أقول هذا يشمل العقار فالتقييد لا يفيد وهكذا قال صدر الشريعة .

وفي القهستاني ويزيد أيضا في العقار عند بعض المشايخ كما في قاضيخان وهو المختار عند كثير من أهل الشروح ومثله في الخزانة .

قوله (ولا تثبت يده) أي يد المدعى عليه بتصادقهما لأن اليد فيه غير مشاهدة ولعله في يد غيرهما تواضعا فيه ليكون لهما ذريعة إلى أخذه بحكم الحاكم .

عيني .

وسيشير إليه الشارح لكن اعترض على تعليل العيني بأنه لا يشمل ما لا يمكن حضوره إلى مجلس الحكم كصبرة بر ورحى كبيرة ونحو ذلك فينبغي أن يلحق بالعقار لمشابهتها له .

أقول هذا الاعتراض في غاية السقوط لما سبق وسيجيء أن ما تعذر نقله من المنقول يحضره القاضي أو يبعث أمينا أو نائبه فيسمع ويقضي ثم يمضي القاضي ففي صورة الحضور مشاهد أيضا وفي صورة بعث القاضي كالمشاهد ولذلك أمضى قضاءه بخلاف العقار فإن كونه في يد المدعى عليه قد لا يشاهده القاضي وإن حضر عنده ولذلك صرحوا بأن ثبوت يده عليه بالبينة لا غير .

أقول وهذا مما يقع كثيرا ويغفل عنه كثير من قضاة زماننا حيث يكتب في الصكوك فأقر بوضع يده على العقار المذكور فلا بد أن يقول المدعي إنه واضع يده على العقار ويشهد له شاهدان ولذا نظم سيدي الوالد رحمه ا تعالى ذلك بقوله واليد لا يثبت في العقار مع التصادق فلا تماري بل يلزم البرهان إن لم يدع عليه غصبا أو شراء مدعي قوله (بل لا بد من بينة) أي من المدعي تشهد أنهم عاينوه في يده أي لصحة القضاء بالملك ولا يشترط ذلك لصحة الدعوى .

قال في الخانية قال أبو بكر لا تقبل بينة المدعي على الملك ما لم يقم البينة أنها في يد ذي اليد ومثله في القهستاني بأوضح بيان .

ثم قال وإذا شهدوا أنه في يده يسألهم القاضي أنهم شهدوا عن سماع أو معاينة لأنهم ربما سمعوا إقراره أنه في يده وهذا لا يختص به فإنهم لو شهدوا على البيع مثلا يسألهم عن ذلك لأنها شهادة بالملك للبائع والملك لا يثبت بالإقرار .

قوله (أو علم قاض) هذا بناء على أن القاضي يقضي بعلمه وكثيرا ما يذكرونه في المسائل والمفتى به أنه لا يقضي بعلمه فعليه لا بد من البينة .

قوله (لاحتمال تزويرهما) هو الصحيح اعترضه صدر الشريعة بأن تهمة المواضعة ثابتة مع إقامة البينة أيضا فإن الدار مثلا إذا كانت أمانة في يد المدعى عليه فتواضعا على أن لا يقر بالأمانة فيقيم البينة على اليد ثم إنها ملكه فيقضى عليه .

وأجيب بأن تهمة المواضعة في صورة الإقرار ظاهرة وقريبة بل أكثر وفي صورة إقامة البينة خفية وبعيدة بل نادرة وأبعد لأن مبنى ذلك على مواضعة الخصمين وشاهدي زور وارتكاب ضرر فإن المدعى عليه إذا حكم عليه وأخرجت من يده يتضرر فتدبر .

وعند البعض يكفي تصديق المدعى عليه أنها في يده ولا يحتاج إلى إقامة البينة لأنه إن كان في يده وأقر بذلك فالمدعي يأخذ منه إن ثبت ملكيته بالبينة أو بإقرار ذي اليد أو نكوله وإن لم يكن في يده لا يكون للمدعي ولاية الأخذ من ذي اليد لأن البينة قامت على غير خصم فالضرر لا يلحق إلا بذي اليد على أن التزوير يوجد لو كانت في يده أمانة ولم يذكر إلا مجرد أنها في يده كما علمت .

قوله (لمعاينة يده) قدمنا قريبا الاعتراض على هذا التعليل وإن الاعتراض الذكور في غاية السقوط فلا تنسه .

قوله (ثم هذا) أي عدم ثبوت اليد بالتصادق .