كتاب القضاء وما يتعلق به من آداب القاضى والدعاوى والبينات والشهادات

كتاب القضاء وما يتعلق به من آداب القاضى والدعاوى والبينات والشهادات

١٩٢/أ

وفيه / ستة فصول:

الفصل الأول
فى آداب القضاء

أخرج المزنى فى الجامع، عن الشافعى قال: أخبرنا الثقة، عن عثمان بن محمد الأخنسى، عن سعيد المقبرى، عن أبى هريرة أن النبى ﷺ قال: «**من جعل قاضياً فقد ذبح بغير سكين**».

هذا لما فيه من الخطر ولذلك كرّه من كرّه التسرع إلى طلبه.

وأخبرنا الشافعى، أخبرنا ابن عيينة، عن عبد الملك بن عمير، عن عبد الرحمن بن أبى بكر، عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال: «**لا يحكم الحاكم: أو لا يقضى القاضى بين اثنين وهو غضبان**».

هكذا أخرجه فى كتاب (أحكام القرآن) ، وعاد فأخرجه فى كتاب (أدب القاضى) بالإسناد، وقدم ذكر القضاء على الحكم.

هذا حديث صحيح متفق عليه أخرجه الجماعة إلا مالكًا[1] .

فأما البخارى : فأخرجه عن آدم ، عن شعبة ، عن عبد الملك ، عن عبد الرحمن قال : كتب أبو بكرة إلى ابنه وكان بسجستان أن لا تقضى بين اثنين وأنت غضبان، فإنى سمعت رسول الله ﷺ يقول: « **لا يقضين حاكم بين اثنين وهو غضبان**».

وأما مسلم : فأخرجه، عن قتيبة، عن أبى عوانة، وعن يحيى بن يحيى، عن هشيم، عن شيبان، عن حماد بن سلمة، وعن أبى بكر، عن وكيع، عن سفيان، وعن أبى المثنى، عن غندر، وغير هؤلاء كلهم عن عبد الملك بن عمير.

وأما أبو داود : فأخرجه عن محمد بن كثير، عن سفيان، عن عبد الملك.

وأما الترمذى ، والنسائى : فأخرجاه عن قتيبة، عن أبى عوانة، عن عبد الملك.

---

(١) البخارى فى الأحكام (٧١٥٨) ،ومسلم في الأقضية (١٦/١٧١٧ مكرر) ،وأبو داود فى الأقضية (٣٥٨٩) ، والترمذى فى الأحكام(١٣٣٤)، والنسائى فى آداب القاضى ٨/ ٢٣٧.

والذى جاء فى روايات هذا الحديث على اختلافها يحكم الحاكم، أولا يقضى بالشك، وجاء في رواية أخرى « لا يحكم الحاكم ولا يقضى » فجمع بينهما ، وجاء
١٩٢/ب فى رواية أخرى لا يقضى القاضى بغير شك/ فأما الشك فإنما يكون الراوى الأول أن النبى ﷺ قال: الحاكم، أو القاضى، والمعنى فيهما سواء، فأما الجمع بين اللفظين وإن كان القاضى والحاكم فى أصل الوضع بمعنى وهو من يمضى الحكم على الناس وينفذ أمره فإن الاستعمال وكثرته قد خصص اسم القاضى ينتصب لفصل الأحكام الشرعية فى النكاح والطلاق والبيع والشراء والديون والدعاوى والبينات وإثبات السجلات، وبقى اسم الحاكم مشتركاً بين القضاء والإمارة. فإذا قيل فلان قاضى البلد فلا يراد به السلطان والأمير، وإذا قيل حاكم البلد أجاز العرف والاستعمال إضافته إلى كلا الرجلين والله أعلم.

والشافعى ـ رحمه الله ـ استدل بهذا الحديث على تثبيت الحاكم فى حكمه. قال: قال عز وجل ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ﴾[الحجرات :٦] الآية فأمر الله من يمضى أمره على أحد من عباده أن يكون متثبتاً قبل أن يمضيه ثم أمر رسول الله ﷺ فى الحكم خاصة أن لا يحكم الحاكم وهو غضبان، لأن الغضبان مخوف على أمرين أحدهما: قلة التثبت والآخر: أن الغضب قد يتغير معه العقل، ويقدم به صاحبه على ما لم يقدم عليه لو لم يكن غضب.

وتفصيل المذهب: أنه يكره للقاضى أن يقضى وهو غضبان وكل ما هو جارٍ مجرى الغضب فله حكمه، مثل الجوع الشديد، والعطش الشديد والفرح الشديد والفزع الشديد ومدافعة الأخبثين؛ لأن هذه الأشياء تمنع التثبيت فى الحكم وإن حكم فى هذه الأحوال فقد حكمه.

وأخرج الشافعى فى القديم، عن مالك ، عن ابن شهاب، عن حميد بن عبد
١٩٣/أ الرحمن؛ أن رجلاً جاء إلى النبى ﷺ فقال : يارسول الله علمنى / كلمات أعيش بهن ولا تكثر على فأنسى، فقال رسول الله ﷺ: « **لا تغضب**» هكذا جاء مرسلاً عن مالك، ورواه معمر، عن الزهرى، عن حميد، عن رجل من أصحاب النبى ﷺ وأخرجه البخارى من حديث أبى صالح عن أبى هريرة[(١)].

وأخبرنا الشافعى، أخبرنا ابن عيينة، عن الزهرى قال: قال أبو هريرة، وما رأيت أحداً أكثر مشاورة لأصحابه من رسول الله ﷺ.

---

(١) مالك فى الموطأ ص ٩٠٦ والبخارى فى الأدب (٦١٦).

قال الشافعي: وقال الله جل ثناؤه: ﴿وَأَمْرُهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ﴾ [الشورى: ٣٨] قال: وقال الحسن: إن كان رسول الله ﷺ عن مشاورتهم لغنياً، ولكن أراد أن يسن بذلك الأحكام بعده قال: وإنما أمر به يعني الحاكم بالمشورة لأن المشير ينبهه لما يغفل، ويدله من الأخبار على مالعله أن يجهله، فأما أن يقلد مشيراً فلم يجعل الله هذا لأحد بعد رسول الله ﷺ.

وبيان تفصيل المذهب: أن الحاكم إذا أراد أن ينفذ حكماً ثابتاً بالكتاب والسنة والإجماع لم يحتج فيه إلى المشاورة، وإن كان حكماً بالاجتهاد فيستحب له أن يشاور اقتداء برسول الله ﷺ وأبى بكر وعمر ومن بعدهما من الأئمة، ولا يشاور إلا أميناً عالماً بالكتاب والسنة والآثار وأقاويل الناس أو لسان العرب، ولا يقبل منه وإن كان أعلم منه حتى يعلم كعلمه.

والشورى: مصدر كالفتيا بمعنى التشاور والتقدير: وأمرهم بينهم ذو شورى.

