

مقياس الأفضية والشهادة لقسم السنة الأولى ماستر، تخصص فقه مقارن

من إعداد الدكتور: علي ميهوبي

السنة الجامعية: 2020/2019

الباب الثالث: فيما يكون به القضاء

والقضاء يكون بأربع: بالشهادة، وباليمين، وبالنكول، وبالإقرار، أو بما تركب من هذه ففي هذا الباب أربعة فصول:

[الفصل الأول: القضاء بالشهادة]

والنظر في الشهود في ثلاثة أشياء: في الصفة، والجنس، والعدد.

[المبحث الأول: صفات الشهود]: فأما عدد الصفات المعتبرة في قبول الشاهد بالجملة فهي خمسة:

العدالة، والبلوغ، والإسلام، والحرية، ونفي التهمة.

1. أما العدالة¹، فإن المسلمين اتفقوا على اشتراطها في قبول شهادة الشاهد لقوله تعالى: {ممن ترضون من الشهداء}، ولقوله تعالى: {وأشهدوا ذوي عدل منكم}. واختلفوا فيما هي العدالة؛ فقال الجمهور: هي صفة زائدة على الإسلام، وهو أن يكون ملتزماً لواجبات الشرع ومستحباته، مجتنباً للمحرمات والمكروهات². وقال أبو حنيفة: يكفي في العدالة ظاهر الإسلام، وأن لا تعلم منه جرحه³.

وسب الخلاف كما قلنا: ترددهم في مفهوم اسم العدالة المقابلة للفسق؛ وذلك أنهم اتفقوا على أن شهادة الفاسق لا تقبل لقوله تعالى: {يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا⁴} الآية. **[تفريع]** ولم يختلفوا أن الفاسق تقبل شهادته إذا عرفت توبته، إلا من كان فسقه من قبل القذف. فإن أبا حنيفة يقول: لا تقبل شهادته وإن تاب⁵. والجمهور يقولون: تقبل.

وسب الخلاف: هل يعود الاستثناء في قوله تعالى {ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون⁶} إلا الذين تابوا من بعد ذلك {إلى أقرب مذكور إليه، أو على الجملة إلا ما خصصه الإجماع⁷.

¹ وهو الذي اعتدلت أحواله ديناً ومروءة. النجم الوهاج في شرح المنهاج لأبي البقاء الشافعي (10/ 286)

² فقوله تعالى {وأشهدوا ذوي عدل منكم}؛ يعني من المسلمين، فعلم أن العدالة معنى زائد على العلم بالإسلام، وقوله {ممن ترضون من الشهداء}، والرضا لا يكون إلا بعد البحث عن حاله، ولا يكفي في ذلك العلم بصحة اعتقاده؛ لأن أفعاله قد تكون مخالفة لما يوجب اعتقاده).

وروي عن عمر - رضي الله عنه - أن رجلين شهدا عنده فقال: لا أعرفكما، ولا يضركما ألا أعرفكما، جياي برجل يعرفكما، فجاءاه برجل فقال: أتعرّفهما؟ قال: نعم، قال: أكنت معهما في السفر الذي يكشف أخلاق الناس؟ قال: لا، قال: أفأنت جارهما تعرف صباحهما ومساءهما؟ قال: قال لا، قال: أعاملتهما بالدنانير والدرهم التي تنقطع بهما الأرحام؟ قال لا، قال يا بن أخي ما تعرفهما، جياي بمن يعرفكما.

وهذا قوله بحضرة المهاجرين والأنصار والصحابة، ولم ينقل عن أحد خلافه. المعونة على مذهب عالم المدينة (ج/1517/1518)

³ ذوا العدل من جعلت له عدالة، ومن كان مسلماً فله عدالة الإسلام، وإنما تزول بمخالفة الدين. التجريد للقدوري: 6541/12

⁴ والأمر بالتوقف يمنع العمل بالشهادة، وهذا لأن رجحان جانب الصدق لا يظهر في شهادة الفاسق؛ لأن اعتبار اعتقاده يدل على صدقه، واعتبار تعاطيه يدل أنه كاذب في شهادته، فلتعارض الأدلة يجب التوقف، ثم لما لم ينزجر عن ارتكاب محذور دينه مع اعتقاده حرمة، فالظاهر أنه لا ينزجر عن شهادة الزور مع اعتقاده حرمتها. المبسوط للسرخسي (16/ 131)

⁵ هذا عند الحنفية خاص بالحدود في القذف. المبسوط للسرخسي: 125/16

⁶الفسق: ارتكاب الكبائر، أو الإصرار على الصغائر. المطلع على دقائق زاد المستقنع «فقه القضاء والشهادات» لعبد الكريم بن محمد اللاحم: (120/2)

والعلة في عدم قبول شهادته: هي كذبه، كونه لا يوثق بخبره.

⁷**وهو المعروف بالتخصيص المتصل:** وهو ما يكون بالاستثناء، والصفة، والغاية، والشرط.

فالاستثناء المتصل الواقع بعد جمل متعاطفة بالواو يرجع إلى الأخيرة اتفاقاً، لكن هل يجب رجوعه إلى جميعها، أم إلى أقرب مذكور؟ اختلف في ذلك على مذهبين:

المذهب الأول: أن الاستثناء المتصل بجمل الكلام، معطوف بعضها على بعض، يجب رجوعه إلى جميع المذكور مما تقدم، إلى أن يرد دليل بخلافه، وهو مذهب أكثر المالكية، والحنابلة، والشافعية، وهو الذي رجحه الباجي، وهو قول جماعة من المعتزلة منهم: القاضي عبد الجبار، وأبو الحسين البصري.

المذهب الثاني: أن الاستثناء المتصل بجمل الكلام، معطوف بعضها على بعض، يجب أن يرجع إلى أقرب مذكور إليه؛ أي الأخيرة، وبه قال الحنيفة، وجمهور المعتزلة.

وسبب الخلاف: في هذه المسألة الأصولية:

أولاً: ما قاله ابن العربي رحمه الله، حيث قال: "وهي مسألة نحوية، لا حَظَّ لغير النحو فيها؛ وذلك إنه لا خلاف أن المعطوف يشرك المعطوف عليه فيما وقع الخبر به عنه، وظن أبو حنيفة أن ذلك بمنزلة الضمير الذي يرجع إلى أقرب مذكور، فيختص به، ومنها ما يحتمل الرجوع إلى ما تقدم فيحكم كذلك به وباب العطف بخلافه؛ لأنه لا احتمال فيه لغير الاشتراك".

فهل الاستثناء في الآية راجع إلى الأمرين معا: أي عدم قبول الشهادة، والحكم بالفسق، أو راجع إلى الأمر الأخير، وهو الحكم بالفسق؟ المحصول لابن العربي: 85

فالاستثناء (إلا الذين تابوا) واقع بعد ثلاث جمل: الأولى: امرأة بجلدهم، والثانية: ناهية عن قبول شهادتهم، والثالثة: مخبرة بفسقهم.

فالاستثناء لا يعود على الجملة الأولى، وهي جملة الجلب باتفاق؛ لأن التوبة لا تسقط الجلب، وإنما الخلاف: هل يرجع هذا الاستثناء إلى الجملة الثانية وهي رد الشهادة، أو يرجع إلى الجملة الثالثة وهي الفسق فقط؟

وثمره الخلاف: هل تقبل شهادة القاذف إذا تاب، قاله: مالك، والشافعي، وجمهور العلماء.

أو لا تقبل شهادته، قاله: الحنفي، والثوري، والنخعي، وغيرهم. تيسير الوصول إلى منهاج الأصول: 3/358، رفع النقاب عن تنقيح الشهاب: 4/145/146

ثانياً: وهناك سبب آخر أشار إليه ابن القيم رحمه الله وهو: الخلاف بسبب الوقف والوصل فقال: والذين لا يقبلون الشهادة (الحنفية) يذهبون إلى أن المعنى انقطع عند قوله: {وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا} [النور:4]، ثم استأنف فقال: {وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا} [النور:4]؛ فجعلوا الاستثناء من الفسق خاصة دون الشهادة.

وأما الآخرون (الجمهور) فتأولوا أن الكلام تبع بعضه بعضاً على نسق واحد فقالوا: {وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا} فانظم الاستثناء كل ما كان قبله. إعلام الموقعين عن رب العالمين، ت مشهور: 2/240

2. وأما البلوغ فإنهم اتفقوا على أنه يشترط حيث تشترط العدالة⁸.

واختلفوا في شهادة الصبيان بعضهم على بعض في الجراح، وفي القتل:

أ. **[مذهب الجمهور]:** فردها جمهور فقهاء الأمصار لما قلناه من وقوع الإجماع على أن من شرط

الشهادة العدالة، ومن شرط العدالة البلوغ.

ب. **[مذهب المالكية]:** ولذلك ليست في الحقيقة شهادة عند مالك، وإنما هي قرينة حال، ولذلك

اشترط فيها أن لا يتفرقوا لئلا يخيبوا⁹.

واختلف أصحاب مالك: هل تجوز إذا كان بينهم كبير، أم لا؟¹⁰

ولم يختلفوا أنه يشترط فيها العدالة المشترطة في الشهادة، واختلفوا هل يشترط فيها الذكورة، أم لا؟

واختلفوا أيضا: هل تجوز في القتل الواقع بينهم؟

⁸والعلة في ذلك: أن الوصف الأعلى يعني عن الأدنى، فمن لا يكون بالغاً لا يكون عدلاً، فوصف العدالة يعني عن اشتراط وصف البلوغ.

⁹قال ابن العربي رحمه الله: وأما قبول الشهادة بين الصبيان في الجراح خاصة فلأنه الذي يقع بينهم في الغالب ولا يحضره غيرهم فدارت الحال بين إحدى أمرين: إما أن يضيع هذا الحق، وذلك لا يجوز، أو تقبل فيه شهادة الصبيان، وذلك أحسن، ولكنه جاز ذلك للحاجة إليه، ولأنه لا غناء عنه. القبس في شرح موطأ مالك بن أنس (ص: 885)

¹⁰ قال الرجاعي رحمه الله: فإذا دخل بينهم كبير، فلا يخلو من أن يكون شاهداً، أو مشهوداً له، أو مشهوداً عليه.

