

كتاب الأفضية⁽¹⁾

مسألة⁽²⁾ [88]:

[في الحاكم هل يحكم بعلمه أم لا؟]

لا يحكم الحاكم بعلمه في شيء من الأشياء لا فيما علمه قبل ولايته، ولا بعدها. كان ذلك الحق من الحقوق البدنية أو المالية⁽³⁾، وبه قال شريح⁽⁴⁾، والشعبي⁽⁵⁾، وابن⁽⁶⁾ أبي ليلي. والأوزاعي⁽⁷⁾. وأحمد وإسحاق⁽⁸⁾، والشافعي في أحد قوليه⁽⁹⁾.
وقال عبد⁽¹⁰⁾ الملك من أصحابنا: يحكم بعلمه فيما علمه في مجلس

- (1) الأفضية: جمع قضاء، وهو: «الفصل في الخصومات» لغة الفقهاء 365، وانظر: التعريفات 177، وتهذيب الأسماء واللغات 95، شرح الحدود 433، والأنيس 228.
- (2) ليست في الأصل ويقتضيها السياق.
- (3) قال في التفرع 2 / 245: ولا يجوز للحاكم أن يحكم بعلمه في حد ولا حق، وقال في الإشراف 2 / 283: «لا يجوز للحاكم أن يحكم بعلمه في شيء أصلاً، لا فيما علمه قبل الولاية، ولا بعدها، لا في مجلس الحكم، ولا غيره، لا في حقوق الله، ولا في حقوق الآدميين...»، وانظر: البداية 2 / 351 - 352، واختصار عيون المجالس 68 و: 2.
- (4) تقدمت ترجمته.
- (5) تقدمت ترجمته.
- (6) تقدمت ترجمته.
- (7) هو أبو عمرو عبد الرحمن بن عمرو بن يحمّد الأوزاعي قال فيه ابن مهدي: ما كان أحد بالشام أعلم بالسنة من الأوزاعي، أخذ عنه العلم: عبدالله بن المبارك، وأبو العباس الوليد ابن مسلم، وعمرو بن أبي سلمة، وغيرهم، مات رحمه الله سنة 175 هـ.
- (8) ترجمته في طبقات الشيرازي 76، وطبقات الحفاظ 85، 86، والخلاصة 232.
- (9) قال في المهذب 2 / 303: «وإن عُلِمَ حال المحكوم فيه، نظرت فإن كان ذلك في حق الآدمي، ففيه قولان: أحدهما أنه لا يجوز أن يحكم فيه بعلمه... والثاني وهو الصحيح، وهو اختيار المزني رحمه الله: أنه يجوز أن يحكم بعلمه.
- (10) تقدمت ترجمته.

حكمه، دون ما علمه في غيره⁽¹⁾.

وقال أبو حنيفة: يحكم بعلمه فيما علمه من حقوق الناس بعد ولايته، دون ما علمه من ذلك قبل ولايته، ولا يحكم بعلمه في شيء من الحدود، علم ذلك قبل ولايته أو بعدها⁽²⁾.

وقال الشافعي في قوله الثاني: يحكم بعلمه في كل شيء.

واحتج أصحاب أبو حنيفة، بقوله عز وجل ﴿وَلَا تُقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾ [الإسراء: 36] قالوا: فهو إذا حكم بما علم، فلم يقف إلا ما علم، فوجب أن يجوز حكمه.

قالوا: وقد قال ﷺ: «لَيْسَ الْخَبْرُ كَالْمُعَايِنَةِ [أو] (3) كَالْعِيَانِ»⁽⁴⁾، قالوا:

(1) قال في الإشراف 2 / 283: «وقال عبد الملك: يحكم بعلمه في مجلس حكمه، إذا حضر عنده الخصم فاعترف بحق خصمه». وانظر: اختصار عيون المجالس 68 و: 2.

(2) وقال في البدائع 6 / 7 - 7: «وعلى هذا يخرج قضاء القاضي بعلم نفسه في الجملة، فنقول: تفصيل الكلام فيه أنه لا يخلو إما أن قضى بعلم استفاده في زمن القضاء ومكانه، وهو الموضع الذي قلد قضاءه. وإما أن قضى بعلم استفاده قبل زمان القضاء، وفي غير مكانه، وإما أن قضى بعلم استفاده بعد زمان القضاء في غير مكانه، فإن قضى بعلم استفاده في زمان القضاء، وفي مكانه بأن سمع رجلاً أقر لرجل بمال، أو سمعه يطلق امرأته، أو يعتق عبده، أو يقذف رجلاً، أو رآه يقتل إنساناً، وهو قاض في البلد الذي قلد قضاءها، جاز قضاؤه عندنا، ولا يجوز قضاؤه به في الحدود الخالصة بلا خلاف بين أصحابنا، إلا أن في السرقة يقضي بالمال لا بالقطع. وللشافعي فيه قولان: في قول: لا يجوز له أن يقضي به في الكل، وفي قول: يجوز في الكل». «وهو الصحيح من قوليه عند أصحابه»، وهو اختيار المزني ن: المهذب 2 / 303.