* * *

الفصل الثانى
فى اجتهاد الحاكم

أخبرنا الشافعى، أخبرنا عبد العزيز بن محمد، عن ابن زيد بن عبد الله بن الهاد، عن محمد بن إبراهيم التيمي عن بسر بن سعيد، عن أبى قيس مولي عمرو بن العاص
١٩٣/ب أنه سمع رسول الله ﷺ/ يقول: «**إذا حكم الحاكم فاجتهد فأصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد فأخطأ فله أجر**».

وأخبرنا الشافعى، أخبرنا عبد العزيز بن محمد، عن يزيد بن الهاد فحدث بهذا الحديث أبا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم فقال : هكذا حدثنى أبو سلمة بن عبد الرحمن، عن أبى هريرة.

هكذا أخرجه فى كتاب (الرسالة) عند ذكر الاجتهاد، وعاد فأخرجه فى كتاب (جماع العلم) إسناداً ولفظاً.

هذا حديث صحيح متفق عليه أخرجه البخارى ومسلم وأبو داود(١).

فأما البخارى : فأخرجه عن عبد الله بن يزيد، عن حيوة، عن يزيد بن عبد الله ابن الهاد بالإسناد.

وأما مسلم : فأخرجه عن يحيى بن يحيى عن عبد العزيز.

وأما أبو داود : فأخرجه، عن عبد الله بن عمر، بن ميسرة، عن عبد العزيز.

الاجتهاد : افتعال من الجهد : الوسع والطاقة أى أنه أعمل فكره ووسعه فى الوقوف على حقيقته هذه الحال التى يريد فصلها والحكم فيها، ومنه المجتهد، وهو العالم الذي يجتهد فى الأحكام العامة والخاصة، فاسم المجتهد المطلق لا يراد به إلا الناظر فى الأحكام الكلية والجزئية من أحكام الشرع أصلاً وفرعاً. والمجتهد الخاص : هو الناظر فى مسألة بعينها على الخصوص.

وقوله : « فأصاب » يريد : وجد الحق الذي طلبه باجتهاده ولذلك قابله بالخطأ الذى هو ضد الصواب، والناس فى هذه المسألة مختلفون على طريقين ، فمنهم من قال: كل مجتهد فى الظنيات مصيب، ومنهم من قال : المصيب واحد والباقون

(١) البخارى فى الاعتصام(٧٣٥٢) ومسلم فى الأقضية (١٧١٦/ ١٥) وأبو داود فى الأقضية (٣٥٧٤).

مخطئون، إلا أنهم مثابون على الاجتهاد، لا على الخطأ الذى أوصله الاجتهاد إليه، ولذلك قال فى المصيب: « فله أجران، أجر على اجتهاده وأجر على إصابته» ، وقال فى المخطىء: « فله أجر على أحد قسمى المصيب، وهو الاجتهاد » ، وقال الغزالى/ ١٩٤/أ رحمه الله : والمختار عندنا وهو الذى يقطع به ويخطىء المخالف أن كل مجتهد فى الظنيات مصيب وأنه ليس فيها حكم لله معين.

وقد اختلفت الروايات عن الشافعى وأبى حنيفة وغيرهما من الأئمة ﷺ فى ذلك والله أعلم.

قال الشافعى ـ رحمة الله عليه ـ : قال الله جل ثناؤه: ﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ (٧٨) فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكُلًّا آتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا﴾ [الأنبياء: ٧٩] قال الحسن بن أبى الحسن: لولا هذه الآية لرأيت أن الحكام قد هلكوا، ولكن الله حمد هذا بصوابه وأثنى على هذا باجتهاده. قال الشافعى ﷺ فى المجتهدين إذا اختلفوا وكان ممن له الاجتهاد، وذهبوا مذهبنا محتملاً لا يجوز على واحد منهم أن يقال له أخطأ مطلقاً، ولكن يقال: لكل واحد منهم قد أطاع فيما كلف وأصاب فيه، ولم يكلف علم الغيب الذى لم يطلع عليه، وجعل مثال ذلك القبلة إذا اجتهدوا فيها واختلفوا. قال فإن قيل فيلزم أحدهما اسم الخطأ قيل: أما فيما كلف وإما خطأ عين البيت فتعم لأن البيت لا يكون في جهتين مختلفتين، فإن قيل فيكون مطيعاً بالخطأ قيل هذه مسألة جاهل يكون مطيعاً بالصواب لما كلف من الاجتهاد، وغير آثم بالخطأ إذا لم يكلف صوابه بمغيب العين عنه .

وقال الشافعى ﷺ : من حكم أو أفتى بخبر لازم أو قياس عليه فقد أدى ما كلف وحكم وأفتى، من حيث أمر كان فى النص مؤديا ما أمر به نصاً، وفى القياس مؤدياً ما أمر به اجتهاداً، وكان مطيعاً لله تعالى بالأمرين، ثم لرسول الله ﷺ فإنه أمرهم بطاعة الله ثم رسوله ثم الاجتهاد.

وقد أخرج الشافعى فى(كتاب حرملة)عن إبراهيم بن سعد،عن أبيه، عن القاسم، عن عائشة قالت : قال / رسول الله ﷺ « **من أحدث فى أمرنا ما ليس فيه فهو رد** ». ١٩٤/ب

هذا حديث صحيح متفق عليه أخرجه البخارى ومسلم[(١)] .

وأورده الشافعى فيما إذا اجتهد الحاكم ثم رأى اجتهاده خالف كتاباً أو سنة أو

---

(١) البخارى تعليقا فتح ١٣/ ٣٢٩ ومسلم فى الأقضية (١٧١٨/ ١٧).

إجماعاً أو شيئاً فى معنى هذا رده، لا يسعه غير ذلك قال: وإن كان ولا يحتمل ما ذهب إليه ويحتمل غيره ولم يرده.

وقد كتب عمر بن الخطاب إلى أبى موسى الأشعرى ـ رضى الله عنهما ـ إن القضاء : فريضة محكمة وسنة متبعة فافهم إذا أدلى إليك فإنه لا سمع تكلم بحق ولا هاد له. واسى بين الناس فى وجهك ومجلسك وقضائك حتى لا يطمع شريف فى حقك ولا تيأس من ضعيف من عدلك، والبينة على من ادعى واليمين على من أنكر، والصلح جائز بين الناس إلا صلحا أحل حراماً أو حرم حلالاً، ومن أدى حقاً غائباً أو بينة فأضرب له أمراً ينتهى إليه، فإن جاء ببينة أعطيته حقه، فإن أعجزه ذلك استحللت عليه القضية، فإن ذلك أبلغ في العذر وأجلى للعماء، ولا يمنعك من قضاء قضيته اليوم فراجعت فيه رأيك، وهديت لرشدك أن يراجع الحق، فإن الحق قديم لا يبطل الحق شىء، ومراجعة الحق خير من التمادى فى الباطل، والمسلمون عدول بعضهم على بعض فى الشهادات، إلا مجلود فى حد أو مدرك عليه شهادة الزور أو ظنين في ولاء أو قرابة، فإن الله عز وجل تولى من العباد والسرائر وستر عليهم الحدود إلا بالبينات والإيمان، ثم الفهم الفهم فيما أدى إليك مما ليس فى كتاب أو سنة، ثم قايس الأمور عند ذلك وأعرى الأمثال والأشباه بالحق، وإياك والغضب والقلق أو الضجر، والتأذى للناس عند الخصومة والتنكير، فإن القضاء فى مواطن الحق يوجب الله به الأجر ويحسن به الذخر، فمن خلصت نيته/ فى الحق ولا على نفسه، كفاه الله ما بينه وبين الناس، ومن تزين لهم بما ليس فى قلبه شأنه إلى الله تعالى؛ فإن الله تبارك وتعالى لا يقبل من العباد إلا ما كان له خالصاً، وما ظنك بثواب الله فى عاجل رزقه وخزائن رحمته. ١٩٥/أ

وقد أخرج المزنى فى (الجامع) ، قال الشافعى: أخبرنى الثقة، عن عثمان بن محمد الأخنسى، عن المقبرى، عن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «**أدِّ حق الضعيفين الأرملة والمسكين**».

