بعد موت احدهما لانهما كان لان يد الحر اقوى لانها يد ملك ولا كذلك يد المملوك واما اذا مات احدهما فلا بد للميت فخلت يد الحي
عن المعارض فكان للحي منهما هكذا ذكر الحكم في الهداية والجامع الصغير للصدر الشهيد وصدر الاسلام وشمس الايمة الحلوابي
وفخر الاسلام وقاضي خان وقال شمس الايمة السرخسي رحمه الله في شرح الجامع الصغير وكذا ان مات احدهما كان المتاع للحر منهما
قال وقع في بعض النسخ للحي منهما وهو سهو وهذا على الخلافية قول ابي حنيفة وقالا العبد الماذون له في التجارة والمكاتب كالحر لان لهما
يدا معتبرة في الخصومات ولهذا لو اختصم الحر والمكاتب في شي وهو في ايديهما يقضي به بينهما لاستوايهما في اليد ولو كان في يد ثالث
واقاما البينة استويا فيه حتى يقضي به بينهما فكذا في متاع البيت وابو حنيفة يقول ان يد المملوك لا تكون مساوية ليد الحر فان يده
بنفسه من كل وجه ويد المملوك يد الغير وهو المولى من وجه ولان يد الحر يد ملك حقيقة ويد المملوك ليست بيد ملك فكانت يد الحر اقوى
فترجحت به في متاع البيت الا ترى انها تترجح بالصلاحية فهذا اولى ان تترجح به بخلاف ساير الخصومات فانها لا تترجح بالصلاحية
فكذا لا تترجح بالحرية لان الظاهر هنا يشهد بالاستعمال فكانت الصلاحية والملك فيه اقوى دلالة عليه فترجحت وبهذا يجاب عن
قول زفر ومن قال بقوله في استدلالهم على التنصيف باختلاف العطار والاسكاف في آلة احدهما فيما تقدم والله اعلم بالصواب

فصل قال **قال المدعا عليه هذا الشي اودعنيه او اجرنيه او اعارنيه فلان الغايب او رهنه
او غصبته منه وبرهن عليه دفعت خصومة المدعي** لانه اثبت ببينته ان العين وصل اليه من جهة الغايب وان يده ليست
يد خصومة فصار كما اذا اقر المدعي بذلك وانه اثبت ذو اليد اقراره به والشرط اثبات هذه الاشياء دون الملك حتى لو شهد والملك
للغايب دون هذه الاشياء لم تندفع الخصومة وبالعكس تندفع وقال ابن شبرمة لا تندفع الخصومة ولو اقام البينة به لانه بظاهر يده
صار خصما ولا يخرج عنه باقامة البينة لان الملك لا يثبت بها للغايب لعدم الخصم عنه ولا ولاية لاحد في ادخال الشي في ملك غيره بغير رضاه
وخروجه من ان يكون خصما في ضمن ثبوت الملك لغيره فلا يثبت المتضمن بدون اصله كالوصية الثابتة في ضمن البيع بالمحاباة تبطل ببطلان
البيع فصار نظير ما لو ادعاها بعد هلاكها او ادعا عليه الفعل كالغصب ونحوه وقال ابن ابي ليلى تندفع الخصومة باقراره للغايب من غير
اقامة البينة لان كلامه اقرار منه بالملك للغايب والاقرار موجب للحق بنفسه لخلوه عن التهمة فالتحق بالبينة فيثبت ما اقر به لمجرد
