

كتاب القضاء وما
يتعلق به من آداب
القاضي والدعاوى
والبيّنات والشهادات

obeikandi.com

كتاب القضاء وما يتعلق به من آداب القاضى والدعاوى والبيانات والشهادات

وفيه / ستة فصول :

الفصل الأول

فى آداب القضاء

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

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

وأخبرنا الشافعى ، أخبرنا ابن عيينة ، عن عبد الملك بن عمير ، عن عبد الرحمن بن أبى بكر ، عن أبىه 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 مالكاً^(١) .

فأما البخارى : فأخرجه عن آدم ، عن شعبة ، عن عبد الملك ، عن عبد الرحمن قال : كتب أبو بكر 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 قتبية ، 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 قتبية ، عن أبى عوانة ، عن عبد الملك .

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

والذي جاء في روايات هذا الحديث على اختلافها يحكم الحاكم، أولاً يقضى بالشك، وجاء في رواية أخرى « لا يحكم الحاكم ولا يقضى » فجمع بينهما، وجاء في 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، وبقي 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.

ب/١٩٢

والشافعي - رحمه الله - استدل بهذا الحديث على تثبيت الحاكم فى حكمه. قال: قال عز وجل ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ﴾ [الحجرات: ٦] الآية فأمر الله من يمضى أمره على أحد من عباده أن يكون مثبته قبل أن يمضيه ثم أمر رسول الله ﷺ فى الحكم خاصة أن لا يحكم الحاكم وهو غضبان، لأن الغضبان مخوف على أمرين أحدهما: قلة الثبوت 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 جار مجرى الغضب فله حكمه، مثل الجوع الشديد، والعطش الشديد والفرح الشديد والفرع الشديد ومدافعة الأخبثين؛ لأن هذه الأشياء تمنع التثبيت فى الحكم وإن حكم فى هذه الأحوال فقد حكمه.

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

أ/١٩٣

وأخبرنا الشافعي، 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: ﴿وَأْمُرُهُمْ 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 مآله أن يجله، 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 وأبي بكر وعمر ومن بعدهما من الأئمة، ولا يشاور إلا أميناً عالماً بالكتاب والسنة والآثار وأقويل الناس أو لسان العرب، ولا يقبل منه وإن كان أعلم منه حتى يعلم كعلمه.

والشورى: مصدر كالتفتيا 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 أبي قيس مولي عمرو بن العاص 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 أبي 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 الذى 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 الذى طلبه باجتهاده ولذلك قابله بالخطأ الذى هو ضد الصواب، والناس فى هذه المسألة مختلفون على طريقتين، فمنهم من قال: كل مجتهد فى الظنيات مصيب، ومنهم من قال: المصيب واحد والباقون

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

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

وقد اختلفت الروايات عن الشافعي وأبي حنيفة وغيرهما من الأئمة رضي الله عنهم في ذلك والله أعلم.

قال الشافعي - رحمه الله عليه - : قال الله جل ثناؤه: ﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ﴾ (٧٨) فَفَهَمْنَاهَا سُلَيْمَانُ وَكُلًّا آتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا [الأنبياء: ٧٩] قال الحسن بن أبي الحسن: لولا هذه الآية لرأيت أن الحكام قد هلكوا، ولكن الله حمد هذا بصوابه وأثنى على هذا باجتهاده. قال الشافعي رضي الله عنه في المجتهدين إذا اختلفوا وكان ممن له الاجتهاد، وذهبوا مذهبا محتملا 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 الذي 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 الشافعي رضي الله عنه: من حكم أو أفتى بخبر لازم أو قياس عليه فقد أدى ما كلف وحكم وأفتى، من حيث أمر كان في النص مؤدياً ما أمر به نصاً، وفي القياس مؤدياً ما أمر به اجتهاداً، وكان مطيعاً لله تعالى بالأمرين، ثم لرسول الله صلى الله عليه وسلم فإنه أمرهم بطاعة الله ثم رسوله ثم الاجتهاد.

