

اختلاف الفقهاء للامام ابى جعفر احمد بن محمد الطحاوى

(المتوفى سنة ٥٣٢١ هـ)

للدكتور محمد صغير حسن المعصومى

(٦)

بقية كتاب القضاء و الشهادات

قال أبو جعفر اذا لم يقض بشهادتهم حتى ارتدوا فشهادتهم مردودة للفسق ، فاذا عموا أو جنوا لم يحدث فسق ، و انما لم يقبل فى الابتداء للعجز عن العبارة و الروية ، و قد استوفى ذلك فى الابتداء فلا يضر حدوثه بعد ذلك .

فى الشاهد يعرف خطه

قال أبو حنيفة ما وجد القاضى فى ديوانه لا يقضى به إلا أن يذكره ، و قال أبو يوسف يقضى به اذا كان فى قمطره (الف) و تحت خاتمه (٣٢) لأنه لم يفعل أضر بالناس ، و هو قول محمد رح ، و هذا يدل على أن من قولهما أنه لا يعتبر الخط فى الشهادة لأنه ليس فى قمطره (الف) و لا تحت خاتمه ،

و قال ابن أبى ليلى أنه مثل قول أبى يوسف فيما يجده فى

(الف) المخطوطة : ممطره، والصحيح القمطر وهو اتصان فيه الكتب.

ديوانه و ذكر أبو يوسف أيضا عن ابن أبي ليلى أنه إذا أقر عند
القاضي لخصمه فلم يثبتته في ديوانه و لم يقض به عليه في قول ابن
أبي ليلى.

و قال أبو حنيفة و أبو يوسف يقضى به عليه إذا كان يذكره ،
و قال مالك فيمن عرف خطه و لم يذكر الشهادة أنه لا يشهد
على ما في الكتاب ، و لكن يؤدي شهادته الى الحاكم كما علم ،
و ليس للحاكم أن يعجزها ، و ان كتب الذى عليه الحق بشهادته
على نفسه في ذكر الحق ، و مات الشهود ، ثم انكر فشهد رجلا
أنه خط نفسه فانه يحكم عليه بالمال و لا يستحلف رب المال ، و
ذكر أشهب عنه فيمن عرف خطه و لا يذكر الشهادة أنه يؤديها
الى السلطان و يعلمه ليرى فيها رأيه ،

و قال الثوري إذا ذكر أنه قد أشهد و لا يذكر عدد الدراهم
فانه لا يشهد و ان كتبها عبده ، و لم يذكر إلا أنه يعرف الكتاب ،
فانه إذا ذكر أنه قد أشهد و انه كتبها فأرى أن يشهد على
الكتاب ،

و قال الليث إذا عرف أنه خط يده ، و كان ممن يعرف أنه
لا يشهد الا بالحق فليشهد ،

و قال الشافعي إذا ذكر اقرار المقرحكم به ، أثبتته في ديوانه او
لم يثبتته ، لأنه لا معنى للديوان الا الذكر ، و في المزني أنه
(. ٤ ظ) لا يشهد حتى يذكر (الورقة . ٤ ظ) .

قال أبو جعفر: قال الله تعالى: "الا من شهد بالحق وهم يعلمون"، وقال: "ان تفضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى"، وقال الله تعالى: "وما شهدنا الا بما علمنا وما كنا للغيب حافظين"، .

في الشهادة على المواريث

قال أصحابنا اذا قال الشهود نشهد أن فلانا مات و ترك هذه الدار ميراثا بين فلان و فلان ، أثبته ، لا يعلمون له وارثا غيرهما جاز (١) ،

و قال الشافعي لو شهدوا أنه لا وارث له غيره جازت الشهادة و تقبل ، و لا يعلم له وارثا غيره ،

و روى عن أبي يوسف في ذلك أن القياس أن لا يجوز لانهم شهدوا بما لا يعلمون و لكن تجوز الشهادة استحسانا لاني اجعلها على معنى أنه لا يعلمون وارثا غيره (٢) ، و قال الله سبحانه و تعالى: "وما شهدنا الا بما علمنا و ما كنا للغيب حافظين"، فأخبروا بشهادتهم على العلم الظاهر دون الغيب ، و قال تعالى: "ولا تقف ما ليس لك به علم"، و لا يحيط علم أحد من الناس فانه لا وارث له غيره ، و لا ينبغي أن يشهد بذلك على البتات ،

(بياض في الاصل)

قال أصحابنا لا تقبل ، و قال ابن أبي ليلى اذا كان الذى فى يده ابن عم المدعى قضى لشهادتهم و اسكنه فى الدار معه و لا يقتسمان حتى يقوم البيئه على المواريث ،

و قال مالك اذا شهدوا أن الدار كانت لأبى هذا لم يستحقها حتى يشهدوا أنها لم تنزل له حتى مات ، و ان قالوا ان اياه (الف) مات و تركها ميراثا و لم يشهدوا على الورثة و لم يعرفوهم فانه يحتاج أن يقيم أنه وارثه لا يعلمون له وارثا غيره ، فان لم يقم على ذلك بيئه كانت موقوفه أبدا حتى تشهد البيئه بذلك .

(بياض فى الاصل)

قال بشر بن الوليد عن ابى يوسف فى رجل مات ، فأقامت امرأته البيئه أنها زوجته و لم يشهدوا على غير ذلك فانها تعطى جزءا من ستة و ثلاثين جزءا ، و ذلك أقل ما يكون لها فى حال أن يترك اربع زوجات و ابنتين و أبوين (٣٥) .

و روى الحسن بن زياد أنه يدفع اليها ربع الثمن و كذلك ذكره ابن سماعه عن محمد فى نوادره ، و فى الاصل أنه يدفع اليها ربع الميراث (٣٦) و يدفع الى الزوج النصف ، و أما الابن (٤١ و) (الورقة ٤١ و) و البنت و الام و الاب فان كل واحد ياخذ جميع المال بعد أن يتلوم (٣٧) القاضى ،

و قال مالك اذا قالوا لا نعلم له وارثا غيره فانه ينتظر فى

ذلك و يسئل ، و قال الشافعى اذا قالوا هذا ابنه و لم يشهدوا على عدد الورثة و لا أنه وارثه و لا وارث له غيره تلوم القاضى، و سأل عن البلدان التى وطئها هل له فيها ولد فاذا بلغ الغايه دفع اليه المال كله ، و يأخذ منه كفيلا ، و ان كان مكان الابن زوجه اعطاها ربع الثمن و لا يعطيها حتى يشهدوا أن زوجها مات و هى له زوجه أو لا يعلمون فارقمها ، رواه الربيع عنه فى الدعوى ،

قال أبو جعفر و لم يختلفوا فى الغريم و الموصى له بالثلث اذا قامت لكل واحد منهما بينه بما ادعاه أنه يدفع اليه الجميع و ان لم يعلم أن هناك غريم اخر او موصى له كذلك الابن و كل من يرث فى كل حال ،

فى اختلاف الشهود

قال أصحابنا اذا شهد احدهما أنه غصبه ، او شجبه و شهد الاخر باقراره على ذلك لم يقبل ، و لو شهد أحدهما أنه أقر بالبيع او الطلاق او العتاق و شهد الاخر أنه باع او طلق جازت شهادتهما ، و لو شهد أحدهما أنه أقر بالبيع يوم الخميس و شهد آخر أنه أقر يوم الجمعة جازت الشهادة و كذلك الطلاق و العتاق و لو شهد أحدهما أنه قذفه يوم الخميس و شهد آخر أنه قذفه يوم الجمعة جازت شهادتهما فى قول أبى حنيفه ، و لم يجز فى قول أبى يوسف و محمد ، و قال زفر اذا شهد أحدهما أنه أقر بألف درهم يوم الخميس و شهد الاخر أنه أقر له يوم الجمعة لم يقبل ،