(3) تكملة يقتضيتها السياق.

(4) قال القرضاوي في كتابه: فتاوى معاصرة 1 / 110: «ليس الخبر كالعيان حديث صحيح مرفوع، رواه ثلاثة من الصحابة: أنس، وأبو هريرة، وابن عباس، بلفظ: «ليس الخبر كالمعاينة»، فرواه الطبراني في الأوسط عن أنس، والخطيب في تاريخه عن أبي هريرة، ورمز السيوطي لحسنه في الجامع الصغير، وقال شارحه المناوي: هو كما قال، أو أعلى، فقد قال الهيثمي: رجاله ثقات، رواه أيضاً ابن منيع، والعسكري، وعده من جوامع الكلم والحكم، قال الزركشي: ظن أكثر الشراح أنه ليس بحديث، وهو حديث حسن خرجته =

ولأنه عليه السلام حَكَمَ بَعْلِمِهِ فِي قَضِيَّةِ هِنْدَ (1).

قالوا: ولأن البينة إنما توجب عملاً، ولا توجب علماً، وإنما مبناها على غلبة الظن، والمظنونات لا مجال لها في القطعيات، فإذ حكم بعلمه، ودّاه ذلك إلى الحقيقة، والقطع من غير شك، ولا ظنّ.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ [البقرة: 282]. ثم قال: ﴿يَمَنْ رَضِيَ مِنَ الشَّهَادَةِ﴾ [البقرة: 282]، وقال: ﴿وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾ [الطلاق: 2]، وقال: ﴿وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾ [البقرة: 282]، وقال: ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ﴾ [النور: 4]، وقال: ﴿وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذًا لَمِنَ الْآثِمِينَ﴾ [المائدة: 106]، فأمر جل وعز بإقامة الشهادة عند تفاقم أمر (2) الخصوم، ولم يقل: إن من يرفع إليه الخصوم الأحكام (3)، يحكم فيها (4) بعلمه (5).

ولأن النبي ﷺ، اشترى فرساً من رجلٍ من الأعراب، فلما أرادَ عليه

= أحمد، وابن حبان، والحاكم من طرق، ورواه الطبراني... وقال في موضع آخر: رواه الحاكم وابن حبان، وإسناده صحيح. وأما حديث ابن عباس فرواه أحمد والطبراني في الأوسط، والحاكم، وقال الهيثمي: رجاله رجال الصحيح، وصححه ابن حبان... (1) هي هند بن عتبة: أم معاوية رضي الله عنهما، أسلمت عام الفتح، توفيت في خلافة عمر رضي الله عنه.

ترجمتها في الاستيعاب بهامش الإصابة 13 / 178، والإصابة 13 / 167

وقضيتها المشار إليها هنا هي ما أخرجه مسلم في صحيحه، في كتاب الأقضية، باب قضية هند، عن عائشة رضي الله عنها قالت: «دخلت هند بنت عتبة امرأة أبي سفيان على رسول الله ﷺ، فقالت: يا رسول الله: إن أبا سفيان رجل شحيح، لا يعطيني من النفقة ما يكفيني، ويكفي بني إلا ما أخذت من ماله بغير علمه، فهل علي في ذلك من جناح؟ فقال رسول الله ﷺ: «خذني من ماله بالمعروف ما يكفيك، ويكفي بنيك».

(2) في الأصل: الأمر.

(3) في الأصل: الأحكام.

(4) في الأصل: فيما.

(5) في الأصل: يعلمه.

السلام قَبَضَ الْفَرَسَ جَحَدَهُ الْأَعْرَابِيُّ الْبَيْعَ، فَلَمْ يَحْكَمْ عَلَيْهِ السَّلَامُ [بِعَلْمِهِ] (1) عند عدم البيعة (2). وهذا نص في موضع الخلاف.

