وكان المعنى فيه أنه ليس في معنى النتاج لأن النتاج يعلم أنه لا يكون الا مرة فما يكون الا مشكلا لا يكون في معنى ما هو معلوم حقيقة من كل وجه فيؤخذ فيه بأصل القياس ويقضى به للمدعى. وكذلك ان كانت المنازعة في نصل سيف وأقام كل واحد منهما البينة أنه سيفه ضربه فانه يسأل أهل العلم بذلك من الصياقلة لأن هذا مشكل على القاضى فيسأل عنه من له علم به لقوله تعالى فاستلوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون وقال النبي صلى الله عليه وسلم لا تنازعوا الامر أهله فان قالوا لا يضرب الا مرة يقضى به لذى اليد وإن قالوا يضرب مثله مرتين أو أشكل عليهم فلم يعرفوا يقضى به للمدعى لأن هذا ليس في معنى النتاج من كل وجه. قال ولو كانت الدعوى في غزل بين امرأتين يقضى به للذى هو في يديها لأن القطن لا يغزل الامرة فكان هذا في معنى النتاج وبهذه المسألة استدلوا على أن من غصب قطننا فغزله بملكه فان المذكور في كتاب الغصب إذا غزله ونسجه ولم يذكر هذا الفصل ولما جعله هنا في معنى النتاج من كل وجه والنتاج سبب لاولية الملك في الدابة عرفنا أن الغزل سبب لاولية الملك في المغرول للذى غزله وفى الشعر إذا كان مما ينقص ويغزل يقضى به للمدعى وكذلك المرعزى لانه ليس في معنى النتاج وكذلك في الحلّى يقضى به للمدعى لانه يصاغ مرتين فان أقاما البينة على خطة الدار قضيت بها للمدعى لأن الخطة قد تكون غير مرة فانه عبارة عن قسمة الامام عند الفتح يخط لكل واحد من الغانمين خطا في موضع معلوم يملكه ذلك بالقسمة فيكون خطه له وهذا وهذا قد يكون غير مرة بان يترد أهلها وتصير محكومة بانها دار الشرك لوجود شرائطها ثم يظهر عليها المسلمون ثانية فيقسمها الامام بالخط لكل واحد

[67]

منهم كما بينا. قال وإن كانت الدعوى في صوف فأقام كل واحد منهما البينة أن له جزء من غنمه فانه يقضى به لذى اليد لأن الجز لا يكون الا مرة واحدة وكذلك المرعزى والجز والشعر فكان هذا في معنى النتاج فان (قيل) كيف يكون الجز في معنى النتاج وهو ليس بسبب لاولية الملك فان الصوف وهو على ظهر الشاة كان مملوكا له فكان مالا ظاهرا قبل الجز (قلنا) نعم ولكن كان وصفا للشاة ولم يكن مالا مقصودا الا بعد الجز ولهذا لا يجوز بيعه قبل الجز وأن ما تنازعا فيه مال مقصود قال وإذا كانت الارض والنخل في يد رجل فأقام آخر البينة أنه نخله وأرضه وانه غرس هذا النخل فيها وأقام ذو اليد البينة على مثل ذلك يقضى بها للمدعى وكذلك الكروم والشجر لأن أصل المنازعة في ملك الارض فان النخل بمنزلة البيع للارض حتى يدخل في بيع الارض من غير ذكر وليس لواحد منهما في الارض معين النتاج ولأن النخل يغرس غير مرة فقد يغرس الثالثة انسان ثم يقلعها غيره ويغرسها فلم يكن في معنى النتاج وإن كانت الدعوى في الحنطة وأقام كل واحد منهما البينة انها حنطة زرعها في أرضه قضيت بها للمدعى لأن الزرع قد يكون غير مرة فان الحنطة قد تزرع في الارض ثم يغربل التراب فيميز الحنطة ثم تزرع ثانية فلم يكن هذا في معنى النتاج. وكذلك لو كانت

أرض فيها زرع فأقام كل واحد منهما البينة أن الأرض والزرع له وأنه زرعها يقضى بها للمدعى لأن أصل المنازعة في ملك الأرض وليس لواحد منهما فيها معنى النتاج. وكذلك قطن أو كتان في يد رجل أقام هو مع خارج كل واحد منهما البينة أنه له زرع في أرضه فانه يقضى به للمدعى لما بينا أن الزرع قد يكون غير مرة. وكذلك كل ما يزرع مما يكال أو يوزن قال وهذا لا يشبه الصوف والمرعى لأن الرجل قد يزرع في أرضه غيره ويكون للزارع ولا يستحقه رب الأرض بخروجه من أرضه وأما الصوف والمرعى لا يكون إلا لصاحب الغنم فمن ضرورة كون الشاة التي في يد ذي اليد مملوكة له أن يكون الذي جز منها مملوكا له وليس من ضرورة كون الزرع في أرض هي مملوكة لذي اليد أن يكون الزرع مملوكا له ولأن الجز في معنى النتاج والزرع ليس في معناه لاحتمال التكرار فلهذا قضينا به للمدعى. قال ولو كان القطن شجرا ثابتا في أرض في يد رجل فأقام آخر البينة أنها أرضه وأنه زرع هذا القطن فيها وأقام ذو اليد البينة على مثل ذلك يقضى بها للمدعى لأن أصل المنازعة في الأرض وليس لواحد منهما فيها معنى النتاج وكذلك لو كانت هذه المنازعة في دار وأقام كل

[68]

واحد منهما البينة أنها داره بناها بماله يقضى بها للمدعى لأن البناء يكون مرة بعد مرة ولم يكن في معنى النتاج قال ولو كانت أمة في يد رجل ادعاهما آخر أنها أمته وأنها ولدت عنده في ملكه من أمته في يديه وأقام ذو اليد البينة على مثل ذلك يقضى بها لذي اليد لأن الولادة في بني آدم كالنتاج في البهائم ولو كان المدعى أقام البينة على أمها التي عند المدعى عليه أنها أمته وأنها ولدت هذه في ملكه وأقام ذو اليد البينة على مثل ذلك قضيت بها وبأمرها للمدعى لأن أصل الدعوى في الام وليس لواحد منهما فيها معنى النتاج فوجب القضاء بها للمدعى ثم الولد يملك بملك الام وكان من ضرورة القضاء بالام للمدعى القضاء بالولد له وكذلك لو كانت الدعوى في صوف فأقام المدعى البينة أنه جزه من شاته هذه وهي في ملكه وأقام ذو اليد البينة على مثل ذلك من شاة أخرى في يده قضيت بها لذي اليد ولو أقام المدعى البينة على الشاة أنها في يد المدعى عليه أنها شاته وأنه جز هذا الصوف في ملكه منها وأقام ذو اليد البينة على مثل ذلك قضيت بها للمدعى لأن الدعوى في أصل الشاة فانما أثبت كل واحد منهما بالبينة الملك المطلق فيها فتترجح بينة المدعى ثم الصوف يملك بملك الاصل فان (قيل) قد يكون الصوف والولد لغير صاحب الاصل بأن يوصى بما في بطن جاريته للانسان وبرقيبتها لآخر أو يوصى بالشاة لانسان ويصوفها لآخر (قلنا) لا كذلك فالولد والصوف يملك بملك الاصل الا أن يملك غيره بسبب ينشئه مالك الاصل من وصية أو غيره قال عبد في يد رجل فأقام آخر البينة أنه عبده ولد في ملكه من أمته هذه ومن عبده هذا وأقام ذو اليد البينة على مثل ذلك فانه يقضى به للذي هو في يده لاثباته أولية الملك لنفسه فيه فيكون ابن عبده وأمته دون ابن عبد الآخر وأمته لأن بينته لما ترجحت بالقضاء بالملك صارت البينة الأخرى مدفوعة لا يقضى بها بالنسب كما لا يقضى بها بالملك وإن أقام الخارج البينة أنه عبده اشتراه من فلان وأنه ولد في ملك بائعه وأقام ذو اليد البينة أنه عبده اشتراه من فلان آخر وأنه ولد في ملكه قضى به لذي اليد لأن كل واحد منهما خصم في اثبات نتاج بائعه كما هو خصم في اثبات ملك بائعه ولو حضر البائعان وأقام البينة على النتاج كان ذو اليد أولى فهذا مثله وكذلك لو أقام الخارج البينة على نتاج بائعه وأقام ذو اليد البينة على النتاج في ملكه فيبته ذو اليد أولى لما

بينا وكذلك لو أقام البينة على وراثته أو وصية أو هبة مقبوضة من رجل وأنه ولد في ملك ذلك الرجل لانه يتلقى الملك من جهة مورثه وموصيه فيكون خصما

[69]

عنه في اثبات نتاجه ولو كان عبد في يد رجل فأقام آخر البينة انه عبده ولد في ملكه ولم يسموا أمه وأقام آخر البينة انه عبده ولد عنده من أمه هذه فانه يقضى للذى أمه في يديه لان البينات تترجح بزيادة الاثبات وفي بينة من عين أمه زيادة وهو اثبات نسبه من أمه فيترجح بذلك فان شهد الشهود لذي اليد أنه له ولد في ملكه من أمته هذه لامة أخرى قضى به لذي اليد لان بينة الخارج في الولادة لا تعارض بينة ذي اليد سواء حصل من واحدة أو من اثنتين فأما أمه فانه يقضى بها للذى العبد في يده الذي أقام البينة عليه لانه لا مزاحم له في الام بحجة بقيمها على اثبات الملك فيه فلهذا قضيت بها للذى العبد في يديه الذي أقام البينة قال وان كان عبد في يد رجل فأقام آخر البينة أنه عبده ولد في ملكه من أمته هذه ومن عبده هذا وأقام آخر البينة على مثل ذلك فانه يقضى بها بينهما نصفان لاستوائهما في الحجة على الولادة في الملك ثم قال ويكون الابن من الامتين والعبدان جميعا فاما ثبوت نسبه من العبدان فهو على قول علماؤنا وعلى قول الشافعي رحمه الله لا يثبت نسب الولد من رجلين بحال حربن كان أو عبيدين ادعيا لقيطا أو ولد جارية بينهما ولكنه يرجع إلى قول القائف فانهما قالا القائف انه ابنه يثبت النسب منه وان كان موضع لا يوجد القائف فيه يقرع بينهما ويقضى بالنسب لمن خرجت قرعته واحتج في المنع من ثبوت النسب من اثنين أن ثبوت نسب المولود من الوالد بكونه مخلوقا من مائه ونحن نتيقن أنه غير مخلوق من ماء رجلين لان كل واحد منهما أصل للولد كالام بمنزلة البيض للفرخ والحب للحنطة فكما لا يتصور فرخ واحد من سنبله واحدة من حبتين فكذلك لا يتصور ولد واحد من مائتين وهذا لان وصول المائتين إلى الرحم في وقت واحد لا يتصور وإذا وصل أحد المائتين في الرحم ينسد فم الرحم فلا يخلص إليه الماء الثاني فإذا تعذر القضاء بالنسب منهما جميعا يرجع إلى قول القائف لحديث عائشة رضي الله عنها قالت دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم وأساربر وجهه تبرق من السرور وقال أما ترين يا عائشة أن مجزر المدلجى مر باسامة وزيد وهما نائمان تحت لحاف واحد قد غطيا رؤسهما وبدت اقدامهما فقال هذه اقدام بعضهما من بعض فسرو رسول الله صلى الله عليه وسلم بقول القائف دليل على أن قوله حجة في النسب ولان القائف يعتبر الشبه وللشبه في الدعاوى عبرة كما قلتم في مناع البيت إذا اختصم فيه الزوجان فما يصلح للرجال فهو للرجل وما يصلح للنساء فهو للمرأة وكذلك إذا اختلف الآجر والمستأجر في ملك لوح موضوع في الدار فان كان تصاويره تشبه تصاوير

[70]

ما في السقف وموضعه ظاهر فالقول قول الآجر وان كان يخالف ذلك فالقول قول المستأجر وفي الموضوع الذى لا يوجب القائف يسار إلى

الاقراع كما هو مذهبه في جواز استعمال القرعة لتعيين المستحق عند
الاقرار وقد استعمله على رضى الله عنه في دعوى النسب حين كان
باليمن * وحجتنا في ابطال المصير إلى قول القائف ان الله تعالى شرع
حكم اللعان بين الزوجين عند نفى النسب ولم يأمر بالرجوع إلى قول
القائف فلو كان قوله حجة لامر بالمصير إليه عند الاشتباه ولان قول
القائف رجم بالغيب ودعوى لما استأثر الله عزوجل بعلمه وهو ما في
الارحام كما قال الله تعالى ويعلم ما في الارحام ولا برهان له على هذه
الدعوى وعند انعدام البرهان كان في قوله قذف المحصنات ونسبة الاولاد
إلى غير الآباء ومجرد الشبه غير معتبر فقد يشبه الولد أباه الأدنى وقد
يشبه الاب الأعلى الذى باعتباره يصير منسوباً إلى الاجانب في الحال واليه
أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم حين أتاه رجل فقال أنا أسود شديد
السواد وقد ولدت امرأتي ولد أبيض فليس منى فقال صلى الله عليه وسلم
هل لك من ابل فقال نعم فقال صلى الله عليه وسلم ما لونها قال حمر
فقال صلى الله عليه وسلم هل فيها من أورق فقال نعم فقال صلى الله
عليه وسلم من ذاك فقال لعل عرق نزع أو فقال صلى الله عليه وسلم
ولعل هذا عرقاً نزع فبين النبي صلى الله عليه وسلم انه لا عبرة للشبه
وفى متاع البيت عندنا الترجيح بالاستعمال لا بالشبه وفى اللوح الترجيح
بالظاهر لا بالشبه (ألا ترى) أن اسكافاً وعطاراً لو تنازعا في اداة الاسكافة
لا يترجح الاسكاف بالشبه وثبوت نسب اسامة رضى الله عنه كان بالفراش
لا بقول القائف الا أن المشركين كانوا يطعنون في ذلك لاختلاف لونهما
وكانوا يعتقدون ان عند القافة علم بذلك وان بنى المدلج هم المختصون
بعمل القيافة ومجزر يثبهم فلما قال ما قال كان قوله رد الطعن
المشركين فانما سر به رسول الله صلى الله عليه وسلم لهذا لان قول
القائف حجة في النسب شرعاً فاما الدليل على اثبات النسب منهما حديث
عمر وعلى رضى الله عنهما حين قال في هذه الحادثة ان لبسا فلبس
عليهما ولو بينا لبين لهما هو أنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي منهما
والمعنى فيه انهما استويا في سبب الاستحقاق والمدعى قابل للاشتراك
فيستويان في الاستحقاق وبيان ذلك أن ثبوت النسب من الرجل باعتبار
الفراش لا بحقيقة اخلاقه من مائه لان ذلك لا طريق إلى معرفته ولا
باعتبار الوطئ لانه سر عن غير الواطئين فاقام الشرع الفراش مقامه
تيسيراً فقال صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وكل واحد من البنتين

[71]

يعتمد على ما علم به من الفراش والحكم المطلوب من النسب الميراث
والنفقة والحضانة والتربية وهو يحتمل الاشتراك فيقضي به بينهما وهو
الجواب عن قوله انه لا يتصور خلاق الولد من المائتين فان السبب الظاهر
متى أقيم مقام المعنى الخفى تيسيراً سقط اعتبار معنى الباطن مع ان
ذلك يتصور بأن يطأها أحدهما فلا يخلص الماء إلى أحدهما حتى يطأها
الثاني فيخلص الماء إلى الرحم معا ويختلط الماء فيتخلق منهما الولد
بخلاف البيصتين والحيتين لانه لا تصور للاختلاط فيهما. قال وان كان
المدعى للنسب أكثر من اثنين فعلى قول أبى حنيفة رحمة الله يثبت منهم
وان كثروا أخذاً بالقياس كما قررنا وعند أبى يوسف رحمه الله لا يثبت فيما
زاد على المثني لان ثبوته من اثنين بحديث عمر وعلى رضى الله عنهما
ففيما زاد على ذلك يوجد بأصل القياس الذى قرره الخصم لاستحالة اثبات
نسب من عشرة أو أكثر ومحمد رحمه الله يقول يثبت من ثلاثة لانها أدنى
الجمع ولا نهاية للزيادة على الثلاثة فالقول به يؤدي إلى التفاحش

فاعتبرت أدنى الجمع وقلت يثبت من ثلاثة ولا يثبت من أكثر من ذلك فأما في الامتين يثبت النسب عند أبي حنيفة رحمه الله وكذلك من الحرين إذا ادعنا لقيطا وأقامنا البينة وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا يثبت النسب من المرأتين بحال وحجتهم في ذلك أن ثبوت النسب من المرأة بسبب انفصال الولد عنها ولهذا يثبت من الزانية وهذا سبب معين يوقف عليه فيعتبر حقيقته ولا تصور لانفصال ولد واحد من المرأتين فيتيقن بكذب أحد الفريقين ولا يعرف الصادق من الكاذب فتبطل البيتان بخلاف الرجلين فسبب ثبوت النسب من الرجل الفراش على ما قررنا وأبو حنيفة رحمه الله يقول نعم حقيقة هذا النسب من امرأتين محال ولكن المقصود من النسب حكمه لا عينه وهو الحضانة والتربية من جانب الام وهذا الحكم قابل للاشتراك فيقبل البيتان لاثبات الحكم ويكون ذكر السبب كناية عن الحكم مجازا وهو نظير ما قاله أبو حنيفة رحمه الله فيمن قال لعبدته وهو أكبر سنا منه هذا ابني يعتق عليه وإن كان صريح كلامه محالا ولكن يجعل كناية عن حكمه مجازا وما قال لا يبطل بدعوى النجاشي فان ولادة شاة واحدة من شاتين حقيقة محال ومع ذلك إذا أثبت الخارجان ذلك بالبينة يقضى بالحكم المطلوب وهو الملك لانه قابل للاشتراك فهذا مثله. قال وإذا كان قباء محشوا في يد رجل فأقام رجل البينة أنه له قطعه وحشاه وخاطه في ملكه وأقام ذو اليد البينة على مثل ذلك فإنه يقضى به للمدعى لان الحشو والخيطة قد تكون

[72]

غير مرة فلم تكن في معنى النجاشي وكذلك الحبة المحشوة والفرو وكل ما يقطع من الثياب والبسط والانماط والوسائد لان هذا مما يتكرر وكذلك الثوب المصبوغ بالعصفر أو الزعفران أو الورس إذا أقام الخارج وذو اليد كل واحد منهما البينة على أن له صبغه في ملكه لان الثوب يصيب غير مرة وقد يصيب على لون ثم يصيب على لون آخر فلم يكن ذلك في معنى النجاشي وكذلك أواني الصفر والحديد يقضى به للمدعى إلا أن يعلم أنه لا يصيب إلا مرة فحينئذ يكون في معنى النجاشي وكذلك الابواب والسرر والكراسي إذا أقام كل واحد منهما البينة أنه يجره في ملكه فان كان ذلك لا يكون إلا مرة واحدة يقضى به لذى اليد لانه يكون في معنى النجاشي فان كان يكون غير مرة أولا يعلم يقضى بها للمدعى لانه ليس في معنى النجاشي وعلى هذا الخفاف والنعال والقلانس قال ولو كانت الدعوى في سمن أو زيت أو دهن وأقام كل واحد منهما البينة أنه له عصره وسلاه في ملكه فإنه يقضى به لذى اليد لان هذا لا يكون إلا مرة واحدة فهو في معنى النجاشي وكذلك السويق والعصير والخل والجبن وأشباه ذلك وأما الشاة المسلوقة إذا أقام كل واحد منهما البينة أنها شاته ضحى بها وسلخها فإنه يقضى بها للمدعى لان الذبح والسلخ ليس بسبب للملك (ألا ترى) ان الغاصب لا يملك به فلم يكن هذا في معنى النجاشي في اثبات أولية الملك به فلهذا قضينا به للمدعى. قال وان أقام خارجان البينة دعوى الدابة أحدهما على الملك المطلق والآخر على النجاشي فإنه يقضى بها لصاحب النجاشي لاثباته أولية الملك لنفسه فانها لا تتملك إلا من جهته والآخر لا يدعي تملكها من جهته وفي الكتاب قال عن شريح رحمه الله النجاشي أحق من العارف يعني بالعارف الخارج الذي يدعى ملكا مطلقا ولو كانت الدعوى في لحم مشوي أو سمكه مشوية وأقام الخارج وذو اليد كل واحد منهما البينة أنه شواه في ملكه يقضى بها للمدعى لان الشاة قد يكون غير مرة فان اللحم يشوي ثم يعاد ثانيا فلم يكن في معنى النجاشي وكذلك المصحف إذا أقام كل واحد منهما البينة أنه

مصحفه كتبه في ملكه يقضى به للمدعى لان الكتابة ليست بسبب للملك ولكنه قد يتكرر يكتب ثم يمحي ثم يكتب فلهذا قضينا به للمدعى. قال ولو كانت الدعوى في أمة فأقام أحد الخارجين البينة أنها أمته ولدت في ملكه وأقام آخر البينة أنها أمته سرقت منه فانه يقضى بها لصاحب الولادة وكذلك لو شهد شهود السرقة أنها أمته أبقت منه أو غصبها إياه ذواليد فهي لصاحب الولادة لان في بينته اثبات أولية الملك وليس في البينة الاخرى ذلك فكان استحقاقه سابقا وكذلك في

[73]

الدابة إذا شهد شهود أحدهما بالنتاج وشهود الآخر أنها دابته أجرها من ذى اليد أو أعارها أو رهنها إياه فهي لصاحب النتاج لان في شهادة شهوده دليل سبق ملكه. قال وإذا كان الثوب في يد رجل فأقام آخر البينة انه نسجه ولم يشهدوا انه له لم يقض له به لانه لم يشهدوا له بالملك نصا فقد ينسج الانسان ثوب الغير باذنه ولا يملكه كالنساج ينسج ثياب الناس. وكذلك لو أقام البينة في دابة أنها نتجت عنده أو في أمة أنها ولدت عنده فليست هذه اللطفة شهادة بالملك للمدعى فلا يستحق به شيئا. وكذلك لو شهدوا انها ابنت أمته فليس في هذا اللفظ شهادة بالملك له انما فيه شهادة بالنسب (ألا ترى) انه قد يشتري أمة ولها ابنت في يد غيره فهي ابنت أمته ولا تكون مملوكة له أو بشئ بعد الانفصال عنها فهي ابنت أمته ولا تكون مملوكة له. وكذلك لو شهدوا على ثوب انه غزل من قطن فلان ونسج لم يقض له به لان ملك القطن لا يكون سببا لملك الغزل والثوب وان الغاصب إذا غزل القطن ونسجه كان الثوب مملوكا له وان لم يكن مالكا للقطن والمغصوب منه كان مالكا للقطن ولا يملك الثوب به فليس في هذا اللفظ شهادة بالملك له نصا فان قال أنا أمرته أن يغزل وينسج قضى له بالثوب لان عمل الغير بأمره كعمله بنفسه والذي غزله ونسجه بانكاره الامر يدعى بملكه عليه فلا يصدق الا بحجة. ولو شهدوا ان هذه الحنطة من زرع حصد من أرض فلان فأراد صاحب الارض أخذ الحنطة لم يكن له ذلك وفي رواية أبى حفص رحمه الله قال له أن يأخذ الحنطة لانهم أضافوا الارض إليه ملكا وبدا فما في أرضه من الزرع يكون في يده وهذا بمنزلة شهادتهم أنه أخذها من يده فيؤمر بالرد عليه وجه رواية أبى سليمان رحمه الله انهم ما شهدوا بالملك له في الزرع انما أضافوا الارض إليه بالملكية وقد تكون الارض مملوكة له والزرع الذي فيها لغيره كمن غصب أرضا فزرعها وكذلك ما شهدوا باليد في الزرع ولا في الارض نصا فانه ليس من ضرورة كون الارض مملوكة له أن تكون في يده فلهذا لا يستحق شيئا. وكذلك لو شهدوا أن هذه الحنطة من زرع كان في أرضه أو أن هذا التمر من نخل كان في أرضه وان هذا الزبيب من كرم كان في أرضه لانهم ما أضافوا ما وقع فيه الدعوى إليه ملكا ولا بدا وقد يكون النخل والكرم في الارض لغير صاحب الارض ملكا وبدا ولو أقر بذلك الذي في يديه أخذ به لاقرار بالآخذ من ملكه والاقرار بالآخذ من ملكه بمنزلة الاقرار بالآخذ من يده فيؤمر بالرد عليه وهذا لان الاقرار يوجب الملك بنفسه قبل أن يتصل به القضاء فنوع

[74]

احتماله فيه لا يمنعنا من العمل بظاھرہ فأما الشهادة لا توجب الحق الا بقضاء القاضى وانما يقضى القاضى بالمشهود به فإذا لم يكن في الشهادة تنصيص على ملك أو يد للمدعى فالمدعى لا يقضى به له * توضيح الفرق ان في اقراره بيان انه كان في يده فكأنه قال كان في يد هذا أمس فيؤمر بالرد عليه وفي الشهادة كذلك ولكن لو شهدوا أنه كان في يده أمس لا يستحق به شيئاً. قال وان شهدوا ان هذا التمر أخذه هذا من نخل فلان قضى له به بمنزلة ماله شهدوا أنه أخذه من يد فلان لان المتصل بنخله من الثمر يكون في يده. ولو شهدوا انه خرج من نخل فلان وهو يملكه أو أن هذا العبد ولدته أمة فلان وهو يملكها قضى له بجميع ذلك لانهم صرحوا بالولد من ملكه والمتولد من ملك الانسان يكون مملوكا له إلى أن يتملكه الغير بسبب عارض من وصية أو غيرها فكان هذا وشهادتهم بالملك له في المدعى سواء وكذلك لو شهدوا أن هذه الحنطة من زرع هذا لانهم أضافوا إليه بالملكية وشهدوا أن هذه الحنطة جزء منه فان من للتبعيض فكان هذا تنصيصا على الشهادة بالملك له في الحنطة وكذلك لو شهدوا أن هذا الزبيب من كرم هذا وهذا التمر من نخل هذا قضى له به لشهادتهم بالتولد من ملكه. ولو شهدوا أن فلانا غزل هذا الثوب من قطن فلان وهو يملك القطن ونسج الثوب فاقضى على الذي غزل مثل ذلك القطن لما بينا ان ملك القطن ليس بسبب لملك الثوب ولكن من غزل قطن الغير ونسجه فالثوب له وهو ضامن لمثل ذلك القطن وان قال صاحب القطن أمرته بذلك أخذ الثوب لانهما اتفقا على أنه كان مالكا للقطن والذي غزل ونسج يدعى تملكه عليه بالضمان وهو منكر لذلك فكان القول قوله كما لو ادعى التملك عليه بالبيع فانكره. وكذلك لو شهدوا ان فلانا طحن هذا الدقيق من حنطة فلان وهو يملكها قضى عليه بحنطة مثلها وان قال رب الحنطة أنا أمرته أخذ الدقيق لما بينا. قال وإذا كان الدجاج أو الشئ من الطيور في يد رجل فأقام رجل البينة انه له فرخ في ملكه وأقام ذو اليد البينة على مثل ذلك قضى به لذى اليد لان هذا في معنى النتاج لا يتكرر ولو أقام المدعى البينة ان البيضة التي خرجت هذه الدجاجة منها كانت له لم يقض له بالدجاجة ولكن يقضى على صاحب الدجاجة ببيضة مثلها لصاحبها لان ملك البيضة ليس بسبب لملك الدجاجة فان من غصب بيضة وحصنها ذلك تحت دجاجة كان الفرخ للغاصب وعليه بيضة مثل المغصوبة وهذا لا يشبه الولادة والنتاج لان من غصب أمة أو دابة فولدت عنده لا يملك الولد بل هو لصاحب

[75]

الاصل وهذا لان البيضة بالحصانة تصير مستهلكة فيحال بحدوث الفرخ على عمل الحصانة بخلاف الدابة والامة فانها لا تصير مستهلكة بالولادة فيكون مملوكا لصاحب الاصل لتولده من ملكه. قال ولو غصب دجاجة فباضت عنده فالبيضة لصاحبها لتولدها من ملكه فان باضت بيضتين فحضنت الدجاجة نفسها على أحدهما فخرج منها فرخ وحصنها الغاصب على الاخرى فخرج منها فرخ فالفرخ الاول للمغصوب منه مع الدجاجة والفرخ الآخر للغاصب لان ما حصل بفعله يصير مملوكا له وما حصل بفعل الدجاجة نفسها لا صنع للغاصب فيه فلا يملكه بل يكون لمالك الاصل كما قلنا فيمن غصب حنطة وزرعها كان الزرع له ولو هبت الريح بالحنطة فجعلتها مزروعة في الارض كان الزرع لصاحب الحنطة لان بناء الحكم على فعل الريح غير ممكن فيجعل مملوكا لصاحب الاصل ولان ما حصنها الغاصب صار مستهلكا بفعله فيكون ضامنا لمثله ويصير مملوكا له بالضمان فانما يتولد الفرخ من ملكه فأما ما حضنت الدجاجة بنفسها لم تصر مضمونة على الغاصب فلا يملكها

فبقى ذلك الفرخ لصاحب الاصل. قال ثوب مصبوع بعصفر في يد رجل فشهد شاهدان أن هذا العصفر الذي في هذا الثوب لفلان صبغ به هذا الثوب فلا يدري من صبغه ووجد ذلك صاحب الثوب فادعى صاحب العصفر أن رب الثوب الذي فعل ذلك فانه لا يصدق عليه لانه يدعى ضمان قيمة العصفر دينا في ذمته وهو منكر وليس في شهادة شهوده ما يوجب ذلك فان ثوب الغير إذا هبت به الريح والفته في صبغ انسان فانصبغ كان الصبغ لصاحبه في الثوب الآخر وليس له أن يضمن صاحب الثوب شيئا ولكن يقوم الثوب أبيض ويقوم مصبوغا فان صاحب الثوب يضمن له ما زاد العصفر في ثوبه والا بيع الثوب فيصرف فيه صاحب الثوب بقيمة ثوبه أبيض وصاحب العصفر ما زاد العصفر في ثوبه لانهما شريكان في الثوب المصبوع أحدهما بالثوب والآخر بالعصفر ولكن الثوب أصل والعصفر فيه وصف فكان الخيار لصاحب الاصل دون صاحب الوصف. قال وان كانت الدعوى في لبن فاقام الخارج وذو اليد كل واحد منهما البينة أنه له ضربه في ملكه يقضي به للمدعى لان اللبن يضرب غيره مرة بان يضرب ثم يكسر ثم يضرب فلم يكن في معنى النتاج فلهذا قضى به للمدعى. قال وان كانت الدعوى في جبن فاقام الخارج وذو اليد كل واحد منهما البينة أنه جبنه صنعه في ملكه فهو للذي في يديه لان الجبن لا يصنع الا مرة وهو سبب لاولية الملك بمنزلة النتاج فهذه المسألة على خمسة أوجه أحدها ما بينا والثاني

[76]

إذا أقام كل واحد منهما البينة أن اللبن الذي صنع منه هذا الجبن ملكه فيقضى به للمدعى لان أصل المنازعة في اللبن وبينة كل واحد منهما فيه قامت على الملك المطلق والثالث أن يقيم كل واحد منهما البينة ان حلب اللبن الذي صنع منه هذا الجبن من شاته في ملكه فيقضى لذى اليد لان الحلب في اللبن لا يتكرر فكان في معنى النتاج والرابع إذا أقام كل واحد منهما البينة أن الشاة التي حلب منها اللبن الذي صنع منه هذا الجبن ملكه فيقضى به للمدعى لان المنازعة في ملك الشاة وبينة كل واحد منهما فيها قامت على المطلق والخامس أن يقيم كل واحد منهما أن الشاة التي حلب منها اللبن الذي صنع منه هذا الجبن شاته ولدت في ملكه من شاته فالبينة بينة ذى اليد لان الحيتين قامتا على النتاج في الشاة التي كانت المنازعة فيها. قال ولو كانت الدعوى في أجر أو حص أو نورة وأقام كل واحد منهما البينة أنه له صنعه في ملكه قضيت به لذى اليد وكان ينبغي أن يقضى بالأجر للخارج ويجعل هذا بمنزلة الشيء في اللحم ولكنه قال طبخ الأجر لا يتكرر فانه بالطبخ الاول يحدث له اسم الأجر فان أعيد طبخه بعد ذلك لا يحدث به اسم آخر فعرفنا أنه مما لا يتكرر. وكذلك طبخ الجص والنورة فكان هذا في معنى النتاج. قال فان كانت الدعوى في جلد شاة وأقام كل واحد منهما البينة أنه جلده سلخه في ملكه قضى به لذى اليد لان سلخ الجلد لا يتكرر فكان في معنى النتاج ولو لم يقيم البينة على ذلك لهما ولكن المدعى أقام البينة أنه جلد شاته ولم يشهدوا له به لم يقض له بالملك. وكذلك لو شهدوا على صوف أنه صوف شاته أو على لحم أنه لحم شاته قال عيسى رحمه الله هذا غلط وأرى جواب محمد رحمه الله في هذه الفصول لا يستمر على أصل واحد وقد قال قبل هذا إذا قالوا هذه الحنطة من زرع هذا أو هذا الزبيب من كرمه أو هذا التمر من نخلة قضى له به وأى فرق بين تلك المسائل وبين هذه المسائل بل الجلد والصوف واللحم في كونه مملوكا بملك الاصل أبلغ من ملك الزرع والتمر والزبيب بملك الاصل فان (قيل) ان هنا قد يتفصل ملك الصوف عن ملك الاصل بالوصية فكذلك في تلك

المسائل ولكن ما ذكره محمد رحمه الله صحيح لانهم ما جعلوا المدعا هنا في شهادتهم من ملكه انما نسبوه إلى شاة ثم نسبوا إليه الشاة بالملكية فلم يكن شهادة بالملك في المدعا نصا فأما هناك شهدوا أن المدعاة من ملكه وذلك شهادة بالملك له في المدعا نصا. قال ولو كانت شاة مسلوخة في يد رجل وجلدها ورأسها وسقطها في يد آخر فأقام ذو اليد في الشاة البينة أن الشاة والجلد والرأس

[77]

والسقط له وأقام الذي في يديه السقط البينة على مثل ذلك فانه يقضى لكل واحد منهما بما في يدى صاحبه لان كل واحد منهما أثبت فيما في يد صاحبه ملكا مطلقا بالبينة وبينة الخارج في دعوى الملك المطلق تترجح ولو أقام كل واحد منهما البينة أن الشاة شاته نتجب عنده في ملكه فذبحها وسلخها وان له جلدها ورأسها وسقطها يقضى بالكل للذى الشاة في يده لانه أثبت بينته النتاج في الشاة فاستحق القضاء بأولية الملك له فيها وجلدها ورأسها وسقطها ببيعها فلهذا قضينا بالملك لذى اليد. قال ولو كانت شاة في يدى رجل وشاة أخرى في يد آخر فأقام كل واحد منهما البينة على شاة صاحبه الذي في يديه انها شاته ولدت في ملكه من هذه الشاة القائمة في يده فانه يقضى لكل واحد منهما بشاة صاحبه التى في يديه وتأويل هذه المسألة فيما إذا كان سن الشاتين مشكلا فاما إذا كان معلوما واحدهما تصلح أما للآخرى والآخرى لا تصلح أمالها وكانت علامة الصدق ظاهرة في شهود أحدهما وعلامة الكذب ظاهرة في شهادة شهود الآخر يقضى بها بما ظهر فيه علامة الصدق فاما عند الاشكال لا تظهر علامة الصدق ولا الكذب في شهادة أحدهما وكل واحد منهما فيما في يده أقام البينة على الملك المطلق وصاحبه أقام البينة على النتاج وبينة الخارج على النتاج أولى من بينة ذى اليد في الملك المطلق فلهذا قضينا لكل واحد منها بما في يد صاحبه وعن أبى يوسف رحمه الله أنه يبطل البيتان جميعا لتيقننا بكذب أحدهما فان كل واحد منهما لا يتصور أن تكون والدة لصاحبتها ومولودة منهما ولو أقام البينة أن الشاة التى في يده شاته ولدت في ملكه وان شاة صاحبه ولدتها شاته هذه في ملكه وأقام الآخر البينة على مثل ذلك يقضى لكل واحد منهما بما في يديه لان كل واحد منهما فيما في يده أقام البينة على النتاج وبينة ذى اليد على النتاج مقدمة على بينة الخارج ولو أقام أحدهما البينة أن الشاة التى في يده شاته ولدت في ملكه وان شاة صاحبه له ولدتها شاته في ملكه وأقام الآخر البينة على مثل ذلك فهذا والاول سواء يقضى لكل واحد منهما بما في يده لاثباته النتاج فيها. قال ولو كانت شاتان في يد رجل أحدهما بيضاء والآخرى سوداء فادعاهما رجل وأقام البينة أنهما له وأن هذه البيضاء ولدت هذه السوداء في ملكه وأقام ذو اليد البينة أنهما له وان هذه السوداء ولدت هذه البيضاء في ملكه فانه يقضى لكل واحد منهما بالشاة التى ذكر شهوده أنها ولدت في ملكه لانه أثبت النتاج فيها بالبينة وصاحبه أثبت فيها ملكا مطلقا والبينة على النتاج أولى من البينة على الملك المطلق سواء كان من ذى اليد الخارج. قال

[78]

وإذا كانت شاهة في يد رجل فأقام رجل البينة أنها شاته ولدت في ملكه فقضى القاضي له بها ثم جاء آخر وأقام البينة أنها شاته ولدت في ملكه وقال ذواليد للقاضي قد قضيت لي بالولادة بالبينة فان اكتفيت بذلك والا أعدتها فانه يأمره أن يعيد بينته لان القضاء بالبينة الاولى كان على خصمه خاصة فيجعل اقامتها في حق الثاني وجودا وعدما بمنزلة لان المقضي به للملك وثبوت الملك بالبينة في حق شخص لا يقتضى ثبوته في حق شخص آخر (ألا ترى) أن في الملك المطلق يصير ذو اليد مقضيا عليه دون غيره من الناس فان اعاده بينة قضى بها له تقديمًا لبينة ذي اليد على بينة الخارج في النتائج وان لم يعدها قضى بها للمدعى فان قضى بها للمدعى ثم أقام المقضي له الاول شهوده على الولادة فان القاضي يقبل بينته ويبتل قضاءه للآخر وهذا استحسان وفي القياس لا تقبل بينته لانه صار مقضيا عليه بالملك فلا تقبل بينته الا ان يدعى تلقي الملك من جهة المقضي له ووجه الاستحسان ان من يقيم البينة على النتائج يثبت أولية الملك لنفسه وان هذا العين حادث على ملكه فلا يتصور استحقاق هذا الملك على غيره فلم يصير ذو اليد به مقضيا عليه وقد تبين باقامة البينة ان القاضي أخطأ في قضاؤه وان أولية الملك لذي اليد فلهذا انقضت قضاؤه بخلاف الملك المطلق فان (قيل) القضاء ببينة الخارج مع بينة ذي اليد على النتائج مجتهد فيه فعند ابن أبي ليلى رحمه الله بينة الخارج أولى فينبغي أن لا ينقص قضاء القاضي لمصادقته موضع الاجتهاد (قلنا) انما يكون قضاؤه عن اجتهاد إذا كانت بينة ذي اليد قائمة عنده وقت القضاء فتترجح باجتهاده بينة الخارج عليها وهذه البينة ما كانت قائمة عند قضاؤه فلم يكن قضاؤه على اجتهاد بل كان لعدم ما يدفع من ذي اليد فإذا أقام حجة الدفع انتقص القضاء الاول وعلى هذا لو أقام الخارج البينة على الملك المطلق وقضى القاضي بها له ثم أقام ذو اليد البينة على النتائج يقضى بها له وينتقص القضاء الاول لما بينا. قال أمة في يد رجل أقام رجل البينة ان قاضي بلد كذا قضى له بها على هذا الرجل بشهادة شهود شهدوا عنده وأقام ذو اليد البينة أنها أمته ولدت في ملكه فهذه المسألة على ثلاثة أوجه في وجه منها يقضى القاضي بها للمدعى بالاتفاق وهو إذا شهد شهود المدعي ان قاضي بلد كذا قضى له بها مطلقا ولم يزيدوا على هذا شيئا لان من الجائر ان ذلك القاضي انما قضى له بها بشهادة شهود شهدوا عنده أنه اشتراها من ذي اليد أو وهبها له فلا تكون بينة ذي اليد على الولادة في ملكه مبطلا لذلك وكذلك القضاء بل يكون مقررا له. وكذلك ان فسر شهود القضاء بهذا التفسير فهو أكد في

[79]

تنفيذ ذلك القضاء والوجهان الآخران أن يشهد شهود المدعى ان قاضي بلد كذا قضى له بها بشهادة شهود شهدوا عنده أنها مملوكته أو بشهادة شهود شهدوا عنده أنها أمته ولدت في ملكه فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله بينة المدعي أولى في هذين الفصلين ولا ينقص القاضي الثاني قضاء الاول وعلى قول محمد رحمه الله بينة ذي اليد على الولادة في ملكه أولى فيقضى بها له * وجه قوله ان ذا اليد لو أقام هذه البينة عند القاضي الاول نقض الاول قضاؤه وقضى بها لذي اليد فكذلك إذا أقامها عند الثاني لان ثبوت قضاء الاول عند الثاني بالبينة لا يكون أقوى من مباشرته القضاء بنفسه وهذا لان الشهود لما بينوا سبب العقار إلى احتمال التملك على اليد بسبب من جهته * وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ان قضاء القاضي الاول نفذ بيقين فليس للثاني أن

يبطله مع الاحتمال كما في الفصل الاول وبيان الاحتمال هنا إذا قالوا بشهادة شهود شهدوا عنده أنها مملوكة فيحتمل أنها مملوكة اشتراها من ذى اليد ولكنهم تركوا هذه الزيادة للتلبس على القاضي بأن قالوا بشهادة شهود شهدوا عنده أنها ولدت في ملكه فيحتمل أن ذو اليد كان أقام هذه البينة عند ذلك القاضي فتترجح شهادة بينة الخارج وقضى بها له وكان ذلك قضاء نافذا لا يجوز ابطاله بعد ذلك فلهذا لا ينقض الثاني قضاء الاول مع الاحتمال ومثل هذا الاحتمال لا يوجد إذا أقام ذو اليد بينة على الولادة عند القاضي الاول وكذلك لو تنازعا فيها خارجان أقام كل واحد منهما البينة أنها أمته قضى له بها قاضى بلد كذا بشهادة شهود شهدوا عنده أنها له على هذا وأقام آخر البينة أنها أمته ولدت في ملكه فعند محمد رحمه الله يقضى بها لصاحب الولادة وعندهما يقضى بها لصاحب القضاء لان مع الاحتمال لا يجوز نقض القضاء كما بينا. قال محمد رحمه الله عبد في يد رجل فأقام آخر البينة أنه عبده ولد في ملكه ووقتوا وقتا فكان العبد أكثر من ذلك أو أصغر معروف فشاهدة الشهود باطلة ليتقن القاضي بمجارتهم فيها وهذا يبين لك أن الصواب في القضاء نصفان في قوله فان كانت الدابة على غير الوقتين أو كانت مشكلة أنه في أحد الفصلين فاما إذا كانت على غير الوقتين فالجواب بطلان الشهادتين والله أعلم بالصواب (باب الشهادة في الولادة والنسب) (قال رحمه الله عبد صغير في يد رجل يدعى أنه عبده فالقول قوله) لان من لا يعبر عن

[80]

نفسه بمنزلة المتاع وقول ذى اليد فيما في يده حجة للدفع فان ادعى آخر أنه ابنه فعليه البينة لانه يدعى نسب ملك الغير فلا يقبل قوله الا بحجة فان أقام البينة أنه ابنه قضى انه ابن له لاثباته دعواه بالحجة وجعل حرا لان في الحكم بثبوت النسب حكما بانه مخلوق من مائه وماء الحر جزء منه فيكون حراما لم يتصل برحم الامة وحين لم يسموا أمة في الشهادة لم يظهر اتصال مائه برحم الامة فبقى على الحرية فهذه موجبة البينة حرية الولد فلا يعارضها قول ذى اليد في اثبات رقه. وكذلك لو كان الذى في يده يدعى أنه ابنه فالمدعى الذى أقام البينة أولى بالقضاء بالنسب له لان البينة لا يعارضها اليد ولا قول ذى اليد. وكذلك لو كان المدعى ذميا أو عبدا يثبت النسب منه لاثباته دعواه بالحجة والعبد والذمى من أهل النسب كالحرة المسلم فان أقام ذو اليد البينة انه ابنه وأقام الخارج البينة أنه ابنه قضيت بنسبه لذى اليد لان هذا في معنى النتائج وقد بينا أن بينة ذى اليد هناك تترجح على بينة الخارج. وكذلك ان أقام كل واحد منهما البينة أنه ابنه من امرأته هذه قضى بنسبه من ذى اليد ومن امرأته وان جحدت هي ذلك لان السبب هو الفراش بينهما قائم والحكم متى ظهر عقيب سبب ظاهر يحال به على ذلك السبب وذلك الفراش بينهما يثبت النسب منهما فمن ضرورة ثبوته من أحدهما بذلك السبب ثبوته من الآخر فلا ينتفى بجحودها وكذلك لو جحد الاب وادعت الام. قال ولو كان الصبي في يد عبد وامرأته الامة وأقاما البينة أنه ابنهما وأقام آخر من العرب أو من الموالى أو من أهل الذمة أنه ابنه من امرأته هذه وهى مثله فانه يقضى بينة الخارجين لان في بينهما زيادة اثبات الحرية للولد والبيانات للآثبات فتترجح بزيادة الآثبات. قال ولو كان الصبي في يد رجل فأقام رجل البينة أنه ابنه من امرأته هذه وهما حران وأقام ذو اليد البينة انه ابنه ولم ينسبوه إلى أمه فانه يقضى به للمدعى لزيادة الآثبات في بينته وهو ثبوت النسب من أمه فصارت الزيادة في آثبات النسب كزيادة آثبات الحرية وكذلك ان كانت الام هي المدعية

فان ثبوت النسب بالفراش بينهما فيكون احدهما خصما عن الآخر في لا
اثبات ولو أقام الخارج البينة انه ابنه وشهد شهود ذى علي اقراره انه ابنه
قضى به للمدعى لان ثبوت اقرار ذى اليد بالبينة لا يكون أقوى من سماع
القاضي اقراره وذلك يندفع ببينة الخارج ثم أعاد مسألة الرجلين والمرأتين
وقد بيناه (فرع) عليه ما لم وقت كل واحد منهما وقتا قال ينظر إلى سن
الصبي فان كان مشكلا فهو وما لم يوقتا سواء يقض به لهما وان كان
مشكلا في احدهما وهو أكبر سنا من الآخر أو أصغر

[81]

معروف قضيت به للمشكل لان علامة الكذب ظهرت في شهادة الآخرين
ولم تظهر في شهادة هؤلاء لكونه محتملا للوقت الذى وقتوه قال ولو كان
الصبي في يد رجل فاقامت امرأة شاهدين انه ابنها قضيت بالنسب منها
لاثباتها الدعوى بالحجة وان كان ذو اليد يدعيه لم يقض له به لان مجرد
الدعوى لا يعارض البينة فان (قيل لا منافاة بين ثبوته منه ومنها (قلنا) نعم
ولكن لا يمكن اثبات النسب منهما الا بالقضاء بالفراش بينهما ومجرد قوله
ليس بحجة عليها في اثبات الفراش في النكاح بينهما ولو لم تقم المرأة الا
امراة واحدة شهدت انها ولدت فان كان ذو اليد يدعى انه ابنه أو عبده لم
يقض للمرأة بشي لان الاستحقاق الثابت باليد لا يبطل بشهادة المرأة
الواحدة فانها ليست بحجة في ابطال حق ثابت للغير وان كان الذى في
يده لا يدعيه فانى أقضى به للمرأة بشهادة امراة واحدة وهذا استحسان
وفى القياس لا يقضى لان اليد في اللقيط مستحق لذى اليد حتى لو أراد
غيره ان ينزعه من يده لم يملك فلا يبطل ذلك بشهادة امراة واحدة وفى
الاستحسان تمحض هذا منفعة للولد في اثبات نسبه وحرته وليس فيه
ابطال حق لذى اليد لانه لا يدعى في الولد شيئا انما يده فيه مصيالة عن
ضياعه فلهذا أثبتنا النسب منها بشهادة القابلة. قال عبد في يد رجل أقام
رجل البينة انه عبده ولد في ملكه وانه أعتقه وأقام ذو اليد البينة انه عبده
ولد في ملكه فانى أقضى به للذى أعتقه لان في هذه البينة زيادة الحرية
فلو رجحنا بينة ذى اليد جعلناه مملوكا له وكيف يجعل مملوكا وقد قامت
البينة على الحرية ولو كان المدعى دبره أو كاتبه لم يستحق بهذا شيئا أما
في الكتابة لا اشكال لانه عقد محتمل للفسخ كالبيع والاجارة فكأنه أقام
البينة على تصرفه فيه ببيع أو اجارة فلا يترجح به وأما في التدبير فقد أعاد
المسألة في آخر الكتاب وجعله كالعتق ففيه روايتان، وجه تلك الرواية أن
التدبير ثبت له حق عتق لا يحتمل الفسخ فكان معتبرا بحقيقة العتق لانه
يثبت الولاء على العبد بينته في الموضعين جميعا وإذا كان الولاء هو
المقصود والملك بيع فتترجح بينة الخارج لهذا وجه هذه الرواية أن التدبير لا
يخرجه من أن يكون مملوكا كالكتابة فكان الملك هو المقصود بالاثبات
لكونه قائما فتترجح بينة ذى اليد لاثبات الولادة في ملكه بخلاف العتق فان
الملك لا يبقى بعد العتق فيكون المقصود هناك اثبات الولاء ولو أقام
الخارج البينة انه ابنه ولد في ملكه وأقام ذو اليد البينة انه عبده ولد في
ملكه قضى به للمدعى لان في بينته اثبات الحرية فان المولود من أمته في
ملكه حر الاصل وإذا كان يترجح عنده اثبات حرية العتق

[82]

فعند اثبات حرية الاصل أولى. قال صبي في يد امرأة فاقامت شاهدة أنه ابنها وأقامت التي هو في يديها شهادة أنه ابنها قضيت به للذي هو في يديها لان الحجتين استويا في دعوى النسب فيترجح جانب ذي اليد وكذلك لو شهد لكل واحدة منهما رجلان وللتى هو في يديها امرأة قضيت به للمدعية لان شهادة المرأة الواحدة لا تقابل شهادة رجلين لان شهادة رجلين حجة تامة على الاطلاق وشهادة المرأة حجة ضرورية قال ولو كان الصبي في يد رجل وامرأة يدعيان أنه ابنهما فشهدت لهما امرأة واحدة وأقام رجل آخر شاهدين أنه ابنه من امرأته هذه قضيت به للمدعى لان شهادة المرأة الواحدة لا تقابل شهادة رجلين لان شهادة رجلين حجة تامة على الاطلاق وشهادة المرأة حجة ضرورية. قال ولو كان الصبي في يد رجل وامرأتان تدعيان أنه ابنهما فشهدت لهما امرأة واحدة وأقام رجل آخر شاهدين أنه ابنه من امرأته هذه قضيت به للمدعى لان شهادة المرأة الواحدة لا تعارض شهادة رجلين فسقط اعتباره وبقي اليد في أحد الجانبين والبينة في الجانب الآخر واليد لا تعارض البينة. قال ولو كان صبي في يد ذمي فشهد له ذميان أنه ابنه وأقام مسلم شاهدين مسلمين أنه ابنه قضيت به للمسلم لان بينة المسلم حجة على خصمه الذمي وبينة الذمي ليست بحجة على خصمه المسلم. وكذلك لو كان شهود المسلم من أهل الذمة فان كان شهود الذمي من المسلمين وشهود المسلم من أهل الذمة أو من أهل الاسلام قضيت به لذى اليد لان بينة كل واحد منهما حجة على خصمه فلما استويا ترجح ذو اليد بهذه البينة لان هذا في معنى النتاج لا يتكرر وان كان الصبي في يد ثالث مسلم أو ذمي قضيت به للمسلم لان في بيئته اثبات الزيادة وهو اسلام الولد ولان أحد البينتين يوجب كفره والاخرى توجب اسلامه فيترجح الموجب للاسلام على الموجب للكفر. قال ولو كان الصبي في يد رجل وامرأته فقال الرجل هو ابني من فلانة لامرأة غيرها وقالت المرأة هو ابني من زوج فلان وأقام كل واحد منهما البينة جعلته ابن هذين اللذين في يدهما لان سبب النسب فيما بينهما ظاهرا وهو الفراش فيحال به على هذا السبب ويثبت النسب بينهما ولان أكثر ما في الباب ان كل واحد من الحاضرين ينصب خصما عن كل واحد من الغائبين والغائبان الخارجان لو أقاما البينة بأنفسهما ترجحت بينة ذي اليد على بيئتهما فكذاك هنا. قال صبي في يد رجل فأقام مسلم البينة أنه ابنه من امرأته هذه الحرية وأقام عبد البينة أنه ابنه ولد على فراشه من هذه الامة وأقامت مكاتبة البينة أنه ابنه ولد على فراشه من هذه المكاتبة فأنى أقضى به للحر

[83]

