

كتاب الرجوع عن الشهادة

قال: (إذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت) لأن الحق إنما يثبت بالقضاء والقاضي لا يقضي

كتاب الرجوع عن الشهادة

لما كان هذا إيجاب رفع الشهادة وما تقدم إيجاب إثباتها فكانا متوازيين فترجم هذا بالكتاب كما ترجم ذلك للموازاة بينهما، وإلا فليس لهذا أبواب لتعدد أنواع مسائله ليكون كتاباً كما لذلك ولتحقيقه بعد الشهادة، إذ لا رفع إلا بعد الوجود ناسب أن يجعل تعليمه بعده، كما أن وجوده بعده وخصوص مناسيته لشهادة الزور هو أن الرجوع لا يكون غالباً إلا لتقدمها عمداً أو خطأ قوله: (إذا رجع الشهود عن الشهادة سقطت) عن الاعتبار فلا يقضى بها لأن كلامهم تناقض حيث قالوا نشهد بكذا لا نشهد به ولا يقضى بالتناقض، ولأنه أي كلامه الذي ناقض به وهو المتأخر في احتماله الصدق كالأول، فليس القضاء بأحدهما بعينه أولى به من الآخر فوقف كل منهما. قالوا: ويعزّر الشهود سواء رجعوا قبل القضاء أو بعده، ولا يخلو عن نظر لأن الرجوع ظاهر في أنه توبة عن الزور إن تعمد، أو التهؤّر والعجلة إن كان أخطأ فيه، ولا تعزير على التوبة وعلى ذنب ارتفع بها وليس فيه حدّ مقدر قوله: (ولا ضمان عليهم) لأنهم لم يثلفوا شيئاً على المشهود له أو عليه قوله: (فإن حكم النخ) إذا رجعوا قبل الحكم فلا ضمان عليهم، وإن رجعوا بعده لم يفسخ الحكم لما تقدم من أن الثاني ليس أولى من كلامهم الأول، ولا الأول أولى من الثاني فتعارض، ولا ترجيح قبل الحكم لأحد الكلامين فلا يحكم بأحدهما، وبعده ترجح الأول لاتصال القضاء به لأنه مؤكد لحكمه وقع في حال لا معارض له فيه فلا ينقض الأقوى بالأدنى، لكن عليهم ضمان ما أثلفوه بشهادتهم، وإنما كانوا متلفين بسبب لزوم حكم شهادتهم: أعني اتصال القضاء الذي لا يجوز نقضه وبالرجوع مع العلم بأنه لا ينقض القضاء به كانوا معترفين بأن تسببهم في ذلك الإتلاف كان تعدياً لأنه وقع على خلاف الحق، والتسبب في الإتلاف تعدياً سبب للضمان. وكان أبو حنيفة رحمه الله أولاً يقول: ينظر إلى حال الشهود، إن كان

كتاب الرجوع عن الشهادة

تناسب هذا الكتاب لكتاب الشهادات. وتأخيره عن فصل شهادة الزور ظاهر، إذ الرجوع عنها يقتضي سبق وجودها وهو مما يعلم به كونها زوراً وهو أمر مشروع مرغوب فيه ديانة لأن فيه خلاصاً من عقاب الكبيرة، فإذا رجع الشهود عن شهادتهم بأن قالوا في مجلس الحكم رجعنا عما شهدنا به أو شهدنا بزور فيما شهدنا، فإما أن يكون قبل الحكم بها أو بعده، فإن كان الأول سقطت الشهادة عن إثبات الحق بها على الغريم لأن الحق إنما يثبت بقضاء القاضي، ولا قضاء هاهنا لأن القاضي لا يقضي بكلام متناقض، ولا ضمان عليهما لأن الضمان بالإتلاف، ولا إتلاف هاهنا، لأنهما ما أثلفا شيئاً لا على المدعي ولا على المدعى عليه. أما على المدعى عليه فظاهر، وأما على المدعي فلأن الشهادة إن كانت حقاً في الواقع ورجعوا عنها صاروا كاتمين للشهادة ولا ضمان على من يكتمها، وإن كان الثاني لم يفسخ الحكم لأن الكلام الثاني يناقض الأول، والكلام المتناقض ساقط العبارة عقلاً وشرعاً فلا ينقض به حكم الحاكم لثلا يؤدي إلى التسلسل، وذلك لأنه لو كان معتبراً لجاز أن يرجع عن رجوعه مرة بعد أخرى، وليس لبعض على غيره ترجيح فيتسلسل الحكم وفسخه وذلك خارج عن موضوعات الشرع، ولأن الكلام الآخر في الدلالة على الصدق كالأول، وكل ما كان كذلك ساواه واحتيج فيه إلى الترجيح، وقد ترجح

كتاب الرجوع عن الشهادة

قوله: (وأما على المدعي النخ) أقول: ظاهره لا يوافق الدعوى قال المصنف: (فلا ينقض الحكم بالتناقض) أقول: لعل المتناقض بمعنى المتناقض لكونه ساقط العبارة عقلاً وشرعاً كما سيصرح به آنفاً قوله: (لثلا يؤدي إلى التسلسل النخ) أقول: كلام قليل الجدوى مع الغناء عنه قوله: (كالمليج من جهتهم) أقول: أي من جهة الشهود قوله: (واكتفى عن ذكر التعزير في الفصلين) أقول: أي في فصل الرجوع قبل الحكم بها وبعده قوله: (وهو مسلم فإن الرجوع إقرار النخ) أقول: ويجوز تقريره معارضة قوله: (والجواب أن الاستحقاق

بكلام متناقض، ولا ضمان عليهما لأنهما ما أثلفا شيئاً لا على المدعي ولا على المشهود عليه (فإن حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم) لأن آخر كلامهم يناقض أوله فلا ينقض الحكم بالتناقض ولأنه في الدلالة على الصدق مثل الأول، وقد ترجح الأول باتصال القضاء به (وعليهم ضمان ما أثلفوه بشهادتهم) لإقرارهم على أنفسهم بسبب

حالهم عند الرجوع أفضل من حالهم وقت الأداء في العدالة صح رجوعهم في حق أنفسهم، وفي حق غيرهم فيعزرون وينقض القضاء ويرد المال على المشهود عليه، وإن كانوا عند الرجوع كحالهم عند الأداء أو دونه يعزرون، ولا ينقض القضاء، ولا يجب الضمان على الشاهد. وهذا قول أستاذة حماد بن سليمان. ثم رجع إلى أنه لا يصح رجوعه في حق غيره على كل حال، فلا ينقض القضاء ولا يرد المال على المقضى عليه لما قلنا وهو قولهما قوله: (ولا يصح الرجوع إلا بحضرة الحاكم) سواء كان هو القاضي المشهود عنده أو غيره، وزاد جماعة في صحة الرجوع أن يحكم القاضي برجوعهما ويضمنهما المال، وإليه أشار المصنف حيث قال (وإذا لم يصح في غير مجلس القاضي، فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما وأراد يمينهما) أنهما لم يرجعا (لا يحلفان وكذا) لو أقام بينة على هذه الرجوع (لا تقبل لأنه ادعى رجوعاً باطلاً) وإقامة البينة وإلزام اليمين لا تقبل إلا على دعوى صحيحة. ثم قال (حتى لو أقام البينة أنه رجع عند قاضي كذا وضمنه المال تقبل) فهذا ظاهر في تقييد صحة الرجوع بذلك، ونقل هذا عن شيخ الإسلام. واستبعد بعضهم من المحققين توقف صحة الرجوع على القضاء بالرجوع وبالضمان، وترك بعض المتأخرين من مصنفي الفتاوى هذا القيد، وذكر أنه إنما تركه تعويلاً على هذا الاستبعاد، ويتفرع على اشتراط المجلس أنه لو أقر شاهد بالرجوع في غير المجلس وأشهد على نفسه به وبإلتزام المال لا يلزمه شيء، ولو ادعى عليه بذلك لا يلزمه إذا تصادقا أن لزوم المال عليه كان بهذا الرجوع، ولو أقر في مجلس قاض أنه رجع عند قاضي كذا صح باعتبار كون هذا رجوعاً عند هذا القاضي لا الذي أسند رجوعه إليه، ولو رجعا عند القاضي ثم جحد تقبل البينة عليهما ويقضى بالضمان عليهما. ثم ذكر المصنف لاشتراط مجلس الحكم في صحة الرجوع وجهين: أولهما أن الرجوع فسخ للشهادة، فكما اشترط للشهادة المجلس كذلك لفسخها، وعلى الملازمة منع ظاهر مع إبداء الفرق بأن اشتراط المجلس ليتصور الأداء عنده بالضرورة، بخلاف الرجوع لأن حاصله الإقرار على نفسه بتحقيق سبب الضمان منه، والإقرار بالضمان لا يتوقف على مجلس القضاء. وأجاب في النهاية بأن ما شرط للإبتداء شرط للبقاء