وإذا كان كذلك، وجب أن لا يحكم بعلمه في شيء من الحقوق المالية (3)، دليhle: الحدود التي اتفقنا على أنه لا يحكم في شيء منها بعلمه. ولأن الله عز وجل قال: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا [بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءِ] (4) [هـ 203]، فَأَجْلِدُوهُنَّ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: 4]، فأمر جل وعز بجلد القاذف عند عجزه عن إقامة البيعة، وفي (5) حديث هلال (6) بن أمية لما لاعن زوجته؛ وقد رماها بشريك (7) بن سحماء: إن جاءت به [به] (8) علي نعت كذا (9)، فهو لهلال بن أمية، وإن جاءت به كذا (10) علي نعت (11) كذا، فهو لشريك، فجاءت به علي النعت المكروه، فقال النبي ﷺ: «لَوْ كُنْتُ رَاجِمًا أَحَدًا بَعِيرٍ بَيْنَهُ لَرَجَمْتُهَا» (12)،

- (1) محوطة في الأصل، وأثبتناها هكذا اجتهدًا.
- (2) لم أقف عليه بلفظه، وفي المقدمات م 2 / 273 أشار إليه في لفظ مختصر فقال: «روي أن خزيمة بن ثابت شهد للنبي عليه السلام أنه اشترى الفرس من الأعرابي، ولم يحضر ولا شهد».
- (3) محوطة في الأصل، وأثبتناها هكذا اجتهدًا.
- (4) تكملة لازمة.
- (5) في الأصل: في.
- (6) هو هلال بن أمية بن عامر الأنصاري الواقفي، شهد بدرًا، وهو أحد الثلاثة الذين تخلفوا عن غزوة تبوك، ثم تابوا فتاب الله عليهم، وهو الذي قذف زوجته بشريك بن السحماء، له ذكر في الصحيحين، ترجمته في الاستيعاب بهامش الإصابة 10 / 402، والإصابة 10 / 252.
- (7) هو شريك بن سحماء، وهي أمه، واسم أبيه عبدة بن مُعْتَب بن الجد بن العجلان البلوي. قيل: شهد مع أبيه أحدًا، وهو أخو البراء بن مالك لأمه، وهو الذي قذفه هلال بن أمية بامرأته. ترجمته في الاستيعاب بهامش الإصابة 5 / 76 - 77، والإصابة 5 / 74 - 75.
- (8) تكملة يقتضيها السياق.
- (9) في الأصل: كذي.
- (10) في الأصل: كذي.
- (11) في الأصل: كذي.
- (12) هذا الحديث في بعض رواياته أن الذي لاعن زوجته هو عويمر العجلاني، وفي بعضها =

فلم يحكم عليه السلام عليها بعلمه، وقد علم أنها زنت لما جاءت بالولد على النعت المكروه.

وقد امتنع ﷺ عن قتل المنافقين مع علمه بكفرهم، وقال: «لَوْلَا أَنْ يَقُولُوا (1) النَّاسُ: إِنَّ مُحَمَّدًا يَقْتُلُ أَصْحَابَهُ» (2). فلم يحكم بعلمه.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من قوله عز وجل: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾، منتقض عليهم بالحدود، لأنه لا يحكم فيها عندهم بعلمه، مع كونه قد قفاها علمًا، ويبطل عليهم ما (3) علمه بعد ولايته، بما علمه قبلها، ويبطل على عبد الملك بما علمه في غير مجلسه.

وما ذكروه من البينة، وأنها بيينة على غلبة الظن، فهو صحيح، لكن الله تعبدنا كذلك، لأن في قبولها، والعمل بها، حراسة للأموال وتصوينها، وفي تركها والعدول (4) إلى غيرها فساد الأحوال والأموال.

وما احتجوا به من قصة هند، فليس ذلك حكمًا من النبي ﷺ، وإنما هي فتوى، والمفتي إنما يفتي بعلمه.

والدليل على أنها فتوى وليست (5) بحكم: أنها قالت: يا رسول الله، إن

= الآخر، هو: هلال بن أمية. ن: نصب الراية 3 / 253.

وحديث هلال بن أمية مخرج في صحيح مسلم في كتاب اللعان، من رواية أنس بن مالك رضي الله عنه، بلفظ هذا نصه:

«... حدثنا هشام عن محمد، قال: سمعت أنس بن مالك، وأنا أرى أن عنده منه علمًا، فقال: إن هلال بن أمية قذف امرأته بشريك بن سحماء، وكان أخا البراء بن مالك لأمه، وكان أول رجل لاعن في الإسلام، قال: فلاعنها، فقال رسول الله ﷺ: «أبصروها فإن جاءت به أبيض سبطًا قضي العينين، فهو لهلال بن أمية، وإن جاءت به أكحل جعدًا حمش الساقين، فهو لشريك بن سحماء». قال: فأثبت أنها جاءت به أكحل جعدًا أحمش الساقين».

