حلف القاضي المدعى عليه فنكل يرد اليمين على المدعي فان حلف قضى له والا فلا لان الظاهر صار
شاهدا للمدعي بنكوله فيعتبر يمينه كالمدعى عليه وكذا اذا اقام المدعي شاهدا واحدا وعجز عن
اقامة شاهد آخر فانه يرد اليمين عليه فان حلف قضى له بما ادعى ان نكل لم يقض له بشيء
قوله ولا يقبل بينة ذي اليد في الملك المطلق قيد بالملك المطلق احترازا عن الملك المقيد
بدعوى النتاج ونحوه قوله وصار كالنتاج بان ادعى كل واحد من الخارج وذو اليد ان هذه
الدابة نتجت عنده واقاما البينة على ذلك فلا حدهما بيد فانه يقضى لصاحب اليد وكذلك
اذا تنازعا في نكاح امراة واقاما البينة وهي في يد احدهما فصاحب اليد اولى وفي دعوى الملك
مع الاعتاق بان يكون عبد في يد رجل اقام الخارج البينة انه عبده اعتقه واقام ذو
اليد البينة انه اعتقه وهو يملكه فبينة ذي اليد اولى من بينة الخارج لان المقصود هناك
اثبات الولاء على العبد والولاء كالنسب فانما اثبته كل واحد منهما على العبد فلما استوت
البينتان في الاثبات ترجح جانب ذي اليد بيده وكذا لو ادعى كل واحد منهما انها امته دبرها
او استولدها ولنا ان بينة الخارج اكثر اثباتا اي في علم القاضي فالبينات شرعت للاثبات
لانها واحكام في التحقيق [illegible] مظهرة ولكن لما لم يكن لنا علم بذلك والاحكام عندنا
تثبت باسبابها اخذت البينة حكم الاثبات كالعلل الشرعية فانها امارات في حق الشرع
وفي حقنا لها حكم الاثبات ولهذا وجب الضمان على الشهود عند الرجوع لان الحكم
يحال الى شهادتهم ايجابا قوله اما ظاهرا اي في الواقع فان الخارج بينة فظهر ما كان ثابتا
في الواقع وبينة الخارج اكثر اثباتا لانه بينة تستحق على ذي اليد الملك الثابت له بظاهر
يده وذو اليد لا يستحق على الخارج ببينة شيئا لانه لا ملك للخارج بوجه فلا يكون بينة
مثبتة للملك انما هو مؤكد للملك الثابت باليد والتاكيد اثبات وصف للموجود لا
اثبات اصل الملك وبينة الخارج يثبت اصل الملك فصح قولنا انها اكثر اثباتا بخلاف
النتاج لان اليد لا يدل عليه وكذا على الاعتاق والتدبير والاستيلاد وعلى الولاء الثابت
فاستوت البينات في الاثبات فترجح بينة ذي اليد باليد قوله ويقضى المدعى عليه بظاهر
كون المدعي محقا في دعواه كما كانت اليمين المدعى عليه قوله ولنا ان النكول دل على
كونه باذلا اي على قوله [illegible] او مقرا اي على قولهما اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين
اقامة للواجب لانه عليه السلام قال واليمين على من انكر وكلمة على للوجوب قوله فترجح
هذا الجانب اي جانب كونه باذلا او مقرا على جانب التورع لان الشرع الزمه التورع عن
اليمين الكاذبة دون الترفع عن اليمين الصادقة فلذلك ترجح هذا الجانب
بنكوله لانه لا يتمكن من الترفع عن اليمين الصادقة الا ببذل المال لانه انما يترفع
ملتزما للضرر لا ملحقا الضرر بالغير بمنع الحق كذا في المبسوط قوله ولا يجب رد اليمين على

المدعي

المدعي لما قلنا اشارة الى قوله ولا يرد اليمين على المدعي لقوله عليه السلام البينة على المدعي الخ قوله لا علا
بالحكم اي الحكم بالنكول اذ هو موضع الخفاء لان القضاء بالنكول مجتهد فيه فان عند الشافعي رح لا يحكم
بالنكول بل يرد اليمين الى المدعي فاذا كرر العرض عليه ثلث مرات قضى عليه بالنكول والتقدير بالثلث
في عرض اليمين للزوم في المروي عن ابي يوسف ومحمد رح والجمهور على انه للاحتياط حتى لو قضى بالنكول
بعد العرض مرة نفذ قضاؤه في الصحيح ولا بد ان يكون النكول في مجلس القضاء وهل يشترط القضاء
فور النكول فيه اختلاف ثم النكول عن الاستحلاف عند غير القاضي كان المدعي على دعواه لان المعتبر
يمين قاطعة للخصومة واليمين عند غير القاضي غير قاطعة وان كان الاستحلاف الاول عند القاضي
لا يحلفه ثانيا وكذا لو اصطلحا على ان المدعي لو حلف فالمدعى عليه ضامن للمال وحلف فالصلح
باطل ولا شيء على المدعى عليه قوله ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة الخ وصورة ذلك
بان ادعى الرجل على امراة انه تزوجها قبل القضاء وانقضاء العدة انه كان راجعها في
العدة وانكرت المراة وادعت المراة ذلك وانكر الزوج او ادعى الزوج بعد انقضاء مدة
الايلاء انه كان فاء اليها في المدة وانكرت المراة او ادعت المراة ذلك وانكر الزوج او ادعى
مجهول النسب انه عبده او ادعى ذلك على المجهول واختصما على هذا الوجه في ولاء العتاقة
او ولاء الموالاة او ادعى على ان المدعى عليه ولده او والده او ادعت الامة على مولاها
انها ولدت منه هذا الولد او ادعت انها ولدت منه ولدا وقد مات الولد وانها ام ولد له
عند ابي حنيفة رح لا يستحلف المنكر في هذه المسائل السبع وعندهما يستحلف فاذا نكل
يقضى بالنكول الا في الاستيلاد لا يتصور الطرف الآخر لان المولى اذا اقر به يصح اقراره فلا
حاجة الى الاستحلاف وفي اللعان لا يستحلف في قولهم وصورته اذا ادعت المراة على
زوجها انه قذفها قذفا موجبا للعان وانكر الزوج لا يستحلف لان موجب قذف الزوج
زوجته معتبر بموجب قذف الاجنبي وفيه لا يقضى بالنكول فهذا مثله لان كل واحد منهما
يندرئ بالشبهات حتى لا يثبت بالابدال عن الحجج ككتاب القاضي والشهادة على الشهادة
وشهادة رجل وامراتين ولا يعمل فيه البذل والاباحة قوله فكان اقرارا او بدلا عنه اي
خلفا عن الاقرار وانما يكون هذا الترديد لدفع بعض الشبهات التي ترد عليها في القول
بالاقرار والنكول ليس باقرار في نفسه ولكن يجعل مقام الاقرار لوجوب قطع الخصومة بالاقرار
او باليمين وانما يلزمه القطع بعقد الحجة فيقوم النكول مقام الاقرار لتعذر الحاجة على الخصوص
الا ترى انه لا يصح الا في مجلس القضاء لانه ثبت بحسب حاجة القاضي اليه واما الاقرار الحقيقي لا
يوجب قطع الخصومة عليه حتى لو اتى في مجلس القضاء او قبل الدعوى صح وانما كان كذلك
يجعل النكول بمنزلة الوجوب كانه نكل في غير مجلس القضاء باستحلاف الخصم نفسه
بدليل ما قلنا ما ذكر في الجامع رجل اشترى نصف عبد ثم اشترى النصف الباقي ثم وجد

Copyright © King Saud University