وأخبرنا الشافعى، أخبرنا مالك بن أنس ، عن هشام بن عروة، عن أبيه عن زينب بنت أبى سلمة، عن أم سلمة زوج النبى، أن رسول الله ﷺ قال: « **إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلىَّ ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضى على نحو ما أسمع منه، فمن قضيت له بشىء من حق أخيه فلا يأخذنه فإنما أقطع له قطعة من النار**».

هكذا أخرجه فى كتاب (اليمين والشاهد) ، ثم عاد فأخرجه فى كتاب (إبطال الاستحسان)بالإسناد واللفظ، وفيه: «فمن قضيت له بشىء من حق أخيه فلا يأخذ منه».

هذا حديث صحيح متفق عليه أخرجه الجماعة [١].

فأما مالك : فأخرجه إسناداً ولفظاً.

وأما البخاري : فأخرجه عن القعنبى عن مالك. وعن عبد العزيز بن عبد الله، عن إبراهيم بن سعد ، عن صالح، عن الزهرى، عن عروة.

وأما مسلم : فأخرجه عن يحيى بن يحيى التميمى، عن أبى معاوية، عن هشام بن عروة.

وأما أبو داود : فأخرجه عن محمد بن كثير، عن سفيان عن هشام.

وأما الترمذى : فأخرجه، عن هارون بن إسحق الهمزانى، عن عبدة بن سليمان، عن هشام.

وأما النسائى : فأخرجه عن عمرو بن على، عن يحيى، عن هشام/ . ١٩٥/ب

البشر: الخلق من الناس، ولذلك قيل لآدم عليه السلام أبو البشر. وقوله: « إنما أنا بشر » أى : إنما أنا إنسان مخلوق يجرى علىّ ما يجرى على الناس من النسيان والخطأ، ولست أعلم الغيب فأطلع على خفايا السرائر فأحكم بمقتضاها، إنما أحكم بما يظهر لى وأسمعه من المتحاكمين. وقوله: « ألحن بحجته » أى : أقوم بدليله وأعرف بما يدفع عنه دعوى خصمه، وأفطن من عزيمه بماله وعليه وبما يضره وينفعه تقول: لحنت بالفتح ألحن لحناً إذا قلت له قولاً يفهمه عنك ويخفى على غيره، ولحنه هو غني بالكسر يلحنه لحناً بالفتح أى فهمه وألحنته أنا إياه والحجة: الدليل والبرهان الذى يفهمه صاحب الدعوى على صحة دعواه. تقول حاجه فحاجه أى غلبه بالحجة والتحاج التخاصم والنحو: فى الأصل القصد والطريق، تقول: نحوت نحو فلان أى قصدت قصده وسلكت طريقه. وقوله فأقضى له على نحو ما أسمع منه » ، أى على الظاهر لى من كلامه، والقصد الذى ذهب إليه والطريق التى سلكتها في خصامه واعترافه وإنكاره.

وقوله: « إنما أقطع له قطعة من النار » شبه ما يحكم به فى ظاهر القول بقطعة يقطعها للمدعى من النار. وهذا كقوله تعالى: ﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا ﴾[النساء: ١٠] الآية لأنه لما كان ذلك سبباً لدخولهم النار كأنه بعض النار.

---

(١) مالك فى الموطأ ص ٧١٩ والبخارى فى الشهادات (٢٦٨٠) ومسلم فى الأقضية (١٧١٣/ ٤) وأبو داود فى الأقضية (٣٥٨٣) والترمذى فى الأحكام(١٣٣٩) والنسائى فى آداب القاضى ٨/ ٢٣٣.

وساق هذا الحديث لوجوب الحكم بالظاهر، وفيه من الفقه أن حكم الحاكم، لايحل حراماً ولا يحرم حلالا، وأنه متى أخطأ الحاكم فى حكمه ومعنى كان ذلك في الظاهر وأما الباطن وحكم الآخرة فإنه غير ماض، وفيه: أنه لا يجوز للمقتضى له أن يأخذ ما قضى له به إذا علم أنه لا يستحقه، ولا يحل فيما بينه وبين الله عز وجل ألا تراه قال/ :« **فلا يأخذ منه شيئاً إنما أقطع له قطعة من النار**»، وهذا الحكم مطرد بين الأئمة في الأموال والدماء والفروج؛ لأن ذلك كله حق أخيه وقد حرم عليه أخذه، وهذا مجمع عليه. ١٩٦/أ

إلا أن أبا حنيفة ـ رحمه الله ـ ذهب إلى : أن حكم الحاكم فى الفروج ينفذ ظاهراً وباطناً ويحل الحرام ويحرم الحلال حتى أنه إذا ادعى رجل على امرأة أجنبية أنها زوجته وأقام شاهدى زور فشهدا له بذلك وهما يعلمان أنها ليست زوجته، وقضى الحاكم بالزوجية بشهادتهما قال: إن الرجل المدعى زوجتيها يحل له نكاحها بمجرد الحكم، فإن ذلك عند الله حلال مع علم الرجل والشهود بطلان القضية، وكذلك لو شهد شاهدا زور لامرأة على زوجها أنه طلقها ثم حكم الحاكم بطلاقها بشهادة شاهدي الزور، جاز لكل واحد من الشاهدين أن يتزوجها مع علمه أن زوجها لم يطلقها وأنه شهد بطلاقها زوراً . والله أعلم.

* * *

الفصل الثالث
فى الشهادات

أخبرنا الشافعى، أخبرنا سفيان ابن عيينة قال: سمعت الزهرى قال: زعم أهل العراق أن شهادة القاذف لا تجوز، فاشهد لأخبرنى سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: لأبى بكرة: تب تقبل شهادتك، وإن تبت قبلت شهادتك. وسمعت سفيان بن عيينة يحدث به هكذا مراراً، ثم سمعته يقول: شككت فيه قال سفيان : أشهد لأخبرنى فلان ثم سمى رجلاً فذهب علَىَّ حفظ اسمه فسألت ، قال لى عمر بن قيس: هو عن سعيد بن المسيب، فكان سفيان لا يشك أنه سعيد بن المسيب.