لان البيئات استوت في اثبات النسب وفي الحر زيادة اثبات الحرية للولد فان لم يدعه الحر وانما ادعاه العبد والمكاتب فأنى أقضى به للمكاتب لان في بيئته زيادة فان ولد المكاتبة يكون مكاتبا والكتابة تفسد العتق ويثبت به للمكاتب ملك اليد والمكاتب فكان المثبت للزيادة من البينتين أولى. قال ولو ادعى نصراني ويهودى ومجوسى وأقام كل واحد منهم البينة قضيت به لليهودى والنصراني لان دين اليهودى والنصراني إذا قوبل بدين المجوسى فدين المجوسى شر منه (ألا ترى) أن ذبائح اليهود والنصارى تحل وكذلك مناكحتهم ولا تحل ذبائح المجوسى ومناكحتهم للمسلمين فكان حال اليهودى والنصراني مع المجوسى كحال المسلم مع اليهودى ولهذا قلنا ان المولود بين المجوسى والكتابى يكون بمنزلة الكتابى تحل ذبيحته وعلى قول زفر والشافعي رحمهما الله لا تترجح البينة في هذه المواضع بالدين اعتبار الدعوى النسب بدعوى الملك. ولو ادعى مسلم وكافر ملكا وأقاما

البينة أو كتابي أو مجوسي وأقاما البينة لم تترجأ أحدهما ولكننا نقول في دعوى الملكين ليس في بينة أحدهما زيادة لأن المسلم والكافر يستويان فأما في النسب في إحدى البينتين زيادة منفعة للولد فتترجأ تلك البينة لهذا. قال ولو ادعى عبد مسلم أنه ابنه ولد على فراشه من هذه الأمة وادعى حر ذمى أنه ابنه ولد على فراشه من امرأته هذه يقضى للحر الذمي لأن في بينته إثبات الحرية للولد وذلك منفعة عاجلا ولأنه إذا بلغ لا يمكنه اكتساب الحرية لنفسه ولعل الله تعالى يهديه فيسلم بنفسه وكان ترجيح جانب الحرية أولى في حقه. قال صبي في يد رجل لا يدعيه فأقامت امرأة البينة أنه ابنها ولدت له وأقام رجل البينة أنه ابنه ولد على فراشه ولم يسموا أمه جعلته ابن الرجل والمرأة لأن العمل بالبينتين ممكن فإن الولد يكون ثابت النسب من الرجل والمرأة جميعا وكذلك لو كان في يد المرأة وليس في قبول بينتها ما يدفع بينة الرجل فقضينا بالنسب منهما ومن ضرورته القضاء بالفراش بينهما وما ثبت لضرورة الشهادة فهو كالمشهود به والله أعلم بالصواب (باب دعوى الرهط في الدار) (قال رحمه الله دار في يد رجل ادعاها رجل جميعا وأقام البينة وادعى آخر نصفها وأقام البينة قال أبو حنيفة رحمه الله يقسم بين المدعين على طريق المنازعة أرباعا ثلاثة أرباعها لمدعي الجميع وربيعها لمدعي النصف. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يقسم على طريق العول والمضاربة

[84]

أثلاثا) ولهذا نظائر واضداد ومن نظائرها الموصى له بجمع المال وبنصفه عند اجازة الورثة والموصى له بعين مع الموصى له بنصف ذلك العين إذا لم يكن للميت سواه ومن اضدادها العبد المأذون المشترك إذا ادانته أحد الموليين مائة وأجنبي مائة ثم بيع بمائة فالقسمة بين المدين والأجنبي عند أبي حنيفة رحمه الله بطريق العول أثلاثا وعندهما بطريق المنازعة أرباعا وكذلك المدير إذا قتل رجلا خطأ وفقاً عين آخر وغرم المولى قيمته لهما وكذلك العبد إذا قتل رجلا عمدا وآخر خطأ وللمقتول عمدا ابنان فعفا أحدهما ثم دفع العبد بالجنايتين ومما اتفقوا على أن القسمة فيه بطريق العول التركة بين الورثة والغرماء وضائق التركة عن إيفاء حقوقهم والموصى له بالثلث والموصى له بالسدس إذا لم تجز الورثة ومما اتفقوا على أن القسمة فيه بطريق المنازعة فضولي باع عبد رجل بغير أمره وباع فضولي آخر نصفه فأجاز المولى البعين فالقسمة بين المشترين بطريق المنازعة أرباعا وأصل أبي يوسف ومحمد رحمهما الله أن قسمة العين متى وجبت بسبب حق في العين كانت السقمة على طريق العول فالتركة بين الورثة ومتى وجبت بسبب حق كان في العين كالأصل فالقسمة على طريق المنازعة كما في بيع الفضولي فإن حق كل واحد من المشترين كان في الثمن يتحول بالشراء إلى المبيع وفي مسألة الدعوى حق كل واحد من المدعين في العين فكانت القسمة على طريق العول لمعنى أن حق كل واحد منهما شائع في العين فما من جزء منه إلا وصاحب القليل مزاحم فيه صاحب الكثير بنصيبه فلهذا كانت القسمة بطريق العول والأصل عند أبي حنيفة رحمه الله أن كل واحد منهما إذا كان يدلي بسبب صحيح معلوم فالقسمة على طريق العول كالورثة في التركة وإذا كان يدلي لا بسبب صحيح ثابت فالقسمة على طريق المنازعة ومالا منازعة فيه لصاحب القليل يسلم لصاحب الكثير في بيع الفضولين فإن بيع كل واحد منهما غير صحيح قبل اجازة المالك وهذا لأن المضاربة إنما يصار إليها عند الضرورة وذلك عند قوة السبب واستواء السببين في صفة الصحة ففي مسألة

الدعوى سبب استحقاق كل واحد منهما الشهادة وهى لا توجب شيئاً قبل اتصال القضاء فلم يكن كل واحد من السببين معلوم الصحة فلهذا كانت القسمة على طريق المنازعة وما قال يطل بحق الغرماء في التركة فان قسمة العين بسبب حق كان في الذمة ومع ذلك كانت القسمة عولياً. قال فان كان المدعون ثلاثة يدعى أحدهم جميعها والآخر نصفها والآخر ثلثها وأقاموا البينة فعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله القسمة بطريق العول فتكون أصل المسألة

[85]

من ستة يضرب مدعى الكل بسهام الدار ستة ومدعى الثلثين بسهام الثلثين أربعة ومدعى النصف بثلاثة فيقسم الدار بينهم على ثلاثة عشر سهماً وعند أبى حنيفة رحمه الله القسمة بطريق المنازعة ولا منازعة لصاحب النصف والثلثين فيما زاد على الثلثين وصاحب الجميع يدعى ذلك فيسلم له بلا منازعة وما زاد على النصف إلى تمام الثلثين لا منازعة فيه لصاحب النصف فيكون بين صاحب الجميع والثلثين نصفين يبقى ستة استوت منازعتهم فيه فكان بينهم أثلاثاً فيسلم لمدعى النصف سدس الدار ولمدعى الثلثين ربع الدار ولمدعى الجميع ما بقى وذلك سبعة أسهم من اثني عشر. قال ولو كانت الدار في يد رجلين فادعى أحدهما نصفها والآخر جميعها فالبينة على مدعى الجميع لان دعوى كل واحد منهما منصرف إلى ما في يده أولاً ليكون يده محقة في حقه وهذا لان حمل أمور المسلمين على الصحة واجب فصاحب النصف لا يدعى شيئاً مما في يد صاحب الجميع وصاحب الجميع يدعى شيئاً مما في يد صاحب النصف فعليه اثباته بالبينة فان أقاما البينة فالدار كلها لصاحب الجميع لانه ان اجتمع بينة الخارج وبينة ذى اليد فيما في يد صاحب النصف فبينة الخارج أولى بالقبول. قال ولو كانت الدار في يد ثلاثة نفر فادعى أحدهم جميعها والآخر ثلثيها والآخر نصفها وأقاموا البينة واستحلف كل واحد منهم ونكل فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله القسمة على طريق المنازعة بينهم فتكون من أربعة وعشرين سهماً لان في يد كل واحد منهم ثلث الدار ودعوى كل واحد منهم ينصرف إلى ما في يده ثم فيما فضل في ذلك إلى ما في يد صاحبه لانه ليس أحدهما بأولى به من الآخر ولا بينة لكل واحد منهم فيما في يده فأما الثلث الذى في يد صاحب النصف لا بينة له في ذلك وصاحب الجميع يدعى الجميع وصاحب النصف يدعى الثلثين لانه يدعى الثلثين ثلث في يده وثلث في يد صاحبه فيكون دعواه فيما في يد كل واحد منهما نصف الثلث فيسلم نصف هذا الثلث لصاحب الجميع بلا منازعة والنصف الآخر بينهما نصفان لاستواء منازعتهم فيه فصار هذا الثلث على أربعة والثلث الذى في يد صاحب الثلثين صاحب الجميع يدعى جميعه وصاحب النصف يدعى ربه لانه يدعى النصف والثلث في يده فانما بقى الثلث في يد صاحبه فكان دعواه في يد كل واحد منهما نصف السدس وذلك ربع ما في يديه فثلاثة ارباع ما في يده سالم لصاحب الجميع واستوت منازعتهم في الربع فكان بينهما نصفين وما في يد صاحب الجميع يدعى صاحب الثلثين نصفه وصاحب النصف ربه وفى المال سعة فيأخذ كل واحد منهما

[86]

بقدر ما ادعاه فان جعلت سهام الدار على أربعة وعشرين كان في يد كل واحد منهم ثمانية والسالم لصاحب الجميع مما في يد صاحب النصف ستة ثلاثة ارباع ما في يده وله مما في يد صاحب الثلثين سبعة ويبقى له مما كان في يده سهمان فجملة ما سلم له خمسة عشر وصاحب الثلثين أخذ مما في يد صاحب الجميع أربعة ومما يد صاحب النصف سهمين وذلك ستة فهو له وصاحب النصف أخذ مما في يد صاحب الجميع سهمين ومما في يد صاحب الثلثين سهمًا فإذا جمعت بين هذه السهام كانت أربعة وعشرين وعندهما القسمة على طريق العول فصاحب الجميع يضرب فيما في يد صاحب النصف بالجميع وصاحب الثلثين بالنصف فصار هذا الثلث أثلاثا وصاحب الجميع فيما في يد صاحب الثلثين بالجميع وصاحب النصف بالربع فصار هذا الثلث أخماسا وصاحب النصف يأخذ مما في يد صاحب الجميع الربع وصاحب الثلثين يأخذ النصف فصار هذا الثلث ارباعا فقد وقع الكسر بالأثلاث والارباع والأخماس فاضرب خمسة في ثلاثة فيكون خمسة عشر ثم في أربعة فيكون ستين فصار كل ثلث من الدار على ستين سهمًا فيكون جميعها مائة وثمانين فما في يد صاحب النصف وذلك ستون سهمًا لصاحب الجميع ثلثاه أربعون وصاحب الثلثين عشرون وما في يد صاحب الثلثين لصاحب النصف خمسة وذلك اثنا عشر ولصاحب الثلث أربعة أخماسه ثمانية وأربعون ويأخذ صاحب النصف مما في يد صاحب الجميع ربعه خمسة عشر وصاحب الثلثين النصف ثلاثين فيبقى في يد صاحب الجميع خمسة عشر وقد وصل إليه من يد الآخرين ثمانية وثمانون وذلك مائة وثلاثة أسهم فذلك نصيبه وصاحب الثلاثين أخذ من يد صاحب الجميع ثلاثين ومن يد صاحب النصف عشرين وذلك خمسون وصاحب النصف أخذ من يد صاحب الثلثين اثني عشر ومن يد صاحب الجميع خمسة عشر فيكون سبعة وعشرون فإذا جمعت بين هذه السهام كانت مائة وثمانين مثل سهام الدار فاستقام. قال دار في يد رجل منها منزل وفي يد آخر منها منزل فادعى أحدهما الدار بينهما نصفين وقال الآخر هي كلها لي وأقاما البينة فلمدعى الكل المنزل الذي في يده ونصف المنزل الذي في يد الآخر لان دعوى الآخر في نصف شائع فأنما يدعى هو نصف ما في يده ولا دعوى له في النصف الآخر ومدعى الجميع يدعى ذلك لنفسه فيأخذه لانه لا منازع له ومدعى النصف يدعى نصف المنزل الذي في يد مدعى الجميع وهو ينازعه في ذلك فلا يستحقه الا بحجة. قال ولو كانت الدار كلها في أيديهما ولم يعرف شئ منها في يد واحد منهما فهي بينهما نصفان لان

[87]

مدعى النصف تنصرف دعواه الا ما في يده فلا يستحق الآخر عليه شئاً من ذلك الا بحجة وان كان سفلها في يد رجل وعلوها في يد آخر وطريق العلو في الساحة فادعى كل واحد منهما أن الدار له فالدار لصاحب السفل الا العلو وطريقه فانه لصاحب العلو لان العلو في يد صاحب العلو وكذلك طريقه في السفل فانه مستعمل له بالتطرق فيه إلى علوه فأما السفل والساحة ففي يد صاحب السفل لان هو المستعمل للساحة بوضع أمتعته وصب وضوئه وكسر حطبه فيه فالقول فيه قوله وان أقاما البينة فلكل واحد منهما ما في يد صاحبه ترجيحاً لبينة الخارج على بينة ذي اليد في دعوى الملك. قال ولو كانت الدار في يد ثلاثة فادعى أحدهم النصف والآخر الثلث والثالث السدس وجد بعضهم دعوى البعض فان في يد كل واحد منهم الثلث فالثلث الذي في يد مدعى السدس له نصفه لانه لا يدعى أكثر من ذلك والصنف الآخر موقوف عنده فان قامت البينة لصاحب النصف أخذ

من يد كل واحد من صاحبيه نصف سدس الدار لانه يدعى النصف وفي يده الثلث فما زاد عليه إلى تمام النصف وهو السدس يدعيه وفي يد صاحبيه إذ ليس أحدهما يصرف دعواه إلى ما في يده بأولى من الآخر فإذا أثبت ذلك بالبينة أخذ من يد كل واحد منهما نصف السدس ولا يقال أن نصف ما في يمدعى السدس هو لا يدعيه فينبغي أن ينصرف دعوى مدعى النصف إليه حتى يأخذ كل ذلك السدس من غير إقامة البينة عليه لوجهين أحدهما أنه يدعى بعض ذلك في يد صاحب الثلث فكيف يأخذه من يد مدعى السدس وهو انما يدعيه في يد غيره والثاني أن باعتبار دعواه شيئاً مما في يد صاحب الثلث كان صاحب الثلث منازعاً له في هذا السدس الذي في يد صاحب السدس وهو لا يدعيه ومع تمكن المنازعة لا يتمكن من أخذه إلا بحجة والله أعلم بالصواب (باب دعوى الحائط والطريق) (قال رحمه وإذا كان الحائط بين دارين فادعاه صاحب كل واحد من الدارين فإن كان لأحدهما عليه جذوع وليس للآخر عليه جذوع فهو لصاحب الجذوع عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يستحق بوضع الجذوع ترجيحاً على صاحبه) لأن وضع الجذوع محتمل قد يكون عن ملك وقد يكون عن استعارة وقد يكون عن غصب والمحتمل لا يكون حجة ولنا أن واضع الجذوع مستعمل للحائط بوضع حمله عليه والاستعمال يد وعند تعارض

[88]

الدعوتين القول قول صاحب اليد كما لو تنازعا في دابة لأحدهما عليها حمل كان هو أولى بها ولأن الظاهر شاهد له ولأن وضعه الجذوع دليل على أنه بنى الحائط لحاجته إذا وضع حمله عليه ومثل هذه العلامة تثبت الترجيح كما إذا اختلف الزوجان في متاع البيت يجعل ما يصلح للرجل للرجل وما يصلح للنساء للمرأة وإن كان لأحدهما عليه هو أدي أو بواري لا يستحق به شيئاً لأن هذا ليس بجهل مقصود بنى الحائط لأجله فلا يثبت به الترجيح كما لو تنازعا في دابة ولا أحدهما عليه مخلاة علقها لا يستحق به الترجيح بخلاف الجذوع فإنه حمل مقصود ببنى الحائط لأجله فيثبت له اليد باعتباره وكذلك إن كان لأحدهما عليه جذوع أو اتصال وللآخر بواري فهو لصاحب الجذوع والاتصال وإن كان لأحدهما عليه جذوع وللآخر اتصال فصاحب الجذوع أولى ومراده من هذا مداخله انصاف اللين بعضها في بعض إذا كان من أحد الجانبين هذا النوع من الاتصال ببناء أحدهما لأن وضع الجذوع استعمال للحائط والاتصال مجاورة واليد تثبت بالاستعمال دون المجاورة فكان صاحب الجذوع أولى كما لو تنازعا في دابة وأحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب أولى وذكر الطحاوي رحمه الله أن صاحب الاتصال أولى لأن الكل صار في حكم حائط واحد فهذا النوع من الاتصال في بعضه متفق عليه لأحدهما فيرد المختلف فيه إلى المتفق عليه ولأن الظاهر أنه هو الذي بناه مع حائطه فمداخله انصاف للين لا يتصور إلا عند بناء لحائطين معا فكان هو أولى. قال في الكتاب إلا أن يكون اتصال تربيع بيت أو دار فيكون لصاحب الاتصال حينئذ وكان الكرخي رحمه الله يقول صفة هذا الاتصال أن يكون هذا الحائط المتنازع من الجانبين جميعاً متصلًا بحائطين لأحدهما والحائطان متصلان بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع حتى يصير مربعا شبه القبة فحينئذ يكون الكل في حكم شيء واحد فصاحب الاتصال أولى والمروى عن أبي يوسف رحمه الله أن المعتبر اتصال جانبي الحائط المتنازع بحائطين لأحدهما فأما اتصال الحائطين بحائط أخرى غير معتبر وعليه أكثر مشايخنا رحمهم الله لأن الترجيح انما يقع له يكون ملكه محيطاً بالحائط المتنازع من الجانبين وذلك يتم بالاتصال بجانبى الحائط المتنازع

ولصاحب الجدوع موضع جدوعه لان استحقاق صاحب الاتصال بالظاهر وهو حجة لدفع الاستحقاق لا للاستحقاق على الغير فلا يستحق به على صاحب الجدوع رفع جدوعه فان (قيل) لما قضى بالحائط لصاحب الاتصال فينبغي أن يأمر الآخر برفع الجذع لانه حمل موضوع

[89]

له في ملك الغير بغير سبب ظاهر لاستحقاقه كما لو تنازعا في دابة ولاحدهما عليها حمل وللآخر مخلاة يقضى لصاحب الحمل ويؤمر الآخر برفع المخلاة قلنا لان وضع المخلاة على دابة الغير لا يكون مستحقا له في الاصل بسبب فكان من ضرورة القضاء بالدابة لصاحب الحمل أمر الآخر برفع المخلاة فأما هنا فقد يثبت له حق وضع الجدوع على حائط لغيره بأن كان ذلك مشروطا في أصل القسمة فليس من ضرورة الحكم لصاحب الاتصال استحقاق رفع الجدوع على الآخر وهذا بخلاف ما لو أقام أحدهما البينة وقضى له به يؤمر الآخر برفع جدوعه لان البينة حجة للاستحقاق فيستحق صاحبها رفع جدوعه عن ملكه وان لم يكن متصلا ببناء أحدهما ولم يكن عليه جدوع فهو بينهما نصفان لاستوائهما فيه في اليد حكما فانه بكونه بين داربهما يثبت لكل واحد منهما عليه اليد حكما وان كان لاحدهما عليه عشر خشبات وللآخر عليه خشبة واحدة فلكل واحد منهما ما تحت خشبته ولا يكون بينهما نصفان استحسان ذلك في الخشبة والخشبتين وهكذا ذكر في كتاب الصلح. وقال في كتاب الاقرار الحائط كله لصاحب عشر خشبات الا موضع الخشبة فانه لصاحبها وروى بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهم الله ان الحائط بينهما نصفان وهو قول أبي يوسف رحمه الله وهو القياس ووجهه ان الاستعمال بموضع الخشبة يثبت يد صاحبها عليه فصاحب القليل فيه يستوى بصاحب الكثير كما لو تنازعا في ثوب عامته في يد احدهما فطرف منه في يد الآخر كان بينهما نصفين ووجه رواية كتاب الاقرار لصاحب العشر خشبات عليه حمل مقصود بينى الحائط لاجله وليس لصاحب الخشبة الواحدة مثل ذلك ولان الحائط لا يبنى لاجل خشبة واحدة عادة وانما ينصب لاجلها اسطوانة فكان صاحب العشر خشبات أولى به كما في الدابة إذا كان لاحدهما عليها حمل مقصود وللآخر مخلاة يقضى بها لصاحب الحمل الا أنه لا يرفع خشبة الآخر لان استحقاق صاحب الخشبات باعتبار الظاهر يستحق به رفع الخشبة على الآخر وأما وجه رواية كتاب الدعوى ان الاستحقاق باعتبار وضع الخشبة فيثبت لكل واحد منهما الملك فيما تحت خشبته لوجود سبب الاستحقاق به في ذلك الموضع فأما ما بين الخشبات لم يذكر في الكتاب انه يقضى به لايهما لان من أصحابنا رحمهم الله من قال يقضى بالكل بينهما على احدى عشر سهما عشرة لصاحب الخشبات وسهم لصاحب الخشبة الواحدة اعتبار لما بين الخشبات بما هو تحت كل خشبة من الحائط وأكبرهم على انه يقضى به لصاحب العشر

[90]

خشبات لان استحقاق الآخر بالخشبة لا بعلامة يستدل بها على انه هو الذى بنى الحائط أو للآخر عليه علامة يستدل بها على انه هو الذى بنى الحائط

فان الحائط يبنى لوضع عشر خشبات لا لوضع خشبة واحدة فلهذا كان الكل لصاحب الخشبات الا موضع الخشبة الواحدة لضرورة استعمال صاحبها والثابت بالضرورة لا يعدو مواضعها وان كان لاحدهما عليه عشر خشبات وللآخر ثلاث خشبات فصاعدا قضى به بينهما نصفان اعتبارا لادنى الجمع بأقصاه وهذا لان لكل واحد منهما عليه حمل مقصود يبنى الحائط لاجله فلا يعتبر التفاوت بعد ذلك في القلة والكثرة كما لو تناعا في دابة ولاحدهما عليه خمسون منا وللآخر مائة من كانت بينهما نصفين وان كان لاحدهما عليه خشب وللآخر عليه حائط سترة فالحائط الاسفل لصاحب الخشب لكونه مستعملا له بوضع حمل مقصود عليه ولصاحب السترة السترة على حالها لان بالظاهر لا يستحق رفعه سترة الآخر بمنزلة سفلى لاحدهما وعليه علو الآخر وان كان لاحدهما عليه سترة وليس للآخر عليه شئ يقضى به لصاحب السترة لان الحائط قد يبنى لاجل السترة فكانت هذه علامة لاستحقاق صاحبها وهذا بخلاف الهواذى فان الحائط لا يبنى لاجله فلا يستحق صاحبه به الترجيح. قال وإذا كان حص بين دارين يدعيه كل واحد من صاحبي الدارين والقمط إلى أحدهما قضى به بينهما نصفان في قول أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يقضى لمن عليه القمط واستدل بحديث دهم بن قران ان رجلين اختصما في حص فبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم حذيفة بن اليمان رضى الله عنه ليقتضى بينهما فقضى بالحص لمن إليه القمط ثم أخبر بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستصوبه وأبو حنيفة رحمه الله احتج فقال نفس القمط متنازع فيه فلا يجوز أن يجعل ذلك دليل الملك لاحدهما وهو المتنازع فيه بعينه ولان الانسان قد يتخذ حصا ويجعل القمط إلى جانب جاره ليكون جانبه مستويا فيطمينه ويحصمه وتأويل الحديث ان صاحب القمط أقام البينة حين تحاكما فقضى له حذيفة رضى الله عنه بالبينة وذكر القمط علي سبيل التعريف كما يقال قضى لصاحب العمامة والطيلسان وكذلك لو اختلفا في حائط ووجهه إلى أحدهما وظهره إلى الآخر فهو بينهما عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يقضى لمن كان إليه ظهر البناء وانصاف اللين لان العادة ان الانسان يجعل ظهر البناء إلى جانب نفسه ليكون مستويا وأبو حنيفة رحمه الله يقول هذه العادة مشتركة قد يجعلها إلى جانب جاره وقد يجعلها إلى الطريق فلا يكون ذلك دليل انعدام ملكه في الحائط

[91]

وكذلك ان كانت الطاقات إلى أحدهما فالحاصل ان ظهر البناء كله متنازع فلا يمكن جعله دليلا للحكم به لاحدهما. قال وإذا كان سفلى الحائط لرجل وعلوه لآخر فأراد صاحب السفلى أن يهدم السفلى فليس له ذلك لان السفلى فيه حق لصاحب العلو من حيث قرار بنائه عليه فلا يكون له أن يبطل حق الغير عن ملك نفسه وكذلك عند أبى حنيفة رحمه الله ليس له أن يفتح فيه بابا ولا كوة ولا يدخل فيه جذعا لم يكن قبل ذلك الا برضاء صاحب العلو وعلي قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله له أن يفتح ذلك إذا كان لا يضر بصاحب العلو فان كان شئ من ذلك يضر به لم يكن له أن يفعله وكذلك لم يحفر في سفله بئرا وكذلك لو أراد صاحب العلو أن يحدث علي علوه بناء أو يضع عليه جذوعا أو يشرع فيه كنيفا لم يكن له ذلك في قول أبى حنيفة رحمه الله أضر بالسفلى أو لم يضر وعندهما ان أضر بالسفلى منع من ذلك أو لم يضر بالسفلى لم يمنع * حجتهم ان كل واحد منهما انما يتصرف في خالص حقه فلا يمنع من ذلك الا أن يلحق الضرر بمن له فيه حق كالموصى له بالخدمة على الموصى له بالرقبة فانه لا يمنع الموصى له بالرقبة من

التصرف في ملكه الا ما يضر بالموصى له بالخدمة وأبو حنيفة رحمه الله يقول لصاحب العلو حق بناء قدر معلوم على بناء السفلى وإذا أراد أن يزيد على ذلك منع منه كما لو استأجر دابة ليحمل عليها حملا معلوما فليس له أن يحمل أكثر من ذلك وإن لم يضر بالدابة وكذلك صاحب العلو له حق في بناء السفلى من حيث قرار علوه عليه وفتح الباب والكوة يوهن البناء وكذلك حفر البئر في ساحة السفلى يوهن البناء فلا يكون له أن يفعل ذلك الا برضا صاحب العلو (ألا ترى) أن كل واحد منهما يمنع من التصرف الذي يضر بصاحبه فلو كان الملك لكل واحد منهما خالصا لم يمنع أحدهما من التصرف وإن أدى إلى الاضرار بصاحبه كالجارين. قال وإذا كان الحائط بين رجلين فأقام رجل البينة على أحدهما أنه أقر أن الحائط له قضيت له بحصته من الحائط لأن ثبوت اقراره بالبينة كثبوت بالمعينة واقرار أحد الشريكين في نصيب نفسه صحيح لأن الاضرار فيه على الشريك فلا فرق في حقه بين أن يشاركه في الحائط المقر أو المقر له فإن كان الحائط في يد رجل وله جذوع شاخصة فيه على دار رجل آخر فأراد أن يجعل الدار فكما لا يكون لغيره أن يحدث في ساحة داره عليه كنيفا فلصاحب الدار أن يمنعه من ذلك لأن هواء الدار حق لصاحبها كساحة بناءه بغير رضاه فكذلك لا يكون له أحداث البناء في هواء داره بغير رضاه والجذوع الشاخصة نوع ظاهر يدفع به الاستحقاق فلا يستحق

[92]

به شيئا وليس لصاحب الدار أن يقطع الجذوع لأنها وجدت كذلك ويحتمل أن تكون حجة لذلك إلا أن تكون نفس الجذوع بحق مستحق لصاحبها فلا يكون لصاحب الدار أن يقطعها إلا بحجة والظاهر لا يصلح حجة كذلك إلا أن تكون جذوعا لا يحمل على مثلها شيئا إنما هو أطراف جذوع خارجة في داره فحينئذ يكون له أن يقطعها لأن عين الجذوع غير مقصوده بعينها إنما المقصود هو البناء عليها فما لا يبنى على مثله لا يجوز أن يكون مستحقا له في ملك الغير فكان لصاحب الدار أن يقطعها وما يبنى عليه يجوز أن يكون مستحقا له بسبب فلا يكون له قطعها ما لم يتبين أنه أحدث نصبها غصبا. قال وإذا كان السفلى لرجل والعلو لآخر فأنهدم لم يجبر صاحب السفلى على بناء السفلى لأنه ملكه ولا يجبر صاحب الملك على بناء ملكه فله حق التدبير في ملك نفسه كانشاء بيع أو بناء بخلاف ما إذا كان صاحب السفلى هو الذي هدمه لأنه صار متعديا بالهدم لما لصاحب العلو في بناء السفلى من حق قرار العلو عليه فيجبر على بنائه بحقه كالراهن إذا قبل المرهون أو المولى قبل عبده المديون فاما عند الانهدام لم يوجد من صاحب السفلى فعل هو عدوان ولكن لصاحب العلو أن يبنى السفلى ثم يبنى عليه العلو لأنه لا يتوصل إلى بناء ملكه إلا ببناء السفلى فكان له أن يتطرق ببناء السفلى ليتوصل إلى حقه ثم يمنع صاحب السفلى من أن يسكن سفله حتى يرد على صاحبه العلو قيمة البناء لأنه مضطر إلى بناء السفلى ليتوصل إلى منفعة ملكه فلا يكون متبرعا فيه والبناء ملك الثاني فكان له أن يمنعه من الانتفاع بالبناء حتى يملكه عليه بأداء القيمة وذكر الخصاف رحمه الله أنه إنما يرجع على صاحب السفلى بما أنفق في بناء السفلى ووجهه أنه مأذون في هذا الانفاق شرعا فيكون كالمأمور به من صاحب السفلى لأن للشرع عليه ولاية * ووجه هذه الرواية أن البناء ملكه فيتملكه عليه صاحب السفلى بقيمته كثوب الغير إذا انصبغ بصيغ غيره فأراد صاحب الثوب أن يأخذ ثوبه يعطى صاحب الثوب ما زاد الصيغ في الثوب لأن الصيغ ملك صاحب الصيغ في ثوبه وذكر في الامالى عن أبي يوسف رحمه الله أن السفلى كالمرهون في

يد صاحب العلو ومراده من ذلك منع صاحب السفل من الانتفاع بسفله بمنزلة الرهن. قال ولو كان بيت بين رجلين أو دار فانهدمت لم يكن لأحدهما أن يجبر صاحبه على البناء لأن تمييز نصيب أحدهما من نصيب الآخر بقسمة الساحة ممكن فإن بناها أحدهما لم يرجع على شريكه بشئ لأنه غير مضطر في هذا البناء فانه يتمكن من مطالبة صاحبه بالقسمة لينى في نصيب نفسه

[93]

بخلاف العلو والسفل وكذلك الحائط ان لم يكن عليه جذوع لان أس الحائط محتمل للقسمة بينهما الا أن يكون بحيث لا يحتمل القسمة نحو الحائط المبنى بالخشبة فحينئذ يجبر أحدهما على بنائه وإذا بناه أحدهما مع صاحبه من الانتفاع به حتى يرد عليه قيمة نصيبه كالعبد المشترك إذا كان عاجزا عن الكسب وامتنع أوحد الشريكين من الانفاق عليه كان لصاحبه أن يجبره على ذلك وان كان على الحائط جذوع لهما فلا حجة أن يجبر صاحبه على المساعدة معه في بنائه وان لم يساعده على ذلك بناه بنفسه ثم يمنع صاحبه من وضع جذوعه عليه حتى يرد عليه قيمة حصته من البناء لان لكل واحد منهما حق في نصيب صاحبه من حيث وضع الجذوع عليه وذلك يبطل بقسمة أس الحائط بينهما فان كان الجذوع على الحائط لأحدهما دون الآخر فلصاحب الجذوع أن يبين الحائط ولا يشاجر صاحبه على المطالبة بقسمة الحائط لان له حق وضع الجذوع على نصيب صاحبه فان كان هو الذى يطالب بالقسمة فليس له أن يمتنع من ذلك لان ترك القسمة كان لحقه وقد رضي هو بسقوط حقه وصار هو في حق الآخر كانه ليس لواحد منهما عليه جذوع وكذلك الحمام المشترك إذا انهدم فهو بمنزلة الدار لان قسمة الساحة ممكن فإذا بناه أحدهما لم يرجع على صاحبه بشئ. قال وإذا كان لرجل باب من داره في دار رجل فاراد أن يمر في داره من ذلك الباب فمنعه صاحب الدار فصاحب الباب هو المدعى للطريق في دار الغير فعليه اثباته بالبينة ورب الدار هو المنكر فالقول قوله مع يمينه ويفتح الباب لا يستحق شيئا لان فتح الباب رفع جزء من الحائط ولورفع جميع حائطه لا يستحق به في ملك الغير شيئا فكذلك إذا فتح بابا وقد يكون فتح الباب لدخول الضوء والريح وقد يكون للاستئناس بالجار والتحدث معه فلا يكون ذلك دليلا على طريق له في الدار فان أقام البينة انه كان يمر في هذه الدار من هذا الباب لم يستحق بهذه الشهادة شيئا لانهم شهدوا بيد كانت له في هذا الطريق فيما مضى وبهذه الشهادة لا يستحق المدعى شيئا (ألا ترى) أنا لولو عايناه مر فيه مرة لم يستحق به شيئا الا أن يشهدوا ان له فيها طريقا ثابتا فحينئذ الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم والطريق يجوز أن يكون مستحقا له في دار الخار في أصل القسمة أو أوصى له به فتقبل البينة على اثباته وان لم يجدوا الطريق ولم يسموا ذرع العرض والطول بعد أن يقولوا ان له طريقا في هذه الدار من هذا الباب إلى باب الدار فالشهادة مقبولة ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول تأويله إذا شهدوا على اقرار الخصم بذلك فالجهالة لا تمنع صحة الاقرار فأما إذا

[94]

شهدوا على الثبات لا تقبل شهادتهم لجهالة في المشهود به والا صح انها تكون مقبولة لان الجهالة انما تمنع قبول الشهادة إذا تعذر علي القاضي القضاء بها وهنا لا يتعذر فان عرض الباب يجعل حكما فيكون عرض الطريق له بذلك القدر وطوله إلى باب الدار. قال في بعض النسخ فان لم يحدوا الطريق فذلك أحور للشهادة وفي بعضها قال وان سموا الطول والعرض فذلك أحور للشهادة وهذا ظاهر لان الجهالة ترتفع به وأما اللفظ الاول فوجهه انه لا حاجة إلى التحديد للعمل بالشهادة وربما يمتنع بذكرها العمل بها فان من العلماء من يقدر الطريق بسبعة أذرع لحديث روى فيه فلو بين الشهود عرض الطريق ربما يذكرون أقل من ذلك أو أكثر والقاضي يذهب إلى ذلك المذهب فيرد شهادتهم وإذا أطلقوا عمل القاضي بشهادتهم فكان ترك التحديد أنفذ للشهادة ومعنى قوله أحور أي نفذ وكذلك لو قالوا مات أبوه وترك هذا الطريق ميراثا لانهم بينوا سبب ملكه وذلك لا يقدح في شهادتهم. قال ولو كان لرجل ميزاب في دار رجل فأراد أن يسيل فيه الماء فمنعه رب الدار فليس له أن يسيل فيه الماء حتى يقيم البينة ان له في هذه الدار مسيلا لان الميزاب مركب في ملكه كالباب فلا يستحق به حقا في دار الغير الا بحجة فان أقام البينة انهم قد رأوه يسيل فيه الماء لم يستحق بهذه الشهادة شيئا لما بينا انهم شهدوا بيد كانت له فيما مضى وقد ذكر في كتاب الشرب أنهما لو تنازعا في نهر واحدها يسيل فيه ماءه فالقول قوله لان يده قائمة في النهر باستعماله بتسييل الماء فيه فأما هنا ليس له يد قائمة في الدار بتسييل الماء في الميزاب في وقت سابق وبعض مشايخنا من المتأخر رحمهم الله قالوا إذا كان مسيل الماء إلى جانب الميزاب ويعلم انه قديم لم يحدث صاحب السطح فانه يستحق تسييل الماء فيه من غير بينة لان الظاهر شاهد له فان الانسان لا يجعل سطحه إلى جانب ميزاب الا بعد أن يكون له حق تسييل الماء فيه بعمله أما إذا امتنع من تسييل الماء فيه يتعذر عليه تغييره إلى جانب آخر فان شهد الشهود ان له مسيل ماء فيها من هذا الميزاب قبلت الشهادة لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم في حقه فان شهدوا أنه لماء المطر فهو لماء المطر وان شهدوا انه لصب الوضوء فيه فهو لذلك لانهم بينوا صفة ما شهدوا به من الحق وان لم يفسروا شيئا من ذلك فالقول قول رب الدار في ذلك مع يمينه لان أصل الحق ثابت بالشهادة ولا يثبت صفته فالقول قول صاحب الدار لان ضرر ذلك يختلف في حقه فان المسيل لماء المطر يكون ضرورة في وقت خاص ولصب الوضوء فيه يكون الضرر في كل وقت فيكون

[95]

القول في البيان قول صاحب الدار وعليه اليمين على جحوده دعوى صاحبه اعتبارا للصفة بالأصل وان كانت الدار التي ادعى الطريق أو المسيل فيها بين الورثة فاقدر بعضهم بالطريق والمسيل وجحد ذلك البعض لم يكن للمدعى أن يمر فيه ولا يسيل ماءه بقول بعضهم لانه لا يتوصل إلى الانتفاع الا بنصيب الجاحدين واقرار المقر ليس بحجة في حقهم فلا يتمكن من التطرق أو بسيل الماء في نصيب المقر خاصة لانه غير متميز عن نصيب شركائه وهذا بخلاف الاقرار بالملك فان اقرار أحد الشركاء في نصيبه يجعل المقر أحق بنصيب المقر من حيث التصرف فيه والانتفاع به لتمكنه من ذلك في نصيب المقر على أن يكون قائما مقامه وقد ذكر في موضع آخر فان وقع ذلك الموضع في نصيب المقر تطرق فيه المقر له ويسيل ماءه وان وقع في نصيب غيره يضرب المقر له بالطريق أو المسيل في نصيب المقر بقدر ذلك ويضرب المقر بحصته سوي الطريق والمسيل

فيكون بينهما علي ذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ان كانت الورثة ثلاثة ضرب المقر بثلاث المسيل وانما أراد به إذا أقر له بملك الطريق أو المسيل وأصله فيما ذكر في كتاب الاقرار دار مشتركة بين اثنين أقر أحدهما بيت بعينه لانسان وسنذكر ذلك في موضعه في كتاب الاقرار ان شاء الله تعالى. قال وإذا كان مسيل الماء في قناة فاراد أن يجعله ميزابا لم يكن له ذلك الا برضاء أصل أهل الدار الذين عليهم المسيل وكذلك لو كان ميزابا فأراد أن يجعله قناة لم يكن له ذلك الا برضاءهم لان في القناة الماء لا يفيض على وجه الارض ولكنه مغور يسيل الماء في بطنه وفي الميزاب يسيل الماء على وجه الارض فإذا أراد أن يجعل القناة ميزابا ففيه زيادة ضرر على أهل الدار بأن يفيض الماء في ساحة الدار وإذا أراد أن يجعل الميزاب قناة يحتاج الي حفر ساحة الدار وفيه ضرر على صاحب الدار وانما يثبت له من الحق قدرا معلوما فلا يكون له أن يلحق الضرر بهم في الزيادة الا برضاءهم وقيل هذا إذا لم يكن ذلك الموضع مملوكا له وانما له حق تسيل الماء فيه فأما إذا كان الموضع مملوكا له فله أن يجعل القناة ميزابا والميزان قناة لانه يتصرف في خالص ملكه فلا يمنعه منه ضرر يلحق جاره. قال أرايت لو جعل ميزابا أطول من ميزابه أو أعرض كان له ذلك لانه ان جعله أطول كان انصباب الماء فيه من غير الموضع الذي كان حقه فيه وان جعله أعرض ينصب الماء فيه أكثر مما هو حقه ولو أراد أن يسيل فيه ماء سطح آخر لم يكن له ذلك لانه لم يكن لذلك السطح حق

[96]

تسيل الماء في هذا الدار وفيه زيادة ضرر على صاحب الدار وكذلك لو أراد أن ينقل الميزاب عن موضعه لانه ينصب الماء فيه في غير الموضع الذي هو حقه وكذلك لو أراد أن يرفعه أو يسفله ففي كل ذلك نوع ضرر علي صاحب الدار سوى ما كان مستحقا لصاحب الميزاب فلا يملكه الا برضاءه. قال ولو أراد أهل الدار أن يبنوا حائطا ليسد مسيله لم يكن لهم ذلك لانهم قصدوا منع حق مستحق للغير في دارهم وان أرادوا أن يبنوا بناء يسيل ميزابه على سطحه كان لهم ذلك لانه لا ضرر فيه على صاحب الميزاب إذا لا فرق في حقه بين أن ينصب ماء المطر في ساحة الدار أو على ظهر بيت يبنونه في ذلك الموضع وليس لهم أن يبنوا في ساحة الدار ما يمنع صاحب الطريق من التطرق فيه ولكنهم إذا أرادوا أن يبنوا الساحة ينبغي لهم أن يتركوا من الساحة بقدر الطريق ويثبتون ما سوى ذلك لانه لا حق له الا في موضع الطريق فان وقعت المنازعة بينهم في عرض ما يتركون له من الطريق جعلوه قدر عرض باب الدار لان ذلك متفق عليه فيرد عليهم المختلف فيه ولانه لا منفعة لصاحب الطريق في الزيادة على ذلك فانه لا يحتمل مع نفسه في الطريق الا ما يتمكن من ادخاله في باب الدار ويتمكن لذلك في طريق عرضه مثل عرض باب الدار والله أعلم (باب الدعوى في شئ واحد من وجهين) (قال رحمه الله دار في يد رجل ادعى رجل أن أباه مات وتركها ميراثا له منذ سنة جاء بشاهدين فشهدا أنه اشتراها من ذي اليد منذ سنتين لم تقبل هذه البينة لان شرط قبول البينة تقديم الدعوى فان حقوق العباد انما يجب بقاؤها عند طلب صاحب الحق أو من يقوم مقامه وما شهد به شهوده لم يتقدم الدعوى به منه ولا يتمكن من أن يدعيه لان دعواه الاول يناقض دعواه الثاني فان بما ورثه عن أبيه منذ سنة لا يتصور أن يكون مشتريا له من ذي اليد منذ سنتين والتناقض يعدم ميراثا قد أكذب شهوده على الشراء فلهذا لا تقبل شهادتهم له وكذلك لو شهدوا

بهبة أو صدقة له من ذي اليد منذ سنتين ولو كان المدعى ادعى أن ذي اليد تصدق بها عليه منذ سنة وشهد الشهود على الشراء منذ سنتين لم تقبل أيضا لأن بعد دعواه الأولى لا يمكنه دعوى الشراء منذ سنتين فلا نعدام الدعوى أولا كذلك شهوده تمنع العمل بشهادتهم وكذلك لو ادعى الشراء أولا منذ سنة ثم أقام البينة على الصدقة منذ سنتين

[97]

ولو ادعى الصدقة منذ سنة ثم أقام البينة على الشراء منذ شهر لم تقبل إلا أن يوفق فيقول جحدي الصدقة فاشتريتها منه فحينئذ يقضى بها له لأن من حيث الظاهر الشهادة مخالفة للدعوى إلا أن التوفيق ممكن فقد يحدد المتصدق الصدقة فيشترها منه المتصدق عليه بعد ذلك فتقبل البينة عند التوفيق كما لو ادعى الفا وشهد له الشهود بالف وخمسائة لم تقبل إلا أن يوفق المدعى فيقول كان حقى الفا وخمسائة ولكنى استوفيت منه خمسمائة ولم يعلم به الشهود بخلاف ما تقدم فإن هناك لا يمكنه أن يوفق فيقول جحدي الصدقة منذ سنة فاشتريتها منه منذ سنتين وكذلك لو ادعى الشراء منذ سنة ثم أقام البينة على الصدقة منذ شهر وقال جحدي الشراء فسألته فتصدق على بها بعد ذلك فهذا توفيق صحيح ينعدم به التناقض وإكذاب الشهود وكذلك لو ادعى الميراث من أبيه منذ سنة وشهد الشهود على شرائها من ذي اليد منذ شهر فقال جحدي ذلك ولم يكن له بينة فاشتريتها منه منذ شهر فهذا توفيق صحيح. وكذلك لو ادعى أمة في يد رجل فقال اشتريتها منه بعدي هذا منذ سنة ثم جاء بالبينة أنه اشتراها منذ سنة وجاء بشهادين فشهدا أنه اشتراها منه بالف درهم مطلقا أو منذ شهر تقبل الشهادة إذا وفق أو قال حين جحدي الشراء بالعبد فاشتريتها بالف درهم بعد ما قمنا من مجلسك أيها القاضى والبيع الثانى ينقض البيع الاول فيتمكن القاضى من القضاء بالعقد الذى شهدوا به عند هذا التوفيق ولو شهدوا أنه اشتراها بالف درهم منذ سنة أو أكثر لم أقبل شهادتهما لأن اختلاف اليد يوجب اختلاف العقد فالتوفيق غير ممكن أن شهدوا بالشراء منه منذ سنة لأنه لا تاريخ بين العقد المدعى والمشهود به وإن شهدوا بالشراء بالف منذ أكثر من سنة لا يتمكن القاضى من القضاء بالعقد الذى شهدوا به لأن العقد المدعى كان بعده بزعم المدعى وهو ينقض العقد الاول فلا يمكنه القضاء بالعقد المدعى لأن الحجة لم تقم به فلهذا لا تقبل الشهادة. قال فان ادعى عينا في يد رجل أنه له وشهد شهوده أنه اشتراه من ذي اليد ونقده الثمن أو وهبه ذو اليد أو تصدق به عليه أو أنه ورثه من أبيه قبلت الشهادة لأن المعتبر الموافقة بين الدعوى والشهادة معنى لا لفظا (ألا ترى) أن المدعى يقول ادعى عليه كذا والشاهد يقول أشهد عليه بكذا والموافقة معنى موجود هنا لأنه ادعى الملك وقد شهدوا له بالملك مع بيان سببه ولا بد للملك من سبب فبيان سبب الملك من الشهود فى الشهادة ان لم يؤكد شهادتهم بالملك لا تندفع بها وهذا بخلاف ما إذا ادعى الشراء من ذي اليد وشهد له الشهود بالملك مطلقا لأن

[98]

الشهادة هناك أريد من الدعوى فان الملك بالشراء حادث والشهادة على الملك المطلق تثبت الاستحقاق من الاصل حتى يرجع الباعة بعضهم علي بعض بالثمن فاما إذا ادعى ملكا مطلقا وشهد الشهود بالشراء فالملك به دون المدعى فذلك لا يمنع قبول الشهادة كما لو ادعى الفاعل وشهد له الشهود بخمسائه تقبل ولو ادعى خمسائه وشهد له الشهود بالف لا تقبل وكذلك لو ادعى أنه له ثم ادعى أنه لفلان وكله بالخصومة فيه وأقام البينة على ذلك تقبل بينته لانه لا منافاة بين الدعوتين فالوكيل بالخصومة قد نصف العين إلى نفسه على معنى أن له حق المطالبة به فيتمكن القاضي من القضاء بما شهد به الشهود بعد دعواه الاول ولو ادعى أول مرة أنه لفلان وكله بالخصومة فيه ثم أقام البينة أنه له لم أقبل بينته لان ما هو مملوك له لا يضاف إلى غيره عند الخصومة فلا يتمكن القاضي من القضاء بالشهود به وهو الملك له بعد ما أقر أنه وكيل فيه بالخصومة بما ادعاه الاول ولا يتمكن من القضاء بالملك لان الشهود لم يشهدوا به وكذلك ان أقام البينة أنه لفلان آخر وكله بالخصومة فيه لا أقبل ذلك منه لان الوكيل بالخصومة في العين من جهة زيد لا بصفة إلى غيره فيتمكن من التناقض بين الدعوتين على وجه لا يمكن التوفيق بينهما. قال ولو ادعاه لرجل زعم أنه وكله فيه بالخصومة ثم قال بعد ذلك أنه باعه من فلان وهو يملكه وكلني فلان المشتري بالخصومة وجاء بالبينة على ذلك قبلت بينته وقضيت به للموكل الآخر لانه وفق بين الدعوتين بتوفيق ممكن لو عاينا ذلك صححنا دعواه الثانية فكذا إذا وفق بتلك الصفة ويقضى به للموكل الآخر وتأويل هذا إذا شهدوا الشهود بالملك بالشراء فاما إذا شهدوا بالملك المطلق لا تقبل الشهادة. قال ولو ادعى القاضي في صك جاء باسمه ثم جاء بالبينة أن ذلك المال لغيره وأنه قد وكله بالخصومة فيه قبلت ذلك منه لما بينا أن الوكيل بالخصومة قد يضيف المال إلى نفسه على معنى أن له حق المطالبة به فيتمكن القاضي من القضاء بالشهادة والله أعلم بالصواب (باب ادعاء الولد) (قال رحمه الله ذكر عن شريح رحمه الله أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه كتب إليه إذا أقر الرجل بولده لم يكن له أن ينفيه وهكذا عن علي رضي الله عنه ويقولهما نأخذ أنه متى ثبت النسب باقراره لم يكن له أن ينفيه بعد ذلك) لان النسب لا يحتمل النقص والنسخ

[99]

ولا يتصور تحويله من شخص إلى شخص وباقراره ثبت منه لكون الاقرار حجة عليه فان (قيل) اليس أن النسب يثبت من الزوج بفراش النكاح ثم يملك نفيه باللعان (قلنا) لان ثبوته هناك بحكم الفراش على احتمال أن لا يكون منه فيتصور نفيه اما هنا بثبوت النسب منه بتنصيبه على أنه مخلوق من مائه فلا يبقى بعده احتمال النفي كالمشتري إذا أقر بالملك للبائع ثم استحق من يده ورجع بالثمن لم يبطل اقراره حتى إذا عاد إلى يده يوما يؤمر بتسليمه إلى البائع بخلاف ما إذا اشتراه ولم يقر له بالملك لان نفس الشراء وان كان اقرار بالملك فلاحتمال فيه باق بخلاف الاقرار به نصا وعن جابر رضى الله تعالى عنه قال مر عمر رضى الله عنه علي جارية تسقى مع رجل من بئر فقال لمن هذه فقالوا لفلان قال ولعله يطاها قالوا نعم قال أما انها لو ولدت ألزمتها ولدها وبظاهره يأخذ الشافعي رحمه الله فنقول الامة تصير فراشا بنفس الوطئ ولا حجة له فيه لان عنده الفراش انما يثبت باقرار المولى وهنا الاقرار في الجانب وبه لا يثبت الفراش فاما ان يحمله على أنه عرف انها أم ولده أو يحمل علي أن مراده من ذلك حث الناس على تحصين الجوارى ومنعهن عن الاختلاط بالرجال

فقد ظهر ان عمر رضى الله عنه ما يخالف هذا على ما روى عن عمر رضى الله عنه أنه كان له جارية وكان يطأها فجاءت بولد ونفاه وقال اللهم لا يلحق بآل عمر من لا يشبههم فأقرت أنه من فلان الراعي وعن زيد بن ثابت رضى الله عنه أنه كان يطأ جاريته فجاءت بولد فنفاه فقال كنت أطأها ولا أبغى ولدها أي أعزل عنها وهكذا نقل عن ابن عباس وابن عمر رضى الله عنهما والذي ذكر في الكتاب عن ابن عمر رضى الله عنهما ان عمر رضى الله عنه قال من وطئ وليدة له فضيعة فالولد منه والضياع عليه لا حجة فيه للخصم لان الوليدة اسم لام الولد فانه فعيل بمعنى فاعل أي والده وذكر عن عمر رضى الله عنه قال حصنوهن أو لا تحصنوهن انما رجل وطئ جارية فجاءت بولد ألزمته اياه وانما قال ذلك على سبيل الحث للناس على تحصين السراري ومنعهن عن الخروج ثم لا خلاف بين العلماء رحمهم الله ان النسب يثبت بالفراش والفراش تارة يثبت بالنكاح وتارة يثبت بملك اليمين فأما الفراش في النكاح الصحيح يثبت بنفسه إذا جاءت بالولد لمدة يتوهم ان العلوق بعد النكاح ثبت النسب على وجه لا ينتفى الا باللعان إذا كان من أهل اللعان وكذلك النسب يثبت بشبهة النكاح إذا اتصل به الدخول وهذه الشبهة تثبت بالنكاح الفاسد تارة وباخبار المخبر انها امرأته تارة لان الشبهة تعمل عمل الحقيقة فيما هو مبنى على

[100]