(1) هكذا في الأصل!!

(2) لم أقف عليه.

(3) في الأصل: بما.

(4) في الأصل: عن العدول.

(5) في الأصل: فليس.

أبا سفيان رجل مسك، أفأخذ شيئاً من ماله؟ - وكان أبو سفيان غائباً - فقال لها عليه السلام: «خُذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ» أو كما قال ﷺ. فصح أن ذلك فتوى، وليس حكماً بعلمه⁽¹⁾، والله أعلم.

(1) في الأصل: بعلم.

مسألة [89]:

[في الحاكم، متى يحكم على المدعى عليه بعد نكوله؟]

لا يحكم الحاكم على المدعى⁽¹⁾ عليه بنكوله، حتى يردَّ اليمين على المدعى⁽²⁾. وبه قال الشافعي⁽³⁾. وقال أبو حنيفة: يحكم عليه بنفس النكول من غير رد⁽⁴⁾. وبه قال القاضي أبو يوسف ومحمد⁽⁵⁾ بن الحسن، قالوا: إلا في القصاص والطلاق والنسب والولاء.

واحتج أصحابهم بقوله ﷺ: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»⁽⁷⁾، قالوا: فجعل البينة في جانب، واليمين في جانب آخر. قالوا:

(1) في الأصل: المدعا.

(2) قال في التفرع 2 / 243: «... فإن نكل عن اليمين (أي المدعى عليه)، لم يحكم له عليه بمجرد النكول، وحلف المدعى على ما ادعاه، واستحق ما ادعاه بيمينه ونكول خصمه». وقال في الإشراف 2 / 286: «لا يحكم بمجرد النكول، إلا أن ترد اليمين على المدعي فيما ادعاه، فإذا حلف حكم له على المدعى عليه. وقال أبو حنيفة: إذا نكل المدعى عليه عن اليمين، كررت عليه ثلاثاً، فإن حلف وإلا حكم عليه بنفس نكوله، ولا ترد اليمين على المدعي.

(3) قال في المهذب 2 / 303: «وإن سكت المدعى عليه، ولم يقر، ولم ينكر. قال له الحاكم: إن أجبت وإلا جعلتك ناكلاً، والمستحب أن يقول له ذلك ثلاثاً، فإن لم يجب جعله ناكلاً، وحلف المدعي، وقضي له».

(4) قال في المبسوط 17 / 34: والفصل الثاني أن نكول المدعى عليه عن اليمين، موجب للقضاء عليه بالمال عندنا، ولكن ينبغي للقاضي أن يعرض اليمين ثلاث مرات، يخبره في كل مرة، أن من رأيه القضاء بالنكول إيلاء لعذره، فإن لم يحلف قضى عليه. وعند الشافعي رحمه الله: يرد اليمين على المدعي. فإن حلف أخذ المال، وإن أبي انقطعت المنازعة بينهما». وانظر: إيثار الإنصاف 348.

(5) تقدمت ترجمته.

(6) تقدمت ترجمته.

(7) قال في نصب الراية 4 / 95: «أخرجه البيهقي في سننه عن ابن عباس قال: قال رسول الله=

[فلا] (1) يجوز قلب ذلك بحال .

قالوا: ولأن الحجة حجتان: حجة للمدعي، وحجة للمدعى (2) عليه؛
وحيث (3) لم يجوز أن ينقل حجة المدعي (4) إلى المدعى (5) عليه، فكذلك لا
ينقل حجة المدعى (6) عليه وهي اليمين، إلى المدعي .

قالوا: ولأن براءة ذمته من الدعوى إنما (7) يكون باليمين، فإذا نكل عنها
حَقَّقَ دعوى خصمه، فَيَحِقُّ عليه ما ادعاه .

قالوا: ولأن ابن (8) عمر باعَ جملاً بثمانين درهماً بالبراءة (9)، فوجد به
المشتري عيباً، فرده عليه، فتحاكما إلى عثمان بن عفان رضي الله عنه،
فقضى (10) على ابن عمر باليمين، فنكل عنها، فقضى (11) عثمان برد البعير عليه
من غير أن يرد اليمين على المدعي (12). قالوا: ولو كانت اليمين ترد على

= **عَلَيْهِ**: «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم، لكن البينة على المدعي
واليمين على من أنكر» انتهى . والحديث في الصحيحين بلفظ: «لكن اليمين على المدعى
عليه» أخرجاه عن ابن أبي مليكة عن ابن عباس» .