الأول باتصال القضاء به فلا ينتقض به، وعليهم ضمان ما أثلفوه بشهادتهم لإقرارهم على أنفسهم بسبب الضمان، فقضاء القاضي وإن كان علة للتلف لكنه كالملجأ من جهتهم، فكان التسبب منهم تعدياً فيضاف الحكم إليهم كما في حفر البئر على قارة الطريق. فإن قيل: كلامهم متناقض وذلك ساقط العبارة فعلام الضمان؟ أجاب بقوله والتناقض لا يمنع صحة الإقرار ووعد بتقريره من بعد، واكتفى عن ذكر التعزيز في الفصلين بذكره في الفصل المتقدم. قال: (ولا يصح الرجوع إلا بحضرة الحاكم الخ) الرجوع عن الشهادة لا يصح إلا بحضرة حاكم سواء كان هو الأول أو لا لأنه فسخ للشهادة وهو مختص بمجلس الحكم فالرجوع مختص به، وهذا الدليل لا يتم إلا إذا ثبت أن فسخ الشهادة يختص بما تختص به الشهادة وهو ممنوع، فإن الرجوع إقرار بضمان مال المشهود عليه على نفسه بسبب الإلتاف بالشهادة الكاذبة، والإقرار بذلك لا يختص بمجلس الحكم. والجواب أن الاستحقاق لا يرتفع ما دامت الحجة باقية فلا بد من رفعها، الرجوع في غير مجلس الحكم ليس برفع للحجة لأن الشهادة في غير مجلسه ليست بحجة كما مر، والإقرار بالضمان مرتب على ارتفاعها أو يثبت في ضمنه فكان من

(الخ) أقول: انظر في هذا الجواب قوله: (ولأن الرجوع توبة) أقول: عطف على قوله لأنه فسخ للشهادة قوله: (ومعناه حكم عليه) أقول: فعلى الأول معطوف على رجوع وعلى الثاني على قوله أقام البينة قوله: (لأن سبب الضمان الخ) أقول: وفي غاية البيان لأن سبب التضمن وهو الرجوع عند القاضي قوله: (فإنها قبول البينة) أقول: فيه بحث لأن المعنى حيثنذ تقبل الشهادة لأن الدعوى: أعني دعوى الرجوع صحيحة لصحة الرجوع الذي هو سبب الضمان فليتأمل.

الضمان، والتناقض لا يمنع صحة الإقرار، وسنقرره من بعد إن شاء الله تعالى (ولا يصح الرجوع إلا بحضرة الحاكم) لأنه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من المجلس وهو مجلس القاضي أي قاض كان، ولأن الرجوع توبة والتوبة على حسب الجنابة، فالسّر بالسّر والإعلان بالإعلان. وإذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القاضي، فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما وأراد يمينهما لا يحلفان، وكذا لا تقبل بيئته عليهما لأنه ادعى رجوعاً باطلاً، حتى لو أقام البيّنة أنه رجع عند قاضي كذا وضمنه المال تقبل لأن السبب صحيح. (وإذا شهد شاهدان بمال

كالبيع فإنه شرط فيه وجود المبيع فكذا في فسخه، وهذا أيضاً مما يحتاج إلى إثبات الملازمة مع أن الاتفاق أن شرط ذلك في فسخ البيع إنما هو ليثبت حكم الفسخ وهو التراد، والتراد يتوقف على قيامه، بخلاف حكم الرجوع فإنه الضمان، ويمكن إثباته مع ثبوته دون المجلس. ثم هو قد أورد على ما ذكره من أن شرط الابتداء شرط البقاء السلم حيث يشترط لابتدائه حضور رأس المال دون فسخه. وأجاب بمثل ما ذكرنا من أن ذلك لأمر يخص الابتداء لا يوجد في البقاء وهو كي لا يلزم الافتراق عن الكالء بالكالء وذلك غير لازم في فسخه فلذا لم يشترط في فسخه ما شرط في ابتدائه، وهذا نحو ما ذكرنا من أن شرط المجلس ابتداء ليتصور الأداء بخلاف الفسخ. ثم تهديد الجواب بأن ما شرط للابتداء شرط للبقاء لا يناسب ما نحن فيه وهو الرفع. نعم الرفع يرد على حالة بقاء أثر الشهادة وهو الحكم بها، ولو تسهلنا إلى جعل ذلك بقاء نفس الشهادة لا يتصور كون مجلس الحكم شرطاً لبقاء الشهادة،

توابه. لا يقال: البيّنة ليست بحجة في غير مجلس الحكم ابتداء لا بقاء، ويجوز أن لا يكون البقاء مشروطاً بشرط الابتداء لكونه أسهل منه. لأننا نقول: مجلس الحكم محلها في الابتداء وما يرجع إلى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء كالمحرمية في النكاح ووجود المبيع في البيع فإنه شرط لصحته وصحة الفسخ (ولأن الرجوع توبة والتوبة على حسب الجنابة فالسّر بالسّر والإعلان بالإعلان) وشهادة الزور جنابة في مجلس الحكم فالتوبة عنها تنقيد به (وإذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القاضي فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما) وأقام على ذلك بيّنة أو عجز عنها وأراد أن يحلف الشاهدين (لم يقبل القاضي بيّنة عليهما ولا يحلفهما) لأن البيّنة واليمين يترتان على دعوى صحيحة، ودعوى الرجوع في غير مجلس الحكم باطلة (حتى لو أقام البيّنة أنه رجع عند قاضي كذا وضمنه المال تقبل) بيّنته (لأن السبب صحيح) والضمير المستكن في ضمنه يجوز أن يكون للقاضي، ومعناه حكم عليه بالضمان لكنه لم يعط شيئاً إلى الآن، ويجوز أن يكون للمدعي ومعناه طلب من القاضي تضمينه، والألف واللام في قوله لأن السبب بدل من المضاف إليه وهو قبول البيّنة: أي لأن سبب قبول البيّنة صحيح وهو دعوى الرجوع في مجلس الحكم، وقيل هو الضمان، ومعناه لأن سبب الضمان صحيح وهو الرجوع عند الحاكم، وليس بصحيح لأن الدعوى حيث لا يتطابق الدليل فإنها قبول البيّنة لا وجوب الضمان فتأمل (وإذا شهد شاهدان بمال فحكم به الحاكم ثم رجعا ضمنا المال للمشهدود عليه) هذه المسألة قد علمت من قوله وعليهم ضمان ما أنفقوه بشهادتهم، إلا أنه ذكرها لبيان خلاف الشافعي ولما يأتي من رجوع بعض الشهود دون بعض. قال الشافعي: لا ضمان عليهما لأنهما تسببا في الإتلاف، ولا معتبر به عند وجود المباشر. وقلنا وجب عليهما الضمان لأنهما تسببا للإتلاف على وجه التعدي وذلك يوجب الضمان إذ لم يمكن إضافته إلى المباشر، وهاتنا كذلك لأن المباشر هو القاضي، وإضافة الضمان إليه متعذرة لأنه كالمملج إلى القضاء بشهادتهم لأنه بالتأخير يفسد وليس بمملج حقيقة لأن المملج حقيقة من خاف على نفسه العقوبة في الدنيا والقاضي ليس كذلك، ولأن في إيجابه عليه صرف الناس عن تقلد القضاء، وذلك ضرر عام فيتحمل الضرر الخاص لأجله، وتعذر استيفاءه من المدعي أيضاً لأن الحكم ماض لما تقدم فاعتبر السبب. فإن قيل: ما بال كل منكم ومن الشافعي ترك أصله المعهود في الشهادة بالقتل ثم الرجوع، فإنه إذا شهد شاهدان على أنه قتل عمداً فاقتص منه ثم رجعا فالدية عليهما في مالهما عندهم، وما جعلتم كالمباشر حتى يجب القصاص. وعند الشافعي يجب عليهما القصاص، جعل المسبب كالمباشر. قلنا: فعل المباشر الاختياري قطع النسبة أو صار شبهة كما سيجيء، والشافعي جعله مباشراً بما ورد عن علي رضي الله عنه في شاهدي السرقة إذا رجعا: لو علمت أنكما تعمدتما لقطعت أيديكما. والجواب أنه كان على سبيل التهديد لما ثبت من مذهبه رضي الله عنه أن البدين لا يقطعان بيد واحدة، وجاز أن يهدد الإمام بما لا يتحقق كما قال عمر رضي الله عنه: ولو تقدمت في المتعة لرجمت، والمتعة

فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه) لأن التسبب على وجه التعدي سبب الضمان كحافر البئر وقد سببا للإتلاف تعدياً. وقال الشافعي رحمه الله: لا يضمنان لأنه لا عبرة للتسبب عند وجود المباشرة. قلنا: تعذر