وقد أخرج الشافعي في (كتاب حرملة) عن إبراهيم بن سعد، عن أبيه، عن القاسم، عن عائشة قالت: قال / رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أحدث في أمرنا ما ليس فيه فهو رد ». / ١٩٤ ب / هذا حديث صحيح متفق عليه أخرجه البخاري ومسلم (١).

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

(١) البخاري تعليقا فتح ١٣/٣٢٩ ومسلم في الأفضية (١٧/١٧١٨).

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

وقد كتب عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري - رضی الله عنهما - إن القضاء: فريضة محكمة وسنة متبعة فافهم إذا أدلى إليك فإنه لا سمع تكلم بحق ولا هاد له. واسى بين الناس في وجهك ومجلسك وقضائك حتى لا يطمع شريف في حقك ولا تياس من ضعيف من عدلك، والبينة على من ادعى واليمين على من أنكر، والصلح جائز بين الناس إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً، ومن أدى حقاً غائباً أو بينة فأضرب له أمراً ينتهي إليه، فإن جاء بيينة أعطيته حقه، فإن أعجزه ذلك استحلتت عليه القضية، فإن ذلك أبلغ في العذر وأجلى للعلماء، ولا يمنعك من قضاء قضيته اليوم فراجعت فيه رأيك، وهديت لرشدك أن يراجع الحق، فإن الحق قديم لا يبطل الحق شيء، ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل، والمسلمون عدول بعضهم على بعض في الشهادات، إلا مجلود في 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 في كتاب أو سنة، ثم قاييس الأمور عند ذلك وأعرى الأمثال والأشبه بالحق، وإياك والغضب والقلق أو الضجر، والتأذي للناس عند الخصومة والتكثير، فإن القضاء في مواطن الحق يوجب الله به الأجر ويحسن به الذخر، فمن خلصت نيته/ في الحق ولا على نفسه، كفاه الله ما بينه وبين الناس، ومن تزين لهم بما ليس في قلبه شأنه إلى الله تعالى؛ فإن الله تبارك وتعالى لا يقبل من العباد إلا ما كان له خالصاً، وما ظنك بثواب الله في عاجل رزقه وخزائن رحمته.

وقد أخرج المزني في (الجامع) ، قال الشافعي: أخبرني الثقة، عن عثمان بن محمد الأحنسي، عن المقبري، عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «أد حق الضعيفين الأرملة والمسكين».

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

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

هذا حديث صحيح متفق عليه أخرجه الجماعة^(١).

فأما مالك : فأخرجه إسنادهً ولفظاً.

وأما البخارى : فأخرجه عن القعبنى 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 الهمزاني ، 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 لأدم عليه السلام أبو البشر. وقوله: « إنما أنا

بشر » أى : إنما أنا إنسان مخلوق يجرى على 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 : أفوم بدليله وأعرف بما يدفع عنه

دعوى خصمه، وأفطن من عزيمة بماله وعليه وبما يضره وينفعه تقول: لحت 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 فى 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 الْيَتَامَى 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 الأفضية (٤/١٧١٣) وأبو داود

فى الأفضية (٣٥٨٣) والترمذى فى الأحكام (١٣٣٩) والنسائى فى آداب القاضى ٢٣٣/٨.

وساق هذا الحديث لوجوب الحكم بالظاهر، وفيه من الفقه أن حكم الحاكم، لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً، وأنه متى أخطأ الحاكم فى حكمه ومعنى كان ذلك فى 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 إلا تراه قال/ : « فلا يأخذ منه شيئاً إنما أقطع له قطعة من النار»، وهذا الحكم مطرد بين الأئمة فى الأموال والدماء والفروج؛ لأن ذلك كله حق أخيه وقد حرم عليه أخذه، وهذا مجمع عليه .