أ. **[مذهب الجمهور]:** فإن كان شاهداً: فلا يخلو من أن يكون عدلاً، أو غير عدل.

1. **[مذهب الجمهور]:** فإن كان عدلاً: فلا خلاف أن شهادة الصبيان ساقطة لوجود الكبير العدل.

2. **[مذهب الجمهور]:** فإن كان ليس بعدل، فهل يؤثر حضوره في إسقاط شهادة الصبيان، أم لا؟ فالمذهب على قولين:

أحدهما: أن شهادتهم جائزة مع حضوره؛ لأن وجوده وعدمه سيان، وهو قول ابن الماجشون، وأصبغ، وروى ابن سحنون عن أبيه مثله، كما لو كان عبداً أو نصرانياً.

والثاني: أن شهادتهم لا تجوز لحضور الكبير، وإن كان ليس بعدل، وهو قول سحنون في "كتاب ابنه" أيضاً.

ب. **[مذهب الجمهور]:** وكذلك إن كان مشهوداً عليه: فلا تجوز شهادة الصبيان عليه باتفاق المذهب.

ج. **[مذهب الجمهور]:** فإن كان مشهوداً له: فلا يخلو من أن يشهدوا له بالجراح، أو بالقتل:

1. **[مذهب الجمهور]:** فإن شهدوا له بالجراح: فلا خلاف في المذهب أيضاً أن شهادتهم لا تجوز، سواء شهدوا له على صغير أو كبير.

2. **[مذهب الجمهور]:** فإن شهدوا له على القتل: فلا يخلو من أن يموت من ساعته، أو عاش حتى يعرف ما هو فيه.

I. **[مذهب الجمهور]:** فإن مات من ساعته؛ مثل أن يدفعه أحد من الصبيان من علو عظيم لا يكاد يعيش من سقط منه، أو يلقيه من علو في بحر يغرق فيه: فإن شهادتهم جائزة له، وهو قول ابن المواز.

II. **[مذهب الجمهور]:** فإن عاش بعد ذلك حتى يعرف ما هو فيه ثم مات: فإن شهادتهم له لا تجوز، قولاً واحداً مخافة أن يكون قد

لقنهم الشهادة، ويخدعهم في عقولهم حتى يشهدوا له. مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح

ولا عمدة لمالك في هذا إلا أنه مروى عن ابن الزبير.

قال الشافعي: فإذا احتج محتج بهذا قيل له: إن ابن عباس قد ردها، والقرآن يدل على بطلانها.

ج: وقال بقول مالك ابن أبي ليلى، وقوم من التابعين.

وإجازة مالك لذلك هو من باب إجازته قياس المصلحة.

3. وأما الإسلام فاتفقوا على أنه شرط في القبول، وأنه لا تجوز شهادة الكافر¹¹، إلا ما اختلفوا فيه من

جواز ذلك في الوصية في السفر لقوله تعالى {يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم

الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم} الآية.

فقال أبو حنيفة: يجوز ذلك على الشروط التي ذكرها الله¹².

وقال مالك، والشافعي: لا يجوز ذلك، ورأوا أن الآية منسوخة¹³.

4. وأما الحرية فإن جمهور فقهاء الأمصار على اشتراطها في قبول الشهادة.

وقال أهل الظاهر: تجوز شهادة العبد؛ لأن الأصل إنما هو اشتراط العدالة، والعبودية ليس لها تأثير في

الرد، إلا أن يثبت ذلك من كتاب الله أو سنة أو إجماع.

وكأن الجمهور رأوا أن العبودية أثر من أثر الكفر فوجب أن يكون لها تأثير في رد الشهادة¹⁴.

¹¹ والعلة في ذلك أنهم معروفون بالكذب.

ودليل الجمهور: قوله تعالى: {وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ} [الطلاق: 2] وقال تعالى أيضاً {وَأَشْهَدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ} [البقرة: 282] وقال أيضاً: {مَنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ} [البقرة: 282]. قال الشافعي: في الآية دلالة على أن الله تعالى إنما عني المسلمين دون غيرهم من قبل أن رجالنا ومن نرضى من أهل ديننا لا المشركون لقطع الله تعالى الولاية بيننا وبينهم بالدين ووصف الشهود فقال {ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ} [الطلاق: الآية 2] فلا يجوز من غيرنا. الإرشاد إلى سبيل الرشاد (ص: 505)

¹² وسيأتي الكلام عنها في الفرع التالي.

¹³ وأدلة النسخ هي نفسها أدلة اشتراط العدالة في الشهادة، كقوله تعالى: (وأشهدوا ذوي عدل منكم). وغيرها.

قال ابن المواز: قال ابن القاسم: وآية الوصية في السفر: (أو آخران من غيركم) منسوخة بقوله تعالى: {وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ} [الطلاق: 2]. الجامع لمسائل المدونة لابن يونس: 397/17

وذهب الحنابلة: إلى أنه لا تُقبل شهادة كافر على مسلم، إلا أهل الكتاب في الوصية في السفر إذا لم يوجد غيرهم، وحضر الموصي الموت فتقبل شهادتهم، ويخلفهم الحاكم بعد العصر. الممتع في شرح المقنع ت ابن دهب: 643/4 وهو قول القاضي شريح، وابن أبي ليلى.

وهي حال ضرورة فلذلك جازت شهادتهم على المسلمين.

وسبب الخلاف بين الجمهور والحنابلة: الخلاف في نسخ هذه الآية بآيات اشتراط العدالة السابقة.

¹⁴ وأجاز شريح وابن سيرين شهادة العبيد.

5. وأما التهمة التي سببها الحبة، فإن العلماء أجمعوا على أنها مؤثرة في إسقاط الشهادة¹⁵.

واختلفوا في رد شهادة العدل بالتهمة لموضع الحبة أو البغضة التي سببها العداوة الدنيوية، فقال بردها فقهاء الأمصار، إلا أنهم اتفقوا في مواضع على إعمال التهمة، وفي مواضع على إسقاطها، وفي مواضع اختلفوا فيها فأعملها بعضهم وأسقطها بعضهم.

أ. فمما اتفقوا عليه: رد شهادة الأب لابنه، والابن لأبيه، وكذلك الأم لابنها، وابنها لها.

ب. ومما اختلفوا في تأثير التهمة في شهادتهم شهادة الزوجين أحدهما للآخر¹⁶:

➤ فإن مالكا ردها، وأبا حنيفة¹⁷

➤ وأجازها الشافعي، وأبو ثور، والحسن¹⁸.

وحجة هذا القول: أن قوله تعالى: (من رجالكم) عام يتناول العبيد وغيرهم؛ وذلك لأن عقل الإنسان ودينه وعدالته تمنعه من الكذب، فإذا اجتمعت هذه الشروط فيه كانت شهادته معتبرة.

وحجة جمهور العلماء قوله تعالى: (ولا ياب الشهداء إذا ما دعوا)؛ فهذا نص يقتضي أن من تحمل شهادة وجب عليه الأداء إذا ما طوبى بها، والعبد ليس كذلك فإن السيد إذا لم يأذن له في ذلك حرم عليه الذهاب إلى الشهادة، فوجب أن لا يكون العبد من أهل الشهادة. تفسير الخازن: لباب التأويل في معاني التنزيل: 215/1

وقال شيخ الإسلام ابن عاشور رحمه الله: والذي يظهر لي أن تخصيص العبيد من عموم الآية بالعرف وبالقياس:

أ. أما العرف فلأن غالب استعمال لفظ الرجل والرجال لا يرد مطلقاً إلا مراداً به الأحرار، يقولون: رجال القبيلة، ورجال الحي:

قال محكان التميمي:

يا ربة البيت قومي غير صاغرة ... ضمي إليك رجال الحي والغريا

ب. وأما القياس: فلعدم الاعتماد بهم في المجتمع؛ لأن حالة الرق تقطعهم عن غير شؤون مالكيهم فلا يضبطون أحوال المعاملات غالباً، ولأنهم ينشؤون على عدم العناية بالمرءة، فترك اعتبار شهادة العبد معلول للمنظرة. التحرير والتنوير: 108/3

¹⁵ وما يتفرع على هذه قاعدة: قرابة الولادة والزوجية تمنع قبول الشهادة. موسوعة القواعد الفقهية: 170/8

¹⁶ قال الزهري: كانوا فيما مضى يتأولون قوله عز وجل: {يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين} [النساء: 135]، ولم يكن يتهم في سلف الأمة والد، ولا ولد ولا زوجة ولا زوج، ثم دخل الناس فتركنا شهادتهم.

وما يدل على خلاف هذا القولين الاعتماد بالتهمة قوله تعالى: {خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة} [الروم: 21]؛ فنبه على أن التهمة حاصلة بين الزوجين في غالب الطباع؛ لأن الإنسان يجب نفع زوجته ويهوى هواها وينتفع بما لها. أحكام القرآن لابن الفرس: 423/1

¹⁷ ودليلهم: التخصيص بالتهمة من قوله تعالى: {من تزحون من الشهداء} بقوله تعالى: {خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة} [الروم: 21]؛ فنبه على أن التهمة حاصلة بين الزوجين في غالب الطباع؛ لأن الإنسان يجب نفع زوجته، ويهوى هواها، وينتفع بما لها. أحكام القرآن لابن الفرس: 423/1

➤ وقال ابن أبي ليلى: تقبل شهادة الزوج لزوجته، ولا تقبل شهادتها له، وبه قال النخعي¹⁹.
ج. وما اتفقوا عليه على إسقاط التهمة فيه²⁰ شهادة الأخ لأخيه ما لم يدفع بذلك عن نفسه عارا
على ما قال مالك، وما لم يكن منقطعاً إلى أخيه يناله بره وصلته، ما عدا الأوزاعي فإنه قال: لا
تجوز.
ومن هذا الباب: اختلافهم في قبول شهادة العدو على عدوه²¹؛ فقال مالك، والشافعي: لا
تقبل، وقال أبو حنيفة: تقبل²².