رضى الله عنه، فبعثه (الف) معى ابو موسى (ب) الى عمر ، فلما قدمت به كلمه فلم يتكلم ، فقال ما لك لا تتكلم؟ ، فقال كلام حى او ميت ، قال تكلم فلا بأس عليك ، فكلمه ثم أراد عمر قتله ، فقلت له ليس لك الى ذلك سبيل لآنك قلت له تكلم فلا بأس عليك ، فقال لتأتينى بشاهد آخر او لا بد لى من عقوبتك ، قال فيخرجت فلقيت الزبير فوجدته قد حفظ مشما حفظت ، فشهد ، فأرسله عمر و أسلم و فرض له ، و كان ذلك بحضور الصحابه من غير خلاف ، فدل على وفاقهم اياه ،

(٤٢ و) و قال النبى صلى الله عليه (الورقه ٢٤ و) و سلم " كل ذلك لم يكن ، ، ثم قال : أحق ما يقول ذو اليمين ؟ قالوا نعم ، فأنتم الصلوة و سجد للسهمو ،

فى شهادة القاسم

قال أبو حنيفة اذا شهد قاسما القاضى على قسمه" قسماها بأمره بان انسانا (ج) استوفى نصيبه فانه يجيز شهادتهما ، و هو قول أبى يوسف ، و قال محمد لا تجوز شهادتهما ، و هو قول مالك و الشافعى ،

قال أبو جعفر اذا قسموا بأخر فلا خلاف أنه لا يجوز شهادتهما ، قال كان بغير اجر ، فالقياس أن يجوز لانه لا منفعة لهم فيها ،

(الف) المخطوطة : فبعث به ،

(ب) ايضا : ابى موسى ،

(ج) ايضا : الساناه ،

في شهادة القاضي بعد عزله على قضيته

قال أبو جعفر مذهب أصحابنا أنها لا تجوز ، رواه محمد عنهم ،
و هو قول مالك و الشافعي ، و قال الثوري و الاوزاعي اذا شهد
معه شاهد آخر جاز ،

في شهادة الرجل على فعل من لا تجوز شهادته

قال أبو يوسف لا تجوز شهادته على فعل أيه ان ادعى الأب
سواء كان للأب (انف) فيه منفعة او لم يكن ، و قال محمد اذا
لم يكن للأب فيه منفعة جازت شهادته ، جحد او ادعى ، و عند مالك
أنه لا يجوز شهادة الاب في ذلك و قول الثوري و الاوزاعي أنه
تقبل ،

في الشهادة على قول المقر

قال أصحابنا و الليث يجوز اقرار المجتنبى (?) على اقرار المقر و على
القذف و الطلاق و غيره ، و قال مالك بن سمر رجلا يقذف او
يطلق و لم يشهده ، و قال مالك يشهد به ، و ان لم يشهده ، و
بأي منزل منزلة الشهادة عنده فيعلمه أن له عنده شهادة ،
و قال مالك في الرجل يمر بالرجلين ، و هما يتكلمان في الشيء
و لم يستشهداه فيدعوه أحدهما الى السلطان فانه لا يشهد ، و
قال مالك اذا شهد بين رجلين في حق ففسى بعض الشهادة و ذكر
بعضها لم يشهد اذا لم يذكرها كلها و المار كذلك ، لأنه قد
سقط عنه بعض الشهادة ،

(الف) المخطوطة : الأب.

و قال ابن شبرمه " في رجل سمع رجلا يقول لفلان عندي كذا
و كذا ، فجاء ذلك الرجل يطلب ماله و لم يشهد به يعنى الذى
مع عنده على نفسه ، إنما تكلم كلاما من غير أن يشهد به أحدا ،
و انما هذا حديث المجلس و لا يقبل او يشهد به او يناقله الكلام ،
فيقول يا فلان ألا تعطيني كذا الذى لى عندك ، فيقول بلى أنا
معطيك فانظرنى فيجوز أن يشهدوا به عليه ، و أما قوله لفلان عندي
كذا و لعلها وديعه" فليس هذا بشئ ،

(٤٢ ظ) قال أبو جعفر سمعت (الورقة ٤٢ ظ) محمد بن جعفر بن
حفص المعروف بالامام ، يقول ان الحسن و عليا ابني صالح بن حى
هجرا شريكا لما ولى القضاء ، فكانا لا يكلمانه فبينما هما يوما فى مسجد
الكوفة فى وراء ساربه" و رجل يخاطب رجلا فى دين له يتقاضاه
اياه ، فيقول له دينك و الله على و يذكر مقداره و ان قدمتني الى
القاضي جحدتك و حلفت أنه لا شئ لك على ، فسمعا ذلك و حفظاه
عليه ، فقدم الطالب صاحبه الى شريك فطالبه بدينه فانكره اياه ، فسأل
الطالب شريكا استحللناه فاستحللناه فحلف ، ثم خرج آيسا من حقه ،
فقال له الحسن و على ابنا صالح اردده الى شريك فانا قد حفظنا
اقراره لك بدينك عليه ، فرده الرجل الى شريك و ادعى شهادة
الحسن و على ابني صالح ، فقال له شريك و اين هما ، فقال هما
حاضران فدعا بهما فدخلا فشهدا ، فقال المشهود عليه و عليه إن
كان استشهدهما فقالا و ما شهدنا الا بما علمنا ، و ما كنا
للغيب حافظين ، ثم اقبل عليهما شريك متكلمهما فيما سوى
الشهادة فلم يكاماه و قاما فخرجا من عنده ،

و قال الشافعي اذا سمع الرجل الرجل يقر بمال و وصف ذلك
من بيع او غصب او لم يصفه للمقر فلازم له أن يؤديه ، و على
القاضي أن يقبله ،

قال أبو جعفر روى مالك عن عبد الله بن ابي بكر عن ابيه عن
عبد الله بن عمرو بن عثمان عن ابي عمرة الانصارى عن زيد بن
خالد الجهنى ان رسول الله صلى الله عليه و سلم قال ألا أخبركم
بخير الشهداء الذى ياتى بشهادته قبل أن يسئل عنها(٣٨) ، فدل
على الشهادة صحیحته بالسمع و لا اعتبار بالشهود عليه و لا
باسترعاء من له الشهادة اياه ، فان قيل روى قتادة عن زارة بن اوفى
عن عمران بن حصين(٣٩) ، قال قال رسول الله صلى الله عليه و سلم خير
امتى القرن الذى بعثت فيهم ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم
ينشأ (الف) قوم يشهدون و لا يستشهدون و يندرون و لا يوفون ،
و يخونون و لا يتمنون و يفسحوا فيهم . . . ،

قيل له قد روى ابراهيم النخعى عن عبيدة عن عبد الله ، قال
قلنا يا رسول الله اى الناس خير قال قرنى ثم الذين يلونهم ثم
الذين يلونهم ، ثم يجى قوم تسبق شهادة احدهما يمينه و يمينه
شهادته ،

قال ابراهيم كان اصحابنا يمهونا و نحن غلمان أن نحلف
بالشهادة و العهد ، فدل على ان الشهادة هى المحلوف بها و
يجعلها الانسان عادته كما قال الله تعالى: ” و لا تجعلوا الله عرضة“

لايمانكم ، ، و لا خلاف بين اهل العلم، ان من رأى (الف) رجلا
(٤٣ و) يقتل رجلا (الورقة ٣٤ و) او يغضبه أنه يجوز أن يشهد به و ان
لم يستشهده الجاني بذلك على نفسه ،

في شاهد الزور

قال أبو حنيفة يشهر و لا يعزر و هو قول شريح ، و قال
أبو يوسف و محمد يعزر و ابن [أبي] ليلى و مالك قال لا تقبل
شهادته أبدا ، و ان تاب و حسنت توبته ،
و قال الشافعي يشهر و يعزر ، و قال أبو جعفر شهادة الزور
فسق ، و من فسق رجلا عزز فوجود الفسق منه أولى أن يستحق
به التعزير ، و لا يختلفون أن من فسق بغير شهادة الزور أن توبته
مقبولة و شهادته بعدها لذلك شهادة الزور ، قال ، و ذكر بشر
بن الوليد عن أبي يوسف أنه يختبر ستة اشهر فاذا ظهرت توبته
قبلت شهادته ثم رجع ، فقال لا أجرى بأقل من حول و محمد
لم يوقت ، و قال انما هو على ما يقع في القلب ، و قد روى عن
شريح انه ينزع عماسته و خفقه خفقات و عرفه في المسجد .