الاقرار الا ترى ان من اقر بعين لغايب ثم اقر بها الحاضر فرجع الغايب وصدقه يومر بالتسليم اليه وكذا الصحيح لو اقر لغيره بشي في مرض
فصدقه المقر له في مرضه كان اقراره اقرار الصحيح وكذا لو اقر بشي لشخص ثم غاب يقضي عليه به ويوخذ من ماله ولو لم يكن اقراره موجبا
بنفسه لما كان كذلك ولانه لا يخلو اما ان يكون صادقا او كاذبا فان كان صادقا فلا خصومة بينهما وان كان كاذبا فاقراره على نفسه
صحيح فيثبت به ان يده يد حفظ لا يد خصومة قلنا ان بينته اثبتت امرين الملك للغايب وهو ليس بخصم فيه فلا يثبت ودفع الخصومة
عن نفسه وهو خصم فيه فيثبت في حقه كالوكيل بنقل المراة او الامة اذا اقامت بينة على الطلاق او العتاق تقبل في حق قصر يد الوكيل
دون ثبوت الطلاق او العتاق على ما بينا من قبل فصار كان المدعي اقر بذلك او اثبت اقراره به وهذا لان مقصود ذي اليد اثبات يد حافظة
لنفسه لا اثبات الملك للغايب وهو خصم في اثبات يده فتثبت دون الملك للغايب ولا يمكن دفعها لمجرد اقراره لان الخصومة توجهت
عليه بظاهر يده ولهذا يجبر بالحضور ويوخذ منه الكفيل فلا يقدر على دفعها الا بحجة كما اذا ادعا احالة غريمه على غيره ولان دفعها بلا بينة
يودي الى اتوا الحقوق لان احدا لا يعجز عنه وقوله وخروجه من ان يكون خصما في ضمن ثبوت الملك لغيره الى اخره قلنا ثبوت الملك
متوقف على قبوله فيتوقف بموجبه واندفاع الخصومة منها فيتوقف عليه حتى اذا صدقه تبين ان ملكه كان ثابتا من وقت الاقرار
وان يده كانت حافظة لا يد خصومة ولهذا يومر بالتسليم الى المقر له اذا حضر ويعتبر حاله من الصحة والمرض في تلك الحالة ويسلم القاضي
القريب الى المقر له اذا غاب المقر بعد اقراره عنده بخلاف ما اذا ادعى العين بعد هلاكها عنده حيث لا تندفع الخصومة عنه وان اقام بينة على
انها كانت وديعة عنده بالاتفاق لان المدعي بعد هلاك العين يدعي عليه القيمة وهي في ذمته الا ترى ان القاضي يقضي بها على مودع الغاصب
فلا يتبين ان ذمته كانت لغيره وفي العين يتبين وبخلاف ما اذا ادعا الفعل عليه كالغصب وغيره لان ذا اليد صار خصما للمدعي
باعتبار دعوى الفعل عليه فلا تندفع الخصومة باقامة البينة ان العين لغيره الا ترى ان دعوى الفعل تجوز على غير ذي اليد فلا تندفع
بالتحويل ودعوى الملك لا تجوز فتندفع بالتحويل لانه صار خصما له باعتبار يده فاذا اثبت بالبينة ان يده حافظة وليست يد خصومة
اندفعت الخصومة عنه وقال ابو يوسف اخرا ان كان المدعا عليه صالحا فالجواب كما ذكرنا وان كان معروفا بالحيل والاحتيال لا تندفع عنه