¹⁸ وهو استدلال بظاهر عموم قوله تعالى: {وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ} [البقرة: 282].
ولأن بينهما صلة لا توجب العتق، فلم تمنع من قبول الشهادة، كالأخوة.
ولأن الزوجية عقد على منفعة، فلم توجب رد الشهادة، كالإجارة. كفاية النبيه في شرح التنبيه (19/ 143)؛ فلم ير
الشافعي رضي الله عنه تخصيص العموم؛ لأنه رآه ضعيفاً.
تفريع: شهادة الصديق لصديقه: وهي مخرجة على الخلاف في المسألة السابقة هل تراعى التهمة، أو لا؟ وفيها
خلاف:

أ.: فقال الشافعي: تقبل سواء كان بينهما مهادة وملاطفة، أو لا مهادة بينهما ولا ملاطفة. وبه قال الحنفية،
والحنابلة، البيان في مذهب الإمام الشافعي: 314/13، البحر الرائق شرح كنز الدقائق: 85/7، العدة شرح
العمدة: 684

ب.: وقال مالك: (إذا كان بينهما مهادة وملاطفة لم تقبل شهادته له). لأنها تحمة في العادة غالبية متقررة بالطباع
في محبة النفع ودفع الضرر كشهادة الأب والابن، ولأن التهمة بالصدقة في مقابلة التهمة بالعداوة، فلما
كانت العداوة مؤثرة في منع الشهادة فكذلك الصدقة. الإشراف على نكت مسائل الخلاف: 974/2
¹⁹ والعلة في ذلك: ثبوت التهمة بسبب حاجة الزوجة لنفقة زوجها.

²⁰ والعلة في هذا: انتفاء التهمة: ومن أمثلتها:

أ.: شهادة الجد لولد ولده على ولده جائزة؛ لأنها شهادة على الفرع لا له.
ب.: ومنها: شهادة أبي الزوجة للزوج على زوجته التي هي ابنته جائزة كذلك.
ج.: ومنها: شهادة الرجل لأم امرأته وابنها، ولزوج ابنته، ولابن امرأته من غيره جائزة. والعلة هي عدم وجود
التهمة.

²¹ والمقصود بها شهادة الكفار بعضهم على بعض.

²² **أ. وحجة الجمهور:**

أولاً: مذهب المالكية: قوله تعالى: {مَنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشَّهَدَاءِ}، وقوله عليه السلام: "لا تجوز شهادة خصم، ولا ظنين"،
وروي: "ولا ذي غمر على أخيه". أحكام القرآن لابن الفرس: 431/1

قال القاضي عبد الوهاب: ولأن كل من لا تقبل شهادته على المسلمين لم تقبل على غيرهم كالفاسق الملي؛ ولأنه
فاسق بفعله كالملي، ولأن فسق المسلم أدون منه وشهادته غير مقبولة فشهادة الكافر أولى. المعونة على مذهب عالم
المدينة: 1526

الأدلة: فعمدة الجمهور في رد الشهادة بالتهمة ما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال "لا تقبل شهادة خصم، ولا ظنين"²³

وما خرج أبو داود من قوله عليه الصلاة والسلام "لا تقبل شهادة بدوي على حضري" لقلة شهود البدوي ما يقع في المصر؛ فهذه هي عمدتهم من طريق السماع.

ثانياً: مذهب الشافعية: دليلنا: قَوْلُهُ تَعَالَى: { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا } [الحجرات: 6] [الحجرات: 6] فأمر بالتبين في نأ الفاسق، وهو خبره، والكافر فاسق، فاقتضى وجوب التبين في خبره، والشهادة خبر. وروى معاذ: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «لا تقبل شهادة أهل دين على غير أهل دينهم إلا المسلمين؛ فإنهم عدول على أنفسهم وعلى غيرهم».

ولأن من عرف بالكذب، وأكل السحت لا تقبل شهادته، وقد أخبر الله تعالى: أن الكفار يفعلون ذلك. قال الله تعالى: { سَمَّاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكَّالُونَ لِلسُّحْتِ } [المائدة: 42]، فلم تقبل شهادتهم. البيان في مذهب الإمام الشافعي (278 /13)

ب - وحجة الحنفية: تجوز شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض. لقول الله تعالى: (والذين كفروا بعضهم أولياء بعض) [الأنفال: 73]. شرح مختصر الطحاوي للخصاص: 111/8، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: 224/4. قال أبو جعفر الطحاوي رحمه الله: (وتقبل شهادة أهل الكفر بعضهم على بعض؛ لأن الكفر كله ملة واحدة). وذلك لقول الله تعالى: {يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم}. ومعناه: من غير أهل ملتكم؛ لأن الخطاب توجه إليهم بلفظ الإيمان. شرح مختصر الطحاوي للخصاص: 110/8

فأدلتهم: ظاهر القرآن، والحاجة كما قال ابن القيم رحمه الله. إعلام الموقعين، ت مشهور: 180/2
²³والظنين: المتهم، وهو فاعل بمعنى مفعول؛ يقال: ظننت بذلك، وظننت زيداً: أي اتهمته، فهو مظنون، وظنين. غريب الحديث للخطابي: 150/3

ومما ورد في ذلك من السنة: عن عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا تجوز شهادة خائن، ولا خائنة، ولا مجلود حدا، ولا ذي غمٍّ على أخيه، ولا مجرب شهادة، ولا القانع أهل البيت لهم، ولا ظنين في ولاء ولا قرابة». أخرجه الترمذي.

قال الفزاري: القانع التابع. قوله: لا تجوز شهادة خائن: أراد بالخيانة الخيانة في الدين، والمال، والأمانة، فإن من ضيع شيئاً من أوامر الله أو ارتكب شيئاً مما نهى الله عنه لا يكون عدلاً. والغمر - بكسر الغين - الحقد.

والقانع: هو السائل المستطعم، وقيل: المنقطع إلى قوم يخدمهم فتزد شهادته للتهمة في جر النفع إلى نفسه؛ لأن التابع لأهل البيت ينتفع بما يصير إليهم. والظنين - بكسر الظاء -: المتهم.

والحديث ضعيف السند، لكن متنه صحيح لموافقته الصوص المثبتة للشهادة والممانعة منها.

وأما من طريق المعنى فلموضع التهمة²⁴.

وقد أجمع الجمهور على أن تأثيرها في الأحكام الشرعية مثل اجتماعهم على أنه لا يرث القاتل المقتول، وعلى توريث المبتوتة في المرض وإن كان فيه خلاف.

وأما الطائفة الثانية وهم شريح، وأبو ثور، وداود فإنهم قالوا: تقبل شهادة الأب لابنه فضلا عن سواه إذا كان الأب عدلا.

وعمدتهم قوله تعالى {يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين}.

والأمر بالشيء يقتضي إجزاء المأمور به (شرعا)²⁵، إلا ما خصصه الإجماع من شهادة المرء لنفسه.

وأما من طريق النظر: فإن لهم أن يقولوا رد الشهادة بالجملة إنما هو لموضع اتهام الكذب، وهذه التهمة إنما اعتملها الشرع في الفاسق ومنع إعمالها في العادل، فلا تجتمع العدالة مع التهمة²⁶.

[المبحث الثاني]: وأما النظر في العدد، والجنس:

[المطلب الأول: العدد]: فإن المسلمين اتفقوا على أنه لا يثبت الزنى بأقل من أربعة عدول ذكور، واتفقوا على أنه تثبت جميع الحقوق ما عدا الزنى بشاهدين عدلين ذكرين²⁷.

ما خلا الحسن البصري، فإنه قال: لا تقبل بأقل من أربعة شهداء تشبيها بالرجم²⁸، وهذا ضعيف لقوله سبحانه {واستشهدوا شهيدين من رجالكم}.

²⁴ لأن شفقة الوالد تبعته على الكذب لولده. تقويم الأدلة في أصول الفقه (ص: 184)

²⁵ وهو مذهب جماهير العلماء. التقريب والإرشاد: 169/2، المحصول للرزاي مع فرائس الأصول: 1656/4، المستصفي: 216، البحر المحيط: 338/3

²⁶ والعلة في منع الشهادة للتهمة هي التعليل بالمظنة.

يقول القرافي رحمه الله: "إذا ثبت كون الوصف معتبرا في الحكم إن كان منضبطا اعتمد عليه من غير مظنة تقام مقامه، وإن لم يكن منضبطا أقيمت مظهرته مقامه.

فالحكمة في الرتبة الأولى، والوصف في الرتبة الثانية، والمظنة في الرتبة الثالثة. أنوار البروق في أنواع الفروق للقرافي: 105/4

فالأصل في تعليل منع الشهادة في الحالات السابقة هي الكذب وعدم الصدق، ولما لم يمكن ضبط الكذب باعتباره وصفا غير ظاهر وغير منضبط أنيط التعليل بمظنة وجوده غالبا وهي التهمة، وذلك باعتبار القرائن المختلفة بالشخص، ولذلك حيثما وجدت تهمة الكذب منع قبول الشهادة.

²⁷ لأن الزنا مخصوص بالنص، وبقي الباقي على عمومته، ومن ادعى تخصيصا آخر فلا بد من الدليل.

²⁸ يقول ابن المنذر رحمه الله: 319هـ: ولا نعلم أحدا خالفهم في ذلك إلا الحسن البصري فإنه كان يقول: لا يقبل في

القتل، إلا شهادة أربعة شهداء. الإشراف على مذاهب العلماء: 79/8

وَكُلُّ مُتَّفَقٍ أَنْ الْحَكْمَ يَجِبُ بِالشَّاهِدِينَ مِنْ غَيْرِ يَمِينِ الْمُدْعَى، إِلَّا ابْنُ أَبِي لَيْلَى فَإِنَّهُ قَالَ: لَا بَدَّ مِنْ يَمِينِهِ²⁹.