قال الشافعى رضي الله عنه : وغيره يرويه عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب/ عن عمر. ١٩٦/ب
قال الربيع بهذا الإسناد فى كتاب آخر. وقال : إن شهادة المحدود لا تجوز قال فيه: قال سفيان: الزهرى الذى أخبرنى فحفظته ثم نسيته قال فلما قمت فسألت من حضر قال لى عمر بن قيس وحضر المجلس معى: هو سعيد بن المسيب وذكر الحديث بطوله.

وأخبرنا الشافعى، أخبرنا سفيان بن عيينة، أخبرنى الزهرى قال: فلما قمت فقال عمر بن قيس وحضر المجلس هو سعيد بن المسيب قلت لسفيان: أشككت حين أخبرك سعيد بن المسيب؟ قال هو كما قال، غير أنه قال: قد دخلنى الشك.

قال الشافعى : وأخبرنى من أثق من أهل المدينة، عن ابن شهاب، عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه لما جلد الثلاثة استتابهم، فرجع اثنان فَقَبِل شهادتهما، وأبى أبو بكرة أن يرجع، فرد شهادة القاذف إذا قذف وصح قذفه لم يجب عليه الحد ولا يفسق ولا ترد شهادته، فإن لم يصح قذفه فعليه حد القذف، حكم بفسقه وترد شهادته فإن تاب زال فسقه وقبلت شهادته ولم يسقط عند الحد.

وقد اختلف فى قبول شهادته: فروى ذلك عن عمر بن الخطاب، وبه قال عطاء، وطاوس، والشعبى، ومجاهد، والزهرى، وربيعة، ومالك، وأحمد، وإسحاق، وأبو عبيد وقال الحسن البصرى وشريح والنخعى والثورى وأبو حنيفة وأصحابه : لا تقبل شهادته والاعتبار فى سقوط الشهادة بالقذف إذا لم يصح . وعند أبى حنيفة بالجلد، فإذا لم يجلده الحاكم لم تسقط شهادته.

وكيفية توبة القاذف: هو أن يقول : القذف باطل حرام ولا أعود إلى ما قلت . وقيل: هو أن يقول كذبت فيما قلت. وقول الشافعى فى لفظ الحديث: قال سفيان: أشهد لأخبرنى يريد به سفيان أن الزهرى قال: أشهد / لأخبرنى فلان أن سفيان قال: أشهد يعنى نفسه، وإنما الشافعى حكى قول سفيان حيث حكى قول الزهرى لأن سفيان هو الشاك فى الاسم لا الشافعى. والاسم المشكوك فيه: هو سعيد ابن المسيب، وقد رده ذلك فى الحديث، وهذا الذى تضمنته هذه القضية من حديث أبى بكرة والشهود الذين استتابهم عمر فى شهادتهم على المغيرة بن شعبة بالزنا، وذلك أن عمر بن الخطاب كان ولى المغيرة بن شعبة أميراً على البصرة، وكان يخرج من دار الإمارة نصف النهار وكان أبو بكرة نفيع بن الحارث الثقفى يلقاه فيقول: أين يذهب الأمير؟ فيقول فى حاجة، فيقول: إن الأمير يزار ولا يزور قالوا: وكان يذهب إلى امرأة يقال لها: أم جميل بنت عمرو وكان أبو بكرة فى غرفة له مع أخويه نافع وزياد ورجل آخر يقال له شبل بن معبد وكانت غرفة هذه أم جميل بجوار غرفة أبى بكرة وضربت الريح باب غرفة المرأة ففتحته فنظر القوم فإذا هم بالمغيرة ينكحها، فقال أبو بكرة: هذه بلية ابتليتم بها فانظروا فنظروا حتى أثبتوا فنزل أبو بكرة فجلس حتى خرج عليه المغيرة من بيت المرأة، فقال: إنه قد كان من أمرك ما قد علمت فاعتزلنا. قال: وذهب المغيرة ليصلى بالناس الظهر ومضى أبو بكرة وقال: لا والله لا تصلى بنا وقد فعلت ما فعلت، فقال: الناس دعوه فليصل فإنه الأمير، فاكتبوا بذلك إلى عمر، فكتبوا إليه فأمرهم أن يقدموا عليه جميعاً المغيرة والشهود، فلما قدموا عليه جلس عمر فدعى بالشهود والمغيرة فتقدم أبو بكرة فقال: رأيته بين فخذيها؟ قال: نعم والله لكأنى أنظر إلى تشريم جدرى بفخذيها، فقال له المغيرة لقد ألطفت فى النظر فقال / له أبو بكرة أيم آل أن أثبت ما يخزيك الله به، فقال له عمر لا والله حتى تشهد لقد رأيته فيها ولوج المرود فى المكحلة. قال نعم أشهد على ذلك، قال فاذهب عنك مغيرة ذهب ربعك، ثم دعا نافعاً فقال له على ما تشهد؟ فقال له مثل شهادة أبى بكرة، فقال : لا حتى تشهد أنه ولج فيها ولوج المرود فى المكحلة، فقال: نعم حتى بلغ قوده، فقال له عمر: اذهب عنك مغيرة ذهب نصفك، ثم دعى الثالث فقال له : علي ما تشهد؟ فقال على مثل شهادة صاحبى فقال له : اذهب عنك مغيرة ذهب ثلاثة أرباعك، ثم كتب إلى زياد وكان غائباً فقدم فلما رآه فى المسجد واجتمع عنده رؤوس المهاجرين والأنصار فلما رآه مقبلاً قال: إنى لأرى رجلاً لا يخزى الله على لسانه رجلاً من المهاجرين، ثم إن عمر رفع رأسه إليه فقال: ما عندك ما سلح

١٩٧/أ

١٩٧/ب

الحبارى، وقيل: إن المغيرة قام إلى زياد فقال له يا زياد اذكر الله، واذكر موقف يوم القيامة، فإن الله وكتابه ورسوله وأمير المؤمنين قد حقنوا دمى إلا أن يتجاوز إلى مالم تر رأيت فلا يحملنك سوء منظر رأيته على أن تتجاوز إلى ما لم تر، فو الله لو كنت بين بطنى مايت أن يسلك ذكرى فيها، قال: فدمعت عينا زياد واحمر وجهه فقال: يا أمير المؤمنين إما إن أحق ما حق القوم فليس عندى: ولكن رأيت مجلساً وسمعت حساً وانتهازاً ورأيته مستبطنها، فقال عمر: أرأيته يدخل كالميل فى المكحلة؟ قال: لا وقيل زياد رأيته رافعاً رجليها فرأيت خصيتيه تتردد بين فخذيها ورأيت حفزاً شديداً وسمعت نفساً عالياً، فقال عمر: رأيت يدخله ويخرجه كالميل فى المكحلة؟ فقال: لا فقال عمر: الله أكبر قم إليهم فاضربهم / فقام إلى أبى بكرة فضربه ثمانين، وضرب الباقين، ١٩٨/أ وأعجبه قول زياد ودرأ الحد عن المغيرة، فقال أبو بكرة بعد أن ضرب أشهد أن المغيرة فعل كذا وكذا، فهم عمر أن يضربه حداً ثانياً، فقال له على بن أبى طالب ـ كرم الله وجهه ـ إن ضربته فارجم صاحبك فنهاه عن ذلك، يعنى إن ضربت أبا بكرة حداً ثانياً جعلت شهادته الثانية شهادة أخرى فتكملت أربع شهادات فوجب بذلك الرجم على المغيرة، فتركه واستتاب عمر أبو بكرة، فقال، أبو بكرة: إنما تستتيبنى لتقبل شهادتى؟ فقال أجل ، قال : لا أشهد بين اثنين ما بقيت فى الدنيا ، فلما ضربوا الحد قال المغيرة: الله أكبر الحمد لله الذى أخزاكم ، فقال عمر: بل أخزى مكاناً رأوك فيه ثم إن أم جميل هذه وافقت عمر بن الخطاب رضي الله عنه بالموسم والمغيرة هناك، فقال له عمر: أتعرف هذه يا مغيرة فقال: نعم، هذه أم كلثوم بنت على، فقال له عمر: أفتتجاهل على والله ما أظن أن أبا بكرة كذب عليك، وما رأيتك إلا خفت إلا أن أرمى بحجارة من السماء.

