ولوكان اقرارا لما استحلف ثانيا بل كان يلزمه كله بالنكول الاول ولانسلم ان اليمين واجبة مع البذل ولانسلم ان اليمين ثم له
واجبة مع البذل فلايكون تاركا للواجب به وهذا لان اليمين يجب عليه اذا طلب تحليفه لتنقطع به الخصومة ومع البذل
لاخصومة ولاطلب فلا يجب وانما جاز من المكاتب والعبد والصبي الماذون لهما لان فيه ضرورة فيدخل تحت الاذن في التجارة كما
تدخل الضيافة اليسيرة والهدية اليسيرة للضرورة اذ لابد للتجار من ذلك وانما جاز في الدين بناء على دعوى المدعي ومعنى البذل
ترك المنع وترك المنع جائز في المال لان امر المال هين بخلاف الاشيا السبعة وانما وجب على القاضي ان يقضي بالنكول بحكم
الشرع لما ان المدعي كان له الشي المدعا ظاهرا وابطله المنكر بالنزاع والشرع ابطل نزاعه الى اليمين فاذا امتنع اليمين عاد الاصل
حكم الشرع وانما صح اجابته في الذمة ابتدا بناء على زعم المدعي انه محق وان معنى البذل ترك المنع ولان كان بدلا حقيقة فالمال
يجب فيه في الذمة ابتدا كالكفالة والحوالة وانما وجب القصاص به فيما دون النفس لان ما دون النفس يسلك به مسلك الاموال
فيجوز بذله اذا كان مفيدا الا ترى انه يجوز له قطع يده المستاكلة للفايدة فكذا يجوز بذله لدفع اليمين عن نفسه واي فايدة له
اعظم منه ولهذا انكل عثمان رضي الله عنه عن الصادقة على ما بينا فهذا هو الجواب عن قولهما في اليمين صيانة ماله وعرضه الى اخره
وانما يجوز في مشاع يحتمل القسمة لانه ليس ببذل صريحا وانما صار بذلا في المعنى على معنى انه ترك منع وان المدعي ياخذه
محقا فلا يمتنع بالشيوع ثم الدعوى في هذه المسايل تتصور من احد الخصمين ايهما كان الا الحد واللعان والاستيلاد فانه لا
يتصور ان يكون المدعي فيها الا المقذوف والمولي واختار فخر الاسلام علي البزدوي قولهما الفتوى على ما ذكره في المختصر
واختيار المتاخرين من مشايخنا على ان القاضي ينظر في حال المدعا عليه فان راه متعنتا يحلفه اخذا بقولهما وان راه مظلوما
لا يحلفه اخذا بقول ابي حنيفة وهو نظير ما اختاره شمس الايمة في التوكيل بالخصومة بغير رضا الخصم ان راي من الخصم التعنت
وقصد الاضرار بالاخر قبل بغير رضاه والا فلا وذكر الصدر الشهيد رحمه الله ان الحدود لا يستحلف فيها بالاجماع الا اذا تضمن
حقا بان علق عتق عبده بالزنا وقال ان زنيت فانت حر فادعا العبد انه قد زنى ولا بينة له عليه يستحلف المولى حتى اذا نكل ثبت