[المطلب الثاني: الجنس]: واتفقوا على أنه تثبت الأموال بشاهد عدل ذكر وامرأتين؛ لقوله تعالى {فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء}³⁰، واختلفوا في قبولهما في الحدود:

أ. **فالذي عليه الجمهور (الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة):** أنه لا تقبل شهادة النساء في الحدود لا مع رجل ولا مفردات³¹.

وربما خرج رحمته الله على الشهادة في الزنا، وهي شهادة مغلظة بخلاف الأصل في الشهادة، ولما كان القتل أعظم جرماً من الزنا، كان طلب التخليص في الشهادة في القتل بطريق الأولى. وهو قول شاذ لم يوافق عليه أحد من أهل العلم.²⁹ لأن ظهور النصوص تشترط العدلين فقط دون اليمين، وقول ابن أبي ليلى شذوذ لم يوافق عليه أحد؛ لأنه مخالف لظواهر النصوص، والعدول عن الظاهر لا بد له من دليل، **وسياق الكلام عن هذه المسألة.**³⁰ لورود النص بذلك. ولأن حقوق الأموال أخفض رتبة من حقوق الأبدان، فيتشدد في حقوق الأبدان أكثر من حقوق الأموال.

قال ابن العربي رحمه الله: وإنما جازت في الأموال رفقا من الله تعالى لكثرة التردد فيها فقد يحضرها الرجال وقد يغيبون عنها، فلو وقف ربط الشهادة على الذكور مع ذلك لضاعت الحقوق، فرخص في شهادة النساء وبقيت على أصل الرد في غيرها من الحقوق. القبس شرح موطأ مالك بن أنس: 885.

مسألة: وشهادة النساء لا تخلو من وجهين: إما أن تكون فيما يطلع عليه الرجال، أو تكون فيما لا يطلع عليه الرجال. **أ. فإن كان فيما يطلع عليه الرجال:** فلا يخلو من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يكون مالا على الخلوص.

والثاني: ألا يكون في نفسه مالا إلا أنه يتوصل به إلى المال.

والثالث: ما ليس بمال، ولا هو وسيلة إلى المال كالولادة.

فأما الوجه الأول: وهو أن يشهدن على ما هو مال على الخلوص: فلا خلاف بين العلماء في جواز شهادتهن في ذلك. **وأما الوجه الثاني:** وهو أن يشهدن على ما ليس بمال إلا أنه يؤول إلى المال؛ كشهادتهن على الولادة على المال، أو على الوصية بالنظر في المال، فمذهب المدونة جواز شهادتهن في ذلك كجوازها على المال الخاص.

وأما الوجه الثالث: وهو شهادتهن على ما ليس بمال مما لا يطلع عليه الرجال كالحيض، والحمل، والولادة، والاستهلال، وعبوب الفرج: فلا خلاف -أعلمه- في المذهب في جواز شهادتهن في ذلك، ولا يجزئ فيه أقل من امرأتين، وشهادتهن في ذلك جائزة دون يمين. مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها (8/ 110)

³¹ فأما إجماع الأكثر على منع شهادتهن في الحدود، فلقوله تعالى: {والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء} [النور: 4]؛ لأنه لا يقع الشهداء في اللغة إلا على الرجال، ثم أمضوا على هذا الحد جميع الحدود في الزنا، والسرقة، والغربة، وشرب الخمر، والقصاص وما دونها.

وأما إجماعهم على قبول شهادتين كما ذكرنا في الديون، فلقوله تعالى: {يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين} إلى قوله: {فرجل وامرأتان} ثم أمضوا على هذا جميع الحقوق المالية: كالمواريث، والوصايا، والودائع، والوكالات، والدين. فلما

ب. وقال أهل الظاهر: تقبل إذا كان معهن رجل، وكان النساء أكثر من واحدة في كل شيء على ظاهر الآية³².

[تفريع: شهادة النساء في أحكام الأبدان]

ج. وقال أبو حنيفة: تقبل في الأموال، وفيما عدا الحدود من أحكام الأبدان مثل: الطلاق، والرجعة، والنكاح، والعتق.

د. ولا تقبل عند مالك في حكم من أحكام البدن³³.

واختلف أصحاب مالك في قبولهن في حقوق الأبدان المتعلقة بالمال، مثل الوكالات، والوصية التي لا تتعلق إلا بالمال فقط:

➤ فقال مالك، وابن القاسم، وابن وهب: يقبل فيه شاهد وامرأتان.

➤ وقال أشهب، وابن الماجشون: لا يقبل فيه إلا رجلان³⁴.

صاروا إلى النكاح، والطلاق، والعتاق، والنسب، والولاء، لم يجدوا فيه ظاهرا من القرآن كما وجدوا في تينك الآيتين. واختلفوا في التأويل، فشبهها قوم بالأموال على ما ذكرنا فأجازوا شهادتين فيها ولم يروها حدودًا. وأبى ذلك آخرون ورأوها كلها حدودا. قال أبو عبيد: وهذا أختار لأن تأويل القرآن يصدقه، ألا تسمع قوله تعالى حين ذكر الطلاق والرجعة فقال: {وأشهدوا ذوي عدل منكم} فخص بها الرجال، ولم يجعل للنساء فيها حكما كما جعله في الدين. وأبين من ذلك أنه سماها حدود الله. فقال: {تلك حدود الله} [الطلاق: 1]. أحكام القرآن لابن الفرس: 426/1

³² لأن ظهور النصوص تفيد العموم، وسياق النص يقتضي التخصيص بالأموال دون ما سواها.

³³ وحقوق الأبدان: كل ما ليس بمال، ولا مقصودا به المال: كالنكاح، والطلاق، والعتاق، والقتل، والزنا. والحدود، والرجعة، والوكالة غير المالية، والردة، والإحصان، والنسب، والقذف، والقتل.

والمنصوص عليه قوله تعالى: (وأشهدوا ذوي عدل منكم). وهو بين في الرجعة، وهي من أحكام البدن، فيلحق بها غيرها مما هو من جنسها.

ودليله من القياس: قوله تعالى: في آخر الكلام عن الطلاق: (تلك حدود الله). وهو من الاستدلال بالإيماء والإشارة قياسا على ما فيه الحدود والقصاص؛ لأنها ليست مالا، ولا يقصد بها المال.

قال مالك: ولا تجوز شهادة النساء في الحدود، والقصاص، والعتق، والنكاح، والطلاق.

قال ابن شهاب: مضت بذلك السنة من رسول الله -صلى الله عليه وسلم- ومن الخليقتين بعده.

قال ابن القاسم: ولا تجوز شهادتهن مع رجل في العفو عن الدم كما لا تجوز في دم العمد.

وقال في كتاب الديات: وتجاوز شهادة النساء في جراح الخطأ، وقتل الخطأ؛ لأن ذلكمالمال. الجامع لمسائل المدونة: 411/17.

³⁴ **وسبب الخلاف:** تردد هذه الحقوق بين وصف كونها مالا، أو ليست كذلك، فمن غلب وصف المالية قال بالجواز، ومن غلب وصف غير المالية قال بالمنع.

ومن أمثلة الشهادة:

[تفريع: حكم شهادة النساء مفردات] وأما شهادة النساء مفردات، أعني النساء دون الرجال فهي مقبولة عند الجمهور في حقوق الأبدان التي لا يطلع عليها الرجال غالباً مثل الولادة، والاستهلال، وعيوب النساء³⁵.

ولا خلاف في شيء من هذا إلا في الرضاع، فإن أبا حنيفة قال: لا تقبل فيه شهادتهن إلا مع الرجال؛ لأنه عنده من حقوق الأبدان التي يطلع عليها الرجال والنساء³⁶.

والذين قالوا بجواز شهادتهن مفردات في هذا الجنس اختلفوا في العدد المشترك في ذلك منهن:

1. فقال مالك: يكفي في ذلك امرأتان، قيل: مع انتشار الأمر، وقيل إن لم ينتشر³⁷.

أ. شهد رجلان على آخر بالقتل أو السرقة تقبل شهادتهما إذا كانا عدلين.

ب. ومنها: شهد رجل وامرأتان على دَيْن، تقبل شهادتهما.

ج. ومنها: شهدت امرأة على ولادة طفل من زوجة رجل، فينسب المولود لمن ولد على فراشه بشهادتها، ويجب على الأب كل حق للمولود من النفقة والعناية والتوريث - إلا أن ينفيه عند الولادة -.

د. ومنها: شهدت امرأة أو امرأتان على بكاراة امرأة أو ثيويتها، فتقبل. موسوعة القواعد الفقهية: 147/146/5³⁵ ومن طريق الزهري قال: مضت السنة أن تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن. مصنف ابن أبي شيبة: 477/15

³⁶ ينظر في تفصيل المسألة الثامنة من كتاب النكاح من نفس كتاب بداية المجتهد.

قال السرخسي رحمه الله - 483 هـ -: "ولكننا نقول الرضاع مما يطلع عليه الرجال؛ لأن ذا الرحم المحرم ينظر إلى الثدي وهو مقبول الشهادة في ذلك". المبسوط للسرخسي: 138/5

ودليل القائلين بقبول شهادة النساء فيما يخصهن:

أولاً: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «شَهَادَةُ النِّسَاءِ حَائِزَةٌ فِيمَا لَا يَسْتَطِيعُ الرَّجَالُ النَّظَرَ إِلَيْهِ».

قال الحافظ الزيلعي رحمه الله: قلت: غريب، وروى ابن أبي شيبة في "مصنفه" عن الزهري قال: مضت السنة أن تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادات النساء وعيوبهن، ويجوز شهادة القابلة وحدها في الاستهلال، وامرأتان فيما سوى ذلك، انتهى. ورواه عبد الرزاق في "مصنفه" أخبرنا ابن جريح عن الزهري، فذكره. نصب الراية: 264/3.