في الشهادة بالموت ثم يحيى حيا ،

قال أصحابنا اذا شهدوا بموت رجل فدفع القاضى الميراث الى
ورثته ، ثم جاء المشهود بموته حيا فله أن يضمن الشاهدين و ان شاء
الوارث ، و قال مالك اذا شهدوا بزور من غير شبهة لم يجوز

تصرف الوارث ، و ان كان يامر سنة عليهم فله أن يفسخ بعد أن يرد الثمن الى مبتاعه و العتق و الكتابة و التدبير و الاستيلاء فانه لا يرد ،

في الشهادة على الخط

قال مالك اذا شهد شاهدان في ذكر حق انه كتابته بيده جاز و اخذ به كما لو شهدوا على اقراره ، و خالفه جميع الفقهاء في ذلك و عدوا هذا القول شذوذاً أو كان الخط يشبه الخط و ليست شهادة على قول منه و لا معاينه فعل .

في الشهادة على الشهادة

قال أصحابنا هي جائزة في كل شيء الا في الحدود و القصاص ، و قال الاوزاعي لا تجوز في الحدود و قال مالك تجوز الشهادة على الشهادة في الحدود كلها و في القتل ، و لا يقبل في الزنا على شهادة اربعة اقل من اربعة يشهدون على شهادة اربعة .
و قال الليث تجوز شهادة الرجل الواحد على شهادة واحد في القتل و الحدود و الاشياء كلها .

(٤٣ ظ) و قال الشافعي تجوز الشهادة على الشهادة (الورقة ٤٣ ظ)
في كل حق لادنى مال او حد او قصاص و في كل حد لله تعالى قولان .

مما يقبل من الشهود على شهادة غيرهم

قال أصحابنا لا يقبل اقل من شاهدين على شهادة شاهدين ، و قال ابن ابي ليلى و ابن شبرمه اقبل شهادة شاهد على شهادة

شاهد ، و روى نحوه عن الحسن ،

وقال عثمان البتي تقبل على شهادة امرأة شهادة امرأة ،
وقال مالك تقبل شهادة شاهدين على شهادة العدد الكثير ، و
لا يقبل اقل من شاهدين ،

وقال الثوري تجوز شهادة امرأتين على شهادة رجل ، و روايته
اخرى أنها لا تقبل ، وقال شريح تقبل شهادة رجل على شهادة
رجل و هو قول الحسن بن حي و الليث ، وقال الأوزاعي لا تقبل
الا شهادة رجلين على شهادة غيرهما ، و قال الشافعي لا تجوز
شهادة رجلين الا على شهادة واحد و اخرين على شهادة الاخر ،
و رجلين (الف) على كل امرأة .

و روى مغيرة عن ابراهيم ، قال كان شريح يجيز شهادة
الرجل على شهادة الرجل و كان يكرهما و كان يسميهم المباديل (؟)
و كان ابراهيم يرى ذلك ،

قال أبو جعفر اتفقوا على أنه غير جائز أن يشهد الرجل على
شهادة نفسه و هو مع غيره على شهادة غيره فدل على أنه اذا قام
رجلان مقام احد شاهدي الاصل استحال أن يقوم مقام الاخر في
تلك الشهادة اذا لم يعدله .

في الشاهد على شهادة غيره

ذكر هشام عن محمد أن رجلين لو أشهدا على شهادتهما
شاهدين و هما لا يعرفانهما بعدالته و لا غيرها فانهما ان شهدا
على شهادتهما فقد أساء ، و ينبغي للقاضي أن يسأل عنهما ، و هو
قول مالك و الشافعي ،

(الف) المخطوطة : رجلان .

و قال عثمان البتي لا تقبل شهادتهما اذا لم يعدلها اللذان
 عند القاضي و روى نحوه (الف) عن شريح ،
 قال أبو جعفر لا ينبغي ان يلتفت القاضي الى تعديل الشاهدين
 اللذين شهدا عنده كشاهدي الاصل بل يسئل عنهما كما يسئل
 عن سائر الشهود ، و ليس كل عدل في شهادته يصلح للمسئلة
 عن غيره ،

في الشهادة على شهادة الحاضر في المصر

قال أبو حنيفة و الحسن بن حي لا تقبل الشهادة على شهادة
 حاضر في المصر الا أن يكون مريضا او غائبا على مسيرة ثلث و
 (٤٤ و) في قول أبي يوسف و محمد تقبل (الورقة ٤٤ و) ، و قال مالك لا
 أحب الشهادة على شهادة حاضر و ليس بمريض ،
 و قال الثوري تقبل اذا كان غائبا في مكان القصر في مثله في
 الصلوة ،

و قال الشافعي لا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في مثل احد
 جانبي بغداد و يقبل في البلدان النائية التي لا يكلف اهلها اتيانه ،
 وهذا يدل على أن الشهادة على الشهادة كذلك عنده ،
 قال أبو جعفر لما قبلت وكاله الحاضر و سمعت من بينه الخصم
 عليه و ان كان حاضرا في المصر كذلك الشهادة على الشهادة لائن
 كل شهادة جازت على البعيد جازت على القريب ،

في رجوع (ب) الشهود

قال أصحابنا اذا حكم بشهادتهما ثم رجعا ضمنا ما حكم به و

(الف) المخطوطة : روى و نحوه الخ .

(ب) أيضا : الرجوع .

لا ينتقص منه فيما يوجب تلف النفس او بعض الاعضاء ، و هو قول مالك و الثورى و الحسن بن حى ، و قال عثمان البتى و الافزاعى و الشافعى ان قبل شهادتهما برجم او قصاص او قطع فى سرقة ثم رجعا و قالوا تعمدنا اقتض منهما ،

و روى عن حماد بن أبى سليمان أن كانا يوم رجعا أفضل منهما يوم شهدا رد القضاء و أبطله ، و ان كانت حالهما يوم رجع مثل حالهما يوم شهدا و دون ذلك لم يصدقهما و لم يقبل رجوعهما و لم يضمهما شيئا ، و قد كان أبو حنيفة يقول بذلك ثم رجع ، قال أبو جعفر الرجوع ليس بشهادة مستأنفه فلا اعتبار فيه بالعدالة و لا يجوز بعض الحكم برجوعهما ايضا من قبل أنهما غير خصمين و لا شاهدين عليه و هما بسوء الظن فى رجوعهما أولى منهما به فى ابتداء الشهادة ، و من الحقته ظنه لم يقبل شهادته ، و قد روى مطرف عن الشعبي أن رجلين شهدا عند على رضى الله عنه على رجل بالسرقة ثم أتيا بأخر فقالا اخطأنا انما هو هذا ، فقال على رضى الله عنه لا اجيز شهادتكما على هذا و اضمنكما ديه ذلك و لو اعلمكما انكما فعلتما ذلك عمدا قطعت أيديكما .