ولو أرحينا العنان في الآخر فإنما يكون المشروط للبقاء المجلس الأول الذي كان شرطاً للأداء، والمجلس المشروط هنا مجلس آخر. وذكر بعضهم في وجهه أن الرجوع فسخ ونقض للشهادة فكان مقابلاً لها فاختص بموضع الشهادة، ومنع الملازمة فيه ظاهر فينبه بأن السواد والبياض لما كانا متضادين اشترط للتضاد اتحاد المحل. ولا يخفى أن اتحاد المحل إنما هو شرط امتناع اجتماع المتضادين لا شرط لكل من المتضادين في نفسه، كما أن المجلس شرط لكل من الشهادة ونقضها. والوجه الثاني أن الرجوع توبة عن ذنب الكذب وكان ذلك الذنب في مجلس القضاء فتختص التوبة عنه بمجلسه، ولا شك أن ذلك أيضاً غير لازم فيه فبينوا له ملازمة شرعية بحديث معاذ رضي الله تعالى عنه حين بعثه النبي ﷺ إلى أهل اليمن فقال أوصني، فقال: «عليك بتقوى الله تعالى ما استطعت، إلى أن قال: وإذا عملت شراً فأحدث توبة السرّ بالسر والعلانية بالعلانية»^(١) وأنت تعلم أن العلانية لا تتوقف على الإعلان في محل الذنب بخصوصه مع أن ذلك لا يمكن بل في مثله مما فيه علانية وهو إذا أظهر الرجوع للناس وأشهدهم عليه وبلغ ذلك القاضي بالينة عليه كيف لا يكون معلناً قوله: (وإذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه) وهذا مذهب مالك وأحمد والشافعي في الجديد لا ضمان عليهما مسببان ولا عبرة بالتسبب، وإن كان تعدياً مع وجود المباشرة. قلنا: المباشر القاضي والمدعي. ولا ضمان على القاضي اتفاقاً لأن كالملمجأ إلى مباشرة القضاء الذي به الإتلاف من جهة الشرع بافترضه عليه بعد ظهور العدالة، وإذا ألجأ الشرع لا يضمنه، ولأنه يوجب عدم قبول القضاء من أحد. وأما المدعي فلأنه أخذ بحق ظاهر ماض لأن خبر الرجوع ليس أولى من الأول لينقض الحكم، وإذا لم ينقض لا يمكن جبره على إعطاء ما أخذ بذلك الوجه الماضي شرعاً. وإذا تعذر الإيجاب على المباشر تعين على المتعدي بالتسبب كحافر البئر في الطريق. واعلم أن الشافعية اختلفوا في هذه المسألة. والصحيح عند الإمام والعراقيين وغيرهم أن الشهود يضمنون كمذهبنا، والقول الآخر لا ينقض. ولا يرد المال من المدعي ولا يضمن الشهود وهو عين قول أبي حنيفة الأول إذا كان حالهما وقت الرجوع مثله عند الأداء. وقد نقض عليه أيضاً بإيجاب القصاص على الشهود إذا رجعوا بعد قتل المشهود عليه مع وجود المباشر وهو الولي المقتض

لا توجب الرجم بالاتفاق، وإنما يضمنان: يعني أن الضمان إنما يجب على الشاهدين إذا قبض المدعي ما قضى له به ديناً كان أو عيناً، وهو اختيار شمس الأئمة، لأن الضمان بالإتلاف والإتلاف يتحقق بالقبض، وفي ذلك لا تفاوت بين العين والدين، ولأن مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين أخذ العين والزام الدين. وبيان ذلك أنهم إذا ألزما ديناً بشهادتهما، فلو ضمنا قبل الأداء إلى المدعي كان قد استوفى منهما عيناً بمقابلة دين أوجبا ولا مماثلة بينهما. وفرق شيخ الإسلام بين العين والدين فقال: إن كان المشهود به عيناً فللمشهود عليه أن يضمن الشاهد بعد الرجوع وإن لم يقبضها المدعي، وإن كان ديناً فليس له ذلك حتى يقبضه، وذلك لأنه ضمان الإتلاف وضمان الإتلاف مقيد بالمثل، وإذا كان المشهود به عيناً فالشاهدان بشهادتهما أزالاه عن ملكه إذا اتصل القضاء بها، ولهذا لا ينفذ فيه تصرف المشهود عليه بعد ذلك، فإزالة العين عن ملكهما بأخذ الضمان لا تنتفي المماثلة، وإذا كان ديناً فإزالة العين عن ملكهما قبل القبض تنتفي المماثلة كما ذكرنا. والجواب أن الملك وإن ثبت للمقضي له بالقضاء ولكن المقضى عليه يزعم أن ذلك باطل لأن المال في يد ملكه فلا يكون له أن يضمن الشاهدين شيئاً ما لم يخرج المال من يده بقضاء القاضي.

قوله: (فيتحمل الضرر الخاص) أقول: لعله يريد به تضمين الشهود قوله: (في الشهادة) أقول: متعلق بقوله ترك قوله: (كما سيحيي) أقول: أي في هذا الكتاب أيضاً في الدرس الثالث قوله: (والجواب أنه الخ) أقول: هذا جواب عن دليل الشافعي قوله: (قد استوفى) أقول: المقضى عليه قوله: (ولا مماثلة بينهما) أقول: إذ العين خير من الدين.

(١) حسن. أخرجه الطبراني كما في المجمع ٧٤/١٠ من حديث معاذ بن جبل. وقال الهيثمي: إسناده حسن.

إيجاب الضمان على المباشر وهو القاضي لأنه كالمُلجأ إلى القضاء، وفي إيجابه صرف الناس عن تقلده وتعذر استيفائه من المدعي لأن الحكم ماض فاعتبر التسيب، وإنما يضمنان إذا قبض المدعي المال ديناً كان أو عيناً، لأن الإلتاف به يتحقق، ولأنه لا مماثلة بين أخذ العين والزام الدين.

قال: (فإن رجع أحدهما ضمن النصف) والأصل أن المعتبر في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع وقد بقي

والقاضي. وأجيب عنه بأن ذلك لدليل خاص وهو قول علي رضي الله تعالى عنه لشاهدي السرقة بعد ما قطع ورجعوا وجاءوا بآخر وقالوا هذا الذي سرق: لو علمت أنكما تعديتما لقطعت أيديكما. أخرجه الشافعي وقال: بهذا القول نقول. فإن نوقض بأنه لا يرى تقليد الصحابي أمكن الجواب عنه بأنني إنما قلت به لما ظهر من مناطه من أن أمر الدم أشد من أمر المال. قلنا: الأشدية لا يتوقف ثبوتها على ثبوت الضمان في أحكام الدنيا لجوازه باعتبار أمر الآخرة، ثم متى يقضى بالضمان على الشاهد؟ قال المصنف (إذا قبض المدعي المال ديناً كان أو عيناً) لأن هذا ضمان إلتاف والإلتاف على المدعى عليه إنما يتحقق بأخذه منه، وهذا اختيار شمس الأئمة. وفرق شيخ الإسلام بين كون المشهود به عيناً فيضمنان قبل قبض المدعي إياها بعد القضاء له بها أو ديناً فلا يضمنان حتى يقبضه المدعي. وجه الفرق أن ضمانهما ضمان إلتاف، وضمان الإلتاف مقيد بالمماثلة، فإذا كان المشهود به عيناً فالشاهدان وإن أزالاه عن ملك المشهود عليه بشهادتهما عند اتصال القضاء بها حتى لا يتفد تصرفه فيه، فلو أزلنا قيمته عن ملكهما بأخذ الضمان منهما لا تنتفي المماثلة، أما إذا كان المشهود به ديناً فالشاهدان أوجبا عليه ديناً بغير حق، فلو استوفى الضمان منهما قبل أن يستوفي المشهود له من المشهود عليه انتفت المماثلة لأن المستوفى منهما عين في مقابلة دين أوجباه، وشمس الأئمة يوافق في وجه الدين ويقول في العين: إن الملك وإن ثبت فيه للمدعي بمجرد القضاء لكن المقضى عليه يزعم أن ذلك باطل، لأن المال الذي في يده ملكه فلا يكون له أن يضمن الشاهد شيئاً ما لم يخرج من يده. قال البرازي رحمه الله في فتاواه: والذي عليه الفتوى الضمان بعد القضاء بالشهادة قبض المدعي المال أو لا، وكذا العقار يضمن بعد الرجوع إن اتصل القضاء بالشهادة.

[فروع] شهدا أنه أجله إلى سنة ثم رجعا ضمناء حالاً ثم رجعا على المطلوب بعد سنة، ولو توى^(١) ما على

قال: (وإذا رجع أحدهما ضمن النصف الخ) المعتبر في باب الرجوع عن الشهادة بقاء من بقي لأن وجوب الحق في الحقيقة بشهادة الشاهدين وما زاد فهو فضل في حق القضاء، إلا أن الشهود إذا كانوا أكثر من الاثنين يضاف القضاء وجوب الحق إلى الكل لاستواء حقوقهم. وإذا رجع واحد زال الاستواء وظهر إضافة القضاء إلى المثني وعلى هذا إذا شهد اثنان فرجع أحدهما ضمن النصف لأنه بقي بشهادة من بقي نصف الحق. قيل لا نسلم ذلك، فإن الباقي فرد لا يصلح لإثبات شيء ابتداء فكذا بقاء. وأجيب بأن البقاء أسهل من الابتداء فيجوز أن يصلح في البقاء للإثبات ما يصلح في الابتداء لذلك، كما في النصاب فإن بعضه لا يصلح في الابتداء لإثبات الوجوب ويصلح في البقاء بقدره (وإذا شهد ثلاثة فرجع واحد فلا ضمان عليه) لأنه بقي من بقي شهادته كل الحق (لأن استحقاق المدعي للمشهود به باق بالحجة) التامة، واستحقاق المتلف يسقط الضمان فيما إذا أتلّف إنسان مال زيد فقضى القاضي له على المتلف بالضمان ثم استحق المتلف عمرو وأخذ الضمان من المتلف سقط

قوله: (فبإزالة العين عن ملكهما الخ) أقول: الضمير في قوله ملكهما في موضعين راجع إلى الشاهدين في قوله فالشاهدان بشهادتهما أزالاه الخ قوله: (لأن وجوب الحق الخ) أقول: لا يخفى عليك قصور هذا الدليل عن إثبات المدعي لاختصاصه بما بقي بعد رجوع من رجع نصاب الشهادة. والأولى أن يبين بوجه يعم الصور كلها ثم يفرع عليه المسائل قوله: (وعلى هذا إذا شهد الخ) أقول: ينبغي أن يكون تفریعاً على الأصل الذي ذكره المصنف لا على ما أقامه من الدليل لظهور عدم تفرعه عليه فليتأمل قوله: (فكذا بقاء) أقول: فينبغي أن يضمن الراجع كل الحق لا نصفه

(١) توى المال: هلك، وذهب أه مغرب.