أ/١٩٦

إلا أن أبا حنيفة - رحمه الله - 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 زوجته يحل له نكاحها بمجرد الحكم، فإن ذلك عند الله حلال مع علم الرجل والشهود بطلان القضية، وكذلك لو شهد شاهداً زور لامرأة على زوجها أنه طلقها ثم حكم الحاكم بطلاقها بشهادة شاهدى 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 على 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 نسيتة 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 أتق من أهل المدينة، عن ابن شهاب، عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه لما جلد الثلاثة استتابهم، فرجع اثنان فقبل 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، وربيعه، 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 يجلد 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 الشافى فى لفظ الحديث: قال سفيان:
 أشهد لأخبرنى يريد به سفيان أن الزهرى قال: أشهد / لأخبرنى فلان أن سفيان قال:
 أشهد يعنى نفسه، وإنما الشافى حكى قول سفيان حيث حكى قول الزهرى لأن سفيان
 هو الشاك فى الاسم لا الشافى . والاسم المشكوك فيه: هو سعيد ابن المسيب، وقد رده
 ذلك فى الحديث، وهذا الذى تضمنته هذه القضية من حديث أبى بكر 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 بكر نفيح 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 بكر فى غرفة له مع أخويه نافع وزباد ورجل آخر يقال له شبل بن معبد
 وكانت غرفة هذه أم جميل بجوار غرفة أبى بكر وضربت الريح باب غرفة المرأة ففتحت
 فنظر القوم فإذا هم بالمغيرة ينكحها، فقال أبو بكر: هذه بلية ابتليت بها فانظروا فنظروا
 حتى أثبتوا فنزل أبو بكر 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 بكر 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 بكر فقال:
 رأيته بين فخذيها؟ قال: نعم والله لكأنى أنظر إلى تشريم جدرى بفخذيها، فقال له
 المغيرة لقد ألطفت فى النظر فقال / له أبو بكر أيم آل أن أثبت ما يخزيك الله به، فقال
 له عمر لا والله حتى تشهد لقد رأيته فيها ولوج المرد 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 بكر، فقال: لا حتى تشهد أنه ولج فيها ولوج المرد فى المكحلة،
 فقال: نعم حتى بلغ قوده، فقال له عمر: اذهب عنك مغيرة ذهب نصفك، ثم دعى
 الثالث فقال له: على 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

أ/١٩٧

ب/١٩٧

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 دمي إلا أن يتجاوز إلى ما لم تر رأيت فلا يحملنك سوء منظر رأيت 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 عندي: ولكن رأيت مجلساً وسمعت حساً وانهازاً ورأيت مستبطنها، فقال عمر: رأيت يدخل كالميل في المكحلة؟ قال: لا وقيل زياد رأيت رافعاً رجلها فرأيت خصيته تتردد بين فخذيه ورأيت حفراً شديداً وسمعت نفساً عالياً، فقال عمر: رأيت يدخله ويخرجه كالميل في المكحلة؟ فقال: لا فقال عمر: الله أكبر قم إليهم فاضربهم / فقام إلى أبي بكره فضربه ثمانين، وضرب الباقي، ١٩٨/أ وأعجبه قول زياد ودرأ الحد عن المغيرة، فقال أبو بكره بعد أن ضرب أشهد أن المغيرة فعل كذا وكذا، فهم عمر أن يضربه حداً ثانياً، فقال له على بن أبي طالب - كرم الله وجهه - إن ضربته فارجم صاحبك فنهاه عن ذلك، يعني إن ضربت أبا بكره حداً ثانياً جعلت شهادته الثانية شهادة أخرى فتكملت أربع شهادات فوجب بذلك الرجم على المغيرة، فتركه واستتاب عمر أبو بكره، فقال، أبو بكره: إنما تستيبنى لتقبل شهادتي؟ فقال أجل، قال: لا أشهد بين اثنين ما بقيت في 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 بكره 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 الباقيون 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.

قال الشافى: 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 الشافى: 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 الشافى: 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 الشافى، 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: ﴿مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] هذا الحديث ذكره الشافى فىمن يجوز قبول شهادته. قال الشافى: قال الله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا

شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ إلى وقوله: ﴿مِمَّنْ 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 غير أن من أصحابنا من ذهب إلى أن يجيز شهادة الصبيان فى الجراح ما لم يتفرقوا، وقول الله عز وجل ﴿مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ يدل على أن لا تجوز شهادة الصبيان فى شىء والله أعلم.