ثانياً: ودليله من النظر:

قال السرخسي رحمه الله: أَنَّ الضَّرُورَةَ تَتَحَقَّقُ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ فَإِنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِهِ أَحْكَامٌ يَحْتَاجُ إِلَى بَيَانِهِ فِي مَجْلِسِ الْقَاضِي وَيَتَعَدَّرُ إِثْبَاتُهُ بِشَهَادَةِ الرَّجَالِ؛ لِأَنَّهُمْ لَا يَطَّلِعُونَ عَلَيْهِ فَلَا بَدَّ مِنْ قَبُولِ شَهَادَةِ النِّسَاءِ فِيهِ؛ لِأَنَّ الْحُجَّةَ لِإِثْبَاتِ الْحَقُوقِ مَشْرُوعَةٌ بِحَسَبِ الْإِمْكَانِ. المبسوط للسرخسي: 143/142/16

³⁷ والأصل في أنه لا يحتاج إلى أربع: أن كل جنس قبلت شهادته في شيء على الانفراد كفى فيه شخصان كالرجال، ولأن شهادة النساء تكون على أحد وجهين: إما أصلاً، وإما بدلاً يقمن مقام غيرهن؛ فإن كن في هذا الموضوع أصلاً كفى منهن اثنتان كالرجال، ولا يجوز أن يكن بدلاً؛ لأنقبولهن على الانفراد يوجب أن يكون لهن حكم أنفسهن كالرجال، وذلك في المواضع التي لا يكون فيها غيرهن كالأعراس والمآتم والحمامات؛ لأن المرأتين قد أقيمتا في الشرع

2. **وقال الشافعي:** ليس يكفي في ذلك أقل من أربع؛ لأن الله عز وجل قد جعل عدل الشاهد الواحد امرأتين، واشترط الإثنيية³⁸.
3. **وقال قوم عثمان البتي:** لا يكتفي بذلك أقل من ثلاث، وهو قول لا معنى له³⁹.
4. **وأجاز أبو حنيفة** شهادة المرأة الواحدة فيما بين السرة والركبة⁴⁰.
5. **وأحسب أن الظاهرية** أو بعضهم لا يجيزون شهادة النساء مفردات في كل شيء كما يجيزون شهادتهن مع الرجال في كل شيء، وهو الظاهر⁴¹.

مقام شهادة رجل في الأموال، لقوله تعالى: {فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان} [البقرة: 282]، والخطاب للرجال، والنساء يدخلن فيه. الإشراف: 969/2، القبس: 885، أحكام القرآن لابن الفرس: 428/427/1، التبصرة للحمي: 5414 / 11.

ودليلهم أيضا: أن المعتبر في باب الشهادات شيخان العدد، والذكورة وتعذر اعتبار أحدهما فبقي الآخر وهو العدد على حاله. وهو قول ابن أبي ليلى. تبين الحقائق: 209/4؛ أي أن الحكم معلل بعلتين، وتعذر إحداها لا يستوجب إلغاء الحكم، بل يجوز أن يعلل بالأخرى.

³⁸ وقال الشافعي: ليس يكفي في ذلك أقل من أربع لان الله عز وجل قد جعل عدل الشاهد الواحد امرأتين، واشترط الإثنيية. المجموع شرح المهذب: 260/20، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير ط العلمية: 600/9

³⁹ أي لا أصل له يخرج عليه. وذكر لابن قدامة رحمه الله تخريجا لقوله وهو: أن كل موضع قبل فيه النساء، كان العدد ثلاثة، كما لو كان معهن رجل. المغني: 137/10

⁴⁰ وثبت بشهادة امرأة واحدة إذا كانت حرة مسلمة عدلا، والمثنى والثلاث أحوط. المبسوط للسرخسي: 143/16

ودليله: قوله عليه الصلاة والسلام: "شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه"، والجمع المحلى بالألف، واللام إذا لم يكن ثم معهود يراد به الجنس فيتناول الأقل.

وقال حذيفة رضي الله تعالى عنه: أجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم شهادة القابلة على الولادة. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: 209/4

وأثر حذيفة رضي الله عنه رواه الطبراني في الأوسط، قال الهيثمي رحمه الله: وفيه من لم أعرفه. مجمع الزوائد ومنبع الفوائد: 201/4.

⁴¹ المحلى: 488/8

وسب الخلاف بين المالكية والجمهور: هل شهادة النساء أصلية، أو ضرورية؟

فعند الجمهور: شهادة الرجلين حجة تامة على الإطلاق، وشهادة المرأة ضرورية.

وعند المالكية تكون على أحد وجهين: إما أصلا، وإما بدلا يقمن مقام غيرهن؛ فإن كن في هذا الموضع أصلا كفى منهن اثنان كالرجال، ولا يجوز أن يكن بدلا، لأنقبولهن على الانفراد يوجب أن يكون لهن حكم أنفسهن كالرجال. الإشراف: 969 / 2

د. **وأما شهادة المرأة الواحدة بالرضاع**، فإنهم أيضا اختلفوا فيها لقوله عليه الصلاة والسلام في المرأة الواحدة التي شهدت بالرضاع "كيف وقد أرضعتكما"⁴²، وهذا ظاهره الإنكار، ولذلك لم يختلف قول مالك في أنه مكروه.

⁴² والفقهاء رحمهم الله في هذا الحديث على مذهبين:

الأول: مذهب الجمهور: الحنفية والمالكية، والشافعية. وهم القائلون بالكراهة.

أ. **الحنفية**: ووجه عدم الحرمة: أنه عليه الصلاة والسلام أعرض عنه مرتين، فلو كانت الحرمة ثابتة لما فعل ذلك، ثم لما رأى منه طمأنينة القلب إلى قولها حيث كرر السؤال أمره أن يفارقها احتياطاً. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق(2/188)

ب. **المالكية**: قال الدردير رحمه الله: [ونذب التنزه في كل ما لا يقبل]: قال الصاوي رحمه الله: أي كإقرارها بعد العقد إذا لم يصدقها، ولم يثبت، وكما إذا شهد رجل وامرأة أو امرأتان من غير فشو قبل ذلك، أو حصل فشو ولم توجد عدالة عند اللخمي، أو شهادة امرأة واحدة ولو مع الفشو غير الأم، ومثلها رجل واحد غير الأب في الصغير والمجبرة، فكل هذه المسائل يندب فيها التنزه لما في الحديث الشريف: "ومن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه"، وفي الحديث أيضاً: "دع ما يريبك إلى ما لا يريبك"، وفي الحديث أيضاً: "كيف وقد قيل". حاشية الصاوي على الشرح الصغير: 2/727

ج. **الشافعية**: التهذيب في فقه الإمام الشافعي: 6/313

والثاني: مذهب: الحنابلة، والظاهرية. وهم القائلون بالحرمة.

أ. **الحنابلة**: إذا وجدت امرأة موثوقة في دينها، وفي حفظها ثبت التحريم. المبدع في شرح المقنع لابن مفلح: 884 هـ: 137/7

ب. **الظاهرية**: قال أبو محمد رحمه الله: فنهى النبي صلى الله عليه وسلم تحريم. المحلى بالآثار: 8/488

الفصل الثاني: الأيمان⁴³

[المبحث الأول: أحكام الأيمان] وأما الأيمان، فإنهم اتفقوا على أنها تبطل بها الدعوى عن المدعى عليه

إذا لم تكن للمدعي بيينة⁴⁴. واختلفوا هل يثبت بها حق المدعي:

أ. فقال مالك: يثبت بها حق المدعي في إثبات ما أنكره المدعى عليه، وإبطال ما ثبت عليه من الحقوق

إذا ادعى الذي ثبت عليه إسقاطه في الموضوع الذي يكون المدعي أقوى سببا وشبهة من المدعى عليه

- الدعوى القوية تعتبر مظنة⁴⁵.

⁴³**تعريف اليمين:** اليمين: هي الحلف بالله، أو باسم من أسمائه، أو بصفة من صفاته.

حكم اليمين: تشرع اليمين في دعوى حقوق الأدميين خاصة، فهي التي يُستحلف فيها.

أما حقوق الله تعالى: كالعبادات، والحدود، فلا يُستحلف إذا قال: دفعت زكاة مالي، أو صليت ونحوهما.

⁴⁴**قاعدة:** المدعي هو: كل من كان على خلاف أصل أو عرف.

والمُدعى عليه هو: كل من كان قوله على وفق أصل أو عرف.

فالمدعي بالدين على خلاف الأصل؛ لأن الأصل براءة الذمة، والمطلوب هو المدعى عليه، المُنكِرُ على وفق الأصل؛

لأن الأصل براءة ذمته من الدين وغيره.

وقد تكلم عنها القرافي رحمه الله في الفرق الثاني والثلاثين والمائتين بين قاعدة المدعي وقاعدة المدعى عليه فقال: فإنهما

يلتبان، فليس كل طالب مدعيًا، وليس كل مطلوب منه مدعى عليه، ولأجل ذلك وقع الخلاف بين العلماء فيهما في

عدة مسائل، والبحث في هذا الفرق بحث عن تحقيق قوله عليه السلام: "البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر".

من هو المدعي الذي عليه البينة، ومن هو المدعى عليه الذي يخلف؟

فضابط المدعي والمدعى عليه فيه عبارتان للأصحاب:

إحداهما: أن المدعي هو أبعد المتداعيين سببا، والمدعى عليه هو أقرب المتداعيين سببا.

والعبارة الثانية: وهي توضح الأولى: المدعي من كان قوله على خلاف أصل أو عرف، والمدعى عليه من كان قوله على

وفق أصل أو عرف. وبيان ذلك بالمثل:

أ. أن اليتيم إذا بلغ، وطلب الوصي بماله الذي تحت يده فقال: أوصلتك؛ فإن اليتيم مُدعى عليه، والوصي

المطلوب مدع، فعليه البينة؛ لأن الله تعالى أمر الأوصياء بالإشهاد على اليتامى إذا دفعوا إليهم أموالهم فلم يأتمنهم

على الدفع، بل على التصرف والإنفاق خاصة، وإذا لم يكونوا أمناء كان الأصل عدم الدفع، وهو يعضد اليتيم،

ويخالف الوصي فهذا طالب، واليمين عليه لأنه مدعى عليه، والوصي مطلوب، وهو مدع.