(1) تكملة لازمة .

(2) في الأصل: للمدعا .

(3) في الأصل: من حيث .

(4) في الأصل: المدعا .

(5) في الأصل: المدعا .

(6) في الأصل: المدعا .

(7) في الأصل: أما .

(8) تقدمت ترجمته .

(9) البراءة: «السلامة من العيب» لغة الفقهاء 106 .

(10) في الأصل: فقضا .

(11) في الأصل: فقضا .

(12) قال في نصب الراية 4 / 101: «وروى ابن أبي شيبة في مصنفه في الأفضية: حدثنا عباد بن
العوام عن يحيى بن سعيد، عن سالم أن ابن عمر باع غلاماً له بثمانمائة درهم، فوجد به
المشتري عيباً، فخاصمه إلى عثمان، فقال له عثمان: بعته بالبراءة؟ فأبى أن يحلف فرده
عثمان عليه». وفي الموطأ 422 في كتاب البيوع: العيب في الرقيق . نحوه .

المدعي إذا نكل عنها المدعى⁽¹⁾ عليه، للزم أن لا يثبت لأحد حق أبداً إلا بإقامة حجتين، لأن نكول المدعى⁽²⁾ عليه حجة، ويمين المدعي حجة أخرى.

قالوا: ولأن الأصول كلها شاهدة أن الحقوق لا يحكم فيها إلا بحجة واحدة.

والدليل على صحة ما قلناه: [حديث]⁽³⁾ سهل⁽⁴⁾ بن أبي حثمة، أن النبي ﷺ بدأ بالأنصار في...⁽⁵⁾ صاحبهم. قالوا: كيف نحلف على ما لم نعلم؟ قال: «فَتَبَّرْتُكُمْ يَهُودَ بِخَمْسِينَ يَمِينًا»⁽⁶⁾، فرد عليه السلام اليمين على اليهود بعد امتناع الأنصار منها. وهذا نص في موضع الخلاف.

ولأن النكول معنى لا ينص⁽⁷⁾ على عين⁽⁸⁾ الحق، فلا يكون حجة في ثبوت الحق، وأن النكول امتناع من يمين، وليس في ذلك إثبات حق أصلاً. ولأنها دعوى بين اثنين، فوجب أن لا يحكم فيها بمجرد النكول. دليله القصاص والطلاق وما في معناهما.

ولأنه لا خلاف بيننا وبينهم أن المدعي إذا عجز عن إقامة البينة، لم

(1) في الأصل: المدعا.

(2) في الأصل: المدعا.

(3) تكملة لازمة.

(4) هو سهل بن أبي حثمة عامر بن ساعدة الأنصاري، صحابي صغير، ولد قبل وفاة رسول الله عليه السلام بثمان سنين أو نحوها، روى عنه صالح بن خوات، وبشير بن يسار، وعروة وغيرهم. خرج له الشيخان، توفي في أول خلافة معاوية.

ترجمته في الاستيعاب بهامش الإصابة 4 / 272 - 273، والإصابة 4 / 271 - 272، والخلاصة 175.

(5) هنا في الأصل كلمة مدمجة الحروف مهملة الإعجام، صورتها هكذا: جعهر.

(6) هذا جزء من حديث طويل أخرجه مسلم في صحيحه في كتاب القسامة، باب القسامة، بروايات متعددة وألفاظ متقاربة.

(7) في الأصل: ينصر.

(8) في الأصل: غير.

يحكم بإسقاط⁽¹⁾ حقه عن المدعى⁽²⁾ عليه، حتى يرد عليه اليمين، فوجب لذلك أنه إذا نكل المدعى⁽³⁾ عليه عن اليمين ألا يُحْكَمَ عليه أيضاً حتى يرد اليمين على المدعي.

ولأن نكول المدعى⁽⁴⁾ عليه، لا يخلو من أحد ثلاثة أقسام: إما أن يكون نكوله بمنزلة الشاهدين، أو بمنزلة الشاهد والمرأتين، أو بمنزلة الإقرار. فمحال أن يكون ذلك بمنزلة الشاهدين، لأنه لو كان كذلك لحكم به في القصاص.

ومحال أن يكون بمنزلة الشاهد والمرأتين، لأنهم لا يحكمون بذلك في النكاح.