من يبقى بشهادته نصف الحق (وإن شهدا بالمال ثلاثة فرجع أحدهم فلا ضمان عليه) لأنه بقي من بقي بشهادته كل الحق، وهذا لأن الاستحقاق باق بالحجة، والمتلف متى استحق سقط الضمان فأولى أن يمتنع فإن رجع الآخر ضمن الراجعان نصف المال لأن بقاء أحدهم يبقى نصف الحق (وإن شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمن ربع

المطلوب لم يرجعا على الطالب بخلاف الحوالة. ولو شهدا أنه أبرأه أو وهبه أو تصدق به عليه ثم رجعا ضمناً. ولو شهدا على هبة عبد وتسليم ثم رجعا ضمناً قيمته للمالك ولا رجوع للواهب على الموهوب له ولا عليهما لأنه كالعوض، وإن لم يضمن الواهب الشاهدين له الرجوع. شهدا أنه باع عبده بخمسائة إلى سنة وقيمة العبد مائة وقضى به ثم رجعا يخير البائع بين رجوعه على المشتري إلى سنة وبين تضمين الشاهدين قيمته حالة ولا يضمنهما الخمسمائة، فإن ضمن الشاهدين رجعا على المشتري بالثمن إذا حل الأجل لأنهما قاما مقام البائع بالضمان وطاب لهما قدر مائة وتصدقا بالفضل قوله: (والأصل أن المعتبر في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع) وهذا لأن الشهادة إنما تثبت المال والرجوع إنما يوجب الضمان لأنه إلتاف له، فإذا بقي بعد رجوع من رجع من يستقل بإثبات المال بقي المال ثابتاً فلم يتحقق بالرجوع إلتاف شيء، ومن المحال أن يضمن مع عدم إلتاف شيء. وأما ما أورد من أنه ينبغي إذا رجع واحداً من الاثنين أن لا يبقى شيء من المال لأن الواحد لا يثبت بشهادته شيء أصلاً فيقتضي أن يضمن الواحد الراجع كل المال وهو مصادم للإجماع على نفيه، وإنما كان الإجماع على نفيه لأن عدم ثبوت شيء بشهادة الواحد إنما هو في الابتداء، ولا يلزم في حال البقاء ما يلزم في الابتداء، وحينئذ فبعد ما ثبت ابتداء شيء بشهادة اثنين نسب إلى كل منهما في حال البقاء حصة منه بشهادته فتبقى هذه الحصة ما بقي على شهادته ويكون متلفاً لها برجوعه. إذا عرف هذا فإذا رجع أحد الاثنين لزمه ضمان النصف لأنه أتلفه برجوعه (وإن شهد بالمال ثلاثة فرجع أحدهم فلا ضمان عليه) لأنه بقي الحق من غير إلتاف شيء منه بقاء الشاهدين والاستحقاق باق بالحجة (والمكلف متى استحق سقط الضمان) كما إذا أتلف مال زيد فقضى بضمانه عليه فظهر أن مستحقه عمرو فإنه يأخذه ويسقط الضمان لزيد (فأولى أن يمنع الضمان) وما نحن فيه من هذا فإن بالرجوع أتلف على المشهود له حصته التي أثبتها له بشهادته له وصارت مستحقة للمشهود عليه، وبقاء من يبقى كل الحق به ظهر استحقاق الشهود له لتلك الحصة دون المشهود عليه فيدفع الضمان للمشهود عليه (فإن رجع آخر) من الثلاثة (ضمن الراجعان نصف المال لأن بقاء الثالث يبقى نصف المال) فلو قال الراجع الأول كيف أضمن برجوع الثاني ما لم يلزمني ضمانه برجوع نفسي وقت رجوعي لا يقبل هذا، كما لا يقبل قول أحدهما لو رجع الثلاثة لا يلزمني شيء لأن غيري يثبت به كل الحق فرجوع غيري موجب عليه لا علي. وحقيقة الوجه أن تلف النصف وإن كان مما يستقل به رجوع واحد إذا فرض تحققه مع رجوع جماعة تحاصصوا الضمان لأنه ليس أحدهما أولى به من الآخر (وإن شهد رجل وامرأتان فرجعت

الضمان الثابت لزيد بقضاء القاضي على المتلف فلأن يمنعه بطريق الأولى لأن الدفع أسهل من الرفع (فإن رجع الآخر ضمن الراجعان نصف الحق) قيل يجب أن لا يجب الضمان على الراجع الأول أصلاً لأن المعتبر بقاء من بقي، وبعد رجوع الأول كان نصاب الشهادة باقياً فإذا رجع الثاني فهو الذي أتلف نصف الحق فيقتصر الضمان عليه. وأجيب بأن الضمان على الأول ثابت بطريق التبين أو الانقلاب، وذلك لأن الاستحقاق كان بشهادتهم جميعاً، ثم رجع الأول ظهر كذبه واحتمل كذب غيره، فإذا رجع الثاني تبين أن الإلتاف من الابتداء كان بشهادتهما، أو لأن القضاء كان بالشهادة وهي موجودة منهما في حالة واحدة، فعند رجوع الأول وجد الإلتاف، ولكن المانع وهو بقاء النصاب منع إيجاب الضمان عليه، فإذا رجع الثاني ارتفع المانع ووجب الضمان بالمقتضي (وإن شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمن ربع الحق لبقاء ثلاثة الأرباع بقاء من بقي وإن

قوله: (إذا أتلف إنسان مال زيد فقضى القاضي له) أقول: الضمير في قوله له راجع إلى زيد قوله: (سقط الضمان الخ) أقول: مع أن الإلتاف ليس بظاهر فيما نحن فيه لبقاء استحقاق المدعى عليه بحجة بل إنما هو بحسب زعيم الراجع فقط قوله: (فلأن يمنعه الخ) أقول: الضمير في قوله يمنعه راجع إلى الضمان في قوله واستحقاق المتلف يسقط الضمان الخ.

(الحق) لبقاء ثلاثة الأرباع ببقاء من بقي (وإن رجعتا ضمنتا نصف الحق) لأن بشهادة الرجل بقي نصف الحق (وإن شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن) لأنه بقي من يبقى بشهادته كل الحق (فإن رجعت أخرى كان عليهن ربع الحق) لأنه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقي فبقي ثلاثة الأرباع (وإن رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة أسداسه عند أبي حنيفة رحمه الله. وعندهما على الرجل النصف وعلى

إحدهما ضمنت ربع المال لبقاء ثلاثة أرباعه ببقاء من بقي، وإن رجعتا ضمنتا نصفه لأن بشهادة الرجل يبقى نصف الحق، وإن شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع) منهن (ثمان فلا ضمان عليهن لأنه بقي من يبقى بشهادته كل الحق، فإن رجعت أخرى ضمن) التسع (ربع الحق لبقاء النصف بشهادة الرجل) الباقي (والربع بشهادة الباقي) (وإن رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة أسداسه عند أبي حنيفة. وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لأنهن وإن كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن إلا بانضمام الرجل. ولأبي حنيفة رحمه الله أن كل امرأتين قامتا مقام رجل). قال ﷺ في نقصان عقلهن «عدلت شهادة كل اثنتين منهن شهادة رجل» روى البخاري من حديث الخدري رضي الله عنه أنه ﷺ قال: «يا معشر النساء تصدقن وأكثرن الاستغفار فإني رأيتكن أكثر أهل النار، فقالت امرأة منهن: يا رسول الله مالنا أكثر أهل النار؟ قال: تكثرن اللعن وتكفرن العشير، ما رأيت من ناقصات عقل ودين أغلب لدي لب منكن، قالت: يا رسول الله وما نقصان العقل والدين؟ فقال: أما نقصان العقل فشهادة امرأتين تعدل شهادة رجل فهذا نقصان العقل، وتمكث الليالي لا تصلي وتفطر في رمضان فهذا نقصان الدين»^(١) (فصار كما لو شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا، وإن رجع النسوة العشر دون الرجل كان عليهن