الاحتياط وأمر النسب مبنى على الاحتياط (ألا ترى) ان في حق وجوب المهر والعدة جعلت الشبهة بمنزلة حقيقة النكاح فكذلك في النسب ومتى ثبت النسب بالشبهة لا يمكن نفيه بحال لان نفي النسب بعد ثبوته لا يكون الا باللعان ولا يجرى اللعان في النكاح الفاسد والوطئ بالشبهة وأما بملك اليمين لا خلاف أن النسب لا يثبت بنفس الملك ولا بالوطئ بشبهة الملك بدون الدعوة وانما الخلاف في ان بنفس الوطئ بملك اليمين هل يصير فراشا حتى لا يثبت النسب به عندنا الا ان يقر المولى بالنسب وعند الشافعي يثبت بنفس الوطئ ولكن إذا كان المولى يطأها ويمنعها من الخروج فالاولى له ان يدعى ولدها ولا ينفية فان الميرة في هذا ولكن لا يلزمه حكما الا بالدعوة واحتج الشافعي بما روي عن عبد الله بن زمعة وسعد بن أبي وقاص رضى الله عنهما اختصما بين بدي رسول الله صلى الله عليه وسلم في ولد ولتده زمعة فقال عبد ولد أبي ولد علي فراش أبي وقال سعد رضى الله عنه ابن أخي عهد الي فيه أخي وامراتي أن أضمه إلى نفسي فقال صلى الله عليه وسلم هو لك يا عبد الولد للفراش وللعاهر الحجر فقد أثبت النسب من زمعة باقرار من خلفه بوطنه اياها ولم يسبق من زمعة دعوة النسب فدل أن الفراش يثبت بنفس الوطئ والمعنى فيه انه وضع مائه حيث له وضعه فيثبت النسب منه كما في فراش النكاح وهذا لان الوطئ بملك اليمين ينزل منزلة عقد النكاح (ألا ترى) أنه تثبت به حرمة المصاهرة كما يثبت بالنكاح بل أقوى فحرمة الرتبة تثبت بالوطئ ولا يثبت بنفس النكاح وكذلك يحرم الجمع بين الاختين وطئا بملك اليمين كما يحرم الجمع بينهما نكاحا ثم الفراش في حق النسب يثبت بالنكاح فكذلك بالوطئ بملك اليمين ولنا ان وطئ الامة كملكها وبملكها لا يثبت الفراش لانه محتمل قد يكون لبيعها وقد يكون لوطنها فكذلك وطئه اياها محتمل قد يكون للاستفراش وقد يكون لقضاء الشهوة وتحقيق ذلك بالعزل عنها عادة وينفرد بذلك شرعا والمحتمل لا يكون حجة فلا يثبت النسب منه الا بالدعوة التي لا يبقى بعدها احتمال بخلاف النكاح فانه لا يكون الا للفراش عادة (ألا ترى) ان التمكن من الوطئ هناك جعل بمنزلة حقيقة الوطئ وهنا بالتمكن

من الوطئ لا يثبت النسب بالاتفاق للاحتمال فكذلك بحقيقة الوطئ ولان هناك لا يبطل بثبوت النسب ملكا باتا للزوج وهنا يبطل ملك المالة والتصرف فيها بثبوت نسب ولدها والمحتمل لا يكون حجة في ابطال الملك المتحقق به وبه فارق حرمة المصاهرة فليس في اثباتها ابطال الملك بل باب الحرمة مبنى على الاحتياط فيجوز اثباته مع الاحتمال ولان

[101]

ثبوته باعتبار الاتحاد بين الواطئيين حسا حتى تصير أمهاتها وبناتها كامهاته وبناته وذلك حاصل بملك اليمين (ألا ترى) ان الرضاع في اثباته الحرمة جعل كالنسب ولم يجعل كهو في ابطال الملك به يعنى بالعتق عليه وكذلك حرمة الجمع بين الاختين نكاحا للتحرز عن قطيعة الرحم بينهما وذلك يحصل بالوطئ بملك اليمين فأما حديث عبد فقد ذكر أبو يوسف رحمه الله في الامالى ان وليده زمعة كانت أم ولد له وفى بعض الروايات في الحديث زيادة قال ولد أبى ولد على فراش أبى لانى أقربه أبى وعندنا إذا أقر المولى بالنسب يثبت النسب منه على أن قوله صلى الله عليه وسلم هو لك يا عبد ليس بقضاء بالنسب بل هو قضاء بالملك له لكونه ولد أمة أبيه ثم أعتقه عليه باقراره بنسبه (ألا ترى) أنه عليه الصلاة والسلام قال لسودة فأما أنت يا سودة فاحتجى منه فانه ليس بأخ لك والمراد من قوله صلى الله عليه وسلم للفراش تأكيد نفى النسب عن عتبة بن أبى وقاص رضى الله عنه لانه كان عاهرا لا الحاق النسب بزمعة قال وإذا حبلت الامة عند رجل ثم باعها وقبض ثمنها فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر فادعاه البائع ثبت النسب منه وقضى بأنها أم ولد له ولدها حر الاصل وعليه رد الثمن على المشتري عندنا استحسانا وفى القياس لا يثبت النسب منه ما لم يصدقه المشتري وبه أخذ زفر والشافعي رحمهما الله * وجه القياس في ذلك ان البائع مناقض في كلامه ساع في نقض ما قد تم به وهو البيع فلا يقبل قوله كما لو قال كنت أعتقتها أو دبرتها قبل أن أبيعها وهذا لان اقدامه على بيعها اقرار منه أنها ليست بأم ولد له ولنا انا تيقنا بحصول العلوق في ملكه وذلك ينزل منزلة البينة في ابطال حق الغير عنها كالمريض إذا جاءت جاريته بولد في ملكه فادعى نسبه نزل ذلك منزلة البينة في ابطال حق الغرماء والورثة عنها وعن ولدها وتفسير الوصف أن أدنى مدة الحبل ستة أشهر فإذا جاءت بولد من ذلك فقد تيقنا بحصول العلوق قبل البيع وتأثيره وهو أن بحصول العلوق في ملكه يثبت له حق استلحاق النسب بالدعوة وذلك لا يحتمل الا بطلان وانما يبطل البيع ما كان محتملا للابطال فأما فيما لا يحتمل الا ابطال الحال بعد البيع وقبله سواء فإذا بقي حق استلحاق النسب له بقي ما كان ثابتا وهو التفرد به من غير حاجة إلى تصديق المشتري وخفاء أمر العلوق يكون عذرا له في اسقاط اعتبار التناقض وقبول قوله في ابطال البيع كما ان الزوج إذا كذب نفسه بعد قضاء القاضى بنفى النسب ثبت منه وبطل حكم الحاكم ولا ينظر إلى التناقض وهذا لان الانسان قد يعلم تدينا أن العلوق ليس منه ثم يتبين له أنه منه ولا

[102]

يوجد مثل هذا في دعوى العتق والتدبير فلهذا لا يقبل قول البائع فيه فان ادعاه المشتري بعد ذلك فعلى طريق القياس يثبت النسب منه لان دعوة البائع لم تصح وعلى طريقة الاستحسان لما ثبت النسب من البائع لا تصح دعوة المشتري لان البيع قد انتقض فصار هو كاجنبي آخر ولان الولد قد استغنى عن النسب بثبوت نسبه من البائع وان كان المشتري ادعاه أولا ثبت النسب منه لانها مملوكة في الحال يملك اعتاقها واعتاق ولدها فتصح دعوته أيضا لحاجة الولد إلى النسب والحرية ويثبت لها أمية الولد باقراره ثم لا تصح دعوة البائع بعد ذلك لان الولد قد استغنى عن النسب حين ثبت نسبه من المشتري ولانه قد يثبت فيه ما لا يحتمل الابطال وهو حقيقة النسب فيبطل به حق الاستلحاق الذي كان ثابتا للبائع ضرورة فان ادعاه معا ثبت النسب من البائع عندنا وقال ابراهيم النخعي رحمه الله يثبت النسب من المشتري لان للمشتري حقيقة الملك فيها وفي ولدها وللبيع حق والحق لا يعارض الحقيقة كما لو جاءت جارية رجل بولد فادعاه هو وأبوه معا ثبت النسب من المولى لان له حقيقة الملك فيها وللاب حق فيسقط اعتبار الحق في مقابلة الحقيقة ولنا ان دعوة البائع دعوة استيلاء لان أصل العلوق في ملكه ودعوة المشتري دعوة تجويز فان أصل العلوق لم يكن في ملكه ولا يعارض دعوة التجويز دعوة الاستيلاء كما لا يعارض نفس الاعتاق دعوة الاستيلاء بمعنى أن دعوة الاستيلاء لا تقتصر على الحال بل تستند إلى وقت العلوق ودعوة التحرير تقتصر على الحال فدعوة البائع سابقة معنى فكانها سبقت صورة بخلاف دعوة المولى مع أبيه فان شرط صحة دعوة الاب بملك الجارية من وقت العلوق إذ ليس له في مال ولده ملك ولا حق الملك فافتران دعوة المولى بدعوة الاب يمنع تحصيل هذا الشرط فلهذا أثبتنا النسب من المولى دون أبيه ولو ان المشتري أعتق الام أو استولدها أو دبرها ثم ادعى البائع الولد ثبت نسبه منه لان الولد يحتاج إلى النسب بعد عتق الام وهو مقصود بالدعوة وحق الاستيلاء في الام يثبت تبعا فلا يمنع ثبوت الاصل بامتناع ثبوت البيع إذ ليس من ضرورة ثبوت نسب الولد ثبوت أمية الولد للام كما في ولد المغرور يثبت نسب الولد ولا تصير الام أم ولد للمغرور ثم يرد البائع حصة الولد من الثمن دون الام لانه تعذر فسخ البيع في الام لما جرى فيها من عتق المشتري فانه لا يجوز أن يرد أمه توطأ بالملك بعد ما نفذ العتق فيها ولم يتعذر الفسخ في الولد وقد صار الولد مقصودا بهذا الاسترداد فتصير له حصة

[103]

من الثمن فلهذا يسترد المشتري حصة الولد من الثمن ولو ماتت الام ثم ادعى البائع نسب الولد صحت دعوته لما بينا ويرد البائع جميع الثمن في قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يمسك حصة الام من الثمن لانه تعذر فسخ البيع فيها بالموت كما في الفصل الاول وهذه المسألة في الحقيقة تنبني على المسألة الخلافية المعروفة بين أبي حنيفة وصاحبيه رحمهم الله في مالية أم الولد فعند أبي حنيفة رحمه الله لا قيمة لرقها حتى لا يضمن بالغصب فكذلك لا يكون لها حصة من الثمن وقد زعم البائع انها أم ولد وزعمه حجة عليه وعلى قولهما لرقها قيمة حتي يضمن بالغصب فيمسك حصتها من الثمن ثم الفرق لابي حنيفة رحمه الله بين هذا والاول أن هناك القاضى كذب البائع فيما زعم حين جعلها معتقة من جهة المشتري أو مدبرة أو أم ولد فلم يبق لزعمه غيره فاما هنا بموتها لم يجر الحكم بخلاف ما زعم البائع فبقى زعمه معتبرا في حقه فلهذا رد جميع الثمن ولو كان المشتري باع الام أو وهبها أو رهنها أو أجرها

أو كاتبها أبطلت جميع ذلك ورددتها على البائع لان هذا التصرفات محتملة للنقص كالبيع الاول فكما يجوز نقض البيع الاول بدعوة الاستيلاء من البائع فكذلك يجوز نقض هذه التصرفات ولو كان المشتري أعتق الولد أو دبره ثم ادعى البائع نسبه لم يصدق في ذلك إذا أكذبه المشتري لان الولد مقصود بالدعوة وقد ثبت المشتري فيه مالا يحتمل النقص وهو الولاء فيبطل به حق الاستلحاق الذي كان للبائع لان الولاء كالنسب وقد بينا أنه لو ثبت النسب من المشتري لم يكن للبائع حق الدعوة بعد ذلك فكذلك إذا ثبت الولاء له وكذلك لو قبل الولد عنده وأخذ قيمته ثم ادعاه البائع لم تصح دعوته كما لو مات الولد وهذا لانه بالموت أو القتل قد استغنى عن النسب وصحة دعوة البائع لحاجة الولد إلى النسب ثم لا يرد الام على البائع لان حقها تبع لحق الولد في النسب ولم يثبت ما هو الاصل فلا يثبت ما هو بيع لانه لو ثبت كان مقصودا لا تبعا ولو قطعت يد الولد فاخذ المشتري نصف قيمته ثم ادعاه البائع صحت دعوته لان الولد الاقطع محتاج إلى النسب محل لانتقاص البيع فيه ولكن الارش يبقى سالما للمشتري لان ابانة اليد كانت على حكم ملكه ودعوة البائع انما تعمل في القائم دون اليد المبانة وليس من ضرورة ثبوت نسب الولد بطلان حق المشتري عن الارش لانه ينفصل عنه في الجملة لان الارش مال ليس من النسب في شئ فيرد الجارية مع ولدها على البائع بجميع الثمن الا حصة اليد فقد احتبس بدلها عند المشتري فلا يسلم له مجانا ولكن حصته من الثمن

[104]

تسلم للبائع كما ذكرنا فيما إذا احتبست الام عنده وكذلك لو كان القطع في الام لان المعنى الذي أشرنا إليه يجمع الكل ولو فقاً رجل عيني الولد فدفعه المشتري إلى الجاني وأخذ قيمته ثم ادعى البائع نسبه صحت دعوته لان المفقوءة عيناه يحتاج إلى النسب ودفعه بالجناية محتمل للنقص فلا يمنع صحة دعوة البائع فيرد الام والولد على البائع ويرد جميع الثمن على المشتري عند أبي حنيفة رحمه الله لان من أصله أن الجاني يرجع على المشتري بجميع القيمة فان الجنة العمياء إذا لم تسلم للجاني لا يلزمه شئ عند أبي حنيفة رحمه الله حتى لو أعاد المولى امساك الجنة والرجوع بنقصان القيمة لم يكن له ذلك عنده فإذا لم يسلم للمشتري شئ من بدل العينين رد البائع جميع الثمن وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله المشتري يرجع على الجاني بنقصان العينين لان في الابتداء لو أراد امساك الجنة والرجوع بنقصان العينين كان له ذلك فكذلك في الانتهاء وإذا كان للمشتري نقصان العينين رد البائع عليه جميع الثمن الا حصة النقصان وكذلك لو فقئت عينا الام فهو على ما بينا. قال ولو ادعى البائع نسب الولد وقد جاءت به لاقل من ستة أشهر وكذبه المشتري ثم قتل الولد بعد ذلك أو قطعت يده فعلى الجاني من ذلك ما عليه بالجناية على الاحرار لان بمجرد الدعوى ثبت النسب وصار الولد حراً فانه لا عبرة لتكذيب المشتري فانما حصلت الجناية بعد ذلك على حر وان كانت الجناية على الام كان عليه ما في جناية أم الولد لان حق أمية الولد قد ثبت له بثبوت نسب الولد وحاصل هذا انه لا حاجة إلى قضاء القاضى في ابطال هذا البيع وعودهما إلى البائع لانه قد ثبت فيها وفي ولدها بنفس الدعوة ما هو مناف للبيع وان جنى الولد كانت جنايته كجناية الحر وجناية أمه كجناية أم الولد لثبوت ذلك فيها بنفس الدعوة وان كانت الجناية منهما قبل الدعوة فهو على البائع دون المشتري لان البائع بالدعوة قد صار مبطلا ملك المشتري فيهما بغير صنع من المشتري فليس على المشتري من موجب جنايتهما شئ ولكن البائع مختار

ان كان عالما بالجناية لانه بالدعوة أثبت الحرية للولد وحق الحرية للام
فيكون كالممنشئ لذلك بعد الجناية فلهذا صار مختاراً ولو كانت الجارية لم
تلد بعد فأدعي البائع أن حبلها منه وقال المشتري ليس بها حبل وأراها
النساء فقلنا هي حبلى أو قال المشتري بها حبل ولكنه ليس منك فالبائع لا
يصدق في الدعوة حتى تضع لانه لا طريق لمعرفة الحبل حقيقة فانه مما
استأثر الله تعالى بعلمه لقوله تعالى ويعلم ما في الارحام ولان شرط
صحة دعوة البائع ان تلد لاقل من ستة أشهر من وقت البيع حتى يعلم يقينا
أن العلوق كان في

[105]

ملكه ولا يدري أنها هل تضع لاقل من ستة أشهر أم لا فلعلها تسقط سقطا
غير مستبين الخلق أو يضع الولد أكثر من ستة أشهر فلهذا لا تصح دعوة
البائع فان جاء به لاقل من ستة أشهر الآن تصح تلك الدعوة كما لو أنشأها
بعد الوضع لان تيقنا أن العلوق حصل في ملكه فلو جاءت بالولد لاقل من
سنة أشهر فأدعاه البائع وقال أصل الحبل كان عندي وقال المشتري لم
يكن عندك انما كان العلوق قبل شرائك فالقول قول البائع لانهما تصادقا
على اتصال العلوق بملك البائع فكان الظاهر شاهدا للبائع ولان المشتري
يدعى تاريخا سابقا في العلوق على ملك البائع فلا يصدق على ذلك فان
أقاما جميعا البينة فالبينة بينة البائع لانه يثبت تاريخا سابقا في ملكه على
العلوق وملكه حقه فبينته على سبق التاريخ فيه مقبولة ولا شك في هذا
عند أبى يوسف رحمه الله واختلف المشايخ على قول محمد رحمه الله
منهم من يقول قوله هكذا ومنهم من يقول البينة بينة المشتري عنده لانه
هو المحتاج إلى اقامة البينة وأصل هذا فيما إذا قال المشتري اشتريتها
منك منذ سنة وقال البائع انما بعثتها منك منذ شهر فالقول قول البائع لان
المشتري يدعى زيادة تاريخ في شرائه فلا يصدق على ذلك الا بحجة فان
أقاما جميعا البينة فالبينة بينة البائع عند أبى يوسف رحمه الله لانه يثبت
بينته حصول العلوق في ملكه وثبوت حق استلحاق النسب له وعند محمد
رحمه الله البينة بينة المشتري لانه هو المحتاج إلى اثبات التاريخ في
شرائه بالبينة فيثبت بينته ان شراؤه كان منذ سنة وذلك مانع من صحة
دعوة البائع فلهذا قبلت بينته. قال وان كانت ولدت الجارية المبيعة بنتا
لاقل من ستة أشهر ثم ولدت ابنتها ابنا فأعتق المشتري الابن ثم ادعى
البائع الابنة فهي ابنته لان العلوق بها كان في ملكه ودعوته فيها دعوة
استيلاد ويثبت حرية الاصل فيها ومن ضرورته ابطال عتق المشتري على
ابنها لان العتق يطرأ على الرق ومن ضرورة كونها حرة الاصل أن ينفصل
الولد منها حراً وكذلك ان كانت الابنة ولدت ابنتا قال (الأتري) ان رجلا لو
ولدت جاريته عنده غلاما ثم ولد للغلام ابن فباع المولى ابن الولد الذي ولد
عنده فأعتقه المشتري ثم ادعى الولد الذي كان العلوق به في ملكه صحت
دعوته ويبطل بيع الابن وعتق المشتري اياه لانه تبين بصحة دعوته حرية
الاصل للاب وذلك يوجب حرية الابن لان الابن مولود من أمة كانت لمدعى
الاب فتبين أنه كان ملك ابن ابنته وعتق عليه قبل أن يبيعه ويبطل به بيع
المشتري وعتقه قال وهذا بمنزلة التوأم وفي بعض النسخ التوأمين
وكلاهما صحيح عند أهل اللغة منهم من قال التوأم أفصح كما يقال هما
زوج

ومنهم من قال التوامان أفصح كما يقال هما كفوان واخوان وبيانه جارية ولدت ولدين في بطن واحد من علوق كان في ملك مولاها فباع المولى أحدهما وأعتقه المشتري ثم ان البائع ادعى نسب الذي عنده يثبت نسبهما منه لانهما خلقا من ماء واحد فلا ينفصل أحدهما عن الآخر نسباً وقد كان العلوق بهما في ملكه فيثبت حرية الاصل للذي عند البائع ومن ضرورته ثبوت حرية الاصل للآخر وكان ذلك بمنزلة اقامة البينة في ابطال عتق المشتري وشرائه في الآخر فكذلك فيما سبق وهذا بخلاف ما تقدم إذا اعتق المشتري الام ثم ادعى البائع نسب الولد لم يبطل عتق المشتري في الام لانه ليس من ضرورية حرية الاصل للولد ثبوت أمية الولد للام في ولد المغرور ولان هناك لو أبطلنا عتق المشتري فيها رددناها من حالة الحرية إلى حالة الرق وذلك لا يجوز لان العتق أسقط الرق والمسقط متلاشي لا يتصور عوده وهنا لو أبطلنا عتق المشتري رددناه الى حال حرية الاصل وذلك مستقيم ولان فيه ابطال الولاء الثابت للمشتري والولاء أثر من آثار الملك فلم يجر اسقاطه الا عند قيام الحجة فهذا أبطلنا عتق المشتري في هذه الفصول ولو لم يبع ابن الابن ولكنه باع الابن فاعتقه المشتري ثم ادعاه لم تجز دعوته لان المقصود بالدعوة الابن وقد اتصل به من جهة المشتري مالا يحتمل النقص وهو الولاء فيبطل به حق الاستلحاق الذي كان ثابتاً للبائع فيه وعتق ابن الابن الذي في يده لانه أقر له بالحرية حين زعم انه ابن ابنه والاقرار بالنسب وان لم يعمل في اثبات النسب لمانع كان عاملاً في الحرية كما لو قال لعبده وهو معروف بالنسب من الغير هو إبنى يعتق عليه وكذلك لو مات عند المشتري لانه بالموت استغنى عن النسب وخرج البيع من أن يكون محتملاً للنقص فيه فلم يعمل دعوة البائع في حقه وعتق ابن الابن باقراره كما بينا ولو كان مكان الابن ابنتا فماتت عند المشتري ثم ادعى البائع نسبها لم تصح دعوته في حقها ولا في حق ابنتها وهذا والملاعنة سواء في قول أبي حنيفة رحمه الله إذا كان ولد الملاعنة ابنتا فولدت ابنا ثم ماتت الام ثم أكذب الملاعن نفسه لم يعمل اكذابه في اثبات نسبها مع بقاء ابن خلفها فكذلك هنا والمعنى فيهما سواء وهو أن ينسب الولد القائم إلى أبيه دون أمه فيجعل أمه كالميتة لا عن ولد وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله يفرقان بين هذه وولد الملاعنة فان عندهما هناك ولدا لابنه كولد الابن في قيامه مقام ولد الملاعنة حتى يصح اكذاب الملاعن نفسه ويثبت نسب ولد الملاعنة وان كان ميتا لان هناك أصل النسب كان

ثابتا بالفراش فاستتر باللعان وبقي موقوفا علي حقه حتى لو ادعاه غيره لم يصح فيجعل بقاء ولده كبقائه في صحة الاظهار بالدعوة وأما نسب ولد المبيعة ما كان ثابتاً من البائع ولا موقوفا علي حقه حتى لو ادعاه المشتري ثبت نسبه منه فلا تعمل دعوته في الاثبات ابتداء الا في حال بقاء أو بقاء من ينسب إليه وولد الابن ينتسب إليه بالبنوة دون ولد الابنة فلهذا لا يثبت النسب بعد موت الابنة بالدعوة. قال وإذا حبلت الامة فولدت في يد مولاها ثم باعها فزوجه المشتري من عبده فولدت له ولدا ثم مات العبد عنها فاستولدها المشتري ثم ادعى البائع الولد الذي عنده ثبت نسبه منه لان العلوق به كان في ملكه فدعوته فيه دعوة استيلاء ويرد إليه ابن العبد

بحصته من الثمن لانه ولد أم ولد في حقه وهو ثابت النسب من غيره وولد أم الولد بمنزلة أمه ولو لم يستولد المشتري الام كانا جميعا مردودين عليه فاستيلاده الام يثبت فيها ما لا يتحمل النقص وهو حق العتق للمشتري فنزل ذلك منزلة حقيقة العتق وذلك لا يمنع رد الولد إليه لان أحدهما ينفصل عن صاحبه فان (قيل) هذا الولد في حكم أمية الولد تبع للام ولا يثبت البائع حق أمية الولد في الام فكيف يثبت في ولدها (قلنا) لا كذلك بل هما جميعا بائعان للولد الذي عنده لان الام بيع ولا بيع للتبع فتعذر رد احدهما عليه لا يمنع رد الآخر بحصته من الثمن ويعتبر في الانقسام قيمتها وقت البيع وقيمة الولد الثاني وقت الانفصال لانه كما حدث فحق أمية الولد فيه ثابت للبائع الا أنه لما صار متقوما عند الانفصال فيعتبر في الانقسام قيمته في ذلك الوقت ويعتق بموت البائع من جميع ماله لانه ابن أم ولده فان ادعى البائع ابن العبد انه ابنه عتق عليه ولم يثبت نسبه منه لانه يملكه ولكنه معروف النسب من الغير فدعوته اياه كاعتاقه. قال ولو باعها وهى حبل فولدت عند المشتري بعد البيع بيوم ثم ولدت ولدا آخر بعد سنة من غير زوج فادعى البائع والمشتري الولدين معا فهما ابنا البائع أما الأكبر منهما فلان العلوق به كان في ملك البائع يثبت نسبه منه وبطل البيع فيه وفي أمه لانه تبين انها أم ولده من حين علقته والولد الثاني مردود عليه أيضا لانه ابن أم ولده فهو انما يدعى ملك نفسه والمشتري يدعى ملك الغير فلهذا كان دعوة البائع أولى فيهما ولو بدأ المشتري فادعى الولد الآخر انه ابنه ثبت نسبه منه لان العلوق به حصل في ملكه وهو محتاج إلى النسب وصارت الجارية أم ولد له فان ادعى البائع بعده الولد الاول ثبت نسبه منه بحصول العلوق به في ملكه ويرد إليه الولد خاصة بحصته من الثمن لانه تعذر فسخ

[108]

البيع في الام لما ثبت للمشتري فيها من حق أمية الولد ولو لم يدع واحد منهما شيئا حتى لو ادعى البائع الولد الآخر لم يصدق لان العلوق بالولد الآخر لم يكن في ملكه وهو للحال مملوك للمشتري فلا دعوة له فيه مقصودة وكذلك لو مات الاول ثم ادعاهما البائع لان دعوته في الذي مات لم تصح لاستغنائه عن النسب فلو صح كان الآخر مقصودا والعلوق به لم يحصل في ملكه. قال وان ولدت الامة المبيعة ولدين في بطن واحد كلاهما أو أحدهما لاقل من ستة أشهر فجنى على أحد الولدين جناية وأخذ المشتري الارش ثم ادعاهما البائع فدعوته جائزة فيهما لانا تيقنا بحصول العلوق بهما في ملكه فانهما خلق من ماء واحد والتي ولدت لاقل من ستة أشهر يتيقن أن العلوق كان في ملكه فيتبين أيضا أن العلوق الثاني كان في ملكه وان ولدت لأكثر من ستة أشهر فلهذا ثبت نسبهما وبطل البيع فيهما وفي الام ولكن الارش يبقى سالما للمشتري لما بينا في الولد الواحد أن الدعوة في اليد المبانة لا تعمل فيبقى الارش للمشتري كما كان قبل الدعوة وكذلك ان اكتسب احدهما كسبا فقد كان قبل الدعوة الكسب ملكا للمشتري وليس من ضرورة صحة الدعوة بطلان ملكه في الكسب فيبقى سالما له ولو كان قتل احدهما ثم ادعاه البائع كان قيمة الموصول لورثة المقتول لان بثوت حرية الاصل لاحدهما يثبت مثله للآخر فيكون بدله لورثته ضرورة وهذا بخلاف الارش والكسب لان التوأم لا ينفصل أحدهما عن الآخر في النسب والحرية وأعمال ذلك في الاقطع ممكن فلا حاجة بنا إلى إعماله في إبطال ملك المشتري في الارش والكسب فأما الواجب على القاتل بدل النفس ومن ضرورة ابطال البيع فيه عند بقاء ما

بخلفه أنه لا يبقى للمشتري حقا في بدل نفسه فكان ذلك لورثة المقتول قال في بعض النسخ ويصدق البائع في بدل النفس وفي بعض النسخ قال لا يصدق في بدل النفس وليس هذا باختلاف الرواية ولكن حيث قال يصدق يعني في حق المشتري حتى يبطل حقه عن القيمة لان من ضرورة ثبوت الحرية للمقتول في الاصل أن لا يملك بدل نفسه بملك الاصل وحيث قال لا يصدق يعني في حق الجاني حتى لا يجب عليه الدية بل يكون الواجب عليه القيمة كما كان لانه ليس من ضرورة ثبوت الحرية فيه وجوب الدية على قاتله فكم من قتل غير موجب للدية وما كان ثبوته بطريق الضرورة تعتبر فيه الجملة دون الاحوال. قال ولو كان المشتري أعتق أحدهما ثم قتل وترك ميراثا وأخذ المشتري دية وميراثه بالولاء ثم ادعى البائع الولدين ثبت نسبهما منه وأخذ الدية والميراث من المشتري لان

[109]

حرية الاصل قد ثبت للمقتول ضرورة ثبوتها في الآخر وذلك مناف لولاء المشتري فانما أخذ ميراثه بالولاء فإذا ظهر المنافي للولاء وجب رده ولو أعادهما المشتري أولا فانهما ابناه لانهما مملوكان له محتاجان إلى النسب فان ادعاهما البائع بعد ذلك لم يصدق لوقوع الاستغناء لهما عن النسب بثبوت نسبهما من المشتري. قال أمة حبلت في ملك رجل فولدت غلاما وكبر فزوجه المولى أمة له فولدت غلاما ثم باع الاسفل وأعتقه المشتري ثم ادعى البائع الابن الاول فهو ابنه لان العلوق به كان في ملكه وينتقص بيع المشتري وعتقه في ابن الابن لانه تبين انه كان حرا قبل بيعه فانه انما ولد من أمة المولى ومن ملك ابن ابنه فعتق عليه وكان ذلك سابقا على بيعه فيبطل به البيع وعتق المشتري اياه ضرورة وهو بمنزلة التوأم كما قررنا ولو لم يدع البائع الذي عنده ولكن ادعى الذي باع انه ابنه كانت دعوته باطلة لانه وان حصل العلوق في ملكه فقد نفذ فيه من جهة المشتري مالا يحتمل الابطال وهو العتق فلهذا لا تصح دعوته فيها. قال أمة ولدت ولدين في بطن واحد ولم يكن أصل الحبل عند هذا المولى فباع أحدهما وأعتقه المشتري ثم ادعاهما البائع فهما ابناه لانه لما بقي أحد الولدين عنده فدعوته فيه صادفت ملكه فيثبت نسبه منه ومن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر ولكن لا ينتقص عتق المشتري ولا البيع لان أصل العلوق بهما لم يكن في ملك البائع فدعوته دعوة التحرير فينزل منزلة الاعتاق والتوأمين ينفصل أحدهما عن الآخر في الاعتاق فليس من ضرورة عتق أحدهما بدعوة البائع ابطال البيع وعتق المشتري في الآخر بخلاف ما إذا كان العلوق بهما في ملك البائع فان دعوته هناك دعوة استيلاء يستند إلى وقت العلوق فيثبت به حرية الاصل للذي بقي عنده ومن ضرورته حرية الاصل للآخر فلهذا بطل البيع والعتق (ألا ترى) ان الجارية المشتركة بين اثنين إذا ولدت فادعاه أحدهما فان كان أصل العلوق في ملكهما لم يضمن من قيمة الولد لشريكه شيئا وان لم يكن أصل العلوق في ملكهما ضمن نصف قيمة الولد لشريكه ان كان موسرا لان دعوته دعوة تحرير فيجعل بمنزلة اعتاقه الولد مقصودا. قال أمة في يد رجل وفي يده ولد لها وفي يد رجل آخر ولد لها فادعى الذي في يده الولد أن الولدين جميعا ابناه ولد من هذه الامة في بطن واحد أو في بطنين وان الامة أمته وأقام البينة على ذلك وادعى الذي في يده مثل ذلك وأقام البينة على ذلك فانه يقضى بالامة والولدين جميعا للذي الامة في يده لان كل واحد منهما يدعى حق

العتق فيها بسبب أمية الولد فكان دعواه حقيقة العتق فيها والبينة بينة ذي اليد لان كل واحدة من البينتين قامت لاثبات الولاء والولاء بمنزلة النسب فيترجى بينة ذي اليد فإذا قضينا بالامة له أثبتنا نسب الولدين منه لانهما ولد أم ولده قد ادعاهما واجتبي ادعى نسب ولد أم ولد الغير وهذا لان استحقاق الاصل بالبينة توجب استحقاق الروائد المنفصلة قال ولو كانت أمة في يد رجل وفي يديه ولد لها فجاء آخر يدعيها ولا يدعى ولدها وفي يده ولد لها آخر يدعيه وأقام البينة على دعواه وأقام الذي هو في يديه البينة أن الامة أمته ولدت الابن الذي في يديه منه ولا يعرف أي الولدين أكبر وقد ولدتهما في بطنين قضيت بالامة للذي في يديه لدعواه أمته الولد فيها وقضيت لكل واحد منهما بالابن الذي ادعاه وهو في يديه لان كل واحد منهما يدعى نسبت أحد الولدين وخصمه لا ينارعه في ذلك وكل واحد من الولدين محتاج إلى النسب وذلك كافي للقضاء بنسبه منه بمجرد الدعوة فكيف ذا أثبتته بالبينة بخلاف ما سبق فان المنازعة بينهما هناك في نسب الولدين فرجحنا المقضي له بالجارية لان استحقيقه الاصل شاهد له فيما يدعى من نسب الولد ولانا قضينا له بالفراش حين قضينا بأمية الولد من جهته في الام وثبوت النسب باعتبار الفراش فإذا ادعاه كان أولى به وإذا نفاه ثبت من الذي ادعاه لاقامة البينة عليه واحتمال أن يكون لما ادعاه سببا صحيحا. قال أمة في يد رجل له منها ولد فادعى آخر أن الذي الامة في يديه زوجها منه وولدت على فراشه هذا الولد وأقام الذي في يديه البينة الامة أن الامة لهذا المدعى وانه زوجها منه وولدت على فراشه هذا الولد فالامة بمنزلة أم موقوفة في يدعى الذي هي في يديه لا يطأها واحد منهما لان كل واحد منهما أقر بولادتها منه والملك فيها لاحدهما فيثبت أمية الولد فيها ثم كل واحد منهما ينفيها عن نفسه ويقول انها في ملك صاحبي وقد ادعى نسب ولدها فصارت بمنزلة أم الولد له فبقيت موقوفة لا يطأها واحد منهما كمن اشترى عبدا ثم ان البائع اعتقه وجحد البائع ذلك كان موقوفا الولاء فأيتها مات عتقت هي لان الحى منهما قد أقر بعتقها بموت صاحبه وصاحبه كان مقرا بأن اقرار الحى فيهما كان نافذا فلماذا تعتق بموت احدهما والولد للذي هو في يديه لان دعواهما فيه دعوى النسب وبينة ذي اليد في دعوى النسب تترجح على جانب الخارج. قال أمة في يدي رجل وفي يده ولد لها فادعى آخر أنه تزوجها بعد اذن مولاه فولدت له على فراشه هذا الولد الذي في يد مولاه وأقام البينة على ذلك وأقام المولى

البينة أنه ابنه ولد على فراشه من أمته هذه فأنى أقضى بالولد للزوج وأثبت نسبه منه لان ثبوت النسب باعتبار الفراش وفراش النكاح أقوى في اثبات النسب من فراش الملك (ألا ترى) أن النسب الذي يثبت بالنكاح لا ينتفى بمجرد النفي والذي يثبت بملك اليمين ينتفى بمجرد النفي والضعيف لا يظهر في مقابلة القوى فلماذا أثبتنا النسب من الزوج ولكنه يعتق باقرار المولى لانه قد أقر بحريته حين ادعى نسبه وكذلك الامة بمنزلة أم الولد للمولى لانه كما أقر للولد بالحرية فقد أقر لها بحق الحرية بسبب هو محتمل في نفسه فيثبت لها حق أمية الولد حتى إذا مات المولى عتقت وهذا لانه انما يمتنع العمل باقراره في ابطال ما صار مستحقا لغيره وهو النسب فأما فيما وراء ذلك يجعل هو كالمقر بالحق لانه ليس فيه

ابطال حق لاحد. قال حرة ولدت ولدين في بطن واحد فكبرا واكتسبا مالا ثم مات أحدهما عن ابنين ثم ادعى رجل أنه تزوج المرأة وأنهما ابناه منها وأقرت المرأة وحدها بذلك فانها لا تصدق على غيرها لان الولد الثاني كبير يعبر عن نفسه فلا يثبت نسبه من الغير بدعواه الا عند تصديقه وكذلك الميت منهما ابناه قائمان مقامه فلا يثبت نسبه بدعواه الا بتصديقهما ولم يوجد واقرار المرأة ليس بحجة على أحد منهم ولكنه حجة عليها فيشركها في نصيبها من ميراث ابنها لانها زعمت أن الميت منهما خلف ابنين وأبوين فللابوين السدسان والباقي للابنين فقد أقرت بان حق الاب وحققها في تركته سواء فيقسم ما في يدها بينهما نصفان وليس من ضرورة الشركة في الميراث في نصيب المقر ثبوت النسب فان المال يستحق باسباب وأصله في أحد الاخوان إذا أقر باخ ثالث فان أقر الابن الثاني بذلك ثبت نسبهما جميعا منه لان نسب المقر قد ثبت بتصديقه ومن ضرورة ثبوت نسب الآخر فانهما توأم وان أقرا بن الميت بذلك وهو محتمل ثبت نسبهما منه لان ابن الميت قائم مقام الميت وهو في حياته لو صدق ثبت نسبهما منه فكذلك إذا صدقه من خلفه. قال أمة ولدت غلاما فافر المولى ان هذا الولد من زوج حر أو عبد معروف فان صدقه المقر له أو كان ميتا أو غائبا ثم ادعى المولى انه ابنه عتق بدعواه لاقرار بحريته ولا يثبت نسبه منه لانه ثابت من المقر له بحكم اقراره وعند التصديق غير مشكل وعند غيبته وهو موقوف على حقه فلا يملك أن يدعيه على نفسه وان كان المقر له حاضرا فكذبه ثم ادعاه المقر بعد ذلك لنفسه قال أبو حنيفة رحمه الله لا يثبت نسبه منه وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يثبت نسبه منه لان اقرار المقر قد بطل بتكذيب

[112]

المقر له وبقي الولد محتاجا إلى النسب فإذا ادعاه المولى في حال حاجته وليس فيه ابطال حق غيره يثبت منه (ألا ترى) أن المشتري للعبد إذا أقر بالولاء للبائع وكذبه البائع ثم ادعاه لنفسه ثبت الولاء منه والولاء بمنزلة النسب في أنه لا يحتمل الابطال بعد ثبوته ثم هناك بالتكذيب يبطل اقراره لغيره ويصير كأن لم يكن فكذلك هنا وأبو حنيفة رحمه الله يقول في كلامه الاول اقرار بشيئين أحدهما ثبوت النسب من الغير والآخر خروجه من دعوى هذا النسب أصلا وتكذيب المقر له انما يبطل ما هو من حقه فأما مالا حق له فيه لا يبطل الاقرار فيك بتكذيب وخروج المقر من دعوى هذا النسب ليس بحق للمقر له فيبقى الحال فيه بعد التكذيب على ما كان قبله والدليل عليه أن بتكذيبه لا يبطل الاقرار لان النسب مما لا يحتمل الابطال أصلا بل بقي موقوفا على حقه حتى لو ادعاه ثبت منه فلا يملك المولى دعواه لنفسه في حال توفقه على حق الغير كولد الملاءنة إذا ادعى غير الملاءنة نسبه لا يثبت منه لانه يبقى موقوفا على حق الملاءنة فيمنع ذلك صحة دعوة غيره وهذا بخلاف الولاء فانه أثر من أثر الملك وأصل الملك محتمل النقل من شخص إلى شخص فكذلك أثره الا أنه انما لا يحتمل الابطال بعد تقرير سببه وهو العتق من واحد لعدم تصور ذلك السبب من غيره حتى لو تصور بأن كانت أمة فارتدت ولحقت بدار الحرب وسببت فملكها رجل وأعتقها كان ولاؤها له دون الاول وهنا السبب كان موقوفا لم يتقرر للبائع ويحتمل تقريره من قبل المشتري بدعواه لنفسه فلهذا يثبت الولاء له بخلاف النسب ولو لم يقر المولى بشئ منه من ذلك ولكن أجني قال هذا الولد ابن المولى فأنكره المولى ثم اشتراه الاجنبي أو ورثه فادعى أنه ابنه عتق ولم يثبت نسبه منه في قول أبي حنيفة رحمه الله

وهذا والاول سواء لان الاقرار بالنسب في حق المقر يعتبر فيما لا يتناول حق المقر مالكا كان أو أجنبيا وكذلك لو شهد شاهدين بنسب لغيره ثم ادعى لنفسه ثم لم يثبت نسبه في قول أبي حنيفة رحمه الله لما بينا أن بشهادته لغيره قد أخرج نسبه من ذلك النسب فلا يمكنه أن يدعيه لنفسه بعد ذلك قال ولو شهدت امرأة على صبي انه ابن هذه المرأة ولم تقبل شهادتهما بالنسب ثم ادعت الشاهدة أن الصبي ابنها وأقامت على ذلك شاهدين لم يقبل ذلك منها لانها بشهادتها قد أخرجت نفسها من دعوى نسب هذا الولد فان الولد لا يثبت نسبه من المرأة الا بانفصاله عنها وبعدما زعمت أنه انفصل من المشهود لها لا يمكنها أن تدعى انفصاله منها والبينة على النسب بدون الدعوى لا تكون مقبولة ولو

[113]

كبر الصبي فادعى انه ابنها واقام على ذلك شاهدين قضى القاضي بنسبه منها لان الابن يدعى ما هو من حقه فان نسبه وان كان ثابتا إلى أبيه فإذا كان ثابت النسب من أمه يكون كريم الطرفين ولم يسبق منه ما يناقض ويمنعه من هذه الدعوى فوجب قبول بينته (ألا ترى) أن الام لو كانت جاحدة أصلا قبلت بينة الابن عليها فكذلك إذا كانت مناقضة في قولها وكذلك لو ادعى رجل صبيًا في يد امرأة انه ابنه وهى تنكر فشهد له شاهد فلم يقبل القاضي شهادته ثم ان الشاهد ادعى الصبي انه ابنه وان المرأة امرأته وأقام البينة على ذلك لم تقبل بينته لان بشهادته صار مخرجًا نفسه من هذه الدعوى ولو ادعته المرأة عليه وأقامت البينة قبلت بينتها لانها تدعى ما هو من حقه فان في ثبوت نسب ولدها من رجل دفع تهمة الزنا عنها حتى تكون محصنة ولم يسبق منها ما يمنعها من هذه الدعوى فوجب قبول بينتها عليه قال ولو ادعى رجلان صبيًا في يد امرأة كل واحد منهما يقول هو ابني منها بنكاح وهى ينكر ثم ادعت المرأة على آخر أنه تزوجها وهذا الصبي لها منه وشهد لها بذلك الرجلان المدعيان للصبي لم أقبل شهادتهما لانهما بالدعوى الاولى صار مناقضين في هذه الشهادة وتأثير التناقض في الشهادة أكثر منه في الدعوى فإذا كان هذا النوع من التناقض يمنعه الدعوى فلان يمنعه من الشهادة كان أولى وكذلك صبي في يد امرأة شهد رجل أنه ابن فلان ورد القاضي شهادته ثم شهد هو وآخر أنه ابن رجل آخر لم تقبل هذه الشهادة لكونه أحد الشهادين متناقضًا فيها. قال وإذا أقر الرجل ان أمته حلي من رجل قد مات ثم ادعى انه منه فولدت لاقل من ستة أشهر عتق لاقرار بحريته ولم يثبت نسبه منه لان تيقنا بوجوده في بطن الام حين أقر بنسبه لغيره وثبوت النسب من وقت العلوق والاقرار به حال كونه موجودا في البطن والاقرار به بعد الانفصال سواء فلا تسمع منه الدعوى لنفسه بعد الاقرار الاول وهذه هي الحيلة أن يشتري جارية حاملا إذا أراد أن يتحرز عن دعوى البائع بأمره بأن يقر أن الحمل بها من فلان الميت ثم يشتريها المشتري فإذا ادعاه البائع بعد ذلك لنفسه لا يسمع دعواه ولا يبطل ملك المشتري فيها ولا في ولدها ولو أقر أن الحمل بها من زوج ثم مكث سنة ثم قال هي حامل منى فولدت لاقل من ستة أشهر من الاقرار الآخر فهو ابن المولى ثابت النسب منه لانه لم يسبق منه ما يخرج من دعوى نسبه الآخر فانه لم يكن موجودا في البطن عند كلامه الاول انما هو من علوق حادث فان (قيل) هو مالك لام الولد وقد أقر أنها منكوبة

الغير وفراش النكاح للغير عليها يمنع المولى من دعوى نسبها (قلنا) ذلك
 الاقرار ليس بموجب لنكاح الغير عند العلوق بالثاني لان بقاء ما عرف ثبوته
 لعدم الدليل المزبل لا لوجود الدليل المنقضى ودعواه نسب الولد الثاني
 تنصيص منه على كونها فراشا له حين علقت بالثاني فهذا دليل موجب
 لفراشه فلا يعارضه ما كان ثابتا لعدم الدليل المزبل حتى يكون دافعا له.
 قال رجل قال لامته الحامل ان كان حملها غلاما فهو منى وان كان جارية
 فهو من زوج زوجته اباه او قال ان كانت جارية فليست منى فولدت غلاما
 وجارية لاقول من ستة أشهر فهما ولداه لان كلامه يشتمل على شيئين
 أحدهما معتبر والآخر لغو فالمعتبر دعواه نسب ما في بطنها واللغو
 التقسيم فيما بين الغلام والجارية نفيا وإثباتا فان هذا رجم بالغيب ولا
 طريق له إلى معرفته فاعتبر من كلامه ما أمكن اعتباره وقد تيقنا
 بوجودهما في البطن حين ادعى نسب أحدهما وهما توأم فدعواه نسب
 أحدهما كدعواه نسبهما فلهذا قضى بانهما ولداه ولو أقر أنه زوج أمته رجلا
 غائبا وهو حي لم يمت ثم جاءت بولد بعد قوله لستة أشهر فادعاه المولى
 لم يصدق لان اقراره بالنكاح بزواج معروف اقرار صحيح فيثبت به نكاح
 الغائب في حقه فدعواه بعد ذلك في ابطال حق ذلك الغائب غير مسموع
 بخلاف ما تقدم من اقراره أنه من زوج لان ذلك اقرار بالنكاح للمجهول
 والاقرار للمجهول باطل وليس في دعواه نسب ولد علق بعد ذلك ابطال
 حق ثابت لغيره فلهذا أثبتنا النسب منه. قال ولو أقر أنه ولد مكانه من زوج
 ثم ادعى هو نسبته لم يصدق عليه لان بالكلام الاول أخرج نفسه من دعوى
 نسب هذا الولد ولكن يعتق عليه لان ولد المكاتب مكاتب مع أمه فكان
 مملوكا للمولى كالامة حتى يملك اعتاقه فكذلك يملك اقراره فيه بما يوجب
 الحرية ولا يضمن للمكاتب شيئا لانه حصل بعض مقصودها فانها انما تسعى
 لتحصيل الحرية لنفسها ولاولادها وكذلك ولد المدبرة وأم الولد فيما ذكرنا
 وكذلك أمة بين رجلين ولدت فأقر كل واحد منهما انه ابن الآخر ثم ادعاه
 احدهما بعد ذلك لم يصدق على النسب لانه اقر بانه ابن لشريكه وذلك
 يخرج من دعوى نسبته فلا تصح دعواه لنفسه بعد ذلك وقد عتق الولد بقول
 الاول منهما لاتفاقهما على حريته سواء كان ابنا لهذا أو لذاك وصارت
 الام بمنزله ام الولد موقوفة لتصادقهما على ثبوت حق امية الولد لها
 ونفى كل واحد منهما ذلك عن نفسه فأيهما مات عتقت لان الحي منهما
 يزعم انها ام ولد للميت وقد عتقت بموته والميت كان مقرا بنفوذ اقرار
 الحي فيها لانها ام ولده فلهذا عتقت بموت احدهما. قال رجل

علقت جاريته في ملكه فولدت فادعى الولد ابوه ثبت نسب الولد منه
 وصارت الجارية ام ولد له وعليه للمولى قيمة الولد للجارية لان الشرع
 اضاف مال الولد إلى الاب بقوله صلى الله عليه وسلم انت ومالك لا بيك
 واثبت له حق تملك المال على ولده عند الحاجة ولهذا كان له أن ينفق من
 ماله بالمعروف وحاجته إلى النفقة لابقاء نفسه إلى الاستيلاء لابقاء نسله
 فان بقاءه معني ببقاء نسله الا أن الحاجة إلى ابقاء النفس أصلية فيثبت له
 ولاية صرف مال الولد إلى حاجته من غير عوض وحاجته إلى ابقاء نسله
 ليس من أصول الحوائج فلا يبطل حق الولد عن مالية الجارية فكان له أن
 يملكها بضمان القيمة نظرا من الجانبين وروى عن بشر رحمه الله أنه قال

آخر ما استقر عليه قول أبي يوسف رحمه الله ان الجارية لا تصير أم ولد للاب ولكن الولد حر بالقيمة بمنزلة ولد المغرور فيغرم الاب عقرها وقيمة ولدها لان حق ملك الاب في مال ولده لا يكون أقوى من حق ملك المولى في كسب مكاتبه فانه يملك رقبة المكاتب ولا يملك رقبة ولده ثم لو ادعى ولد جارية مكاتبه لا تصير الجارية أم ولد له ولكن ان صدقه المكاتب فالولد حر بالقيمة فكذلك هنا الا ان هناك يحتاج إلى تصديق المكاتب لان المولى حجر على نفسه عن التصرف في كسب مكاتبه ودعوة النسب تصرف منه فلا ينفذ الا بتصديقه * ووجه ظاهر الرواية ان للمولى في كسب المكاتب حق الملك وذلك كاف لثبات النسب فلا حاجة به الي تملك الجارية وإذا لم يملكها لا تصير أم ولد له وليس للوالد في مال ولده حق الملك بدليل انه يباح للابن أن يوطأ جارية نفسه فلا يمكن اثبات النسب فيه الا بتقديم بملك الجارية فيه على الاستيلاء صيانة لمائه من الضياع وإذا صار متملكا لها فانما استولد ملك نفسه فتصير أم ولد له فلهذا لا يلزمه قيمة الولد لانه علق حر الاصل ولا عقر عليه عندنا وقال زفر والشافعي رحمهما الله عليه العقر لان وطأه حصل في ملك الغير فلا يخلو عن ايجاب حد وعقر وقد سقط الحد لشبهة فيجب العقر كما لو وطئها فلم تحبل وهذا لان ملكه اياها أن يقدم على العلوق ولكن لا يضيع ماءه فيبقى أصل الوطئ حاصلًا في ملك الغير (ألا ترى) انه يسقط به احصان الاب ولنا ان ملكه اياها مقدم على فعل الاستيلاء وأصل الوطئ إذا اتصل به العلوق يكون استيلاء كالجرح إذا اتصل به ذهوق الروح يكون قتلا من الاصل فإذا تقدم ملكه اياها على فعل الاستيلاء كان واطئًا ملك نفسه فلا يلزمه العقر غير أن تقديم هذا الملك ضرورة تصحيح الاستيلاء فلا يعد وموضع الضرورة ففي حكم الاحصان لا يظهر هذا الملك لانعدام الضرورة

[116]

فيه ولان المستوفي في حكم جزء من عينها وقد غرم بفعله جميع بدل نفسها ويسقط اعتبار بدل الجزء كمن قطع يد انسان خطأ ثم قتله خطأ قبل البرء أما إذا اشتراها الابن حاملا فولدت بعد الشراء بيوم فادعاه أبوه لم يثبت النسب منه إذا أكذبه الابن لان ثبوت النسب من الاب بشرط تملكها على الابن من وقت العلوق وقد تعذر ايجاد هذا الشرط هنا لانها عند العلوق ما كانت في ملك الابن ولا كان للاب فيها ولاية النقل إلى نفسه لحاجة ولان دعوته هنا دعوة التحرير فيقتصر على الحال ولا كان للاب فيها ولاية ويكون بمنزلة الاعتاق وليس للاب ولاية الاعتاق في مال ولده بخلاف الاولى فان دعوته دعوة الاستيلاء وإلى هذا أشار فقال لو جعلته ابنه لم أضمنه قيمة الام لتعذر تملكه عليه اياها من وقت العلوق وكل ولد لا يضمن الاب فيه قيمة الام فهو غير مصدق عليه الا أن يصدقه الابن فحينئذ يثبت النسب منه بمنزلة أجنبي آخر إذا ادعاه فصدق المولى وهذا لان الحق لهما فما تصادقا عليه محتمل فيجعل كانه حق وكذلك ان باعها الابن قبل أن تلد ثم ولدت فادعاه أب البائع لم تصح دعوته لتعذر ايجاد شرطه وهو يملك الام عليه حين لم يكن في ملك الولد وقت الدعوة وكذلك ان باعها بعد العلوق ثم اشتراها فولدت لان شرط صحة دعوته تملكها عليه مستند إلى وقت العلوق وقد تعذر ذلك لما تخلل من زوال ملك الابن وكذلك المدبرة بحبل في ملك مولاه وتلد فادعاه الولد الاول أبوه لم يثبت نسبه منه لان ما هو الشرط وهو النقل إلى ملك الاب بضمان القيمة متعذر في المدبرة وكذلك أم الولد إذا ولدت ولدا فنفاه المولى فادعاه أبوه وروى ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهما الله في المدبرة ان دعوة الاب صحيحة يثبت نسب الولد منه