وفى هذه الواقعة من الفقه : أنه إذا شهد ثلاثة على إنسان بالزنا ولم يتم الرابع، أو شهد واحد أو اثنان ففيها قولان: أحدهما: وهو المنصوص المشهور : أنهم يحدون، وبه قال مالك، وأبو حنيفة والثانى: لا يحدون لأنه أضاف الزنا إليه بلفظ الشهادة عند الحاكم فلم يجب عليه الحد كما لو شهد الأربعة، ثم راجع واحد منهم لم يحد الباقون وفيها: أن أحد الشهود إذا حُدَّ ثم عاد وشهد بعد الحد بما شهد أولاً لم يحد عليه، ولكن يعذر للأذى.

وأخبرنا الشافعى، أخبرنا مسلم بن خالد، عن ابن جريج، عن عطاء أنه قال: لا تجوز شهادة النساء لا رجل معهن فى أمر النساء، أقل من أربع عدول.

١٩٨/ب قال الشافعى: الولادة / وعيوب النساء مما لم أعلم مخالفاً لقيته فى أن شهادة النساء فيه جائزة لا رجل معهن، ثم ذكر هذا الحديث، وقال: وبهذا نأخذ، وذكر قول من خالفه وأجاز شهادة المرأة الواحدة وزعم أن علياً رضي الله عنه أجاز شهادة القابلة وحدها.

قال الشافعى: قلت لو ثبت عن على - كرم الله وجهه - صرنا إليه إن شاء الله، ولكنه لا يثبت عندكم ولا عندنا عنه، وهذا إنما رواه جابر الجعفى عن عبد الله بن يحيى، عن على، وعبد الله مجهول وجابر ضعيف مطعون فيه.

وقوله: «أربع عدول» : يريد أربع نساء عدول لأن شهادة كل امرأتين برجل والقضية الشرعية تحتاج إلى شاهدين واحتاج أن يكون أربعاً.

وتفصيل المذهب فيه: أن الولادة والاستهلال والعيوب تحت الثياب والرضاع تقبل فيه شهادة النساء على الانفراد كالرضاع وقال الشافعى: لا يقبل فيه إلا أربعاً وبه قال عطاء. وقال الثورى ومالك: أقبل امرأتين وقال الحسن وأحمد: يقبل قول المرضعة وقال أبو حنيفة أقبل فى ولادة الزوجيات واحدة ولا أقبل فى ولادة المطلقات.

وأخبرنا الشافعى، أخبرنا سفيان، عن عمرو بن دينار، عن ابن أبى مليكة، عن ابن عباس فى شهادة الصبيان: لا تجوز وزاد ابن جريج، عن ابن أبى مليكة، عن ابن عباس لأن الله تعالى يقول :﴿ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] هذا الحديث ذكره الشافعى فيمن يجوز قبول شهادته. قال الشافعى : قال الله تعالى : ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ إلى وقوله : ﴿ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ وكان الذى يعرف من خوطب بهذا أنه أريد به الأحرار المرضيون المسلمون، وأن الرضى إنما يقع على العدول منا ولا يقع إلا على البالغين ؛ لأنه إنما خوطب / بالفرائض البالغون دون من لم يبلغ ١٩٩/أ غير أن من أصحابنا من ذهب إلى أن يجيز شهادة الصبيان فى الجراح ما لم يتفرقوا، وقول الله عز وجل ﴿مِن رِّجَالِكُمْ﴾ يدل على أن لا تجوز شهادة الصبيان فى شىء والله أعلم.

فإن قال قائل : أجازها ابن الزبير، وابن عباس يردها بالإمتناع من قبول شهادة الصبيان، قال ابن أبى ليلى وأبو حنيفة والأوزاعى وإحدى الروايتين عن أحمد وقال مالك : تقبل فى الجراح إذا كانوا قد اجتمعوا لأمر مباح قبل أن يتفرقوا ، وروى ذلك عن ابن الزبير وعن أحمد وروى عن أحمد أنه تُقبل شهادتهم فى كل شىء.

وقد أخرج الشافعى في القديم، عن مالك، عن عبد الله بن أبى بكر، عن أبيه، عن عبد الله بن عمرو بن عثمان عن أبى عمرة الأنصارى، عن زيد بن خالد أن رسول

الله ﷺ قال: «**ألا أخبركم بخير الشهداء؟ والذى يأتى بشهادته قبل أن يُسألها**»[١].
قيل: هذا يكون فى الرجل يكون عنده لإنسان شهادة وهو لا يعلمها والله أعلم.

وقد أخرج الشافعى فى كتاب حرملة، عن مالك، عن موسى بن ميسرة، عن سعيد بن أبى هند، عن أبى موسى الأشعرى، وعن سفيان، وعن أيوب بن موسى، عن سعيد بن أبى منصور، عن أبى موسى أن رسول الله ﷺ قال: «**من لعب بالنرد فقد عصى الله ورسوله**». قال الشافعى: ويكره من وجه الخبر اللعب بالنرد كما يكره اللعب بشىء من الملاهى، ولا يحب اللعب بالشطرنج، وهو أخف من النرد.

وقد أخرج الشافعى، عن سفيان، عن ابراهيم بن ميسرة، عن عمرو بن الشريد، عن أبيه قال: أردفنى رسول الله ﷺ فقال: «**هل معك من شعر أمية بن الصلت شىء؟**» قال: قلت: نعم قال: «**هية**» قال: فأنشدته بيتاً فقال هية / قال فأنشدته حتى بلغت ١٩٩/ب مائة بيت.

رواه مسلم[٢] فى الصحيح عن ابن أبى عمر، عن سفيان.

قال الشافعى: فأما استماع الحداء ونشيد الأعراب فلا بأس به، كثر أو قل، وكذلك استماع الشعر وسمع رسول الله ﷺ الحداء والرجز وأمر ابن رواحة فى شعره فقال: « حرك بالقوم » فاندفع يرتجز.

