لان الظاهر مار شاهدا للمدعي بنكوله فيعتبر يمينه كالمدعى عليه لما كان الظاهر شاهدا له اعتبر يمينه وقال ايضا اذا اقام
المدعي شاهدا واحدا وعجز عن الاخر حلف المدعي ويقضى له لما روي انه عليه السلام قضى بشاهد ويمين ويروى انه عليه السلام
قضى باليمين مع الشاهد ولنا ما روينا وما رواه ضعيف رده يحيى بن معين فلا يعارض ما رويناه ولانه يرويه ربيعة عن سهيل
ابن ابي صالح وانكره سهيل فلا يبقى حجة بعدما انكره الراوي فضلا ان يكون معارضا للمشاهير ولانه يحتمل ان يكون معناه قضى
تارة بشاهد يعني بجنسه وتارة بيمين فلا دلالة فيه على الجمع بينهما وهذا كما يقال ركب زيد الفرس والبغل والمراد على
التعاقب ولئن سلم انه يقتضي الجمع فليس فيه دلالة على انه يمين المدعي بل يجوز ان يكون المراد به يمين المدعا عليه ونحن نقول
به لان الشاهد الواحد لا يعتبر فوجوده كعدمه فيرجع الى يمين المنكر عملا بالمشاهير قال ولا بينة لذي اليد في
الملك المطلق وبينة الخارج احق اي لا تقبل بينة ذي اليد في الملك المطلق وان اقاما بينة فبينة الخارج اولى وقال الشافعي
بينة ذي اليد اولى من بينة الخارج لتاكدها باليد فصار كما اذا اقاما البينة على النتاج او على نكاح امراة والمراة في يد احدهما
فانه يكون اولى ولو ادعيا امة وادعا كل واحد منهما انها امته دبرها او اعتقها او استولدها واقاما بينة كان بينة صاحب اليد
اولى ولنا ان البينات شرعت للاثبات لانها وان كانت في الحقيقة مبينة مظهرة لكنها احدثت حكم الاثبات لما انا لا نعلم ثابتا به اذ الا
الاحكام تثبت باسبابها فصارت كالعلل الشرعية فانها امارات في حق الشارع وفي حقنا لها حكم الاثبات ولهذا وجب الضمان
على الشهود عند الرجوع لان الحكم يحال الى شهادتهم اعتبارا فاذا كان كذلك كان بينة الخارج اكثر اثباتا لانه ببينته يستحق على
ذي اليد الملك الثابت بظاهر يده وذو اليد لا يستحق على الخارج ببينته شيئا لانه لا ملك للخارج قبل القضاء بوجه ما وقدر ما
اثبتته بينة صاحب اليد كان ثابتا بظاهر يده الا ترى ان من راى شيئا في يد انسان جاز له ان يشهد بانه له واذا نازعه احد
في الملك بغير بينة دفع القاضي عنه ولم تثبت بينته شيئا لم يكن واما بينة الخارج فانها اثبتت شيئا لم يكن ثابتا له فكانت
اولى اذ البينات للاثبات بخلاف مسئلة النتاج لان بينة صاحب اليد فيه متضمنة لدفع بينة الخارج لانها تقوم
على اولية الملك واولية الملك لا تثبت الا لاحدهما فاذا قدرنا ثبوتها لصاحب اليد كانت بينته متضمنة دفع بينة الخارج
فوجد التعارض بين البينتين فترجحت بينة صاحب اليد باليد وفي الملك المطلق لم يوجد التعارض لان بينة الخارج لم تثبت
الملك قبل القضاء حتى تعارضها بينة ذي اليد بالدفع والترجيح انما يكون عند التعارض ويتصور فيه ايضا ان يثبت الملك لهما
اي في الملك المطلق
على التعاقب فلم يكن في بينته ما يدفع بينة الخارج فلا تقبل وبخلاف التدبير والاعتاق والاستيلاد لان اليد لا تدل على هذه
الاشياء فكان كل واحد من البينتين مثبتا فتعارضتا فترجح بينة صاحب اليد باليد وبخلاف دعوى النكاح لانها دعوى سبب الملك
ايضا فصارت كالنتاج في جميع ما ذكرنا وكلامنا في دعوى الملك المطلق لا في الملك بسبب لان بينة ذي اليد اولى بالاتفاق اذا كان
سببا لا يتكرر في الملك على ما يجيء بيانه في موضعه ولا يقال انهما لو لم يذكرا سبب الملك بان ادعا كل واحد منهما انها امراته ولم يذكر