يضمن عقرها وقيمة الولد مدبرا وهذا على الاصل الذي ذكرنا لابي يوسف رحمه الله انه لا يملك الجارية ولكنه بمنزلة المغرور في دعوى النسب وفي هذا القنة والمديرة سواء الا أنه يضمن قيمته مدبرا لانه كما انفصل عن أمه انفصل مدبرا فانما يضمن قيمته على الوجه الذي أتلفه بدعوته وفرق على هذه الرواية بين ولد المديرة وولد أم الولد فقال ولد أم الولد ثابت النسب من مولاها لماله عليها من الغراض فيمنع ذلك صحة دعوة الاب وان نفاه المولى كما في ولد الملاعنة فأما ولد المديرة غير ثابت النسب من مولاها فتصح دعوة أبيه فيه وكذلك ولد المكاتب يدعيه أب مولاها فانه غير مصدق على ذلك لتعذر شرط صحة الدعوة وهو يملكها عليه بضمان القيمة فان ولدته وهي مكاتبه أو كاتبها بعدما ولدت أو كاتب الولد لم تصح دعوة الاب

[117]

في الفصول كلها لان الولد هو المقصود وقد تقرر فيه من جهة الابن ما يمنع نقله إلى الاب فلهذا لم تصح دعوته وان كاتب الام بعد الولادة ثم ادعى الاب نسب الولد قال في هذا الموضع لا تصح دعوته وقال بعد هذا تصح دعوته ويثبت نسب الولد منه ولا يصدق في حق الام وما ذكر هنا قول محمد رحمه الله وما ذكر بعد هذا قول أبي يوسف رحمه الله نص علي الخلاف في الجامع في البيع إذا باع الام بعد الولادة ثم ادعى أبوه نسب الولد يثبت نسبه في قول أبي يوسف ولم يثبت في قول محمد فكذلك إذا كاتبها * وجه قول محمد رحمه الله ان شرط صحة الدعوة يملكها عليه بضمان القيمة وقد تعذر ذلك حين كاتبها أو باعها فلم تصح دعوته كولد المديرة وأم الولد * وجه قول أبي يوسف رحمه الله ان الولد هو المقصود بالدعوة وقد ثبت الاب حق استلحاق نسبه بالدعوة قبل كتابة الام فلا يتعين بذلك كتابة الام بخلاف ولد المديرة وأم الولد فان المانع هناك في الولد موازاته ما نحن فيه ان لو كاتبها جميعا قال وان ادعى ولد جارية ابنه والابن حر مسلم والاب عبد أو مكاتب أو كافر لم تصح دعوته لان شرط ثبوت النسب ولاية النقل فيها إلى نفسه بضمان القيمة والرقيق والكافر لا ولاية له على ولده فلم تصح دعوته لتعذر اتحاد شرطه فلو كان الاب مسلما والابن كافرا صحت دعوته وطعن عيسى رحمه الله في هذا الحرف فقال كما ليس للكافر ولاية على ولده المسلم فليس للمسلم ولاية على ولده الكافر حتى لا يرث أحدهما صاحبه ولا يثبت له ولاية التزويج والتصرف في ماله في صغره فلا يملكه بالاستيلاء والصحيح ما ذكر في بعض ظاهر الرواية والفرق من وجهين أحدهما ان التملك بالاستيلاء ابقاء أثر الولاية التي كانت ثابتة في حال الصغر فإذا كان الاب مسلما فلا يكون الابن مقرا على كفره الا بعد ان يكون اسلام الاب طارئا وقد كانت ولايته قبل اسلامه فيبقى أثره حق الملك بالاستيلاء فأما الابن إذا كان مسلما فهو مسلم أصلى باسلام أمه ولم يكن للكافر عليه ولاية قط فلا يبقى أثر ولايته في الاستيلاء ولان التملك بالاستيلاء لكرامة الاب فيثبت للمسلم على الكافر الولاية التي يرجع إلى كرامة المسلم كولاية الشهادة ولا يثبت للكافر على المسلم مثل هذه الولاية فلهذا افترقا ولو كانا جميعا من أهل الذمة ومملهما مختلفة جازت دعوة الاب فيه لان لبعضهم على البعض ولاية مع اختلاف الملل. قال ولا تجوز دعوة الجد إذا كان الاب حيا لانه ليس له ولاية على النافلة ولا في ماله في حياة الاب فكان هو كسائر الاجانب فان كان الاب

ميتا فالجد في الولاية قائم مقام الاب بعد وفاته لصحة دعوة النسب منه وان كان الجد من قبل الام لم تجز دعوته في الوجهين جميعا لانه لا ولاية له على ولد ابنته ولا في ماله فلا يمكن ايجاد شرط الدعوة وهو تملك الجارية عليه بالاستيلاء وان كان قد وطئ جاريته ثم ولدت فلم تدعه وادعاه أبوه جازت دعوته لان موطؤه الابن محتملة للقل؟ إلى الاب بالعوض وان كانت لا تحل له فيتحق فيها ما هو شرط الدعوة. قال وإذا ادعى الاب نسب ولد جارية الابن فضمن قيمتها للابن ثم استحقها رجل بالبينة فانه يأخذها وعقرها وقيمة ولدها لان الاب هنا بمنزلة المغرور لانها مملوكة الابن ظاهرا وللأب حق الاستيلاء في ملك الابن فإذا ظهر الاستحقاق تبين انه كان مغرورا فيغرم عقرها وقيمة ولدها ويرجع على الابن بما أدى إليه من قيمتها لانه تبين انه لم يملكها على أبيه وأنه استوفى القيمة منه بغير حق وكذلك لو وطئ أمة مكاتب فولدت وادعاه المولى وصدقه المكاتب ثم استحقها رجل قضى للمستحق عليه بالعقر وقيمة الولد لانه بمنزلة المغرور فان له في كسب المكاتب حق ملك يكفي لصحة استيلائه وبالأستحقاق تبين انه كان مغرورا فيغرم للمستحق عقرها وقيمة ولدها ويرجع على المكاتب بما غرم له من العقر وقيمة الولد لانه ما أتلّف على المكاتب شيئا فلا يسلم للمكاتب شيء من قيمته والله أعلم بالصواب (باب الحميل والمملوك والكافر) قال رضي الله عنه الاصل ان اقرار الرجل يصح بأربعة نفر بالاب والابن والمرأة ومولى العتاقة واقرار المرأة يصح من ثلاثة نفر بالاب والزوج ومولى العتاقة ولا يصح اقرارها بالولد) لان اقرار المرء على نفسه مقبول. قال الله تعالى بل الانسان على نفسه بصيرة وعلى الغير مردود للثمة فالرجل بالاقرار مقر بالولد على نفسه لان الولد ينسب إليه والمرأة تقر على الغير وهو صاحب الفراش لان الولد ينسب إليه لا إليها فلم يصح اقرارها بالولد لهذا وفي الثلاثة هي مقرة على نفسها كالرجل فيصح الاقرار والاقرار بما سوى هذه الاربعة من القربات كالاخوة والاعمام لا يصح لانه يحمل نسبه على غيره فان ثبوت النسب بينهما لا يكون الا بواسطة وفي تلك الوسطة اقرار على الغير فلم يكن صحيحا والاصل فيه حديث عمر رضي الله عنه لا يورث الحميل الا ببينة وأصل هذه ما روي عن الشعبي رحمه الله ان امرأة

سبيت ومعها صبي فاعتقا وكبر الصبي واكتسب مالا ثم مات فقالوا للمرأة خذي ميراث ابنك فقالت ليس هو ابني ولكنه ابن دهقان القرية وكنت ظئرا له فكتب بذلك إلى عمر رضي الله عنه فكتب أن لا يورث الحميل الا ببينة قال محمد رحمه الله الحميل عندنا كل نسب كان في أهل الحرب وليس هذا بشيء يختص بأهل الحرب فان الحميل من يحمل النسب على الغير فعيل بمعنى فاعل أو من يحمل نسبه على الغير فعيل بمعنى مفعول كالقتيل بمعنى مقتول الا أنه انما وضعه في أهل الحرب بناء على العادة لانه لا يمكن اثبات انسابهم بالبينة في دار الاسلام وقل ما يتعذر ذلك فيما بين المسلمين فلهذا وضعه في أهل الحرب فقال إذا سبى صبيان فاعتقا وكبرا فاقر كل واحد منهما أن الآخر أخوه لآبيه وأمه لم يصدقا في ذلك

لأنهما يحملان النسب على الأب فالأخوة بينهما لا تثبت إلا بواسطة الأب والام لان الأخوة عبارة عن مجاورة في صلب أو رحم وكذلك لو كان مع المسيبي امرأة فاعتقت وادعت انه ابنها وصدقها في ذلك لم يصدق بخلاف ما إذا كان مع المسيبي رجل فاعتق ثم ادعا أن الصبي ابنه يثبت نسبه منه لانه يقر بالنسب على نفسه ولان سبب ثبوت النسب من الرجل خفى لا يقف عليه غيره فمجرد قوله فيه مقبول وسبب ثبوت النسب من المرأة ولادة يطلع عليها غيرها فلا يقبل بمجرد قولها فان كان الصبي ممن يعبر عن نفسه أو كان بالغاً لم يثبت النسب الا بتصديقه لان الاقرار يتوقف على تصديق المقر له إذا كان التصديق متأتياً ولانه من وجه يدعي عليه وجوب الانتساب إليه قال صلى الله عليه وسلم من انتسب الي غير أبيه أو اتممى إلى غير مواليه فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لا يقبل الله منه صرفاً ولا عدلاً فلا يثبت المدعى عليه الا بتصديقه وانما يثبت عند التصديق إذا كان محتملاً في نفسه وان لم يكن الولد معروف النسب من غيره ثم إذا أقرت المرأة بولد وصدقها لم يثبت النسب ولكنهما يتوارثان ان لم يكن لهما وارث معروف لان المقر يعامل في حق نفسه كان ما أقربه حق وانما لا يصدق في حق الغير لتمكن التهمة فإذا كان هناك وارث معروف تتمكن بينهما تهمة المواضعة على ابطال حق الوارث المعروف وإذا لم يكن هناك وارث معروف لا تتمكن تهمة المواضعة بينهما لان كل واحد منهما متمكن من انشاء سبب يجعل ماله لصاحبه كالوصية في عقد الموالاة فلا تتمكن فيه التهمة وقد انفصل حكم الميراث عن النسب ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله لم يستحلف في النسب ويستحلف في المال المدعا به وهو الميراث فان شهدت لها امرأة

[120]

على ذلك وقد صدقها الولد ثبت نسبه منها لان شهادة القابلة تظهر النسب وهو الولادة فانه مما لا يطلع عليه الرجال ولكن يشترط تصديق الولد لانه إذا كان مكذباً لهما لم يثبت النسب الا بحجة تامة وشهادة المرأة الواحدة ليست بحجة تامة وان لم يشهد لها امرأة وصدقها زوجها انه منه ثبت النسب منهما اما من الزوج باقراره فانه يقر على نفسه وإذا ثبت منه ثبت منهما تبعاً لان الفراش له عليها وهو سبب لثبوت النسب منهما وانما يحال النسب على هذا النسب الظاهر. قال وإذا اشترى العبد المأذون أمه فوطئها فولدت فادعي ولدها ثبت نسبه منه لان كسب العبد مضاف إليه شرعاً قال صلى الله عليه وسلم من باع عبداً وله مال وهذه الاضافة تؤثر في تصحيح الدعوة كما في دعوة الأب ولد جارية ابنه ولان من العلماء من يقول كسب العبد مملوكاً له لانه يملك التصرف فيه وملك التصرف باعتبار ملك محله ولان حق صاحبه فيه مقدم على حق المولى حتى يصرف إلى دينه ولا يسلم للمولى ما لم يفرغ من دينه فتصير هذا شبهة وأدنى الشبهة تكفى لتصحيح دعوة النسب وكذلك مولاه لو سبق بالدعوة ثبت النسب منه لانه مالك لكسب العبد حقيقة ان لم يكن عليه دين فان كان عليه دين فهو يملك استخلاصها لنفسه بقضاء القاضى فيصير بدعوة النسب كانه استخلصها لنفسه. قال ولو زوج المولى هذه الامة من عبده صح النكاح كما لو زوجه أمة أخرى له وثبت النسب منه إذا ولدت وكذلك لو تزوجها بغير اذن المولى ثبت نسب الولد منه إذا أقربه لانه بدون شبهة النكاح يثبت النسب عند اقراره فعند شبهة النكاح أولى وكذلك لو تزوجها المولى فولدت لان النكاح لغو منه فيها فيثبت النسب عند اقراره بالولد كما لو لم يسبق النكاح وكذلك لو ادعى العبد ولد امرأة حرة بنكاح فاسد أو جائز لان العبد من أهل

أن يثبت النسب منه وإقراره بالنسب لا يمس حق المولى وفيما لا يتناول حق المولى إقرار العبد به كإقرار الحر كما في الإقرار بالقود والطلاق وفي كل شيء لا يصدق فيه الحر ما لم يملك الولد فكذلك العبد لا يصدق فيه ما لم يملك بعد عتقه فإذا ملكه بعد العتق عتق وثبت نسبه منه لأن الإقرار بمال لا يحتمل الإبطال يبقى موقوفاً على ظهور حكمه بملك المحل وعند ذلك يصير كالمجدد للإقرار فيثبت حكمه في حقه وكذلك العبد المديون إذا ادعى ولد أمة اشتراها يثبت النسب منه لأنه كسبه وليس في إقراره بإبطال حق الغرماء فإنه متمكن من بيعها وبيع ولدها بعد ثبوت النسب وكذلك لو ادعى أن مولاه أحلها له وكذبه المولى لأن لا معتبر بإحلال

[121]

المولى فيما هو كسب العبد فعند تكذيب المولى تصير دعوى الإحلال كالمعدوم وبدونه يثبت النسب من العبد. قال وإن ادعى ولداً من أمة لمولاه لم يكن من تجارته فادعى أن مولاه أحلها له أو زوجها إياه فإن كذبه المولى في ذلك لم يثبت النسب منه لأنه لا حق له في جارية المولى فهو في هذه الدعوة كاجنبي آخر إلا أنه إذا أعتق فملكه يثبت النسب منه بمنزلة حر يدعيه ثم يملكه يثبت النسب منه في دعوى النكاح قياساً واستحساناً وفي دعوى الاستحلال استحساناً وفي القياس دعوى الاستحلال ليس بشيء لأن هذا المحل غير قابل للإحلال والإحلال ليس بعقد بل هو بمنزلة الرضا فكانه ادعى أنه زنا بها برضاء مولاه وبهذا لا يثبت النسب ولكنه استحسناً فقال الإحلال من وجه كالنكاح فإن ملك النكاح يسمى ملك الحل ولا يثبت له بالنكاح ملك عينها ومنافعها إنما يحل له أن يطأها فكان الإحلال مورثاً شبهة من هذا الوجه والنسب يثبت في موضع الشبهة فإن صدق المولى عبده في ذلك ثبت النسب منه إلا أن في دعوى النكاح يحتاج إلى التصديق في النكاح خاصة وفي دعوى الإحلال يحتاج إلى التصديق في شيئين في أنه أحلها له وأنها ولدت منه لأن الإحلال أضعف من المتعة والمتعة عقد والإحلال ليس بعقد فلضعفه قلنا لا يثبت النسب منه إلا بإقرار بهما وهذا لأن العقد ثبت في المحل فبعد ثبوته لا يحتاج إلى إقرار المولى بالولادة فأما الإحلال لا يثبت في المحل فلا يثبت النسب ما لم ينضم إليه الإقرار بأن الولد منه قال ودعوة المكاتب ولد أمة جائزة لأن حقه في كسبه أقوى من حق العبد المأذون فإن للمكاتب حق الملك في كسبه وينقلب ذلك حقيقة الملك بعتقه وليس للعبد المأذون مثله فإذا صحت الدعوة من المأذون فدعوة المكاتب أولى ولا يحتاج المكاتب إلى تصديق المولى إياه بخلاف المولى إذا ادعاه فإنه لا يثبت النسب منه إلا بتصديق المكاتب وإن كان لكل واحد منهما حق الملك لوجهين أحدهما أن المكاتب مستند بملك التصرف في كسبه والدعوى من باب التصرف وهو مما يحتاج إليه لصيانة مائه مستند به والثاني أن المولى حذر على نفسه عن التصرف في كسب المكاتب فلا تنفذ دعوته بسبب الحجر الذي ألزمه نفسه ما لم يصدقه المكاتب ولم يوجد مثل ذلك الحجر في جانب المكاتب فيثبت النسب منه بالدعوة وإن لم يصدق المولى وكذلك لو ادعى ولداً من امرأة حره بنكاح فاسد أو جائز وصدفته المرأة لأنه في دعوى النسب كالحر قال ولو ادعى ولد أمة رجل بنكاح أو ملك وكذبه الرجل لم يصدق المكاتب كالحر إذا

ادعاه فان عتق فملكه يوما ثبت نسبه منه وكان كالمجدد لاقراراه حين ملكه. قال وإذا باع المكاتب أمة فولدت لاقل من ستة أشهر فادعي الولد صحت دعوته لانه في حق استلحاق النسب كالحر وإذا حصل العلوق في ملكه كان له حق الدعوة ويرد إليه الولد مع أهله لان استيلاده في كسبه يمنعه من بيع الام والولد فان الولد يدخل في كتابته تبعاً له وثبوت حق الام بثبوت حق الولد فيمنع بيعها فكان هو كالحر في هذا بخلاف العبد المأذون فان هناك بثبوت النسب الولد منه لا يمتنع بيع الام والولد عليه فكذلك لا يرد إليه الولد ولا أمه إذا ادعى نسبه. قال وان وطئ المكاتب أمة ابنه وهو حر أو مكاتب بعقد على حدة لم يثبت النسب منه إذا كذبه الابن لان ثبوت دعوة الاب شرطه ولانه نقل الجارية إلى نفسه بضمنان القيمة وليس للمكاتب هذه الولاية فان ملكه يوما ثبت نسبه لان امتناع ثبوت النسب منه بدعوته لعدم ملك المحل وقد زال ذلك حين ملكه وان كانت الجارية لابن له ولد في مكاتبته أو اشتراه فولدت فادعاه المكاتب جازت دعوته وصارت الام أم ولد له ولم يضمن مهرًا ولا قيمة لان كسب المولود في كتابته ومن يكاتب عليه بشرائه بمنزلة كسبه (ألا ترى) أنه يتمكن من أخذ ذلك كل ليستعين به على أداء المكاتبه وكانت هذه الامة في حقه بمنزلة أمته فلهذا ثبت النسب منه ولم يضمن عقراً ولا قيمة. قال رجل إذا ادعا ولد جارية مكاتب له لم يصدق الا بتصديق المكاتب لانه بعقد الكتابة جعل نفسه في التصرف في كسبه بمنزلة الاجنبي والدعوة من باب التصرف فان صدقه المكاتب ثبت النسب وكان حراً بالقيمة استحساناً وفي القياس هو عبد للمكاتب لان المولى في هذه الدعوة كلاجنبي لانه لو اشترى ابن مولاه وهو معروف لم يمتنع عليه بيع فكذلك إذا ادعى نسب ولد جاريته ولكنه استحسّن فقال المولى بمنزلة المغرور لان له في كسب مكاتبه حق الملك وحق الملك من وجه بمنزلة حقيقة الملك فكانت بمنزلة الثابت للمغرور في الجارية المستحقة ولا ولد هناك يكون حراً بالقيمة نظراً من الجانبين فهذا مثله قال ولو ادعى الحر ولد مكاتبته وكذبته فهو ابنه لان رقة المكاتب مملوكة لمولاه فكذلك ولدها يكون مملوكاً له ودعوته في ملك نفسه دعوة صحيحة بخلاف ولد أمه المكاتب فان المولى غير مالك للامة ولا لولدها (ألا ترى) أن عتقه هناك لا ينفذ فيها ولا في ولدها وهنا ينفذ عتقه فيها وفي ولدها ولان الامة مع ولدها موقوفة على أن يتم الملك فيهما للمكاتب بالعتق فلا ينفرد المولى بإبطال ذلك على المكاتب

بالدعوة فأما ولد المكاتبه ليس بموقوف على أن يتم الملك فيه للمكاتبه وليس في تصحيح دعوته إبطال حق المكاتب بل فيه تحصيل بعض مقصودها فلهذا ثبت النسب وعتق الولد ولا ضمنان علي المولى في ذلك. قال ولو ادعى ولد ومكاتبه لم تصح دعوته الا بتصديق المكاتبه لانها أبعد من المولى من أمة المكاتب فان سبب بعدها عن المولى عقد الكتابة وفي أمة المكاتب للعبد سبب واحد في مكاتبه المكاتب بعدها من المولى بسببين فإذا لم تصح دعوته في أمة المكاتب الا بالتصديق ففي مكاتبه المكاتب أولى غير أن التصديق يكون إلى المكاتبه دون المكاتب الاعلى لان المكاتبه صارت أحق بنفسها وولدها والمكاتب حجر على نفسه عن التصرف فيها وفي ولدها فلهذا كان التصديق إليها دون المكاتب. قال وان ادعى ولد أمة

مكاتب مكاتبه وكذبه مولاها وصدقه المكاتب الا على لم يصدق لان الحق في هذه الامه وولدها للمكاتب الاسفل والمكاتب الاعلى منها كالاجنبي (ألا ترى) أنه لو كان هو المدعى للولد لم تصح دعوته الا بتصديق الاسفل فكذلك إذا كان المدعى هو المولى لم تصح الا بتصديق الاسفل فان عجز الاسفل صارت الامه للمكاتب الاعلى فيعمل تصديقه الآن لان المولى مدع لولد أمته وقد صدقته في ذلك فيثبت النسب منه ويكون حرا بالقيمة وان صدقه المكاتب الاسفل ثبت النسب ولا يأخذه المولى بالقيمة لان معنى الغرور لا يتمكن هنا فانه غير مالك لرقبة الامه ولا لرقبة مولاها بخلاف أمة مكاتبه فان هناك يملك رقبة مولاها والكسب يملك الاصل فيتمكن الغرور بملكه رقبة مولاها وهناك لا يتمكن الغرور ولان أسباب بعدها عن المولى هنا قد كبرت وكان هو منها بمنزلة الاجنبي وفي أمة المكاتب سبب البعد واجب فبقية الشبهة المثبتة لحكم الغرور وهو نظير ما قيل في ابن الاخ مع ابن العم فان قرابة ابن الاخ قرابة قريبة لان البعد سبب الشغب في ابن الاخ من جانب واحد وفي ابن العم الشغب من الجانبين فنزل كل واحد منهما من صاحبه بمنزلة الاجنبي ولو ادعى ولد مكاتبته ولها زوج لم يصدق على النسب صدقها زوجها أو كذبه لان النسب قد ثبت من الزوج بالفراش الثابت له عليها وملك الرقبة غير معتبر في اثبات النسب مع فراش النكاح ولكن الولد يعتق باقراره لان ولد المكاتبه مثل أمه فانه داخل في كتابتها لو أعتقه المولى نفذ عتقه فيه فكذلك إذا ادعى نسبه كان اقرارا منه بالحرية وان لم يثبت النسب لثبوته من الزوج ويستوى ان كان الزوج حرا أو مكاتباً للمولى أو عبداً له لان فراش النكاح مثبت للنسب

[124]

من هؤلاء بصفة واحدة. قال أمة بين رجلين علققت فباع أحدهما نصيبه من صاحبه ثم وضعت لاقل من ستة أشهر فادعاه المشتري ثبت نسبه وبطل البيع لان دعوته دعوة استيلاء فيستند إلى وقت العلوق ويثبت لها حق أمة الولد من ذلك الوقت فتبين انه اشترى أم ولده من غيره وكذلك يثبت للولد حقيقة الحرية من ذلك الوقت فتبين انه اشترى من صاحبه وفي بطلها ولد حر فكان الشراء باطلا والتمن منه ثم يغرم له نصف قيمتها ونصف عقرها لان الشراء صار كان لم يكن وأحد الشريكين إذا استولد الجارية المشتركة يتملك على صاحبه نصيبه لان أمة الولد لا يحتل بالتجزى فان سببه نسب الولد وهو غير متجزى فصار متملكا نصيب شريكه من حين علققت بنصف القيمة لان تملك مال الغير عليه لا يكون مجانا وضمان التملك لا يختلف باليسار والاعسار ويغرم نصف عقرها أيضا لانه حين وطئها كان النصف مملوكا للشريك فيلزمه ضمان نصف العقر له وهو بخلاف ما تقدم في الاب يدعى نسب جارية ابنه لانه ليس للاب في جارية ابنه مما يمكن تصحيح الاستيلاء باعتباره فلا بد من تقديم الملك على الاستيلاء وإذا قدمناه صار وطؤه في ملك نفسه فلا يجب العقر وهنا المستولد ملك نصفها عند الاستيلاء وذلك كاف لتصحيح الاستيلاء فلا يقدم الملك في نصيب شريكه له على الاستيلاء فيبقى وطؤه حاصلا في ملك الشريك وحقيقة المعنى أن بملك الاب رقبة الجارية هناك شرط الاستيلاء وشرط الشئ يسبقه وهنا يملك نصيب شريكه بحكم الاستيلاء لان أمة الولد لا يحتل التجزى وحكم الشئ يعقبه ولا يقترب به وكذلك لو كان البائع هو الذي ادعاه لان قيام الملك له في نصفها عند العلوق كقيام الملك في جميعها في حق استلحاق النسب به فلا يبطل ذلك بالبيع ولكن البيع يبطل بدعوته فصار كان لم يكن فهو يدعى نسب ولد جارية مشتركة بينهما وقد

بينما الحكم فيها فيه. قال أمة بين مسلمين أو بين مسلم وذمى كاتب أحدهما نصيبه ثم جاءت بولدها فادعاه الآخر ثبت نسبه منه لانه مالك لنصيبه منها بعد كتابة الشريك وقد عرف الجواب في الكتابة من أحد الشريكين انها تتجزى عند أبى حنيفة رحمه الله سواء كان باذن الشريك وبغير اذنه ولا تتجزى عندهما سواء كان باذن الشريك أو بغير اذنه الا أنه إذا كان بغير اذنه فله حق النقص لانه يتضرر به في الثاني وهو عند الاداء وعقد الكتابة محتمل للفسخ فإذا تصرف أحد الشريكين تصرفا يحتمل النقص وفيه ضرر علي شريكه كان له أن ينقضه لدفع الضرر عن نفسه وان لم ينقضه حتى اتصل بها الاداء

[125]

عتقت لوجود شرط العتق ولا يتمكن الشريك من الفسخ بعد ذلك لان العتق لا يحتمل الفسخ بعد الوقوع إذا عرفنا هذا فنقول نصيب المدعى منها يصير أم ولد له فأما نصيب المكاتب لا يصير أم ولد له في قول أبى حنيفة رحمه الله ما بقيت الكتابة وعندهما الكل صار أم ولد للمستولد وأصل في مكاتبته بين شريكين استولدها أحدهما عند أبى حنيفة رحمه الله يقتصر الاستيلاء على نصيبه لان المكاتب لا تحتمل النقل من ملك إلى ملك وإثبات أمية الولد في نصيب الشريك غير ممكن الا بالنقل إليه فإذا تعذر ذلك لا تثبت أمية الولد في نصيب الشريك كالمديرة بين اثنين استولدها أحدهما يقتصر الاستيلاء على نصيبه وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يصير الكل أم ولد للمستولد لان التملك بالاستيلاء حكمي والمكاتب محلا له (ألا ترى) أن مكاتب المكاتب ينقل إلى المولى عند الاداء حتى يكون ولاؤه للمولى إذا أدى قبل أداء المكاتب الأعلى وكذلك المرتد إذا عاد من دار الحرب مسلما وقد كاتب الوارث عبداله يعاد ذلك العبد إليه مكاتباً ولان الكتابة محتملة للفسخ فيفسخ في نصيب الشريك لضرورة الحاجة إلى تحليل الاستيلاء لان ابقائها لحقها وفي هذا توفير الحق عليها بخلاف التدبير فانه غير محتمل للفسخ فلهذا صار الكل أم ولد للمستولد عندهما إذا عرفنا هذا فنقول فيما نحن فيه إذا كاتب الكتابة باذن المستولد فان شاءت عجزت نفسها فكانت أم ولد لمدعى الولد لان بالعجز انفسخت الكتابة فزال المانع من تملك المستولد نصيب شريكه وان شاءت مضت على الكتابة فإذا أدت عتق نصيب الذي كاتب منها ومن ولدها لانه يلقيها جهة حرية أحدهما عاجل بعوض والآخر أجل بغير عوض فكان لها أن تختار أي الجهتين شاءت فإذا عتقت عتق نصيب المستولد أيضا من الجارية والولد ولا يسعى له في شيء لان نصيبه منها أم ولد له ومن أصل أبى حنيفة رحمه الله ان رق أم الولد لا يتقوم وانها لا تسعى لمولاها عند العتق في شيء كما قال في أم ولد بين شريكين أعتقها أحدهما فان كانت الكتابة بغير اذنه ينقضها القاضي لما بينا أنها غير لازم في حق الشريك فإذا نقضها صارت أم ولد للمستولد لانه يملك نصيب شريكه منها بسبب الاستيلاء عند زوال المانع وان لم ينقضها حتى أدت عتق نصيب المكاتب منها ومن ولدها لوجود الشرط وهو الاداء ويعتق نصيب المستولد منها أيضا ولا يسعى له في شيء لما بينا في الفصل الاول واقدام الشريك الآخر على الاستيلاء لا يكون نقضا منه لكتابة شريكه وان كان له حق النقص لانه لا منافاة بينهما فكل واحد

منهما تصرف من المتصرف في نصيب نفسه فلا يكون تعرضا منه لنصيب شريكه. قال أمة بين مسلم وذمي علقت ثم أسلم الذمي ثم ادعى الولد معا فهو ابنيهما كما لو كانا مسلمين في الاصل لان ترجيح دعوة المسلم لما فيه من اسلام الولد فيكون ذلك عند الدعوة والشريك عند ذلك مسلم فدعوته توجب اسلام الولد وان لم يكن مسلما وقت العلوق كدعوة شريكه فلما استويا من كل وجه ثبت نسب الولد منهما وصارت الجارية أو ولد لهما وان كانت بين مسلمين علقت ثم ارتد أحدهما ثم ادعى الولد فهو ابن المسلم لان المرتد كافر ودعوة الكافر لا تعارض دعوة المسلم ولان الدعوة تصرف وتصرف المسلم في ملكه أنفذ من تصرف المرتد (ألا ترى) ان اعتناق المرتد نصيبه يتوقف عند أبي حنيفة رحمه الله فلهذا دعوة المسلم ترجح. قال ولو كانت بين مسلم وذمي فارتد المسلم ثم ادعى الولد فهو ابن المرتد لانه أقرب إلى أحكام الاسلام من الذمي (ألا ترى) انه يجبر على الاسلام غير مقرر على ما يعتقده وأن تصرفه في الخمر والخنزير لا ينفذ بخلاف الذمي فلقربه من الاسلام جعل في حكم الدعوة كالمسلم فتترجح دعوته على دعوة الذمي ولان ترجيح دعوة المسلم لما فيه من ثبوت حكم الاسلام للولد وهذا موجود في دعوة المرتد فالدعوة من التصرفات التي لا توقف من المرتد فانها لا تستدعي حقيقة الملك وتوقف تصرفه لتوقف ملكه فإذا كان هو في الدعوة كالمسلم ترجح على الذمي فصارت الجارية أم ولد له لان الاستيلاء ينبنى على ثبوت نسب الولد وقد ثبت ذلك بدعوته ويضمن نصف قيمتها ونصف عقرها لشريكه ويضمن الذمي ايضا له نصف العقر لاقاربه بوطئها فصار نصف العقر بنصف العقر قضايا. قال أمة بين رجلين ولدت فادعياه جميعا وقد ملك أحدهما نصيبه منذ شهر والآخر منذ ستة أشهر أو أكثر فالدعوة دعوة المالك الاول لان دعوته دعوة استيلاء فيستند إلى حالة العلوق ودعوة الآخر دعوة الاعتناق لان أصل العلوق لم يكن في ملكه فتكون دعوة الاستيلاء سابقة معنى ويضمن نصف عقرها ونصف قيمتها لانه قد يملك نصيب صاحبه بدعوة الاستيلاء ولم يتبين أنه لمن يغرم قالوا وانها يغرم ذلك للبائع لا لشريكه المشتري لان دعوته استندت إلى حالة العلوق والملك فيها في ذلك الوقت كان للبائع فانما يصير متملكا عليه فيضمن له نصف قيمتها ونصف عقرها ويرجع المشتري على البائع بالثمن لبطلان البيع فيما اشترى وان لم يعلم صاحب الملك الاول فهو ابنيهما والجارية أم ولد لهما لانهما استويا في الدعوة فكان العلوق حاصلًا في ملكهما ولا عقر على واحد منهما

اما لصاحبه فغير مشكل لانا نتيقن بان الوطئ من كل واحد منهما حصل في ملك شريكه واما لغيره فلان وجوب العقر على من كان ملكه فيها ثابتًا وقت العلوق لبائع شريكه ومن وجب عليه العقر منهما مجهول والمال لا يجب على المجهول قال أمة لذى باع نصفها من مسلم ثم ولدت لاقل من ستة أشهر فادعياه فهو ابن الذمي ويبطل البيع لان بيعه نصفها لا يكون أعلى من بيعه جميعها وهو أولى بالدعوة بعد بيع الجميع لتيقننا بحصول العلوق في ملكه فبعد بيع النصف أولى. قال أمة بين رجل وامرأة صغيرة أو كبيرة فولدت فادعاه الرجل وأب المرأة فان النسب يثبت من صاحب الرقبة لانه يملك نصفها حقيقة وأب المرأة ليس له فيها حقيقة ملك ولا

حق ملك انما له مجرد التأويل والتأويل لا يعارض حقيقة الملك ولان صحة دعوة أبى المرأة باعتبار تملك نصيب ولده عليها من وقت العلوق وذلك متعذر لثبوت أمية الولد من الشريك فيها من وقت العلوق ودعوة الشريك دعوة صحيحة من غير شرط تقديم الملك فكان هو أولى. قال أمة بين رجلين ولدت ولدا مينا فادعاه أحدهما فهو ابنه وهى أم ولد له لان ثبوت النسب من وقت العلوق وفي هذا المنفصل ميتا والمنفصل حيا سواء والولد الميت كالحى في أن الجارية تصير أم ولد كما لو كانت لرجل واحد فكذلك لو أسقطت سقطا قد استبان خلقه أو بعض خلقه ولمثله حكم الولد (ألا ترى) أن العدة تنقضي به والمرأة تصير به نفساء فكذلك الجارية تصير به أم ولد. قال ولو كانت جارية بين رجل وابنه فولدت فادعياه فهو ابن الاب استحسانا وفى القياس يثبت النسب منهما لان كل واحد منهما يملك نصفها حقيقة وصحة الدعوة هنا باعتبار ملك الرقبة وقد استنوبا في ذلك والحق غير معتبر في معارضة الحقيقة كما لو كانت الجارية كلها للابن فادعيا الولد كان دعوة الابن أولى من دعوة الاب وجه الاستحسان في ذلك ان جانب الاب يترجح لان له في نصفها حقيقة الملك وفى النصف الآخر حق التملك على ولده بالاستيلاء وليس للابن في نصيب الاب ملك ولا حق ملك ولا تأويل ملك فكان جانب الاب أرجح والترجيح عند المعارضة يحصل بما لا يكون عليه الاثبات ابتداء كالاخوين أحدهما لاب وأم والآخر لاب ترجح الاخ لاب وأم في العصوبة بقرابة الام وهى ليست بعلة الاستحقاق للعصوبة فإذا صحت دعوة الاب وصارت أم ولد له ضمن نصف قيمتها ونصف عقرها بخلاف ما إذا كان الكل للابن لما بينا أن تملك الاب نصيب الابن هنا حكم الاستيلاء لاشترطه فان قيام الملك له في النصف كاف لصحة الاستيلاء فلهذا غرم

[128]

نصف عقرها وضمن الابن نصف العقر لابنه أيضا لاقاربه بوطنها فكان نصف العقر بنصف العقر قصاصا والجد أب الاب بعد موت الاب في هذا بمنزلة الاب فأما الاخ والعم والاجنبى فهم كلهم سواء لانه ليس للبعض هنا تأويل الملك في مال البعض ولاحق التملك بالاستيلاء. قال وإذا كان أحد الابوين مسلما فالولد الصغير مسلم هكذا روى عن عمر رضى الله عنه وشريح وابراهيم رحمهما الله وكان المعنى فيه أن اعتبار جانبه يوجب اسلام الولد واعتبار جانب الذمي يوجب كفره فيترجح موجب الاسلام توفيراً لمنفعة الولد وعملاً بقوله صلى الله عليه وسلم الاسلام يعلو ولا يعلا عليه قال وان كانت الامة بين رجلين ولدت فادعياه فهو ابنهما فان ولدت بعد ذلك آخر لم يثبت نسبه منهما ولا من أحدهما الا بالدعوة لان قيام الشركة بينهما في رقبتها تمنع الفراش المثبت للنسب لهما أو لأحدهما عليها فان ثبوت نسب ولد أم الولد من مولاها لتحسين الظن بها حتى لا تكون مقدمة على التمكن من فعل حرام وهذا غير موجود هنا فان وطنها غير مملوك لواحد من الشريكين فلهذا لا يثبت النسب منهما ولا من أحدهما الا أن يدعيه أحدهما فحينئذ يثبت النسب منه بالدعوة لقيام الملك في نصفها ونصف ولدها ويغرم لشريكه نصف عقرها ولا يغرم من قيمة الولد شيئاً في قول أبى حنيفة رحمه الله وفى قولهما يغرم لشريكه نصف قيمته ان كان موسراً وان كان معسراً سعى الولد للشريك في نصف قيمته وهذا لان ولد أم الولد بمنزلة أمه فدعوة أحدهما للولد كاعتاقه ولو أعتق الام أحد الشريكين لم يضمن لشريكه شيئاً عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يضمن ان كان موسراً ويسعى له ان كان معسراً فكذلك في الولد

لما صار المدعى نسبه كالمعتق له حارية بين مسلم وذمى ولدت فادعياه
فهو ابن المسلم عندنا وقال زفر رحمه الله هو ابنهما ولكن يكون مسلما
لان صحة دعواهما باعتبار الملك وهما في الملك يستويان فكذلك فيما
ينبنى عليه الا أن الولد يكون مسلما لان تبعية أحد الوالدين بوجوب اسلامه
فيحكم باسلامه وان كان النسب ثابتا منهما كالمولود بين كافر ومسلم *
وحجتنا في ذلك أن دعوة المسلم أنفع للولد لانه يثبت له النسب والاسلام
وعند تعارض الدعوة يترجح أحد الجانبين لمنفعة الولد كما لو كان في أحد
الجانبين حرية الولد يترجح به فكذلك هنا. قال وإذا التقط الرجل لقيطا
فادعاه عبد أنه ابنه من زوجته هذه الامة وصدقه المولى وقال هو عبدى
ثبت النسب منهما وكان عبدا للمولى عند أبى يوسف رحمه الله وعند محمد
رحمه الله يثبت النسب منهما وكان حرا أما ثبوت النسب

[129]

بدعواهما استحسانا وفي القياس لا يثبت لان اليد ثابتة للملتقط فهما
بمجرد الدعوى يريدان ابطال اليد الثابت له فلا يصدقان على ذلك وفى
الاستحسان قال اعتبار يد الملتقط لمنفعة الولد حتى يكون محفوظا عنده
لا لحق الملتقط وفى اثبات النسب ممن ادعا توفير المنفعة على الولد وقد
بيننا أن العبد في دعوة النسب كالحرف لهذا ثبت النسب من العبد والامة
بالدعوة فأما حجة محمد رحمه الله أن اللقيط حر باعتبار الدار وفى اثبات
نسبه من المملوكين توفير المنفعة على الولد وفى اثبات الرق اضرار
بالولد وليس من ضرورة ثبوت النسب ثبوت الرق فبقى على ما كان من
الحرية فسقط اعتبار قولهما فيما يضر بالولد كما لو ادعاه ذمى وقد وجد
في مصر من امصار المسلمين يثبت النسب منه بالدعوة ويكون مسلما
دفعاً للضرر عن الولد وتوفير المنفعة عليه في ثبوت نسبه وحجة أبى
يوسف رحمه الله انه لما حكمنا بثبوت النسب منهما فقد حكمنا بأنه مخلوق
من ماء رقيقين والمخلوق من ماء رقيقين لا يكون حرا لان الولد من
الاصليين فإذا كانا رقيقين وليس هنا سبب يمكن الحكم بحرية الولد بذلك
السبب ولا وجه لاثبات الحكم بدون السبب يكون الولد رقيقا يقرره ان ولد
الامة مملوك لمولاها لانه جزء من أجزائها الا إذا تمكن هناك غرور في
جانب الفحل وهو حر فحينئذ يبقى صفة الحرية لمائه ولا غرور هنا فكان
الولد رقيقا وفى الحقيقة هذه المسألة نظير ما ذكرنا في كتاب النكاح
العبد إذا صار مغرورا بأمة فولدت يكون الولد رقيقا عند أبى حنيفة وأبى
يوسف رحمهما الله خلافا لمحمد رحمه الله ونظير ما فى كتاب الاقرار
مجهولة الحال إذا أقرت بالرق ثم ولدت لأكثر من ستة أشهر بعد اقرارهما
كان الولد رقيقا عند أبى يوسف خلافا لمحمد رحمه الله. قال فان ادعى
اللقيط رجلا كل واحد منهما يدعي انه ابنه ووصف احدهما علامات في
جسده ولم يصف الآخر شيئا جعلته ابن صاحب الصفة لان الترجيح عند
تعارض الدعوة تقع بالعلامة كما إذا وقع الاختلاف بين الزوجتين في متاع
البيت ولان اصابة العلامة دليل سبق يده إليه ودليل كونه ابنا له لان الانسان
أعرف بعلامات ولده من غيره وهو نظير مدعى اللقطة إذا أصاب في
العلامات يوم المتقط فيما بينه وبين ربه بالدفع إليه ولو أصاب في بعض
العلامات وأخطأ في البعض فهذا وما لم يذكر شيئا من العلامة سواء لان
اعتبار ما أصاب يدل على صدقه واعتبار ما أخطأ يدل على كذبه فإذا وقع
التعارض بينهما صار كانه لم يذكر من العلامات شيئا وإذا لم يصف واحد
منهما من العلامات فهو ابنهما لاستوائهما في

الدعوى ولو قال أحدهما هو غلام من صفة جسده كذا وقال الآخر هي جارية من صفة جسدها كذا فأبهما أصاب ذلك فهو أحق به لظهور علامة الصدق في كلامه وظهور دليل الكذب في كلام خصمه ولو ادعاه واحد وقال هو غلام فإذا هي جارية لم يصدق على ذلك لظهور دليل الكذب في دعواه ولو كان سبب قضاء الشهادة لم يقض بها مع ظهور دليل الكذب فكذلك إذا كان سبب القضاء الدعوى لا يقضى بها مع ظهور دليل الكذب ولأنه يدعى نسب الغلام وليس هنا غلام حاضر ودعوة المعدوم باطل. قال فان كان اللقيط في يد مسلم وادعاه ذمى فالقياس لا يثبت النسب منه وهذا غير القياس الاول في دعوة اللقيط لانا قد حكمنا باسلام الولد هنا باعتبار الدار ولا قول للذمي في دعوة نسب الولد المسلم ولكنه استحسّن فقال في دعواه شيئان أحدهما ثبوت نسب الولد وفيه منفعة والآخر كفر الولد وفيه ضرر عليه فتصح دعوته فيما ينفع الولد دون ما يضره إذ ليس من ضرورة النسب تبعة الابوين في الدين كالصغير إذا سبى وليس معه واحد من أبويه يكون ثابت النسب من الحرى يقيين محكوم باسلامه ثم المسألة على أربعة أوجه أما أن يكون الملتقط مسلماً وقد وجد في مصر من امصار المسلمين فيكون محكوماً له بالاسلام أو وجده ذمى في بيعة أو كنيسة أو قرية من قرى أهل الذمة فيكون كافراً فأما إذا وجده مسلم في بيعة أو كنيسة أو وجده ذمى في مسجد من مساجد المسلمين قال في كتاب اللقيط العبرة للمكان وقال في كتاب الدعوى العبرة للواحد وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله أنه يحكم لذي اللقيط وسماه وجه رواية كتاب اللقيط ان المكان إليه أسبق من يد الواحد والحكم للسابق لان الظاهر أن أهل الذمة يضعون أولادهم في مساجد المسلمين وان المسلمين لا يضعون أولادهم في البيع والكنائس والحكم بالظاهر واجب عند تعذر الوقوف على الحقيقة * ووجه رواية هذا الكتاب ان اللقيط في حكم المباح فمن سبقت يده إليه صار محرراً له وكان الحكم ليده إذ ليس للمكان يد معتبرة (ألا ترى) ان المباح يملك بالاحراز باليد دون المكان * ووجه رواية ابن سماعة رحمه الله ان الحكم بالزى والسيما واجب كالبالغ الذي يوجد في دار إذا قال أنا مسلم فان كان عليه سيما المسلمين قبل قوله والاصل فيه قوله تعالى يعرف المجرمون بسيماهم وتفسير هذه الرواية ذكره ابن سماعة رحمه الله أنه إذا كان في عنقه صليب وعليه ثوب ديباج ووسط رأسه محرز فالظاهر انه من اولاد النصراني فلا يحكم له باسلامه يقول في الكتاب فان كان في يد مسلم فدعاه ذمى وأقام

شاهدين ذميين فأنى استحسّن ان أجعله ابنه وأجعله مسلماً وإذا وجد في بيعة أو كنيسة وهذه الرواية وهو قوله وأجعله مسلماً ذكره في رواية أبى سليمان رحمه الله ولم يذكر في رواية أبى حفص رحمه الله والحاكم رحمه الله في المختص صحح رواية أبى حفص رحمه الله وقال الحاكم باسلامه عند مجرد الدعوى فأما مع اقامة البينة فلا يحكم باسلامه ولكن ما ذكره في نسخ أبى سليمان رحمه الله وقال هو الاصح لانا إذا حكمنا باسلامه على هذه الرواية باعتبار التبعية للواحد وشهادة أهل الذمة ليست بحجة على

الواحد ولا على من حكم باسلامه تبعا للواحد فكان وجوده كعدمه فلهذا جعلناه مسلما وان أثبتنا نسبه من الذمي. قال وإذا وجدته في مصر من امصار المسلمين جعلته حرا مسلما ولا أقبل شهادة أهل الذمة عليه يريد به في حق الدين فاما في حق النسب فهو ثابت من الذمي كما بينا وان أقام رجل البينة أنه ابنه وأقام آخر البينة أنه عبده قضيت به للذي يدعى أنه ابنه لان في بينته اثبات نسبه وجريته وفي بينة الآخر اثبات رقه فتترجح بينة الحرية لمنفعة الصبي فان أقام أحدهما البينة أنه ابنه من امرأته هذه الحرية وأقام آخر البينة أنه ابنه من هذه الامة قضيت به أنه ابن الحر والحرية لان المولود من الامة بالنكاح يكون رقيقا فتترجح بينة المثبت للحرية ولو أقام كل واحد منهما البينة أنه ابنه من امرأته الحرية ووقت كل واحد منهما وقتا فان عرف أن الصبي على أحدهما فهو لصاحب ذلك الوقت لظهور علامة الصديق في شهوده باعتبار سن الصبي وان لم يعرف أنه على أي الوقتين فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله يقضى به لاسبق الوقتين لانه لما تعذر الوقوف على سن الصغير ليعرف به الصادق من الكاذب بقيت العبرة للتاريخ فصاحب اسبق التاريخين يثبت النسب منه في وقت لا ينازعه الآخر فيه وبعد ما ثبت النسب منه لا يمكن اثباته من غيره وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يقضى به بينهما لان كل واحد منهما يثبت النسب منه من وقت العلوق والنسب لا يسبق وقت العلوق فلا فائدة في اعتبار سبق التاريخ بعد ذلك وصار كأن الشهود لم يوقتوا شيئا فيقضى به للرجلين هكذا ذكر هذا الخلاف في رواية أبي سليمان رحمه الله وفي رواية أبي حفص رحمه الله قال جعلته ابنهما في قولهم جميعا وانما أشار إلى الخلاف في كونه ابن المرأتين وقد بيناه فيما سبق. قال وان أقام أحدهما البينة أنه ابنه وادعي الآخر أنها ابنته وأقام البينة على ذلك فاذن اللقيط خنثى فان كان يبول من مبال الرجال حكم بانه ابن فيثبت نسبه من اثبت بنوته وان كان يبول من مبال النساء يثبت

[132]

النسب من الآخر وان كان يبول منهما فالعبرة لاسبقهما خروجا وان كان يخرج منهما جميعا معا فعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله العبرة لاكثرهما وعند أبي حنيفة رحمه الله لا عبرة لكثرة البول وقلته فيكون ثبوت النسب منهما لانه لا يترجح جانب أحدهما على صاحبه باصابة العلامة فاستويا قال فان ادعى اللقيط مسلم وذمي وأقام البينة قضيت به للمسلم لان في بينته اثبات اسلام الولد وهو منفعة في حقه وكذلك ان كان شهود المسلم من أهل الذمة وشهود الذمي مسلمين لان بينة كل واحد منهما حجة على صاحبه فيتترجح ما كان موجبا اسلام الولد. قال وإذا ارتد أحد الزوجين والعياذ بالله فان الولد يلزم الزوج إلى سنتين لان الفرقة وقعت بردة أحدهما بعد الدخول وهو موجب للعدة عليها فإذا جاءت بولد في مدة يتوهم أن العلوق حصل في حال النكاح يثبت النسب منه كما لو وقعت الفرقة بالطلاق وكذلك لو لحق بدار الحرب مرتدا لان المرأة لما بقيت في دارنا فهي مؤاخذة باحكام الاسلام فعليها العدة الا أن نسب ولدها لا يثبت من الزوج عند أبي حنيفة رحمه الله بشهادة القابلة ما لم يشهد به رجلان أو رجل وامرأتان لان المقصود هو الميراث ولا يثبت الميراث بشهادة المرأة الواحدة وعندهما شهادة القابلة كافية وأصله في مسألة كتاب الطلاق إذا لم يكن هناك حبل ظاهر ولا فراش قائم ولا اقرار من الزوج بالحبل لا يثبت النسب عند أبي حنيفة رحمه الله الا بشهادة شاهدين وعندهما يثبت بشهادة امرأة واحدة وكذلك ان حلف المرتد اللاحق

بدار الحرب بأنها أم ولد هنا فان لحوقه بدار الحرب موت حكمي تعتق به أم الولد عند قضاء القاضى ويجب عليها العدة والجواب فيه وفي ولد المنكوحه سواء ولو كانت هي المرتدة اللاحقة بدار الحرب لم يلزم الزوج الا أن يأتي به لاقل من ستة أشهر منذ يوم ارتدت لان العدة لم تجب عليها فلا يثبت النسب الا عند التيقن بحصول العلوق في حالة النكاح كالمطلقة قبل الدخول وهذا لانها صارت حربية فلا تؤاخذ باحكام المسلمين وكما لا يكون للمسلم على الحربية عصمة النكاح فكذلك لا يكون له عليها عصمة العدة. قال ولو أسلمت امرأة الحربى فدخلت دار الاسلام لم يلزم الحربى ولدها الا بأن يأتي به لاقل من ستة أشهر في قول أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يلزمه إلى سنتين وهى فرع مسألة النكاح ان المهاجرة لا عدة عليها عنده وعندهما يلزمه العدة وان سببت المرتدة وهى حامل فولدت لاقل من ستة أشهر منذ سببت يثبت نسبه من الزوج المسلم لتيقننا بحصول العلوق قبل السبى والتقدير

[133]

