

حاشية الدسوقي على الشرح الكبير

المتنازع فيه المجهول أصله إما أن يكون بيد أحد المتنازعين أو بيد غيرهما فإن كان بيد أحدهما فإنه يبقى بيد حائزه بلا يمين سواء قام لكل منهما بينة واستوتا أو لم تقم لواحد بينة وهو معنى الترجيح باليد وقيدنا بمجهول الأصل لأن الحوز لا ينفع مع علم المالك الأصلي كما مر بل يقسم بين حائزه والمدعي غيره وإن كان بيد غيرهما فحاصل ما ذكره الشارح وغيره في ذلك ثمان صور لأن من هو بيده تارة يدعيه لنفسه وتارة يقربه لأحدهما وتارة لغيرهما وتارة لا يدعيه لأحد وفي الأربع تارة يقوم لكل من المتنازعين بينة تسقط البينتان بعدم الترجيح وتارة لا تقوم لواحد منهما بينة فهذه ثمان صور ففي صور البينة إذا ادعاه لنفسه وسقطت البينتان حلف وبقي بيده كما في المتن أعني قوله وإن تعذر ترجيح سقطتا وبقي بيد حائزه وهو قول المدونة وقيل ينزع منه ويقسم بين المتنازعين وإن أقر به لأحدهما فهو للمقر له بيمينه كما في المتن أعني قوله أو لمن يقر له وهو مذهب المدونة أيضا وقيل إقراره لغو ويقسم بين المتنازعين وإن أقر به لغيرهما أو قال لا أدري هو لمن لم يلتفت إليه ويقسم بينهما ويدخلان في قول المصنف وقسم على الدعوى وفي صور عدم البينة إن ادعاه لنفسه حلف وبقي بيده وإن أقر به لأحدهما أو لغيرهما أخذه المقر له بلا يمين لقوة الإقرار هنا وضعفه مع البينة فلذا حلف المقر له مع البينة ولم يحلف هنا وإن سكت أو قال لا أدري قسم على الدعوى ^{هـ} بن قوله وقسم على الدعوى حاصله أن الشيء المتنازع فيه إذا لم يكن بيد أحد المتنازعين بأن كان بيدهما معا أو بيد غيرهما ولم يقر به لأحدهما ولا ادعاه لنفسه والحال أنه لا مرجح لبينة أحدهما أو كان ليس بيد حائز أصلا فإنه يقسم بين المتداعيين على قدر الدعوى لكن بعد الاستيناء كثيرا إن كان المتنازع فيه مثل الدور والأرضين وقليلًا إن كان مثل الحيوان والرقيق والعروض والطعام لعل أن يأتي أحدهما بأثبت مما أتى به صاحبه فيقضي له به ^{هـ} بن قوله بعد يمين كل أي بعد يمين كل واحد منهما أنه له ولم يذكر من الذي يبدأ منهما باليمين ابن عرفة أظهر تبدئة من ادعى عليه أولا منهما قوله لا بالسوية أي بأن يقسم نصفين كما يقول أشهب وسحنون وقوله كالعول أي لا على التسليم والمنازعة كما يقول ابن القاسم واعلم أن هذا الخلاف محله إذا كان المتنازع فيه بأيديهما وأما قسم ما ليس بأيديهما فعلى قدر الدعوى اتفاقا والحاصل أن المتنازع فيه إذا لم يكن في أيديهما فإنه يقسم بينهما بعد أيما منهما على قدر الدعوى اتفاقا وإن كان في أيديهما فقليل يقسم على الدعاوي وهو قول مالك وابن القاسم وعبد الملك وأكثر أصحاب الإمام وهو المشهور وقيل يقسم بينهما بالسوية لتساويهما فيه في الحيازة وهو قول أشهب وسحنون وعلى

الأول وهو ما إذا قسم على الدعاوي فقال الأكثرون يعال في القسم كالفرائض وقال ابن القاسم وابن الماجشون لا يعال في القسم بل يقسم على التسليم والمنازعة بحيث يختص مدعي الأكثر بالزائد فقول المصنف وقسم على الدعوى رد لقول أشهب بالقسم بالسوية وقوله كالعول رد لقول ابن القاسم يقسم على الدعاوي لكن لا كالعول بل على التسليم والمنازعة فيختص مدعي الأكثر بالزائد قوله قسمت على الثلث والثلثين كيفية العمل أن يزداد على الكل النصف ونسبة النصف للكل مع الزيادة ثلث فالمسألة من ثلاثة يعطي لمدعي الكل اثنان ولمدعي النصف واحد ولو قسم على التسليم والمنازعة لكان لمدعي النصف الربع لأنه سلم لمدعي الكل النصف فيأخذه والمنازعة بينهما في النصف الآخر فيقسم بينهما وعلى كلام أشهب يأخذ كل واحد منهما النصف قوله فالمسألة من ستة أي مخرج السدس لدخول مخرج النصف فيه وقوله وتعول لعشرة أي لأنه يزداد على الستة نصفها وسدسها فيعطي لمدعي الكل ستة ولمدعي النصف ثلاثة ولمدعي السدس واحد ولو قسم على التسليم والمنازعة أخذ مدعي الكل ثلاثة أرباعها إلا نصف سدس وأخذ مدعي