28

ولو كان للمدعي بينة لم يقل الحاكم احضرها لان الحق له وقيل يجوز وهو حسن ٥٥ القول بان الحاكم لا يقول للمدعي احضر بينتك للشيخ في المبسوط فقال لا يقول الحاكم احضر بينتك بل يقول له ان شئت احضرها ولا يقول له احضرها لانه امر والحق له فلا يؤمر باستيفائه بل اليه المشية وتبعه في القاضي في المهذب وابن ادريس وقال في النهاية يجوز ان يقول له احضرها واختاره الاكثر وابن ابن نما المصـ لان الامر هنا ليس للوجوب والالزام بل مجرد اذن واعلام خصوصا اذا لم يعرف ان المدعي يعلم ذلك فيكون ارشاده اليه مندوبا اليه **قوله** ومع حضورها لا يسألها الحاكم ما لم يلتمس المدعي ومع الاقامة بالشهادة لا يحكم الا بمسألة المدعي ايضا لان الحق في جميع ذلك فلا يتبرع به الا باذنه **قوله** ولا يستحلف المدعي مع البينة الا ان تكون الشهادة على ميت فيستحلف على بقاء الحق في ذمته استظهارا ولو شهدت على صبي او مجنون او غايب ففي ضم اليمين الى البينة تردد

على بقاء الحق في ذمته استظهارا ولو شهدت على صبي او مجنون او غايب ففي ضم اليمين الى البينة تردد انشيه اذا لا يمين ٥٥ الاصل في المدعي ان لا يحلف اليمين خصوصا اذا اقام البينة للتفصيل القاطع للاشتراك في الحديث المشهور ولكن تخلف عنه الحكم بدليل من خارج في صورة الدعوى على ميت فيحلف اليمين على خلاف وبقي الكلام فيما اذا اقام بينة ... فان كانت عليه اجماعا ومع نكول المنكر عن اليمين على خلاف ورواية محمد بن مسلم قال سالت ابا جعفر عليه السلام دعواه على مكلف حاضر فلا يمين عليه اجماعا ورواية ابي العباس عن ابي عبد الله عن الرجل يقيم البينة على حقه هل عليه ان يستحلف قال لا ورواية ابي العباس ... عليه السلام قال اذا اقام الرجل البينة على حقه فليس عليه يمين ولكن ورد في الرواية المتضمنة لوصية علي عليه السلام لشريح فرد عليه السلام ورد اليمين على المدعي مع بينته فان ذلك اجلى للعمى واثبت للقضاء وقد تقدم ان الرواية ضعيفة السند فان الراوي لها سلمة ابن كهيل وهو ضعيف وربما حملت على ما اذا ادعى المشهود عليه الوفاء او الابراء او التمس منه احلافه على بقاء الاستحقاق فانه يجاب اليه لانقلاب المنكر مدعيا وهذا الحكم لا اشكال فيه الا ان اطلاق الوصية يبعد عنه فان ظاهرها كون ذلك على وجه الاستظهار وكيف كان فالاتفاق على ترك العمل بها على الاطلاق وان كانت الدعوى على ميت فالمشهور بين الاصحاب لا يظهر فيه مخالف ان المدعي يستحلف مع بينته على بقاء الحق في ذمة الميت والاصل فيه رواية عبد الرحمن بن ابي عبد الله قال قلت للشيخ يعني عن الرجل يدعي قبل الرجل الحق فلا يكون له البينة بما له قال فيمين المدعي عليه فان حلف فلا حق له وان لم يحلف فعليه وان كان المطلوب بالحق قد مات فاقيمت عليه البينة فعلى المدعي اليمين بالله الذي لا اله الا هو لقد مات فلان وان حقه لعليه فان حلف والا فلا حق له لانا لا ندري لعله قد وفاه ببينة لا نعلم موضعها او بغير بينة قبل الموت فمن ثم صارت عليه اليمين مع البينة فان ادعى ولا بينة فلا حق له لان المدعي عليه ليس بحي ولو كان حيا لالزم اليمين او الحق او يرد اليمين عليه فمن ثم لم يثبت له عليه حق وهذه الرواية مع اشتهارها بين الاصحاب وتلقيها بالقبول معللة فكانت مخصصة للروايتين السالفتين وان كان في طريقها محمد بن عيسى العبيدي وهو ضعيف على الاصح لان تعليل يقوي جانبها مع ان في طريقها ... ولا سيما الخبر ولا نص على توثيقه بل ولا على قدحه وعلى تقدير نفي العمل