رجعتا ضمنتا نصف الحق) لأن نصف الحق باق لشهادة الرجل (وإذا شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن لأنه بقي من يبقى بشهادته كل الحق، فإن رجعت أخرى كان عليهن ربع الحق لأنه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقي فبقي ثلاثة الأرباع وإن رجع الرجل والنساء جميعاً فعلى الرجل سدس الحق وعلى النساء خمسة أسداسه عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما على الرجل النصف وعلى النساء النصف لأنهن وإن كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن إلا مع رجل واحد) فيتعين للقيام بنصف الحج فلا يتغير هذا الحكم بكثرة النساء، وإذا ثبت نصف الحق بشهادته ضمنه عند الرجوع (ولأبي حنيفة رحمه الله أن كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد) بالنص (قال ﷺ في نقصان عقلهن: «عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل واحد» وإذا كانتا كرجل صار كأنه شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا) وفي وجه دلالة الحديث على ذلك نظر، وإنما تم أن لو قال عدلت شهادة كل اثنتين منهن بشهادة رجل. والجواب أنه أطلق ولم يقيد بأن ذلك في الابتداء أو مكرّر فكان الإطلاق ككلمة كل (وإن رجع النسوة العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق عندهم جميعاً لما قلنا) أن المعتبر هو بقاء من بقي، فالرجل يبقى ببقائه نصف الحق (وإن شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة) لأن المرأة الواحدة شطر العلة، ولا يثبت به شيء من الحكم فكان القضاء مضافاً إلى شهادة رجلين دونها فلا تضمن

قوله: (ثم إذا رجع الأول الخ) أقول: الأظهر أن يقال: إذا رجع الأول لم يظهر الإتلاف فضلاً عن إتلافه لبقاء استحقاق المدعى به بالحجة التامة. فإذا رجع الثاني أيضاً تبين سببه الأول في الإتلاف أيضاً لعدم الأولوية فليتأمل. ثم ما ذكره هنا لا يخلو عن نوع مخالفة لما أسلفه آتفاً من أنه إذا رجع واحد من الثلاثة زال الاستواء وظهر إضافة القضاء إلى المثني. والجواب أن ذلك فيما إذا استمر الاثنان على شهادتهما وهنا ليس كذلك قوله: (فثبت بطريق التبيين) أقول: التبيين إنما يكون في حكم مغيا بغاية ينتظر الوصول إليها، فإن وصل حكم بشوته وإلا فلا، كذا في هذا الكتاب قبيل باب الشهادة على الزنا قوله: (واحتمل كذب غيره الخ) أقول: احتمالاً أكثر من الاحتمال الثابت قبله، لكن فائدة هذا الكلام غير ظاهرة قوله: (كان بشهادتهما) أقول: لاستواء حالهم قوله: (فعند رجوع الأول وجد الإتلاف) أقول: أي علم وجوده بل علم قصده الإتلاف كما لا يخفى وفيه بحث. ويمكن أن يقال: لعل المراد وجد الإتلاف الزعمي، ثم المرء مؤاخذه بزمعه وإقراره، فكان ينبغي أن يضمن ولكن المانع وهو بقاء الخ، فكذا ينبغي أن يفهم الكلام والعلم عند الخبير العلامة

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٣٠٤ و ١٤٦٢ و ١٩٥١ و ٢٦٥٨ ومسلم ٨٠ في الإيمان والنسائي ١٨٧/٣ وابن ماجه ١٢٨٨ وابن حبان ٥٧٤٤ كلهم من حديث أبي سعيد بأنهم منه. ورواه مسلم مختصراً ٨٨٩.

النسوة النصف) لأنهن وإن كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن إلا بانضمام رجل واحد. ولأبي حنيفة رحمه الله أن كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد، قال عليه الصلاة والسلام في نقصان عقلهن «عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل واحد» فصار كما إذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا (وإن رجع النسوة العشرة دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين) لما قلنا (ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة) لأن الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف إليه الحكم.

نصف الحق على القولين) يعني بالاتفاق على اختلاف التخريج. فعندهما لأن الثابت بشهادتهن نصف المال وعنده لبقاء من يثبت به النصف وهو الرجل، كما لو شهد ست رجال ثم رجع خمسة ثم ليست إحداهن أولى بضمان النصف من الآخرين (ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة لأن الواحدة ليست شاهدة بل بعض شاهد) لأن المرأتين شاهد واحد فشهادة الواحد شطر علة وشرط العلة لا يثبت به شيء فكان القضاء ليس إلا بشهادة الرجلين فلا تضمن المرأة عند رجوعها شيئاً. ولو شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجع رجل وامرأة وجب ضمان نصف المال لبقاء من يبقى بشهادته نصف المال أعني المرأتين، ثم هو على الرجل خاصة على قولهما لثبوت النصف بشهادة الرجل والنصف بشهادة النساء. وينبغي في قياس قول أبي حنيفة أن النصف أثلاثاً على الرجل والمرأة لأن القضاء هنا بشهادة الكل من الرجال والنساء على الشيوع. ثم يقام كل امرأتين مقام رجل، فثلاث نسوة مقام رجل ونصف، فإن رجعوا جميعاً فعندهما أنصافاً. وعنده أخماساً على النسوة ثلاثة أخماس وعلى الرجل خمسان قوله: (وإن شهدا إلى آخره) إذا ادعى رجل على امرأة نكاحاً بقدر مهر مثلها أو ادعاه بأقل بأن ادعاه بمائة ومهر مثلها ألف فشهد بذلك شاهدان ف قضى بمقتضى شهادتهما ثم رجعا لا يفسخ النكاح برجوعهما ولا يضمنان شيئاً في صورتين كما ذكره المصنف. وذكر في المنظومة في صورة النقصان أنهما يضمنان ما نقص عن مهر مثلهما عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف. قال في باب أبي يوسف: لو أثبتوا نكاحها فأوكسوا إن رجعوا لم يضمنا ما بخسوا. ثم بينه في شرحه المسمى بالحصر وجعل الخلاف مبنياً على مسألة اختلاف الزوجين في قدر المهر. فإن عند أبي حنيفة ومحمد القول قولها إلى مهر مثلها فكان يقضى لها بألف لولا هذه الشهادة فقد أثلتا عليها تسعمائة. وعند أبي يوسف القول للزوج فلم يثقل على قوله عليها شيئاً وتبعه صاحب المجمع. وما ذكره صاحب الهداية هو المعروف في المذهب وعليه صاحب النهاية. وغيره من الشارحين لم ينقلوا سواء خلافاً ولا رواية، وهو المذكور في الأصول كالمبسوط وشرح الطحاوي والذخيرة وغيرهم، وإنما نقلوا فيها خلاف الشافعي، فلو كان لهم شعور بهذا الخلاف الثابت في المذهب بين الأئمة الثلاثة لم يعرضوا عنه بالكلية ويشغلوا بنقل خلاف الشافعي. وذكرنا وجهه بأن البضع متقوم لثبوت تقومه حال الدخول، فكذا في غيره لأنه في حال الخروج عين ذلك الذي ثبت تقومه. وأجابوا بحاصل توجيه المصنف بأن تقومه حال الدخول ليس إلا لإظهار خطره حيث كان منه النسل المطلوب في الدنيا والآخرة وغير ذلك من النفع، كما شرطت الشهادة على العقد عليه دون سائر العقود لذلك لا لاعتباره متقوماً

عند الرجوع شيئاً. قال: (وإن شهد شاهدان على امرأة بالنكاح الخ) وإن شهد على امرأة بالنكاح ثم رجعا فلا ضمان عليهما، سواء كانت الشهادة بمقدار مهر مثلها أو بأقل من ذلك، لأن المتلف هاهنا منافع البضع ومنافع البضع عندنا غير مضمونة بالإتلاف لأن التضمين يقتضي المماثلة بالنص على ما عرف، ولا مماثلة بين العين والمنفعة قوله: (وإنما تتقوم) جواب عما

قوله: (وإذا رجع الثاني ارتفع المانع) أقول: كنز الخف في المسح ومضي المدة في المستحاضة قوله: ((إلا مع رجل فيتعين الخ)) أقول: يعني ويتعين رجل للقيام قوله: (قال عليه الصلاة والسلام في نقصان عقلهن) أقول: لفظ «في» في قوله عليه الصلاة والسلام «في نقصان» للسببية قوله: (أن لو قال عدلت شهادة الخ) أقول: فلما لم يقل ذلك احتمل أن يكون العدد لبيان أدنى مرتبة ما يكون فيه النساء كالرجال، فإذا زدن عليه كان حكمهن حكم العدد المذكور كما في عدد أيام أدنى مدة السفر والحيض قوله: (فالرجل يبقى ببقائه) أقول: الضمير في قوله ببقائه راجع إلى الرجل.

