حكم تعارض الدعوتين لا غير .

فصل : و أما حكم تعارض الدعوتين لا غير أما حكمه في النسب فقد مر ذكره في أثناء مسائل النسب و أما حكمه في الملك فالكلام فيه في موضعين أحدهما : في حكم تعارض الدعوتين في أصل الملك و الثاني : في قدر الملك أما الأول فسبيل تعارض الدعوتين في أصل الملك ما هو سبيل تعارض البينتين فيه من طلب الترجيح و العمل بالراجح عند الإمكان و عند تعذر العمل بهما يقدر الإمكان تصحيحا للدعوتين بالقدر الممكن .

و بيان ذلك في مسائل : رجلان ادعيا دابة أحدهما راكبها و الآخر عليه متعلق بلجامها فهي للراكب لأنه مستعمل للدابة فكانت في يده و كذلك إذا كانت لأحدهما عليه حمل و للآخر عليه كور معلق أو مخلاة ملعقة فصاحب الحمل أولى لما قلنا و لو كانا جميعا راكبين لكن أحدهما في السرج و الآخر رديفة فهي لهما في ظاهر الرواية .

و روي عن أبي يوسف C أنها لراكب السرج لقوة يده وجه ظاهر الرواية : أنهما جميعا استويا في أصل الاستعمال فكانت الدابة في أيديهما فكانت لهما و لو كانا جميعا راكبين في السرج فهي لهما إجماعا لا ستوائهما في الاستعمال و لو ادعيا عبدا صغيرا لا يعبر عن نفسه و هو في أيديهما فهو بينهما لأنه إذا كان لا يعبر عن نفسه كان بمنزلة العروض و البهائم فتبقى اليد عليه ألا ترى أنه لو ادعى صبيا صغيرا مجهول النسب في يده أنه عبده ثم كبر الصبي فادعى الحرية فالقول قول صاحب اليد و لا تسمع دعوى الحرية إلا ببينة ـ لأنه كان في يده و قت الدعوة فلا تزول يده عنه إلا بدليل .

و بمثله لو ادعى غلاما كبيرا أنه عبده و قال الغلام : أنا حر فالقول قول الغلام لأنه ادعاه في حال هو في يد نفسه فكان القول قوله و لو ادعيا عبدا كبيرا فقال العبد : أنا عبد لأحدهما فهو بينهما و لا يصدق العبد في ذلك و كذا إذا كان العبد في يد رجل فأقر أنه لرجل آخر فالقول قول صاحب اليد و لا يصدق العبد في إقراره أنه لغيره لأن إقراره بالرق إقرار بسقوط يده عن نفسه فكان في يد صاحب اليد فلا يسمع قوله أنه لغيره لأن العبد لا قول له و لو قال : كنت عبد فلان فأعتقني و أنا حر فكذلك عند أبي حنيفة و محمد رحمهم ا و روى عن أبي يوسف : أن القول قول العبد و يحكم بحريته لأن العبد متمسك بالأصل إذ الحرية أصل في بني آدم فكان الظاهر شاهدا له فالصحيح جواب ظاهر الرواية لأنه لما أقر أنه كان عبدا فقد أقر بزوال حكم الأصل و ثبوت العارض و هو الرق منه فصار الرق فيه هو الأصل فكان الظاهر شاهدا له .

و لو ادعيا ثوابا و أحدهما لابسه و الآخر متعلق بذيله فاللأبس أولى لأنه مستعمل للثوب و لو ادعيا بساطا و أحدهما جالس عليه و الآخر متعلق به فهو بينهما و لا يكون الجالس بجلوسه و النوم عليه أولى لا ستوائهما في اليد عليه و لو ادعيا دارا و أحدهما ساكن فيها فهي للساكن و كذلك لو كان أحدهما أحدث فيها شيئا من بناء أو حفر فهي لصاحب البناء و الحفر لأن سكنى الدار و إحداث البناء و الحفر تصرف في الدار فكانت في يده و لو لم يكن شيء من ذلك و لكن أحدهما داخل فيها و الآخر خارج منها بينهما .

و كذا إذا كانا جميعا فيها لأن اليد على العقار لا تثبت بالكون فيه و إنما تثبت بالتصرف فيه و لو وجد خياط يخيط ثوبا في دار إنسان فاختلفا في الثوب فالقول لصاحب الدار لأن الثوب و إن كان في يد الخياط صورة فهو في يد صاحب الدار معنى لأن الخياط و ما في يده في داره و الدار في يده فما فيها يكون في يده .

حمال خرج من دار رجل و على عاتقه متاع فإن كان ذلك الحامل يعرف ببيع ذلك و حمله فهو له لأن الظاهر شاهد له و إن كان لا يعرف بذلك فهو لصاحب الدار لأن شاهد له .