وأخرج الشافعى فى (كتاب حرملة)، عن سفيان، عن سليمان التميمى، عن أنس قال: كان للنبى ﷺ حاد يقال له: أنجشه وكانت أمى مع أزواج النبى ﷺ فقال النبى ﷺ: « **يا أنجشه ارفق بالقوارير**»[٣].

* * *

(١) ابن ماجة فى الأحكام (٢٣٦٤).
(٢) مسلم فى الشعر (٢٢٥٥/ ١)
(٣) البخارى فى الأدب (٦٢٠٩)

الفصل الرابع
فى القضاء باليمين مع الشاهد

أخبرنا الشافعى أخبرنا عبد الله بن الحارث بن عبد الملك المخزومى، عن سيف بن سليمان المكى، عن قيس بن سعد، عن عمروبن دينار، عن ابن عباس؛ أن رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد . قال عمرو فى الأموال.

وأخبرنا الشافعي ، أخبرنا إبراهيم بن محمد ، عن ربيعة بن عثمان، عن معاذ بن عبد الرحمن، عن ابن عباس، ورجل آخر سماه فلا يحضرنى ذكر اسمه من أصحاب النبى ﷺ أن رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد.

هذا حديث صحيح أخرجه مسلم وأبو داود [١].

فأما مسلم : فأخرجه عن أبى شيبة وابن نصير، عن زيد بن الحباب عن سيف [وأما أبو داود فأخرجه] [٢] عن محمد بن يحيى وسلمة بن شبيب، عن عبد الرازق، عن محمد ابن مسلم، عن عمرو بن دينار وقال عمر: وفى الحقوق.

قوله : « قضى باليمين مع الشاهد » أى : باجتماعهما، واتفاقهما معاً، والأموال: تطلق على كل / ما يقتنى من الذهب والفضة والأنعام وغيرهما وعلى البساتين فأما ٢٠٠/أ
الدور والأملاك غير البساتين فلا أعلمه والحقوق : جمع حق: وهو ما يستحقه الإنسان من الأموال.

قال الشافعى رضي الله عنه : حديث ابن عباس ثابت عن رسول الله ﷺ لا يرد أحدٌ من أهل العلم مثله لو لم يكن فيه غيره، مع أن معه غيره مما يشده.

والذى ذهب إليه الشافعى: العمل باليمين والشاهد ، وروى مثل ذلك عن أبى بكر وعمر وعثمان وعلى، وأبى بن كعب، وابن عباس، وزيد بن ثابت وعمر، وسعد بن عبادة، وجابر بن عبد الله، وأبى هريرة، وسهل بن سعد، وعامر بن ربيعة، والمغيرة، وأنس ، وتميم الدارى، وعمرو بن حزم، وسلمة بن قيس، وبلال بن الحرث، معاوية ، وشريح ، وابن المسيب، وعرفة، والشعبى، والقاسم بن محمد، وأبى بكر بن عبد الرحمن ،وخارجة بن زيد، وعبيد الله بن عبد الله، وسليمان بن يسار ، وأبى سلمة،

---

(١) مسلم فى الأقضية(١٧١٢/ ٣) وأبو داود فى الأقضية (٣٦٠٩).

(٢) ما بين المعقوفتين سقط من المخطوطة، وجاء مكانها «وفى أخرى» وليس لمسلم رواية أخرى بهذا الإسناد، وإنما رواية أبى داود.

والزهرى، وعمر بن عبد العزيز، ويحى بن يعمر، ومالك، وابن أبى ليلى، وأحمد.

وذهب أبو حنيفة وأصحابه : إلى أنه لا يقضى بالشاهد واليمين، حتى قال محمد ابن الحسن: من قضى بالشاهد نقضت حكمه، وروى مذهب أبى حنيفة عن النخعى، الزهرى، وابن شبرمة، والأوزاعى، والثورى، وعلى ذلك فإنما يقضى بالشاهد واليمين على الحقوق المالية عيناً ودياً وما يقصد به المال مثل البيع والإجارة والهبة والصلح والمساواة والقراض والجناية الموجبة المال كالخطأ والعمد الذى لا يوجب القصاص كبعض الجراح، وما ليس بمال ولا يقصد به المال فلا يثبت بشاهد ويمين كالنكاح والخلع والطلاق والرجعة والقذف والقصاص والنسب والعتق والتدبير والكتابة.

وأخبرنا الشافعى/ ، أخبرنا مالك، عن جعفر بن محمد، عن أبيه أن النبى ﷺ ٢٠/ب قضى باليمين مع الشاهد.

وأخبرنا الشافعى، أخبرنا مسلم بن خالد، حدثنى جعفر بن محمد قال : سمعت الحكم بن عيينة يسأل أبى، وقد وضع يده على جدار القبر ليقوم ، أقضى النبى ﷺ باليمين مع الشاهد؟ قال : نعم، وقضى بها علىٌ بين أظهركم. قال مسلم: قال جعفر فى الدين.

وأخبرنا الشافعى أنه قال لبعض من يناظره : روى الثقفى وهو ثقة، عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن جابر أن النبى ﷺ قضى باليمن.

هذا الحديث أخرجه مالك والترمذى [١].

فأما مالك : فأخرج الأولى بالإسناد واللفظ.

وأما الترمذى : فأخرجه مسنداً عن محمد بن بشار ، ومحمد بن أبان، عن عبد الوهاب الثقفى، عن جعفر ، عن أبيه عن جابر الحديث، وأخرجه فى أخرى مرسلاً عن على بن حجر،عن إسماعيل، عن جعفر ، عن أبيه، أن النبى ﷺ قضى باليمين مع الشاهد الواحد قال وقضى بها على فيكم. قال الترمذى: وهذا أصح . وهكذا روى عن سفيان الثورى، عن جعفر عن أبيه مرسلاً. وروى عبد العزيز بن أبى سلمة، ويحيى بن سليم هذا الحديث عن جعفر ، عن أبيه، عن على، عن النبى ﷺ.

قوله: « بين أظهركم » يريد فيما بينكم . والأظهر ، جمع ظهر الإنسان، والأصل فى هذه اللفظة أن الإنسان إذا التجأ إلى أحد حماه، وتركه ظهره ليلتقى دونه من يريده

(١) مالك فى الموطأ ص ٧٢١ والترمذى فى الأحكام(١٣٤٤، ١٣٤٥) وقال: هذا أصح.

ثم كثر ذلك حتى صار يقال لنزيل القوم فلان بين ظهراني فى القوم وبين أظهرهم : إذا استنقذوه بأنفسهم وأنزلوه منزلة بعضهم.

٢٠١/أ وقوله/ « فى الدين » : يريد الحقوق المالية، وخص الدين لأن أكثر المطالبات التى تحتاج إلى البينة واليمين إنما يكون بالدين وبما هو فى ذمة المدعى عليه.

وأخبرنا الشافعى ، أخبرنا إبراهيم، عن عمرو بن أبى عمرو، مولى المطلب،عن ابن المسيب أن رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد.

هذا الحديث حديث مرسل وقد جاء بن زيادة فى تأكيد ما سبق من الأحاديث .