ومحال أن يكون ذلك كالإقرار، لأنه لو كان إقراراً⁽⁵⁾ صحيحاً، لقضينا به، ولم نختلف فيه معهم، دليله: سائر الإقرارات. ولأن قوله ﷺ: «البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر»⁽⁶⁾، معناه: إن حلف [هـ 204]، فإن امتنع عن اليمين، ردت على المدعي كما ذكرنا.

ولأن المدعي⁽⁷⁾ له حجتان: البينة، أو يمين المدعى⁽⁸⁾ عليه عند عدم البينة، فإن عجز عن إقامة إحدى حجتيه وهي البينة، رجع إلى الحجة الأخرى، وهي⁽⁹⁾ يمين المدعى⁽¹⁰⁾ عليه، فوجب لذلك أيضاً أن يكون

(1) في الأصل: عن إسقاط.

(2) في الأصل: المدعا.

(3) في الأصل: المدعا.

(4) في الأصل: المدعا.

(5) في الأصل: إقرار.

(6) تقدم تخريجه:

(7) في الأصل: المدعا.

(8) في الأصل: المدعا.

(9) في الأصل: وهو.

(10) في الأصل: المدعا.

للمدعى (1) عليه حجتان: إحداهما (2) يمينه لتبرأ (3) بها ذمته، والثانية: يمين المدعى إذا نكل هو عن اليمين، لأن نكوله عن اليمين عجز كعجز المدعى عن البيعة. فلما كان للمدعى يمين المدعى (4) عليه عند عجزه عن البيعة، فكذلك المدعى (5) عليه له يمين المدعى إذا نكل هو عن اليمين.

ولا يصح أن يقال: إن المدعى إذا عجز عن إقامة البيعة، سقط حقه، وإنما يقال: سقط حقه في البيعة فقط، وحقه في يمين المدعى (6) عليه باق، فوجب أن يقال للمدعى عليه إذا نكل عن اليمين: قد سقط حقه في اليمين التي جعلها الشارع عليه السلام براءة لذمتك، وبقي حقه على المدعى عليك. فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من القياس، فقد أجبنا عنه بما فيه كفاية، وهو أن النكول لا ينص على عين حق فلا يكون حجة في إثبات حق، ولأن النكول امتناع من يمين، وليس في ذلك حجة أصلاً. وبهذا الكلام يناظرون عن جميع ما ذكروه.

وما ذكروه عن عثمان، وابن (7) عمر رضي الله عنهما، فلم يثبت ذلك على الوجه الذي ذكروه عن أحد من الصحابة، وإنما اختلف فيه التابعون. وقد حكى ابن (8) المنذر مثل قولنا عن

(1) في الأصل: للمدعا.

(2) في الأصل: أحدهما.

(3) في الأصل: ليبرأ.

(4) في الأصل: المدعا.

(5) في الأصل: المدعا.

(6) في الأصل: المدعا.

(7) تقدمت ترجمته.

(8) هو أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري شيخ الحرم، وصاحب الكتب التي لم يصنف مثلها، احتاج إلى كتبه الموافق والمخالف. كان غاية في معرفة الاختلاف والدليل، مجتهداً، لا يقلد أحداً، من مؤلفاته: الإشراف، والمبسوط، والإجماع، والتفسير، والسنن والاختلاف. مات بمكة سنة 309، أو 310هـ.

ترجمته في: طبقات الشيرازي 108، وطبقات العبادي 67، وطبقات السبكي 126 / 2، ووفيات الأعيان 3 / 344، وطبقات الحفاظ 330.

شُرَيْحٌ (1) والشعبي (2)، وابن سيرين (3) وسوار (4) القاضي، وعبيد (5) الله بن حسين العنبري. قال: وهو قول مالك والشافعي وأبي (6) ثور، والمُزني (7)، ثم قال: وقالت طائفة: يلزم الحق بنكول المدعى عليه، ولم ينقل هذا القول إلا عن أبي حنيفة، وأحمد بن حنبل في أحد الروايتين عنه. وقال ابن أبي (8) ليلى: إذا قال المدعى (9) عليه: لا أقر ولا أنكر، وجب على القاضي ألا يتركه حتى يقر أو ينكر. وما ذكرنا هو المستفاض في النقل. والله أعلم.