و كذلك حمال عليه كارة و هو في دار بزاز اختلفا في الكارة فإن كانت الكارة مما يحمل فيها فالقول قول الحمال لأن الظاهر شاهد له و إن كانت مما لا يحمل فيها فالقول قول صاحب الدار لأن الظاهر شاهد له .

رجل اصطاد طائرا في دار رجل فاختلفا فيه فإن اتفقا على أنه على أصل الإباحة لم يستول عليه قط فهو للصائد سواء اصطاده من الهواء أو من الشجر أو الحائط لأنه الآخذ دون صاحب الدار إذ الصيد لا يصير مأخوذا بكونه حائط أو شجرة و قد قال E : [الصيد لمن أخذه] و إن اختلفا فقال صاحب الدار : اصطدته قبلك أو ورثته و أنكر الصائد فإنه ينظر إن أخذه من الهواء فهو له لأنه الآخذ إذ لا يد لأحد على الهواء و إن أخذه من جداره أو شجره فهو لصاحب الدار لأن الجدار و الشجر في يده و كذلك إن اختلفا في أخذه من الهواء أو من الجدار فالقول قول صاحب الدار لأن الأصل أن ما في دار إنسان يكون في يده هكذا روي عن أبي يوسف مسألة للصيد على هذا الفصل .

و لو ادعيا و أحدهما ساكن فيها فهي للساكن فيها و كذا لو كان أحدث فيها شيئا من بناء أو حفر فهي لصاحب البناء و الحفر لأن سكنى الدار و أحدث البناء و الحفر تصرف في الدار فكانت في يده و لو لم يكن شيء من ذلك و لكن أحدهما داخل فيها و الآخر خارج منها فهي بينهما و كذا لو كانا جميعا فيها لأن اليد على العقار لا يثبت بالكون فيها و إنما تثبت بالتصرف فيها و لم يوجد .

و لو ادعيا حائطا من دارين و لأحدهما عليه جذوع فهو له لأنه مستعمل للحائط و لو كان لكل واحد منهما جذوع فإن كانت ثلاثة أو أكثر فهي بينهما نصفان سواء استوت جذوع كل واحد

منهما أو كانت لأحدهما أكثر بعد أن كان لكل واحد منهما ثلاثة جذوع لأنهما استويا استعمال الحائط فاستويا في ثبوت اليد عليه .

و لو أراد صاحب البيت أن يتبرع على الآخر بما زاد على الثلاثة ليس له ذلك لكن يقال له : زد أنت أيضا إلى تمام عدد خشب صاحبك إن أطلق الحائط حملها و إلا فليس لك الزيادة و لا النزع و لو كان لأحدهما ثلاثة جذوع و للآخر جذع أو جذعان فالقياس أن يكون الحائط بينهما نصفين و في الاستحسان لا يكون .

و جه قياس : أن زيادة الاستعمال بكثرة الجذوع زيادة من جنس الحجة و الزيادة من جنس الحجة لا يقع بها الترجيح ألا ترى أنه لو كان لأحدهما ثلاثة و للآخر أربعة كان الحائط بينهما نصفين و إن كان استعمال أحدهما أكثر دل أن المعتبر أصل الاستعمال لا قدرة و قد استويا فيه .

و وجه الاستحسان : أن يقال نعم لكن أصل الاستعمال لا يحصل بما دون الثلاثة لأن الجدار لا يبنى له عادة و إنما يبنى لأكثر من ذلك إلا أن الأكثر مما لانهاية له و الثلاثة أقل الجمع الصحيح فقيد به فكان ما وراء موضع الجذوع لصاحب الكثير .

و أما موضع الجذع الواحد فكذلك على رواية كتاب الإقرار و إنما لصاحب القليل حق و وضع الجذع لا أصل الملك و على رواية كتاب الدعوى له موضع الجذع من الحائط و ما ورءاه لصاحب الكثير .

و جه هذه الرواية : أن صاحب القليل مستعمل لذلك القدر حقيقة فكان ذلك القدر في يده فيملكه .

وجه رواية الإقرار : ما مر أن الاستعمال لا يحصل بالجذع و الجذعين لأن الحائط لا يبنى له عادة فلم يكن شيء من الحائط في يده فكان كله في يد صاحب الكثير إلا أنه ليس له دفع الجذوع و إن كان موضع الجذع مملوكا له لجواز أن يكون أصل الحائط مملوكا لإنسان و لآخر عليه حق الوضع بخلاف ما لو أقام البينة أن الحائط له لأن له أن يدفع لأن البينة حجة مطلقة فإذا أقامها تبين أن الوضع من الأصل كان بغير حق ولاية الدفع و ليس له ذلك حال عدم البينة لأنا إنما جعلنا الحائط له لظاهر اليد و الظاهر يصلح للتقرير لا للتغيير فهو الفرق .