ب. وكذلك طالب الوديعة التي سلمها للمودع عنده؛ لأنه لم يأتمن المودع عنده لما أشهد عليه، فالقول قول

صاحب الوديعة مع بيينة، وإن كان طالبا؛ لأن ظاهر حال المودع عنده لما قبض بيينة أنه لا يعطي إلا بيينة.

والأصل أيضا عدم الدفع، فاجتمع الأصل والغالب، وهما يعضدان صاحب الوديعة، ويخالفان القابض لها.

ج. وكذلك القراض إذا قبض بيينة، فإن قبضت الوديعة أو القراض بغير بيينة فالقول قول العامل والمودع عنده؛

لأن يدهما يد أمانة صرفة، والأمين مصدق، ونظائر هذا كثيرة يكون الطالب فيها مدعى عليه، ويعتمد أبدا الترجيح

بالعوائد وظواهر الأحوال والقرائن، فيحصل لك من هذا النوع ما لا ينحصر عدده. الفروق للقرافي: 75/74/4

ب. وقال غيره: لا تثبت للمدعي باليمين دعوى سواء كانت في إسقاط حق عن نفسه قد ثبت عليه، أو إثبات حق أنكره فيه خصمه.

وسب اختلافهم: ترددهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام "البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر" هل ذلك عام في كل مدعى عليه ومدع، أم إنما خص المدعي بالبينة، والمدعى عليه باليمين؟⁴⁶ لأن المدعي في الأكثر هو أضعف شبهة من المدعى عليه، والمدعى عليه بخلافه⁴⁷. فمن قال هذا الحكم عام في كل مدع ومدعى عليه، ولم يُردّ بهذا العموم خصوصاً قال: لا يثبت باليمين حق، ولا يسقط به حق ثبت⁴⁸.

ومن قال إنما خص المدعى عليه بهذا الحكم من جهة ما هو أقوى شبهة قال: إذا اتفق أن يكون موضع تكون فيه شبهة المدعي أقوى يكون القول قوله⁴⁹. واحتج هؤلاء بالمواضع التي اتفق الجمهور فيها

⁴⁵ والتعليل هنا بالمظنة، وهي قوة الشبهة في جانب أحد المتداعيين.

ومن ذلك: القرينة الدالة على صدق أحد المتداعيين:

أ- مثل أن تكون العين المدعى بها بيد أحدهما، فهي له بيمينه

ب- ومثل أن يتدعى اثنان مالا لا يصلح إلا لأحدهما؛ كتنازع نجار ونحوه بآلة نجارته، وحداد ونحوه بآلة حدادة، ونحو ذلك.

⁴⁶ فهل هذا العام أريد به العموم، أو هو عام أريد به الخصوص؟

⁴⁷ قال ابن العربي رحمه الله: لأن جانب المدعي ضعيف فكلف حجة قوية وهي البينة، وجانب المدعى عليه قوي فقتع منه بحجة ضعيفة وهي اليمين. تحفة الأحوذى: 476/4

وإنما كانت البينة على المدعي؛ لأنه يدعي خلاف الظاهر، والأصل براءة الذمة، والأصل لا يرفع إلا بأصل أقوى منه، أو مساو له، وإنما كانت اليمين في جانب المدعى عليه؛ لأنه يدعي ما وافق الأصل، وهو براءة الذمة، فقتع منه بالحجة الضعيفة.

وإنما كانت اليمين على من أنكر: أي من أنكر دعوى خصمه إذا لم يكن لخصمه بينة، فإذا حلف برئ.

⁴⁸ وهو مذهب الحنيفة، والشافعية، وطائفة من الفقهاء والمحدثين كالبخاري، فقالوا: البينة على المدعي أبداً، واليمين على المدعى عليه أبداً، وطردوا ذلك في كل دعوى، حتى في القسامة، وقالوا: لا يلحف إلا المدعى عليه، ورأوا أن لا يقضى بشاهد ويمين؛ لأن اليمين لا تكون على المدعي، ورأوا أن اليمين لا ترد على المدعي؛ لأنها لا تكون إلا في جانب المنكر المدعى عليه. المسوط للسرخسي: 29/17، شرح النووي على مسلم: 3/12، جامع العلوم والحكم ت الأرئووط: 231/2

⁴⁹ هذا مذهب مالك، وجمهور أصحابه، والفقهاء السبعة فقهاء المدينة، وذكر القاضي أبو يعلى في خلافه أنه مذهب أحمد، وهو يرجح جانب أقوى المتداعيين، وتجعل اليمين في جانبه بقوة الشبهة، وعلى هذا تتوجه المسائل التي تقدم ذكرها من الحكم بالقسامة، والشاهد، واليمين. جامع العلوم والحكم، ت الأرئووط: 234/2، شرح النووي على مسلم: 3/12

على أن القول فيها قول المدعي مع يمينه، مثل دعوى التلف في الوديعة⁵⁰، وغير ذلك إن وجد شيء بهذه الصفة. ولأولئك أن يقولوا: الأصل ما ذكرنا إلا ما خصصه الاتفاق⁵¹.

[المبحث الثاني: صيغة اليمين، وحكم تغليظها]:

[المطلب الأول: صيغة اليمين] وكلهم مجتمعون على أن اليمين التي تسقط الدعوى أو تثبتها هي: اليمين بالله، الذي لا إله إلا هو، وأقويل فقهاء الأمصار في صفتها متقاربة، وهي عند مالك: بالله الذي لا إله إلا هو، لا يزيد عليها، ويزيد الشافعي: الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية.

[المطلب الثاني: حكم تغليظ اليمين⁵²]: وأما هل تغلظ بالمكان؟ فإنهم اختلفوا في ذلك:

[الفرع الأول: حكم التغليظ بالمكان]:

[أولاً: التغليظ بالمكان] فذهب مالك: إلى أنها تغلظ بالمكان، وذلك في قدر مخصوص، وكذلك الشافعي. واختلفوا في القدر:

أ. فقال مالك: إن من ادعى عليه بثلاثة دراهم فصاعدا وجبت عليه اليمين في المسجد الجامع.

I. فإن كان مسجد النبي عليه الصلاة والسلام **فلا خلاف** أنه يحلف على المنبر.

II. وإن كان في غيره من المساجد ففي ذلك روايتان:

إحدهما: حيث اتفق من المسجد.

والأخرى: عند المنبر. وروى عنه ابن القاسم: أنه يحلف فيما له بال في الجامع، ولم يحدد.

ب. وقال الشافعي: يحلف في المدينة عند المنبر، وفي مكة بين الركن والمقام، وكذلك عنده في كل بلد

يحلف عند المنبر، والنصاب عنده في ذلك عشرون دينارا.

ج. وقال داود: يحلف على المنبر في القليل والكثير.

[ثانياً: عدم التغليظ]: وقال أبو حنيفة: لا تغلظ اليمين بالمكان.

فاليمين لا تتوجه على المنكر حتى تثبت الخلطة بين المدعي والمدعى عليه، أو يكون المدعى عليه متهما في نفسه أو في حالة يتعذر عليه فيها إثبات الخلطة، واشتراط الخلطة أو الظنة بأن يكون المدعى عليه من أهل الغصب أو السرقة هو المشهور، وعليه مالك وعمامة أصحابه. الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني: 221/2 والعلة في المنع: لئلا يبتذل السفهاء أهل الفضل بتحليفهم مرارا في اليوم الواحد، فاشتترط الخلطة دفعا لهذه المفسدة. والمقصود بالخلطة: هنا قوة الشبهة الدافعة لجلب الحق.

⁵⁰ قال الفقهاء رحمهم الله: والأمين مصدق فيما يدعيه من تلف الوديعة، والقول قوله أبدا، وإن لم يأت بما يستدل عليه، وإن اتهم حلف، وإن تعدى أو ضيع فهو ضامن. الكافي في فقه أهل المدينة (2/ 803)

⁵¹ وهو استدلال بالاستصحاب، وذلك باستصحاب موضع الوفاق إلى موضع الخلاف ليكون حجة على المخالف.

⁵² وتغليظ اليمين يكون بأربعة أشياء: بالزمان، والمكان، واللفظ، والعدد، مع الخلاف فيها. الشافعي في شرح مسند

الشافعي: (5/ 451)

وسب الخلاف: هل التغليظ الوارد في الحلف على منبر النبي صلى الله عليه وسلم يفهم منه وجوب الحلف على المنبر، أم لا؟

فمن قال إنه يفهم منه ذلك قال: لأنه لو لم يفهم منه ذلك لم يكن للتغليظ في ذلك معنى. ومن قال للتغليظ معنى غير الحكم بوجوب اليمين على المنبر قال: لا يجب الحلف على المنبر⁵³. والحديث الوارد في التغليظ هو حديث جابر بن عبد الله الأنصاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال "من حلف على منبري آثماً تبوأ مقعده من النار"

[أدلة التغليظ] واحتج هؤلاء بالعمل فقالوا: هو عمل الخلفاء، قال الشافعي: لم يزل عليه العمل بالمدينة، وبمكة. قالوا: ولو كان التغليظ لا يفهم منه إيجاب اليمين في الموضع المغلظ لم يكن له فائدة إلا تجنب اليمين في ذلك الموضع.

قالوا: وكما أن التغليظ الوارد في اليمين مجرداً مثل قوله عليه الصلاة والسلام "من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة وأوجب له النار" يفهم منه وجوب القضاء باليمين، وكذلك التغليظ الوارد في المكان⁵⁴.

[أدلة عدم التغليظ] وقال الفريق الآخر: لا يفهم من التغليظ باليمين وجوب الحكم باليمين⁵⁵، وإذ لم يفهم من تغليظ اليمين وجوب الحكم باليمين لم يفهم من تغليظ اليمين بالمكان وجوب اليمين بالمكان، وليس فيه إجماع من الصحابة، والاختلاف فيه مفهوم من قضية زيد بن ثابت⁵⁶.