و قال عثمان البتى فى اللذين يشهدان فى الحقوق التى تدور بين الناس أنه ان رجع أحدهما رد ذلك القضاء عتاقا كان او طلاقا ، او ما كان ، فان فات رده اخذ من الراجع جميع ما أقر به الرجل المشهود عليه ، و ان رجعا جميعا أخذ صاحب الحق ايهما شاء و يكونان هما يطلبان الذى قضى له بشهادتهما ،

قال أبو جعفر الضمان يتعلق وجوبه على الشاهدين بازالة اليد
فلا فرق بين حاله بعد الفوت و قبله في وجوبه ،

(٤٤٤ ظ) (الورقة ٤٤٤ ظ) في عدة الشهود اذا كانوا اكثر من أربعة
في الزنا و شاهدين في الحقوق ،

قال اصحابنا اذا شهد خمسة على رجل بالزنا فرجم ثم رجع
واحد فلا شئ عليه ، فان رجع آخر فعليهما ربع الديه و ان شهد
ثلاثة بمال فرجع واحد فلا شئ عليه فان رجع اخر فعليهما نصف
المال ،

و قال الشافعي اذا رجع واحد من ستة فلا شئ عليه في الزنا
و كذلك اثنان ، فان رجع ثالث فعلى الثلاثة نصف الديه ، فان رجع
واحد من الثلاثة فعليه سدس الديه ،

و قال المزني اذا رجع واحد من ثلاثة شهدوا بمال فعليه ثلث
المال في القياس ، و حكاه عن أشهب ،

قال أبو جعفر القياس خلاف ذلك لانه حكم بشهادة الثلاثة
بالمال ، و الباقيان محكوم بشهادتهما أيضا و هما ثابتان
فلا ضمان ،

قال أبو جعفر و لا خلاف أنه اذا شهد أربعة بالزنا ثم رجع
واحد غرم ربع الديه لبقاء ثلاثة أرباع الشهادة ، و القياس على هذا
اذا كانوا ستة فرجع ثلاثة أن يكون عليهم ربع الديه لبقاء
ثلاثة ارباعها ،

الجرح الا أن يشهدوا على اقرار الشاهد أنه شريك و ان المدعى
وكله في ذلك. و خاصم فيه أو انه محدود في قذف حده قاضى كذا
و كذا ، قال و هو قول أصحابنا ،

و قال ابن أبى ليلى يقبل الشهادة على الجرح و على أنهم
مستاجرون أو شهود زور و روى عن أبى يوسف مثله ،
و قال مالك ان زكوا الشهود ثم أقام المشهود عليه البيئه
أنهم يشربون الخمر أو أكله الربا أو مجاناً أو يلعبون بالشرطنج أو
النرد أو الحمام ، فان هذا مما يجرح شهادتهم و يبطلها ،
و قال الشافعى يقبل بيئه المشهود عليه على الجرح اذا بينوه
للحاكم ،

في البيئه بعد اليمين

قال أصحابنا اذا استحلف المدعا عليه ثم أقام البيئه قبلت بيئته ،
و هو قول شريح و الثورى و الشافعى ، و قال ابن أبى ليلى
لا يقبل بيئته بعد استحلافه المدعا عليه ،
و قال مالك ان استحلفه و لا علم له بالبيئه ثم علم أن
له بيئه قبلها ، و بطلت اليمين ، و ان كان يعلم بيئته فاستحلفه
و رضى باليمين و ترك البيئه فلا حق له .

و قال أبو جعفر اذا شهدت البيئه حصلت اليمين كاذبه فبطلت .

فان قيل قال النبى صلى الله عليه و سلم من حلف على يمين

ليقطع بها مال امرئى مسلم لقى الله و هو عليه غضبان ، و هذا

(٤٥ ظ) يدل (الررقه ٥ ؛ ظ) على صحة الحكم له بالمال المحلوف عليه ،

و أنه قد اقتطعه فدل على نفي قبول البيه^٢ عليه به ، فان قيل
الاعتطاع لا يوجب الملك ، و انما هو عليه كقاطع (الف) الطريق
لا يملك ما قطعه ،

و قال النبي صلى الله عليه وسلم من قضيت له الشئ^٣ من حق
أخيه فلا يأخذه فانما أقطع له قطعه^٤ من النار (٤٠) ،

في الشاهد هل هو حر في شهادته أو غير حر

قال أصحابنا الناس أحرار الا في أربعة أشياء - الشهادة والحدود
و القصاص و العقل - و قال مالك هم أحرار في الشهادات حتى
يقيم المشهود عليه البيه^٢ أنهم عبيد : و كذلك هم احرار في
كل شئ^٥ .

و قال الشافعي هم عبيد في الشهادة حتى يثبت الحرية^٦ بيه^٢ .

في شهادة الاخرس

قال أصحابنا لا تجوز شهادة الاخرس و قال ابن عبد الحكم
عن مالك شهادة الاخرس جائزة ، اذا كانت تفهم ،
قال أبو جعفر اتفقوا على جواز بيعه و طلاقه و نحو ذلك بالإشارة .
و يجوز أيضا بالكتاب و الشهادة حكمها أن يكون أكد من ذلك
لاتفاقهم انه لا يثبت الشهادة بالكتاب اذا لم يتكلم بها .

في حكم الحاكم بعلمه

قال أصحابنا ما يشاهده الحاكم من الافعال الموجبة قبل

(الف) المخطوطة: لقاطع.

القضاء أو بعده فإنه لا يحكم فيها بعلمه إلا القذف وما علم قبل
القضاء من حقوق الناس لم يحكم فيه بعلمه ، و ان علم بعد القضاء
حكم ، و هو قول أبي حنيفة ،

و قال أبو يوسف و محمد يحكم فيما علمه قبل القضاء من ذلك
بعلمه و هو قول سوار ،

و قال الحسن بن حي يقضى بعلمه قبل القضاء بعد أن يستحلفه
في حقوق الناس و في الحدود ، و لا يقضى بعد القضاء اذا علمه
حتى يشهد معه في الزنا ثلثه و في غيره رجل آخر ،

و قال الأوزاعي في امام شهد هو و رجل آخر على قذف رجل أنه
يحدده هو ، قال ابن شريح ارتفعوا الى امام قولى (الف) و أنا اشهد
بذلك ،

و قال مالك لا يقضى بعلمه في سائر الحقوق حتى يكون شاهدان
سواء و في الزنا أربعة غيره ،

و قال الليث لا يحكم في حقوق الناس بعلمه حتى يكون معه
شاهد آخر فيقضى بشهادته و شهادة الشاهد معه ،

و قال الشافعي يقضى بعلمه في حقوق الناس ، و في الحدود
(الورقة ٤٦ ؛ و) قولان أحدهما أنه يعمل رجوع المتر ، و قال
ابن أبي ليلى فيمن أقر عند القاضي في مجلس الحكم بدين ، فان القاضي

(الف) في المخطوطة : بعد "قولى" : "سواه في الزنا أربعة غيره" وخط عليه ، اى
فأسقط هذه الالفاظ من النص.