و لو كان الحائط متصلا ببناء إحدى الدارين اتصال التزاق و ارتباط فهو لصاحب الاتصال لأنه كالمتعلق به و لو كان لأحدهما اتصال التزاق و الآخر جذوع فصاحب الجذوع أولى لأنه مستعمل للحائط و لا استعمال من صاحب الاتصال و لو كان لأحدهما اتصال التزاق و ارتباط والآخر اتصال تربيع فصاحب التربيع أولى لأن اتصال التربيع أقوى من اتصال الالتزاق و لو كان لأحدهما اتصال تربيع و للآخر جذوع فالحائط لصاحب التربيع و لصاحب الجذوع حق و ضع الجذوع لكن

الكلام في صورة التربيع فنقول : ذكر الطحاوي C أن التربيع هو أن يكون أنصاف ألبان الحائط مداخلة إحدى الدارين يبنى كذلك كالأزج و الطاقات فكان بمعنى النتاج فكان صاحب الاتصال أولى .

و ذكر الكرخي C أن تفسير التربيع أن يكون طرفا هذا الحائط المدعي مداخلين حائط إحدى الدارين و هذا التفسير منقول عن أبي يوسف C فيصير الحاصل أن المداخلة إذا كانت من جانبي الحائط كان صاحب الاتصال أولى بلا خلاف و إن كانت من جانب واحد فعلى قول الطحاوي C صاحب الاتصال أولى و على قول الكرخي C صاحب الجذوع أولى .

وجه قول الطحاوي ما ذكرنا أن ذلك بمعنى النتاج حيث حدث من بنائه كذلك فكان هو أولى و جه قول الكرخي : أن المداخلة من الجانبين توجب الاتحاد و جعل الكل بناء واحد فسقط حكم الاستعمال لضرورة الاتحاد فملك البعض يوجب ملك الكل ضرورة إلا أنه لا يجبر على الرفع بل يترك على حاله لأن ذلك ليس من ضرورات ملك الأصل بل يحتمل الانفصال عنه في الجملة ألا ترى أن السقف الذي هو بين بيت العلو و بين بيت السفل هو ملك صاحب السفل و لصاحب العلو عليه حق القرار حتى لو أراد صاحب السفل رفع السقف منع منه شرعا كذا هذا جاز أن يكون الملك لصاحب الاتصال و لصاحب الجذوع حق و ضع الجذع عليه بخلاف ما إذا أقام البينة أنه يجبر على الرفع و قد تقدم وجه الفرق بينهما .

ثم فرع أبو يوسف على ما روي عنه من تفسير التربيع أنه إذا اشترى دارا و لرجل آخر دار يجنب تلك الدار و بينهما حائط و أقام الرجل البينة أنه له فأراد المشتري أن يرجع على البائع بحصته من الثمن إن كان متصلا ببناء حائط المدعي ليس له أن يرجع على البائع لأنه إذا كان متصلا ببنائه لم يتناول البيع فلم يكن مبيعا فلا يكون للمشتري حق الرجوع و إن لم يكن متصلا ببناء المدعي و هو متصل ببناء الدار المبيعة فللمشتري أن يرجع على البائع بحصة الحائط من الثمن لأنه إذا كان متصلا بحائط الدار المبيعة تناوله البيع فكان مبيعا فيثبت الرجوع عند الاستحقاق و إن كان متصلا بحائط الدار المبيعة و للآخر عليه جذوع لا يرجع و هذا يؤيد رواية الكرخي أن صاحب الجذوع أولى من صاحب الاتصال إذا كان من جانب واحد .

و لو كان اتصال تربيع و استحق المشتري الرجوع على البائع لا تنزع الجذوع بل تترك على حالها لما ذكرنا و لو كان لأحدهما عليه سترة أو بناء و صاحبه مقر بأن السترة و البناء له فالحائط لصاحب السترة لأنه مستعمل الحائط بالسترة فكان في يده و لم يكن عليه سترة و لكن لأحدهما عليه مرادي هو القصب الموضوع على رأس الجدار فهو بينهما و لا يستحق بالمرادي و البوادي شيئا لأن وضع المرادي على الحائط ليس بأمر مقصود لأن الحائط لا يبنى له فكان ملحقا بالعدم فلا يتعلق به الاستحقاق .

و لو كان وجه الحائط إلى أحدهما و ظهره إلى الآخر و كان أنصاف اللبن أو الطاقات إلى

أحدهما فلا حكم لشيء من ذلك عند أبي حنيفة C و الحائط بينهما و عندهما الحائط لمن إليه وجه البناء و أنصاف اللبن و الطاقات و هذا إذا جعل الوجه وقت البناء حين ما بنى فأما إذا جعل بعد البناء بالنقش و التطين فلا عبرة بذلك إجماعا .