-
- (1) تقدمت ترجمته .
- (2) تقدمت ترجمته .
- (3) هو أبو بكر محمد بن سيرين، مولى أنس بن مالك، من سبي عين التمر، كان الشعبي يقول: عليكم بذلك الرجل الأصم، يعني محمد بن سيرين، مات سنة 110 هـ .
ترجمته في طبقات الشيرازي 88، وطبقات الحفاظ 38 - 39 .
- (4) هو أبو عبد الله سوار بن عبد الله بن سوار العنبري القاضي المصري. روى عم معتمر بن سليمان، ويحيى القطان، وعبدالوارث، ويزيد بن زريع، وعنه أبو داود والترمذي والنسائي. مات سنة 245 هـ. ترجمته في الخلاصة 159 .
- (5) هو عبيدالله بن الحسن العنبري التميمي البصري، الفقيه، قاضي البصرة بعد سوار بن عبد الله سمع داود بن أبي هند، وخالد الحذاء، وغيرهم، روى له مسلم في صحيحه. قال ابن سعد: كان ثقة عاقلاً .
- ترجمته في تهذيب الأسماء واللغات 1 / 311 .
- (6) تقدمت ترجمته .
- (7) تقدمت ترجمته .
- (8) تقدمت ترجمته .
- (9) في الأصل: المدعا .

في حكم قضاء القاضي هي ينفذ على ما يوافق ظاهر عدالة البينة؟

قضاء القاضي ينفذ على ما يوافق ظاهر عدالة البينة⁽¹⁾، فإن [لم يكن⁽²⁾] للبينة حقيقة عدالة فيما شهدوا به، مثل أن يكونوا قد أُرْشُوا، أو تعمدوا الكذب فيما شهدوا به. لم ينفذ الحكم على حال لا ظاهراً ولا باطناً⁽³⁾. وبه قال الشافعي، والقاضي أبو⁽⁴⁾ يوسف. ومحمد⁽⁵⁾ بن الحسن، وهو قول أكثر أهل العلم⁽⁶⁾.

وقال أبو حنيفة: ينفذ الحكم ظاهراً وباطناً، إن كان ذلك القضاء في عقد⁽⁷⁾ أو حل. قال: وإن كان الحكم في مال لم ينفذ الحكم في الباطن، وإنما ينفذ في الظاهر⁽⁸⁾.

(1) البينة: الحجة القوية، والشهادة لغة الفقهاء 115.

(2) تكلمة لازمة.

(3) قال في الإشراف 2 / 284: «إذا حكم الحاكم بما هو في الباطن على خلاف ما حكم به، لم ينفذ حكمه في الباطن، ولم يتغير الشيء المحكوم فيه عما عليه بحكمه، كان ذلك في مال أو نكاح، أو طلاق، يملك الحاكم ابتداءه، ومما لا يملكه. وقال أبو حنيفة: إن كان المحكوم فيه مالا لم يتغير الحكم في الباطن، وإنما يتغير في الظاهر، وإن كان عقداً أو فسخاً، فإن الحكم ينفذ فيه ظاهراً وباطناً».

(4) تقدمت ترجمته.

(5) تقدمت ترجمته.

(6) انظر: البداية 2 / 245 - 246.

(7) في الأصل: عائر، وقوله في عقد أو حل: أي في زواج أو طلاق. ن: إشار الإنصاف 344 - 345.

(8) قال في البدائع 7 / 15: «وأما بيان ما يحله القضاء وما لا يحله. فالأصل أن قضاء القاضي بشاهدي الزور فيما له ولاية إنشائه في الجملة، يفيد الحل عند لا يفيد الحل عند أبي حنيفة رحمه الله، وقضاؤه فيما ليس له ولاية إنشائه أصلاً، لا يفيد الحل بالإجماع، وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله والشافعي رحمه الله: لا يفيد الحل فيهما جميعاً...» وانظر: =

واحتج أصحابه بما روي أن شاهدين شهدا عند علي رضي الله عنه على امرأة بالنكاح، فقالت المرأة: يا أمير المؤمنين إنه لم يكن بيني وبينه نكاح قط، فإن كان ولا بد فزوّجني منه، فقال لها علي رضي الله عنه: «شَاهِدَاهُ زَوْجَاكِ مِنْهُ»⁽¹⁾.

قالوا: والاستدلال بهذا الخبر هو امتناع علي من تزويجها⁽²⁾ منه، مع إخبارها بحقيقة الأمر. قالوا: وقد قال لها مع ذلك: شَاهِدَاهُ زَوْجَاكِ مِنْهُ. ومعناه أن ثبوت النكاح بينكما إنما كان بشهادتهما.

واحتجوا من جهة المعنى، فقالوا: قضاء بحجة شرعية، أو قضاء بأمر الله تعالى فيما يدخل تحت ولاية القضاء، فوجب أن ينفذ قضاؤه حقيقة. دليله: ما إذا قضى باجتهاد رأي من يعتقد خلافه، أو قضى⁽³⁾ بالفرقة في اللعان.