السبب كان الحكم كذلك فبطل ما ذكرتم لانا نقول السبب فيه متعين اذ لا طريق لهذا الملك الا به فيكون دعوى الملك فيه
دعوى السبب الا ترى انهما لو اختلفا في ولاء شخص واقاما البينة كانت بينة ذي اليد اولى لتعين سببه وهو العتق في
ملكه وكذلك ما نحن فيه ولان الخارج هو المدعي والبينة بينة المدعي بالنص على ما بينا وجعل من الاستغراق فلا تقبل بينة ذي اليد
ما لم يكن مدعيا بدعوى السبب قال ويقضي له ان نكل مرة بلا احلف او سكت اي قضى للمدعي ان نكل المدعا عليه مرة صريحا
بقوله لا احلف او دلالة بسكوته ويجوز ان تكون اللام في قوله ويقضى له بمعنى على اي قضى على المدعا عليه واللام تاتي بمعنى على
قال الله تعالى ان احسنتم احسنتم لانفسكم وان اساتم فلها اي فعليها وقال الشافعي لا يقضى بنكوله بل ترد اليمين على
المدعي اذا نكل المدعا عليه فان حلف يقضى له بالمال وان نكل انقطعت المنازعة بينهما لما روي عن علي رضي الله عنه انه
حلف المدعي بعد نكول المدعا عليه ولان اليمين انما وجبت في الابتداء على المنكر لكون الظاهر يشهد له فاذا نكل هو كان الظاهر
شاهدا للمدعي فيحلف ولان النكول يحتمل يحتمل ان يكون لاجل اشتباه الحال او لاجل التورع عن اليمين الكاذبة او لاجل الترفع عن
الصادقة كما فعل عثمان رضي الله عنه فانه نكل عن اليمين وقال اخاف ان يوافقه قضاء فيقال ان عثمان حلف كاذبا فلا يكون حجة مع
الاحتمال فلا يقضى به ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم وروي عن علي ايضا انه وافق اجماعهم فانه روي عن شريح ان المنكر طلب

منه رد اليمين على المدعي فقال ليس لك اليه سبيل وقضى بالنكول بين يدي علي رضي الله عنه فقال له علي قالون ومعناها بالرومية
اصبت وروي عن عمر رضي الله عنه ان امراة ادعت عنده على زوجها انه قال لها حبلك على غاربك فحلف عمر الزوج بالله ما اردت
طلاقا فنكل فقضى عليه بالفرقة وكذا روي عن ابن عباس رضي الله عنهما وهو مذهب ابي موسى الاشعري ولان النكول دل على كونه باذلا
او مقرا اذ لولا ذلك لا قدم على اليمين اداء للواجب ودفعا للضرر عن نفسه فترجحت هذه الجهة على غيرها من الترفع والتورع
والاشتباه لان الظاهر انه ياتي بالواجب فلا يترفع عن الصادقة والظاهر من حال المسلم انه لا يكذب فلا يكون نكوله تورعا عن
الكاذبة ظاهرا باعتبار حاله ولو كان لاشتباه الحال لاستمهل حتى ينكشف له الحال فتعين ان يكون لاجل البذل ولا وجه لرد اليمين
على المدعي لما روينا من ان اليمين على المنكر قال وعرض اليمين ثلثا ندبا اي عرض القاضي اليمين على المدعا عليه ثلث مرات
وهو مستحب يقول له في كل مرة اني اعرض عليك اليمين فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه اعلاما اعلاما له بالحكم لانه موضع
خفاء لاختلاف العلماء فيه فان الشافعي لا يراه فاذا كرر عليه الانذار والعرض ولم يحلف حكم عليه اذا علم انه لا افة به من طرش وخرس
وعن ابي يوسف ومحمد ان التكرار حتم حتى لو قضى القاضي بالنكول مرة لا ينفذ والصحيح انه ينفذ والعرض ثلثا مستحب وهو نظير امهال
المرتد ثلثة ايام فانه مستحب فكذا هذا مبالغة في الانذار ولا بد ان يكون النكول في مجلس القاضي لان المعتبر يمين قاطع للخصومة ولا
معتبر باليمين عند غيره في حق الخصومة فلا يعتبر وهل يشترط القضاء على فور النكول فيه اختلاف ثم اذا حلف المدعا عليه فالمدعي
