قضى ببينة ذي اليد ولو برهنا على نكاح امراة والمراة في يد احدهما لا تقبل بينة الخارج ولو ادعى كل واحد انها
امته دبرها او اعتقها او استولدها قضى ببينة ذي اليد ولنا ان البينات شرعت للاثبات
لانها وان كانت في الحقيقة مبينة مظهرة ولكن لما لم يكن لنا علم بذلك والاحكام عندنا بحسب
باسبابها اخذت البينة حكم الاثبات كالعلل الشرعية فانها امارات في حق الشرع وفي
حقنا لها حكم الاثبات ولهذا اوجب الضمان على الشهود عند الرجوع لان الحكم محال الى شهادتهم
اما بينة الخارج اكثر اثباتا لانه بينته تثبت على ذي اليد الملك الثابت له ظاهرا بيده وذو
اليد لا يستحق على الخارج ببينته شيئا لانه لا ملك للخارج بوجه فكانت اولى بالقبول لان
البينات للاثبات فبطل الترجيح اولا من حيث الثبوت فان استويا فحينئذ باليد كما في النتاج فانهما
استويا في الاثبات فان كل واحد من البينتين تثبت اولية الملك لصاحبه وكذا اليد لا
تدل على الاعتاق والتدبير والاستيلاد والولاء فاستوت البينات في الاثبات فترجحت
بينة ذي اليد بيده ولان الخارج هو المدعي والبينة بينة المدعي للحديث اذ الخبر يدل على ان
جنس البينات في جانب المدعي فصيغته لحرف الاستغراق فلا يبقى بينة في جانب المدعى
عليه اذ ليس وراء الجنس شيء واذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضي للمدعي بالمال على المدعى عليه
بسبب النكول عندنا وعند الشافعي لا يقضى به بل يرد اليمين على المدعي فان حلف المدعي اخذ
المال وان ابى انقطعت المنازعة بينهما لان النكول يحتمل ان يكون تورعا عن اليمين الكاذبة
ويحتمل ان يكون ترفعا عن اليمين الصادقة كما فعله عثمان رضي الله عنه فقال خشيت ان يوافق
القدر يميني فيقال انه حلف كاذبا فاصيب باليمين الكاذبة ويحتمل ان يكون لاشتباه الحال
والمحتمل لا يكون حجة ويمين المدعي دليل الظهور كما كان يمين المدعى عليه فصرنا اليها ولنا
ان اليمين واجبة عليه لقوله عليه السلام واليمين على من انكر وترك هذا الواجب بالنكول
دليل على انه باذل او مقر اذ لو لم يكن كذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب
ودفعا للضرر عن نفسه بدل المدعي والشرع الزمه التورع عن اليمين الكاذبة دون الترفع
عن اليمين الصادقة فترجح هذا الجانب في نكوله وينبغي للقاضي ان يقول له اني اعرض
عليك اليمين ثلاث مرات فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعى وهذا الانذار لاعلامه
بالحكم اذ هو مجتهد فيه وكان مظنة الخفاء فاذا كرر العرض عليه ثلاث مرات قضى عليه بالنكول
والتقدير بالثلاث في عرض اليمين لانه في المروي عن ابي يوسف ومحمد والجمهور على انه

للاحتياط حتى لو قضى بالنكول مرة نفذ قضاؤه في الصحيح ولا بد ان يكون النكول في مجلس القضاء وهل
يشترط القضاء على فور النكول فيه اختلاف ثم النكول قد يكون حقيقة كقوله لا احلف
وقد يكون حكما بان يسكت وحكمه حكم الاول اذا علم القاضي انه لم يكن مطروشا ولا اخرس في
الصحيح عند ابي يوسف ومحمد يستحلف في النكاح بان ادعى رجل على امراة او هي عليه نكاحا والاخر
ينكر والرجعة بان ادعت عليه او هو عليها بعد العدة انه راجعها في العدة وانكر الاخر
والفيء بان ادعى المولى عليها او هي عليه بعد المدة انه فاء في المدة وانكر الاخر والاستيلاد
بان ادعت امة على سيدها انها ولدت منه هذا الولد او ولدا قد مات وانكر ولا يتاتى
من الجانب الاخر اذ لو ادعى المولى ثبت الاستيلاد باقراره ولا يعتبر انكارها
والرق بان ادعى على مجهول انه عبده وانكر الاخر والنسب بان ادعى على مجهول النسب
انه ابنه او هو ادعى عليه والاخر ينكر وعند ابي حنيفة رحمه الله لا يستحلف في هذه الاشياء
ولا يستحلف في الحدود واللعان عندهم وصورة اللعان ان تدعي المراة عليه القذف
بالزنا ووجوب اللعان وهو ينكرهما لان هذه حقوق تندرئ مع الشبهات فيجري
فيها الاستحلاف كالاموال وعكسها الحدود وهذا لان فائدة الحلف ظهور الحق بالنكول
والنكول اقرار لان الحلف لما وجب تركه دليل على انه باذل او مقر ولا يمكن ان يجعل
باذلا بدليل ان النكول يعتبر من الماذون والمكاتب وهما لا يملكان البذل فجعل
مقرا ضرورة والاقرار يجري في هذه الاشياء لكنه اقرار فيه شبهة لانه سكوت في
نفسه والسكوت محتمل ولا يكون حجة فيما يسقط بالشبهات واللعان حد الازواج
فاشبه حد القذف وله ان النكول بذل واباحة وهذه حقوق لا يجري فيها
البدل فلا يقضى فيها بالنكول كالقصاص في النفس وعكسه الاموال [illegible] انا
حملناه على الاقرار لكذبه في الانكار ولو جعلناه بذلا لقطعنا الخصومة فلا نكذبه
فكان هذا اولى صيانة للمسلم عن ان يظن به الكذب والبذل لا يجري في هذه
الاشياء فان المراة لو قالت لا نكاح بيني وبينك ولكن بذلت لك نفسي لا يجوز بذلها
وكذا لو قال لست بابن لفلان ولا مولى له بل انا حر الاصل ولكن هذا يدعي الذي
فلعت له ان يدعي وكذا لو قال انا حر الاصل بذلت نفسي لتشتري لا يعمل بذله
اصلا بخلاف المال فانه لو قال هذا المال ليس له ولكني اعتقه وابذله لا تخلص من

Copyright © King Saud University