لستة أشهر لان السبى كما يبطل عصمة النكاح يبطل العدة والولد رقيق مع المرأة وان كان مسلماً تبعاً لآبائه لانه ما دام في البطن فهو جزء منها وهى صارت رقيقة بجميع أجزائها بالسبى فكذلك الولد الذى في بطنها عندنا. قال وإذا تزوج المرتد مسلمة أو تزوجت المرتدة مسلماً فولدت منه يثبت نسبه منهما لان النكاح الفاسد إذا اتصل به الدخول فهو بمنزلة الصحيح في اثبات النسب أو أقوى ويرثهما هذا الولد بمنزلة المولود قبل الرد لانه مسلم تبعاً للمسلم منهما والمرتد يرثه وارثه المسلم وهذا لان ابتداء سبب التوريث وان كان هو الردة فتمامه يكون بالموت فيجعل الحادث بعد انعقاد السبب لاتمامه كالموجود عند ابتداء السبب اعتباراً بولد المبيعة قبل القبض يجعل كالمولود عند ابتداء العقد في انقسام الثمن عليه. قال وإذا تزوج المرتد كتابية فولدت لا يرث الولد واحداً منهما لان هذا الولد غير محكوم باسلامه فان واحداً من أبويه ليس بمسلم وكونه في يد الابوين يمنع ثبوت تبعية الدار في حقه كالصغير إذا سبى مع أحد الابوين والمرتد إنما يرثه وارثه المسلم والكتابية لا يرثها المرتد وهذا الولد بمنزلة المرتد لانه أقرب إلى حكم الاسلام فيجعل الولد تبعاً له وكذلك ان ولدت أمة المرتد منه وهى مرتدة أو كتابية لان النسب وان ثبت منه بالدعوة لم يثبت حكم الاسلام لهذا الولد وان كانت الأمة مسلمة ورث الولد أباه لانه مسلم تبع لها. قال رجل مات وترك امرأة وأم ولد له فأقرت الورثة ان كل واحدة منهما قد ولدت هذا الغلام من الميت أثبت نسبه بعد أن تكون الورثة ابنته أو اخوته أو ابناً وابنتين لانهم لو شهدوا بهذا النسب في حالة الحياة عليه كانت شهادتهم حجة تامة فإذا أقروا به بعد الموت يكون قولهم أيضاً حجة تامة في اثبات النسب الا أن في حالة الحياة هناك خصم جاحد فلا بد من لفظة الشهادة وليس بعد الموت خصم جاحد فلا حاجة إلى لفظة الشهادة ولان في حالة الحياة كلامه الزام للغير والملزوم للغير شرعاً الشهادة فلا بد من لفظ الشهادة فيه فأما بعد الموت كلامه الزام للغير من وجه والتزام من وجه لانه يشاركونهم في الميراث المستحق لهم وما أخذ منها من أصلين توفر حظهما عليها فشيءه بالالتزام بشرطنا العدد فيه حتى لا يثبت النسب باقرار الوارث الواحد ولفظيه بالالتزام أسقطنا اعتبار لفظة الشهادة. قال وإذا تزوج المجوسى أمه أو ابنته أو أخته فولدت له ولدا فهو ابنه ادعاه أو نفاه لان هذه الانكحة فيما بينهم حكم الصحة عند أبى حنيفة

رحمه الله ولهذا لا يسقط به الاحصان عنده وعندهما هو فاسد والنكاح
الفاسد والصحيح يثبت النسب بهما

[134]

ثم لا ينتفى إلا باللعان ولا لعان بينهما لان الكافرة غير محصنة وكذلك العبد
يتزوج الامة أو المسلم يتزوج المجوسية فان النسب يثبت لهذا النكاح مع
فساده لان مجرد الشبهة يكفى لاثبات النسب ثم لا ينتفى إلا باللعان
وللعان بينهما هنا قال وإذا أسلم الزوجان الكافران وأعتق المملوكة ثم
جاءت بولد فنفاه الزوج يلاعنها لانه قدفها وهى محصنة وهما من أهل
الشهادة في الحال فيجوزى اللعان بينهما فان جاءت بولد لاقل من ستة
اشهر منذ عتقا أو أسلما لزم الولد أباه لانا نيقنا بحصول العلوق في حال
لم يكونا من أهل اللعان فلزمه النسب على وجه لا ينتفى بالنفى ثم لا
يتغير ذلك بصيرورتهما من أهل اللعان وان جاءت به لاكثر من ستة أشهر
لزم الولد أمه لتوهم ان العلوق حصل بعد صيرورتها من أهل اللعان فان
(قيل) فكذلك يتوهم حصول العلوق قبل العتق والاسلام لان الولد قد يبقى
في البطن إلى سنتين (قلنا) نعم ولكن قطع النسب باللعان في موضع
الاشتباه والاشتباه يمنع قطع النسب وهذا لان سبب قطع النسب هو
اللعان وقد تحقق فما لم يظهر المانع وجب العمل به ولان الحل قائم
بينهما ومتى كان الحل قائما يستند العلوق إلى أقرب الاوقات وان كان
للمسلم امرأة كتابية فولدت فنفاه فهو ابنه ولاحد عليه ولا لعان لانها غير
محصنة ونسب الولد قد يثبت بالنكاح فلا ينقطع بدون اللعان. قال وان
أسلمت المرأة والزوج كافر ثم بقى ولده فعليه الحد لانها محصنة وقد
قدفها بالزنا ولا لعان بينهما لانه ليس من أهل الشهادة فمتى تعذر جريان
اللعان بينهما من جهة الزوج يلزم الحد ولا يقطع النسب عنه لنقرر سببه
وهو العلوق وان أسلما جميعا ثم طلقها ثم تزوجها ثم جاءت بولد فنفاه
فنقول هذه المسألة تشتمل على فصلين أحدهما حكم اثبات النسب والآخر
حكم النفى اما حكم اثبات النسب فهو على ثلاثة أوجه ان جاءت به لاكثر
من ستة أشهر منذ تزوجها أخيرا ثبت النسب منه بحصول العلوق في النكاح
الثاني وان نفاه لاعتها ولزم الولد أمه لكونهما من أهل اللعان عند العلوق
وان جاءت به لاقل من ستة أشهر منذ تزوجها أخيرا أو لاقل من سنتين منذ
أنها ثبت النسب منه لتوهم ان العلوق كان قبل الطلاق فان نفاه لاعتها
ولزم الولد أباه لان حصول البينونة بعد العلوق يمنع قطع النسب باللعان
وان جاءت به لاكثر من ستة أشهر منذ تزوجها أخيرا ولستين فصاعدا منذ
طلقها لم يثبت النسب منه لان حصول العلوق كان بعد الطلاق قبل النكاح
الثاني ويصح النكاح الثاني عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لأبي
يوسف رحمه الله وهى

[135]

فرع مسألة الجامع الصغيران الحبل من الزنا لا يمنع من النكاح عندهما
ويمنع عند أبى يوسف رحمه الله وكذلك أم الولد إذا اعتقها مولاهما ثم
تزوجها قبل الاقرار بانقضاء العدة فهو على الاوجه الثلاثة كما بيناه. قال
ولو ولدت امرأة الرجل غلاما وأمه غلاما ثم ماتتا فقال احدهما ابني لم

يثبت نسب واحد منهما لان النسب في المجهول لا يمكن اثباته والمقصود هو الشرف بالانتساب وذلك لا يحصل في المجهول ولانه صادق في مقالته فان احدهما ابنه وهو ولد المنكوحه فإذا لم يكن معينا لم يثبت نسب واحد منهما بعينه ويعتقان ويسعى كل واحد منهما في نصف قيمته لان احدهما حر وعند الاشتباه ليس احدهما باولى من الآخر فيعتق كل واحد منهما نصفه ومعنى قوله أن احدهما حر أن ولد المنكوحه حر فأما ولد الامه لا يعتق الا إذا ادعاه بعينه ولم يوجد وكذلك رجل له عبدان فقال احدهما ابني أو قال هذا ابني أو هذا لم يثبت نسب واحد منهما للجهالة ولكن لا يعتق احدهما بغير عينه لان دعوة النسب اقرار بالحرية والافرار بالعتق للمجهول صحيح فيسع العتق فيهما عند فوت البيان بالموت والله أعلم (باب نفى الولد من زوجة مملوكة وغيرها) (قال رحمه الله رجل تحته أمة فاعتقت ثم جاءت بولد لستة أشهر بعد العتق فنفاه فلم يلاعنها حتى اختارت نفسها فالولد لازم له ولا حد عليه ولا لعان) لان نسب الولد قد ثبت منه بالفراش فلا ينتفى الا باللعان وباختيارها نفسها بالعتق ثابت منه فلا يجرى اللعان بينهما بعد البينونة كما لو أبان امرأته بعد ما قذفها لان المقصود باللعان قطع النكاح الذي هو سبب المنازعة بينهما وقد انقطع ولا حد عليه لان قذفه اياه كان موجبا للعان بكونهما من أهل اللعان حين قذفها فلا يكون موجبا للحد لانهما لا يجتمعان بقذف واحد. قال رجل اشترى امرأته وهى أمة فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر فنفاه فهو لازم له لانا نيقنا أن العلوق بهذا الولد حصل من فراش النكاح فلزمه نسبه علي وجه لا ينتفى بنفيه وصار ارتفاع النكاح بينهما بالشراء كارتفاعه بالطلاق قبل الدخول وهناك إذا جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر لزمه نسبه فكذلك هنا وان جاءت به لستة أشهر فصاعدا فله أن ينفيه وهذا بمنزلة أم الولد له أن ينفيه ما لم يقر به ثم قال بعد هذا باسطر لا يثبت نسبه منه الا أن يقر به فوجه ما قال بعد هذا أن

[136]

النكاح بالشراء ارتفع لا إلى عدة لان العدة حق من حقوق النكاح فكما ينافى ملك اليمين أصل النكاح فكذلك ينافى حقوقه فكان هذا نظير الفرقة بالطلاق قبل الدخول وقد جاءت بالولد من مدة يتوهم أن الولد من علوق حادث فلا يثبت نسبه منه وفي الكتاب علل فقال لانها أمة يحل فرجها بالملك وحل فرجها بملك اليمين مع حق النكاح لا يجتمعان فيتبين أنه لا عدة عليها وصار كانه لم يدخل بها في فراش النكاح ونسب ولد الامه لا يثبت من المولى الا بالدعوة * ووجه هذه الرواية انها كانت فراشا له وملك اليمين لا ينافى الفراش فيبقى بعد الشراء من الفراش بقدر ما يجامع ملك اليمين لان الارتفاع بالمنافى فيقدر المنافى يرتفع وملك اليمين انما ينافى الفراش الملزم المثبت للنسب فان أم الولد مملوكة وللمولى عليها فراش مثبت للنسب الا أن ينفيه فيبقى ذلك القدر هنا له. قال فان أعتقها بعد ما اشتراها وقد كان دخل بها فجاءت بولد لزمه ما بينه وبين سنتين من يوم شتراها وان نفاه فعليه الحد وهذا قول أبى يوسف الاول وهو قول محمد رحمهما الله وفي قول أبى يوسف الآخر رحمه الله ان جاءت به لاقل من ستة أشهر منذ اشتراها فكذلك الجواب وان جاءت به لاكثر من ستة أشهر لم يلزم الا أن يدعيه فان ادعاه لزمه وان كذبت المرأة أما وجوب الحد عليه فلانه قذفها وهى في الحال محصنة ثم وجه قول محمد رحمه الله ان يقول بان النكاح ارتفع بالشراء بعد الدخول فيكون موجبا العدة الا ان هذه العدة لا تظهر في حقه لانها تحل له بالملك وهى ظاهرة

في حق الغير حتى لو أراد ان يزوجه من غيره لم يجر فإذا اعتقها زال المانع من ظهور العدة في حقه وظهرت العدة في حقه أيضا والمعتدة إذا لم تقر بانقضاء العدة حتى جاءت بالولد لاقل من سنتين يثبت النسب ولأننا قد بينا أن قدر الفراش الذي يثبت للمولى على أم ولده باق بعد الشراء وبالعتق زال هذا الفراش وزوال الفراش بالعتق يوجب العدة كما في حق أم الولد فكان ينبغي على هذا الطريق أنها إذا جاءت بالولد لاقل من سنتين منذ اعتقها أنه يثبت النسب كما في أم الولد ولكن هذا الفراش اثر الدخول الحاصل في النكاح لا في الملك فاعتبرنا مدة السنتين من وقت انقطاع النكاح بالفراش * ووجه قول أبي يوسف الآخر رحمه الله أن النكاح ارتفع بالشراء لا الي عدة لما بينا أن ملك اليمين ينافي حقوق النكاح (الا ترى) أن قبل العتق لو جاءت بالولد لاكثر من ستة أشهر لا يلزمه نسبه فبعد

[137]

العتق كذلك لا يلزمه لأنها بالعتق ازدادت بعد آمنه ولهذا لو ادعاه ثبت نسبه منه وإن كذبت المرأة لأن هذا القدر كان ثابتا قبل العتق فيبقى بعده ودعواه بقاء الفراش بعد الشراء ليس بقوى لأنه لا بد للفراش من سبب وملك اليمين بدون الدخول فيه لا يوجب الفراش وكذلك بعد الدخول ما لم يدع نسب الولد وفراش النكاح من حقوقه فلا يبقى بعد الشراء وإن كان لم يدخل بها فإن جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر بعد الشراء فهو ابنه لتيقنا بحصول العلوق في النكاح وإن نفاه فعليه الحد لأنها محصنة بعد العتق وإن جاءت به لاكثر من ستة أشهر لم يلزمه نسبه لجواز أن يكون من علوق حادث بعد ارتفاع النكاح وهذا والطلاق قبل الدخول سواء وإن نفاه فلا حد عليه لأنه صادق في ذلك وإن في حجرها ولدا لا يعرف له والد فلا تكون محصنة ولو لم يعتقها حين اشتراها ولكنه باعها وقد كان دخل بها في النكاح فإن جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر منذ اشتراها لزمه الولد وبطل البيع لأنها تيقنا بحصول العلوق في النكاح وإنها صارت أم ولد له حين اشتراها لأن في بطنها ولدا ثابت النسب منه فانما باع أم ولد وبيع أم الولد باطل وإن جاءت به لاكثر من ستة أشهر منذ اشتراها ولاقل من ستة أشهر منذ باعها فإن ادعاه ثبت نسبه منه وبطل البيع أيضا لأنه لو لم يسبق النكاح كان هذا الحكم ثابتا بدعوته فعند سبق النكاح أولى وإن جاءت به لاقل من سنتين منذ اشتراها ولاكثر من ستة أشهر منذ باعها فكذلك الجواب عند محمد رحمه الله وفي قول أبي يوسف الآخر لا يثبت النسب منه ولا يبطل البيع وهذا بناء على الفصل الاول فإن زوال ملكه بالبيع عنها كزواله بالعتق وقد بينا هناك أن عند أبي يوسف لا يثبت النسب إذا جاءت به لاكثر من ستة أشهر فهنا كذلك إلا أن هناك لم يثبت فيها حق لغيره فإذا ادعى ثبت النسب منه وهنا قد ثبت فيها حق لغيره وهو المشتري الثاني فلا يثبت النسب منه وإن ادعاه لأن في ثبوته ابطالا للبيع وقوله غير مقبول في ابطال البيع وعلى قول محمد رحمه الله هناك حكم ثبوت النسب منه يبقى إلى سنتين وإن زال الملك بالعتق لظهور العدة في حقه على ما بينا فكذلك هنا يبقى حكم ثبوت النسب منه وإن زال الملك بالبيع وإذا ثبت النسب منه انتقض البيع ضرورة لأنه تبين أنه باع أم ولده إلا أن محمدا رحمه الله هنا يشترط الدعوة منه لأن اقدامه على البيع دليل النفي والقدر الباقي من الفراش بعد الشراء مثبت للنسب على وجه ينتفى بالنفي فلا بد من الدعوى بعد ذلك ليبطل به دليل حكم النفي بخلاف العتق فإنه

ليس لدليل النفي وان كان المشتري الآخر قد أعتق الولد ثم ادعاه المشتري الاول فان جاءت به لاقل من ستة أشهر منذ اشتراها الاول بطل بيع المشتري وعتقه لتيقنا بأنه باع أم ولده وان الولد كان حرا قبل بيعه وان جاءت لسته أشهر فصاعدا بعد الشراء الاول لم تصح دعوة الشراء الاول لما بعد عتق المشتري الآخر فيه فقد بينا أن عتق المشتري الولد يمنع صحة دعوة البائع وان لم يكن أعتق الولد ولكنه أعتق أمة فقد بينا أن اعتاق الام لا يمنع صحة دعوة البائع في الولد فكان هذا وما لم يعتقها سواء في حق الولد علي ما بينا من الخلاف. قال وإذا أعتق أم ولده ثم تزوجها فجاءت بولد لسته أشهر فصاعدا فان نفاه لاعتن ولزم الولد أمة لانها انما جاءت به من علوق بعد النكاح فان الحل قائم بينهما فيستند العلوق إلى أقرب الاوقات وهما من أهل اللعان في الحال فيقطع النسب عنه باللعان وان جاءت به لاقل من ستة أشهر منذ تزوجها لا عن ولزم الولد أباه أما اللعان فانهما من أهل اللعان في الحال وأما النسب فلانا تيقنا أن العلوق حصل قبل النكاح فلا يمكن قطع النسب باللعان وتأويل هذه المسألة إذا كان لاقل من سنتين منذ عتقها حتى يثبت النسب من المولى باعتبار زوال الفراش إلى عدة. قال رجل أعتق أمة ولها زوج حر فجاءت بولد بعد العتق لسته أشهر فنفاه الزوج لا عن ولزم الولد أمة وان جاءت به لاقل من ستة أشهر لاعتن ولزم الولد أباه لانهما لم يكونا من أهل اللعان حين علق وولاء الولد لمولي الام في الوجهين جميعا أما إذا جاءت به لاكثر من ستة أشهر فلانه لا نسب له فهو لمولى الام وان جاءت به لاقل من ستة أشهر فلانه كان مقصودا بالعتق لانا حكمنا بوجوده في البطن حين أعتقت. قال رجل طلق امرأته تطليقة بائنة وهي أمة ثم أعتقت بالولد فان جاءت بالولد الي سنتين من وقت الطلاق فالنسب ثابت من الزوج لا ينتفى بنفيه ويضرب الحد لانه قذفها وهي محصنة ونسب الولد ثابت لتوهم حصول العلوق بالنكاح فانها لم تقر بانقضاء العدة وولاء الولد لموالي الام لانا حكمنا بوجوده في البطن في حين أعتقت فصار الولد مقصودا بالعتق ولو مات الاب فجاءت بالولد ما بينها وبين سنتين وقد أعتقت بعده بيوم فالولد ثابت النسب وولاءه لموالي الام إذ لا فرق بين ارتفاع النكاح بالموت وبين ارتفاعه بالطلاق البائن فانه يعقب العدة في الوجهين جميعا. قال وإذا اشترى امرأته وقد ولدت فأعتقها وتزوجها ثم جاءت بولد لسته أشهر منذ تزوجها فنفاه لا عن ولزم الولد أمة وان جاءت به لاقل من سنة أشهر منذ تزوجها أخيرا أو لاكثر من ستة أشهر منذ

اشتراها فنفاه لاعتن ولزم الولد أباه لانها بالشراء صارت أم ولد له وبالعتق صارت محصنة فإذا جاءت به لاقل من ستة أشهر من النكاح الآخر عرفنا أن العلوق كان سابقا على هذا النكاح فلا ينقطع السبب باللعان ولكن يجري اللعان بينهما لكونها محصنة في الحال ولو لم يتزوجها لزمه الولد ما بينها وبين سنتين من وقت العتق لانها معتدة فان نفاه ضرب الحد لانه قذفها وهي محصنة. قال وان كانت هذه الامة كتابية فحكم النسب على ما بينا ولكن لا حد عليه بالنفي لانها غير محصنة وان صدقته ان الولد ليس منه لم يصدقا على الولد لان النسب من حق الولد فانه يتصرف به فلا يصدقان على ابطال حقه. قال رجل مات عن أم ولده فجاءت بولد ما بينها وبين

سنتين فنغاه الورثة لم يثبت النسب في قول أبي حنيفة رحمه الله من الميت ولم يرث بشهادة القابلة ما لم يشهد به شاهدان لانه ليس هنا حبل ظاهر ولا فراش قائم الا أن يكون المولى قد أقر بأنها حبل من فحينئذ يثبت النسب بشهادة القابلة وان أقر به الورثة وأقرارهم كأقرار الميت لانهم خلفاؤه وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يثبت النسب في جميع ذلك بشهادة القابلة وقد بينا هذا الخلاف في المنكوحة بعد موت الزوج فكذلك في أم الولد فان كان المولى كافرا فشهادة الكتابية في ذلك مقبولة وان كان مسلما لم تقبل الا شهادة مسلمة لان هذه الشهادة تقوم على حق المسلم فان النسب يلزمه فيراعى فيه شهادة شرائطه (باب من دعوة البائع أيضا وغيره) قال رحمه الله رجل اشترى أمة وولدها أو اشتراها وهي حامل ثم باعها ثم اشتراها من ذلك الرجل أو من غيره فادعى ولدها فالدعوة جائزة إذا كان الولد يوم يدعى في ملكه) لانه ادعى نسب مملوكه في حال حياته إلى النسب فيثبت النسب منه ولا يفسخ شيء من البيوع والعقد الذي جرى فيه وفي أمه لان أصل العلوق لم يكن في ملكه فكانت دعوته دعوة التحرير بمنزلة الاعتاق فلو أعتقه لم يبطل به شيء من العقود المتقدمة فكذلك هنا وان كان أصل الحبل عنده بطلت العقود كلها لان دعوته دعوة استيلاء فيستند إلى وقت العلوق فيتبين به ان البيوع والاشرية كانت في أم ولده فكانت باطلة. قال رجل اشترى عبيدين توأمين ولدا في ملك غيره فباع أحدهما ثم ادعى نسبهما ثبت نسبهما منه ولان أحدهما في ملكه فيصح دعوة النسب فيه ومن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر

[140]

لانهما توأم ولكن لا ينقض البيع في الآخر لان دعوة التحرير بمنزلة الاعتاق وأحدهما ينفصل عن الآخر في العتق وكذلك لو ادعاهما المشتري ثبت نسبهما منه لقيام ملكه في المشتري وقت الدعوة والذي عند البائع يبقى مملوكا له كما كان قال ولو اشترى رجل عبدا واشترى أبوه أخ ذلك العبد وهما توأم فادعى أحدهما الذي في يديه ثبت نسبهما منه لان أحدهما في ملكه فصحت دعوته فيه وثبوت نسب أحدهما ثبت نسب الآخر ضرورة ويعتق الذي في يد الآخر ان كان الاب هو المدعى فلان الابن ملك أخاه وان كان الابن هو المدعى فلان الاب ملك ابن ابنه فيعتق عليه بالقرابة ولا ضمان لواحد منهما على صاحبه لان عتقه كان بسبب مقصود عليه غير معتد إلى صاحبه. قال ولو اشترى جارية على أنه بالخيار فيها ثلاثة أيام فولدت عنده في الثلاثة ولدا فادعاه المشتري صحت دعوته لانه صار أحق بها حق ينفذ عتقه فيها وفي ولدها فكذلك يثبت نسب الولد منه بالدعوة ويسقط خياره لان الولد قد عتق وصارت أم ولد له فتعذر ردها بحكم الخيار فلهذا سقط خياره كما لو أعتقها ولو كان الخيار للبائع فادعى المشتري الولد فالبائع على خياره لانها باقية على ملكه في مدة خياره فان أجاز البيع أثبت النسب من المشتري كما لو جدد الدعوة بعد الاجازة فانقص البائع البيع بطلت دعوة المشتري لانه لم يملكها ولا ولدها ودعوة التحرير بمنزلة الاعتاق فان (قيل) ليس انه لو أعتقها المشتري ثم أجاز البيع لم ينفذ عتقه فلما ذى لا يجعل دعوة التحرير مثله (قلنا) ذاك ان شاء العتق فإذا بطل لعدم تمام السبب في المحل لا ينفذ باعتبار ملك يحدث وهذا اقرار بالعتق فيتوقف على وجود الملك في المحل كمن أقر بحرية عبد انسان ثم أخذ الرجل من الرجل أمتين على انه بالخيار يأخذ أيتهما شاء بألف درهم فولدتا عنده وأقر بأنهما منه فأقراره صحيح في أحدهما وهو الذي تناوله

البيع منهما لان خيار المشتري لا يمنع صحة دعوته ولكن بالبيع تناول احدهما بغير عينها ويتبين باختيار المشتري فيؤمر بالبيان بعد هذا الا أنه قبل الاستيلاء كان متمكنا من ردها والان لا يملك رد المشتراة لثبوت أمة الولد فيها فان لم يتبين أيتهما أولى حتى مات فالبيان إلى الورثة لانهم قائمون مقامه وعليهم بمن مات اصاب أم ولد للمشتري من تركته فكان بيانها إليهم فان قالوا لا ندري أيتهما كان عتق نصف كل واحدة منهما ونصف ولدهما وتسعى كل واحدة منهما ومن ولدهما في نصف القيمة للبائع لانه ليس لاحدهما ثبوت الحرية فيه ولا احدى الامتين لثبوت أمة الولد فيها بالولي من

[141]

الآخرى فيسع فيهما ويجب على الورثة نصف ثمن كل واحد منهما من التركة وان اختلفت الورثة في الاول منهما فالقول قول الاول منهم لان كل واحد وارث قائم مقام مورثه لتمام علة الخلافة له فالذي قال منهم أولا هذه التي كانت استولدها المشتري أولا تعينت للاستيلاء ووجب قيمتها في التركة وتعينت الآخرى للرد وترد هي وولدها إلى البائع واستدل فيه بحديث قروة بن عمير قال زوج أبي عبداله يقال له كيسان أمة له فولدت فادعاه ثم مات أبي فكتب إلى عثمان رضي الله عنه أن يوافي بابي الموسم فكتب إليه أن أبي قد مات فكتب أن ابعثوا بابنه إلى فذهب به إليه فقال ما يقول ابن كيسان فقالت قد ادعاه أبي فان كان صدق فقد صدق وان كان كذب فقد كذب فقال لو قلت غيرها لاجعتك وأعتقه بالدعوة وجعله ابن العبد بالفراش فيما يعلم أبو يوسف رحمه الله وانما أورد هذا الحديث لبيان أن اقر أحد الورثة بدعوة الاب كإقرار الاب به فكذلك تعيين أحد الورثة كتعيين الموروث بنفسه قال مكاتب اشترى عبدا فادعاه المولى لم تجز دعوته فيه لان دعوة التحرير كالاتاق والمولى لا يملك اعتاق كسبه فلا تصح دعوته وكذلك لو اشترى الابن عبدا لم تجز دعوة الاب فيه لهذا قال زوج أمته عبده بشهود فجاءت بولد لسته أشهر فصاعدا فهو ابن الزوج لانها أنت به على فراشه وان نفاه لم ينف عنه لان النسب متى يثبت بفراش النكاح لا ينقطع الا باللعان ولا لعان بين المماليك ولو جاءت به لاقل من ستة أشهر لم يثبت نسبه من لزوج لانا تبغنا أن العلوق سبق فراش النكاح لان دعوة المولى استندت إلى حال العلوق فتبين أنه تزوجها وفي بطنها ولد ثابت النسب من المولى وكان النكاح باطلا ولو كان زوجها من عبد غيره باذن مولاه أو من حر فجاءت بولد لسته أشهر فصاعدا فادعاه المولى صدقه الزوج أو كذبه فهو ابن الزوج لانها علقته في فراشه ولكنه يعتق على المولى بإقراره أنه ابنه وان لم يثبت النسب وتكون أمه بمنزلة أم ولد له لانه أقر لها بحق الحرية كما أقر للولد بحقيقة الحرية ولو زوجها ثم باعها ثم جاءت بالولد لسته أشهر بعد النكاح ولاقل من ستة أشهر بعد البيع فادعاه البائع أو المشتري لم يصدقا على ذلك لثبوت النسب من صاحب الفراش ولم يبطل البيع لان دعوة النسب إذا لم تعمل في اثبات النسب كان بمنزلة الاقرار بالعتق وإقرار البائع بالعتق بعد البيع غير مقبول في ابطال البيع. قال ولو تزوجت أمته بغير اذنه ثم ولدت لسته أشهر فادعاه الزوج والمولى لان النكاح الفاسد عند اتصال الدخول

في حكم النسب كالنكاح الصحيح فكما ان هناك يثبت النسب من الزوج دون المولى فكذلك هنا (ألا ترى) أن النسب يثبت بفراش النكاح على وجه لا ينتفى بمجرد النفي فاسداً كان النكاح أو جائزاً بخلاف ملك اليمين ولكنه يعتق بدعوة المولى لانه صار مقراً بحريته وكذلك أم ولد رجل تزوجت بغير اذنه ودخل بها الزوج فجاءت بولد لسته اشهر فصاعداً فادعياءه أو نفياءه أو نفيه أحدهما وادعاه الآخر فهو ابن الزوج على كل حال لان فراش النكاح وان كان فساداً فهو أقوى من فراش الملك علي ما بينا وكذلك لو تزوج أمة ابنه بغير اذنه فولدت فادعاه الزوج والمولى فهو ابن الزوج لما له عليها من فراش النكاح وهو أقوى من اثبات النسب من فراش الملك والله أعلم (باب دعوة احدي الاماء) (قال رحمه الله قال أمة لها ثلاثة اولاد ولدتهم في بطون مختلفة وليس لهم نسب معروف فقال المولى في صحته احد هؤلاء ابني ثم مات قبل ان يثبت نسب واحد منهم) لان المدعى بنسبه مجهول ونسب المجهول لا يمكن اثباته من احد انما يثبت في المجهول ما يحتمل التعليق بالشرط ليكون منقطعاً بخطر البيان والنسب لا يحتمل التعليق بالشرط فلا يثبت بالمجهول والجارية تعتق لانها اقر لها بأمية الولد وهو معلوم وأم الولد تعتق بموت مولاهما من جميع المال وتعتق من كل واحد من الاولاد ثلاثة في قول أبي حنيفة رحمه الله لان دعوة النسب إذا لم يعمل في اثبات النسب كانت اقراراً بالحرية فكأنه قال احدهم حر فيعتق ثلث كل واحد منهم من جميع المال وعلي قول محمد رحمه الله يعتق من الاكبر ثلثه ومن الاوسط نصفه والاصغر كله لان الاكبر ان كان هو المقصود بالدعوة فهو حر فان كان المقصود هو الاوسط أو الاصغر لم يعتق الاكبر فهو حر في حال عبد في حالين فيعتق ثلثه وأما الاوسط فان كان المقصود فهو حر وان كان المقصود هو الاكبر لانه ولد أم الولد فيعتق بموت المولى كما تعتق أمه وان كان المقصود هو الاصغر لم يعتق الاوسط فهو يعتق في حالين ولا يعتق في حال واحوال الاصابة حالة واحدة في الروايات الطاهرة الا فيما ذكر في الزيادات بخلاف حال الحرمان فلهذا يعتق نصفه فأما الاصغر فهو حر بيقين سواء كان المقصود هو الاوسط أو الاكبر الا أن أبا حنيفة رحمه الله لم يعتبر هذه الاحوال لانه مبنى على ثبوت النسب ولم يثبت

النسب ولان جهة الحرية مختلفة وحكمه مختلف فانه ان كان مقصوداً بالدعوة كان حر الاصل وإذا كان المقصود غيره كانت حرته بطريق التبعية للام بعد موت المولى وبين كونه مقصوداً وتبعاً منافاة وكذلك بين حرية الاصل وحرية العتق منافاة ولا يمكن اعتبار الجهتين جميعاً فلهذا يعتق من كل واحد منهم ثلثه وقد روى عن أبي يوسف مثل قول محمد رحمهما الله الا في حرف واحد وهو أنه قال يعتق من الاكبر نصفه لان حاله تردد بين شيئين فقط اما أن يكون ثابت النسب من المولى فيكون حراً كله أو لا يكون ثابت النسب منه فلا يعتق منه شيء فلهذا عتق نصفه ويسعى في نصف قيمته ثم استشهد بقول أبي حنيفة رحمه الله بما لو كان لها ولد واحد فقال المولى قد ولدت هذه الأمة مني ولدا ولم يتبين هذا هو أو غيره لا يثبت نسب هذا معرف والمولى انما اقر بنسب المنكر والمنكر غير المعرف وتصير الجارية بمنزلة أم الولد لاقراره بأمية الولد لها فيكون الولد

عبدا لا يعتق بعثق أمه لانه ما أقر بنسبه ولا باقصاله عن الام بعد أمية الولد فيها والرق فيها ثابت بيقين فلا يبطل بالاحتمال ومن قال بقول محمد رحمه الله يلزمه أن يقول هنا بعثق من الولد نصفه باعتبار الاحوال وهذا قبيح من طريق المعنى أرأيت لو قال قد أسقطت هذه الامة منى سقطا مستبين الخلق أكان يعتق به شيئا من ابنه الكبير لا يعتق شئ منه فكذلك ما سبق وكذلك لو كان كل واحد من هؤلاء الاولاد لام معروف كان لها فانه يعتق من كل ولد ثلثه لان النسب لما لم يثبت بدعوته كان هذا اقرارا بالعتق لاحدهم فيعتق من كل واحد منهم ثلثه وهذا على أصل الكل لان اعتبار الاحوال هنا غير ممكن. قال وإذا ولدت أمة ولدا من غير زوج فلم يدعيه المولى حتى كبر وولد له ولد من أمه للمولى ثم مات الابن الاول ثم ادعى المولى أحدهما فقال أحد هذين ابني يعني الميت وابنه فانه يعتق الاصل كله على اختلاف الاصلين أما عند أبي حنيفة رحمه الله لان دعوته لما لم يعمل في حق النسب انقلب اقرا بالعتق فكأنه قال أحدهما حر ومن جمع بين حى وميت وقال أحدهما حر عتق الحى منهما عنده وأما عند محمد رحمه الله فلانا نيقنا بحرية الاسفل لانه ان كان هو المقصود فهو حر وان كان المقصود الاكبر عتق الاسفل أيضا لانه من أمة المولى فيكون مملوكا له ومن ملك ابن ابنه عتق عليه وتسعى أمة في نصف قيمتها لانه ان كان المقصود هو الاسفل فأمه أم ولد يعتق بموت المولى وان كان هو الاكبر لم يعتق هذه فلها عتق نصفها وسعت في

[144]

نصف قيمتها وكذلك الجدة تسعى في نصف قيمتها لهذا. قال أمة لرجل ولدت ابنتا ثم ولدت ابنتها ابنتا فقال المولى في صحته احدى هؤلاء الثلاثة ولدى ثم مات قبل أن يبين فانه يعتق نصف العليا وجميع الوسطى وجميع السفلى لان العليا تعتق في حالين فانها إذا كانت مقصودة بالدعوة فهي حرة وان كان المقصود ابنتها فهي أم ولد تعتق بموت المولى وان كان المقصود أسفلها فهي أمة فلها عتق نصفها فأما الوسطى فهي حرة بيقين ان كانت هي المقصودة فهي حرة بالنسب وان كانت ابنتها فهي حرة بأمية الولد وان كان المقصود أمها فهي حرة فهي ابنت ابنت المولى وكذلك السفلى حرة بيقين ولم يذكر قول أبي حنيفة رحمه الله في هذا الفصل وقيل علي قوله يعتق ثلث كل واحدة منهن لان هذا عنده بمنزلة قوله احدا كن حرة وقيل بل الجواب قولهم لان العتق هنا بجهة النسب كيف ما كان وهو مقصود فيه سواء كان بأمية الولد فوجب اعتبار الجهات هنا بخلاف الفصل الاول على ما بيناه. قال ولو ولدت الامة ابنتا من غير زوج ثم ولدت ابنتين في بطن آخر ثم ولدت ابنا في بطن آخر ثم نظر المولى إلى الاكبر وإلى احدى الابنتين في صحته فقال أحد هذين ولدى ثم مات قبل أن يبين لم يثبت نسب واحدة منهما وعتقت الامة بجهة أمية الولد لما بينا ويعتق من الكبرى نصفها ويسعى في نصف قيمتها ويعتق من الاوسطين نصف كل واحد منهما في ظاهر الرواية عند أبي حنيفة رحمه الله وفي غير الاصول قال يعتق عبده من كل واحدة منهما ربعها * وجه هذه الرواية انه لما لم يثبت النسب بدعوته انقلب اقرارا بالحرة فكأنه قال أحدهما حر ويعتق نصف الكبرى في نصف الحرية وخط الاوسطين فيه علي السواء لانهما توأم لا ينفصل أحدهما على الآخر فيصير هذا النصف بينهما نصفين فيعتق من كل واحد ربعها * وجه ظاهر الرواية أن تعلق الحرية الذي بقى العتق من وسطين ولكن أحدهما لم ينفصل عن الآخر في حرية الاصل ولا في النسب والاقرار بالنسب لاحدهما بمنزلة الاقرار به لهما فما يعتق

به من أحدهما بحكم هذا الاقرار وهو نصف رقبته يعتق من الثاني مثله وأما الأصغر فهو حر كله لانا تيقنا بأنه ولد أم الولد فيعتق بموت المولى من جميع المال كما تعتق أمته. قال ولو نظر المولى الي الأصغر فقال أحد هذين ابني ثم مات قبل أن يبين يعتق من الأكبر نصفه ومن الأصغر أيضا نصفه في قول أبي حنيفة لان كلامه صار اقرارا بالحرية لهما فكأنه قال احدهما

[145]

حر فيعتق من كل واحد منهما نصفه وعلي قول محمد رحمه الله يعتق الأصغر كله لانه حر بيقين اما لانه ابنه أو لانه ولد أم ولده فيعتق بموته. وقال يعتق من الاوسطين نصف كل واحد منهما ويسعى في نصف قيمته في قول أبي حنيفة رحمه الله وقيل هذا قول محمد رحمه الله فانه ان كان المقصود الأكبر فهما حران بالاستيلاد وان كان المقصود الأصغر لم يعتق واحد منهما فيعتق من كل واحد منهما نصفه فأما عند أبي حنيفة رحمه الله ينبغي أن لا يعتق من الاوسطين شئ لان كلام المولى لم يتناولهما وقيل بل الجواب صحيح في قول أبي حنيفة لان جهة العتق لهما واحدة وهو التبعية فيعتبر الحالان في حقهما فلهذا يعتق من كل واحد منهما نصفه. قال رجل له أمة لها ثلاثة أولاد ولدتهم في بطون مختلفة من غير زوج فقال المولى للأكبر منهم هو ابني ثبت نسبه منه للدعوة وصارت الأم أم ولد له ولم يثبت نسب الآخرين منه عندنا وقال زفر رحمه الله يثبت نسب الآخرين منه أيضا لانه تبين أنها أم ولد ولدتهما على فراشه فانها صارت أم ولد له من حين علقت بالأكبر ونسب ولد أم الولد ثابت من المولى من غير دعوة الا أن ينفيه وتخصيصه الأكبر بالدعوة لا يكون دليل النفي ولا الاثبات ولنا أن تخصيصه الأكبر بدعوة النسب دليل النفي في حق الآخرين هنا لانه يجب علي المولى شرعا اظهار النسب الذي هو ثابت منه بالدعوة فكان تخصيصه الأكبر بعد وجوب الاظهار عليه بهذه الصفة دليل النفي في حق الآخرين ودليل النفي كصريح النفي ونسب ولد أم الولد ينتفى بالنفي فكذلك بدليل النفي وهذا نظير ما قيل ان سكوت صاحب الشرع صلوات الله عليه عن البيان بعد وقوع الحاجة إليه بالسؤال دليل النفي لان البيان وجب عند السؤال فكان تركه بعد الوجوب دليل النفي ولكن يعتق الآخرين بموت المولى لانهما ولدان لام الولد فيعتقان بموت المولى فان ولدت بعد اقراره ولد لسته أشهر فصاعدا فلم ينقه المولى ولم يدعه حتى مات فهو ابنه لانها علقت على فراشه فانها بالدعوة صارت فراشا للمولى ولهذا ثبت نسب هذا الولد منه وفي الكتاب أشار الي ان الفراش انما يثبت لها من وقت الدعوة وهذا يكون طريقا آخر في المسألة الاولى أن انفصال الولدين الاولين كان قبل ظهور الفراش فيها فلا يثبت نسبهما الا بالدعوة. قال ولو أقر ان أمته قد ولدت منه أو أسقطت منه سقطا مستبين الخلق ثم ولدت بعد ذلك لسته أشهر وهو غائب أو مريض فانه يثبت النسب منه ما لم ينقه لانها جاءت به على فراشه فان نفاه انتفى بمجرد نفيه عندنا وقال الشافعي

[146]

إذا أقر بوطئها ثم جاءت بولد قبل أن يشتريها بحيضة لا ينتفى النسب منه وان نفاه وان جاءت بالولد بعدما اشتراها بالحيضة لم يثبت النسب منه الا بالدعوة لان عنده بالوطئ تصير فراشا له ولا ينقطع حكم ذلك الفراش الا بالاستبراء فإذا ولدت قبل أن يشتريها ثبت النسب منه باعتبار الفراش فلا ينتفى بنفيه كما لو ثبت بفراش النكاح ولكننا نقول للمولى على أم الولد فراش مجوز لا ملزم (ألا ترى) أنه يملك نقل فراشه إلى غيره بالتزويج فكما أنه يثبت الفراش على وجه ينفرد بنقلها إلى غيره فكذلك النسب بحكمه يثبت على وجه ينفرد بنفيه بخلاف فراش المنكوحة والله أعلم بالصواب (باب دعوة القرابة) (قال رحمه الله قال جارية لرجل ادعى ابنه ان أباه زوجها منه فولدت له هذا الولد وأنكره الأب لم يصدق علي ذلك ولم يثبت نسبه منه الا ان بينته تقوم على النكاح) لانه ليس للابن في جارية أبيه تأويل ملك ولا له حق بملكها على أبيه فكان هو في هذه الدعوة كسائر الاجانب لا يثبت نسبه منه ما لم يثبت سببه بالحجة وهو النكاح لان ثبوت الحكم يبنى على ثبوت النسب. قال وإذا ادعى الأب ولد جارية ابنه والابن عبد أو مكاتب فدعوته باطلة لانه ليس له ولاية نقلها إلى نفسه لانعدام ولايته على العبد والمكاتب ولما كان للمولى فيها من ملك أو حق ملك وشرط صحة دعوة الأب نقلها إلى ملكه كما ذكرنا وكذلك لو كان الابن مسلما والأب ذميا أو مستأمنا لانه لا ولاية للكافر على مسلم. قال وإذا ولدت أمة الرجل فادعاه آخر أنه ابنه من نكاح أو شبهة وأنكره المولى لم يصدق على ذلك العم والخال وسائر القرابات لانه لاحق لبعضهم في مال البعض فهم كسائر الاجانب فان ملكه يوما وقد ادعاه من جهة نكاح صحيح أو فاسدا أو من جهة ملك يثبت نسبه منه لانه عند الملك كالمجدد لذلك الاقرار فان النسب لا يحتمل الابطال بعد ثبوته والاقرار به قبل الملك يتوقف على وجود الملك وكذلك لو ادعى انه ابنه ولم يذكر انه تزوجها لان مطلق اقراره محمول على سبب صحيح شرعا والاسباب المثبتة للفراش الذي يبنى عليها النسب كثيرة ولو مالك أمه معه أو دونه صارت أم ولد له لانه أقر لها بأمية الولد حين أقر بالولد والنسب فان اقراره بالنسب مثبت لها الفراش والفراش ثابت بالملك أو بالنكاح فاسدا كان أو صحيحا وذلك

[147]

موجب أمية الولد لها إذا ملكها وان ملك الولد أب المدعى وهو يحدد مقالة ابنه لم يثبت نسبه من الابن ولا يعتق لانه لو كان في ملك الأب حين ادعاه الابن لم يثبت نسبه مع جحود الاب فإذا اعترض ملك الأب أولى ان لا يثبت نسبه بتلك الدعوة وإذا لم يثبت النسب لم يعتق على الأب لان عتقه عليه باعتبار أنه ابن ابنه وذلك لا يكون الا بعد ثبوت نسبه من الابن. قال رجل تزوج امرأة على خادم فولدت في يد الزوج فادعى الزوج الولد وكذبت المرأة فان كانت ولدت لاقل من ستة أشهر منذ تزوجها وكان أصل الحبل عند الزوج فهو مصدق لانا نيقنا أن العلوق حصل في ملكه فتكون دعوته دعوة استيلاء فبطل به تملكها من المرأة صداقا ويضمن قيمتها للمرأة لان التسمية بطلت بعد صحتها فوجب على الزوج القيمة كما لو استحققت وهذا لانه تعذر تسليمها مع بقاء السبب الموجب للتسليم وهو النكاح وان لم يكن أصل الحبل عنده لم يصدق لان دعوة التحرير بمنزلة الاعتاق وهو لو أعتقها في هذه الحالة لم تصح منه وكذلك ان وضعت لأكثر من ستة أشهر لانا لا نتيقن بحصول العلوق في ملكه فلا يصدق على ابطال ملكها عن عين الخادم حين كذبت فان طلقها قبل أن يدخل بها وقبل التسليم إليها ثبت نسب الولد منه لان بالطلاق قبل الدخول ينتصف الاصل مع الزيادة

وهو الخادم المقبوض فكان نصفها ونصف ولدها للزوج وذلك يكفى لصحة الدعوة فلماذا ثبت نسب الولد منه وصارت الجارية أم ولد له وبضمن نصف قيمتها للمرأة لانه صار ممتلكا نصيبها عليها بما سبق منه من الدعوة وضمن التملك لا يعتمد وجود الصنع ولو لم يصنع في عينها شيئا بالطلاق قبل الدخول صار ضامنا لها نصف قيمة الجارية ويسعى الولد في نصف قيمته لها لان نصف الولد مملوك لها وقد احتبس عنده فيجب عليه السعاية في نصف القيمة ولا ضمان علي الزوج فيه وان كان موسرا لان صفة الدعوة حين ادعي لم يكن مفسرا عليها شيئا من الولد وانما فسد نصيبها من الولد بعد الطلاق وكان ذلك سببا حكيما وهو ينصف الصداق بينهما وذلك أمر حكمي ولا يقال بان سببه الطلاق لان الطلاق يصرف منه في المنكوحة لقطع النكاح لا في الصداق فلا يكون موجبا للضمان عليه ثم ان كان لزوج أقر أنه وطئها قبل النكاح لم يضمن من العقر شيئا وان أقر ان وطأها اياها كان بعد النكاح ضمن نصف العقر لها وان لم يبين ذلك فالقول قوله فيه الا إذا جاءت به لأكثر من سنتين منذ تزوجها فحينئذ يعلم أن وطأها اياها كان بعد النكاح فيلزمه نصف العقر لها لان بالوطئ قد لزم جميع العقر فانه وطئ

[148]

ملك الغير وقد سقط الحد عنه لشبهة فيجب العقر والعقر زيادة كالولد فينصف بالطلاق (قال) وتأويل هذه المسألة إذا كان ادعي نسب الولد بنكاح أو شبهة أو لم يبين السبب فأما إذا بين انه وطئها من غير شبهة النكاح لا يثبت النسب منه لان الجارية في يده مملوكة له مضمونة عليه بالقيمة كالمغصوبة فيكون وطؤه اياها زنا غير مثبت النسب وان كانت ولدت في يد المرأة ثم طلقها قبل أن يدخل بها لم يرجع إليه من الخادم والولد شيء لان الزيادة المنفصلة بعد القبض تمنع بنصف الاصل الا أن تكون جاءت به لاقل من ستة أشهر منذ تزوجها فيكون ابنه بدعوته والجارية أم ولد له وبضمن المرأة نصف قيمتها لتيقنا بحصول العلوق في حال ملكه وذلك بمنزلة البينة تقوم وان جاءت به لأكثر من ستة أشهر بعد القبض ولم يطلقها ولكن المرأة ماتت فورثها ضمن نصيب شركائه فيها لانه صار ممتلكا لنصيب شركائه من الجارية حين صارت أم ولد له وضمن التملك لا يستدعي صنعا من جهته ويسعى الولد في حصتهم لان نصيب الاب منه قد عتق بالدعوة السابقة فيحتبس نصيب الشركاء عند الولد فعليه السعاية (قال) وكذلك كل ميراث يقع في مثل هذا وحاصل هذه المسألة ان ملك جزءا من ولد بطريق الميراث من غيره فهو علي وجهين اما أن يكون شريكه ذا رحم محرم من الولد أو أجنبيا منه وكل وجه علي وجهين اما ان تكون دعوة الاب فيه قبل الملك أو بعده وكل وجه من ذلك علي وجهين اما أن يصدق الشريك أو يكذبه ثم الحاصل عند أبي حنيفة رحمه الله أنه ان كان الشريك ذا رحم محرم من الولد والدعوة قبل الملك أو بعده صدقه الشريك في ذلك أو كذبه فالولد حر كله ولا ضمان علي الاب ولا سعاية علي الولد لانه انما عتق نصيب الشريك عليه بقرايته فلا يكون ذلك موجبا للسعاية علي الولد ويكون موجبا للضمان علي الاب أما إذا انعدمت الدعوة علي الملك فلان تمام علة العتق بالملك الحاصل بالميراث لا صنع له فيه فان تأخرت الدعوة عن الملك فانما كان عتق نصيب الشريك محالا به علي القرابة الثانية بينهما حكما فلا يكون موجبا للضمان علي الاب وان كان الشريك أجنبيا فان كانت الدعوة قبل الملك وصدق الشريك فيه أو كذبه أو كانت الدعوة بعد الملك وصدق الشريك فيه فلا ضمان علي الاب لانعدام

صنع موجب للضمان اما بتقديم الدعوة على الملك الذي هو متمم لعللة العتق
واما التصديق من شريكه اياه في الدعوة فانه حينئذ يلتحق بالابن المعروف
ومن ملك ابنه المعروف بالميراث مع غيره لم يضمن لشريكه شيئا ولكن
على الولد أن يسعى في

[149]

نصيب الشريك لانه احتبس نصيب الشريك عنده فتجب السعاية له ولو كانت
الدعوة بعد الملك وكذبه شريكه فالحكم فيه كالحكم في عبد بين اثنين
يعتقه أحدهما لان نصيب الاب انما يعتق عليه بعللة ذات وصفين الملك
ولقرابة فيحال به على آخر الوصفين وجودا وهو الدعوة هنا وذلك منه
بمنزلة الاعتاق في حق الشريك حين كذبه فلهذا كان الحكم فيه كالحكم
بين اثنين يعتقه أحدهما وأما في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فان
كانت الدعوة قبل الملك وكان الشريك ذا رحم محرم من الولد وصدقه في
ذلك فلا ضمان عليه ولا سعاية على الولد لان نصيب الشريك انما يعتق عليه
بقرابته حين صدقه في الدعوة وان كانت الدعوة قبل الملك وكذبه شريكه
أو كان الشريك أجنبيا والدعوة قبل الملك فصدقه أو كذبه أو كانت الدعوة
بعد الملك وصدقه ففي هذه الوجوه الاربعة لا ضمان على الاب لان تتميم
علة العتق بالملك إذا كانت الدعوة قبله ولا صنع له في ذلك وان كانت
الدعوة بعده وصدقه فهو كالابن المعروف في حقه فلا يكون الاب ضامنا
لشريكه في ظاهر الرواية عنهما وقد روى عن أبي يوسف رحمه الله يصير
ضامنا لشريكه في الابن المعروف وان ملكه بالارث لان ضمان العتق على
هذه الرواية ضمان التملك بناء على أصلهما ان المعتق إذا كان موسرا يكون
الولاء كله له فيكون بمنزلة ضمان الاستيلاء الواجب بسبب تملك الام ولكن
هذه الرواية غير صحيحة فانه لا خلاف انه لا يجب هذا الضمان عند العسر
وضمان التملك لا يختلف باليسار والاعسار ولكن العبد يسعى في قيمة
نصيب شريكه لاحصاء منه عنده فانه القرابة بينه وبين الولد لم تثبت عند
تكذيبه في حقه وان كانت الدعوة بعد الملك وكذبه الشريك وهو ذو رحم
محرم من الاب أو أجنبى فالجواب في الفصلين واحد عندهما والحكم فيه
كالحكم في عبد بين اثنين يعتقه أحدهما لما بينا ان القرابة لا تثبت في حق
الشريك مع تكذيبه اياه فذا الرحم المحرم والاجنبى فيه سواء. قال أمة في
يدى رجل فولدت فادعي رجل انه تزوجها وان الولد منه وقال المولى بل
بعثها بألف درهم والولد منه فالولد من الزوج بتصادقهما على الفراش
المثبت للنسب له عليها مع الاختلاف في سببه ويعتق باقرار المولى لان
الاب مقر أن الولد ملكه لانه ولد أمته والمولى مقر أنه حر لانها علقته به
في ملك الاب فكان حرا باقرار المولى وأمه بمنزلة أم الولد لان المولى
مقر لها بأمية الولد والمستولد مقر بأن اقرار المولى فيها نافذ فلهذا
كانت بمنزلة أم الولد موقوفة لا تحل لواحد منهما لان كل

[150]

واحد منهما ينفيها عن نفسه ولا يسع الزوج أن يقربها لان اباحة الفساد
باعتبار ملك المتعة وملك المتعة لا يثبت له عليها الا بثبوت سببه ولم يثبت
هنا سبب لملك المتعة فان المولى منكر للزوجية والزوج منكر للشراء وباب

