لأن الشافعي يحلف على الحاصل معتقدا مذهبه أنها لا تستحق نفقة ولا شفعة مثلا فيضيع النفع فإذا حلف أنه ما أبانها وما اشترى ظهر النفع ورعاية جانب المدعي أولى لأن السبب إذا ثبت ثبت الحق واحتمال سقوطه بعارض موهوم والأصل عدمه حتى يقوم الدليل على العارض .

قال تاج الشريعة حكى عن القاضي أبي علي النسفي أنه قال خرجت حاجا فدخلت على القاضي أبي عاصم فإنه كان يدرس وخليفته يحكم فوافق جلوسي أن امرأة ادعت على زوجها نفقة العدة وأنكر الزوج فحلفه با ما عليك تسليم النفقة من الوجه الذي تدعي فلما تهيأ الرجل ليحلف نظرت إلى القاضي فعلم أني لماذا نظرت فنادى خليفته فقال سل الرجل من أي محلة هو حتى إن كان من أصاب الحديث حلفه با ما هي معتدة منك لأن الشافعي لا يرى النفقة للمبتوتة وإن كان من أصحابنا حلفه با ما لها عليك تسليم النفقة إليها من الوجه الذي تدعى نظرا لها أ ه .

قوله (فيتضرر المدعي) فإن قلت التحليف على السبب روعي فيه جانب المدعي ولا نظر فيه للمدعى عليه لأنه قد يثبت البيع والشراء ولا شفعة بأن يسلمها المدعي أو يسكت عن الطلب .

والجواب أن القاضي لا يجد بدا من إلحاق الضرر بأحدهما ورعاية جانب المدعي أولى لأن سبب وجوب الحق له وهو الشراء إذا ثبت ثبت الحق له وثبوته إنما يكون بأسباب عارضة فصح التمسك بالأصل حتى يقوم دليل على العارض كما قدمناه قريبا .

قوله (وأما مذهب المدعي ففيه خلاف) فقيل لا اعتبار به أيضا وإنما الاعتبار لمذهب القاضي فلو ادعى شافعي شفعة الجوار عند حنفي سمعها وقيل لا .

قوله (والأوجه أن يسأله) أي المدعي .

قوله (هل تعتقد وجوب شفعة الجوار أو لا) فإن قال اعتقدها يحلف على الحاصل وإن كان لا يعتقدها يحلف على السبب .

قوله (واعتمده المصنف) أي تبعا للبحر والذي يظهر القول بأنه لا اعتبار بمذهب المدعى عليه بل لمذهب القاضي كما هو أحد الأقوال الثلاثة حتى لو ادعى شافعي شفعة الجوار عند حنفي سمعها ألا يرى أن أهل الذمة إذا تحاكموا إلينا نحكم عليهم بمعتقدنا فهذا أولى فليتأمل .

على أن قضاة زماننا مأمورون بالحكم بمذهب سيدنا أبي حنيفة رحمه ا تعالى من السلطان عز نصره .

قوله (لعدم تكرر رقه) لأن المرتد لا يسترق وإن لحق بدار الحرب لأنه لو ظفر به فموجبه

القتل فقط إن لم يسلم كما مر في بابه والظاهر أنه يكتفي بإسلامه حال ادعوى عملا باستصحاب الحال كما في مسألة الطاحون .

قوله (على الحاصل) فيحلف السيد على أنه بينكما عتق قائم الآن لا ما أعتقته لجواز أنه أعتقه فلحق ثم عاد إلى رقه فيتضرر بصورة هذا اليمين وكذا يقال في الأمة ط .

قوله (وصح فداء اليمين) أي بمثل المدعي أو أقل .

حموي .

مثاله إذا توجه حلف على المدعى عليه أعطى المدعي مثل المدعي أو أقل صح .

قوله (والصلح منه) أي على شيء أقل من المدعي لأن مبنى الصلح على الحطيطة .

حموي .

فيكون الفداء أعم من الصلح وحينئذ فيحتاج إلى نكتة وظاهر