على دعواه ولا يبطل حقه بيمينه الا انه ليس له ان يخاصمه ما لم يقم البينة على وفق دعواه فان وجد بينة اقامها عليه ويقضي
له بها وبعض القضاة من السلف كانوا لا يسمعون البينة بعد الحلف ويقولون يترجح جانب صدقه باليمين فلا تقبل بينة المدعي
بعد ذلك كما يترجح جانب صدق المدعي بالبينة حتى لا تعتبر يمين المنكر معها وهذا القول مهجور غير ماخوذ به وليس بشيء اصلا لان عمر
رضي الله عنه قبل البينة من المدعي بعد يمين المنكر وكان شريح رحمه الله يقول اليمين الفاجرة احق ان ترد من البينة العادلة وهل يظهر كذب
المنكر باقامة البينة والصواب انه لا يظهر كذبه حتى لا يعاقب عقوبة شاهد الزور ولا يحنث في يمينه ان كان لفلان على فلان الف فادعا
عليه فانكر فحلف ثم اقام المدعي البينة ان له عليه الفا وقيل عند ابي يوسف يظهر كذبه وعند محمد لا يظهر وفي النهاية لو اصطلحا على ان
المدعي لو حلف فالمدعا عليه ضامن للمال وحلف فالصلح باطل ولا شيء على المدعا عليه قال ولا يستحلف في نكاح ورجعة وفيء له
واستيلاد ورق ونسب وولاء وحد ولعان قال القاضي الامام فخر الدين رحمه الله الفتوى على انه يستحلف المنكر في الاشياء
الستة يعني في هذه الاشياء التي عدها سوى الحد واللعان وهو قولهما والاول قول ابي حنيفة لهما ان هذه حقوق تثبت مع
الشبهات فيجري فيها الاستحلاف كالاموال بخلاف الحدود واللعان وهذا لان فائدة الحلف ظهور الحق بالنكول والنكول اقرار
لان اليمين واجب فتركه دليل على انه باذل او مقر ولا يمكن ان يجعل باذلا لانه يجوز ممن لا يجوز البذل منه كالمكاتب والعبد الماذون
له في التجارة وكذا يجوز في الدين ولا يجوز بذله ويجب على القاضي ان يقضي بالنكول ويصح ايجابه في الذمة ابتداء ولو كان بذلا لما صح
ولا وجب وكذا يجب القصاص به فيما دون النفس ويصح في الشائع فيما يقسم ولو كان بذلا لما صح ولا وجب فتعين ان يكون مقرا
والاقرار يجري في هذه الاشياء لكنه اقرار فيه شبهة البذل فلا يثبت به ما يسقط بالشبهات كالحدود واللعان الا ترى انها لا تثبت
بالشهادة على الشهادة ولا بكتاب القاضي الى القاضي ولا بشهادة النساء مع الرجال لما فيها من الشبهات وهذا لان نكوله بذل
على انه كاذب في الانكار ولولا ذلك لما نكل لان اليمين الصادقة فيها الثواب بذكر الله تعالى على وجه التعظيم وصيانة ماله وعرضه
يدفع تهمة الكذب عن نفسه والعاقل يميل الى مثل هذه واليمين الكاذبة فيها هلاك النفس فالظاهر انه اعرض عنها مخافة الهلاك
ومخالفة لهواه وشح نفسه وايثارا للرجوع الى الحق اذ هو اولى من التمادي على الباطل قال الله تعالى ومن يوق شح نفسه فاولئك
هم المفلحون فيكون اقرارا ضرورة ولابي حنيفة رحمه الله انه بذل واباحة وهذه الحقوق لا يجري فيها البذل والاباحة فلا يقضى بها بالنكول
كالقصاص في النفس وكالحدود واللعان وفي حمله على البذل صيانة عرضه عن الكذب فكان اولى ولهذا لا يجوز الا في مجلس القاضي
وقضائه ولو كان اقرارا لجاز مطلقا بدون القضاء وكذا لو كفل رجل لرجل بما يقر له به فلان فادعا المكفول له على فلان دينا فاستحلفه
فنكل لا يجب على الكفيل شيء ولو كان اقرارا لوجب عليه وكذا لو اشترى نصف عبد ثم اشترى نصفه الباقي فوجد به عيبا فخاصمه
في النصف الاول فاستحلفه فنكل فقضي عليه بالرد ثم اراد ان يرد النصف الاخر يحتاج الى خصومة واستحلاف جديد اذا انكر

Created with PDFsharp 1.2.1269-g (www.pdfsharp.com)