الحل مبني على الاحتياط فلهذا لا يسعه أن يقربها فإذا مات أب الولد عتقت لان المولى مقرأنها أم ولد له يعتق بموته والزوج مقر بصحة اقرار المولى فيها وعلى الزوج العقر قصاص من الثمن لان مقدار العقر تصادقا علي وجوبه علي الزوج وان اختلفا في سببه ولا عبرة لاختلاف السبب في ضمان المال كمن يقول لغيره لك على ألف درهم قرض وقال المقر له بل هو غصب كان له أن يأخذ المال فهنا كذلك الزوج يعطى بحساب العقر والمولى يأخذ بحساب ما ادعاه من الثمن (قال) وهذا الجواب بخلاف ما ذكرنا في كتاب العتاق وانما أراد به ما ذكره في نسخ أبي سليمان رحمه الله من كتاب العتاق ان على الزوج قيمتها للمولى وهذا غلط بل الصحيح ما ذكره في نسخ أبي حفص ونوادر هشام رحمهما الله ان على الزوج العقر يأخذه المولى قصاصا من الثمن كما فسرناه هنا. قال ولو ادعى الزوج انه اشتراها فولدت منه هذا الولد وقال المولى بل زوجتك ثبت النسب لتصادقهما عليه ولم يعتق الولد لان الشراء لم يثبت بقول الزوج فكان الولد مملوكا للمولى بملكه الام كما عرف بشيئته فلهذا لا يعتق. قال أمة في يد رجل فولدت فادعى ولدها وقال لرجل هي امك زوجتيها. وصدقه الآخر ولا يعرف أن أصلها كان للآخر فالولد حر ثابت النسب من ذي اليد وأمه أم ولد له لانها كانت في يده والظاهر أنها مملوكة فصحت دعوته وثبت للولد حقيقة الحرية وللام حق الحرية بهذه الدعوة فهو باقراره بعد ذلك أنها لغيره يريد ابطال الحق الثابت لها قبله فلا يقبل قوله في ذلك ولكن يضمن قيمتها للمقر لان اقراره حجة في حقه وقد زعم أنها مملوكة احتبست عنده بالدعوة السابقة فيضمن قيمتها له ولو عرف أن أصلها كان للمقر له ثبت النسب منه وكان مملوكين له لان بدعوة النسب هنا لم تثبت الحرية فيها ولا في ولدها لكون الملك فيها ظاهرا لغير المستولد وان كان الاصل لا يعرف لهذا فقال هذا بعتكها وقال أب الولد زوجتي ضمن أب الولد قيمتها لان احتباسها عنده لم يكن باقرار المقر له بالبيع (ألا ترى) انه وان أنكر ذلك لم يكن له عليه أولا على ولدها سبيل بثبوت أمة الولد بالدعوة السابقة فلهذا ضمن أب الولد قيمتها ولم يضمن العقر لانه وطئ ملك نفسه ولانه ضمن جميع بدل النفس وكذلك لو قال أب الولد بعثني هذه الجارية

[151]

وقال الآخر بل زوجتك فهذا والاول سواء لما بينا وان كان يعرف أن الاصل لهذا فانه يأخذ الام وولدها مملوكين ما خلا خصلة واحدة وهي أن تقر بانه باعها منه فحينئذ لا سبيل له عليها لاقراره بخروجها عن ملكه بالبيع ولا يغرم أب الولد القيمة في هذا الفصل لان احتباسها باقرار المقر له ببيعها (ألا ترى) أنه لو أنكر ذلك لم يمكن من أخذها وأخذ ولدها فلهذا لا يضمن أب الولد القيمة ولكن عليه العقر لما بينا فيما سبق وكانت هي بمنزلة أم الولد موقوفة لاقرار مولاهما بذلك. قال رجل تزوج امرأة فولدت ولدا فادعى أحدهما النكاح منذ شهر وقال الآخر منذ سنة فالتسبب ثابت منهما لانها فراش له في الحال فيثبت النسب باعتبار ظاهر الفراش في الحال ومن ادعى أن النكاح منذ شهر فقد ادعى خلاف ما يشهد به الظاهر فلا يقبل قوله فان (قيل) بل صاحبه يدعى سبق التاريخ بالنكاح وهو منكر له فينبغي أن يكون القول قول المنكر (قلنا) التاريخ غير مقصود لعينه فلا ينظر إليه وانما ينظر إلى الحكم المقصود وهو نسب الولد فيجعل القول قول من يشهد الظاهر له في حق النسب مع أن هذا المنكر مناقض لانه قد تقدم منه الاقرار لصحة النكاح والان يدعى فسادا بانكار التاريخ فلا يقبل قوله

وكذلك لو طلقها ثلاثا فولدت بعده بيوم فاحبلها فهو وما سبق سواء لما بنا ولو اجتمعا على أن النكاح منذ شهر والولد صغير صدقا ولم يثبت النسب من الزوج لأن الصغير لا قول له في نفسه فبقى الحق لهما وما تصادقا عليه يجعل كالمعائن في حقهما فلهذا لا يثبت النسب من الزوج فان قامت البينة أنه تزوجها منذ ستة أشهر ثبت النسب لقيام حجة البينة عليه فان (قيل) كيف تقبل هذه البينة وليس هنا من يدعيها (قلنا) من أصحابنا رحمهم الله من قال ينصب القاضى عن الصغير فيما ليقيم هذه البينة لان النسب حقه وهو عاجز عن اثباته بنفسه فينصب القاضى عنه فيما لاثباته وقيل بل في هذا حق الشرع وهو ثبوت النكاح بينهما والحكم بصحته حتى لا يتزوج بغيره فيكون ابنه وان لا ينسب الولد إلى غير أبيه فان ذلك حرام لحق الشرع وإذا تعلق به حق الشرع قبلت الشهادة عليه حسبة من غير دعوى كما في عتق الامة والله أعلم (باب اقرار المريض بالولد) (قال رحمه الله رجل له عبد في صحته وأقر في مرض موته أنه ابنه وليس له نسب

[152]

معروف ومثله بولد لمثله فانه ابنه يرثه ولا يسعى في شئ سواء كان أصل العلوق به في ملكه أو لم يكن في ملكه) لان النسب من حاجته وهو مقدم على حق ورثته في ماله فيثبت نسبه منه بالدعوة لكونه غير محجور عنه ويكون بمنزلة ابن معروف له ملكه في صحته فيكون عتقه من جميع المال لا بطريق لوصية فلهذا لا يسعى في شئ قال وكذلك ان كان عليه دين يحيط بماله لان حاجته مقدمة على حق غرمائه بدليل الجهاز والكفن ولانه ليس في ثبات النسب ابطال حق الغرماء والورثة لانه يلاقى محلا لا حق لهم فيه وانما ذلك فيما ينبنى عليه من الحكم والذي ينبنى على هذا السبب عتق في صحته ولا حق للغرماء والورثة في ماله في صحته وكذلك لو كانت له جارية ولدت في صحته فافر في مرضه أنه ابنه سواء كان أصل العلوق في ملكه أو لم يكن لان الذى ينبنى على دعوة النسب هنا حقيقة الحرية للولد في صحته وحق الحرية للام ولا حق للغرماء والورثة فيهما في حالة الصحة فأما إذا كان ملكه في مرضه فادعاه قبل الملك أو بعده ثم مات فان كان عليه دين محيط فعليه السعاية في جميع القيمة لان الذى ينبنى على دعوته هنا عتق في المرض وذلك يلاقى محلا مشغولا بحق الغرماء فلا يكون مصدقا في حقهم الا أن الرق قد فسد باقراره فعليه السعاية في جميع القيمة وان لم يكن له مال سواهما ولا دين عليه كان عتقه من ثلثه وعليهما السعاية فيما زاد على الثلث من قيمته ولا يرثه الولد في قول أبى حنيفة لان المستسعى في بعض قيمه عنده بمنزلة المكاتب والمكاتب لا يرث وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله المستسعى حر مديون فيكون من جملة الورثة ولا وصية للوارث ولكن عليه السعاية في قيمته ويرثه وان كان للمولى ابنان بحيث تخرج رقبته من الثلث فعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله الجواب كذلك يسعى الولد في قيمته لانه صار وارثا ولا وصية للوارث وأما عند أبى حنيفة رحمه الله لا سعاية على الولد في شئ ويرثه فقد جمع له بين الوصية والميراث لضرورة الدور فانه لو لم يجر الوصية له وألزمه السعاية في قيمته كان مكاتبا والمكاتب غير وارث فتصح الوصية له سقطت السعاية فصار وارثا فلا يزال يدور هكذا والسبيل في الدور أن يقطع فلهذا جمع بين الوصية والميراث وهو نظير ما قالوا في تنفيذ الوصية في خمسي المال في بعض مسائل الهبة لضرورة الدور وان كانت الوصية لا تنفذ في أكثر من الثلث وهذا لان مواضع الضرورة مستثنى

في الاحكام الشرعية فأما أم الولد فلا سعاية عليها عندهم جميعا لانه إذا كان معها ولد يثبت نسبه فهو شاهد لها بمنزلة اقامة البينة فلهذا لا يلزمه السعاية

[153]

في شئ وكذلك لو وهب للمريض ابنه المعروف ولا مال له غيره فان كان عليه دين سعى في قيمته للغرماء وان كان الدين أقل من قيمته سعى في الدين وفي ثلثي ما بقى للورثة وله الثلث وصية في قول أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله سعى فيما بقى من قيمته بينه وبين الورثة ولا وصية له لانه من جملة الورثة. قال ولو كان وهب للمريض أم ولد له معروفة عتقت ولم يسع في شئ لان ثبوت نسب الولد شاهد لها وعتق أم الولد من حوائج الميت فيكون مقدما على حق الغرماء والورثة. قال ولو أن مريضا له ألف درهم اشترى به ابنه ثم مات ولا مال له غيره فعند أبي حنيفة رحمه الله يسعى في قيمته للورثة والثلث وصية له ويسعى في جميع قيمته لانه وارث فلا وصية له وان كان عليه دين سعى في الدين وثلثي ما بقى في قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما في جميع القيمة لما بينا. قال ولو كان اشترى أم ولد له معروفة لم يسع في شئ للغرماء ولا للورثة لان نسب الولد شاهد لها وان كان قد حابى البائع في شئ فان كانت أقل من ألف فالمحابة في المرض وصية فان كان عليه دين فعلى البائع رد بيع الفضل وان لم يكن عليه دين فعليه رد ثلثي الفضل على الورثة والثلث يسلم له بطريق الوصية. قال ولو أن صبيا وأمة مملوكا لرجل لا يعرف له نسب فاشتراهما رجلا أو ملكاهما بهبة أو صدقة أو ميراث أو وصية ثم ادعى أحدهما أن الولد ابنه وكذبه الآخر فهو ابنه لان قيام الملك له في النصف كقيام الملك له في الكل في صحة الدعوة والولد محتاج إلى النسب ويضمنه حصة شريكه من قيمة الام غنيا كان أو فقيرا لانه صار مملوكا لنصيبه عليه حين صارت أم ولد له (قال) ويضمن حصة شريكه من قيمة الولد ان كان موسرا ويسعى الولد ان كان مسعرا لان دعوة التحرير بعد الملك بمنزلة الاعتاق إذا كذبه الشريك وكان أجنبيا وان كان الشريك ذا رحم محرم من الولد فعند أبي حنيفة رحمه الله لا سعاية عليه وعندهما يلزمه السعاية وقد بينا هذه الفصول في الباب المتقدم. قال ولو اشترى المكاتب ابنه مع رجل آخر صارت حصته مكاتبيا معه لانه لو ملك كله صار الكل مكاتبيا معه فكذلك إذا ملك النصف اعتبارا للبعض بالكل فإذا ادعى المكاتب عتقا وسعى الولد لشريكه في نصف قيمته عند أبي حنيفة رحمه الله ولا ضمان علي المكاتب لان من أصله أن الحر لو اشترى ابنه مع غيره لم يضمن لشريكه شيئا ولكن تجب السعاية على الولد فكذلك المكاتب وأما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله صار الولد كله مكاتبيا مع ابنه لان عندهما الكتابة لا تنجزى ويضمن المكاتب نصف قيمة

[154]

ابنه لشريكه لانه صار مملوكا عليه نصيبه فيضمن له قيمة نصيبه موسرا كان أو مسعرا ولو كان مجهولا فادعاه المكاتب بعد ما ملكاه كان للشريك أن يضمنه نصفه قيمته ان كان غنيا وان شاء استسعى الابن وان كان فقيرا

استسعى الابن لان المكاتب في الدعوة كالحجر وكذلك في ضمان الاعتاق وهو بمنزلة الحر وقد بينا أن هذه الدعوة عند تكذيب الشريك بمنزلة الاعتاق ولو كانت أمه معه ضمن المكاتب نصف قيمتها غنيا كان أو فقيرا لانه تعذر بيعها بما ثبت للمكاتب من الملك فيها وصارت بمنزلة أم الولد فيضمن لشريكه نصف قيمتها لانه صار ممتلكا على كل حال وان كان الذي ملك مع المكاتب ذا رحم محرم من الصبي ونسب الصبي من المكاتب معروف عتق نصيب ذا الرحم المحرم بالقرابة عند أبي حنيفة رحمه الله لانه أثبت له حقيقة الملك وكان نصيب المكاتب موقوفا فان عتق عتق معه وان عجز سعى لمولاه فيه وعند أبي يوسف ومحمد يعتق الكل لان عندهما العتق لا يتجزى ولا ضمان لواحد منهما على صاحبه ولا سعاية علي الولد لان فيه تحصيل مقصود المكاتب فانه انما يسعى لتحصيل الحرية لنفسه ولولده فلهذا لا يجب الضمان له ولا السعاية والله أعلم (باب دعوة الولد من الزنا والنكاح الصحيح) (قال رحمه الله رجل أقر أنه زنا بامرأة حرة وان هذا الولد ابنه من الزنا وصدفته المرأة) فان النسب لا يثبت من واحد منهما لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر ولا فراش للزاني وقد جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم حظ الزاني الحجر فقط وقيل هو اشارة الى الرحم وقيل هو اشارة إلى الغيبة كما يقال للغيبة الحجر أي هو غائب لاحظ له والمراد هنا انه لا حظ للعاهر من النسب وبقي النسب من الزاني حق الشرع أما بطريق العقوبة ليكون له زجرا عن الزنا إذا علم ان مائه يضيع به أو لان الزانية نائبا غير واحد فربما يحصل فيه نسب الولد إلى غير أبيه وذلك حرام شرعا ولا ترتفع هذا المعنى بتصديق المرأة أو كان نفى النسب عن الزاني لحق الولد فانه يلحقه العار بالنسبة الى الزاني وفيه اشاعة الفاحشة وهذا المعنى قائم بعد تصديق المرأة وإذا لم يثبت منه النسب لم يثبت منهما أيضا لان مجرد قولها ليس بحجة في اثبات نسب الولد منهما فان شهدت القابلة ثبت بذلك نسب الولد من المرأة دون الرجل لان ثبوت النسب منها الولادة وذلك يظهر بشهادة

[155]

القابلة ولا صنع لها في الولادة ليستوجب العقوبة بقطع النسب عنها ولان المعنى في جانب الرجل الاشتباه وذلك لا يتحقق في جانبها فان انفصال الولد عنها معان فلهذا ثبت النسب منها قال وان أقر الرجل انه زنا بامرأة حرة أو أمة فولدت هذا الولد وادعت المرأة نكاحا فاسدا أو جائزا لم يثبت النسب منه وان ملكه لان ما ادعت من الفراش لم يثبت بقولها عند جوده فبقى في حقه ما أقربه من الزنا وهو غير مثبت للنسب سواء ملكه أو لم يملكه الا أنه إذا ملكه يعتق عليه لانه جزء منه وان كان غير منسوب إليه فكما لا يثبت الرق للمرأة علي نفسه لا يثبت على جزءه وانما أورد هذا الفصل لازالة الاشكال فان بدعوها النكاح خرج الفعل من أن يكون زنا محضا لا يجب الحد على واحد منهما ويجب العقر لها عليه ولكنه غير مثبت النسب لان سببه الفراش وذلك غير ثابت في حق الرجل فكذلك ان أقامت شاهدا واحدا بما ادعت لان الفراش لم يثبت بالشاهد الواحد فانه ليس بحجة تامة وعليها العدة لاقرارها على نفسها بالتزام العدة ولانها أخذت المهر من الرجل حين سقط الحد عنه وان ادعى الرجل النكاح وأقرت المرأة بالزنا فعليه العقر لسقوط الحد عنه بما ادعى من الشبهة ولم يثبت فراشه عليها عند جودها فلا يثبت نسب ولدها منه في الحال وان ملك يوما ثبت نسبه منه وان ملك أمه كانت أم ولد له ولا ينظر إلى جودها وجود سيدها لان اقراره حجة في حقه وانما امتنع العمل به لكون المحل

مملوكا لغيره وإذا صار مملوكا له كان كالمحدد لذلك فيثبت نسب الولد ويثبت أمية الولد للام وكذلك لو أقام شاهدا واحدا أو شاهدين ولم يعدلا لان ما أقام ليس بحجة تامة وعلى المرأة العدة لانها قد استوجبت المهر ولان العدة مثبتة للاحتياط. قال وإذا ولدت امرأة الرجل على فراشه فقال الزوج زنا بك فلان وهذا الولد منه وصدقته المرأة وأقر فلان بذلك فان نسب الولد ثابت من الزوج لانه صاحب الفراش وثبت النسب باعتبار الفراش وبعد ما ثبت بفراش النكاح لا ينقطع الا باللعان ولا لعان بينهما لاقرارها علي نفسها بالزنا وكذلك لو كان النكاح فاسدا لان الفاسد ملحق بالصحيح في حكم النسب. قال ولو تزوج امرأة لا تحل له فأغلق عليها بابا أو أرخى حجابا ثم فرق بينهما لم يكن عليه مهر لان الخلوة في العقد الصحيح انما كان مقرا للمهر باعتبار ما فيه من التمكن من الاستيفاء وذلك لا يوجد في النكاح الفاسد فانه غير متمكن من الاستيفاء شرعا فلهذا سقط اعتبار الخلوة فان جاءت بولد لسته أشهر منذ تزوجها ثبت النسب منه وفي بعض

[156]

النسخ. قال منذ أغلق عليها الباب وهذا لان الفاسد من النكاح معتبر بالجائز في حكم النسب لان الشرع لا يرد بالفاسد ليتعرف حكمه من نفسه فلا بد من اعتباره بالجائز وفي النكاح الجائز إذا جاءت بالولد لسته أشهر منذ تزوجها ثبت النسب منه فكذلك في الفاسد وإذا ثبت النسب منه فقد حكمنا بأنه دخل بها وكان عليه المهر واعتباره بستة أشهر منذ أغلق الباب لاشكال فيه لان التمكن من الوطئ حقيقة يحصل به وان انعدم التمكن حكما واعتباره بستة أشهر منذ تزوجها صحيح أيضا لاعتبار الفاسد بالجائز ومن أصلنا في النكاح الجائز أن النسب ثبت بمجرد الفراش الثابت النكاح ولا يشترط معه التمكن من الوطئ وعلى قول الشافعي بمجرد النكاح بدون التمكن من الوطئ لا يثبت النسب فكذلك في الفاسد حتى قالوا فيمن تزوج امرأة وبينهما مسيرة سنة فجاءت بولد لسته أشهر عندنا يثبت النسب وعنده لا يثبت ما لم يكن لاكثر من ستة أشهر حتى يتحقق التمكن من الوطئ بعد العقد وحجته في ذلك انا نتيقن بأنه غير مخلوق من مائه فلا يثبت النسب منه كما لو كان الزوج صبيا وهذا لان سبب ثبوت النسب حقيقة كونه مخلوقا من مائه وذلك خفى لا طريق الي معرفته وكذلك حقيقة الوطئ تكون شراء علي غير الواطئين وفي تعليق الحكم به خرج ولكن التمكن منه سبب ظاهر توقف عليه فوجب اعتباره لان ما سقط انما كان لاجل الضرورة فتقدر بقدر الضرورة ولانها جاءت به على فراشه في حال يصلح أن يكون منسوباً إليه فيثبت النسب منه كما لو تمكن من وطئها وتصادقا انه لم يطأها وهذا لان النكاح ما شرع الا للاستفراش ومقصود النسل فيثبت الفراش بنفسه ولكن في حق من يصلح أن يكون والدا والصغير لا يصلح أن يكون والدا فلم يعمل في النسب لانعدام المحل له فأما الغائب يصلح أن يكون والدا كالحاضر فيثبت له الفراش المثبت للنسب بنفس النكاح وكما أن حقيقة العلوق من مائه لا يتوقف عليها فكذلك التمكن من الوطئ حقيقة لا يمكن الوقوف عليه لاختلاف طبائع الناس فيه وفي الاوقات فيجب تعليق الحكم بالنسب الظاهر وهو النكاح الذي لا يعقد شرعا الا لهذا المقصود ومتى قام النسب الظاهر مقام المعنى الخفى سقط اعتبار المعنى الخفى ودار الحكم مع النسب الظاهر وجودا وعدما وهو أصل كبير في المسائل كما أقيم السفر المرید مقام حقيقة المشقة في اثبات الرخصة بسبب السفر وأقيم تجدد الملك في الامة مقام اشتغال

رحمها بماء الغير في تجدد وجوب الاستبراء ولان الوطئ والتمكن انما كان معتبرا لمعنى الماء وقد سقط اعتبار حقيقة

[157]

الماء لاثبات النسب فيسقط ما كان معبرا لاجله أيضا. قال وإذا قال الرجل لصبي في يدى امرأة هو ابني من زنا وقالت المرأة من نكاح ثم قال الرجل بعد ذلك هو من نكاح ثبت نسبه منه لان كلامه الاول نفى للنسب عن نفسه وكلامه الثاني دعوة للنسب بعد النفى صحيح لانه غير محتمل للانتفاء بعد ثبوته فيبقى بعد النفى على ما كان عليه من قبل ولان المرأة قد أقرت له بالنكاح وصدقها في ذلك فيثبت النكاح بينهما وبثبوته يثبت نسب ولدهما منه وكذلك لو قال الرجل هو ابني منك من نكاح وقالت هو ابنك من الزنا لم يثبت نسبه لانكارها ما ادعاه من الفراش فان قالت بعد ذلك هو ابني من نكاح ثبت نسبه لانها أقرت له بالنكاح بعد ما أنكرت والاقرار بعد الانكار صحيح فإذا ثبت النكاح بينهما ثبت نسب الولد منهما. قال امرأة رجل ولدت وهما حران مسلمان فادعى الزوج انه ابنه وكذبت المرأة أو ادعت وكذبها الزوج وقد جاءت به لستة أشهر منذ تزوجها فهو ابنه منها لظهور النسب فيما بينهما وهو الفراش وكذلك لو قال الزوج هذا الولد من زوج كان لك قبلى وقالت المرأة بل هو منك فهو منه لان السبب بينهما ظاهر وما ادعاه الرجل غير معلوم وانما يحال بالحكم إلى السبب الظاهر دون ما لا يعرف ولو قال الزوج من زنا فان صدقته المرأة بذلك فهو ابنه لان السبب ثبت منه بفراش النكاح فلا يقطع الا باللعان ولا لعان بينهما إذا صدقته فيما ادعى من الزنا وان أنكرت ذلك وجب اللعان فيما بينهما ويقطع النسب عنه باللعان. قال وإذا نفى الرجل ولد امرأته بعد ما مات أو كان حيا قبل اللعان فهو ابنه لا يستطيع أن ينفيه لان النسب ثبت منه بالفراش وتقرر ذلك بموت الولد فلا يتصور بعد تقررره وهذا لان الميت لا يكون محلا لاثبات نسبه بالدعوة ابتداء فكذلك لا يكون محلا لقطع نسبه الذى كان ثابتا باللعان فان كل واحد من الحكمين يستدعى المحل فكذلك لو قبل الولد لانا حكمنا للاب بالميراث عنه اما بدل نفسه أو مال ان كان له والنسب بعد ما صار محكوما به لا يحتمل القطع وإذا كان للمرأة ولد وليس في يدى زوجها فقالت تزوجتك بعد ما ولدت هذا من زوج قبلك وقال الزوج بل ولدته منى في ملكى فهو ابن الزوج لما بينا ان النسب بينهما ظاهر وهو الفراش وما ادعت غير معروف فيحال بالولد على السبب الظاهر فلو كان الصبي في يدى الرجل دون المرأة فقال ابني من غيرك وقالت هو ابنك منى فالقول قول الزوج ولا تصدق المرأة بخلاف ما سبق والفرق من وجهين أحدهما أن قيام الفراش بينه وبينها لا يمنع فراشا آخر له

[158]

على غيرها اما بنكاح أو بملك يمين فإذا كان الولد في يده كان نسبه إليه من أي فراش حصل له وأما ثبوت الفراش له عليها يتأفى فراش آخر عليها لغيره وكان هذا الفراش في حقها متعينا وباعتباره يثبت النسب منه من هذا الزوج ولان المرأة في يد الرجل والولد الذى في يدها من وجه كانه في يده فأما الزوج ليس في يد امرأته فما في يده لا يكون في يدها فلهذا لا

يقبل قولها وإذا نفى الرجل ولد امرأته وفرغا من اللعان عند القاضي
فقل أن يفرق بينهما ويقطع النسب من الأب فإذا مات أحدهما فالولد
ثابت النسب من الزوج لأن نفس اللعان لا يقطع النسب ما لم يقطعه
القاضي إذ ليس من ضرورة اللعان قطع النسب فإذا مات أحدهما اذن
اعترض قبل قطع النسب ما لو كان موجودا في الابتداء منع اللعان بينهما
فكذلك يمنع قطع النسب به وكما يتقرر حكم النسب بموت الولد فكذلك
بموت الأب لاستحقاق الولد الميراث منه ولو كانت ولدت ولدين توأم فعلم
أحدهما فنفاه ولاعن وألزمه القاضي أمه يفرق بينهما ثم علم بالآخر فهما
ابناه لأن نسبهما ثبت منه باعتبار الفراش وإنما جرى اللعان بينهما في
الولد الذي نفاه فبقي نسب الآخر ثابتا كما كان وقد فرق القاضي بينهما
فلا يمكنه أن ينفي نسب الآخر باللعان بعد الفرقة ومن ضرورة ثبوت نسب
أحدهما ثبوت نسب الآخر لانهما توأم يقرره وأنه لا بد من جعل أحدهما أصلا
والحاق الآخر به والذي انقطع نسبه منه باللعان محتمل للثبوت منه
بالأكاذاب والذي نفى ثابت النسب منه بعد الفرقة تسمية لا تحتمل النفي
عنه فجعل هذا أصلا أولى ولأن النسب يثبت في موضع الشبهة فلا ينتفى
بمجرد الشبهة فترجح الجانب الذي فيه شبهة أولى فإن علم بالثاني قبل
أن يفرق بينهما فنفاه أعاد اللعان وألزم الولدين الأم لأن النكاح بينهما
قائم عند نفى الولد الثاني فيجرى اللعان بينهما لقطع نسبه كالولد الأول
وان أكذب الملاعن نفسه بالدعوة بعد ما فرق القاضي بينهما ثبت النسب
منه لأنه نفى موقوفا على حقه حتى لو ادعاه غيره لم يثبت منه فإذا أقر به
بعد الإنكار صح إقراره وعليه الحد لأنه أقر بأنه قذفها وهي محصنة فعليه
حد القذف عند خصومتها وهذا إذا كان الابن حيا سواء كانت الأم حية أو ميتة
فإن كان الولد قد مات وترك ميراثا ثم أعاده الأب لم يصدق لأن الأب مدعى
للمال لا مقرر بالنسب فإن الولد بالموت قد استغنى عن الشرف بالنسب
وبمجرد الدعوى لا يستحق المال إذا لم يكن مناقضا في الدعوى فإذا كان
مناقضا أولى ألا أن يكون ترك ابن الملاعنة ولدا أو أنثى فحينئذ صدق الأب
لأنه الآن

[159]

مقرر بالنسب فإن ولد الابن ينسب إليه كولد الملاعنة نفسه فإذا صح الإقرار
بضرب الجذ وأخذ الميراث والحاصل أن النسب أصل عند أكذابه نفسه فإذا
أمكن القضاء به أن كان المنفى نسبه حيا أو ميتا عن خلف يقضى بالنسب
ثم يترتب عليه حكم الميراث وإذا كان ميت الاعن خلف لا يمكن القضاء
بالنسب فلو قضى بالمال كان قضاء بمجرد الدعوى والمال لا يستحق
بمجرد الدعوى ولو كانت المنفية بنتا فماتت عن ابن وأكذب الملاعن نفسه
ولم يصدق به لم يرث في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قولهما يصدق
ويضرب الحد ويرث * وجه قولهما أنها ماتت عمن خلفها فإن الولد كما
ينسب إلى أبيه ينسب إلى أمه وكما ينتشر بأب يتشرف بالأب ينتشر بالشرف
الأم ويصير كريم الطرفين وأب الأم يسمى أبا مجازا كاب الأب فكما في
الفصل الأول جعل بقاء الولد كبقائه فكذلك هنا وأبو حنيفة رحمه الله
يقول كلامه الآن في دعوى المال لا إقرار بالنسب لأن نسب الولد إلى قوم
أبيه دون قوم أمه (ألا ترى) أن إبراهيم بن رسول الله صلى الله عليه وسلم
كان قرشيا لا قبطيا وإن أولاد الخلفاء من الأئمة يصلحون للخلافة وفيه
يقول القائل فإنما أمهات الناس أوعية * مستودعات وللأنساب آباء فإذا لم
يكن هذا الولد منتسبا إلى الملاعن صار وجوده كعدمه فلا يعمل أكذابه
نفسه بخلاف ابن الابن علي ما بينا فلو أراد ابن الملاعن أن يتزوج المنفية

نسبها لم يكن له ذلك ولو فصل فرق بينهما لانها قبل اللعان كانت أختا له ولم ينتف ذلك بمجرد اللعان من كل وجه حتى لو أكذب الملاعن نفسه ثبت النسب منه وكانت أختا له وشبهة الاختية كحقيقتها في المنع من النكاح وكذلك الملاعن نفسه لو قال لم أدخل بالام وتزوج الابنت فرق بينهما لانها كانت ابنتا له وبعد اللعان قطع النسب عنه فبقى موقوفا علي حقه لو ادعاها صحت دعوته وشبهة البينة كحقيقتها في المنع من النكاح وللشافعي رحمه الله في هذا الفصل قولان أحدهما أن له أن يتزوجها بمنزلة ابنته من الزنا على مذهبه وهي معروفة في النكاح والآخر كمنزلة لان النسب هنا موقوف على حقه لو ادعاه يثبت منه بخلاف المخلوق من مائه بالزنا. قال وإذا طلق الرجل امرأته فجاءت بولدين فهذه المسألة على أوجه اما ان يكون الطلاق رجعا أو بائنا وكل وجه على ثلاثة أو وجه اما أن يأتي بالولدين لاقل من سنتين أو يأتي بهما لاكثر من سنتين أو يأتي بأحدهما لاقل من سنتين يوم ولم يقر بانقضاء العدة فبقى أحدهما حين ولده ثم ولدت الثاني وهما ابناه ولا حد عليه ولا لعان لانه حين نفى المولود منهما كان النكاح بينهما

[160]

قائما فوجب اللعان بينهما فحين وضعت الولد الآخر فقد انقضت عدتها بوضع جميع ما في بطنها ولا يتأتى جريان اللعان فيما بينهما بعد ما صارت أجنبية والقذف الموجب للعان لا يكون موجبا للحد فلهذا ثبت نسب الولدين منه وان جاءت بينهما لاكثر من سنتين فنفاهما يجرى اللعان بينهما ويقطع نسب الولدين عنده لانا تيقنا أن علوق الولدين من علوق حادث بعد الطلاق فصار مراجعا لها ولا تنقضي العدة بوضع الولدين فإذا نفى وهي منكوحته جرى اللعان بينهما فان (قيل) لما حكمنا بالرجعة فقد حكمنا بثبوت نسب الولدين منه فيكف يمكن قطع النسب باللعان بعد ذلك (قلنا) ليس من ضرورة الحكم بالرجعة والحكم بكون الولد منه فالرجعة تثبت بمجرد العين عن شهوة بدون الوطئ والاعلاق وإن كان نفى الولد منهما ثم أقر بالثاني فهما ابناه وعليه الحد لانهما توأم فأقراره بأحدهما كإقراره بهما وهذا منه أكذاب لنفسه بعد التفرق فعليه الحد وإن جاءت بأحد الولدين لاقل من سنتين وبالأخر لاكثر من سنتين فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله هذا والفصل الاول سواء وعلى قول محمد رحمه الله هذا والفصل الثاني سواء * وجه قوله إنا تيقنا بأن الولد الثاني من علوق حادث بعد الطلاق لان الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين وشكنا في الولد الاول فيحتمل أن يكون العلوق به بعد الطلاق أيضا ويحتمل أن يكون العلوق به قبل الطلاق فاتبع الشك لا التيقن فان المتيقن به يجعل أصلا ويرد المشكوك إليه وهما قالا لما ولدت الاول لاقل من سنتين فقد حكمنا بأنه من علوق قبل الطلاق (ألا ترى) انها لو لم تلد غيره كان محكوما بأن العلوق به كان قبل الطلاق فلا يتغير ذلك الحكم بتأخير الولادة الثانية ولكن يجعل السابق منهما أصلا ويجعل كأنها وضعتهما قبل السنتين لان الولد انما لا يبقى في البطن أكثر من سنتين إذا لم يكن هناك من يزاحمه في الخروج فأما عند وجود المزاحم قد يتأخر خروجه عن أو انه فلا يكون ذلك دليلا على ان العلوق به كان بعد الطلاق فلهذا جعلنا السابق أصلا وإذا كان الطلاق بائنا أو ثلاثا فان جاءت بهما لاقل من سنتين فعليه الحد بالنفى فهما ابناه لانه حين قذفها فلا نكاح بينهما فيلزمه الحد وقد جاءت بالولدين لمدة يتوهم أن يكون العلوق بهما سابقا على الطلاق فيثبت نسبهما منه وإن جاءت بهما لاكثر من سنتين لم يثبت نسبهما منه لانهما من علوق

حادث بعد الفرقة وان نفاهما فلاحد عليه ولا لعان لانه صادق في مقالته
وان جاءت باحدهما لاقل من سنتين بيوم وبالأخر لاكثر من سنتين بيوم
فعند أبي حنيفة

[161]

وأبى يوسف رحمهما الله هذا والفصل الاول سواء وعند محمد رحمه الله
هذا والفصل الثاني سواء على ما بينا قال وإذا طلقها واحدة بائة بعد ما
دخل بها ثم تزوجها فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر فنفاه لاعنها لقيام
النكاح بينهما في الحال ويلزم الولد أباه لانا نيقنا أن العلوق به سبق النكاح
الثاني فكان حاصلًا في النكاح الاول وبالفرقة بعده تقرر النسب على وجه
لا ينتفى بحال وان جاءت به لاكثر من ستة أشهر منذ تزوجها النكاح الثاني
لاعن ولزم الولد أمه لان الحل قائم فيستند العلوق إلى أقرب الاوقات وهو
ما بعد النكاح الثاني فإذا نفاه يقطع النسب عنه باللعان والله أعلم (باب
الولادة والشهادة عليها) قال رحمه الله أمة ولدت فادعت أن مولاه قد
أقر به فجدد المولى فشهد عليه شاهد انه اقر بذلك وشهد آخر انه ولد على
فراشه لم تقبل شهادتهما لاختلافهما في المشهود به فان أحدهما يشهد
بالقول وهو الاقرار وشهد الآخر بالفعل وهو الولادة على الفراش وليس
على واحد من الامرين شهادة شاهدين فان اتفق رجلان على الشهادة على
الاقرار وعلى الولادة على فراشه فهو جائر لانهما ان شهدا على الاقرار
فثبوت الاقرار بالبينة كثبوته بالمعينة وان شهدا على الولادة فقد شهدا
بالسبب المثبت للنسب منه. قال ولو كان المولى ذميا والامة مسلمة فشهد
ذميان عليه بذلك جاز لان هذه الشهادة تقوم على المولى وشهادة أهل
الذمة على أهل الذمة حجة فان كان المولى هو المدعى والامة جاحدة لم
تجز شهادة الذميين عليها لكونها مسلمة وتأويل هذه المسألة أنها تجحد
المملوكية للمولى فانها إذا كانت تقرر بذلك ينفرد المولى بدعوة نسب
ولدها ولا عبرة بتكذيبها ولو كانا مسلمين فشهد على الدعوة أب المولى
وجده لم تجز الشهادة لانهما يشهدان بالسبب للولد وهو ابن ابنيهما
وشهادة المرء لابن ابنه لا تقبل وان شهد بذلك ابن المولى جازت الشهادة
إذا كان المولى جاحدا لذلك لانهما يشهدان لآخيهما على أبيهما وشهادة
المرء لآخيه على أبيه مقبولة انما لا تقبل شهادته لآبيه وإذا طلق امرأة
من زوجها فاعتدت ثم تزوجت وولدت من الزوج الآخر ثم جاء الولد حيا
فعلي قول أبي حنيفة رحمه الله الولد للزوج الاول سواء جاءت به لاقل من
سنة أشهر منذ تزوجها أو لاكثر من ذلك لانه صاحب الفراش الصحيح فان
نفاه لا يفسد

[162]

فراشه والزوج الثاني صاحب الفراش الفاسد ولا معارضة بين الصحيح
والفاسد بوجه بل الفاسد مدفوع بالصحيح والمرأة مردودة على الزوج
الاول والولد ثابت النسب منه كمن زوج أمته فجاءت بولد ثبت النسب من
الزوج دون المولى وان ادعاه المولى لان ملك اليمين لا يعارض النكاح في
الفراش بل الفراش الصحيح لصاحب النكاح بل أولى فان هناك ملك اليمين
عند الانفراد غير مثبت للحل والنكاح الفاسد عند الانفراد غير مثبت للحل

فان نفى الاول والآخر الولد أو نفاه احدهما أو ادعيا أو ادعاه أحدهما فهو للاول على كل حال ولا حد عليه ولا لعان لانها غير محصنة حين دخل الزوج الثاني بنكاح فاسد فلا يجرى اللعان بينها وبين الاول والنسب إذا ثبت بالنكاح لا ينتفى الا باللعان وكان ابن أبى ليلى يقول الولد للثاني لان الفراش الفاسد يثبت النسب كالفراش الصحيح أو أقوي حتى يثبت النسب به على وجه لا ينتفى بالنفى ثم الثاني إليها أقرب يدا والولد مخلوق من مائه حقيقة فيترجح جانبه بالقرب واعتبار للحقيقة وذكر أبو عصمة عن اسماعيل بن حماد عن عبد الكريم الجرجاني عن أبى حنيفة رحمهم الله أن النسب يثبت من الزوج الثاني كما هو قول ابن أبى ليلى وفيه حديث الشعبي ذكره في الكتاب أن رجلا من جعفى زوج ابنته من عبيدالله بن الحر ثم مات ولحق عبيدالله بمعاوية رضى الله عنه فزوج الجارية اخوتها فجاء ابن الحر فخاصم زوجها إلى على رضى الله عنه فقال على رضى الله عنه أما أنك الممالي علينا عدونا فقال أيمعني ذلك من عدلك فقال لا فقضى بالمرأة له وقضى بالولد للزوج الآخر الا أن أبا حنيفة رحمه الله قال الحديث غير مشهور فلا يترك به القياس الظاهر ولو ثبت وجب القول به وكان أبو يوسف رحمه الله يقول ان جاءت به لاقل من ستة أشهر منذ تزوجها الثاني فهو من الزوج الاول وان جاءت به لستة أشهر منذ تزوجها الثاني فهو من الزوج الاول وان جاءت به لستة أشهر فصاعدا منذ تزوجها الثاني سواء ادعياه أو نفياه لان النكاح الفاسد يلحق بالصحيح في حكم النسب فباعتراض الثاني على الاول ينقطع الاول في حكم النسب ويكون الحكم للثاني والتقدير فيه بادني مدة الحبل اعتبارا للفاسد بالصحيح وانما قلنا أن الاول ينقطع بالثاني لان بدخول الثاني بها يحرم على الاول ويلزمها العدة من الثاني ووجوب العدة ليس الا لصيانة الماء في الرحم فلو لم يكن النسب بحيث يثبت من الثاني لم يكن لوجوب العدة عليها من الثاني معنى وعلي قول محمد رحمه الله ان جاءت به لاكثر من سنتين منذ دخل بها للثاني فهو الثاني وان جاءت به لاقل من سنتين منذ دخل

[163]

بها الثاني فهو للاول لان وجوب العدة عليها من الثاني بالدخول لا بالنكاح والحرمة انما ثبت على الاول بوجوب العدة من الثاني فكانت حرمتها عليه بهذا السبب كحرمتها بالطلاق والتقدير بادني مدة الحبل عند قيام الحل ولا حل بينهما فالعبرة للمكان فإذا جاءت به لاقل من سنتين منذ دخل بها الثاني يتوهم أن يكون هذا من علوق كان قبل دخول الثاني بها في حال حلها للاول فكان النسب ثابتا منه وان جاءت به لاكثر من سنتين فقد انقطع هذا التوهم فكان النسب من الثاني وكذلك لو سببت المرأة فتزوجت رجلا من أهل الحرب فولدت فهو على هذا الخلاف وكذلك لو ادعت الطلاق واعتدت وتزوجت والزوج الاول جاحد لذلك فهذا كله في المعنى سواء. قال أمة ولدت لرجل فلم ينقه حتى لو مات فهو لازم له لا يستطيع أن ينفيه وتأويل هذه المسألة في أم الولد لان نسب ولدها ثابت بالفراش فيتقرر ذلك بالموت قبل النفى فأما الأمة القنة لا يثبت نسب ولدها الا بالدعوة فإذا مات قبل الدعوة لا يثبت النسب الا أن يكون هنئ بالولادة فقبل التهنة يكون ذلك بمنزلة الدعوة منه وكذلك ان جنى جناية فقضى به القاضي على عاقلته لم يستطع نفيه بعد ذلك وكذلك لو جنى عليه فحكم فيه بقصاص أو أرش فهذا كله يتضمن الحكم بثبوت نسبه من المولى وبعد ما صار النسب محكوما به لا يستطيع أن ينفيه لان قوله ليس بحجة في ابطال الحكم. قال وإذا زوج أم ولده فمات عنها زوجها أو طلقها وانقضت

عدتها ثم جاءت بولد لسته أشهر منذ انقضت عدتها فهو ابن المولى لان بانقضاء عدتها حل للسيد غشيانها فعادت فراشا له كما كانت قبل النكاح فان بانقضاء العدة قد ارتفع النكاح بحقوقه وهو المانع من ظهور حكم فراشه فإذا عادت فراشا للمولى ثم جاءت بالولد في مده يتوهم أن يكون من علوق بعد الفراش ثبت نسبه وله أن ينفيه لما قلنا إلا أن يتناول ذلك أو يجري فيه حكم وتفسير هذا التناول مذكور في كتاب الطلاق أو ما فيه من الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه رحمهم الله من التقدير بسبعة أيام عنده وبمدة النفاس عندهما. قال ولو حرم أم ولده على نفسه بأن حلف أن لا يقربها فجاءت بولد لزمه ما لم ينفيه لان فراشها لم يبطل بتحريمها على نفسه كما لا يبطل به فراش النكاح وهو مندوب شرعا الي أن يحث نفسه ويعشاها وفيه نزل قوله تعالى قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم فلهذا كان النسب ثابتا منه ما لم ينفيه. قال ولو كانت أم ولد المسلم مجوسية أو مرتدة لم يلزمه ولدها إلا أن يدعيه أو جاءت به لاقل من ستة أشهر بعد الردة. وقال زفر رحمه الله يثبت نسب الولد منه ما لم ينفيه لان

[164]

سبب الفراش قيام الملك وهو باق بعد الردة وان حرم عليه غشيانها بالردة وثبت النسب لا يعتمد حل الغشيان كما في المنكوحة نكاحا فاسدا وهذا بخلاف ما زوجها لان فراشها قد انقطع باعتراض فراش الزوج (ألا ترى) انه لو ادعاه لم يثبت النسب منه بخلاف ما نحن فيه ولنا أن تحسين الظن بالمولى واجب وفي اثبات النسب منه حكم باقدامه على وطئ حرام وذلك لا يجوز بدون الحجة فان ادعاه فقد صار مقرا بذلك فيثبت النسب منه حينئذ والا فلا وكذلك ان جاءت به لاقل من ستة أشهر منذ ارتدت لانا تيقنا ان العلوق سابق على ردتها فلا يكون فيه حمل أمر المولى على الفساد قال وإذا أقر بصبي في يده أنه ابنه من أمته هذه ولد علي فراشه ثم مات الرجل فادعى أولاده أن أباهم قد كان زوج هذه الامة عنده قبل أن تلد بثلاث سنين وانها ولدت هذا الغلام علي فراش العبد والعبد والغلام والامة ينكرون ذلك لم تقبل بينتهم على ذلك والغلام ابن الميت لان نسبه ثبت من المولى باقرار المولى به وهذه البينة من الورثة تقوم على النفي فلا تكون مقبولة وبيان ذلك أنهم لا يثبتون بهذه الشهادة لانفسهم حقا انما يثبتون النسب للعبد وهو جاحد مكذب للشهود وقصد الورثة من هذا نفى النسب عن الميت حتى لا يزاحمهم في ميراثهم والشهادة على النفي لا تقبل ثم الورثة خلفاء الميت وهو لو أقام هذه البينة بنفسه لم يقبل منه فذلك ممن يخلفه. قال ولو ادعى العبد ذلك وأقام البينة ثبت نسبه منه لانه يثبت حق نفسه بهذه البينة من الفراش عليها ونسب ولدها فوجب قبول بينته للاثبات ثم من ضرورته انتفاء النسب عن المولى لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعينة ويعتق باقرار المولى لاقراره بحريته حين ادعى نسبه فان كان الاقرار منه في المرض فالمعتق من الثلث في حق الغلام والامة جميعا لان نسب الولد لما لم يثبت لم يكن لها شاهد علي ما أقر به المولى من حق الحرية لها فكان معتبرا من الثلث كما يعتبر عتق الغلام من الثلث وجعل ذلك كانشاء العتق منه فيهما ولو كان العبد غائبا توقف حكم هذه البينة حتى يحضر العبد فيدعى وينكر لان حكم البينة يختلف بدعوى العبد وانكاره فلا بد من أن يجعل وقوفا على حضوره ولو ادعت الام النكاح أو ادعاه الغلام قبلت بينة التزويج لانها تقوم للاثبات فان النسب من حق الغلام فإذا البينة بالبينة من العبد كان مثبتا حق نفسه والام تثبت النكاح بينهما وبين العبد وذلك حقا. قال رجل طلق امرأته تطليقة بائنة فأقرت بانقضاء العدة ثم

جاءت بولد لسته أشهر فصاعدا لم يثبت نسبه منه لان انقضاء العدة قد
ظهر بخبرها فانه أمية شرعا فإذا جاءت بعد

[165]

ذلك لمدة يتوهم أن يكون من علوق حادث لم يثبت نسبه منه الا أن يدعيه
فان ادعاه ثبت نسبه منه معناه إذا صدقته المرأة فان الحق لهما فيثبت
بتصادقهما عليه فأما إذا كذبت لم يثبت النسب منه وإن ادعاه لان صار
أجنبيا عنها وعن أولادها وان جاءت به لاقل من ستة أشهر منذ انقضاء
العدة ثبت نسبه منه لانا نيقنا ان العلوق به كان قبل اقرارها وانها كانت
حبلى حين أقرت بانقضاء العدة فكان خبرها مستنكرا مردودا وان كانت
تزوجت ثم جاءت بولد لسته أشهر منذ تزوجها الآخر فهو للآخر لان تزويجها
نفسها اقرار منها بانقضاء العدة وان جاءت به لاقل من ستة أشهر منذ
تزوجها الثاني لم يثبت نسبه من الثاني لان العلوق سبق نكاحه وان كانت
جاءت به لستين أو أكثر منذ طلقها الاول لم يثبت النسب من الاول ايضا
لانه من علوق حادث بعد الفرقة فلا يثبت النسب منه الا أن يدعيه وتصدق
المرأة في ذلك وان جاءت به لاقل من سنتين منذ طلقها الاول فهو ثابت
النسب من الاول ولا يبطل النكاح بينها وبين الثاني وتأويل هذا فيما إذا لم
يقر بانقضاء العدة أو أقرت به ثم جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر منذ
أقرت. قال رجل طلق امرأته الصغيرة ومات عنها فجاءت بولد فهذا على
ثلاثة أوجه اما أن تدعي الحبل أو تقر بانقضاء العدة أو كانت ساكنة فان
ادعت حبلا ثم جاءت بالولد لاقل من سنتين منذ مات الزوج أو فارقها ثبت
النسب من الزوج لان دعواها الحبل اقرار منها بالبلوغ فهي والكبيرة سواء
وان أقرت بانقضاء العدة عند مضي ثلاثة أشهر من الفرقة أو أربع أشهر
وعشر منذ مات الزوج ثم جاءت بالولد لسته أشهر فصاعدا منذ أقرت لم
يثبت النسب منه لانها عند الاقرار ان كانت بالغة فقد ظهر انقضاء العدة
باقرارها وان كانت صغيرة فقد تيقنا بانقضاء عدتها بثلاثة أشهر في
الفرقة واربعة أشهر وعشر في الموت فانما ولدت لمدة حبل تام بعد ذلك
فلا يثبت النسب منه وان كانت ساكنة فعلى قول أبي حنيفة ومحمد
رحمهما الله ان جاءت به لسته أشهر فصاعدا منذ فارقها ولعشرة أشهر
وعشرة أيام فصاعدا منذ مات لم يثبت النسب منه وعلي قول أبي يوسف
رحمه الله إذا جاءت به لاقل من سنتين كان النسب ثابتا منه لانها جاءت به
لمدة يتوهم أن يكون من علوق في حال قيام النكاح وهذا لان المراهقة
بلوغها موهوم ولا يعرف ذلك الا من جهتها فإذا لم يقر بانقضاء العدة فهي
والكبيرة سواء لان انقضاء عدتها بالشهور أن لا تكون حاملا وهذا الشرط لا
يعلم الا من قبلها وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالا

[166]

عرفناها صغيرة وما عرف ثبوته وجب التمسك به حتى يقوم الدليل على
زواله وعدة الصغيرة تنقضي في الفرقة بثلاثة أشهر بالنص وفي الموت
اربعة أشهر وعشر فإذا جاءت بالولد لمدة حبل تام بعد ظهور انقضاء
عدتها لم يثبت النسب منه كما لو أقرت بانقضاء العدة فاما المرأة الكبيرة
إذا مات عنها زوجها فان ادعت حبلا ثبت نسب الولد منه إذا جاءت به لاقل

من سنتين وان أقرت بانقضاء العدة بعد أربعة أشهر وعشر لم يثبت نسب ولدها منه بعد ذلك إذا جاءت به لستة أشهر فصاعدا منذ أقرت وان كانت ساكتة ثبت نسب ولدها منه إذا جاءت به لأقل من سنتين عندنا وقال زفر رحمه الله لا يثبت النسب منه إذا جاءت به لعشرة أشهر وعشرة أيام فصاعدا منذ مات الزوج لان يمضي أربعة أشهر وعشر حكمنا بانقضاء عدتها بالنص إذا لم يكن بها حبل ظاهر فإذا جاءت بالولد لمدة حبل تام بعد ذلك لم يثبت النسب منه في الصغيرة ولكننا نقول انقضاء عدتها بالشهور متعلق بشرط وهو أن لا تكون حاملا فان قوله عزوجل وأولات الاحمال أجلهن ناسخة لقوله تعالى يتربصن بانفسهن على ما قال ابن مسعود رضي الله عنه من شاء باهله أن سورة النساء القصرى نزلت بعد سورة النساء الطولى وهذا الشرط لا يعرف الا من قبلها فما لم يقر بانقضاء عدتها لا تجعل منقضية العدة بمضي أربعة أشهر وعشر بخلاف الصغيرة فان الصغر ينافى الحبل فانقضاء عدتها بمضي المدة مطلقا يجب الحكم به ما لم يدع حبالا فهذا فرقا بين الفصلين ثم عند أبى حنيفة رحمه الله إنما يثبت النسب ولد الكبيرة من الزوج الميت إذا شهد بالولادة رجلان أو رجل وامرأتان فاما بمجرد شهادة القابلة لا يثبت لانه ليس هنا حبل ظاهر ولا فراش قائم ولا اقرار من الزوج بالحبل وعندهما يثبت النسب بشهادة القابلة وهى معروفة وان أقرت بانقضاء العدة بعد موت الرجل بيوم يسقط قد استبان خلقه فالقول قولها لانها أمتية أخبرت بما هو محتمل فان جاءت بولد بعد ذلك لستة أشهر لم يثبت النسب منه لاقرارها بانقضاء العدة ولو جاءت بولد مثبت فقلت الورثة ولدته مساء وقالت هي كان فمات فشهدت على استهلاك الولد القابلة يقبل في قول أبى يوسف ومحمد رحمهما لله في حكم الارث الصلاة عليه وعند أبى حنيفة رحمه الله في حكم الصلاة عليه كذلك فاما في الميراث فلا تقبل الا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين واستدل بقول على رضي الله عنه إذا استهل الصبي ورث فصلى وعليه فقد جمع بين الحكمين ثم أحد الحكمين هنا يثبت بشهادة القابلة لان الرجال لا يطلعون على تلك الحالة فكذلك الحكم الآخر وأبو حنيفة

[167]

