فى امة احدهما ادعي انها ملك بالهبة والاخر انه تزوجها ولبس مرادهم
وانما المراد من النكاح المهر كما عبر به فى الكتاب ولذا قال فى المحيط والشرا
اولى من النكاح عند محمد وعند ابي يوسف هما سوا لمحمد ان المهر صلة
من وجه الخ فقد اطلق النكاح واراد المهر ومما يدل على ما ذكرناه ان
العمادي بعد ما ذكر ان النكاح اولى قال ثم ان كانت العين في يد
احدهما يقضى بها بينهما نصفين الا ان يورخا وتاريخ احدهما اسبق
احدهما يقضى لها بينهما نصفين الا ان يورخا وتاريخ احدهما اسبق
يقضى له انتهى فكيف يتوهم عاقل ان الكلام فى المنكوحة بعد قوله يكون بينهما
نصفين وفيما اذا كانت في ايديهما فالحاصل ان الكلام ازال اللبس واوضح كل تخمين وحكم
وحكم بغلط الجامع عفى الله عنه قال وينبغي انهما لو تنازعا فى الامة
ادعى احدهما انه ملكه والاخر انها منكوحة وهما من رجل واحد برهنا
ولا مرجح ان يثبت لعدم المنافاة فتكون ملكا له منكوحة للاخر كما
بحثه الجامع ولجراره صريحا والله اعلم **ورهن مع قبض احق من هبة**
بلا عوض معه اي مع القبض يعني لو ادعى احدهما رهنا مقبوضا والاخر
هبة وقبضا وبرهنا فالرهن اولى وهذا استحسان والقياس ان
الهبة اولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته ووجه الاستحسان ان
المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان
اولى وقيد بالهبة بكونها بلا عوض وهو قيد لازم اخل به صاحب الكنز
والوقاية لانها لو كانت بشرط العوض فهو اولى من الرهن لانها بيع انتهاء
والبيع اولى من الرهن لانه عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن
لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة فكذا الهبة بشرط العوض كذا
فى البحر وقيد بكون العين فى يد ثالث اذ لو كانت فى يد احدهما فانه
اولى الا ان يورخا وتاريخ الخارج اسبق فهو اولى ولو كانت فى ايديهما
يقضى بها بينهما نصفين الا ان يورخا وتاريخ احدهما اسبق فيقضى
له **وان برهن خارجان على ملك مورخ او شرا مورخ من واحد او**
خارج على ملك ذي يد او ذو يد على ملك مورخ اقدم فالسابق احق لانه
اثبت انه اول المالكين فلا يتلقى الملك الا من جهته ولم يتلق الاخر منه
وان برهنا على شرا متفق تاريخهما من اخر او وقت احدهما فقط استويا
لان توقيت احدهما لا يدل على تقدم الملك لجواز ان يكون الاخر اقدم
بخلاف ما اذا كان البائع واحدا لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من
جهته فاذا اثبت احدهما تاريخا يحكم به حتى يتبين انه تقدمه
شرا غيره ثم اعلم ان البينة على الشرا لا تقبل حتى يشهدوا انه اشترا
من فلان وهو يملكها كما فى البحر معزيا الى خزانة الاكمل وفى السراج الوهاج
لا تقبل الشهادة على الشرا من فلان حتى يشهدوا انه باعها منه

وهو

وهو يومئذ يملكها او يشهدوا انها لهذا المدعي اشتراها من فلان بكذا
ونقده الثمن وسلمها اليه لان الانسان قد يبيع ما لا يملك لجواز ان يكون
وكيلا او متعديا فلا يستحق المشتري بذلك فلا بد من ذكر ملك البائع او ما
يدل عليه انتهى وفى البزازية ان كان المبيع فى يد البائع تقبل من غير ذكر
ملك البائع وان كان فى يد غيره والمدعي يدعيه لنفسه ان ذكر المدعي
وشهوده ان البائع يملكها او قالوا سلمها اليه وقال سلمها الي او قال
قبضت وقالوا قبض او قال ملكي اشتريتها منه وهي لي يقبل فان شهدوا
على الشرا والنقد ولم يذكروا القبض ولا التسليم ولا ملك البائع ولا ملك
المشتري لا تقبل الدعوى ولا الشهادة ولو شهدوا باليد للبائع دون
الملك اختلفوا انتهى **فان برهن خارج على الملك وذو اليد على الشرا**
منه او برهنا على سبب ملك لا يتكرر كالنتاج وحلب لبن وجز
صوف فذو اليد احق بيان للمسئلتين تقدم بينة ذي اليد على الخارج
الاولى برهنا على ملك مورخ وسبق تاريخ ذي اليد وهذا عندهما فى رواية
فى رواية عند محمد وعنه عدم قبولها رجع اليه لان البينتين قامتا على
مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك وكان التقدم والتاخر سوا ولهما ان
البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص في
وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون الا بالتلقي من جهته وبينة ذي اليد
على الدفع مقبولة وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار فى ايديهما والمعنى
ما بينا فتقيد بسبق تاريخ ذي اليد لانه لو لم يكن لهما تاريخ او استوى
تاريخهما او ارخت احداهما فقط كان الخارج اولى وكذا لو كان فى ايديهما
فانها تقدم الموقتة على غيرها بخلاف ما اذا كانت فى يد ثالث فانهما
سوا عنده وعند الثاني تقدم الموقتة وعند الثالث المطلقة الثانية
لو اقام كل من الخارج وذي اليد بينة على النتاج فصاحب اليد اولى
لان البينة قامت على ما لا تدل عليه اليد فاستويا وترجحت بينة
ذي اليد باليد فيقضى له وهذا هو الصحيح ودليله من السنة ما روي
جابر بن عبد الله ان رجلا ادعى ناقة فى يد رجل واقام البينة انها
ناقته نتجها واقام الذي فى يده البينة انها ناقته نتجها فقضى بها
رسول الله صلى الله عليه وسلم للذي هي فى يديه وهذا حديث صحيح
مشهور فصارت مسئلة النتاج مخصوصة كذا فى البحر نقلا عن
المحيط والحقوا بالنتاج ما لا يتكرر سببه لكونه فى معناه لانه يدل على
اولية الملك كالنسج فى الثياب التي لا تنسج الا مرة كالثياب القطنية
وغزل القطن وحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزي
وجز الصوف وان كان سببا لا يتكرر لا يكون فى معناه فيقضى به للخارج

Copyright … University