لا ينفذ ذلك حتى يشهد معه آخر ، و القاضي شاهد ، ثم قال بعد ذلك اذا ثبت قوله في الاصول عنده أنفذ عليه القضاء ،

في قول القاضي اذا قال حكمت على فلان بكذا

قال أبو حنيفة و أبو يوسف اذا قال القاضي قد قضيت على هذا الرجل بالرجم فارجمه وسعك أن ترجمه ، و كذلك سائر الحدود و الحقوق ، و ذكر ابن سماعه عن محمد في نوادره لا يجوز للقاضي أن يقول أقر فلان عندي بكذا بشئ يقضى به عليه من قتل أو مال أو طلاق أو عتاق حتى يشهد معه على ذلك رجلان عدلان أو رجل عدل ليس يكون هذا لأحد بعد رسول الله صلى الله عليه و سلم ، و ينبغي أن يكون في مجلس القاضي أبدا رجلان عدلان . يسمعان من يقر و يشهدان على ذلك فينفذ الحكم عليه بشهادة منه و ممن حضره ،

و قال ابن القاسم على مذهب مالك ان كان القاضي عدلا وسع الماسور ان يفعل ما قال القاضي و ان لم يكن عدلا لم يقبل قوله ، و قال الشافعي اذا كان عدلا يجوز قوله ،

في القاضي يقول أقر هذا عندي بكذا

قال أبو حنيفة و أبو يوسف اذا أقر عنده فلم يحكم به عليه و لم يثبت في ديوانه فانه يحكم به عليه اذا ذكره ، و قال ابن أبي ليلى لا يقضى عليه به حتى يثبت في ديوانه ، و قال محمد لا يحكم عليه باقراره حتى يشهد على اقراره رجلان عدلان فينفذ الحكم بشهادة

سنه و سمن حضر ، و لا يجوز أن يقول قد سألت عن الشاهدين
في السر و العلانية ، دركنا (؟) هذا بمنزلة اقراره حتى يعلم ذلك
غيره سمن هو رضى ،

و قال مالك لا يقضى على الرجل باقراره حتى يكون مع القاضى
بينه منه بذلك عليه ،

قال أبو جعفر قول النبي صلى الله عليه و سلم و اغد يا أنيس
على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها فاعترفت فرجمها ، و لم يقل له
ان اعترفت فاشهد عليها حتى يكون حجة اك بعد موتها . و قد قتل
سعاذ و أبو موسى مرتدا بارتداده عند هما ، و هما واليان لرسول الله
صلى الله عليه و سلم على اليمن ، و عبد الله بن مسعود أمر قرظة
بن كعب بقتل بن التواخه (؟) بالردة التي كانت منه عنده ، و قتل
أبوسوسى مرتدا بالعراق بغير (الف) استبانته و لم ينكره عمر و أنكر
ترك (ب) استبانته .

(٤٦ ظ) (الورقة ٤٦ ظ) في تلقين الشاهد

قال أبو حنيفة و محمد لا يلقنه و لكن يسمع منه ما شهده ،
وهو قول الشافعى ، و قال أبو يوسف لا بأس أن يقول أتشهد بكذا
و هو قوله الآخر ،

قال أبو جعفر اتفقوا على انه لا يلقن أحد الخصمين فوجب أن
لا يلقن الشاهد و تلقين الشاهد أكثر من تلقين الخصم لأنه يلقنه
ما يكون حجة للخصم .

(الف) المخطوطة : بعد .

(ب) المخطوطة : ترك .

في شهادة الأُخ

قال اصحابنا تجوز شهادة الاخ لأخيه وهو قول مالك تجوز شهادة الصديق الملاطف و المولى إلا أن يكون في عياله ، و قال الأوزاعي لا يجوز شهادته لأخيه ، و لم يقل به غير الأوزاعي ،

في شهادة السؤال

قال أبو جعفر حدثنا أحمد بن داؤد قال حدثنا يعقوب بن أحمد أو غيره من أصحاب ابن عيينة عن سفيان بن عيينة ، قال شهد رجل عند ابن أبي ليلى فرد شهادته فقلت مثل هذا فلان و حاله كذا و حال ابنه كذا ترد شهادته ، قال أين يذهب بك أنه فقير ، فهذا قد رد شهادة الفقير سواء يسئل أو لا يسئل ،

و قال مالك لا تجوز شهادة السؤال في الشيء الكثير و يجوز في الشيء التافه اليسير ان كانوا عدولا و قال الشافعي اذا احتاج الى المسئلة لانه منتقطع به أو لحقه غرم أو حاجة (الف) فسأل لم ترد شهادته و من سأل لغير ضرورة و لا معنى من هذه المعاني ، فهذا ياخذ ما لا يحل و يكذب بذكر الحاجة فترد شهادته ، و كذلك ان كان غنيا فقبل الصدقة المفروضة لم تقبل شهادته ، اذا علم أنها لا تحل له .

قال أبو جعفر الفقر لا يمنع جواز الشهادة ، و قال الله تعالى ” للفقراء المهاجرين ، ، و مستحيل أن ترد شهادتهم مع ما وصفهم

الله به ، و سن حلت له المسأله فسأل لم ترد شهادته لانه
لم يأت محظورا .

في القاضي يحد الشهود عبدا في الزنا

قال أبو حنيفة " اذا رجم بشهادة أربعة و جاءهم نفر فزعموا أنهم
احرار مسلمون فاذا هم مجوس أو عبید فان الديه على المزكين ، و
قال أبو يوسف و محمد على بيت المال ، و ان لم يزيكبيهم أحد
فالديه على بيت المال في قولهم و في القصاص على المقتص له .

و قال مالك في العبدین الديه على عاقله الامام ، و ان كان
(٤٧ و) أقل من الثلث ففي الامام و ان كان (الورقة ٧ ؛ و) رجم . فان
علم الشهود فعليهم الديه ، و يحدون و ان لم يعلموا فذلك خطأ
من الامام و على عاقلته الديه ، و ان كان أحد الشهود مسخوطا
و ليس بعبد فلا شيء على أحد ،

و قال الحسن بن حي خطأ الامام على بيت المال ،
و روى عن سطرف (الف) عن عمر بن سعيد قال قال على رضي الله
عنه من ضربناه حدا فمات فلا ديه له الا صاحب الخمر فانه شيء
نحن فعلناه ، و رواه أبو الاحوص عن سطرف عن رجل عن على
رضي الله عنه مثلله ، غير أنه قال فديته في بيت المال .

و قال الليث اذا شهد رجلان بالسرقة فقتل ثم وجد أحدهما
عبدا ، فان العبد يكون للمقطوعه يده و ان كان الحر الذي شهد

سعه علم أنه عبد فعليه نصف دية" يده .

و قال الشافعي في خطأ الاسام في القصاص بشهادة عبيدين هو على عاقله الحاكم ، و ان علم أنه ليس له أن يشهد فعليه القصاص ،

في صفة العدل الذي يحكم بشهادته

بشر بن الوليد عن أبي يوسف من سلم من الفواحش التي يجب فيها الحدود و ما يشبه ما يجب فيه الحد من العظائم ، و كان يؤدي الفرائض ، و اخلاق البرفيه أكثر من المعاصي ، قبلنا شهادته لانه لا يسلم عبد من ذنب ، و ان كان أكثر من اخلاق البر ردنا شهادته ، و لا تقبل شهادة من يلعب بالشطرنج و يقامر عليها و لا من يلعب بالحمام و يطيرها ، و كذلك من يكتر الحلف بالكذب لا يجوز شهادة هؤلاء ،

و قال المزني و الربيع عن الشافعي انه اذا كان الاغلب على الرجل و الاظهر من أمره الطاعة و المروءة قبلت شهادته ، و ان كان الاغلب من أمره المعصية و خلاف المروءة ردت شهادته ، قال محمد بن عبد الله بن عبد الحكيم عن الشافعي اذا كان أكثر أمره الطاعة و لم يقدم على كبيرة فهو عدل و لم يشترط المروءة ،

قال أبو جعفر لا يخلوا ذكره المروءة في روايه الربيع و المزني أن يكون فيما يحل أو يحرم ، فان كان فيما لا يحل فلا معنى

لمراعاتها، و ان كانت فيما يحرم فهمى من المعاصى فالمراد (الف)
كما ذكرنا عن أبى يوسف و لا معنى لذكر المروءة ،

فى من أقر بعد الخصومه

قال أصحابنا و سائر الفقهاء اذا اختصما الى الحاكم فلم يقر
المدعى عليه ثم قاما من عند القاضى فأقر و قاست بينه على اقراره
لزمه اقراره.