يقول لان الاستهلال صوت تسمعه الرجال فلا يكون شهادة النساء فيه حجة تامة وان اتفق وقوعه في موضع لا يحضره الرجال كجراحات النساء في الحمامات الا ان الصلاة عليه من أمور الدين وخبر الواحد حجة في أمور الدين فاما الميراث من باب الاحكام فتستدعى حجة كاملة وذلك شهادة رجلين أو رجل وامرأتين. قال رجل طلق امرأته تطليقة رجعية فجاءت بولد لستة أشهر فصاعدا فانكر الزوج ان تكون ولدت وقال انقضت عدتك وشهدت امرأة على الولادة لم يلزمه في قول أبى حنيفة رحمه الله لانه ليس بينهما فراش قائم فلا تكون شهادة القابلة حجة لاثبات النسب عنده وعندهما يلزمه النسب بشهادة القابلة ولو قال الزوج للمطلقة الرجعية أخبرك ان عدتك قد انقضت وكذبتة فله أن يتزوج أربعة سواها وهى معروفة فان جاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الطلاق ثبت النسب من الزوج وبطل نكاح الاربع لانه غير مقبول القول في حق الولد ولا في حق المرأة والنسب من حقها فصار في حق النسب كأن الاخبار منه لم يوجد وإذا ثبت النسب تبين انها كانت حاملا حين أخبر الزوج بانقضاء عدتها فصار ذلك الخبر مستنكرا وتبين انها كانت فراشا له فانما تزوج الاربع وفراشه على الاول قائم فلا يجوز الجمع بين خمس نسوة في الفراش بحكم النكاح فلهذا بطل نكاح الاربع وان جاءت به لأكثر من سنتين من يوم طلقها فان

كانت لاقل من ستة أشهر منذ أقرت بانقضاء العدة يلزمه النسب أيضا لان اقراره لا يكون أقوى من اقرارها ولو اقرت هي بانقضاء العدة ثم جاءت بولد لاقل من ستة أشهر ثبت النسب وصار مراجعا لها فكذلك هنا ومن ضرورة ضرورته مراجعته لها بطلان نكاح الاربع فكذلك لو طلقها واحدة رجعية ثم أبانها أو غيرها فهو مثل ذلك إلا أن هذا لا تكون رجعة بحال فان قوله أخبرتني ان عدتها قد انقضت اقرار بأن ذلك الواقع صار ثابتا ولكن ليس بانشاء للابانة فإذا بطل ذلك الاقرار يجوز أن يجعل مراجعا لها بخلاف ما إذا أنشأ الابانة فهذه مسألة خلاف انه إذا جعل الواقع نصفه الرجعة ثانيا أو ثلاثا عند أبي حنيفة رحمه الله يصح ذلك كله منه وعند أبي يوسف رحمه الله يملك أن يجعلها ثانيا ولا يملك أن يجعلها ثلاثا وعند محمد رحمه الله لا يملك أن يجعلها ثانيا ولا ثلاثا فمحمد رحمه الله يقول الواقع من الطلاق قد خرج من ملكه وملك الصفة تملك الاصل فإذا لم يبق اصلها في ملكه لم يبق صفتها في ملكه أيضا وتصرفه فيما هو ليس بمملوك باطل وأبو يوسف رحمه الله يقول ذلك الواقع بعرض ان يصير ثانيا بانقضاء العدة فكذلك ثانيا يجعله

[168]

ايه ثابتا ولكن الواحد قط لا يصير ثلاثا فكان جعله الواحدة ثلاثا تصرفا في غير محله فلهذا كان لغوا وأبو حنيفة رحمه الله يقول لا يملك جعل الواحدة ثلاثا حقيقة ولكن يملك ضم البينتين إلى الواحدة بالابقاع لتصير ثلاثا كناية عن قوله اوقعت اثنتين على سبيل المجاز لتصحيح مقصوده كما جعلنا لفظة الخلع مجازا عن ايقاع الطلاق في الحال لتحصيل مقصوده بحسب الامكان. قال غلام محتلم ادعى علي رجل وامرأة انهما ابواه وأقام البينة علي ذلك وادعى رجل آخر وامراته أن هذا الغلام ابنهما وأقام البينة فبينه الغلام أولى بالقبول لان النسب حقه فهو يثبت بينته ما هو حق له علي من هو جاحد والاخوان يثبتان بالبينة ما هو حق الغلام وبينه المرء علي حق نفسه أولى بالقبول من بينة الغير علي حقه ولان الغلام في يد نفسه وبينه ذي اليد في مثل هذا تترجح علي بينة الخارج وكذلك لو كان الغلام نصرانيا واللدان ادعى الغلام أنهما أبواه نصرانيان إذا كان شهوده مسلمين لان ما أقام من الشهود حجة علي الخصمين الآخرين وان كانا مسلمين فان (قيل) كان ينبغي ان تترجح بينة الآخرين لما فيه من اثبات الاسلام على الغلام (قنا) اليد اقوى من الدين في حكم الاستحقاق (ألا ترى) ان اليد تثبت الاستحقاق ظاهرا أولا يثبت ذلك باسلام احد المدعين فلهذا رجحنا جانب اليد ولو ادعى الغلام انه ابن فلان ولد علي فراشه من امته فلانه وأقام البينة وقال فلان هو عبيد ولد من امتي هذه زوجها من عبيد فلان وأقام البينة علي ذلك فهو ابن العبد لان العبد والمولى يثبتان نسبه بفراش النكاح وهو انما اثبت النسب بفراش الملك وفراش النكاح أقوى في اثبات النسب من فراش الملك (ألا ترى) ان النسب متى ثبت به لم يثبت بمجرد النفى وإذا ثبت بفراش الملك انتفى بمجرد النفى والضعيف لا يظهر بمقابلة القوى والترجيح بما ذكرنا يكون عند المساواة فعند عدم المساواة جعلنا النسب من أقوى الفراشين وكذلك لو أقام العبد البينة انه ابنه من هذه الامة وهى زوجته وأقام المولى البينة أن ابنه منها فالبينة بينه العبد لما فيه من زيادة اثبات النكاح ولكون فراش النكاح أقوى من فراش الملك في حكم النسب الا أنه يعتق باقرار المولى بحريته وتصير الجارية بمنزلة أم الولد قال ولو كان العبد والمولى ميئين فاقام الغلام البينة انه ابن المولى من أمته وهى ميته وأقام ورثة المولى البينة على انه ابن العبد من أمة

المولى زوجها المولى منه فانه يثبت النسب من المولى لانه ليس في بينة الورثة هنا اثبات النكاح فقد انقطع ذلك بموتهما وكذلك لا يثبتون النسب لانفسهم انما يثبتون

[169]

للعيد ومقصودهم بذلك نفى النسب عن المولى والبينة على النفى لاتقبل وفى بينة العيد اثبات النسب والحرية والميراث فكان هو أولى. قال ولو ان رجلا مات وترك مالا فأقام الغلام المحتمل بينة ان ابن الميت من أمته فلانة ولدت له في ملكه وأقر بذلك وأقام رجل آخر البينة ان الغلام عبده وأمه أمته زوجها من عبده فلان فولدت هذا الغلام على فراشه والعيد حى يدعى قضيت للعيد بالنسب وقضيت بالامة ان كانت حية للمدعى لان في الامة البينتين قامتا على مطلق الملك فبينه الخارج أولى وفى حق النسب الخارج والعيد بينتان يشبه بفراش النكاح وهو انه انما يثبت نسب نفسه بفراش الملك وفراش النكاح أقوى فلهذا كان العيد به أولى ولان العيد يثبت النكاح على الامة لنفسه بالبينه فوجب قبول بينته على ذلك وإذا ثبت النكاح كان الولد ثابت النسب منه وان كان العيد ميتا أثبت نسب الغلام من الحر وهو الميت الذى أقام الغلام البينة على أنه ابنه من أمته هذه لان الخارج ليس يثبت النسب لنفسه انما يثبت للعيد والابن يثبت حق نفسه ولانه ليس في بينة الخارج هنا النكاح لان الزوج ميت والنكاح بموته مرتفع فيبقى الترجيح من حيث أن في أمية الغلام اثبات الحرية والميراث فهو أولى بالقبول وكذلك حق الامة تنرجح هذه البينة للمدعى اثبات الملك فقط وفى هذه البينة اثبات الحرية لها بجهة أمية الولد فكان أولى. قال غلام وأمه في يد رجل فأمر الحر البينة ان هذا الامة أمته ولدت هذا الولد منه على فراشه وأقام ذو اليد البينة انها أمته ولدت هذا الغلام على فراشه فبينه ذى اليد أولى بالقبول لان البينتين استويا في اثبات حقيقة الحرية للولد وحق الحرية للام وفى مثله تنرجح بينة ذى اليد لان اثبات الولاء عليها دون الملك وقد استوي البينتان في الاثبات عليها فيترجح جانب ذى اليد وهذا إذا كان الغلام صغيرا أو كبيرا مصدقا لذى اليد فان كان كبيرا يدعى انه ابن الآخر فانى أقضى بالغلام والامة للمدعى لانه في يد نفسه فإذا صدق المدعى كان هو كالمقيم لتلك البينة فيترجح جانبه لحقيقة اليد ولكونه مثبتا حق نفسه بالبينه فان النسب من حقه. قال حرة لها ولد وهما في يد رجل فأقام آخر البينة انه تزوجها فولدت منه هذا الغلام وأقام ذو اليد البينة على مثل ذلك والغلام يدعى ان ذا اليد أبوه فانى أقضى ببينة ذى اليد أنه يترجح باعتبار يده في دعوى النكاح عليها وفى دعوى النسب يدعى الغلام لانه ابنه لانه في يد نفسه فانما أثبت حق نفسه بتلك البينة وكذلك لو كان ذو اليد ذميا وشهوده مسلمون لما بينا ان ما أقام من البينة حجة على الخصم المسلم ولو أقام

[170]

البينة أنه تزوجها في وقت وأقام ذو اليد البينة على وقت دونه فانى أقضى بها للمدعى لان تاريخه اسبق وقد أثبت نكاحه في وقت لا ينازعه الآخر فانما أثبت الآخر بعد ذلك نكاح المنكوحه وهو باطل ولو أقام ذو اليد البينة

انها امراته تزوجها فولدت هذا الولد على فراشه وأقام الخارج البنية انها أمته ولدت هذا الغلام على فراشه منه فأنى أقضى به للزوج وأثبت نسبه منه لما بينا ان فراش النكاح يترجح على فراش الملك في حكم النسب (ألا ترى) ان الحر أثبت ببينته ملك نفسه في المرأة وليس بمقابلته ما يوجب حريتها من الحجة فيقضى بالامة ملكا للمدعى فيكون الولد حرا بالقيمة ان شهد شهود الزوج انها عربة من نفسها وان لم يشهدوا بذلك جعلت الامة وابنها مملوكين للمدعى لان الولد يتبع الام في الملك والموجب لحرية الولد الغرور فإذا لم يثبت الغرور كان مملوكا للمدعى ثابت النسب من الزوج لان المدعى أقر انه ابنه فيعتق عليه باقراره فتكون امه بمنزلة أم الولد ولا يقال عند اثبات الغرور ينبغي ان لا يغرم الزوج قيمة الولد عند أبي حنيفة رحمه الله لانه بمنزلة ولد ام الولد وانما عتق باقرار المدعى بحرته فان هذا يكون بعد ثبوت الرق فيه ولم يثبت فان ولد المغرور يكون حرا من الاصل فلهذا كان على الزوج قيمة الولد لمولاه. قال امة مع ولدها في يد رجل فأقام آخر البينة انها امة أبيه ولدت هذا الغلام على فراش أبيه في ملكه وابوه ميت وأقام ذو اليد البينة انها امته ولدت هذا الولد منه على فراشه في ملكه قضيت بالولد للميت الذي ليس في يديه لان في هذه البينة اثبات حقيقة الحرية لها وفي بينة ذي اليد اثبات رقها لان أم الولد لا تعتق الا بموت المولى والترجيح بالحرية اقوى من الترجيح باليد فكيف يستقيم ان تكون امة لذي اليد يطؤها بالملك وقد قامت البينة على حريتها فلهذا قضينا بولائها للميت ويكون الولد ثابت النسب منه لان وارثه يقوم مقامه في اثبات ما هو من حقه والله اعلم بالصواب (باب دعوى العتاق)

(قال رحمه الله امة ادعت انها ولدت من مولاها واقامت البينة وأقام آخر البينة انه اشتراها من مولاهأ أخذ بينة الولادة) لان فيه اثبات حق الحرية لها وحق الحرية كحقيقة الحرية فإذا اقترن بالشراء منع صحة الشراء وان كان المشتري قد قبضها فالجواب كذلك لان بينة الولادة سابقة معنى فان ثبوت امية الولد لها من وقت العلوق وذلك كان سابقا على

[171]

الشراء والقبض ولان في هذه البينة زيادة اثبات نسب الولد وحرته وان وقتت بينة المشتري وقتا للشراء قبل الحبل بثلاث سنين أجزت الشراء وأبطلت النسب لانه ثبت الملك فيها للمشتري من وقت الذي أرخ شهوده فتبين انه استولد مالا يملكه فلهذا لا يثبت النسب وكذلك الوقت في البيع والعتق والتدبير يؤخذ بالوقت الاول لانه لا مزاحمة للآخر معه في ذلك الوقت. قال وإذا أقام عبد البينة أن فلانا أعتقه وفلان ينكر أو يقر وأقام آخر البينة أنه عبده قضيت به للذي أقام البينة أنه عبده لان شهود العبد ما شهدوا بالملك للمعتق انما شهدوا بالعتق فقط والعتق يتحقق من المالك وغير المالك ولكن لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم (ألا ترى) أن هذه البينة لا تعارض يد ذي اليد فان من ادعى عبدا في يد انسان انه أعتقه وأقام البينة على ذلك لا يقضى له بشئ فلئلا يكون معارضة لبينة الملك كان أولى وكذلك لو شهدوا انه أعتقه وهو في يديه إذ ليس في هذه الشهادة ما يوجب نفوذ العتق لان نفوذ بملك المحل لا باليد وكذلك لو شهدوا انه كان في يده أمس لم تقبل هذه الشهادة لما ذكرنا ولو شهدوا انه أعتقه وهو يملكه يومئذ أخذت بينة العتق لان البينتين استوتا في اثبات الملك وفي أحدهما زيادة العتق فكان أولى. قال ولو كان العبد في يد رجل فادعى آخر أنه له وأقام العبد البينة أن فلانا كاتبه وهو يملكه وفلان جاحد لذلك أو مقربه فانه يقضى به للذي أقام البينة أنه عبده لان بينته تثبت الملك

لنفسه والعبد انما يثبت الملك لغيره ومن يثبت الملك لنفسه فينته أولى بالقبول فان (قيل) العبد يثبت حق العتق لنفسه باثبات الكتابة (قلنا لا كذلك فعقد الكتابة عندنا لا يوجب حق العتق للمكاتب ولهذا جاز عتق المكاتب عن الكفارة ولهذا احتمل عقد الكتابة الفسخ وانما الثابت للمكاتب بعقد الكتابة ملك اليد والبينة التي تثبت ملك اليد لا تعارض البينة التي تثبت ملك الرقبة. قال وان أقام الخارج البينة أنه عبده غصبه منه ذو اليد وأقام ذو اليد البينة انه عبده دبره أو أعتقه وهو يملكه فانه يقضى به عبدا للمدعى لان في بينة المدعى ما يدفع بينة ذي اليد وهو اثبات كونه غاصبا لأمالكا والاعتناق والتدبير من الغاصب لا يكون صحيحا وبينة ذي اليد على أصل الملك لا تكون معارضة لبينة المدعى وكذلك لو كان المدعى أقام البينة انه عارية له في يد ذي اليد أو ودیعة أو اجارة أو رهن قضى بالملك له لما بينا. قال عبد في يدي رجل أقام آخر البينة أنه عبده أعتقه وأقام ذو اليد البينة انه عبده ولد في ملكه فيبينة المدعى أولى لانها تثبت الحرية

[172]

وبينة ذي اليد ثبت الرق فالثبت للحرية من البينتين أولى (ألا ترى) انه لو ادعى الخارج انه ابنه ترجحت بيئته لما فيها من اثبات النسب والحرية فكذلك هنا تترجح بيئته لما فيها من اثبات الولاء الذي هو مشبه بالنسب مع الحرية وكذلك لو أقام الخارج البينة انه له ودبره فهو أولى لما في بيئته من اثبات حق الحرية وقد ذكر قبل هذا بخلاف هذا وقد بينا وجه الروايتين ثمة ولو كان شهود ذي اليد شهدوا انه أعتقه وهو يملكه فهو أولى من بيئة الخارج على العتق لان المقصود هنا اثبات الولاء على العبد والولاء كالنسب وانما يثبت كل واحد منهما على العبد فلما استوت البيئات في الاثبات ترجح جانب ذي اليد بيده وان شهد شهود ذي اليد بالتدبير وشهود المدعى بالعتق الثابت قضيت بالعتق الثابت لان فيها ابطال الرق والملك في الحال ويترجح رأيي لو كان أمة لكانت توطأ مع قيام البينة على حريتها وكذلك لو أقام احد الخارجين البينة على العتق الثاني والآخر على التدبير فيبينة العتق أولى بالقبول لما بينا ولو أقام الخارج وذو اليد كل واحد منهما البينة أن الأمة له كانت قضيت بها بينهما نصفان لان المكاتب ليست في يد واحد منهما بل هي في يد نفسها فتحققت المساواة بين البينتين فقضى بها بينهما فان (قيل) كان ينبغي ان يرجع إلى قولها (قلنا) المكاتب أمة ولا قول للأمة في تعيين مالکها بعد ما أقرت بالرق وان شهد شهود احدهما انه دبرها وهو يملكها وشهود الآخر انه كاتبها ويملكها فالتدبير أولى لانه يثبت حق الحرية وهو لازم لا يحتمل الفسخ بخلاف الكتابة. قال ولو ادعت أمة ان ولدها من مولاها وانه أقر بذلك وارادت يمينه فلا يمين على المولى في ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما عليه اليمين وهذه من المسائل المعدودة فان أبا حنيفة رحمه الله لا يرى الاستحلاف في النكاح والنسب والرجعة والفئ في الايلاء والرق والولاء لان النكول عنده بمنزلة البذل فما لا يعمل فيه البذل لا يجري فيه الاستحلاف وعندهما النكول بمنزلة الاقرار ولكن فيه ضرب شبهه فكل ما يثبت بالشبهات يجري فيه الاستحلاف والقضاء بالنكول وهي مسألة كتاب النكاح وهنا دعواه على المولى دعوى النسب فلها قال أبو حنيفة لا يستحلف وكذلك لو ادعت انها أسقطت من المولى سقطا مستبين الخلق لان حق أمة الولد لها تبع لنسب الولد فكما لا يستحلف المولى عند دعوى النسب فكذلك في دعوى أمة الولد عنده وعندهما يستحلف في ذلك كله لانه مما يثبت مع الشبهات ولو أقر المولى بذلك لزمه فيستحلف فيه إذا أنكر

وكذلك لو جاءت الزوجة بصبي فادعت انها ولدته وأنكر الزوج ففي استخلافه خلاف كما بينا وكذلك لو ان المولي أو الزوج جاء بصبي والدعى انها ولدته منه وأراد استخلافها فلا يمين عليها عنده وكذلك لو كان الابن هو الذى ادعى النسب على الاب أو الاب على الابن وطلب يمين المنكر فلا يمين في الوجهين الا أن يدعى بذلك ميراثا قبل صاحبه فحينئذ يستحلف على الميراث دون النسب لان المال مما يعمل فيه البذل فيجوز القضاء فيه بالنكول بخلاف النسب وإذا استحلفه فنكل قضى بالمال دون النسب لان أحد الحكمين ينفصل عن الآخر وعند النكول انما يقضى بما جرى فيه الاستحلاف (ألا ترى) انه لو ادعى سرقة مال على رجل فاستحلف فنكل يقتضى بالمال دون القطع فهذا مثله وكذلك لو ادعى ميراثا بالولاء فهو ودعواه الميراث بالنسب سواء فيما ذكرنا. قال ولو ان رجلا ورث دارا من أبيه فادعى آخر انه أخوه لآبيه قد ورث أباه معه هذه الدار ووجد ذو اليد ذلك لم يستحلف على النسب هنا بالاتفاق أما عند أبى حنيفة لا يشك وأما عندهما كل نسب لو أقرب به لم يصح لا يستحلف على ذلك إذا أنكره لما بينا ان النكول عندهما قائم مقام الاقرار والاخوة لا تثبت باقراره لو اقربها فكذلك لا يستحلف عليه بخلاف الابوة والبنوة ولكنه يستحلف بالله العظيم ما يعلم له في هذه الدار نصيبا كما يدعى المال والاستحلاف يجرى في المال الا أنه استحلاف على فعل الغير لانه يدعى الارث من الميت بسبب بينهما والاستحلاف على فعل الغير يكون على العلم لا على الثبات. قال جارية بين رجلين ولدت ولدين في بطنين فادعى أحدهما الاكبر ثم ادعى الآخر الاصغر لم تجز دعوة صاحب الاصغر لان العلوق بهما حصل في ملكهما فحين ادعى أحدهما الاكبر صارت الجارية أم ولد له من حين علقت بالاكبر ثم الاصغر ولد أم ولده والشريك أجنبي عنه ومن ادعى ولد أم ولد الغير لم تصح دعوته ولو كان صاحب الاصغر ادعى الاصغر أولا يثبت نسبه منه لأنها مشتركة بينهما مع الولدين حين ادعى مدعى الاصغر وما ادعاه يحتاج إلى النسب فيثبت نسب الاصغر منه وصارت الجارية أم ولد له وضمن نصف قيمتها ونصف عقرها لشريكه وتصح دعوة مدعى الاكبر للاكبر لانه نفى مشترك بينهما فان أمية الولد لها انما يثبت من حين علقت بالاصغر والاكبر منفصل عنها قبل ذلك فلهذا بقى مشتركا بينهما فان ادعاه مدعى الاكبر وهو محتاج إلى النسب ثبت نسبه منه وضمن نصف قيمته لشريكه ان كان موسرا لانه مقصود بالدعوة

والاتلاف فتكون دعوته اياه بمنزلة اعتاقه ولم يذكر ان مدعى الاكبر هل يغرم شيئا من العقر وينبغى أن يغرم نصف العقر لانه أقر بوطئ الأمة حال ما كانت مشتركة بينهما فيغرم نصف العقر لشريكه وان لم يثبت أمية الولد لها من جهته. قال ولو كانت الدعوى منهما معا وهى أم ولد المدعى الاكبر لانه سابق بالدعوة معنى فان العلوق بالاكبر كان سابقا فصارت أم ولد له من حين علقت بالاكبر وفي القياس لا تصح دعوة مدعى الاصغر لانه ادعى ولد أم ولد الغير كما في الفصل الاول ولكنه استحسّن فقال بينة الاصغر من مدعى الاصغر لان وقت الدعوة كان الاصغر مشتركا بينهما في الظاهر

محتاجا الى النسب وكذلك الحاربة حين علقته بالاصغر كانت مشتركة بينهما في الظاهر فبعد ذلك انها كانت أم ولد لمدعى الاكبر صار مدعى الاصغر بمنزلة المغرور وولد المغرور حر بالقيمة فكان جميع قيمة الاصغر لمدعى الاكبر وذلك في بعض النسخ أن عليه جميع قيمة الاصغر لمدعى الاكبر وذكر في بعض النسخ أن عليه نصف العقر وليس بينهما اختلاف ولكن حيث قال عليه نصف العقر انما أجاب بالحاصل فان نصف العقر ينصف العقر قصاص وانما يبقى في الحاصل نصف العقر علي مدعى الاصغر لمدعى الاكبر. قال رجل مات وترك ابنتين وجارية فظهر بها حبل فادعى أحدهما أن الحبل من أبيه وادعى الآخر أن الحبل منه وكانت الدعوة منهما معا فالحبل من الذي ادعاه لنفسه لانه يحمل نسب الولد على نفسه وأخوه انما يحمل نسب الولد علي أبيه ومجرد قوله ليس بحجة في اثبات النسب من أبيه فلهذا كان الذي ادعاه لنفسه أولى فان (قيل) الذي ادعى الحبل من أبيه كلامه أسبق معنى فينبغي أن يرجح بالسبق (قلنا) هذا ان لو كان قوله حجة في اثبات العلوق من أبيه في حياته وقوله ليس بحجة في ذلك ويغرم الذي ادعاه لنفسه نصف قيمتها ونصف عقرها لشريكه لانه يملكها بالاستيلاء علي شريكه فان (قيل) كيف يضمن لشريكه وقد أقر الشريك انها حرة من قبل الميت (قلنا) لان القاضى كذبه في هذا الاقرار حين جعلها أم ولد للآخر والمكذب في اقراره حكما لا يبقى اقراره حجة عليه كالمشتري إذا أقر بالملك للبائع ثم استحق من يده رجع عليه بالنسب وكذلك ان كان الذي ادعاه لنفسه سبق بالدعوة وان كان الذي ادعى الحبل للاب بدا بالاقرار لم يثبت من الاب بقوله ولكن يعتق عليه نصيبه من الام ومما في بطلانها لاقراره بحريتها ويجوز دعوة الآخر ويثبت نسب الولد منه لانه محتاج إلى النسب والنصف منه باقي على ملكه فان اقرار الاول ليس بحجة في ابطال

[175]

ملكه وأكثر ما فيه انه صار كالمستسعى عند أبي حنيفة رحمه فتصح دعوته فيه ولا يضمن من قيمة الام شيئا لانه لا يملك على شريكه نصيبه من الام فقد عتق نصيبه من الام بالاقرار السابق ويضمن نصف عقرها ان طلب ذلك أخوه لانه أقر بوطنها سابقا على اقرار أخيه وهي مشتركة بينهما في ذلك الوقت فيكون مقرا بنصف العقر لأخيه بسبب لم يبطل ذلك السبب باقرار أخيه فكان له أن يصدقه فيستوفي ذلك منه ان شاء. قال عبد صغير بين رجلين أعتقه أحدهما ثم ادعاه الآخر فهو ابنه في قول أبي حنيفة رحمه الله لان عنده العتق يتجزى قضيت للآخر بادعاء ملكه فلهذا صحت دعوته ونصف ولانه للمعتق باعتاقه فان ثبوت نسبه من الآخر لا ينتفى ما صار مستحقا من الولاء للاول ويستوى ان كان ولد عندهما أولم يولد وان كان الغلام كبير فافر بذلك فهو ثابت النسب من المدعى فإذا ادعاه الذي أعتقه الآخر فان جدد ذلك لم يجز دعوة الذي لم يعتقه لان نصيبه باق على ملكه وهو بمنزلة المكاتب له فاما عند أبي يوسف ومحمد رحمهم الله العتق لا يتجزى فلا يجوز دعوة واحد منهما الا بتصديق الغلام له في ذلك. قال وإذا تصادق الرجل والمرأة الحرة في يد أحدهما انه ابنتها والمرأة امرأة الرجل لان مطلق اقرارهما بنسب الولد محمول على ولد صحيح بينهما شرعا وهو النكاح فكان تصادقهما على نسب الولد تصادقا منهما علي النكاح بينهما ومطلقه ينصرف إلى النكاح الصحيح فان كانت المرأة لا تعرف أنها حرة فقالت أنا أم ولد لك وهذا ابني منك وقال الرجل هو ابني منك وأنت امرأتي فهو ابنتها لتصادقهما على نسب الولد ولكنها أقرت له بالرق وهو

كذبها في ذلك فلم يثبت الرق عليها وهو قد ادعى عليها النكاح وهي قد كذبت فلا يكون بينهما نكاح ولكن بتكاذبهما في السبب المثبت للفراش لا يمنع العمل بما تصادقا عليه مما هو حكم الفراش وهو ثبوت نسب الولد منهما وكذلك لو ادعت انها زوجته وقال الرجل هي أم ولدى فهذا والاول سواء لما بينا ولو قال الرجل هذا ابني منك من نكاح وقالت صدقت هو من نكاح فاسد لا يقبل قولها في ذلك لان حقيقة الاختلاف بينهما في دعوى صحة النكاح وفساده وتصادقهما على أصل النكاح يكون اقرارا منهما بصحته فلا يقبل قول من يدعى الفساد بعد ذلك لكونه مناقضا ولو قال الزوج هو من نكاح فاسد وقالت المرأة هو من نكاح صحيح فنسب الولد ثابت وسئل الزوج عن الفساد ما هو فإذا أخبر بوجه من وجوه الفساد فرق بينهما باقراره بانها محرمة عليه في الحال وجعل ذلك بمنزلة ايقاعه الطلاق

[176]

البائن حتى يكون لها نفقة العدة لان قوله في فساد أصل العقد غير مقبول لما بينا ولكنه متمكن من أن يفارقها فيجعل اقراره بذلك كانشاء التفريق والله أعلم بالصواب (باب الغرور) (قال رحمه الله ذكر عن يزيد بن عبد الله بن قسيط قال أبعث أمة فابت بعض القبائل فاتمت إلى بعض قبائل العرب فتزوجها رجل من بني عذرة فنشرت له ذا بطنها ثم جاء مولاهما فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب رضى الله عنه فقضى بها لمولاهما وقضى على أن الولد أن تغدي الاولاد الغلام بالغلام والجارية بالجارية وفي هذا دليل أن ولد المغرور يكون حرا بعوض يأخذه المستحق من المغرور فأخذ بعض العلماء رحمهم الله بظاهره فقالوا مضمون بالمثل الغلام بالغلام والجارية بالجارية وعندنا هو مضمون بالقيمة وتأويل الحديث الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية والمراد المماثلة في المالية لافي الصورة) فانه ثبت بالنص أن الحيوان لا يكون مضمونا بالمثل كما قال صلى الله عليه وسلم في العبد بين اثنين يعتقه احدهما ان كان موسرا ضمن نصف قيمته نصيب شريكه وهكذا روى عن عمر رضى الله عنه وهو تأويل حديث على رضى عنه الذى ذكره بعد هذا عن الشعبي رحمه الله أن رجلا اشترى جارية فولدت منه فاستحقها رجل ورفع ذلك إلى على رضى الله عنه فقضى بالجارية لمولاهما وقضى للمشتري على البائع أن يفيك ولده بما عزوهان ولم يرد بقوله قضى باولادها لمولاهما أن يسلم الاولاد إليه وانما المراد جعل الاولاد في حقهم كأنهم مملوكين له حيث أوجب له القيمة على المغرور وأضاف ذلك إلى البائع بطريق أن قود الضمان عليه فان المشتري يرجع على البائع بما غرم من قيمة الاولاد ومعنى قوله بما عزوهان بالقيمة بالغة ما بلغت وهو الاصل عندنا وفي ولد المغرور فانه في حق المغرور هو حر الاصل وفي حق المستحق كانه رقيق مملوك له بملك الاصل وهو الجارية لانه لا وجه لايجاب الضمان له الا هذا فان الماء غير متقوم ليضمن بالاتلاف وانما يضمن المملوك بالمنع فيصير المغرور مانعا للولد بما ثبت فيه من الحرية حقا له وهذا لان النظر من الجانبين واجب والنظر في جانب المغرور في حرية الولد لانه لم يرص برق مائه والنظر في جانب المستحق في رق الولد لكنه لا يبطل

ملكه عما هو جزء من ملكه فيجب ضمان المالية على المغرور يمنعه بعد الطلب ولهذا اعتبر قيمته وقت الخصومة حتى أن من مات من الأولاد قبل الخصومة لم يضمن من قيمته شيئا لأن المنع إنما يتحقق بعد الطلب إذا عرفنا هذا فنقول أمة عرت رجلا فأخبرته أنها حرة فتزوجها على ذلك فولدت ولدا ثم أقام مولاها البينة أنها أمته وقضى بها له فإنه يقضى بالولد أيضا لمولى الجارية لأن استحقاق الأصل سبب لاستحقاق المتولد منه فإنه في حكم الجزء له وقد ظهر هذا السبب عند القاضى ولم يظهر ما يوجب حرية الولد وهو الغرور إلا أن يقيم الزوج بينة أنه تزوجها على أنها حرة فإن أقام البينة على هذا فقد أثبت حرية الأولاد فكان الولد حرا لا سبيل عليه وعلى أبيه قيمته وادعى ماله حالا وقت القضاء به دون مال الولد لأن السبب هو المنع وجد من الأب دون الولد ولا ولاء للمستحق على الولد لأنه علق جزء الأصل وإنما قدرنا الرق فيه لضرورة القضاء بالقيمة والنائب بالضرورة لا يعد وموضع الضرورة وإن مات الولد قبل الخصومة فليس على الأب شيء من قيمته لأن الولد لو كان مملوكا على الحقيقة لم يكن مضمونا فإن ولد العصب أمانة عندنا فإن لم يكن مملوكا أولى أن لا يكون مضمونا وإن قبل الابن فأخذ الجارية فعليه قيمته للمستحق الدية بدل نفسه ومنع البدل كمنع الأصل فيتحقق به السبب الموجب للضمان وإن قضى له بالدية فلم يقبضها لم يوجد بالقيمة لأن المنع لا يتحقق فيما لم يصل إلى يده من البدل فإن قبض من الدية قدر قيمة المقبول قضى عليه بالقيمة للمستحق لأن المنع تحقق بوصول يده إلى البدل ويكون منعه قدر قيمة الولد كمنع الولد في القضاء للمستحق عليه بالقيمة فلو كان للولد ولد يحرز ميراثه وديته فخرج من الدية أو دونها قضيت على الأب بمثل ذلك لتحقق المنع في البدل ولا يقضى به في الدية ولا في تركة الابن لأن هذا الضمان مستحق على الأب يمنعه الولد بالحرية وإنما يقضى من تركة الابن ما يقرر ديناً على الابن فإن كان الأب ميتا قضى به في تركته لأنه دين على الأب فيستوفى من تركته وإن كان على الأب دين خاص مستحق للغرماء بقيمة الولد لأن دينه مثل دينهم وإن لم يكن للأب بينة أنه تزوجها على حرة فطلب يمين المستحق على علمه حلفته على ذلك لأنه يدعى مالواً أقر به لزمه فإذا أنكر يستحلف عليه ولكنه استحلف على فعل الغير وكان على العلم لأعلى الباث. قال ولو استولدها على شراء أو هبة أو صدقة أو وصية أخذ المستحق الجارية وقيمة الولد لأن الموجب للغرور ملك مطلق للاستيلاء له

في الظاهر وهو موجود وما هو الظاهر ولو كان حيقة كان الولد حرا فباعتبار الظاهر يثبت حرية الولد أيضا ويرجع الأب على البائع بالثمن وقيمة الولد لأن المبيع لم يسلم له ويعقد المعاوضة استحق سلامتها له سليمة عن العيب ولا عيب فوق الاستحقاق فيكون له أن يرجع بما يغرم بهذا السبب على البائع ولا يرجع عليه بالعقد عندنا وعند الشافعي يرجع بالعقر كما يرجع عليه بقيمة الولد لأنه ضمان لزمه بسبب فوت السلامة المستحقة له بالعقد ولكننا نقول إنما لزمه العقر عوضا عما استوفى من منافع البضع فلو رجع به سلم المستوفى له مجانا والوطئ في ملك الغير لا يجوز أن يسلم للوطئ مجانا ولا يرجع على الواهب والمتصدق والوصي بشيء من قيمة الأولاد عندنا وعند الشافعي له ذلك لأنه الغرور قد تحقق

منه بايجابه الملك له في المحل واختار انها مملوكته سواء كان بعوض أو غير عوض ولكننا نقول مجرد الغرور لا يكفي لاثبات حق الرجوع فان من أخبر انسانا أن هذا الطريق آمن وسلك فيه فأخذ اللصوص متاعه لم يرجع على المخبر وانما ثبوت حق الرجوع باعتبار عقد المعاوضة لانه صفة السلامة تصير مستحقة به فأما بعقد التبرع لا تصير صفة السلامة مستحقة به ولهذا لا يثبت فيه حق الرد بالعيب فلم يكن له أن يرجع على المتبرع بقيمة الاولاد وهذا لان عقد التبرع لا يكون سببا لوجوب الضمان على المتبرع للمتبرع عليه (ألا ترى) أن الملك لا يحصل به قبل التسليم. قال وان كان المشتري باعها من غيره فولدت منه ثم استحقها رجل يرجع المشتري الثاني على بائعه بقيمة الولد وللمشتري الاول أن يرجع على بائعه بالثمن وليس له أن يرجع بقيمة الولد عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد أن يرجع بقيمة الولد على بائعه * حجتهم في ذلك أن المشتري الاول أوجب الملك فيها للغير فيجعل الاستيلاء على من أوجب له الملك فيها بمنزلة استيلاؤه بنفسه وهذا لان الرجوع يفوت صفة السلامة الذي صار مستحقا بالعقد وهذا كما تقرر بين المشتري الاول والثاني فقد تقرر بين المشتري الاول والبائع (ألا ترى) أن المشتري الاول والثاني لو ردها بالعيب كان للمشتري الاول أن يردها على بائعه فكذلك إذا رجع عليه بقيمته وأبو حنيفة رحمه الله يقول ان المشتري الاول ان شاء بايجابه الملك فيها لغيره بالبيع فرجوع المشتري عليه بما أنشأه من الغرور لا بالغرور الذي سبق من البائع فصار من أنشأه من الغرور ناسخا لغرور البائع الاول وهو نظير من حفر بئرا على قارة الطريق فألقى انسان غيره فيه كان الضمان على الملقى ولا يرجع به على الحافر فهذا مثله * يوضحه أن

[179]

الرجوع بقيمة الولد بمنزلة الخصومة في العيب والمشتري انما يخاصم البائع في العيب إذا كان المستفاد من قبله فانما له وهنا قد انفسخ ذلك الملك بملك المشتري الثاني ولم يعد إليه بالرجوع بقيمة الولد عليه بخلاف ما إذا رد عليه بالعيب لان الملك المستفاد له من جهة البائع قد عاد إليه ونظيره هذه المسألة ما ذكر في آخر الصلح أن المشتري الثاني إذا وجد بالمبيع عيبا وقد تعذر رده بعيب حديث عنده ورجع على بائعه بنقصان العيب لم يكن لبائعه أن يرجع بالنقصان على البائع في قول أبي حنيفة لان المستفاد له من قبله لم يعد إليه وعندهما يرجع على البائع الاول بما غرم للمشتري الثاني من نقصان العيب لان الرجوع بالنقصان عند تعذر رد العين بمنزلة الرد بالعيب عند الامكان. قال رجلان اشتريا جارية فوهب أحدهما نصيبه من شريكه فولدت ثم استحقها رجل فانه يأخذها وعقرها بقيمة ولدها ولم يرجع الاب بنصف الثمن ونصف قيمة الولد على البائع لانه يملك نصفها من جهته بحكم المعاوضة والجزء معتبر بالكل ولا يرجع على الواهب بشئ من قيمة الولد لانه يملك النصف من جهته بعقد التبرع ولكن الواهب يرجع بنصف الثمن على البائع لان استحقاقها علي من استفاد الملك فيها من جهة الواهب يكون استحقاقا على الواهب فيرجع بثلث ما استحق عليه على البائع ولم يغرم الواهب من قيمة الولد شيئا ليرجع به على البائع. قال ولو كانت أمة بين رجلين فولدت فادعاه أحدهما وغرم نصف قيمتها ونصف عقرها لشريكه ثم استحقها رجل قضى له بها وبقيمة الولد والعقر للمستحق لان الغرور يتحقق بقيام الملك له في نصفها ظاهرا فان الاستيلاء باعتبار هذا القدر صحيح في اثبات حرية الاصل للولد ثم يرجع على البائع بنصف الثمن ونصف قيمة الولد لما بينا ويرجع على

شريكة بما أعطاه من نصف قيمتها ونصف عقرها لانه تبين أنه لم يملك على شريكه نصيبه ولم يحصل وطؤه في ملكه ولا يرجع على شريكه بشئ من قيمة الولد لانه ما كان مغرورا من جهة شريكه فان تملكه على شريكه ما كان باختيار منه ويرجع الشريك على بائعه بنصف الثمن لاستحقاق المبيع عليه. قال وإذا تزوج المكاتب أو العبد امرأة حرة باذن مولاه فولدت له ثم استحققت وقضى بها للمستحق فالولد رقيق في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر وفي قول أبي يوسف الأول وهو قول محمد رحمهما الله حر بالقيمة وهي مسألة كتاب النكاح ان العتق بسبب الغرور عند محمد وذلك متحقق في حق العبد كما هو في حق الحر وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله المخلوق من ماء رقيقين

[180]

لا يكون حرا وقد بينا بعض هذا فيما سبق. قال وكذلك إذا صار المكاتب مغرور بالشراء فهو على هذا الخلاف إلا أن عند محمد هناك الولد يكون حرا وهنا يكون بمنزلة أبيه مكاتبا. قال رجل اشترى أم ولد لرجل أو مكاتبة أو مدبرة من أجنبي فوطئها فولدت ثم استحقها مولاهما قضى له بها وعلى أب الولد قيمة الولد لمولى المدبرة وأم الولد بسبب الغرور ولا يقال ولد أم الولد لا مالية فيه عند أبي حنيفة رحمه الله كأمه فكيف يضمن بالغرور لان هذا بعد ثبوت أمة الولد ولم يثبت في الولد لانه علق حر الاصل فلهذا كان مضمونا بالقيمة وعلى الاب قيمة الولد للمكاتبة. قال الذي غره منها وانما أراد به انه إذا كان الغرور منها لا يستوجب قيمة الولد وفيه قولان لأبي يوسف معروف في كتاب العتاق فأما إذا كان الغرور من غيرها وجب على الاب قيمة الولد ويكون ذلك للمكاتبة لانها كانت أحق بولدها لكونه جزءا منها فكذلك ببذل ولدها. قال مكاتب أو عبد مأذون باع أمة فاستولدها المشتري ثم استحققت رجع أب الولد بقيمة الولد علي بائعه لان الرجوع بقيمة الولد لاستحقاق صفة السلامة له بعقد المعاوضة على البائع والمكاتب والمأذون في هذا كالحرة لان ضمان التجارة بمنزلة الرد بالعيب والرجوع بنقصان العيب عند تعذر الرد عليه. قال رجل ورث أمة من أبيه فاستولدها ثم استحققت كان الولد حرا بالقيمة لتحقق الغرور في حق الوارث فانما استولدها على أنها مملوكة إذا لم يكن عالما بكونها مستحقة ثم يرجع بالثمن وبقيمة الولد على الذي كان باعها من المورث لانه يخلف المورث في ملكه فانما يصل إليه الملك الذي كان لمورثه لا أن يكون ذلك ملكا جديدا له (ألا ترى) أنه يردده بالعيب ويكون فيه كالمورث فكذلك الرجوع بسبب الغرور وهذا بخلاف الموصي له ثم استولدها ثم استحققت لا يرجع علي بائع الموصي له بعقد متجدد وذلك الملك غير الملك المستفاد من البائع ببيعه ولهذا لا يردده عليه بالعيب فكذلك لا يرجع عليه بضمنان الغرور. قال رجل أقر في مرضه أن هذه الجارية وديعة عنده لقلان وعليه دين يحيط بماله أو ليس عليه دين فاستولدها الوارث بعد موته وقد علم باقرار الاب ثم استحققت بيينة فانه يقضى للمستحق بها وبولدها مملوكين له لان الوارث غير مغرور هنا فانه أقدم على استيلاها مع علمه أنها غير مملوكة له لانها لم تكن مملوكة لمورثه فصار راضيا برق مائه وكان الولد ملكا للمستحق وان لم يقر المريض بها لغيره وكان عليه دين يحيط بماله فاستولدها الوارث قيمة الولد والعقر لانه بمنزلة المغرور فيها فان الاختلاف

بين العلماء رحمهم الله ظاهر في وقوع الملك للوارث في التركة المستغرقة بالدين فمن يقول لا يملك يقول سبب الملك له فيها تام حتى يملك استخلاصها لنفسه بقضاء الدين من موضع آخر ولو أعتقها ثم سقط الدين نفذ عتقه ولو كانت أمه فتزوجها لم يصح النكاح فعرفنا أن الغرور قد تحقق فكان ولده حرا بالقيمة وتباع الامة في الدين ان استغرقت التركة بالدين يمنع عتق الوارث فيها فكذلك يمنع ثبوت حق الحرية من جهة الوارث فيها ووجوب العقر عليه لان هذا وطئ حصل في غير ملكه وقد سقط الحد لشبهة فيغرم العقر فان أقام رجل البينة انها له قضيت بها له وبقيمة الولد والعقر لما بينا ولو كانت الامة للميت وعليه دين لا يحيط بقيمتها فوطئها الوارث فولدت منه وضمن قيمتها وعقرها لان الدين إذا لم يكن محيطا بالتركة لا يمنع ملك الوارث فيصبح استيلاده فيها ولكن حق الغريم مقدم علي حقه ويغرم قيمتها لحق الغريم لانه صار مستهلكا لماليتها على الغريم بالاستيلاد قال ويغرم عقرها قال عيسى رحمه الله هذا غلط فان الاستيلاد حصل في ملكه فلا يكون موجبا للعقر عليه إذا كان في قيمتها وفاء بالدين وزيادة فلم يغرم العقر ولماذا يغرم ولكننا نقول تأويل المسألة أن الورثة كانوا عددا فكان هذا استيلاد الشركاء للجارية المشتركة وهو موجب للعقر والقيمة باعتبار ملك الشركاء وفي بعض الروايات وهو قول بشر يقدر الدين ولا يصير ملكا للوارث أيضا فلهذا لزمه قيمتها وعقرها يقضى من ذلك الدين أولا وما بقى فهو ميراث بين الورثة يسقط عنه من ذلك بقدر حصته ولا يضمن قيمة الولد هنا لانها بمنزلة الجارية المشتركة وقد بينا أن أحد الشركاء إذا استولد الجارية المشتركة لم يغرم من قيمة الولد شيئا. قال رجل اشترى جارية مغصوبة وهو يعلم أن البائع غاصب أو تزوج امرأة أخبرته أنها حرة وهو يعلم انها كاذبة فاستولدها كان الولد رقيقا لانعدام الغرور حين كان عالما بحقيقة الحال ولانه رضى برق مائه حين استولدها مع علمه انها مملوكة لغيره ولو اشتراها من رجل وهو يعلم انها لغيره فقال البائع أن صاحبها وكلنى ببيعها أو مات وقد أوصى إلى فاستولدها ثم جاء صاحبها وأنكر الوكالة والوصايا فانه يأخذها جاريته لان ملكه فيها معلوم وأذنه في بيعها لم يصح حين أنكره ويأخذ عقرها وقيمة ولدها لان الغرور قد تحقق بما أخبره البائع به فان ما أخبر به لو كان حقا كانت هي مملوكة للمشتري فهذا وقوله انها ملكى سواء في أنه يلتزم سلامتها له فإذا غرم قيمة الولد رجع به على البائع مع الثمن لانه لم يسلم له ما التزم ولو اشترى الوكيل لموكله جارية فاستولدها الموكل ثم

استحقت أخذها الموكل المستحق وعقرها وقيمة ولدها من المستولد ويرجع بالثمن وقيمة الولد على البائع والوكيل هو الذي يلي خصومته في ذلك لان البائع التزم بالعقد صفة السلامة والوكيل له اليد (ألا ترى) أن الخصومة في العيب للبائع دون الموكل فكذلك الخصومة في الرجوع بالثمن وقيمة الولد على الوكيل فان قال البائع لم أبع من أب الولد شيئا أو قال لم أشتري هذا منى له فأقام الوكيل البينة انه اشتراها لفلان بأمره فالثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم وان لم يشهدوا بأمره ولكن شهدوا على اقرار المشتري انه اشتراها لفلان بماله فان كان اقراره بهذا قبل الشراء وشهد الشهود بذلك فهو وما سبق سواء لانا لو سمعنا اقراره في

ذلك الوقت كان الشراء موجبا الملك للموكل فكذلك إذا ثبت ذلك بالبينة وان شهدوا انه أقر بذلك بعد الشراء قبل أن تلد وبعده لم يصدق على البائع لان شراؤه موجب الملك له فكل أحد عامل لنفسه بتصرفه حتى يقوم الدليل على أنه يعمل لغيره باقراره بعد ذلك في حق البائع بمنزلة الإيجاب المبتدئ لانه غير مصدق في هذا الاقرار في حقه ولو ملكه ابتداء من هذا المستولد لم يكن له خصومة مع البائع في الرجوع بقيمة الولد عليه بعد ذلك فكذلك هنا. ولو استولد جاريته فاستحقها رجل فقال المستولد اشتريتها من فلان بكذا وصدقه فلان وكذبها المستحق فالقول قول المستحق لان سبب ملك الولد ظاهر وهو استحقاق الجارية والآخرا يريدان ابطال ملكه في الولد بقولهما فلا يصدقان على ذلك ولكن يحلف المستحق بالله ما يعلم أنه اشتراها منه لانه لو أقر بذلك كان الولد حرا فإذا أنكر يستحلف عليه ولو أنكر البائع وصدقه المستحق فالولد حر لاقرار المستحق بحريته وعلى الاب قيمته لاقراره على نفسه بالقيمة للمستحق ولا رجوع لهما على البائع لان قولهما ليس بحجة عليه ولو أنكر البائع والمشتري وأقر به المستحق عتق الولد باقراره لانه ملكه في الظاهر ولا قيمة له على الاب لانه مدعى لنفسه عليه بالقيمة فلا يستحقه الا بحجة. قال رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف فاشترى بها جارية تساوى ألفى درهم فاستولدها المضارب ثم استحققت فالولد حر بالقيمة لان المضارب كان مالكا نصفها في الظاهر قدر حصته من الربح فيتحقق الغرور بسبب ثم يرجع المضارب على البائع بالثمن فيكون على المضاربة كما كان ويرجع عليه أيضا بربع قيمة الولد لان رجوعه باعتبار ملكه الظاهر وذلك كان بقدر الربع فيرجع به على البائع ويكون ذلك له خاصة ولا يكون على المضاربة لانه عوض عما أدى والمؤدى لم يكن

[183]

من مال المضاربة ولو لم يكن في الام فصل أحد المستحق الولد مع الام ولم يثبت نسبه من المضارب لانه استولدها ويعلم له أنه لا يملك شيئا منها فكان لا يثبت به النسب والولد رقيق لانعدام التوارث حين كان عالما بحالها وان كان هو الذى استولدها فان لم يكن فيها فصل كان الولد حرا وعليه قيمته للمستحق لانها مملوكة لرب المال في الظاهر والمضارب اشتراها له بأمره فهذا وفصل الوكيل سواء فيكون الولد حرا بالقيمة ويرجع على البائع بالثمن وقيمة الولد والذى يلى خصومة البائع في ذلك المضارب فيكون الثمن على المضاربة وقيمة الولد على رب المال وان كانت الجارية تساوى الفين فالرجوع على البائع بثلاثة أرباع قيمة الولد لان المملوك للمستولد من جهته كان هذا المقدر وهو قدر رأس المال وحصته من الربح فانما يرجع بهذا القدر من قيمة الولد فيكون لرب المال خاصة ويرجع بالثمن فيكون على المضاربة. قال رجلان اشترى من وصى يتيم أمة فاستولدها أحدهما ثم استحققت قضى له بها وبقيمة الولد على الاب ويرجع الاب بنصف تلك القيمة على الوصى لانه يملك نصفها من جهة الوصى ببيعه فيقدره يرجع عليه من قيمة ولدها ثم يرجع به الوصى في مال اليتيم لانه كان عاملا لليتيم في ذلك فإذا لحقه عهدة يرجع به عليه وكذلك لو كان البائع أب الصبى فهو الوصى في حكم الرجوع سواء وكذلك لو كان البائع وكبلا أو مضاربا إذا كان في المضاربة فصل لم يرجع على رب المال من قيمة الولد الا بقدر رأس المال وحصته من الربح لانه في ذلك القدر عامل له وفى حصة نفسه من الربح عامل لنفسه فلا رجوع به له على رب المال. قال ولو كفّل رجل للمشتري بما أدركه من درك لم يرجع المشتري على

الكفيل بقيمة الولد لان هذا ليس بدرك في الجارية انما يفوت بهذا ما التزم بصفة السلامة فكان بمنزلة عيب يجده بها فيردها وهناك لا يرجع على الكفيل بشئ كذلك هنا لا يرجع على الكفيل بشئ من قيمة الولد. قال وإذا عرت الامة من نفسها رجلا أخبرته أنها أمة لهذا الرجل فاشترها منه واستولدها ثم استحققت رجوع أب الولد بالثمن وقيمة الولد على البائع دون الامة لان الرجوع باعتبار التزام صفة السلامة بعقد المعاوضة والبائع هو الذي التزم ذلك للمشتري دون الامة انما الامة أخبرته بخبر كذب ومجرد هذا الخبر لا يلزمه ضمان قيمة الولد كما بيناه. قال حرة ولدت ولدين في بطن واحد وكبرا واكتسبا مالا ثم مات أحدهما وترك ابنا ثم جاء رجل وادعى انه زوج المرأة وأنهما ابناه فأقرت المرأة بذلك حجت الابن الباقي وابن الابن فان الرجل والمرأة يصدقان على أنفسهما دون غيرهما فيثبت

[184]