قالوا: ولأنه قضى بيينة عادلة في ظاهر علمه، ولا حجة للقضاء سواها، لأن القاضي لا وصول له إلى علم ذلك⁽⁴⁾ معرفة صدقهم أو كذبهم.

قالوا: وهذا معلوم قطعاً؛ إذ الغيب لا يعلمه إلا الله، ومتى يتصور للقاضي الوقوف على أن الشهود صدقة أو كذبة؟ وإذا لم يكن له إلى علم ذلك وصول، صح القضاء، لأنه لا يتأتى⁽⁵⁾ التكليف بما ليس في وسع الإنسان.

والدليل على صحة ما قلناه: هو [أن]⁽⁶⁾ صحة القضاء إنما يكون بوجود الحجة، وإصابة محلها. والقضاء في هذه المسألة، لم يصب حجته ولا محله،

= المبسوط 16 / 85 والإفصاح 2 / 346 - 347، والبداية 2 / 345.

في الأصل: ساهداك.

(1) انظر: المغني 9 / 59.

(2) في الأصل: يزوجها.

(3) في الأصل: قضا.

(4) هكذا في الأصل، والظاهر أنها زائدة.

(5) في الأصل: يتأتا.

(6) تكملة يقتضيها السياق.

فوجب بطلانه، لأن حجة القضاء بينة العادلة⁽¹⁾، ولا بينة ها هنا إلا شهود زور، وشهود الزور لا يكونون حجة بإجماع. فنعلم بهذا قطعاً أن شهادة الكذب لا تكون حجة، لأن الله تعالى أوجب طلب الصدق، وإذا أوجب طلب الصدق سقطت حجة الكذب، إذ الكذب لا يكون حجة بإجماع. فيعلم بهذا قطعاً أن شهادة الزور لا تكون حجة، لأنهم إذا شهدوا بعقد أو بحل، ولم يكن هناك عقد ولا حل، فلا محل، ولا محط لتأثير الشهادة، ولا وجود لصدق الحجة، فبطل وجود الحجة، ووجود محلها، وإذا بطلا جميعاً، علم على اليقين والقطع بطلان القضاء الواقع عنها. وهذا في غاية الوضوح.

فإذا ثبت هذا، فما ذكروه عن علي رضي الله عنه إن صح، فهو معارض بل هو ساقط بقوله عز وجل: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾ [الطلاق: 2] وقوله: ﴿وَمَنْ رَضَوْنَ مِنَ الشَّهَدَاءِ﴾ [البقرة: 282]، فإذا وقع القضاء بشاهدي زور، فهو خلاف ما قضى⁽²⁾ الله تعالى به⁽³⁾.

وقولهم: [هـ-205] إنه قضاء بحجة شرعية. فالجواب أنه قضاء بحجة شرعية في الظاهر، أما في الباطن [فلا]⁽⁴⁾ لعدم⁽⁵⁾ محل الحقيقة كما تقدم. وقولهم: كما لو قضى باجتهاد رأي. فقد أصاب القضاء حجته ومحلّه.

وقولهم: كما لو قضى بالفرقة في اللعان، إنما هو بناء على أصل مذهبهم، وعندنا بتمام اللعان تقع الفرقة. وقولهم: إنه حكم بينة عادلة في ظاهر علمه. ولا حجة للقضاء سوى هذا. فالجواب أن⁽⁶⁾ ما قالوه، إنما هو حجة جواز القضاء، وبه نقول. وإنما اختلفنا في حجية نفوذ القضاء حقيقة.

(1) في الأصل: العدالة.

(2) في الأصل: قضا.

(3) في الأصل: عليه.

(4) تكملة لازمة.

(5) في الأصل: والعدم.

(6) في الأصل: أنما.

لأن الحقيقة لا تبني⁽¹⁾ إلا على حقيقة. وإذا كان الشهود غير عدول، فلا حق ولا حقيقة.

وقولهم: إن الغيب لا يعلمه إلا الله، ومتى يقف القاضي على [أن]⁽²⁾ الشهود صدقة أو كذبة؟ فهو مسلم. ولهذه العلة التي ذكروا يتم القضاء، ويرتفع عن القاضي الحرج⁽³⁾ في قضاؤه. وإنما اختلفنا في تصحيح القضاء حقيقة بحجة لا حقيقة لها جملة. والله أعلم.

(1) في الأصل: تبنا.

(2) تكملة يقتضيها السياق.

(3) الحرج: الإثم. ن: لغة الفقهاء 178.