@ 372 @ والظاهر أنه ذو اليد إلا أنه لم يعينه درء للحد عنه فصار كأنه قال له سرقته مني بخلاف الغصب فإنه لا حد فيه فلو قضى عليه ثم حضر الغائب فأقام البينة تقبل لأنه لم يصر مقضيا عليه وإنما قضى على ذي اليد فقط .

وفي التنوير قال في غير مجلس الحكم أنه ملكي ثم قال في مجلسه أنه وديعة عندي من فلان تندفع من البرهان على ما ذكر ولو برهن المدعي على مقالته الأولى يجعله خصما ويحكم عليه لسبق إقراره ويمنع من الدفع .

ولو قال المدعي ابتعته من زيد وقال ذو اليد أودعنيه هو أي زيد اندفعت الخصومة بلا حجة لأنهما اعترفا على أن الملك في الأصل لغيرهما فيكون وصوله إلى صاحب اليد من جهة زيد البائع فلا تكون يده يد خصومة إلا إذا برهن المدعي أن زيدا وكله بقبضه فحينئذ لا تندفع وتصح دعواه لأنه أثبت بينة كونه أحق بإمساكها ولو صدقه ذو اليد في شرائه منه لا يأمره القاضي بالتسليم إليه حتى لا يكون قضاء على الغائب بإقراره وهي عجيبة .

وفي البحر قيد بتلقي اليد من الغائب للاحتراز عما إذا قال ذو اليد أودعنيه وكيل فلان ذلك لم تندفع إلا بينة لأنه لم يثبت تلقي اليد ممن اشترى هو منه لإنكار ذي اليد ولا من جهة وكيله لإنكار المدعي وكذا لو أثبت بالبينة أنه دفعها إلى الوكيل ولم يشهدوا أن الموكل دفعها إلى ذي اليد وتقييده بدعوى الشراء من الغائب اتفاقي ففي البزازية ادعى أنه له غصبه منه فلان الغائب وبرهن عليه وزعم ذو اليد أن هذا الغائب أودعه عنده اندفعت الخصومة لاتفاقهما على وصول العين من غيره وإن صاحب اليد ذلك الرجل بخلاف ما لو كان مكان دعوى الغصب دعوى السرقة فإنه لا تندفع بزعم ذي اليد إيداع ذلك الغائب في الاستحسان انتهى .

باب دعوى الرجلين لما فرغ من بيان دعوى الواحد ذكر دعوى ما زاد عليه والواحد قبل ما زاد لا تعتبر بينة ذي اليد في الملك المطلق وهو أن يقول في دعواه أن هذا ملكي ولم يبين سبب ملكه وبينة