قال: (وإن شهد شاهدان على امرأة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما، وكذلك إذا شهدا بأقل من مهر مثلها) لأن منافع البضع غير متقومة عند الإلتلاف لأن التضمين يستدعي المماثلة على ما عرف، وإنما

في نفسه كالأعيان المالية لأنه لا يرد الملك على رقبته والمنافع لا تتقزم فلا تضمن لأن التضمين يستدعي المماثلة بالنص ولا مماثلة بين الأعيان التي تحرز وتمول والأعراض التي تتصرم ولا تبقى. وفرع في النهاية على الأصل المذكور خلافة أخرى، هي ما إذا شهدوا بالطلاق الثلاث ثم رجعوا بعد القضاء بالفرقة لم يضمنوا عندنا، وكذا إذا قتل رجل امرأة رجل لا يضمن القاتل لزوجه شيئاً، وكذا إذا ارتدت المرأة لا شيء عليها لزوجه. وعنده عليها وعلى القاتل للزوج مهر المثل. وأورد على قولنا نقضاً أنهم أوجبوا الضمان بإتلاف منافع البضع حقيقة فيما إذا أكره مجنون امرأة فزنى بها يجب في ماله مهر المثل فكذا يجب في الإلتلاف الحكمي. وأجاب نقلاً عن الذخيرة بأنه في الإلتلاف الحقيقي بالشرع على خلاف القياس، والحكمي دونه فلا يكون الوارد فيه وارداً في الحكمي، ونظيره ما في شرح الطحاوي: لو ادعى أنه استأجر الدار من هذا شهراً بعشرة وأجرة مثلها مائة والمؤجر ينكر فشهدا بذلك ثم رجعا لا ضمان عليهما لأنهما أتلفا المنفعة وملتف المنفعة لا ضمان عليه قوله: (وكذا لا ضمان عليهما إذا شهدا على رجل يتزوج امرأة بمهر مثلها) بأن ادعت امرأة عليه بذلك فشهدا ثم رجعا لا يفسخ النكاح على كل حال بعد ما قضى به، ولا يضمنان ما أتلفا عليه من مهر المثل لأنهما عوضا ملك البضع وهو متقزم حين ورود العقد عليه، والإلتلاف بعوض كلا إلتلاف، وإنما كان كذلك لأن مبنى الضمان على المماثلة كما ذكرنا، ولا مماثلة بين الإلتلاف بعوض وهو الثابت في حق الزوج، والإلتلاف بلا عوض هو الذي يحكم به على الشاهدين (وإن شهدا بأكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة) على مهر المثل (لأنهما أتلفاها بلا عوض) وهي من الأعيان التي تقع المماثلة بالتضمين فيها قوله: (وإن شهدا ببيع شيء بمثل أو أكثر) بأن ادعى مدع فشهدا له به (ثم رجعا لم يضمنا لأنه ليس بإتلاف معنى نظراً إلى العوض، وإن شهدا به (بأقل من القيمة) ثم رجعا (ضمننا نقصان القيمة لأنهما أتلفا هذا القدر) عليه (بلا عوض) هذا إذا شهدا بالبيع ولم يشهدا بنقد الثمن، فلو شهدا به وبنقد الثمن ثم رجعا، فإما ينظماهما في شهادة واحدة بأن شهدا أنه باعه هذا بألف وأوفاه الثمن أو في شهادتين بأن شهدا بالبيع فقط ثم شهدا بأن المشتري أوفاه الثمن، ففي الأول يقضى عليهما بقيمة البيع لا بالثمن، وفي الثاني يقضى عليهما بالثمن للبائع. وجه الفرق أن في الأول المقضى به البيع دون الثمن لأنه لا يمكن القضاء بإيجاب الثمن لاقتترانه بما يوجب سقوطه وهو القضاء

يقال لو لم تكن المنافع متقومة لكأن بالتملك كذلك لأن الخارج هو عين الداخل في الملك، فمن ضرورة التقزم في إحدى الحالتين تقزمها في الأخرى لكنها متقومة عند الدخول بالاتفاق. وجه ذلك أنها إنما تضمن وتتقزم بالتملك إبانة الخطر المحل لأنه محل خطر لحصول النسل به، وهذا المعنى ليس بموجود في حالة الإزالة، ألا ترى أنه مشروط عند التملك بما ليس بمشروط به عند الإزالة كالشهود والولي، وموضعه أصول الفقه وقد ذكرنا ذلك في التقرير مستوفى بعون الله وتأييده. وكذلك إن شهدا على زوج بتزوج امرأة بمقدار مهر مثلها لأنه إلتلاف بعوض لما ذكرنا أن البضع متقزم حال الدخول في الملك والإلتلاف بعوض كلا إلتلاف، كما لو شهدا بشراء شيء بمثل قيمته ثم رجعا لا يضمنان قوله: (وهذا لأن مبنى الضمان) معناه أن الإلتلاف بغير عوض مضمون بالنص والإلتلاف بعوض ليس في معناه لعدم المماثلة بينهما فلا يلتحق به بطريق الدلالة (وإن شهدا بأكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة لأنهما أتلفاها من غير عوض) وهو يوجب الضمان. قال: (وإن شهدا ببيع شيء بمثل القيمة الخ) شهدا بأنه باع عبده بألف درهم ثم رجعا، فإن كان الألف قيمته أو أكثر لم يضمن شيئاً لما مر أن

قوله: (لأن التضمين يقتضي المماثلة بالنص) أقول: قال الله تعالى: ﴿فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ قوله: (وجه ذلك الخ) أقول: ناظر إلى ما تقدم بسطرين وهو قوله جواب عما يقال الخ قوله: (إبانة لخطر المحل) أقول: حتى يكون مصوناً عن الابتذال ولا يملك مجاناً، فإن ما يملك المرء مجاناً لا يعظم خطره عنده. ثم لا يخفى عليك أن ذلك ليس بموجود في الإلتلاف، فلأجل هذا كان متقوماً على المالك دون المتلف قوله: (لأنه محل خطر) أقول: يعني من النفوس.

تضمن وتقوم بالتملك لأنها تصير متقومة ضرورة الملك إبانة لخطر المحل (وكذا إذا شهدا على رجل يتزوج امرأة بمقدار مهر مثلها) لأنه إلتلاف بعوض لما أن البضع متقوم حال الدخول في الملك والإلتلاف بعوض كلا إلتلاف، وهذا لأن مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين الإلتلاف بعوض وبينه بغير عوض (وإن شهدا بأكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة) لأنهما أتلفاها من غير عوض.

بالإيفاء، ولهذا قلنا: لو شهد اثنان على رجل أنه باع من هذا عبده أو أقاله بشهادة واحدة لا يقضى بالبيع لأنه قارن القضاء به ما يوجب انفساخه وهو القضاء بالإقالة، فكذا هذا، وإذا كان المقضى به البيع فقط وزال المبيع بلا عوض فيضمنان القيمة، بخلاف ما إذا كان شاهدين فإن الثمن يصير مقضياً به لأن القضاء بالثمن لا يقارنه ما يسقطه لأنهما لم يشهدا بالإيفاء بل شهدا به بعد ذلك، وإذا صار الثمن مقضياً به ضمنا برجوعهما. ثم قال المصنف (ولا فرق بين كون البيع باتاً أو فيه خيار البائع لأن السبب) يعني البيع (هو السابق) حتى استحق المشتري المبيع بزوائده وقد أزالاه بشهادتهما فيضاف الحكم إليه عند سقوط الخيار إليه (فانضاف التلّف إلى الشهود) وهذا جواب عن سؤال ذكره في المبسوط حاصله: ينبغي أن لا ضمان عليهما إنما أثبتا البيع بشرط الخيار للبائع، وبه لا يزول ملكه عن المبيع وإنما يزول إذا لم يفسخ حتى مضت المدة، وإذا لم يفسخ حتى مضت المدة كان مختاراً في إزالة ملكه عنه إلى غيره فلا يجب الضمان. والجواب أن سبب التلّف العقد السابق وثبوت به شهادتهما فيضاف إليهم. غاية الأمر أنه سكت إلى أن مضت المدة وهو لا يستلزم رضاه لجواز كونه لتحرزه عن أن يضاف إليه الكذب لأنه قد أنكر العقد، فإذا فسخ كان معترفاً بصدوره فيظهر للناس تناقضه وكذبه، والعاقِل يحترز عن مثله، وكذا لو شهدا بالعقد على أن فيه خيار المشتري ومضت المدة ولم يفسخ وفي قيمة المبيع نقصان عن الثمن الذي شهدا به ضمنا، ولو أن المشهود عليه بالشراء أجازه في المدة سقط الضمان عنهما لأنه أتلّف ماله باختياره، كما لو أجازه البائع في شهادتهما بالخيار له بضمن ناقص عن القيمة حيث يسقط أيضاً قوله: (وإن شهدا أنه طلق امرأته قبل الدخول فقضى بالفرقة ثم رجعا ضمناً نصف المهر) هذا إذا كان في العقد مهر مسمى، فإن لم يكن ضمناً المتعة لأنها الواجبة فيه، وذلك (لأنهما أكدا ما كان على شرف السقوط) وعلى المؤكد ما على الموجب. أما كونه على شرف السقوط فإن المهر بحيث لو ارتدت الزوجة والعياذ بالله تعالى أو طاعت ابن زوجها يسقط المهر أصلاً. وأما أن على المؤكد ما على الموجب فممسالتين: هما ما إذا أخذ محرم صيد الحرم فقتله في يده آخر يجب الجزاء على الآخذ ورجع به على القاتل لأنه أكد ما كان بحيث يسقط بأن يتوب فيطلقه، وما إذا أكره رجل آخر على الطلاق قبل الدخول وجب على الزوج نصف المهر ورجع به على المكره، وكذلك بارتدادها ونحوه (ولأن الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فتوجب