العتق دون الزنا ثم اذا لم يحلف المنكر في النسب عنده هل يقبل بينة المدعي ينظر فان كان نسبا يثبت بالاقرار تقبل بينته وذلك
مثل الولد والوالدين وان لم يثبت باقراره لا يقبل بينته مثل الجد وولد الولد والاعمام والاخوة واولادهم لان فيه حمل النسب
على الغير بخلاف دعوى المولى الاعلى او الاسفل حيث تقبل وان ادعا انه معتق جده ونحو ذلك والفرق بينهما ان النسب لا يثبت
بغير الا بواسطة فيكون فيه تحميلا على الواسطة اما الولا فلا يثبت بواسطة بل يجعل في الحكم كانه هو المعتق ولهذا لا يرث النساء
الولا ولو كان بواسطة لثبت لهن وكذا يكون الولا للكبر ولو كان بطريق الارث لما كان له كما في المال وكذا لو اعتق عبدا ثم مات
المولى عن ابنين ثم مات الابنان احدهما عن ابن واحد والاخر عن عشرة ثم مات المعتق فان ماله يقسم بينهم على احد عشر سهما يجعل
كانهم اعتقوه ولو كان بطريق الارث لكان للابن الواحد النصف وللعشرة النصف نصيب ابيهم وعندهما يثبت بالنكول اذا
كان نسبا يثبت باقراره والا فلا قال ويستحلف السارق فان نكل ضمن ولم يقطع لان موجب فعله شيان الضمان وهو
يجب مع الشبهة فيجب بالنكول والقطع وهو لا يجب مع الشبهة فلا يجب بالنكول فصار نظير ما اذا ثبتت السرقة بشهادة
رجل وامراتين او بالشهادة على الشهادة او بكتاب القاضي الى القاضي فان ضمان المال يجب بها دون القطع ثم يقول في
الاستحلاف بالله ماله عليك هذا المال وعن محمد ان القاضي يقول للمدعي ماذا تريد فان قال اريد القطع قال له ان الحدود
لا يستحلف فيها فليس لك يمينه فان قال اريد المال قال له دع دعوى السرقة وادع المال قال والزوج اذا ادعت المراة
طلاقا قبل الوطي فان نكل ضمن نصف المهر اي يستحلف الزوج اذا ادعت المراة ذلك وهذا بالاجماع لان الاستحلاف يجري في المال
بالاتفاق لا سيما اذا كان المقصود هو المال وكذا في النكاح اذا ادعت الصداق او النفقة لانه دعوى المال ثم يثبت المال
بنكوله ولا يثبت النكاح وكذا يستحلف في النسب اذا ادعا حقا كالارث والحجر والنفقة والعتق بسبب الملك وامتناع الرجوع
في الهبة فان حلف ثبت الحق ولا يثبت النسب ان كان نسبا لا يصح الاقرار به وان كان يصح الاقرار به فعلى الخلاف الذي ذكرنا له
قال وجاحد القود فان نكل في النفس حبس حتى يقر او يحلف وفيما دونه يقتص اي يستحلف جاحد القصاص
فان نكل في النفس يحبس حتى يحلف او يقر ولا يقتص منه وفيما دون النفس يقتص منه وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يجب عليه