وأخبرنا الشافعى، أخبرنا مسلم بن خالد، عن ابن جريج، عن عمرو بن شعيب، أن النبى ﷺ قال فى الشهادة: «**فإن جاء شاهد حلف مع شاهده**» وجاء فى نسخة عن عمرو بن شعيب، عن أبيه وقال: « **أحلف مع شاهده**».

حلفت أحلف حلفاً ومحلوفاً إذا أقسمت ومحلوف أحد ما جاء من الصادر على مفعول، مثل المجلود والمعقول والمعسور. وأحلفته أنا وحلفته واستحلفته كله بمعنى . وأحلف لما لم يسم فاعله.

وقوله: « فحلف مع شاهده » أى : حلف مع شهادة شاهده لأن ظاهر اللفظ يعطى أن يشترك الشاهد والمدعى فى اليمين تقول قمت مع زيد فقد وجد القيام منكما، وكذلك حلفت مع زيد وليس الغرض ذلك إنما الغرض ما قلناه: التقدير فإن شهد له شاهد حلف مع شهادة شاهده.

وأخبرنا الشافعى، أخبرنا سفيان بن عيينه، عن خالد بن أبى كويمة، عن أبى جعفر، أن رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد . أبو جعفر :هو عبد الله بن مسور ٢٠١/ب بن عوف بن جعفر بن أبى طالب القرشى الهاشمى وقد تكلموا فيه والحديث مرسل / .

* * *

الفصل الخامس
فى الدعاوى

أخبرنا الشافعى، أخبرنا مسلم بن خالد، عن ابن جريج، عن ابن أبى مليكه، عن ابن عباس، أن رسول الله ﷺ قال: « **البينة على من ادعى**» وأحسبه قال ولا أثبته أنه قال: «**واليمين على المدعى عليه**».

هكذا أخرج الشافعى الحديث فى كتاب (اختلاف الحديث) ، وقد رواه جماعة عن ابن جريج منهم الوهاب بن عطاء ، وابن وهب، وعبد الله بن داود، وعبد الله بن إدريس، وعثمان بن الأسود، والوليد بن مسلم. وقد أخرج البخارى ومسلم وأبو داود والنسائى والترمذى. الفصل الثانى [1] وهو قوله اليمين على المدعى عليه ولم يخرج أحد منهم الفصل الأول وهو قوله البينة على المدعى.

فأما البخارى : فأخرجه عن أبى نعيم عن نافع ابن عمر عن ابن أبى مليكة، عن ابن عباس، أن النبى ﷺ قضى باليمين على المدعى عليه.

وأما مسلم : فأخرجه ، عن أبى بكر بن أبى شيبه، عن محمد بن بشر، عن نافع ابن عمر مثل البخارى.

وأما أبو داود : فأخرجه عن القعنبى عن نافع بن عمر.

وأما الترمذى : فأخرجه عن محمد بن سهل، عن عسكر البغدادى، عن محمد بن يوسف، عن نافع بن عمر.

وأما النسائى : فأخرجه عن على بن سعيد بن مسروقة ، عن يحيى بن أبى زائدة، عن نافع بن عمر أطول من هذا.

وقد أخرج الترمذى : عن على بن حجر، عن على بن مسهر وغيره، عن محمد بن عبيد الله، عن عمرو بن شعيب، عن جده أن النبى ﷺ قال فى خطبته :«**البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه**» / البينة الظاهرة : الواضحة من قولك بأن الشئ يبين بياناً فهو بائن وبين فهو بين، وهما بمعنى وتاء التأنيث فيها لرجوعها إلى الشهادة ، هذا هو الأصل ثم اتسع فيها لكثرة الاستعمال ، فصارت من الأسماء الغالبة على الصفات ٢٠٢/أ

(١) البخارى فى الشهادات (٢٦٦٨) ،ومسلم فى الأقضية(٢/١٧١١)، وأبو داود فى الأقضية (٣٦١٩)، والترمذى فى الأحكام (١٣٤١ ،١٣٤٢) ،والنسائى فى آداب القضاء ٨/٢٤٨

حتى إذا قبل بينة علم أنها الحجة والشهادة. والمدعى : اسم فاعل من ادعى يدعى فهو مدع، والدعوى : الاسم وهى الطلب والمدعى فى اللغة : من ادعى شيئاً لنفسه سواء كان فى يده أو فى يد غيره أو فى ذمته، وهو فى الشرع من ادعى شيئاً هو فى يد غيره أو فى ذمته.

والمدعى عليه: هو من ادعى عليه شىء فى يده أو فى ذمته لغة وشرعاً وقد يسميان متداعيين بأن يختلفا مثلاً فى العقد ويدعى كل واحد. منهما أن الثمن غير الذى يذكره الآخر.

وحجة المدعى : البينة لتحقيق ما يدعيه، وحجة المدعى عليه اليمين لينفى بها ما يدعى عليه، فإن أقام المدعى البينة حكم بها له فكانت أولى من يمين المدعى، واليمين من جهة المدعى عليه فكانت التهمة من البينة أبعد، فإن لم يكن للمدعى بينة كان القول قول المدعى عليه مع يمينه ، فكانت يمينه أولى لأن يده على العين المدعى بها فى الغالب، وإن كانت ديناً فالأصل براءة الذمة، وعلى هذا قول الأئمة الفقهاء والله أعلم.

وأخبرنا الشافعى، أخبرنا ابن أبى يحيى، عن إسحاق بن أبى فروة، عن عمر بن الحكم، عن جابر بن عبد الله، أن رجلين تداعيا دابة فأقام كل واحد منهما البينة أنها دابته نتجها فقضى بها رسول الله ﷺ للذى هى فى يده.

٢٠٢/ب وقد رواه الزعفرانى عنه قال: أخبرنا رجل عن إسحاق / بن عبد الله بن أبى فروة بإسناده ومعناه.

قال الشافعى فى القديم: هذه رواية صالحة ليست بالقوية ولا الساقطة، ولم يجد من أهل العلم من يخالف القول بهذا مع أنها قد رويت من غير هذا الوجه وإن لم تكن قوية . قال البيهقى : روينا هذا عن محمد بن الحسن عن أبى حنيفة، عن هشيم الصيرفى، عن الشعبى، عن جابر ، أن رجلين اختصما إلى النبى ﷺ فى ناقة، وروى ذلك عن شريح فى قضائه.

قوله: « تداعيا » أى : ادعى كل واحد منهما ما يدعيه الآخر. وقوله « نتجها » أى : ولدت عنده.

والذى ذهب إليه الشافعى: أنه إذا ادعى رجل على رجل عيناً فى يده فأنكره ثم أقام كل منهما البينة فإن بينة الشىء فى يده تقدم على بينه المدعى، ويسمى بينة المدعى عليه بينة الداخل وبينة المدعى بينة الخارج وإلى قول الشافعى ذهب شريح والنخعى والحكم، ومالك وأبو ثور، وأبو عبيد وقال أبو حنيفة وأصحابه: إن كان المدعى مالكاً

مطلقاً لم تسم بينته ، إلا أن يدعى النتاج فى ملكه أو النساج لما لا يتكرر نسجه فأما ما يتكرر نسجة كالخرز والصوف فلا تسمع ببنته، واختلف فيه عن أحمد.