الإلتلاف بعوض كلا إلتلاف، وإن كان قيمته ألفين ضمناً للبائع ألفاً لأنهما أتلفا هذا الجزء الذي هو في مقابلة الألف من قيمته بلا عوض. ولا فرق بين أن يكون البيع باتاً أو فيه خيار البائع بأن شهدا بأقل من القيمة كالصورة المذكورة وبأن البائع بالخيار ثلاثة أيام فقضى القاضي بذلك ومضت المدة وتقرر البيع ثم رجعا فإنهما يضمنان فضل ما بين القيمة والضمن لإتلافهما الزائد بغير عوض، لأن البيع بالخيار وإن كان غير مزيل للملك والبائع كان متمكناً من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع في المدة فحيث لم يفعل كان راضياً به والرضا يسقط الضمان لكن حكمه مضاف إلى السبب السابق وهو البيع المشهود به، ولهذا استحق المشتري بزوائده، والبائع لما كان منكرراً لأصل البيع لم يمكنه أن يتصرف بحكم الخيار، إذ العاقِل يتحرز عن الانتساب إلى الكذب حسب طاقته، فلو أوجبا البيع في المدة لم يضمن شيئاً لأنه أزال ملكه باختياره فلم يتحقق الإلتلاف (وإن

قوله: (معناه أن الإلتلاف بغير عوض النسخ) أقول: أنت خبير بأن ما أفاده الشرح بينه وبين المشروح ما بين الضب والنون من المناسبة، فإن معنى كلامه أنا لو ضمنا الشاهدين في الصورة المذكورة كان إلتافاً لما لهما بغير عوض وهما أتلفا مال الزوج بعوض هو البضع فضوت المماثلة التي هي مبنى الضمان فليتأمل، فإنه لو كان المراد ما ذكره لقال المصنف لأن مبنى الإلحاق المماثلة قوله: (ثم رجعا ضمنا الزيادة لأنهما أتلفاها) أقول: الضمير في قوله أتلفاها راجع إلى الزيادة.

قال: (وإن شهدا ببيع شيء بمثل القيمة أو أكثر ثم رجعا لم يضمنا) لأنه ليس بإتلاف معنى. نظراً إلى العوض (وإن كان بأقل من القيمة ضمننا النقصان) لأنهما أتلفا هذا الجزء بلا عوض. ولا فرق بين أن يكون البيع باتاً أو فيه خيار البائع، لأن السبب هو البيع السابق فيضاف الحكم عند سقوط الخيار إليه فيضاف التلف إليهم. (وإن شهدا

سقوط كل المهر كما مر في النكاح) أي من باب المهر أن بالطلاق قبل الدخول يعود المعقود عليه إليها كما كان سالماً فلا يجب بمقابلته شيء (ثم يجب نصف المهر ابتداء) فقد أوجبا بشهادتهما عليه مالا فيجب ضمانه عليهما، وإنما قال في معنى الفسخ ولم يقل فسخ لأنه ليس حقيقة الفسخ وإلا لم ينقص من عدد الطلاق شيء، وإنما هو في معناه بسبب عود المعقود عليه إليها سالماً، ولم يذكر المصنف ما لو شهدا بالطلاق بعد الدخول مع أنه مذكور في القدوري والبداية. وحكمه أن لا يجب ضمان لأن البضع لا تقوم له حال الخروج، وما دفع من المهر قد اعتاض عنه منافع البضع فلم يتلفا عليه مالا بلا عوض. وفي التحفة: لم يضمنا إلا ما زاد على مهر المثل لأن بقدر مهر المثل إتلاف بعوض وهو منافع البضع التي استوفاهما. ثم المعروف أن الشاهدين لا يضمنان سوى نصف المهر من غير ذكر خلاف. وخرج بعضهم أن ذلك قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. أما على قول محمد فيضمنان للمرأة ما زاد على نصف المهر إلى تمامه لأنهما برجوعهما زعما أن الزوج لم يطلقها وإنما وقع بالقضاء به. فعند أبي حنيفة رحمه الله وقوعه بالقضاء كإيقاع الزوج وإيقاع الزوج ليس لها إلا النصف. وعند محمد رحمه الله القضاء به ليس إيقاعاً منه فيبقى حقها ثابتاً في كل المهر وفواته بشهادتهما فقد أتلفاه انتهى. والوجه عدمه لأن القضاء بالوقوع إنما هو عنه تكديماً له في إنكاره الطلاق. على أن نقل هذا الخلاف غريب ليس في الكتب المشهورة فلا يعول عليه قوله: (وإن شهدا أنه أعتق عبده) ففُضِيَ بالعتق (ثم رجعا ضمنا قيمته لأنهما أتلفا عليه) مالا متقوماً (بلا عوض) فيضمنان سواء كانا موسرين أو معسرين لأنه ضمان إتلاف وهو لا يتقيد باليسار (والولاء للمولى لأن العتق من جهته) وهو وإن كان منكراً للعتق مكذباً شرعاً، وإنما لا يتحول للشاهدين بضمنانها لأن العتق لا يقبل الانتقال ولا يكون الولاء عوضاً نافياً للضمنان لأنه ليس بمال بل هو كالنسب سبب يورث به. ولو كانا شهدا بتدبير العبد وقضى به كان

شهدا على رجل بأنه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر لأنهما أكدا ما كان على شرف السقوط) بالارتداد أو مطاوعة ابن الزوج، وعلى المؤكد ما على الموجب لشبهه به، ألا ترى أن المحرم إذا أخذ صيداً فذبحه شخص في يده فإنه يجب الجزاء على المحرم ويرجع به على القاتل لأنه أكد ما كان على شرف السقوط بالتخلية، ولأن الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ لعود المعقود عليه وهو البضع إلى المرأة كما كان، والفسخ يوجب سقوط جميع المهر لأنه يجعل العقد كأن لم يكن، فكان وجوب نصف المهر على الزوج ابتداء بطريق المتعة بسبب شهادتهما فيجب الضمان بالرجوع، وإنما قال في معنى الفسخ لأن النكاح بعد الزوم لا يقبل الفسخ، لكن لما عاد كل المبدل إلى ملكها من غير تصرف فيه أشبه الفسخ (وإن شهدا

قوله: (أو فيه خيار البائع بأن شهد الخ) أقول: قوله بأن شهدا ناظر إلى قوله أو فيه خيار البائع فتأمل قال المصنف: (وإن كان بأقل من القيمة ضمنا الخ) أقول: قال ابن الهمام: هذا إذا شهدا بالبيع ولم يشهدا بنقد الثمن، فلو شهدا به ونقد الثمن ثم رجعا؛ فإما أن ينظماهما في شهادة واحدة بأن يشهدا أنه باعه هذا بألف وأوفاه الثمن، أو في شهادتين بأن شهدا بالبيع فقط ثم شهدا بأن المشتري أوفاه الثمن، ففي الأول يقضي عليهما بقيمة المبيع لا بالثمن، وفي الثاني يقضي عليهما بالثمن للبائع. ووجه الفرق أن في الأول المقضى به البيع دون الثمن لأنه لا يمكن القضاء بإيجاب الثمن لاقتراحه بما يوجب سقوطه وهو القضاء بالإفءاء، ولهذا قلنا: لو شهد اثنان على رجل أنه باع من هذا عبده وأقاله بشهادة واحدة فلا يقضي بالبيع لأنه قارن القضاء به ما يوجب انفساخه وهو القضاء بالإقالة فكذا هذا، وإذا كان المقضى به البيع فقط وزال المبيع بلا عوض فيضمنان القيمة، بخلاف ما إذا كان بشهادتين فإن الثمن يصير مقضياً به لأن القضاء بالثمن لا يقارنه ما يسقطه لأنهما لم يشهدا بالإفءاء بل شهدا به بعد ذلك، وإذا صار الثمن مقضياً به ضمنا برجوعهما انتهى فيه نظر قوله: (إذ العاقل يتحوز عن الانتساب إلى الكذب) أقول: فيه أن حكم القاضي ينفذ ظاهراً وباطناً في أمثاله عند أبي حنيفة، فلو فسخ البيع في المدة لم ينسب إلى الكذب أصلاً عنده بل عند الإمامين أيضاً، إذ يجعل الفسخ مبنياً على حكم القاضي بالبيع والخيار فليتأمل قوله: (فلو أوجب البيع في المدة) أقول: أي في مدة الخيار.

على رجل أنه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر) لأنهما أكدا ضمناً على شرف السقوط، ألا ترى أنها لو طاعت ابن الزوج أو ارتدت سقط المهر أصلاً ولأن الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فيوجب سقوط جميع المهر كما مر في النكاح، ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة فكان واجباً بشهادتهما.

