

كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار

فصل : في البينة : وإذا كان مع المدعى بينة سمعها الحكم وحكم له بها فإن لم تكن بينة فالقول قول المدعى عليه .

الأصل في الدعاوي قوله A [لو يعطى الناس بدعواهم لا دعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه] رواه الشيخان واللفظ لمسلم وفي البيهقي [البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه] والمعنى في جعل البينة في جانب المدعي لأنها حجة قوية بانتفاء التهمة لأنها لا تجلب لنفسها نفعاً ولا تدفع عنها ضرراً وجانب المدعي ضعيف لأن ما يقوله خلاف الظاهر فكلّف الحجة القوية ليقوي بها ضعفه واليمين حجة ضعيفة لأن الحالف متهم يجلب لنفسه النفع وجانبه قوي إذ الأصل براءة ذمته فاكثفوا منه بالحجة الضعيفة والصحيح أن المدعي من يخالف قوله الظاهر والمدعي عليه من يوافق قوله الظاهر فإذا أقام المدعي البينة قضى له بها ولو كان بعد حلف المدعى عليه لاطلاق الخبر وقدمت البينة على اليمين لأن اليمين من جهة الخصم وهو قول واحد بخلاف البينة فيها فإن لم تكن بينة فالقول قول المدعي عليه للحديث وفي الصحيحين [قضى رسول الله ﷺ باليمين على المدعي] وإِِ أعلم قال : . وإن نكل عن اليمين ردت على المدعي فيحلف ويستحق .

إذا كان الحق المدعى به لشخص معين يمكن تحليفه ونكل المدعى عليه ردت اليمين على المدعي لأنه E [رد اليمين على طالب الحق] ذكره البيهقي والدارقطني وقد ردت اليمين على زيد بن ثابت فحلف وعلى عثمان B فلم يحلف وهو مستفيض عن الصحابة B هم ولم يظهر منهم مخالف فإن لم يمكن تحليفه الآن كالصبي والمجنون فالمشهور انتظار البلوغ والافاقه وإن كان الحق لغير معين كالمسلمين كمن مات ولا وارث له إذا وجد في دفتره ما يدل على أو ادعى الموصى إليه أنه أوصى للفقراء بكذا فإنه والحالة هذه يحبس المدعى عليه حتى يحلف أو يدفع الحق لأنه لا يمكن القضاء بالنكول بلا يمين لأن الحق يثبت بالاقرار أو بالبينة وليس النكول واحداً منهما ولا يمكن رد اليمين لأن المستحق غير معين ولا يمكن تركه لما فيه من ترك الحق فتعين الحبس لفصل الخصومة وقيل يقضى بالنكول ويؤخذ منه الحق للضرورة وفي وجه يخلو ومتولي المسجد والوقف هل يحلف إذا نكل المدعى عليه ؟ ففيه أوجه المرجح لا وقيل نعم وقيل إن باشر السبب بنفسه حلف وإِِ فلا فعلى الصحيح هل يقضي بالنكول أو يقف حتى تقوم بينة ؟ وجهان وإِِ أعلم قال : .

وإذا تداعيا عينا في يد أحدهما فالقول قول صاحب اليد وإن كان في أيديهما تحالفا ويجعل بينهما .

إذا تداعيا اثنان عينا ولا بينة فإن كانت في يد أحدهما فالقول قوله مع يمينه لأن الأشعث بن قيس B قال : [كان بيني وبين رجل من اليهود أرض فجدني فقدمته إلى النبي A فقال A : ألك بينة ؟ قلت : لا فقال لليهودي : احلف فقلت : يا رسول الله إذن يحلف ويذهب بمالي فأنزل الله تعالى { إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا { الآية } رواه أبو داود وأخرجه مسلم بنحوه والبخاري بآتم منه وإن كان المدعي في أيديهما أو لم يكن في يد واحد منهما حلفا وجعل بينهما لأنه E قضى بمثل ذلك والله أعلم .