و قال ابن أبى ايلى اذا اختصما و لم يقر لم يصح اقراره بعد
(٤٧ ظ) قياسه من عند القاضى و لم يقل بذلك أحد غيره (الورقة ٧٤٧؛ ظ).

فى الشاهد يرى رجلا يبيع دار غيره فيسكت

قال أصحابنا و سائر أهل العلم اذا جاء مالكا فادعاها فشهد
له من سكت عند البيع جازت شهادته . و قال الليث اذا لم يخبرهم
الشاهد بشهادته أنها ملك الغير حتى يبيع لم تقبل شهادته فيه
بعد ذلك و لم يقل به أحد غيره ،

فى من لا يدعى دارا فى يدى رجل زمانا ثم يدعيها

ذكر عبد الله بن عبد الحكم عن مالك و من كانت فى يده دار ،
فجازها عشر سنين على حاضر ينسب اليه و هو معه مقيم لا يدعى
فيها حقا ، ثم ادعاها و لا حق له ، و لم يقل بذلك أحد غيره
بالتوقيت و لا بغير التوقيت الا ما ذكرنا عن الليث ،

في حكم الحاكم بعقود في الظاهر هي في الباطن خلافه

قال أبو جعفر قال أبو حنيفة إذا حكم الحاكم بينه بفسخ عقد أو عقد سما يصح أن يبتدأ فهو نافذ ،

وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي لا يقع ، وقال أبو يوسف فان حكم بفرقه لم يحل للمرأة ان تتزوج ولا يقربها زوجها أيضا ،

فيما يجوز فيه الشهادة على خبر الاستفاضة

قال محمد في املائه قال أبو حنيفة إذا كانت الدار في يدي رجل معروف به ينسب اليه ويعرف به فتداولها ناس بعده فجاء بعض ورثته يطلب حقه منها ، وقد سمع قوم بموته وبتركها ميراثا لورثته ولم يعاينوه ، وانما سمعوا من العامة لم يسعهم أن يشهدوا على ذلك ، وكذلك الرقيق والاسواق ، وهو قول أبي يوسف ومحمد ، وكذلك العتاق لا يثبت عند اليهود بالخبر عند أبي حنيفة ،

وقال أبو يوسف ومحمد إذا جاء من ذلك ولا معروف مشهور جازت الشهادة به وان لم يحضر المعتق والنسب يشهد به إذا جاء أمر مشهور في قولهم جميعا ، وكذلك الموت يشهد به ثم خبر الاستفاضة أو يخبره عدل أنه حضر موته أو جنازته ، والنكاح أيضا يثبت بأمر مشهور ،

وذكر ابن سماعه عن محمد قال قال أبو حنيفة لا تجوز الشهادة بالسمع إلا على أربعة أشياء : الموت ، والنسب ، والنكاح ، والقاضي ، يكون قاضيا بمصر ، فيراه الرجل ويسمع الناس يقولون ذلك فيسعه أن يشهد كتابه الى قاضي مصر آخر ،

(٤٨ و) وقال أبو يوسف أجزى الشهادة بالسماع (الورقه ٤٨ و) على العتق في مثل سولى أبى جعفر صلح صاحب المصلى وان لم يشهدوا على عتق أبى جعفر ، وقول محمد كقول أبى حنيفه ، وقال مالك لا يجوز الشهادة على ملك الدار بالسماع على خمس سنين ونحوها إلا فيما يكثر من السنين و يطول من الزمان ، فإذا كان على مثل هذا فالشهادة فيه جائزة ، وكذا الشراء و هو بمنزله سماع الولاء ،

قال أبو القاسم و شهادة السماع انما هى فيما أنت عليه أربعون أو خمسون سنة ، وقال المزنى عن الشافعى الشهادة على ملك الدار و الثوب على تظاهر الاخبار بأنه ملك و بان لا أرى منازعا فى ذلك فيثبت معرفته بالقلب و تشيع الشهادة عليه و على النسب ، قال أبو جعفر لا يختلفون فى جواز الشهادة بالسماع فى النكاح و أنها لا تجوز فى الطلاق فالعتق مثله ،

فى شهادة ولد الزنا

قال مالك تجوز شهادة ولد الزنا و لا تجوز فى الزنا و ما أشبهه و لم يقتل به غير مالك ، روى عبد الملك بن سعيد أبى الحر عن اباد بن لقيط عن أبى رمه ، قال أتيت مع أبى الى النبى صلى الله عليه و سلم فرأى النبى صلى الله عليه و سلم فى ظهره بشرة . فقال أبى دعنى أعالجها فانى طيب ، قال أنت رقيق و الله عزوجل طيب فقال من هذا ، فقال اننى أشهدته فقال أما انه لا يجنى عليك و لا تجنى عليه ،

في قبول الدعوى قبل الخلطة

قال أصحابنا و الشافعى كل من ادعى (الف) حقا قبل غيره و لم يكن له بينه استحلف المدعا عليه فى الاشياء التى يصح الاستحلاف فيها ، و قال مالك اذا ادعى العبد العتق أو المرأة الطلاق لم يستحلف المدعا عليه حتى يشهد شاهد بالعتق ،

و روى مالك عن حميد بن عبد الرحمن أن عمر بن عبد العزيز رضى الله عنه اذا كان عاملا على المدينة لم يستحلف المدعا عليه حتى يكون بينه و بين المدعى مخالطة أو ملابسة (٤١).

قال مالك اذا ادعى غصبا و ان كان لا يتهم بذلك لم يستحلف و يؤدب المدعى ، و ان كان ممن يتهم بذلك نظر فيه السلطان و أحلفه ،

قال ابن القاسم و لا يستحلف المدعا عليه القصاص و لا الضرب بالسوط و ما أشبهه الا أن يأتى بشاهد عدل فيستحلف له فى الطلاق

(٤٨ ظ) اذا جاء بشاهد عدل استحلف ما طلق ، (الورقة ٤٨ ظ) .

في كيفية الاستحلاف فى الدعوى

قال أصحابنا و ابن شبرمه و مالك و الشافعى اذا ورث ميراثا فادعى رجل فيه حقا فان الوارث يستحلف على العلم لا يعلم لهذا فيه حقا و فى البيع و الهبة و نحوها يستحلف على البيان لأن الميراث يدخل فى ملكه بغير قبوله و فى البيع و الهبة لا يملك الا بالقبول ،

(الف) المخطوطة : ادعا.