فإن قال قائل: أجازها ابن الزبير، وابن عباس يردا بالإمتناع من قبول شهادة الصبيان، قال ابن أبى لىلى وأبو حنيفة والأوزاعى وإحدى الروایتين 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 تقبل شهادتهم فى كل شىء.

وقد أخرج الشافى فى 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؟ والذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها» (١).
 قيل: هذا يكون في الرجل يكون عنده لإنسان شهادة وهو لا يعلمها والله أعلم.

وقد أخرج الشافعي في كتاب حرملة، عن مالك، عن موسى بن ميسرة، عن سعيد بن أبي هند، عن أبي موسى الأشعري، وعن سفيان، وعن أيوب بن موسى، عن سعيد بن أبي منصور، عن أبي موسى أن رسول الله ﷺ قال: «من لعب بالنرد فقد عصى الله ورسوله». قال الشافعي: ويكره من وجه الخبر اللعب بالنرد كما يكره اللعب بشيء من الملاهي، ولا يحب اللعب بالشطرنج، وهو أخف من النرد.

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

رواه مسلم (٢) في الصحيح عن ابن أبي عمر، عن سفيان.

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

وأخرج الشافعي في (كتاب حرملة)، عن سفيان، عن سليمان التميمي، عن أنس قال: كان للنبي ﷺ حاد يقال له: أنجشه وكانت أمي مع أزواج النبي ﷺ فقال النبي ﷺ: «يا أنجشه ارفق بالقوارير» (٣).

(١) ابن ماجة في الأحكام (٢٣٦٤).

(٢) مسلم في الشعر (١/٢٢٥٥).

(٣) البخاري في الأدب (٦٢٠٩).

الفصل الرابع

فى القضاء باليمين مع الشاهد

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

وأخبرنا الشافى ، 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 شيبه 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 ، واتفقهما معاً ، والأموال :
١/٢٠٠ تطلق على كل / ما يقتنى من الذهب والفضة والأنعام وغيرهما وعلى البساتين فأما الدور والأماكن غير البساتين فلا أعلمه والحقوق : جمع حق : وهو ما يستحقه الإنسان من الأموال .

قال الشافى رحمه الله : 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 الشافى : العمل باليمين والشاهد ، وروى مثل ذلك عن أبى بكر وعمر وعثمان وعلى ، وأبى بن كعب ، وابن عباس ، وزيد بن ثابت وعمر ، وسعد بن عباد ، 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 الأفضية (٣/١٧١٢) وأبو داود فى الأفضية (٣٦٠٩) .

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

والزهري، وعمر بن عبد العزيز، ويحيى بن يعمر، ومالك، وابن أبي ليلى، وأحمد. وذهب أبو حنيفة وأصحابه : إلى أنه لا يقضى بالشاهد واليمين، حتى قال محمد ابن الحسن : من قضى بالشاهد نقضت حكمه، وروى مذهب أبي حنيفة عن النخعي، الزهري، وابن شبرمة، والأوزاعي، والثوري، وعلى ذلك فإنما يقضى بالشاهد واليمين على الحقوق المالية عيئاً ودينياً وما يقصد به المال مثل البيع والإجارة والهبة والصلح والمساواة والقراض والجناية الموجبة المال كالحطأ والعمد الذي لا يوجب القصاص كبعض الجراح، وما ليس بمال ولا يقصد به المال فلا يثبت بشاهد ويمين كالنكاح والخلع والطلاق والرجعة والقتل والنسب والعق والتدبير والكتابة.

وأخبرنا الشافعي / ، أخبرنا مالك، عن جعفر بن محمد، عن أبيه أن النبي ﷺ ٢٠٠ ب/ قضى باليمين مع الشاهد.

وأخبرنا الشافعي، أخبرنا مسلم بن خالد، حدثني جعفر بن محمد قال : سمعت الحكم بن عيينة يسأل أبي، وقد وضع يده على جدار القبر ليقوم ، أفضى النبي ﷺ باليمين مع الشاهد؟ قال : نعم، وقضى بها على بين أظهركم. قال مسلم : قال جعفر في الدين .

