واستحسان وسل اولهما بمجرد الدعوى استحسان عندنا اذ فيه نظر للمدعي حتى لا يضيع فيتمكن
من اقامة البينة عليه ويمكن القاضي من القضاء عليه فيصل اليه حق المدعي وليس في التكفيل
كثير ضرر بالمدعى عليه لانه ان لم يكن من قصده الاختفاء لا يتضرر وان كان من قصده الاختفاء
كان ظالما فلا ينظر له فيكفل احتياطا اذ الكفالة تعتمد الوجوب والحضور مستحق عليه بمجرد
الدعوى ولهذا جاز اعراض الخصم بطلب المدعي ويحال بينه وبين اشغاله فيصح التكفيل باحضاره
والتقدير بثلاثة ايام مروي عن ابي حنيفة وهو الصحيح وعن ابي يوسف انه يقدر بما بين
مجلسي القاضي ولا فرق في الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير من المال والخطير وعن
محمد انه ان كان معروفا والظاهر من حاله انه لا يخفي نفسه بذلك القدر لا يجبر على اعطاء
الكفيل وكذا لو كان المدعي حقيرا لا يخفي المرء نفسه بذلك القدر لا يجبر على اعطاء الكفيل
ولا بد للتكفيل من قوله لي شهود حضور في المصر لو قال المدعي لا بينة لي او شهودي غيب لا
يكفل لانه لا فائدة فيه فان ابى ان يعطيه كفيلا لازمه اي دار معه حيث شاء حتى لا يغيب
ولو كان غريبا لازمه مقدار مجلس القاضي وكذا لا يكفل الا الى اخر المجلس لان في اخذ الكفيل
والملازمة زيادة على هذا اضرارا به لمنعه عن السفر ولا ضرر في هذا القدر ظاهرا
وله ان يطلب وكيلا بخصومته حتى لو غاب الاصيل يقيم البينة على الوكيل
فيقضي عليه وان اعطاه وكيلا له ان يطالبه بالكفيل بنفس الوكيل واذا اعطاه كفيلا
بنفس الوكيل له ان يطالبه بالكفيل بنفس الاصيل لو كان المدعي دينا لان الدين يثبت في
ذمة الاصيل دون الوكيل فلو اخذ كفيلا بالمال له ان يطلب كفيلا بنفس الاصيل لان
الاستيفاء من الاصيل قد يكون ايسر وان كان المدعي منقولا له ان يطالبه مع ذلك
كفيلا بالعين ليحضرها ولا يغيبه المدعى عليه وان كان المدعى عقارا لا احتياج الى ذلك
لانه لا يقبل النقل وصح ان يكون الواحد كفيلا بالنفس ووكيلا بالخصومة لان الواحد
يقوم بهما فلو اقر وغاب قضي لان ذاك قضاء اعانة ولو اقيمت البينة فلم يزل فغاب
المشهود عليه وكيب لا يقضى عليه حال غيبته في ظاهر الرواية لان له حق الرجوع والجرح
في الشهود وعن ابي يوسف انه يقضي وبه اخذ الخصاف ه

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف ه

واليمين بالله تعالى دون غيره لقوله عليه السلام لا تحلفوا بابائكم ولا بالطواغيت من كان حالفا فليحلف بالله او ليذر

ولا يحلف بالطلاق والعتاق لما روينا وقيل في زماننا اذا الح الخصم ساغ للقاضي ان يحلف بالطلاق
لقلة مبالاة الناس باليمين بالله تعالى وكثرة الامتناع عن الحلف بالطلاق ويغلظ بذكر اوصافه
نحو قوله قل والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما
يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا
شيء منه وله ان يزيد في التغليظ على هذا وله ان ينقص منه الا انه يحتاط فلا يذكر بلفظ الواو
لئلا يتكرر عليه اليمين اذ المستحق يمين واحدة وان شاء القاضي لم يغلظ فيقول قل والله او والله
وهذا لان المقصود منه النكول واحوال الناس فيه شتى فمنهم من يمتنع اذا غلظ عليه اليمين
ويتجاسر اذا لم يغلظ ولا يغلظ على الرجل المعروف بالصلاح ويغلظ على غيره وقيل
يغلظ في الخطير من المال دون الحقير ويحلف اليهودي بالله الذي انزل التورية على
موسى عليه السلام والنصراني بالله الذي انزل الانجيل على عيسى عليه السلام والمجوسي بالله الذي
خلق النار فيغلظ على كل واحد بما يعتقد ليغلظ اليمين به ليكون رادعا له عن الاقدام
على اليمين الكاذبة وعن ابي حنيفة انه لا يحلف احدا الا بالله خالصا تفاديا عن تشريك
الغير معه في التعظيم وذكر الخصاف انه لا يحلف غير اليهودي والنصراني الا بالله وهو
اختيار بعض مشايخنا لان في ذكر النار في اليمين تعظيم النار لان اليمين يشعر به ولا ينبغي
ان يعظم النار بخلاف التورية والانجيل لانه كتب الله تعالى واجب التعظيم ولا يحلف
الوثني الا بالله اذ الكفرة كلهم مع اختلاف نحلهم يقرون بالله تعالى قال الله تعالى
ولئن سألتهم من خلقهم ليقولن الله ولئن سألتهم من خلق السموات والارض ليقولن الله
ولا يحلفون في بيوت عباداتهم لان فيه تعظيمها والقاضي ممنوع عن ان يحضرها ولا يجب تغليظ
اليمين على المسلم بزمان ولا مكان وقال الشافعي ان كانت اليمين في قسامة او لعان
او في مال عظيم يبلغ عشرين مثقالا لا يختص بالمكان فبين الركن والمقام في مكة
وعند منبر النبي صلى الله عليه وسلم في المدينة ومسجد الجامع في غيرهما والمسجد ان لم يكن
جامع وبالزمان بعد العصر يوم الجمعة ولنا اطلاق قوله عليه
السلام واليمين على من انكر والتخصيص بالمكان والزمان زيادة عليه ولان في تكليف القاضي
حضورها حرجا بينا وهو مدفوع بالنص وفي التغليظ بالزمان تاخير حق المدعي في
اليمين الى ذلك الزمان ولان اليمين سبب لقطع الخصومة فلا يختص بهما كالبينة

Copyright © King Saud University