الاعلى المعتق والاسفل المعتق

الارش

الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما لان في امتناعه عن اليمين احتمالا لا يحتمل لاجل الترفع على ما بينا فلا يجب
به العقوبة كالحدود فاذا امتنع وجوب القصاص يجب عليه الارش بخلاف ما اذا اقام على ذلك رجلا وامراتين حيث
لا يقضي فيه بشي وكذا بالشهادة على الشهادة فيه لا يقضي بشي لان القصاص سقط فيه لمعنى من جهة من له فلا يجب شي
وفي النكول لمعنى من جهة من عليه فيصار الى الارش ونظيره اذا اقر بالقتل خطا والولي يدعي العمد يجب الدية وبالعكس
لا يجب شي بخلاف الضمان في السرقة حيث يجب بشهادة رجل وامراتين وامثاله كما يجب بالنكول لان المال فيه اصل ثم
يتعدى الى الحد فاذا اقتصر بقي الاصل على حاله وهنا الاصل القصاص ثم يتعدى الى المال اذا وجد شرطه ولابي حنيفة
ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال حتى ابيح قطعها للحاجة ولا يجب على القاطع الضمان اذا قطعها بامره بخلاف
النفس فانه لو قتله بامره يجب عليه القصاص في رواية والدية في اخرى فاذا سلك بها مسلك الاموال يجري فيها
البذل كالاموال الا انه لا يجوز قطعها بلا فايدة وهذا البذل مفيد لدفع الخصومة فصار كقطع اليد للاكلة وقلع السن
للوجع واذا امتنع القصاص في النفس واليمين حق مستحق عليه يحبس فيه كما في القسامة قال ولو قال المدعي
لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يستحلف ومحمد مع ابي حنيفة في رواية ومع ابي يوسف
في اخرى وهذا الخلاف فيما اذا كانت حاضرة في المصر وان كانت خارج المصر يحلف بالاجماع وان كانت في مجلس الحكم لا يحلف بالاجماع
لابي يوسف رحمه الله ان اليمين حقه بالحديث الذي روينا وله غرض صحيح في الاستحلاف وهو ان يدفع به مونة المسافة ويتوسل
الى حقه في الحال باقراره او نكوله دون البينة احتمالا لعلها لا تقبل فيجيبه اذا طلبه كما اذا كانت خارج المصر ولابي حنيفة رحمه الله
ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة على ما روينا فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس
بخلاف ما اذا كانت خارج المصر لانه قد يتعذر عليه الجمع بين خصمه وشهوده فيكون عاجزا ولان في استحلافه مع حضور الشهود
هتك المسلم اذا اقام البينة بعد ما حلف فيجب ان ينتفي قال وقيل لخصمه اعطه كفيلا بنفسك ثلاثة ايام كيلا
يضيع حقه بتغيبه نفسه وفيه نظر للمدعي وليس فيه كثير ضرر بالمدعا عليه لان الحضور واجب عليه اذا طلبه لما تلونا حتى
يعدى عليه ويشخص الى القاضي ويحال بينه وبين اشغاله فيصح التكفيل باحضاره بمجرد الدعوى كاستحلافه بمجرد الدعوى
ويجب ان يكون الكفيل ثقة معروفا بين الناس لا يتوهم اختفاؤه حتى يحصل به فايدة التكفيل وهذا استحسان والقياس
ان لا يلزم التكفيل لان الحق لم يجب عليه بعد بخلاف ما بعد اقامة البينة والتقدير بثلاثة ايام مروي عن ابي حنيفة وهو الصحيح
وعن ابي يوسف انه مقدر بما بين مجلسي القاضي حتى اذا كان يجلس في كل يوم كفل الى اليوم الثاني وان كان يجلس في كل عشرة ايام
يوما يكفل الى عشرة ايام ولا فرق في الظاهر بين الوجيه والخامل وبين الحقير من المال والخطير وعن محمد انه ان كان معروفا
والظاهر من حاله انه لا يخفي نفسه بذلك القدر من المال لا يجبر على اعطا الكفيل وكذا لو كان المدعا حقيرا لا يخفي الانسان نفسه
لاجله لا يجبر على التكفيل لكن اذا اعطى هو باختياره يوخذ منه وهذا اذا قال لي بينة حاضرة وان قال ليس لي بينة او شهودي
غيب لا يوخذ منه كفيل لعدم الفايدة في التكفيل لان الغايب كالهالك من وجه وليس كل غايب ايبا ويمكنه الاستحلاف في الحال
فلا معنى للاشتغال بالتكفيل قال فان ابى لازمه اي دار معه حيث سار اي ان ابى ان يكفل لا يجبره القاضي على التكفيل بل
يامره بملازمته مقدار مدة التكفيل على القولين حتى لا يغيب قال ولو كان غريبا لازمه مقدار مجلس القاضي اي الى
ان يقوم من مجلسه لانه يلحقه الضرر بالزيادة على ذلك فلا يزاد عليه ولا ضرر في هذا القدر ظاهرا وكذا اذا اخذ منه كفيل لا يوخذ
منه الا مقدار مجلس الحاكم لما ذكرنا وله ان يطلب التوكيل بخصومته حتى لو غاب الاصيل يقيم البينة على الوكيل فيقضي عليه وان اعطاه
وكيلا فله ان يطالب بالكفيل بنفس الوكيل وان اعطاه كفيلا بنفس الوكيل فله ان يطالبه بالكفيل بنفس الاصيل ان كان المدعا دينا لان
الدين يستوفى من ذمة الاصيل دون الوكيل ولو اخذ كفيلا بالمال فله ان يطلب كفيلا بنفس الاصيل لان المقصود لا يستوفى وقد يكون
من الاصيل ايسر وان كان المدعى منقولا فله ان يطالبه مع ذلك كفيلا بالعين ليحضرها ولا يغيبها المدعا عليه وان كان المدعا عقارا
لا يحتاج الى ذلك لانه لا يقبل التغييب قال واليمين بالله تعالى لا بطلاق وعتاق الا اذا الح الخصم لما روى ابن عمر ان النبي عليه السلام سمع
عمر وهو يحلف بابيه فقال ان الله ينهاكم ان تحلفوا باباءكم فمن كان حالفا فليحلف بالله او ليصمت رواه البخاري ومسلم واحمد وفي

Copyright @ King Saud University

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