النكاح بينهما بتصادقهما ويدخل في نصيب المرأة من الميراث لاقرارهما انهما يستويان في ذلك فان من ترك أبوين وابنا فللابوين السدسان فلهذا قسم مافى يدها بينهما نصفان فان أقر ابن المرأة بدعوة الرجل ثبت نسبه باقراره ومن ضرورة ثبوت نسبه ثبوت نسب الآخر لانهما توأم فيثبت نسبهما ولكنه لا يرث بهذا مع ابن الميت شيئا لان الابن الباقي غير مستحق لشيء من ميراث الميت فتصديقه في حكم الميراث وتكذيبه سواء لان الميراث مال ينفصل عن النسب في الاستحقاق ثبوتا وسقوطا (ألا ترى) ان عبد الرق واختلاف الدين والنسب ثابت ولا ميراث وإذا أقر أحد الاخوين بأخ آخر فالشركة في الميراث ثابتة ولا نسب وما كان طريق ثبوته الضرورة فالمعتبر فيه الجملة فإذا كان أحد الحكمين ينفصل عن الآخر في الجملة لم يستحق الميراث باقراره وان ثبت نسبه وان أقر ابن الميت بدعوة الرجل وقد احتلم ثبت نسبهما جميعا منه لانه في هذا التصديق قائم مقام أبيه وثبوت نسب أخيه يقتضى ثبوت نسب الآخر ضرورة ويرث معه الرجل لان الحق في الميراث له وقد أقر بأن سدسا من الميراث وهو خمس ما في يده للاب فيؤمر بتسليمه إليه. قال ولو ان أمة ولدت ولدين في بطن واحد فاشترى رجل أحدهما وأعتق ثم مات المعتق فورثه مولاه ثم اشترى رجل آخر الابن الباقي مع أمه فادعى انه ابنه ثبت نسبه منه وان كان كبيرا لا يقر بذلك الا عبد له فلا حاجة إلى تصديقه في اثبات النسب منه وثبت نسب ولد الميت أيضا منه ولا يكون له الميراث الذي أخذه المولى لما بينا انه ليس من ضرورة ثبوت النسب استحقاق المال وانما أورد هذا الفصل ايضا لما سبق فانا لو قلنا يستحق المال علي المولى بهذا الطريق كان يقدر كواحد على ابطال حق المولى عن الميراث المستحق له بأن يشتري الابن الآخر فيدعي نسبه وهذا بعيد وفيه من الضرورة ما لا يخفى فقلنا لا يستحق المال وان ثبت نسب الآخر منه ضرورة والله أعلم بالصواب (قال) الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله إملأ أعلم بأن الاقرار خير متمثل متردد بين الصدق والكذب فكان محتملا باعتبار ظاهره والمحتمل لا يكون حجة ولكنه جعل حجة بدليل معقول وهو أنه ظهر رجحان جانب الصدق على جانب الكذب فيه لانه غير متهم فيما يقر به علي نفسه ففي حق الغير ربما تحمله النفس الامارة بالسوء على الاقرار به كاذبا وربما يمنعه عن الاقرار بالصدق وفي حق نفسه النفس الامارة

بالسوء على الاقرار به كاذبا وربما ينفعه عن الاقرار بالصدق وفي حق نفسه النفس الامارة بالسوء لا تحمله على الاقرار بالكذب وربما يمنعه على الاقرار بالصدق فلظهور دليل الصدق فيما يقربه على نفسه جعل اقراره حجة واليه أشار الله تعالى في قوله بل الانسان على نفسه بصيرة. قال ابن عباس رضى الله عنهما أي شاهد بالحق والدليل على انه حجة شرعا قوله تعالى وليملل الذى عليه الحق فأمر من عليه الحق بالاقرار بما عليه دليل واضح على انه حجة والنهي عن الكتمان في قوله تعالى ولا يخس منه شيئا وليتق الله ربه دليل على ان اقراره حجة كما ان الله تعالى لما نهى عن كتمان الشهادة كان ذلك دليلا على ان الشهادة حجة في الاحكام ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ماعزا رضى الله عنه حين أقر على نفسه بالزنا وقال صلى الله عليه وسلم في حديث العسف وأعد ما انتسب إلى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها فيكون الاقرار حجة في الحدود التي تدرئ بالشبهات دليل على انه حجة فيما لا يندرئ بالشبهات بالطريق الاولى ثم الاقرار صحيح بالمعلوم والمجهول بعد أن يكون المعلوم لانه اظهار لما عليه من الحق وقد يكون ما عليه مجهولا فيصح اظهاره بالمجهول كالمعدوم بخلاف الشهادة فان أداء الشهادة لا تكون الا بعد العلم بالمشهود به. قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال صلى الله عليه وسلم للشاهد إذا رأيت مثل الشمس فاشهد والافدع فمع الجهل لا حاجة إلى الشهادة بل هو ممنوع عن أدائها فأما من عليه الحق محتاج إلى اظهار ما عليه باقراره معلوما كان عنده أو مجهولا فقد يعلم أصل الوجوب ويجهل قدر الواجب وصفته ولهذا صح اقراره بالمجهول ولان الشهادة لا توجب حقا الا بانضمام القضاء إليها والقاضى لا يتمكن من القضاء الا بالمعلوم فأما الاقرار موجب بنفسه قبل اتصال القضاء به وإذا احتمل بالمجهول أمكن ازالة الجهالة بالاجبار على البيان فلهذا صح الاقرار ولهذا لا يعمل بالرجوع عن الاقرار ويعمل بالرجوع عن الشهادة قبل اتصال القضاء بها إذا عرفنا هذا فنقول رجل قال غصبت من فلان شيئا فالأقرار صحيح ويلزمه ما بينه ولا بد من تبين أي شيء هو لان الشيء حقيقة اسم لما هو موجود مالا كان أو غيره الا أن لفظ الغصب دليل على المالية فيه فالغصب لا يرد الا على ما هو مال وما ثبت بدلالة اللفظ فهو كالملفوظ كقوله اشتريت من فلان شيئا يكون اقرارا بشراء ما هو مال لان الشراء لا يتحقق الا فيه ولا بد من أن يبين مالا يجري فيه التمانع بين الناس حتى لو فسره بحبة حنطة لم يقبل ذلك منه لان اقراره بالغصب

دليل على أنه كان ممنوعا منه من صاحبه حتى غلب عليه فغصبه وهذا مما جرى فيه التمانع فإذا تبين شيئا بهذه الصفة قبل بيانه لان هذا بيان مقرر لاصل كلامه وبيان التقرير صحيح موصولا أو مفصولا فان ساعده المقر على ما بينه أخذه وان ادعى غيره فالقول قول المقر مع يمينه لانه خرج عن موجب اقراره بما بين فإذا كذبه المقر له فيه صار رادا اقراره بنفى دعواه شيئا آخر عليه وهو لذلك منكر فالقول قوله مع يمينه ويستوى ان بين شيئا يضمن بالغصب أو يضمن بعد أن يكون بحيث جرى فيه التمانع حتى المغصوب فالقول قوله مع يمينه وكذلك ان بين ان المغصوب دار فالقول قوله وان كانت الدار لا يضمن بالغصب عند أبي حنيفة رحمه الله

واختلف المشايخ رحمهم الله فيما إذا بين المغضوب زوجته أو ولده الصغير فمنهم من يقول بيانه مقبول لانه موافق لمبهم كلامه فان لفظ الغضب يطلق علي الزوج والولد عادة والتمانع فيه يجرى بين الناس أكثر مما يجرى في الاموال وأكثرهم على انه لا يقبل بيانه بهذا لان حكم الغضب لا يتحقق الا فيما هو مال فبيانه ما ليس بمال يكون انكار الحكم الغضب بعد اقراره بسببه وذلك غير صحيح منه وفرق بين هذا وبين الخلع فان من خالع امرأته علي ما في بيتها من شئ فانه ليس في البيت شئ كالخلع مجازا وله أن يجعل تسمية الشئ فيه دليلا على المالية بخلاف تسمية المتاع لان الخلع من اسباب الفرقة والفرقة قد تكون بغير بدل في العادة فلا يكون فيما صرح دليلا على المالية في الشئ المذكور فأما الغضب لا يطلق في العادة الا فيما هو مال ولا يثبت حكمه شرعا الا فيما هو مال فالتنصيص عليه دليل على المالية في الشئ المذكور والعصر قبل التخرم كان الا فسد تقومه بالتخرم شرعا وصار المسلم ممنوعا من تموله من غير انعدام أصل المالية فيه (ألا ترى) أنه بالتخلل يصير مالا متقوما وهو ذلك الغير فلهذا صح بيانه ثم الخمر محل لحكم الغضب ولهذا كان غاصب الخمر من الذمي ضامنا لهذا قبل بيانه وكذلك لو أقر أنه غصب عبدا فهذه الجهالة دون الاول لان جنس المقر به صار معلوما هنا ثم التوسع في الاقرار أكثر منه في الخلع والصلح عن دم العمد والنكاح وتسمية العبد مطلقا صحيح في هذه العقود ففي الاقرار الاول ان في هذه العقود ينصرف إلى الوسط لانه عقد معاوضة فيجب النظر فيه من الجانبين وذلك بتعين الوسط الذي هو فوق الوكس ودون الشطط والاقرار لا يقابله شئ فلا يتعين فيه الوسط بل يكون المقر فيه مقبولا إذا لم يخالف ما يلفظ به سواء بين الرديئ أو المعيب فاسم العبد أولى * توضيح الفرق أن الغضب فعل يستدعى

[187]

محلا هو مفعول به ولان يستدعى صفة السلامة فيه ومن حيث العادة أيضا ليس للغاصبين اختيار الوسط والتسليم وانما يغضب الغاصب ما يقدر عليه فاما في عقود المعاوضات لها موجب شرعا في اقتضاء صفة السلامة وكذلك للناس عادة في ابراد عقد المعاوضة على التسليم دون المعيب فلهذا يصرف مطلق العقد فيه إلى التسليم فان كان العبد الذي بعينه منصوبا في يده قائما رده وان كان هالكا فعليه قيمته لان ضمان الاصل في الغضب رد العين قال صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد وانما يصار إلى القيمة عند عدم رد العين ليكون خلفا عن الضمان الاصلى وسميت قيمة لقيامها مقام العين فان وقعت المنازعة بينهما في مقدار القيمة فالقول قول المقر لانكاره لزيادة مع يمينه وكذلك لو أقر بغصب شاة أو بقرة أو ثوب أو عرض وكذلك لو أقر أنه غصبه دارا فالقول قوله في تعيينها سواء عينها في هذه البلدة أو في بلدة أخرى لان الدار اسم لما أدير عليه الحائط وذاك لا يختلف باختلاف البلدان فكان بيانه مطابقا للفظه ولو قال هي هذه الدار التي في يدى هذا الرجل وذو اليد منكر يقول الدار دارى فالقول في تلك الدار قول ذى اليد لان دعوى المقر أنها لغيره كدعواه انها له فلا يصدق في ذلك بغير حجة لكنه خارج عن عهدة اقراره بما بين فان بيانه مطابق للفظه لان ما في يد الغير مال محل للغضب ثم لا يضمن المقر شيئا في قول أبى حنيفة وأبى يوسف الاخر وفي قول أبى يوسف الاول وهو قول محمد رحمه الله يصير ضامنا لقيمتها لانه اقر ببعضها ومن أصل أبى حنيفة وأبى يوسف الآخر أن العقار لا يضمن بالغضب وهي مسألة معروفة في كتاب الغضب ولو قال غصبته هذه الامة أو هذا العبد فادعاهما

جميعا المقر له فانه يقال للغاصب قر بايهما شئت وتخلفت عن الآخر لانه أدخل حرف أو في موضع الاثبات فيتناول بعض المذكورين فإذا أقر بأحدهما خرج به عن عهدة ذلك الاقرار وقد صدقه المقر له في ذلك حين ادعاهما جميعا فيأخذ المقر له ذلك الشيء عينه وتبقى دعواه الآخر في يده فيكون القول الآخر قول المنكر مع يمينه وأن الدعى المقر له أحدهما بعينه لم يستحق ذلك إذا زعم المقر أن المغمصوب هو الآخر لانه أقر بغصب في منكر ولأن ادعاء المقر له معين والمعين عند المنكر فلم يتناول اقراره هذا المحل بعينه فلا يستحق به ثم هو بالتعيين قصد ابطال حق البيان الثابت للمقر فانه هو المبهم ومن أبهم شيئا فالإيه بيانه وهو لا يملك ابطال الحق الثابت له فان بين المقر الآخر صرح بيانه لانه موافق لمبهم كلامه ولكن المقر له كذبه في ذلك والاقرار يرتد بالرد فيبطل اقراره به بنفى

[188]

دعوي المقر له الآخر عليه وهو جاحد فالقول قوله مع يمينه ولو أقر أنه غصب هذا العبد من هذا أو من هذا وكل واحد منهما يدعيه فان اصطلاحا علي أخذه أخذه وأن لم يصطلحا استحلف كل واحد منهما أولا نقول فرق بين هذا والاول فقال هناك يقال له قر بايهما شئت وأحلف على الآخر وهنا لا يقال له قر لايهما شئت وأحلف للآخر لان هناك الاقرار صحيح ملزم فان المستحق معلوم انما الجهالة في المستحق فيمكن اجباره على البيان لما صرح اقراره وهنا اقرار غير صحيح لان المقر له مجهول وجهالة المقر له تمنع صحة الاقرار لان الحق لا يثبت للمجهول ولأن المغمصوب عند الغصب قد بينه حاله على الغاصب انه عبد أو أمة ولكن المغمصوب منه لا يشتهه عليه عادة فلم يكن اقراره للمجهول حجة تامة في الاستحقاق حتى يجبر على البيان ولكنهما ان اصطلاحا علي أن يأخذ مأمرا بالتسليم اليهما لان المغمصوب جهالة من يجب عليه تسليمه إليه وقد يزال ذلك باصطلاحهما فان أحدهما مالك والآخر نائب عنه وكما يؤمر الغاصب بالرد على نائبه ولانه كان مقرا انه لا حق له في العبد منهما فان الحق فيه لا يعدوهما وانما لم يصح اقراره في التزام التسليم إلى أحدهما بعينه فلا يجبر على البيان لان ذلك غير ثابت باقراره فإذا اصطلاحا فقد ثبت باقراره أن المستحق منهما يأمره بالتسليم إليه فان لم يصطلحا استحلف لكل واحد منهما بعينه لان كل واحد منهما يدعى الحق لنفسه عينا وهو لم يقر بذلك وانما أقر لمنكر منهما والمنكر في حق المعين كالمعدوم وللقاضى الخيار في البداية بالاستحلاف لايهما شاء وقيل هذا بالاستحلاف لمن سبق بالدعوى وقيل يقرع بينهما تطمينا لقلوبهما فان نكل عن اليمين أحدهما يأمره بالتسليم إليه ما لم يحلفه الآخر بخلاف ما إذا أقر لأحدهما بعينه فانه يأمره بالتسليم إليه لان الاقرار موجب الحق لنفسه فأما النكول لا يوجب الحق الا بقضاء القاضى والقاضى لا يقضى الا بعد النظر لكل قسم ومن حجة الآخر أن يقول القاضى انما نكل له لانك بدأت بالاستحلاف له ولو بدأت بالاستحلاف لى لكان ينكل لى وفي الاقرار لا يمكن الآخر أن يحتج بمثل هذا وقد زعم أن المقر له أحق بالعين منه فيأمره بالتسليم إليه فان حلف لأحدهما ونكل للآخر قضى القاضى به الذى يحل له لانه حق من حلف له وقد انتفى بيمينه ما لم يأت بحجة ولا حجة له ونكوله في حق الآخر قائم مقام اقراره فيأمره بالتسليم إليه وان نكل لهما قضى القاضى بالعبد بينهما وبقيمتة أيضا بينهما لان بنكوله صار عقرا له وغصب من كل واحد منهما جميعه ومالو قدر الا على النصف

يرده على كل واحد منهما وليس احدهما أولي به من الآخر فيلزمه رد نصف القيمة على كل واحد منهما اعتبارا للجزء بالكل إذا تعذر رده ولو حلف لهما لم يكن لهما عليه شيء لأن حق كل واحد منهما قد انتفى بيمينه إلى أن يجد الحجة فان أراد أن يصطلحا بعد ذلك لم يكن لهما ذلك في قول أبي يوسف رحمه الله الآخر وكان يقول أولا لهما ذلك وهو قول محمد رحمه الله * وجه قوله الاول ان حق الاخذ عند الاصطلاح ثبت لهما بهذا الاقرار بدليل انهما لو اصطلحا قبل الاستحلاف فان لهما أن يأخذهما والحق الثابت بالاقرار لا يبطل باليمين والمعنى الذي فات لهما أن يأخذهما قبل الاستحلاف إذا اصطلحا علي ان احدهما مالك والآخر نائب عنه وهذا موجود بالاستحلاف ولان الاستحلاف هو غير محل للاقرار لان الاقرار كان لاحدهما بغير عينه والاستحلاف كان استحقاق كل واحد منهما بعينه فلا يتغير به حكم ذلك الاقرار فالقاضي يتيقن انه صادق في يمينه أو كاذب ولا تأخير لليمين الكاذبة في ابطال الاستحقاق وجه قول أبي يوسف الآخر رحمه الله ان يمين المقر يبطل حق من حلف له كما لو حلف لاحدهما يبطل حقه ومزاحمته ثم التفقه فيه من وجهين احدهما ان أصل الاقرار وقع فاسدا لجهالة المقر له لما بينا أن الغصب يوجب رد العين والمستحق للرد عليه بهذا الاقرار غير معلوم أو كان الاقرار فاسدا ولكن أراد منعه العباد برفع المفسد بالاصطلاح ممكن فان أزال ذلك قبل تقرير الفساد صح الاقرار وأمر بالتسليم اليهما وان تقرير الفساد بقضاء القاضي لا يمكن ازالته بعد ذلك برفع كالبيع الفاسد بخيار مجهول أو بعمل مجهول إذا تقررت صفة الفساد بالقضاء وهنا لما اسحلفه القاضي لكل واحد منهما فقد حكم بفساد ذلك الاقرار فلا ينقلب صحيحا بعد ذلك باصطلاحهما (الثاني) أن لكل واحد منهما لما طلب يمينه فقد عاملة المنكرين فصار راد الاقرار يرتد برد المقر له فلم يبق لهما حق الاصطلاح بعد ذلك بخلاف ما قبل الاستحلاف والثابت بالاقرار أحد الأمرين اما الاصطلاح أو الاستحلاف فكما لو أقر علي الاصطلاح كانا قابلين لاقراره فلا يبقى لهما حق الاستحلاف بعد ذلك فكذلك لو أقر علي الاستحلاف كانا رادين لاقراره فلا يبقى لهما حق الاصطلاح بعد ذلك وقوله الاستحلاف في غير محل لاقراره قلنا محل الاقرار لا يعدوهما فإذا وجد الاستحلاف منهما فقد تقن بوجوده ممن وقع الاقرار له فكان ذلك ميظلا لحق الاقرار ولو قال غصبت العبد من هذا لابل من هذا فهو للاول وللآخر قيمته لان كلمة لا بل للاستدراك بالرجوع عن الاول واقامة الثاني مقامه

اثبات والرجوع عما أقر به للاول باطل واثبات ما أقر به للاول في حق الثاني صحيح فيبقى العبد مستحقا للاول بصدر كلامه وقد صار مقرا ببعضه من الثاني وهو عاجز عن رد عينه حين سلمه إلى الاول بحكم الحاكم فكان عليه للثاني قيمته والدليل على أن كلمة لا بل موضوعا لما قلنا مثل قول الرجل جاءني زيد لابل عمر ويفهم منه الاخبار بمجئ زيد وهو بخلاف ماله قال هذا العبد لفلان بل لفلان حيث يؤمر بتسليمه إلى الاول ولا شيء للثاني عليه لانه ما أقر على نفسه بفعل موجب للضمان في حق الثاني انما شهد

له بالملك فيما صار مملوكا لغيره بصدر كلامه والشاهد بالملك إذا أردت شهادته لم يضمن شيئا وهنا أقر بغصبه من الثاني وهو فعل موجب للضمان عليه وإذا أقر بغصب شيء من الأشياء كائنا ما كان من قريب أو بعيد صغير أو كبير مسلم أو كافر أو مرتد أو مستأمن أو حر أو عبد محجور عليه أو تاجر فهو ضامن له في جميع ذلك أن كان فائتا وأن كان قائما رده إلى الذي أخذه منه صغيرا كان المغتصب منه أو كبيرا لأن رد المغصوب يفسخ من الغاصب لفعله فيه وحقيقة انفساخ فعله برده على من أخذه منه فكانت جنايته بازالة يد محترمة للغير في هذه العين واثبات اليد في نفسه فإذا أعاده إلى من أخذه منه فقد صار به معيدا لما أخذ (ألا ترى) أن من أخذ منه خصم له في الاسترداد فيبرأ بالرد عليه على أي صفة كانت وهو نظير من انتزع خاتما من أصبع نائم ثم أعاده إلى أصبعه قبل أن ينتبه برئ منه لأنه أعاده كما كان بخلاف ما إذا انتبه ثم نام ثانيا لأنه لما انتبه وجب عليه رده على المنتبه فلا يبرأ بعد ذلك بإعادته إلى أصبع النائم كما لو غصبه وهو منتبه ثم جعله في أصبعه في حال نومه قال خلا الولد الصغير مع أبيه الغنى فلان الأب فيما يأخذ من مال ولده الصغير لا يكون غاصبا ولكنه أن كان محتاجا إليه فله أن يأخذه ليصرفه إلى حاجته وإن لم يكن محتاجا فله أن يأخذه لحفظه له فلا يلزمه رده على الصبي حتى يبلغ ولا يكون جانيا في حقه إلا أن يستهلكه من غير حاجة فحينئذ يكون ضامنا له وكذلك وصى الصغير فيما يأخذ من ماله لا يكون غاصبا لأن ولاية الاخذ لحفظه ثابتة وإن غصب المولى من مكاتبه أو عبده المأذون المديون فهو برده أو الضمان عند هلاكه لأنه ممنوع من أخذه أما كسب المكاتب صار أحق به وصار المكاتب كالحر يدا في مكاسبه فإذا أبق به عليه صار ضامنا وأما العبد المديون لأن كسبه حق غرمائه والمولى ممنوع من أخذه ما لم يسقط الدين فكان ضامنا وإن لم يكن على العبد دين فكسبه خالص حق المولى فلا يكون هو في أخذه منه غاصبا وكذلك يغصب من مولاه

[191]

لأنه لا حق له في مال المولى وله ذمة معتبرة في إيجاب الدين لمولاه فيكون ضامنا غصبه منه والعبد فيما يغصب من مولاه مأمور بالرد عليه ولكنه غير ضامن لأن للعبد ذمة معتبرة في إيجاب الدين فيها للمولى فإن الدين لا يجب على العبد إلا شاعلا مالية رقبته ومالية حق مولاه ولو قال غصبتك هذا العبد أمس إن شاء الله تعالى لم يلزمه شيء استحسانا وفي القياس استثنائه باطل لأن ذكر الاستثناء بمنزلة الشرط وذلك إنما يصح في الانشآت دون الاخبارات ولكنه استحسِن فقال الاستثناء يخرج الكلام من أن يكون عزيمة إلا أن يكون في معنى الشرط فإن الله تعالى أخبر عن موسى عليه السلام حيث قال ستجدني إن شاء الله صابرا ولم يصبر على ذلك والوعد من الأنبياء عليهم السلام كالعهد من غيرهم فدل أن الاستثناء مخرج للكلام من أن يكون عزيمة وقال صلى الله عليه وسلم من استثنى فله ثباه والاقرار لا يكون ملزما إلا كلام هو عزيمة لكن إنما يعمل هذا الاستثناء إذا كان موصولا بالكلام لا إذا كان مفصولا إلا على قول ابن عباس رضي الله عنه فإنه قال يعمل بالاستثناء وإن كان مفصولا استدلالا بقوله صلى الله عليه وسلم لاغزون قريشا ثم قال بعد سنة إن شاء الله تعالى ولنا نقول الاستثناء مخرج لكلامه من أن يكون عزيمة فكان مغير الموجب مطلق الكلام والتعبير إنما يصح موصولا بالكلام لا مفصولا فإنه بمنزلة الفسخ والتبديل والمقر لا يملك ذلك في إقراره فكذلك لا يملك الاستثناء المفصول وهذا بخلاف الرجوع من الإقرار فإنه لا يصح وإن كان موصولا

لان رجوعه نفى لما أثبتته فكان تناقضا منه والتناقض لا يصح مفصولا كان أو موصولا اما هذا بيان فيه تعبير فان الكلام نوعان لغو وعزيمة فبالاستثناء تبين أن كلامه ليس بغريمة وبيان التعبير لا يصح موصولا لا مفصولا بمنزلة التعليق بالشرط فانه متبين أن صدر كلامه لم يكن أيقاعا بعد أن كان ظاهرا مقتضيا للإيقاع فصح ذلك موصولا لا مفصولا وأما الحديث قلنا قوله صلى الله عليه وسلم بعد سنة أن شاء الله تعالى لم يكن علي وجه الاستثناء انما كان على وجه الامتثال لما أمر به قال الله تعالى واذكر ربك إذا نسيت ولو قال غصبتك هذا العبد أمس الا نصفه صدق فيه لان الكلام إذا قيد بالاستثناء يصير عبارة عما وراء المستثنى لا أن يكون رجوعا عن القدر المستثنى قال الله تعالى فليث فيهم الف سنة الا خمسين عاما معناه تسعمائة وخمسين فأما لو جعلناه في معنى الرجوع كان ذلك قولاً بالغلط فما أخبر الله تعالى به حتى تداركه بالاستثناء وذلك لا يجوز ثم هذا بيان فيه تعبير لان صدر كلامه

[192]

اقرار بغصب ما سمي عبداً وبالأستثناء تبين أن المغضوب لم يكن عبداً فلما كان تعبيراً صح موصولا لا مفصولا وكذلك لو قال الا ملبسه الا على قول القرار رحمه الله فانه لا يجوز استثناء الاكثر مما تكلم به لان العرب لم تتكلم بذلك ولكننا نجوز استدللاً بقوله تعالى قم الليل الا قليلاً نصفه أو انقص منه قليلاً ولان طريق صحة الاستثناء أن يجعل عبارة عما وراء المستثنى ولا فرق بين الاستثناء في الاقل والاكثر وان لم تتكلم به العرب لم يمتنع صحته ان كان موافقاً لطريقهم كاستثناء الكسور لم تتكلم به العرب وكان صحيحاً ولو قال الا العبد كله كان الاستثناء باطلاً لانه لا يمكن تصحيحه بان جعل عبارة عما وراء المستثنى فانه لا يبقى وراء المستثنى شئ فكان هذا رجوعاً لا استثناء والرجوع عن الاقرار باطل موصولا كان أو مفصولا ولو قال غصبتك كذا وكذا فهو اقرار بغصبيهما فان حرف الواو للعطف والعطف للاشتراك بين المعطوف والمعطوف عليه في الخبر فيقول الرجل جاءني زيد وعمر فيكون اخباراً بمجيئتهما فإذا قال غصبت عبداً أو جارية كان اقراراً بغصبيهما لانه خبر المذكور أو لانه مغضوب ولم يذكر للثاني خبر يستقل به فكان الخبر الاول خبر له وكذا خبر أن يقول دابة مع سرجها لان كلمة مع للقران فقد قرن بينهما في الاقرار بفعل الغصب فيهما إذ لا تتحقق المقارنة منه الا في هذا وكذلك لو قال كذا بكذا نحو ان يقول غصبت فرساً بلجامة أو عبداً بمنديله فهو اقرار بغصبيهما لان الباء للالصاق فيصير هو ملصقاً الثاني بالاول فيما أخبر به من فعل الغصب ويكون مبنيّاً أن عند غصبه كان اللجام ملصقاً بالدابة ولن يتحقق اللصاق الا بعد أن يكون غاصباً لهما وكذلك لو قال كذا فكذا نحو ان يقول غصبت عبداً فجارية فان الغاء للوصل وفيه معنى العطف على سبيل التعقيب ولن يتحقق هذه المعاني الا بعد أن كان غاصباً لهما وكذلك لو قال كذا وعليه كذا نحو ان يقول غصبت دابة عليها سرجها لانه جعل المغضوب محلاً لما ذكره آخراً فيقتضى أن يكون غاصباً لهما وان قال كذا من كذا بان قال غصبت منديلاً من غلامه أو سرجاً من دابته كان اقراراً بالغصب في الاول خاصة لان كلمة من للتبعيض فانه يفهم منه الانتزاع فعلى انه انتزع ما أقر بغصبه أولاً من ملكه (ألا ترى) أنه يقول منديلاً من رأسه أو ثوباً من بدنه فلا يفهم الاقرار بغصب الثوب والمنديل وكذلك لو قال كذا على يجوز أن يقول غصبتة إكافاً على حمارة فيكون اقراراً بغصب الاكاف خاصة والحمارة مذكورة لبيان محل المغضوب حين أخذه وغصب الشئ من محل

لا يكون مقتضيا غصب المحل ولو قال كذا في كذا وان كان الثاني مما يكون وعاء للاول كالماء نحو ثوب في منديل أو طعام في سفينة وما أشبه ذلك لان في حقيقة للطرف فهو مخبر بأن الثاني كان طرفا للاول مع غصبه ولن يكون ذلك الا إذا كان غصبه لهما وكذلك قوله تمرا في قوصرة أو حنطة في جوالق وان كان الثاني هما لا يكون وعاء للاول نحو قوله غصبتا درهما في درهم لم يلزمه الثاني لانه غير صالح أن يكون طرفا لما أقر بغصبه أولا فلغى آخر كلامه فان (قيل) كان ينبغي أن يجعل حرف في بمعنى حرف مع لان الكلام معمول بمجازه عند تعذر العمل بحقيقته قال الله تعالى فادخلي في عبادي (قلنا) إذا آل الامر إلى المجاز فكما يحتمل معنى مع يحتمل معنى على قال الله تعالى ولاصليكم في جذوع النخل أي على جذوع النخل فان حمل عليه لم يلزم الثاني وان حمل على معنى مع لزمه والذمة في الاصل بريئة فلا يجوز شغلها بالشك وان كان الثاني مما يكون الاول وسطه نحوان يقول غصبتك ثوبا في عشرة أثواب لم يلزمه الا ثوب واحد في قول أبي يوسف وهو قول أبي حنيفة رحمهما الله ويلزمه في قول محمد رحمه الله أحد عشر ثوبا * وجه قول محمد رحمه الله أن العشرة قد تكون وعاء للثوب الواحد فان الثوب النفيس قد يلف عادة في الثياب فكان هذا بمنزلة قوله حنطة في جوالق أو يحمل كلامه على التقديم والتأخير فيصير كانه قال عشرة أثواب في ثوب والثوب الواحد يكون وعاء للعشرة فوجب العمل بما صرح به بحسب الامكان وعلل لابي يوسف رحمه الله في الجنب وقال ان العشرة لا تكون وعاء معناه أن الوعاء غير الموعا والثوب إذا لف في ثياب فكل ثوب يكون موعا في حق ما وراءه فلا يكون وعاء الا الثوب الذي هو ثوب ظاهر فإذا كان لا يتحقق كون العشرة وعاء للثوب الواحد كان آخر كلامه لغوا وحمله على التقديم والتأخير لا معنى له فانه اشتغال بايجاب المال في ذمته بالمحتمل ويتأويل هو مخالف للظاهر وذلك لا يجوز ولو قال غصبت كرباسا في عشرة أثواب حرير عند محمد رحمه الله يلزمه الكرباس وعشرة أثواب حرير لان الحرير لا يجعل وعاء للكرباس عادة ولو قال غصبتك طعاما في بيت كان هذا بمنزلة قوله طعاما في سفينة لان البيت قد يكون وعاء للطعام فيكون اقرارا بغصب البيت والطعام الا أن الطعام يدخل في ضمانه بالغصب والبيت لا يدخل في ضمانه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر لانه مما لا ينقل ولا يحول والغصب الموجب للضمان لا يكون الا بالنقل والتحويل وان قال لم أحول الطعام من موضعه لم يصدق في

ذلك لانه أقر بغصب تام وفي الطعام يتحقق ذلك بالنقل والتحويل فكان هو في قوله لم أنقله راجعا عما أقر به فلم يصدق وكان ضامنا للطعام وفي قول محمد رحمه الله هو ضامن للبيت أيضا ومسألة غصب العقار معروفة ولو قال غصبت يوما وردته عليه لم يصدق علي الرد وان كان كلام موصول لانه ليس إلى بيان صدر الكلام بل هو دعوى مبتدأ أي أوفيته ما لزمني من ضمان الغصب واقاراره صحيح فأما دعواه بغير حجة لا تكون صحيحة ولكن القول قول المنكر للرد كالمقر بالدين إذا ادعى الايفاء والابراء كلام

موصول ولو قال غصبته ثوبا من عينه أو تمرا من قوصرة أو طعاما من بيت أو ظهر دابة ضمن التمر والثوب والطعام خاصة لما بينا أن آخر كلامه كان لبيان أن انتزاع المغصوب كان بين هذا فهو بمنزلة قوله غصبته ثوبا من يده يكون إقراره بالغصب في الثوب دون يده فكذلك ما سبق والله أعلم (باب إقرار المفاوضة بالدين) (قال رحمه الله وإذا أقر أحد المتفاوضين بدين في مرض موته من تجارتهما يوحد شريكه به في الحال وفيه طريقان لنا أحدهما أن المتفاوضين في حقوق التجارة صاروا بمنزلة شخص واحد ومباشرة أحدهما سبب وجوب الدين كمباشرتهما والآخر من باب التجارة فوجوده من أحدهما كوجوده منهما والاصح أن يقول وجوب الدين بمباشرة السبب علي من باشره ولكن الشريك مطالب به بسبب التحمل الثابت بمقتضى صدر المفاوضة بينهما لأن عقد المفاوضة يقتضى الوكالة العامة والكفالة العامة لكل واحد منهما عن صاحبه في ديون التجارة فانها تقتضي المساواة بهذا فالمفاوض المقر وإن كان مريضا فقد وجب عليه الدين بإقراره حتى إذا لم يكن عليه دين في الصحة كان مطالبا به في الحال وإن كان عليه دين في الصحة فحق غريم الصحة مقدم ولكن حق المقر له في المرض ثابت أيضا حتى إذا فرغت التركة من حق غريم الصحة صرف المقر له في المرض وإذا ثبت الوجوب في حق المقر صار الشريك مطالبا به بحكم الكفالة وتأخره في حق المقر لمكان دين الصحة لا يوجب التأخير في الشريك كالعبد المحجور يقر على نفسه بدين ويكفل البيان عنه يؤخذ الكفيل في الحال به وإن كان مؤخرًا في حق الأصل إلى ما بعد العتق وهذا لا تأجيل في أصل المال إنما التأخير لضرورة انعدام محل القضاء ولا ضرورة في حق الكفيل فيكون مطالبا في الحال بإيفائه ولو كان

[195]

المفاوض المريض أقر لوارثه بدين لم يلزم شريكه وبهذا تبين أن الصحيح هو الطريق الثاني دون الأول فإنه لو جعل إقرار أحدهما لصار الشريك الآخر مطالبا بالمال هنا ولكن إقرار المريض لوارثه باطل فلم يجب به المال في ذمة المقر والوجوب على الشريك بحكم الكفالة فإذا لم يكن المال واجبا على الأصل لا يجب على الكفيل خلاف الأول فإن إقراره للأجنبي صحيح وإن كان مؤخرًا عن حق غرماء الصحة فوجب به المال على الأصل وصار الكفيل مطالبا به بحكم الكفالة وكذلك لو كفل لوارثه بشئ لأن كفالة المريض لوارثه باطلة غير موجبة المال عليه فأما إذا كفل للأجنبي فعند أبي حنيفة رحمه الله يؤخذ به شريكه سواء كفل بأمر الأصل أو بغير أمره وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا يؤخذ بالشريك به وكذلك إن أقر أحد المتفاوضين بكفالة في صحته أو مرضه فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله يؤخذ به شريكه وعندهما لا يؤخذ بشئ من ذلك * حجتهم أن دين الكفالة ليس من دين التجارة لأن سببه لا ينزع ما هو تبرع (ألا ترى) أنه لو حصل من المريض كان معتبرا من الثلث ولو حصل من العبد المأذون والمكاتب لم يكن صحيحا وما وجب على أحد المتفاوضين لا بجهة التجارة لا يكون شريكه مطالبا به كما يجب من مهر امرأته وأرش الجناية بجنايته وكلامهما يتضح في الكفالة بغير الأصل فإنه تبرع محض حتى لا يستوجب الكفيل الرجوع على الأصل عند الاداء ولا يبي حنيفة رحمه الله طريقان الأول أن هذا الدين وجب بما هو من متضمنات عقد المفاوضة فيكون الشريك مطالبا به كالواجب بطريق الوكالة إذا توكل أحدهما عن الغير بالشراء وبيانه فيما قلنا أن عقد المفاوضة يقتضى الوكالة العامة والكفالة العامة وبهذا تبين أنه من جنس التجارة لأن عقد المفاوضة يتضمن ما هو

من جنس التجارة الثاني ان في الكفالة معنى البيوع في الابتداء ولكنه
مفاوضة أيهما خصوصا في الكفالة بالامر فانه يرجع بما يؤدي إلى الاصيل
ففي حق العبد المأذون والمكاتب والمريض اعتبرنا معنى التبرع فيه في
الابتداء فلم يكن صحيحا وفي حق المفاوض اعتبرنا معنى المفاوضة في
الانتهاء لانه صحيح في حق من باشر سببه فإذا صح انقلب مفاوضة فعند
صيرورة الشريك الآخر مطالبا له في الحال وتأخر في حق المريض عن حق
غرماء الصحة لان اقرار الشريك عليه لا يكون العبد من اقراره بنفسه وهو
لو أقر بنفسه تأخر عن حق غرماء الصحة فكذلك ما لزم باقرار شريكه أو
يجعل هذا كاقرارهما جميعا فان (قيل) كان ينبغي أن يكون هذا في حق
المريض من ثلث ماله لان الوجوب عليه كان لسبب

[196]

الكفالة عن شريكه وكفالة المريض معتبرة من ثلثه (قلنا) هذا إذا لو كانت
مباشرة الكفالة في المرض وهنا الكفالة بمقتضى عقد المفاوضة فانما
كان في حال الصحة فالوجود وان حصل في حالة المرض لما كان سببه
موجودا في حال الصحة فالواجب كان معتبرا من جميع ماله فان (قيل) إذا
كان سببه في حال الصحة ينبغي أن لا يتأخر عن حق غرماء الصحة (قلنا)
وجوب الدين عليه بذلك السبب انما حصل في المرض فكان ذلك مزيد
المرض لهذا المريض ولان اقرار الغير عليه لا يكون أبعد من قراره علي
نفسه ولو أقر الصحيح لوارث المريض بدين لزم الصحيح كله دون المريض
لان اقرار الصحيح في حق المريض كاققراره بنفسه واققراره لوارثه باطل
فكذلك اقرار الصحيح في حقه وليس من ضرورة امتناع وجوب المال على
الكفيل أن لا يجب على الاصيل فلهذا وجب المال على الصحيح فان (قيل)
اقرار المريض لوارثه انما لا يصح لثمة الايثار وهو غير موجود في حق
اقرار شريكه (قلنا) ليس كذلك بل يتمكن تهمة المواضعة هنا من حيث انه
لما علم ان اقراره لوارثه بنفسه لا يصح لشريكه لتقره له ثم يستوفى من
مال المريض فليمكن هذه التهمة (قلنا) لا يصح الاقرار في حق المريض ولا
تهمة في ما يقر له الشريك على نفسه في حقه فكان هو مطالبا بالمال
ولو كان المفاوض قال لرجل ما ذاب لك على فلان فهو على أو ما وجب لك
عليه أو ما قضى لك عليه ثم مرض ثم أقر فلان بألف درهم لذلك الرجل
وقضى بها له عليه لزم المريض ذلك من جميع المال لان وجوب هذا المال
عليه وان كان بطريق الكفالة ولكن صح سببه في حال الصحة ولزم حتى لو
أراد الرجوع عنه لم يملك ذلك فكان بمنزلة سائر الديون في كونه معتبرا
من جميع المال (ألا ترى) ان الصحيح لو ضمن الدرك عن رجل في دار باعها
ثم مرض فلزم الدرك كان مطالبا من جميع المال لان سببه لزم في حال
الصحة على وجه لا يمكن الرجوع عنه فكان معتبرا من جميع المال لان
سببه لزم في حال الصحة هنا لان الوجوب مستند إلى سببه ولما تم السبب
هنا ولزمه في حال الصحة استند حكم الوجوب إليه فلهذا كان مزاحما
لغرماء الصحة والله أعلم بالصواب (باب الاقرار لما في البطن) (قال رضى
الله عنه الاقرار لما في البطن على ثلاثة أوجه أحدها أن يبين سببا صالحا
مستقيما بأن يقول لما في بطن فلانة على ألف درهم من جهة ميراث
ورثه عن أبيه فاستهلكته

أو وصية أوصى بها له فاستهلكته فهذا صحيح) لانه بين سببا مستقيما لو عاينه حكما بوجوب المال عليه فكذاك إذا ثبت باقراره هذا لان هذا الاقرار في الحقيقة للمورث والموصى فان المال منفي علي حقه ما لم يصرفه إلى وارثه أو إلى من أوصى له به وكذلك المورث والموصى من أهل الاقرار له فهو نظير مالهو قال لدابة فلان على ألف درهم أوصى له بالعلف فاستهلكته ثم ان ولدت ولدا حيا فالمقر به له وان ولدته ميتا فالمال مردود علي ورثة الميت والموصى وان جاءت بولدين أحدهما ذكر والآخر أنثى ففي الوصية يقسم بينهما نصفين وفي الميراث يكون بينهما للذكر مثل خط الانثيين لان قول المقر في بيان السبب مقبولا وهذا إذا وضعته لاقل من ستة أشهر من حين مات الموصى والمورث حتى علم أنه كان موجودا في ذلك الوقت وان وضعته لأكثر من ستة أشهر لم يستحق شيئا الا أن تكون المرأة معتدة فحينئذ إذا جاءت بالولد لاقل من سنتين حتى حكم بثبوت السبب في ذلك حكما بوجوده في البطن حين مات الموصى والمورث الوجه الثاني أن يبين سببا بمستحيل بأن يقول لما في بطن فلانة على ألف درهم ثمن بيع بايعته أو قرض أقرضته فهذا باطل لان المبايعه والاقرض لا يتصور من الجنين حقيقة ولا حكما أما الحقيقة فلا يشكل وأما الحكم فلانه لا ولاية لأحد على الجنين حتى يكون تصرفه بمنزلة تصرف الجنين فيصير مضافا إليه من هذا الوجه وإذا كان ما سببه من السبب محالا صار كلامه لغوا فلا يلزمه شيء فان (قيل) هذا يكون رجوعا عن اقراره باذن والرجوع عن الاقرار لا يصح وان كان موصولا (قلنا) لا كذلك بل هو بيان السبب محتمل فقد نسبته على الجاهل فيظن أن الجنين يثبت عليه الولاية كالمنفصل فيعامله ثم يقر بذلك المال للجنين بناء علي طنه وتبين سببه ثم يعلم أن ذلك السبب كان باطلا فكان كلامه بيانا لا رجوعا فلهذا كان مقبولا منه والثالث أن يقر للجنين بمال مطلق من دين أو عين فيقول لما في بطن فلانة على ألف درهم أو هذا العين ملك لما في بطن فلانة فولدت لمدة يعلم انه كان في البطن وقت الاقرار فالأقرار باطل في قول أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله الاقرار صحيح وجه قول محمد ان مطلق كلام العاقل محمول على الصحة ما أمكن لان عقله ودينه يدعو به إلى التكلم بما هو صحيح لا بما هو لغو فيجعل مطلق اقراره صحيحا بمنزلة ماله بين سببا صحيحا لاقرارهما وهذا لان الاقرار حجة مهما أمكن اعماله لا يجوز ابطاله والجنين جعل في حكم المنفصل حتى يصح الاقرار سببه ويصح اعتاقه والاقرار يعتقه ويرث ويوصي له

فكما أن الاقرار للمنفصل بالمال مطلقا يكون اقرارا صحيحا فكذاك الاقرار به للجنين ولابي يوسف رحمه الله أن مطلق الاقرار بالمال محمول على الالتزام بالعقد فكانه أقرب به وهذا لان دينه وعقله يمنعانه من الاستهلاك ويدعو به إلى الالتزام بالعقد فيجب حمل مطلق اقراره عليه (ألا ترى) أن أحد المتفاوضين إذا أقر بمال مطلق يلزم شريكه والعبد المأذون إذا أقر بالمال مطلقا يصح اقراره ويؤخذ به في الحال وكان ذلك باعتبار حمل مطلق الاقرار على جهة التجارة فكذاك هنا يحمل مطلق اقراره على جهة التجارة فكانه بين جهة التجارة ولان الاقرار ابتداء هنا يقع للجنين وهو ليس من أهل أن يثبت له حق ابتداء ما لم ينفصل ولهذا لا يلي عليه أحد لانه

ما دام مختبأ في البطن فهو في حكم الاجراء والابعض فاما العتق والوصية مما يحتمل التعليق بالشرط فيجعل كالمضاف إلى ما بعد الانفصال والاقرار بالسبب ليس بايجاب حق له ابتداء بل اخبار بانه علق من مائه والاقرار باستهلاك ميراث أو وصية له لا يكون ايجابا للجنين ابتداء بل يكون اقرار للمورث والموصى ثم ينتقل إليه بسبب الارث والوصية ان انفصل حيا أما هذا ايجاب الحق للجنين ابتداء وهو ليس باهل لذلك فلهذا بطل اقراره والله أعلم (باب الخيار) (قال رحمه الله رجل أقر لرجل بدين من قرض أو غصب أو ودیعة أو عارية قائمة أو مستهلكة على أنه بالخيار ثلاثة أيام فالأقرار جائز والخيار باطل اما جواز الاقرار فلوجود الصیغة الملزمة بقوله على أو عدى لفلان وأما الخيار فباطل) لان الاقرار باطل ان اختار ولا يليق به الخيار لان الخبر ان كان صادقا فصدق اختياره أولم يختره وان كان كذبا لم يتعين باختياره وعدم اختياره وانما ما يبر يشترط الخيار في العقود بالشرط ليتغير به صفة العقد ويتخير من له بين فسخه وامضائه ولان الخيار في معنى التعليق بالشرط فما دخل عليه وهو حكم العقد والاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط فكذلك لا يحتمل اشتراط الخيار الا أن التعليق يدخل على أصل السبب فمنع كون الكلام اقرارا والخيار يدخل على حكم السبب فإذا لغي بقي حكم الاقرار وهو اللزوم ثانيا وهذا كما ان التعليق بالشرط يمنع وقوع الطلاق واشتراط الخيار لا يمنعه ويستوى ان صدقه صاحبه في الخيار أو كذبه وهذا بخلاف ما إذا أقر بدين من ثمن

[199]

بيع على انه فيه بالخيار ثلاثة أيام فان هناك يثبت الخيار إذا صدقه صاحبه لان سبب الوجوب عقد يقبل الخيار فإذا تصادقا عليه صار ذلك كالمعاين في حقهما وان كذبه صاحبه لم يثبت الخيار لان مقتضى مطلق البيع اللزوم فمن ادعى عدوة معتبرة باشتراط الخيار فيه لا يقبل قوله الا بحجة فاما ما سبب وجوب المال فعلا من فرض أو غصب أو استهلاك وذلك لا يليق به الخيار ولو عاين اشتراط الخيار فيه كان لغوا فلهذا لم يثبت وان تصادقا عليه وان أقر بالدين من كفالة علي شرط مدة معلومة طويلة أو قصيرة فان صدقه المقر له فهو كما قال والخيار ثابت له إلى آخر المدة لان الكفالة عقد يصح اشتراط الخيار فيه فيجعل ما تصادقا عليه كالمعاين في حقهما وفرق أبو حنيفة رحمه الله بين البيع وبين الكفالة فقال في البيع لا يجوز اشتراط الخيار أكثر من ثلاثة أيام وفي الكفالة يجوز ذلك وان طالت المدة لان الكفالة عقد مبين على التوسع (ألا ترى) انه يحتمل التعليق ببعض الاخطار نحو قوله ما ذاب لك عن فلان فهو علي ونحو الكفالة بالدرك فانه تعليق بخطر الاستحقاق فإذا كان هو محتملا للتعليق كان الخيار ملائما له بأصله فيجوز اشتراطه مدة معلومة قصرت أو طالت فأما البيع مبني على العتق حتى لا يحتمل التعليق بالشرط أصلا فلم يكن الخيار ملائما له باعتبار أصله فقلنا لا يجوز اشتراطه الا بقدر ما ورد به الشرع بخلاف القياس وذلك ثلاثة أيام وان كذبه صاحبه بالخيار لزمه المال ولم تصدق على شرط الخيار لان مقتضى عقد الكفالة اللزوم كما هو مقتضى مطلق البيع وهذا بخلاف الاجل فانه إذا ادعى الكفالة بالمال إلى أجل فالقول قوله وان لم يصدقه صاحبه لان الاجل من مقتضيات الكفالة (ألا ترى) أن من كفّل بمال موجد مطلقا يثبت الاجل في حق الكفيل وكذلك الكفالة توجب المال للكفيل على الاصيل إذا كان يأمره كما يوجب للمطالب على الكفيل وما يكون للكفيل على الاصيل مؤجل أن يؤديه عنه فلما كان

الاصل من مقتضيات الكفالة جعل القول فيه قول من يدعيه بخلاف الخيار فانه ليس من مقتضيات الكفالة فلا يقبل قول من يدعيه الا بحجة وقرار الصبي التاجر جائز في جميع تجارته لان الاقرار من صيغ التجار وهو مما لا يستغنى التاجر عنه فانه يتعذر على من يعامله اشهاد الشاهدين عليه كل معاملة فإذا علم ان اقراره له لا يكون صحيحا يتحذر عن المعاملة معه فلهذا جوزنا اقراره وبخلاف اقرار الاب والوصى عليه فانه لا يكون صحيحا لعدم التصور فان الاقرار ما يقر المرء به علي نفسه فأما ما يقر به علي غيره يكون شهادة فمن الاب لا يتحقق الاقرار علي الصبي ويتحقق من الصبي المأذون الاقرار

[200]

علي نفسه ويستوى ان أقر بدين أو عين مما اكتسبه بتجارته أو كان موروثا له عن أبيه لان اقراره فيه باعتبار ملكه والكل في حكم الملك سواء (ألا ترى) ان سائر تصرفاته يجوز فيهما فكذلك اقراره وذكر في المجرد عن أبي حنيفة رحمه الله ان اقراره فيما يرثه من أبيه لا يكون صحيحا لان صحة اقراره فيما اكتسبه بتجارته لوقوع الحاجة إليه وذلك غير موجود فيما ورثه عن أبيه والاصح ما ذكره في الكتاب لان انفكاك الحجر عنه فيما هو من جملة التجارة بالاذن بمنزلة انفكاك الحجر عنه بالبلوغ وقد بينا أن الاقرار من التجارة وكذلك لو أقر الصبي المأذون علي أبيه بدين جاز اقراره لانه في حكم جواز الاقرار فصار انفكاك الحجر عنه بالاذن كأنفكاك الحجر عنه بالبلوغ ولو أقر بدين أبيه بعد البلوغ صح اقراره واستوفى جميع الدين من نصيبه وقرار الصبي التاجر جائز في جميع تجارته لان الاقرار من صيغ التجار وهو مما لا يستغنى التاجر عنه فانه يتعذر على من يعامله اشهاد الشاهدين عليه كل معاملة فإذا علم ان اقراره له لا يكون صحيحا يتحذر عن المعاملة معه فلهذا جوزنا اقراره وبخلاف اقرار الاب والوصى عليه فانه لا يكون صحيحا لعدم التصور فان الاقرار ما يقر المرء به علي نفسه فأما ما يقر به علي غيره يكون شهادة فمن الاب لا يتحقق الاقرار علي الصبي ويتحقق من الصبي المأذون الاقرار

[200]

علي نفسه ويستوى ان أقر بدين أو عين مما اكتسبه بتجارته أو كان موروثا له عن أبيه لان اقراره فيه باعتبار ملكه والكل في حكم الملك سواء (ألا ترى) ان سائر تصرفاته يجوز فيهما فكذلك اقراره وذكر في المجرد عن أبي حنيفة رحمه الله ان اقراره فيما يرثه من أبيه لا يكون صحيحا لان صحة اقراره فيما اكتسبه بتجارته لوقوع الحاجة إليه وذلك غير موجود فيما ورثه عن أبيه والاصح ما ذكره في الكتاب لان انفكاك الحجر عنه فيما هو من جملة التجارة بالاذن بمنزلة انفكاك الحجر عنه بالبلوغ وقد بينا أن الاقرار من التجارة وكذلك لو أقر الصبي المأذون علي أبيه بدين جاز اقراره لانه في حكم جواز الاقرار فصار انفكاك الحجر عنه بالاذن كأنفكاك الحجر عنه بالبلوغ ولو أقر بدين أبيه بعد البلوغ صح اقراره واستوفى جميع الدين من نصيبه ان أنكر

شركاؤه فكذلك إذا أقر به بعد الاذن ولو أقر على نفسه بالمهر وارش
الجنابة ودين الكفالة لم يصح اقراره بشئ من ذلك لان هذه الاسباب ليست
بتجارة وقد نفى الحجر عليه بقيام الصغر فيما ليس بتجارة (ألا ترى) ان أحد
المتفاوضين لو أقر بالمهر وارش الجنابة يؤخذ به شريكه بخلاف ما إذا أقر
بالدين مطلقا فهذا مثله فالكفالة في حق الصبي بمنزلة المهر وارش
الجنابة لانه ينزع ابتداء بخلاف المفاوض علي ما بينا والله أعلم بالصواب
(تم الجزء السابع عشر من كتاب المبسوط) (ويليه الجزء الثامن عشر وأوله
باب الاقرار بالعارية)

مكتبة يعسوب الدين عليه السلام الإلكترونية