

شرح الزركشي على مختصر الخرقى

@ 427 @ .

ش : إذا كانت الدابة أو العين في أيديهما فتداعياها ، وأقام كل واحد منهما بينة بدعواه ، فإن البينتين تتعارضان ، وإذاً هل يتساقطان وهو قول الخرقى ، واختيار كثير من الأصحاب ، أو يستعملان ؟ على روايتين ، ولعل مبناهما إذا تعارض الدليلان ، هل يتوقف المجتهد أو يتخير في العمل بأحدهما ؟ فيه خلاف وإذا قلنا : باستعمالها فهل ذلك بقسمة لتساويهما في البينة ، أو بقرعة ، [لأنها تبين المستحق ؟ على روايتين ، فعلى رواية القرعة من خرجت له حلف أنها له ، لجواز خطأ القرعة] ، أما على رواية القسمة فلا يمين ، لأننا أعملنا البينة ، فلو أوجبنا اليمين لجمعنا بين البينة واليمين وإنه ممنوع أما على رواية التساقط التي هي المشهورة فإنهما يصيران كمن لا بينة لهما ، وإذاً تقسم العين بينهما ، لتساويهما في اليد ، ويجب لكل واحد منهما اليمين على صاحبه فيما حكم له به كما قال الخرقى ، فاليمين تارة تجب بلا نزاع ، وتارة لا تجب بلا نزاع ، وفي المغني : واختلفت الرواية هل يحلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به وهو الذي ذكره الخرقى أو لا يحلف وهي أصح ؟ على روايتين ، وظاهر هذا أن في اليمين روايتين ، سواء قلنا باستعمال البينتين أو بإلغائهما . .

وقول الخرقى : أنها نتجت في ملكه ، ينبه به على أن ذلك ليس بمرجح لإحدى البينتين على الأخرى وقد تقدم ذلك وأن في الترجيح بذلك ، وكذلك في الترجيح بالسبق روايتين ، ومختار القاضى وجماعة من أصحابه الترجيح بذلك ، عكس ظاهر كلام الخرقى ، وإذا قيل بالترجيح بالسبب فهل يكتفى بمطلق السبب ، أو لا بد من إفادته للسبق ؟ على روايتين . .

3877 واعلم أنه قد ورد في الباب حديث عن أبي موسى ، أن رجلين ادعيا بغيراً على عهد رسول اللّاه ، فبعث كل واحد منهما بشاهدين ، فقسمة النبي بينهما نصفين . روا أبو داود ، وهذا يستدل به على إلغاء البينتين ، وقسمة العين بينهما ، وعلى إعمالهما بالقسمة وهو أرجح ، لعدم ذكر اليمين فيه ، ومن ثم رجح أبو محمد عدم وجوب اليمين . .

(تنبيه) قد تقدم لنا رواية بالقرعة ، فيحتمل أنها بين البينتين ، وهو ظاهر ما في روايتي القاضى ، ويحتمل أنها بين المتداعيين وهو الذي حكاه عنه الشريف فقال : وعنه يقرع بينهما ، إلا أن شيخنا كان يقول : يقرع بين المتداعين لا بين البينتين ، واللفظ محتمل ، واللّاه أعلم . .

قال : ولو كانت الدابة في يد غيرهما ، واعترف أنه لا يملكها ، وأنها