[الفرع الثاني: حكم التغليظ بالزمان]: وتغلظ بالمكان عند مالك في القسامة، واللعان⁵⁷، وكذلك بالزمان لأنه قال في اللعان: أن يكون بعد صلاة العصر على ما جاء في التغليظ فيمن حلف بعد العصر⁵⁸.

⁵³ فهل التحليف في هذه الأماكن معلل بالتغليظ، وهو رأي الجمهور، أو غير معلل به، فهو مجرد اختيار للمكان، لذا قال الحنفية: وإنما يُحْلَفُ الحُكَّامُ من وجبت عليه اليمين في مجالسهم.

⁵⁴ ولذا قال مالك رحمه الله: ومن أبي أن يحلف على المنبر فهو كالناكل عن اليمين. الاستذكار (7/ 129)

⁵⁵ فهؤلاء أولوا المكان بالحكمة التي كانت متعارفاً عليها آنذاك. قال السرخسي رحمه الله: لأن المقصود تعظيم المقسم به، وذلك حاصل سواء حلفه في المسجد، أو في غير المسجد استقبال به القبلة، أو لم يستقبل...، ولسنا نأخذ بهذا لما فيه من الزيادة على النصوص الظاهرة وهي تعدل النسخ عندنا، وقد ظهر عمل الناس بخلافه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا. المبسوط للسرخسي: 119/16

⁵⁶ روى مالك بن أنس، عن داود بن الحصين أنه سمع أبا غطفان بن طريف المري قال: اختصم زيد بن ثابت وعبد الله بن مطيع إلى مروان بن الحكم في دار، ففضى باليمين على زيد بن ثابت على المنبر، فقال زيد: أحلف له مكاني، فقال مروان: لا والله، إلا عند مقاطع الحقوق، فجعل زيد يحلف أن حقه لحق، ويأبى أن يحلف على المنبر، فجعل مروان يعجب من ذلك. معرفة السنن والآثار للبيهقي: (300/14)، وأخرجه البخاري مختصراً.

قوله: "عند مقاطع الحقوق" يريد: مفاصلها؛ والموضع الذي بيت أمرها عنده ويقطع الحكم فيها لديه؛ وذلك لأنه مجلس رسول الله صلى الله عليه وسلم، والموضع الذي كان يحلف فيه الناس.

[المبحث الثاني: القضاء باليمين مع الشاهد]: وأما القضاء باليمين مع الشاهد فإنهم اختلفوا فيه:

[المذهب الأول: القائلون بالشاهد مع اليمين] فقال مالك، والشافعي، وأحمد، وداود، وأبو ثور، والفقهاء السبعة المدنيون، وجماعة: يقضى باليمين مع الشاهد في الأموال⁵⁹.

[المذهب الثاني: القائلون بنفي حجية الشاهد مع اليمين]: وقال أبو حنيفة، والثوري، والأوزاعي، وجمهور أهل العراق: لا يقضى باليمين مع الشاهد في شيء، وبه قال الليث.

وسبب الخلاف في هذا الباب: تعارض السماع.

[أدلة المذهب الأول]: أما القائلون به فإنهم تعلقوا في ذلك بآثار كثيرة، منها حديث ابن عباس، وحديث أبي هريرة، وحديث زيد بن ثابت، وحديث جابر، إلا أن الذي خرج مسلم منها حديث ابن عباس، ولفظه "إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد" خرج مسلم⁶⁰، ولم يخرج البخاري.

وأما مالك فإنما اعتمد مرسله في ذلك عن جعفر بن محمد عن أبيه "أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد"؛ لأن العمل عنده بالمراسيل واجب⁶¹.

⁵⁷ واليمين تغلظ بالمكان في الأموال وغيرها من الحقوق، قال في المدونة: على الطالب والمطلوب، وبه قال الشافعي، ومنع من ذلك أبو حنيفة. المنتقى شرح الموطأ: 233/5

⁵⁸ والحديث بتمامه: عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "ثلاثة لا يكلمهم الله يوم القيامة، ولا ينظر إليهم: رجل حلف على سلعة لقد أعطى بها أكثر مما أعطى وهو كاذب، ورجل حلف على يمين كاذبة بعد العصر، ليقطع بها مال رجل مسلم، ورجل منع فضل ماء فيقول الله: اليوم أمنعك فضلي كما منعت فضل ما لم تعمل يداك". صحيح البخاري: (3/112)

⁵⁹ ويترتب على العمل بمذهب الجمهور قاعدة فقهية وهي: شهادة الرجال مع النساء حجة فيما يثبت مع الشبهات، لا فيما يندرى بالشبهات.

ما يندرى - أي يندفع ولا يثبت مع الشبهة هي الحدود والقصاص فلا تقبل فيها شهادة النساء مع الرجال، ولا شهادتهن وحدهن بطريق الأولى، ولكن في غير ذلك تقبل شهادة النساء مع الرجال، وهي حجة في إثبات الحقوق المالية وشبهها. قال الله سبحانه وتعالى: { فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ } (2).

وكذلك تقبل شهادة امرأة واحدة فيما لا يطلع عليه الرجال. موسوعة القواعد الفقهية: 144/5

⁶⁰ مسلم: كتاب الأقضية، باب القضاء باليمين والشاهد: 1337/3، برقم: 1712، وأخرجه أصحاب السنن.

⁶¹ لا يخلو المرسل من أن يكون متحرراً، أو غير متحرز:

أ- إذا كان المرسل غير متحرز، فلا خلاف في أنه لا يجوز العمل بمقتضاه؛ لأنه يرسل عن الثقات، وغيرهم.

[أدلة المذهب الثاني]: وأما السماع المخالف لها فقولته تعالى {فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء} قالوا: وهذا يقتضي الحصر، فالزيادة عليه نسخ، ولا ينسخ القرآن بالسنة الغير متواترة.

وعند المخالف أنه ليس بنسخ، بل زيادة لا تغير حكم المزيد⁶².

ب- وأما إذا كان المرسل متحرزا، وعلم من حاله أنه لا يرسل إلا عن الثقات فقد اختلف في قبوله، وعدمه إلى مذهبين:

المذهب الأول: يجب العمل بموجب المرسل، وهو مذهب جمهور الفقهاء؛ كإبراهيم النخعي، وسعيد بن المسيب، والحسن البصري، والصدر الأول كلهم، وبه قال مالك رحمه الله، وأبو حنيفة، وسائر أصحاب الحديث من المتقدمين، وهو مذهب جمهور المعتزلة. إحكام الفصول: 355/1، لباب المحصول: 380/379/1، شرح تنقيح الفصول: 295، بيان المختصر: 425/1، تقريب الوصول: 123، مفتاح الوصول: 28.

المذهب الثاني: لا يجب العمل بالمرسل، ولا حجة فيه، وهو مذهب طائفة من المتأخرين، وبه قال من المالكية: القاضي الباقلاني، والقاضي إسماعيل، وأبو بكر بن الجهم، والأبهرى، والقاضي أبو جعفر السمناني، والشافعي، وأبو حامد الغزالي. إحكام الفصول: 355/1، بيان المختصر: 425/1، المستصفى: 134.

المذهب الثالث: لا يُقبل من المراسيل إلا مراسيل سعيد بن المسيب، وهو مذهب الشافعي رضي الله عنه حيث قال: "فإني اعتبرتها فوجدتها مسندة، ففي الحقيقة ما اعتبر إلا مسندا"، وعيسى بن أبان من الحنفية، وهو الذي رجحه ابن الحاجب من المالكية. شرح تنقيح الفصول: 295، لباب المحصول: 380/1، تقريب الوصول: 123، بيان المختصر: 426/1.

⁶² الزيادة على النص لا يخلو من أن تغير حكم المزيد عليه، أو لا تغيره، وهل يكون ذلك نسخا، أم لا؟ اختلف الناس في الزيادة في النص: هل هي نسخ، أم لا؟ على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: التفصيل بين أن تكون الزيادة غيرت حكم المزيد عليه، أو لا؛ فإذا غيرت الزيادة حكم المزيد عليه فجعلته غير مجزئ بعد أن كان مجزئا وجب أن يكون نسخا؛ مثل ما زيد في صلاة الحضر، وكانت ركعتين فجعلت أربعاً، وصارت الركعتان غير مجزئة بعد أن كانت مجزئة، فان هذا يكون نسخا.

وإن كانت الزيادة لا تغير حكم المزيد، ولا تخرجه من الأجزاء إلى ضده لم يكن نسخا؛ نحو أن يضاف إلى الخمس الصلوات صلاة سادسة، أو إلى شهر رمضان شهر آخر، ويقال: جلد الزاني مائة، وعشرون بعد أن كان مائة". وإليه ذهب من المالكية: القاضي أبو بكر الباقلاني، والقاضي أبو جعفر، وأبو الحسن بن القصار، وهو المذهب الذي مال إليه الباجي، وابن رشيقي. إحكام الفصول: 417/1، لباب المحصول: 305/304/1.

المذهب الثاني: أن الزيادة في النص نسخ، وإليه ذهب أهل العراق. الحنفية.، وبه قال القاضي عبد الجبار من المعتزلة. حكام الفصول: 416/1، لباب المحصول: 306/1، شرح تنقيح الفصول: 249، مفتاح الوصول: 51، تخريج الفروع على الأصول: 50، أصول السرخسي: 112/1، 83/82/2، المحصول للرازي مع نفائس الأصول: 2625/6، أحكام القرآن لابن العربي: 358/1، 1884/4.

وأما من السنة فما خرج به البخاري ومسلم عن الأشعث بن قيس قال "كان بيني وبين رجل خصومة في شيء، فاختصمنا إلى النبي عليه الصلاة والسلام، فقال: "شاهدك، أو يمينه". فقلت: إذا يخلف ولا يبالي، فقال النبي صلى الله عليه وسلم "من حلف على يمين يقتطع بها مال امرئ مسلم هو فيها فاجر لقي الله وهو عليه غضبان".