بها نظرا الى جبر ضعفها بالشهرة او للاتفاق عليها ففي تعدي حكمها الى غير ما دلت عليه مما ساواه في المعنى كالدعوى على الغايب والطفل والمجنون قولان اشهرهما عند المصـ رحمه الله العدم وقوفا فيما خالف الاصل على موضع النص والوفاق وذهب الاكثر الى تعدي الحكم الى من ذكر لمشاركتهم الميت في العلة المومى اليها في النص وهو انه ليس للمدعي عليه لسان يجيب به فيكون من باب منصوص العلة او من باب اتحاد طريق المسألتين لا من باب القياس الممنوع ولان الحكم في الاموال مبني على الاحتياط التام وهو يحصل بانضمام اليمين ومن ثم ذهب الاكثر من خالفنا الى ذلك من غير استناد الى نص فتكون ارباب النص اولى بالحكم وفيه نظر لان العلة الظاهرة في الخبر على تقدير تسليمه كون المدعي عليه ليس بحي وهذه العلة منتفية عن المذكورين وايضا فان مورد النص وهو الميت اقوى من الملحق به لان جوابه قد انتفى مطلقا ويئس منه في دار الدنيا والصبي والمجنون والغايب لهم لسان يرتقب جوابه وهم باقون على حجتهم واليمين حق للمدعي فلا يتولاه غيره ولو حمل الرواية على انحصار تحليف المدعي لا وجوبه فان لم ينعقد الاجماع على خلافه امكن للتساهل في دليل الاستحباب بخلاف الايجاب فانه مع ما عرفت ما فيه لا يقاوم ما دل على عدم اليمين على المدعي مع بينته **واعلم** انه مع العمل بمضمون الخبر يجب الاقتصار على ما دل عليه من كون الحلف على المدعي مع دعواه الدين على الميت كما يدل عليه قوله وان حقه لعليه وانا لا ندري لعله وفاه فلو كانت الدعوى عينا في يده بعارية او غصب دفعت اليه مع البينة من غير يمين ولو لم توجد في التركة وحكم بضمانها للمالك ففي الحاقها بالدين نظرا الى انتقالها الى الذمة او بالعين نظرا الى اصلها وجهان اجودهما الثاني ولو اقر له قبل الموت بمدة لا يمكن الاستيفاء فيها عادة ففي وجوب ضم اليمين الى البينة وجهان من اطلاق النص الشامل له ومن قيام الاحتمال وهو ابراؤه منه وقبضه من ماله ولو بعد الموت ومن البناء على الاصل والظاهر من بقاء الحق وهو اقوى **قوله** ويدفع الحاكم من مال الغايب قدر الحق بعد تكفيل القابض بالمال ٥٥ اي بعد اقامة المدعي كفيلا له بالمال الذي دفع اليه من مال الغايب وانما اعتبر المصـ رحمه الله الكفيل لانه لم يوجب عليه اليمين مع البينة فجعل الكفيل عوضا عنه لاحتمال براءة الغايب من الحق على وجه لا تعلمه البينة ومن اوجب عليه اليمين لم يعتبر الكفيل الا على تقدير تعذر اليمين كما لو كان المدعي على الغايب وكيلا للمستحق فانه لا يتجه احلافه فيستظهر بالكفيل ولا مستند في الكفالة واليمين احتياط واستظهار لا ان ثبوتهما يحتاج الى دليل **قوله** ولو ذكر المدعي ان له بينة غايبة خيره الحاكم بين الصبر واحلاف الغريم وليس له ملازمته ولا مطالبته بكفيل ٥٥ اما تخييره بين الامرين فلان الحق له فان شاء عجل فاحلف الغريم لعدم البينة وان شاء اخره واما المنع من ملازمته ومطالبته بالكفيل فلانها عقوبة لم يثبت موجبها ولاصالة البراءة من ذلك وهو مذهب الشيخ في الخلاف والمبسوط وابن الجنيد والمتاخرين وللشيخ قول اخر في النهاية اي بجواز الزامه بتكفيله حقا

Copyright © King Saud University