فرع تداعيا دابة ولأحدهما عليها حمل فالقول قول صاحب الحمل مع يمينه لانفراده في الانتفاع بالدابة فلو تداعيا عبدا لأحدهما عليه ثوب لم يحكم له بالعبد والفرق أن كون الحمل الدابة انتفاع به فيده عليها والمنفعة في لبس الثوب للعبد لا لصاحب الثوب فلا يد له قاله البغوي ولو تداعيا دابة حاملا واتفقا على أن الحمل لأحدهما فهي لصاحب الحمل ولو تداعيا دابة ثلاثة واحد سائقها والآخر آخذ بزمامها والآخر راكبها فالقول قول الراكب لوجود الانتفاع في حقه هذا هو الصحيح بخلاف ما إذا تنازع اثنان جدارا وعليه جذوع لأحدهما فإنه بينهما ينتفعان به وإن امتاز صاحب الجذوع بزيادة كما لو كان في دار ولأحدهما فيها متاع فإنها بينهما ولو تنازع اثنان دابة في اصطبل أحدهما ويدهما عليها فهي لهما إن كان فيه دواب لغير مالكة وإلا فهي لصاحب الاصطبل فلو تنازعا عمامة في يد أحدهما عشرها وفي يد الآخر باقيةا حلفا وجعلت بينهما كما لو كان أحدهما في صحن الدار والآخر في دهليزها أو على سطحها ولو كان غير محوط فإنها لهما قال الماوردي : ولو تنازعا شيئا في طرف ويد أحدهما على الشيء ويد الآخر على الطرف واختص كل منهما بما في يده لانفصال أحدهما عن الآخر بخلاف ما لو تنازعا عبدا ويد أحدهما عليه ويد الآخر على ثوبه فإنه لمن يده على العبد لا لمن يده على ثوبه بخلاف العكس والله أعلم قال : .

ومن حلف على فعل نفسه حلف على القطع والبت ومن حلف على فعل غيره فإن كان إثباتا حلف على البت وإن كان نفيا حلف على نفي العلم .
من حلف على فعل نفسه حلف على القطع نفيا كان المحلوف عليه أو إثباتا لاحاطته بعلم حاله وإن حلف على فعل غيره فإن كان على نفي حلف على نفي العلم إذا لم يكن عبده أو بهيمته فيقول : والله ما علمت أنه فعل كذا لأنه لا طريق له إلى القطع بنفيه فلم يكلف به كما لا يكلف الشاهد بالقطع فيما لا يمكن فيه القطع فلو حلف على القطع اعتد به قاله القاضي أبو الطيب وغيره وإن كان إثباتا حلف على البت لامكان الاحاطة قال الرافعي هنا : وكل ما يحلف فيه على البت لا يشترط فيه اليقين بل يكفي ظن مؤكد ينشأ من خطئه أو خطأ أبيه أو نكول خصمه وقال ابن الصباغ : إذا وجد بخط أبيه أو أخبره به عدل جاز أن يحلف عليه إن غلب على طنه صدق ذلك وإن وجده بخط نفسه لم يطالب به ولم يحلف عليه حتى يتيقنه لأنه في خطئه يمكنه

التذكر بخلاف خط أبيه واقتصر الرافعي على حكايته عنه عن الأصحاب في كتاب القضاء قلت :
وكلام الماوردي يوافق المذكور هنا ولفظه : إذا رآه في جانب يغلب على ظنه صحته أو أخبره
به عدل فيجوز أن يدعى به وهل له أن يحلف إذا ردت اليمين عليه أو شهد له به شاهد ؟ فيه
وجهان : أحدهما نعم وإِأعلم وقول الشيخ إن كان نفيا حلف على نفي العلم كذا ذكره
الرافعي والنوري وغيرهما وينبغي أن يكون ذلك في النفي المطلق أما نفي الفعل المقيد
بزمن فيكون على البت لامكان الاحاطة ويشهد له قولهم إن الشهادة على النفي لا تجوز إلا أن
يكون محصورا فتجوز وإِأعلم .

فرع من له عند شخص حق وليس له بينة وهو منكر فله أن يأخذ حقه من ماله إن قدر ولا
يأخذ غير الجنس مع قدرته على الجنس وفيه وجه فإن لم يجد إلا غير الجنس جاز له الأخذ على
المذهب الذي قطع به جمهور الأصحاب ولو أمكن تحصيل الحق بالقاضي بأن من عليه الحق مقرا
مماطلا أو منكرا وعليه البينة أو كان يرجو إقراره لو حضر عند القاضي وعرض عليه اليمين
فهل يستقل بالأخذ أم يجب الرفع إلى القاضي ؟ فيه خلاف : الراجح جواز الأخذ ويشهد له قضية
هند ولأن في المرافعة مشقة مؤنة وتضييع زمان ثم متى جاز له الأخذ فلم يصل إلى حقه إلا
بكسر الباب ونقب الجدار جاز له ذلك ولا يضمن ما أ تلف كمن لم يقدر على دفع الصائل إلا
باتلاف ماله فأتلفه لا يضمن هذا هو الصحيح وفي مقالة شاذة يضمن وإِأعلم قال :