و على هذا الخلاف إذا ادعيا بابا مغلقا على حائط بين دارين و الغلق إلى أحدهما فالباب لهما عنده و عندهما لأن إليه الغلق .

و لو كان للباب غلقان من الجانبين فهو لهما إجماعا و على هذا الخلاف خص بين دارين أو بين كرمين و القمط إلى أحدهما فالخص بينهما عند أبي حنيفة C و لا ينظر إلى القمط و عندهما الخص لمن إليه القمط .

وجه قولهما : في هذه المسائل : اعتبار العرف و العادة فإن الناس في العادات يجعلون وجه البناء و أنصاف اللبن و الطاقات و الغلق و القمط إلى صاحب الدار فيدل على أنه بناؤه فكان في يده .

و لأبي حنيفة C : أن هذا دليل اليد في الماضي لا وقت الدعوة و اليد في الماضي لا تدل على اليد وقت الدعوة و الحاجة في إثبات اليد وقت الدعوة ثم في كل موضع قضى بالملك لأحدهما لكون المدعي في يده تجب عليه اليمين لصاحبه إذا طلب فإن حلف برىء و إن نكل يقضى عليه بالنكول و على هذا إذا اختلفا في المرور في دار و لأحدهما باب من داره إلى تلك الدار فلصاحب الدار منع صاحب الباب عن المرور فيها حتى يقيم البينة إن له في داره طريقا و لا يستحق صاحب الباب بالباب شيئا لأن فتح الباب إلى دار غيره قد يكون بحق لازم و قد يكون بغير حق أصلا و قد يكون بحق لازم و هو الإباحة فلا يصلح دليلا على حق المرور في الدار مع الاحتمال .

و كذا لو شهد الشهود أن صاحب الدار كان يمر فيها لم يستحق بهذه الشهادة شيئا لاحتمال أن مروره فيها كان غصبا أو إباحة و لئن دلت على أنه كان لحق المرور و لكن في الزمان الماضي لأن الشهادة قامت عليه فلا يثبت بها الحق للحال و لو شهدوا أن له فيها طريقا فإن حدوا الطريق فسموا طوله و عرضه قبلت شهادتهم و كذلك إذا لم يحدوه كذا ذكر في الكتاب .

و من أصحابنا رحمهم ا من حمل المسألة على ما إذا شهدوا على إقرار صاحب الدار بالطريق لأن المشهود به مجهول و جهالة المشهود به تمنع صحة الشهادة أما جهالة المقر به فلا تمنع صحة الإقرار و منهم من أجرى جواب الكتاب على إطلاقه لأن الطريق طوله معلوم و عرضه مقدار عرض الباب في متعارف الناس و عاداتهم فكانت هذه شهادة بمعلوم فتقبل و كذلك لو شهدوا أن أباه مات و ترك طريقا في هذه الدار فهو على ما ذكرنا .

و على هذا إذا كان لرجل ميزاب في دار رجل فاختلفا في مسيل الماء فلصاحب الدار أن يمنعه عن التسييل حتى يقيم البينة أن له في هذه الدار مسيل ماء و لا يستحق صاحب الميزاب

بنفس الميزاب شيئا لما ذكرنا و ذكر الفقية أبو الليث C أن الميزاب إذا كان قديما فله حق التسييل و ذكر محمد في كتاب الشرب في نهر في أرض رجل يسيل فيه الماء فاختلفا في ذلك فالقول قول صاحب الماء لأنه إذا كان يسيل فيه الماء كان النهر مشغولا بالماء فكان النهر مستعملا به فكان في يده بخلاف الميزاب فإن موضع المسألة فيما إذا لم يكن في الميزاب ماء عند الاختلاف حتى لو كان فيه ماء كان حكمه حكم النهر و ا سبحانه و تعالى أعلم .

و لو شهدوا أنهم رأوا الماء يسيل في الميزاب فليست هذه الشهادة بشيء لأن التسييل قد يكون بغير حق و كذا الشهادة ما قامت بحق كائن على ما مر و لو شهدوا أن له حقا في الدار من حيث التسييل فإن بينوا أنه لماء المطر فهو لماء المطر و إن بينوا أنه مسيل ماء دائم للغسل و الوضوء فهو كذلك و إن لم يبينوا تقبل شهادتهم أيضا و يكون القول قول صاحب الدار مع يمينه أنه للغسل و الوضوء أو ماء المطر لأن أصل الحق ثبت بشهادة الشهود و بقيت الصفة مجهولة فيتبين ببيان صاحب الدار لكن مع اليمين و إن لم يكن للمدعي بينة أصلا بستحلف صاحب الدار على ذلك فإن حلف برىء و إن نكل يقضى بالنكول كما في باب في الأموال و على هذا يخرج اختلاف الزوجين في متاع البيت و لا بينة لأحدهما على ما ذكرنا في كتاب النكاح و ا تعالى أعلم