وأخبرنا الشافعي أنه قال لبعض من يناظره : روى الثقفى وهو ثقة، عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن جابر أن النبي ﷺ قضى باليمين . 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 مرسلأ عن على بن حجر، عن إسماعيل، عن جعفر ، عن أبيه، أن النبي ﷺ قضى باليمين مع الشاهد الواحد قال وقضى بها على فيكم. قال الترمذى: وهذا أصح . وهكذا روى عن سفيان الثورى، عن جعفر عن أبيه مرسلأ . وروى عبد العزيز بن أبى سلمة، ويحيى بن سليم هذا الحديث عن جعفر ، عن أبيه، عن على، عن النبي 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 لنزىل القوم فلان بن ظهرانى فى القوم وبن أظههم : 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 الشافى ، 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 الشافى ، 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 أبىه 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 الشافى ، أخبرنا سفيان بن عيينه ، عن خالد بن أبى كريمة ، عن أبى جعفر ، أن رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد . أبو جعفر : هو عبد الله بن مسور بن عوف بن جعفر بن أبى طالب القرشى الهاشمى وقد تكلموا فيه والحديث مرسل / .

الفصل الخامس فى الدعوى

أخبرنا الشافعى، أخبرنا مسلم بن خالد، عن ابن جريج، عن ابن أبى مليكة، عن ابن عباس، أن رسول الله ﷺ قال: «البينة على من ادعى» وأحسبه قال ولا أثبتة 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^(١) 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 القعنبي 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

(١) البخارى فى الشهادات (٢٦٦٨)، ومسلم فى الأفضية (٢/١٧١١)، وأبو داود فى الأفضية (٣٦١٩)،

والترمذى فى الأحكام (١٣٤١، ١٣٤٢)، والنسائى فى آداب القضاء ٢٤٨/٨

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.

وقد رواه الزعفرانى عنه قال: أخبرنا رجل عن إسحاق / بن عبد الله بن أبى فروة ب/٢٠٢ يأسناده 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 : رويها هذا عن محمد بن الحسن بن 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 بينة 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 التاج فى ملكه أو النساج لما لا يتكرر نسجه فأما ما يتكرر نسجة كالخرز والصوف فلا تسمع بينته ، 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 استخبر الله فيه وأنا فيه واقف ثم قال . لا يعطى كل واحد منهما شىء ويوقف حتى يصطلحا .

الفصل السادس فى القافة ودعوى الولد

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

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

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

أخرج مالك فى الموطأ من هذا الحديث ^(١) 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 : يدىك 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 الشافى 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 ابناً 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 الشافى: أنه إذا اشترك اثنان فى وطء امرأة على وجه يلحق

الولد كل واحد منهما ويكونان سواء، وهو أن يكون وطئاً بنكاح فاسد أو شبهة أو صحيح وفساد أو شبهة، 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 وطئ السيدان جارية مشتركة بينهما، وكذلك إذا تنازعا في اللقيط يرى القافة، وبه قال وعلى وأنس وإحدى الروایتين عن عمر، وإليه ذهب الأوزاعي، وأحمد، وبه قال مالك في ولد الأمة إذا وطئها سيد بعد سيد.

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

وقد أخرج المزي، عن الشافعي، عن سفيان، عن / الزهري عن عروة، عن ٤/٢٠٤ عائشة قالت: دخل علي رسول الله ﷺ أعرف السرور في 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 الشافعي: ورسول الله ﷺ إنما يُسر بالحق ويقبله، ولو كان أمراً باطلاً لقال لا تقل في هذا شيئاً فإنك إن أصبت في بعض فلعلك تخطئ في بعض، ولم يطلع الله على الغيب أحداً، ولكن - والله أعلم - رآه علماً أوتيته من أوتيه، وأصحاب رسول الله ﷺ يستعملونه، وهو الذى أدركت عليه أهل العلم، والحكام يبلدنا لا اختلاف فيه، فلولم يكن في 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 تنازعا في القول بالقافة.

وأخبرنا الشافعي، أخبرنا ابن عليه، عن حميد عن أنس أنه شك في ابن له فدعا له القافة.

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

obeyikandali.com