وقال ابن أبي ليلى اليميني في الشراء والميراث والهبة > و < غير ذلك على العلم . و في حديث القسامه أن النبي صلى الله عليه وسلم ، > قال < يحلفون ما قتلنا و لا علمنا قاتلًا ، و استحلف عمر بن الخطاب رضى الله عنه في القسامه كذلك . و ذكر صغيره عن الشعبي عن شريح أنه كان يستحلف الوارث البتة و كان ابراهيم يستحلف على علمه ،

في الاستحلاف على العيب

قال أصحابنا لا يستحلف البائع على العيب حتى يعلم أن العيب بالسلمه . فاذا ثبت العيب استحلفه بالله البتة لقد باعه و سلمه و ما به هذا العيب ، و ذلك سواء في العيوب الباطنه و الظاهرة ، و قال أبو يوسف في نفسى من الاستحلاف البتة على الشئ الباطن خاصة ، و قال ابن شبرمه و ابن أبي ليلى يستحلف في العيوب على الثبات فيحلف في الابق ” بالله ما أبق قط ، ، ، و قال البتة يستحلف في الظاهر على الثبات و في الباطن على العلم ، و هو قول مالك ، و قال الثوري يحلف في الابق على العلم ، و قال الشافعي يحلف على الثبات في كل عيب ،

في الرد بالعيب قبل استحلاف المشتري

كان أبو حنيفة لا يحلف المشتري ما رضى حتى يدعى البائع ذلك ، و قال أبو يوسف أحب الى ان استحلفه و ان لم يدع البائع رواه بشر بن الوليد عنه و هو قول الحسن بن صلح و شريك ، و قول مالك مثل قول أبي حنيفة ،

في اختلاف المتبايعين

قال أصحابنا اذا اختلفا في الثمن، و السلعة قائمة، حلف كل واحد على دعوى صاحبه ، و هو قول الثوري و الشافعي و الحسن بن حي الا أن الحسن بن حي قال يتحالفان أيضا اذا كانت لهما بينة و جعل (٤٩ و) البيتين متكافيتين (الف) و هو قول الشافعي (الورقة ٤٩ و) و أصحابنا جعلوا البينة بينه البائع ،

و قال أصحابنا اذا تخالفا فسخ البيع إلا أن يرضى المشتري أخذا ما قال (ب) البائع ، و هو قول الشافعي ، و قال مالك يحلف كل واحد منهما على دعوى نفسه لا دعوى صاحبه ، و قال ابن شبرمة اذا اختلفا في الثمن فالقول قول المشتري مع يمينه الا أن يقيم البائع بينة و لم يوجب التحالف ، و قال الثوري يتحالفان فان نكلا أو حلفا فسخ البيع ، و قال أصحابنا من نكل منها لزمه دعوى صاحبه ،

في الاستحلاف على الدعاوى

قال أبو يوسف يستحلف في دعوى البائع ما باعه فان عرض فقال قد يبيع ثم ينفسخ أو يعود اليه بملك ثان استحلفه ما بينك و بينه يبيع تام و اتم الساعة فيما ادعى ،

و قال محمد في نوادر ابن سماعه ما أحلفه ما بعته و لكن أحلفه ما هذه الائمة له شراء بكذا و مالها عليك كذا ثمن هذا العبد، و في الطلاق ما هذه المرأة باينه منك بهذه التطليقات الثلث ، و في

(الف) المخطوطة: متكافيين.

(ب) المخطوطة: احده اقال.

العتق ما هذه حرة الساعة" بهذا العتق، و في العبد ما عتقه اذا كان مسلما ، لانه لا يرد عليه رق بعد عتق ، و العبد الذسى مثل الامه ، و مالك لا يحلف الا أن يكون هناك حال أخرى حال داله" على ما ادعى فيحلف ما طلق و ما باع ، و الشافعى يحلف مثل قول محمد و استحلف عثمان ابن عمر رضى الله عنهما في عيب " بالله ما بعته و اعلمته و لا كتمته ، ، ،

في استحلاف المرأة غير المبررة

قال أبو حنيفة" لا تقبل الوكالة" من المرأة و لا من الرجل اذا كان حاضرا صحيحا يمكنه اتيان القاضى فلا بد لها من الخروج حتى تحلف عند القاضى ، و أبو يوسف يقبل الوكالة ،

قال أبو جعفر و قياس قوله اذا توجه عليها الحكم بيمين أن لا يحضرها اذا لم يكن من عاداتها الخروج و يبعث من يستحلفها مع شاهدين (الف) يحضران ذلك ،

قال مالك اذا كان الدعوى في شىء له خطر. قال فانها تخرج الى المسجد و ان كانت لا تخرج اخرجت ليلا فأحلفت ، و ان كان الحق شيئا يسيرا أحلفت في بيتها اذا كانت ممن لا تخرج و أرسل اليها القاضى من يستحلفها.

في رد اليمين

(٤٩ ظ) قال أصحابنا لا ترد (الورقة " ٩٤ ظ) اليمين على المدعى ، و قال

(الف) المخطوطة : شاهدان.

ابن أبي ليلى في روايته" اذا قال المدعا عليه أنا أرد اليمين عليه رددتها عليه اذا كان يتهم ، و ان لم يتهم لم أردھا ، و روى عنه أنه يردها بغير تهمة" ،

و قال مالك اذا نكل المدعا عليه حلف المدعى و ان لم يدع المطلوب يمين الطالب ،

و قال الشافعى و لو رد المدعا عليه اليمين فقلت للمدعى احلف فقال المدعا عليه أنا لا أحلف لم أجعل ذلك له لاني قد أبطلت أن يحلف ، وجعلت اليمين على صاحبه و لا حجة لهم في حديث القسامه" ، لأن أباسلمه" بن عبد الرحمن و سليمان بن يسار روانا عن اياس من الانصار أن النبي صلى الله عليه و سلم بدأ باليهود فقال يحلف منهم خمسون رجلا فأبوا. فقال للانصار استحقوا فقالوا أنحلف على الغيب، و قوله لهم ' استحقوا ، يجوز أن تكون بينه" يقيمونها أو يكون على معنى قد استحقتمهم عليه"ديه" صاحبيكما(الف). رواه ابن أبي ليلى عن سهل بن أبي حشمه" أن النبي صلى الله عليه و سلم قال لهم اما أن يدعوا صاحبكم و اما ان يؤدوا بحرب(٤٢) ، فأخبر أن الدية" مستحقة" لوجود القتل و أن الايمان لا تبرئهم منه ، و حديث أبي سلمه" و سليمان بن يسار من الانصار فجعل رسول الله صلى الله عليه و سلم ديته على اليهود لأنه وجد بين أظهرهم و ذلك خلاف ما ذكر يحيى بن سعيد عن بسر بن يسار عن سهل بن أبي حشمه" أن النبي صلى الله عليه و سلم قال للانصار أتحلفون و تستحقون دم صاحبكم ،

في الحكم بالنكول

قال أصحابنا اذا نكل عن اليمين حكم عليه بالحق للمدعى ،
و قال مالك اذا نكل حبس حتى يحلف ، و قال الشافعي يقال للمدعى
احلف و استحق ، و قال قوم من أهل مكة " يحبس حتى يقر أو يحلف .
و روى مالك عن يحيى بن سعيد عن سالم أن ابن عمر باع غلاما
له بالبراءة ، فقال المشتري به داء لم يسمه (الف) فاختصما الى
عثمان فتضى ان يحلف ابن عمر بأنه لقد باعه و ما به داء يعلمه
فأبى عبدالله بن عمر أن يحلف وارتجع العبد ، ورواه ابن المبارك عن
يحيى بن سعيد باسناده و قال فيه فأبى أن يحلف فرد اليه الغلام .
و كذلك رواه يزيد بن هارون و عباد بن العوام و يحيى بن سعيد .
و روى أبو نعيم عن اسمعيل بن عبد الملك الاسدي عن أبي سليكة
أنه كتب الى ابن عباس في امرأتين ادعت احدهما على صاحبها
(. . و) أنها أصابت يدها بالانتفاء وانكرت، فكتب اليه ابن (الورقة . . و) عباس
أن ادعها و اقرأ عليها " ان الذين يشتركون بعهد الله ايمانهم
ثمنا قليلا ،، الايه" ، فان حلفت فخل عنها و ان لم تحلف فضمنها ،
فهذا عثمان و ابن عباس و ابن عمر رحمهم الله قد رأوا الحكم
بالنكول و ليس عن أحد من الصحابة خلافه .

في النكول في الجنائيات

قال أبو حنيفة اذا نكل عن العهد فيما دون النفس اقتصر (ب) منه
و في النفس تجبس حتى تقر أو تحلف (٤٣) ، و قال أبو يوسف و محمد

(الف) المخطوطة : بهوا لم يسمه .