قالوا: فهذا منه عليه الصلاة والسلام حصر للحكم، ونقض لحجة كل واحد من الخصمين، ولا يجوز عليه صلى الله عليه وسلم ألا يستوفي أقسام الحجة للمدعي. والذين قالوا باليمين مع الشاهد هم على أصلهم في أن اليمين هي حجة أقوى المتداعيين شبهة، وقد قويت ههنا حجة المدعي بالشاهد كما قويت في القسامة.

[تفريع على المذهب الأول]: وهؤلاء اختلفوا في القضاء باليمين مع المرأتين:

[أولاً]: فقال مالك: يجوز؛ لأن المرأتين قد أقيمتا مقام الواحد⁶³.

[ثانياً]: وقال الشافعي: لا يجوز له؛ لأنه إنما أقيمت مقام الواحد مع الشاهد الواحد، لا مفردة ولا مع غيره⁶⁴.

وهل يقتضي باليمين في الحدود التي هي حق للناس مثل القذف والجراح؟ فيه قولان في المذهب.

المذهب الثالث: الزيادة في النص ليست نسخاً، وإليه ذهب أصحاب الشافعي، وأكثر المالكية كأبي تمام، وابن العربي، والرازي، وبعض المعتزلة كأبي الحسين البصري. المحصول للرازي مع نفائس الأصول: 2625/6، حكام الفصول: 416/1، لباب المحصول: 306/1، شرح تنقيح الفصول: 249، مفتاح الوصول: 51، تخريج الفروع على الأصول: 50، أصول السرخسي: 112/1، 83/82/2، أحكام القرآن لابن العربي: 358/1، 1884/4، المعتمد: 426/2

تحرير محل النزاع: الخلاف بين المذهبين الثاني، والثالث خلاف لفظي؛ لأن الخلاف في هذه المسألة مبني على الخلاف في حقيقة النسخ، وماهيته.

فحقيقة النسخ عند الشافعية: رفع الحكم الثابت. وعند الحنفية: هو بيان لمدة الحكم؛ فإن صح تفسير النسخ بالبيان صح قول الحنفية: إن الزيادة على النص نسخ، من حيث إنها بيان لكمية العبادة، أو كقيمتها، وإن صح تفسيره بالرفع لم تكن الزيادة نسخاً. تخريج الفروع على الأصول: 50

⁶³ والعلة في ذلك: أن المرأتين أقيمتا في الشرع مقام شهادة رجل في الأموال لقوله تعالى: "فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان"، فإذا جاز أن يحكم بشهادة الرجل مع اليمين جاز أن يحكم بشهادة المرأتين مع اليمين، ولأنهما أجرين في مجرى شهادة المال كالشاهد الواحد، ولأنه سبب مؤثر في الحكم قويت به حجة المدعي، فجاز أن يخلف معه، أصله الشاهد الواحد. الإشراف على نكت مسائل الخلاف: (2/965)

⁶⁴ وهذا لأنه لم يثبت في الشرع قبول امرأتين لوحدهما، أو مع اليمين. فلم يجز قبولهما.

الفصل الثالث [النكول]

وأما ثبوت الحق على المدعى عليه بنكوله، فإن الفقهاء أيضا اختلفوا في ذلك: **[المذهب الأول: عدم ثبوت الحق بالنكول]**: فقال مالك، والشافعي، وفقهاء أهل الحجاز، وطائفة من العراقيين: إذا نكل المدعى عليه لم يجب للمدعي شيء بنفس النكول، إلا أن يحلف المدعي، أو يكون له شاهد واحد⁶⁵.

[المذهب الثاني: ثبوت الحق بالنكول]: وقال أبو حنيفة، وأصحابه، وجمهور الكوفيين: يقضى للمدعي على المدعى عليه بنفس النكول، وذلك في المال بعد أن يكرر عليه اليمين ثلاثا⁶⁶.

[فرع: قلب اليمين]:

- أ. وقلب اليمين عند مالك يكون في الموضع الذي يقبل فيه شاهد وامرأتان، وشاهد ويمين.
- ب. وقلب اليمين عند الشافعي يكون في كل موضع يجب فيه اليمين.
- ج. وقال ابن أبي ليلى: أردھا في غير التهمة، ولا أردھا في التهمة.
- د. وعند مالك في يمين التهمة هل تنقلب، أم لا؟ قولان.

[الأدلة]:

- أ. فعمدة من رأى أن تنقلب اليمين ما رواه مالك من "أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رد في القسامة اليمين على اليهود بعد أن بدأ بالأنصار"⁶⁷.

⁶⁵لأن النكول سبب مؤثر في الحكم، فوجب إذا انضاف إلى الشاهد الواحد أن يحكم به؛ أصله يمين المدعى، ولأن نكوله كشهادة المدعى، ولأن الشاهد أقوى من يمين المدعى؛ بدليل أنه إنما يحتاج إلى اليمين عند عدم الشاهد، وأن اليمين مختلف في دخولها في بينة المدعى، والشاهد مجمع على دخوله في البينة، وأنه مجمع عليه في كلالحقوق، وأن اليمين مضافة إليه، وهو غير مضاف إليها، فإذا ثبت تأكده على اليمين، ثم كان النكول إذا اجتمع مع أضعف الشئيين يحكم به إذا انضاف إلى الأقوى والآكد أولى. الإشراف على نكت مسائل الخلاف: 966/965/2

فنكول المدعى عليه لا يكفي وحده في إثبات الحق لضعفه، فتجب تقويته بيمين المدعي على صدقه في دعواه.

⁶⁶ووجه القول بعدم قلب اليمين على المدعى عليه ظاهر قوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر». البناية شرح الهداية: 328/9

وعرض القاضي اليمين على المدعى عليه ثلاث مرات مستحب، يقول له في كل مرة: إني أعرض عليك اليمين، فإن حلفت وإلا قضيت عليك بما ادعاه إعلاما له للحكم؛ لأنه موضع خفاء لاختلاف العلماء فيه. تبين الحقائق: 296/4

ولأن نكول المدعى عليه عن اليمين مثل إقراره بالحق المدعى به، ولا حاجة لرد اليمين على المدعي.

⁶⁷وهو قوله صلى الله عليه وسلم في القسامة للأنصار: "تخلفون، وتستحقون دم صاحبكم"، قالوا: لم نحضر، قال: "فتبريكم يهود بخمسين يمينا"، ولأن ذلك مروى عن عمر، وعثمان، وعلي. الإشراف: 967/2

ومن حجة مالك: أن الحقوق عنده إنما تثبت بشيئين: إما بيمين وشاهد، وإما بنكول وشاهد، وإما بنكول ويمين، أصل ذلك عنده اشتراط الإثنية في الشهادة؛ وليس يقتضي عند الشافعي بشاهد ونكول⁶⁸.

ب. وعمدة من قضى بالنكول: أن الشهادة لما كانت لإثبات الدعوى، واليمين لإبطالها وجب إن نكل عن اليمين أن تحقق عليه الدعوى.
قالوا: وأما نقلها من المدعى عليه إلى المدعي فهو خلاف للنص؛ لأن اليمين قد نص على أنها دلالة المدعى عليه⁶⁹. فهذه أصول الحجج التي يقضي بها القاضي.

الفصل الرابع في الإقرار

وأما الإقرار إذا كان بينا فلا خلاف في وجوب الحكم به، وإنما النظر فيمن يجوز إقراره ممن لا يجوز، وإذا كان الإقرار محتملا رفع الخلاف. أما من يجوز إقراره ممن لا يجوز فقد تقدم.
وأما عدد الإقرارات الموجبة فقد تقدم في باب الحدود، ولا خلاف بينهم أن الإقرار مرة واحدة عامل في المال. وأما المسائل التي اختلفوا فيها من ذلك فهو من قبل احتمال اللفظ، وأنت إن أحببت أن تقف عليه فمن كتاب الفروع.

قال القاضي عبد الوهاب: ودليلنا على أنه لا يحكم عليه بمجرد النكول: أنه يكون عن يمين توجهت على مدعى عليه، ولأن إمساك المدعى عليه عن الاعتراف يتضمن النكول، ثم لا يحكم عليه به، فإمساكه عن اليمين وحدها أولى.
ولأن الأصول موضوعة على أنه لا يحكم بسبب واحد مع الإنكار كالشاهد الواحد، وإذا ثبت ذلك فليس إلا يمين المدعي، ولأن اليمين في الأصول تتوجه على أقوى المتداعيين سببا، وفي هذا الموضوع أقواهما سبباً المدعي، لأنه قوي سببه بنكول المدعى عليه، فوجب اليمين من جهته. الإشراف: 967/966/2
⁶⁸ قال القاضي عبد الوهاب: قاعدة: كل دعوى لا يقبل فيها شاهد وامرأتان، ولا شاهد ويمين، ولا يقبل فيها إلا شاهدان، فلا يجب اليمين فيها على المدعى عليه بمجرد الدعوى، وذلك مثل: دعوى النكاح، والطلاق، والرجعة، والقتل العمد، وما أشبه ذلك.

فدليلنا ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "إذا ادعت المرأة أن زوجها طلقها لم يحلف بدعواها إلا أن تأتي بشاهد، فإن كان معها شاهد حلف"، وهذا نص.

ولأن في ذلك ذريعة للإضرار بالأزواج وامتهان أنسابهم، فوجب حسم الباب فيه بمنع ذلك.
ولأننا وجدنا الشاهد وامرأتين أقوى من النكول واليمين؛ لأن النكول حجة من غير جنبه المدعي، ولأنه لا يحتاج إليها مع المرأتين، فإذا ثبت ذلك، ثم كان الطلاق والنكاح لا يحكم فيه بالشاهد والمرأتين كان بأن لا يحكم فيه باليمين والنكول أولى. الإشراف: 968/967/2

⁶⁹ وهذا بناء على أن حديث: "البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه" أنه خاص، وليس عاما؛ أي أن اليمين مطلقا توجه إلى المدعى عليه، ولا ترد على المدعي.