وقد أخرج الشافعى فى القديم، أخبرنا الثقة من أصحابنا، عن ليث بن سعد قال: أخبرنا بكير بن عبد الله بن الأشج، أنه سمع سعيد بن المسيب يقول: اختصم رجلان إلى رسول الله ﷺ فى أمر فجاء كل واحد منهما بشهداء عدول على عدة واحدة، فأسهم رسول الله ﷺ بينهما وقال: « اللهم أنت تقضى بينهما».

قال الشافعى بالقرعة فى مثل هذه القضية عملاً بحديث ابن المسيب، وله قول آخر أنه / يقسم بينهما نصفيه، لأن حجة كل واحد منهما فيها سواء قال البيهقى : وقد قال ٢٠٣/أ
الشافعى فى مثل هذه المسألة بعد ذكر القولين، وهذا مما استخير الله فيه وأنا فيه واقف ثم قال. لا يعطى كل واحد منهما شىء ويوقف حتى يصطلحا.

* * *

الفصل السادس
فى القافة ودعوى الولد

أخبرنا الشافعى ، أخبرنا أنس بن عياش، عن هشام، عن أبيه، عن يحيى بن عبد الرحمن بن حاطب، أن رجلين تداعيا ولداً فدعى له عمر القافة فقالوا: قد اشتركا فيه، فقال له عمر: وال أيهما شئت.

وأخبرنا الشافعى، أخبرنا مالك ، عن يحيى بن سعيد، عن سليمان بن يسار، عن مثل معناه.

وأخبرنا الشافعى، أخبرنا مطرف بن مازن، عن معمر، عن الزهرى، عن عروة بن الزبير عن عمر.

أخرج مالك فى الموطأ من هذا الحديث [1] رواية سليمان وهذا لفظه : أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يليط أولاد الجاهلية بمن ادعاهم فى الإسلام، فأتى رجلان كلاهما يدعى ولد امرأة، فدعا عمر قائفاً فنظر إليهما فقال القائف: لقد اشتركا فيه فضربه بالدرة وقال : يديك ثم دعا المرأة فقال: أخبرينى خبرك فقالت: كان هذا لأحد الرجلين يأتيها فى إبل أهلها فلا يفارقها حتى تظن ويظن أن قد استمر بها الحمل ثم انصرف عنها فهريقت عليه الدماء، ثم خلفه الآخر فلا أدرى من أيهما هو ، فكبر القائف فقال عمر للغلام، وال أيهما شئت.

وقد أخرج الشافعى هذه فى القديم، عن مالك بالإسناد واللفظ .

٢٠٣/ب القافة: جمع قائف وهو الذى يعرف الآثار، وتقول : قفت أثره / أقوفه فأما فائق: أى اتبعته، وهم فى الشريعة قوم معروفون من العرب يعرفون الناس بالشبه فيلحقون إنساناً بإنسان لما يدركون من المشابهة التى يدركونها بينهما ما يخفى على غيرهم وقوله: « وال أيهما شئت » أى اتبع من أردت منهما وكن ابنا لمن شئت منهما.

ولاط بالشئ يليط ويلوط به ليطا ولوطاً إذا ألصق به وقوله: « هريقت على الدماء» أى حاضت، والغالب من حال الحامل أنها لا تحيض، فإن ظن أنها حيض فيكون ذلك نادراً لسبب.

والذى ذهب إليه الشافعى: أنه إذا اشترك اثنان فى وطء امرأة على وجه يلحق

---

(١) مالك فى الموطأ ص ٧٤٠

الولد كل واحد منهما ويكونان سواء، وهو أن يكون وطئاً بنكاح فاسد أو شبهة أو صحيح وفاسد أو شبهه، وقد بانت من النكاح الصحيح فأما إذا وطئها بشبهة ولها زوج فإن الولد يلحق بالزوج ، لأن فراشه قائم، وهو أقوى من الشبهة، فإذا زال فراشه بالطلاق كان هو والوطء بشبهة أو نكاح فاسد سواء، فإذا أتت بولد يمكن أن يكون لكل واحد منهما ، فإنه يرى القافة وإن ألحقوه بأحدهما لحق، وكذلك إذا وطىء السيدان جارية مشتركة بينهما، وكذلك إذا تنازعا فى اللقيط يرى القافة، وبه قال وعلى وأنس وإحدى الروايتين عن عمر، وإليه ذهب الأوزاعى، وأحمد ، وبه قال مالك فى ولد الأمة إذا وطئها سيد بعد سيد.

وقال أبو حنيفة: وألحقه بهما. وحكى الطحاوى عنه : أنه يلحقه باثنين ولا يلحقه بأكثر وحكى عن أبى يوسف : أنه يلحقه مثله وأكثر وقال المتأخرون: يجوز أن يلحق بمائة أب، وقال أبو حنيفة : فى الزانيين يتنازعان الولد ألحقه بهما.

وقد أخرج المزنى، عن الشافعى، عن سفيان، عن / الزهرى عن عروة، عن ٢٠٤/أ
عائشة قالت: دخل علىّ رسول الله ﷺ أعرف السرور فى وجهه فقال: «**ألم ترى أن محرزاً المدلجى نظر إلى أسامة وزيد وعليها قطيفة قد غطيا رؤسهما وبدت أقدامها فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض**» هذا حديث صحيح متفق عليه البخارى ومسلم(١).

قال الشافعى: ورسول الله ﷺ إنما يُسر بالحق ويقبله، ولو كان أمرًا باطلاً لقال لا تقل فى هذا شيئاً فإنك إن أصبت فى بعض فلعلك تخطئ فى بعض، ولم يطلع الله على الغيب أحداً، ولكن ـ والله أعلم ـ رآه علماً أوتيه من أوتيه، وأصحاب رسول الله ﷺ يستعملونه، وهو الذى أدركت عليه أهل العلم، والحكام ببلدنا لا اختلاف فيه، فلولم يكن فى القافة إلا هذا كان ينبغى أن يكون فيه دلالة لمن سمعه وأخبرنى عدد من أهل العلم من أهل المدينة ومكة أنهم أدركوا الحكام يقضون بقول القافة ، وأخبرهم من كان قبلهم أنهم أدركوا مثل ما أدركوا ولم يرد بين أحد يرضونه من أهل العلم تنازعاً فى القول بالقافة.

وأخبرنا الشافعى، أخبرنا ابن علية، عن حميد عن أنس أنه شك فى ابن له فدعا له القافة.

---

(١) البخارى فى فضائل الصحابه (٣٧٣١)، ومسلم فى الرضاع (١٤٥٩/٣٨)

هذا الحديث مؤكد لحديث القول: بالقافة ، وقد روى ، عن يحيى بن أيوب وغيره، عن حميد ، عن موسى بن أنس، عن أنس أنه مرض فشك فى حمل جارية له فقال: إن مت فادعوا له القافة.

* * *