(ب) ايضا : امض .

يقضى في الجميع بالارث (٤٤) و حكاه ابن أبي عمران عن محمد بن شعاع
 عن الحسن بن زياد عن زفر أنه يفيض بالنكول من النفس وادونها ،
 و قال مالك اذا ادعى قطع يده و أقام شاهدا استحلف مع شاهده
 و يقطع يد القاطع و ان نكل المقطوع يده عن اليمين استحلف القاطع ،
 فان حلف و الا حبس حتى يحلف . و ان ادعى قتل عمد و اقام
 شاهدا عدلا أقيم هو و بعض عصبه" المقتول خمسين يمينا و يقتل ،
 و قال الحسن بن حى في القتل يوجد في القوم فادعى عليهم (الف)
 الوالى انهم قتله صاحبه استحلف خمسين منهم "ما قتلت و لا علمت
 قاتلا ، ، فان أبوا ان يقسموا قتلوا لان عمر رضى الله عنه قال حقتهم
 دماءكم بايمانكم و ان حلفوا كانت عليهم الدية" ، و ان ادعى
 الوالى على رهط من أهل قبيله" كثروا أو قتلوا بطلت القسامه"
 وصارت الدعوى ، و قال المزنى عن الشافعى و الايمان في الدماء
 مخالفة" لغيرها لا يبرأ منها الا بخمسين يمينا و سواء في هذا النفس
 ديه" أو الجرح بقتله و بعضه به بنكوله و يمينا صاحبه ،

من القضاء على الغائب

قال أصحابنا و ابن شبرمة" لا تسمع بينه" على غائب اذا لم يكن
 خصم حاضرا (ب)، و روى عن أبي يوسف اذا حضر للطالب
 شاهدان فلم يحضر المطلوب و لم يوكل قبلت البيئه" و انفذت عليه
 القضاء و كذلك ان كان حاضرا فيغيب ، فاني ابعث من ينادى على

(الف) المخطوطة : عليهما .

(ب) المخطوطة : حاضر .

بابه ثلاثه أيام فان لم يحضر قبلت البيئه و انفذت القضاء ،

قال ابن أبي عمران و كان أبو يوسف قال انه اذا لم يحضر
بعد النداء اقام عنه وكيلا يسمع البيئه عليه ، و قال مالك يقضى
على غائب في الدين و لا يقضى في العقار الا أن تكون غيبه المدعا عليه
طويله و قال اذا غاب بعد ما توجه عليه القضاء قضى عليه
(. . ظ) و ألزمه . و قال (الورقه . . ه ظ) الليث لا يعجل في الاعيان
لأنه لا يأمن أن يكون وقفا ، و في سائر الاسوال يقضى على غائب
بعد أن يعطى حميلا ثقة (؟) لأنه لا يأمن أن يكون المطلوب قد برئ
من الدين ، و قال الشافعي يقضى على الغائب في كل شيء ،

قال أبو جعفر لم يختلفوا أنه لو كان حاضرا لم تسمع بيئه
المدعى حتى يسئل المدعا عليه فاذا كان الغائب فاحرى أن
لا يسمع ،

في جلب المدعا عليه أو البيئه

كان عيسى بن أبان و اسمعيل بن حماد يجلبان بالبيئه يشهد
عندهما المدعى لشخص المدعا عليه بما شهدت به عادله كانت أو
غير عادله ، و قال بكار بن قتيبه لا يجلبه ولكن يكتب الى خليفته
في الناحيه يذكر الدعوى و يجمع بين المدعا و المدعى و يسمع من
البيئه ، و يسأل عن البيئه . فان خرج اليه من حقه و الا توليت
النظر بينهما و اشخصت المدعا عليه و لا تشخص البيئه عليه بغير
محضر قال ،

وقال اسمعيل بن حماد لا أسأل عن شاهدي الجلب . وقال ابن سماعه " أسأل عن شاهدي الجلب و لا أشخص أحدا بغير بينه " غير عادله " ، لأنه يلزمه مؤنه " في الشخوص ،

وقال ابن القاسم عن معاني قول مالك أنه ان كان المدعا عليه غائبا الا مثل ما يسافر الناس فيه و يقدمون ليثبت الى والى الموضوع في اخذ المدعا عليه الى مثل ما يسافر الناس فيه بالاستحلاف أو القدوم للخصومة " في الدار التي في يده ، و ان كانت غيبه " بعيدة سمع من بينه " المدعى و قضى له ،

وقال الليث لا يجلب المدعا عليه حتى يشهد بينته على الحق ، و قياس قول الشافعي أنه يجلب بدعوى المدعى ،

قال أبو جعفر و ليس عند أصحابنا المتقدمين فيه شيء ، و القياس أن لا يجلب بينه " و لا غير بينه " .

في كتاب القاضي في مصر واحد

قال أصحابنا و مالك اذا كان في المصر قاضيان قبل كتاب أحدهما الى الآخر بحق لرجل ،

وقال مالك يجوز كتاب امير الصلوة أيضا الى القاضي في مصر لأنه يجوز حكمه ، و قال الشافعي لا يقبل كتاب أحد القاضيين في المصر الى الآخر بينه " شهدت عنده و يحتاج أن يعيد تلك البينة " عند هذا بالحق ، انما يقبل ذلك في البلدان النائية " .

المراجع

- (٣٢) انظر ايضا ص ٣٢٩ : فانه يقضى بما وجد من ذلك اذا وجده في قمطره و تحت خاتمه في قول أبى يوسف و مجد رضى الله عنهما و به تأخذ.
- (٣٣) و مثله في مختصر الطحاوى ص ٣٣٨ : فاذا شهد شاهدان أن فلانا مات و هذه الدار في ملكه و تركها ميراثا لأبيه هذا، لا يعلمان له وارثا غيره فهذا جائز.
- (٣٤) و مثله في النس السائق أيضا: فان القياس في ذلك أن الناضى لا يقبل الشهادة منهما على ذلك، لأنهما شهدا على غيب، و الاستحسان في ذلك انه يقبل الشهادة و يحمل هذا منهما على معنى العلم.
- (٣٥) انظر مختصر الطحاوى: ص ٣٤٠:
- ”والذى لها (للرأة) في قول أبى يوسف رضى الله عنه الذى رواه عنه أصحاب الاملاء من الميراث جزء من ستة و ثلاثين جزءاً، لان أحسن أحوالها في الميراث أن يكون معها ابنتان و أبوان و ثلاث زوجات، فيعال لها و للزوجات معها بالثمن فيصير تسعا و يصير بها ربع التسع.
- (٣٦) أيضا: والذى يقضى لها به في قول مجد رضى الله عنه ربع الميراث.
- (٣٧) يقال تلوم في الأمر أى انتظر و تأمل.
- (٣٨) راجع مسلم ج ٢ ص ٧٧.
- (٣٩) أخرجه الشيخان ج ١ ص ٥١٠، ج ٢ ص ٣٠٩.
- (٤٠) أخرجه الشيخان ج ١ ص ٣٣٢، ج ٢ ص ٧٤ باختلاف يسير.
- (٤١) راجع مختصر الطحاوى ص ٣٣٣: مخالطة او ملابسة اولهم يقف.
- (٤٢) راجع البخارى ص ١٠١٨ ج ٢، ولأبى داؤد ج ٤ ص ٣٠١، بسند حسن عن رافع بن خديج و كذا في الجوهر النقى ج ٨ ص ١٢٠، والبيهقى ج ٨ ص ١٢٥، راجع شرح معانى الآثار ج ٢ ص ٩٥.
- (٤٣) راجع مختصر الطحاوى ص ٣٣٤.
- (٤٤) أيضا.