الخصومة

هذه مخمسة كتاب الدعوى

الخصومة وان اقام بينة ان العين للغايب لان المحتال من الناس ياخذ مال غيره غصبا ويدفعه سرا الى غريب يريد ان يغيب من البلدة
ويواعده ان يرده اليه على رؤس الاشهاد ليمكنه الاشهاد على ان هذا الشي اودعه غيره عنده ما يدعيه صاحبه فيضيع بذلك ماله
فيجب على القاضي ان ينظر في احوال الناس ويعمل بمقتضى حالهم الى هذا القول بعد ما ولي القضا وابتلي بامور الناس وليس الخبر كالعيان
وهذا كله فيما اذا قال الشهود نعرف صاحب المال وهو المودع او المعير باسمه ونسبه ووجهه لان المدعي يمكنه ان يتبعه وان
قالوا لا نعرفه بشي من ذلك لا يقبل القاضي شهادتهم ولا تندفع الخصومة عن ذي اليد بالاجماع لانهم ما احالوا المدعي على رجل معروف
يمكن مخاصمته ولعل المدعي هو ذلك الرجل ولو انه قبلت لبطل حقه ولانه لو كان المدعي هو المودع لا تبطل وان كان غيره تبطل فلا تبطل بالشك
والاحتمال دفعا للضرر عنه ولو قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه لا تندفع الخصومة عند محمد لانها توجهت عليه باليد
فلا تندفع عنه الا اذا احاله على معروف يمكن الوصول اليه كيلا يتضرر المدعي والمعرفة بوجهه فقط لا يكون معرفة الا ترى الى قوله
عليه السلام لرجل اتعرف فلانا فقال نعم فقال هل تعرف اسمه ونسبه فقال لا فقال اذا لا تعرفه وكذا الوحلف لا يعرف فلانا وهو
لا يعرفه الا بوجهه لا يحنث فاذا لم يكن معروفا الا بوجهه عند الشهود لا يتمكن المدعي من اتباعه فيتضرر باندفاعها عنه وعند
ابي حنيفة تندفع الخصومة عنه لان ذا اليد اثبت ببينته ان العين اخذها من غير المدعي وان يده يد حفظ اذ الشهود يعرفون
المودع بوجهه ويقولون انه غير هذا المدعي ومقصود ذي اليد اثبات يد حافظة وان العين ليست لهذا الحاضر وهذه البينة
كافية لهذا المقصود وحصول الضرر للمدعي بعدم التمكن من اتباعه مضاف الى نفسه حيث نسي خصمه او الى شهوده حيث لم يعبروا
له خصمه فاضر وابه ونحن نسلم انه بمثله لا يثبت التعريف ولكن ليس تعريف خصمه على ذي اليد وانما عليه ان يثبت انه ليس بخصم له
وان يده يد حفظ وذلك يحصل بمثله ولا يحتاج فيه الى معرفته من كل وجه وينبغي ان يكون محلي قول ابي يوسف على التفصيل الذي
ذكرنا وتسمى هذه المسلة مخمسة كتاب الدعوى لان فيها خمس صور من دعوى الوديعة والعارية وغيرهما او فيها اختلاف خمسة
من الايمة وقد بيناه بحمد الله تعالى قال **وان قال ابتعته من الغايب او قال المدعي غصبته او سرق مني وقال ذو اليد
اودعنيه فلان وبرهن عليه لا** اي لا تندفع الخصومة في هذه الصور وان اقام المدعا عليه بينة انه اودعه فلان لان ذا اليد في
المسلة الاولى بدعواه الشرا من الغايب صار معترفا بان يده يد ملك فيكون معترفا بانه خصم وفي المسلة الثانية ان المدعي
لما قال لصاحب اليد غصبته مني صار ذو اليد خصما باعتبار دعوى الفعل عليه وانه لا يمكنه الخروج عنها بالاحالة على غيره لان
اليد في الخصومة فيها ليس بشرط حتى يصح دعواه على غير ذي اليد ولا تندفع الخصومة بانتقاء يده حقيقة بخلاف دعوى الملك
المطلق وقد ذكرناه من قبل ولو اقام الخارج البينة فقضي له به ثم جا المقر له الغايب واقام بينة على ذلك تقبل بينته لان
الغايب لم يصر مقضيا عليه وانما قضي على ذي اليد خاصة وفي الثالثة قول المدعي سرق مني يكون دعوى للفعل عليه في المعنى
استحسانا وانما جعله بالبنا للمفعول لاجل الستر عليه كيلا تقطع يده فصار كانه قال له سرقته مني وقال محمد رحمه الله تندفع
الخصومة عنه وهو القياس لانه لم يدع عليه الفعل فصار كما لو قال غصب مني على البنا للمفعول ووجه الاستحسان ما بيناه وهذا
بخلاف مسلة الغصب لانه لم يدع عليه الفعل وليس فيه ما يوجب العدول عنه اذ الحد لا يجب على فاعله فلا يحترز عن كشفه
ولو ادعا انه اشتراها من ذي اليد وقبضها ونقد الثمن واقام ذو اليد البينة ان فلانا اودعها اياه اندفعت الخصومة وان ادعا
على ذي اليد فعلا لان المدعا عقد ما استوفي احكامه فصار كالعدم فكان كدعوى ملك مطلق حتى لو لم يشهد واعلى قبضه لم تندفع
قال **وان قال المدعي ابتعته من فلان وقال ذو اليد اودعنيه فلان ذلك سقطت الخصومة** لانهما تقاربا على ان اصل
الملك لغير المدعي فيكون وصوله الى يده من جهة غير المدعي ضرورة فلم يكن ذو اليد خصما ولا للمدعي اخذه من يده الا ان يقيم البينة
ان فلانا وكله بقبضه فياخذه لكونه احق بالحفظ ولو صدقه ذو اليد في شرايه منه لا يامره القاضي بالتسليم اليه حتى لا يكون قضا
على الغايب باقراره وهي عجيبة ولو قال ذو اليد اودعنيه وكيل فلان ذلك لا تندفع الخصومة الا ببينة لان وصول الدار الى يد ذي
اليد لم يثبت من جهة من اشترى هو منه لانكار ذي اليد ولا من جهة وكيله لانكار المدعي وكذا لو اثبت بالبينة انه دفعها الى الوكيل
ولم يشهد وان الوكيل دفعها الى ذي اليد بخلاف المسلة الاولى وهي مسلة الكتاب لان وصول العين اليه من جهة الغايب ثبت
بتصادقهما باقرار ذي اليد نصا وباقرار المدعي ضرورة لان الشرا منه لا يصح ما لم يكن المبيع في يده والظاهر انه وصل اليه من جهته ولو قال

Copyright © King Saud University