عليهما ضمان ما بين قيمته مدبر وغير مدبر وقد سلف في كتاب العتق قدر نقصان التدبير. وإن مات المولى بعد رجوعهما فتعق من ثلث تركته كان عليهما بقية قيمته عبداً لورثته، لو شهدا بالكتابة ضمنا تمام قيمته. والفرق أنهما بالكتابة حالاً بين المولى وبين مالية العبد بشهادتهما فكانا غاصبين فيضمنان قيمته بخلاف التدبير فإنه لا يحول بين المولى وبين مدبره بل ينقص ماليته، ثم إذا ضمنا تبعاً المكاتب على نجومه لأنهما قاما مقام المولى حين ضمنا قيمته، ولا يعتق المكاتب حتى يؤدي إليهما الجميع كما كان كذلك مع المولى، وولأوله للذي شهدا عليه بالكتابة، وإن عجز فزد في الرق كان لمولاه لأن رقبته لم تصر مملوكة للشاهدين بالضمن لأن المكاتب لا يقبل النقل من ملك إلى مالك ويرد المولى ما أخذ منهما لزوال حيلولتهما برده في الرق، فهو كغاصب المدبر إذا ضمن قيمته بعد إياقه ثم رجع يكون مردوداً على المولى على الغاصب ما أخذه منه. ولو كانا شهدا على إقراره بأن هذه الأمة ولدت منه فقتل بذلك ثم رجعا ضمنا للمولى نقصان قيمتها وذلك بأن تقوم أمة وأم ولد لو جاز بيعها مع الأمومة فيضمنان ما بين ذلك، فإن مات المولى بعد ذلك فتعق كان عليهما بقية قيمتها أمة للورثة وإن هما نصا في شهادتهما على إقراره في ابن في يده أنه منه بأن شهدا أنه أقر أنها ولدت منه هذا الولد كان عليهما مع ما ذكرنا للمولى قيمة الولد، فإن قبضهما ثم مات فورثه هذا الابن كان عليه أن يرد على الشاهدين مما ورث مثل ما كان الميت أخذه منهما من قيمته وقيمة أمه لأنه يقول الميت أخذه بغير حق وأنه دين في تركته لهما. والذي عندي أنه ينبغي أن يضمن للورثة مقدار ما ورث الابن لأنهما أتلغا، عليهم بشهادتهما قوله: (وإذا شهدا بقصاص ثم رجعا بعد القتل ضمنا الدية ولا يقتص منهما) وهو مذهب مالك خلافاً لأشهب والدية على عاقلة الشهود. ومذهب أحمد إن قالوا أخطأنا ضمنا الدية في مالهما، وإن قالوا تعمدنا اقتص منهما وقال الشافعي رحمه الله: (يقتص لوجود القتل) منهما (تسبباً فأشبه) الشاهد قوله: (المكره) فإنه تسبب بشهادته في قتل الولي، كما أن المكره تسبب بإكراهه في قتل المكره فيقتل كما

أنه أعتق عبده) فقتل بذلك (ثم رجعا ضمنا قيمته لأنهما أتلغا مالية العبد عليه من غير بدل) وذلك يوجب الضمان والولاء للمعتق لأن العتق لا يتحول إليهما بالضمنان، فكذلك الولاء لأنه تابع له. قيل ينبغي أن لا يكون الولاء للمولى لأنه ينكر العتق. وأجيب بأنه مكذب في ذلك شرعاً بقضاء القاضي بالحجة. وقيل لما ثبت الولاء ثبت العوض فانقضى الضمان. وأجيب بأنه لا يصلح عوضاً لأنه ليس بمال متقوم، ثم لا يختلف الضمان باليسار والإعسار لكونه ضمان إلتلاف وإنه لا يختلف بذلك. قال: (وإذا شهدا بقصاص ثم رجعا الخ) إذا شهدا على رجل بالقصاص فاقتص منه ثم رجعا ضمنا الدية في مالهما (ولا يقتص منهما). وقال الشافعي: يقتص منهما لوجود القتل تسبباً فأشبه المكره) أي فأشبه المسبب هاهنا وهو الشاهد المكره إن كان اسم فاعل، أو فأشبه العاقل المكره لأنه كالمملج بشهادتهما، حتى لو لم ير الوجوب كفر إن كان اسم مفعول. وقيل أشبه الولي المكره وهو ليس بشيء لأنه ليس بمملجاً إلى القتل. وقوله (بل أولى) أي التسبب هاهنا أولى من

قوله: (لأنهما أكدا ما كان على شرف السقوط) أقول: يعني أكدا المهر الذي كان على شرف السقوط. قال الزيلعي: وينقض هذا بمسألتين ذكرهما في التحرير: إحداهما امرأة لها على رجل ألف درهم مؤجلة فشهد الشهود أنها حالة فأخذت الألف منه فارتدت ولحقت بدار الحرب وسببت ثم رجع الشهود عن شهادتهم لا يضمنون، وهذا الدين كان على شرف السقوط لأنه لو كان مؤجلاً على حالة يسقط بارتدادها. والثانية لو أن رجلاً قتل امرأة قبل أن يدخل بها زوجها حتى لزمه جميع المهر لا يرجع على القاتل وإن وجدا التأكيد منه، إذ لو لا قتله كان احتمال السقوط ثابتاً، ولكن نقول: القتل منه للنكاح والشيء بانتهائه يتقرر، والدين المؤجل ثابت في الحال، وإنما تأخرت المطالبة، ولهذا لو مات من عليه الدين يحل ولو لم يؤكد بشهادتهما شيئاً إذ تحصيل الحاصل محال. أو يقال: لا نسلم بأن دينها يسقط بل يكون لورثتها وتقضي بها ديونها فلا يسقط فبطل الانتقاض من الأصل انتهى قوله، ولكن نقول القتل منه للنكاح الخ محل بحث.

قال: (وإن شهد أنه اعتق عبده ثم رجعا ضمنا قيمته) لأنهما أتلفا مالية العبد عليه من غير عوض والولاء للمعتق لأن العتق لا يتحول إليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولاء (وإن شهدوا بقصاص ثم رجعوا بعد القتل ضمنوا

يقتل المكره (بل هو أولى منه لأن ولي القصاص) بعد الشهادة (يعان) على قتل المشهود عليه ولا ينكر عليه أحد (والمكره) لا يعان على القتل بإكراهه بل (يمنع) وينكر عليه للعلم بأنه محظور عليه (ولنا أن القتل) من الشاهد (لم يوجد) تسبباً (لأن التسبب ما يفضي إليه) أي إلى ما تسبب فيه (غالباً) والشهادة لا تفضي إلى قتل الولي على وجه الغلبة، وإن أفضت إلى القضاء، بل كثيراً ما يقع ثم تقف الناس في الصلح على قدر الدية بل على قدر بعضها فلم تقض غالباً إليه بل قد وقد، فمن الناس من يغلب عليه طلب التشفي، ومنهم من يغلب عليه العفو بمال يرى أنه جمع بين ما هو الأحب للشارع وحصول ما ينتفع به فهو جمع بين دنيا وأخرى، ولا شك أن هذا بالنظر إلى مجرد ذاته ومفهومه يقتضي كثرة وجوده بالنسبة إلى القتل فكيف إذا علم كثرة وقوعه، وإذا انتفى التسبب من الشاهد حقيقة انتفى قتله (بخلاف المكره) يعني فحالف الولي المكره (لأن) الغالب أن (الإنسان يؤثر حياته) على حياة غيره فكان المكره بإكراهه مسبباً حقيقة حيث ثبت بفعله ما هو المفضي للقتل بسبب الإيثار الطبيعي، ولا يصح قياس الشاهد عليه لانتفاء الجامع وهو إثبات ما يفضي غالباً إلى الفعل. ووجه آخر وهو (أن الفعل الاختياري) ذي الاختيار الصحيح: أعني قتل الولي المعارض بعد الشهادة (مما يقطع نسبة الفعل). إلى الشاهد كما عرف فيمن فك إنسان قيده فأبق باختياره وأمثاله، كمن دفع إنساناً في بئر حفرها غيره تعدياً فإنه بدفعه الاختياري انقطعت نسبة التلف إلى الحافر فلا وجود للمسبب مع المباشر مختاراً، بخلاف المكره فإنه وإن اعترض فعله الاختياري عن الإكراه لكن اختياره اختيار فاسد للإكراه عليه فكان كلا اختيار، ولذا لا يصح مع اختياره هذ البيع ولا إجازته ونحوها فلم يصلح لقطع نسبة الفعل عن المكره فاعتبر المكره كآلة للمكره قتل بها ذلك القتل، على أنه لو لم يقطع الاختيار الصحيح النسبة إلى الشاهد فلا أقل من أن يوجب شبهة في إيجاب القصاص عليه والقصاص يندري بالشبهات (بخلاف المال فإنه يثبت مع الشبهة) وقوله فأشبهه المكره بكسر الراء، وقوله والمكره يمنع بفتحها، والمراد بالمختلف مختلف الرواية للفقهاء أبي الليث. وفي شرح الجامع الكبير للعتابي: إذا شهدوا على رجل أنه قتل فلاناً خطأ أو عمداً قضى بذلك

الإكراه لأن التسبب موجب من حيث الإفضاء والإفضاء هاهنا أكثر لأن المكره يمنع عن القتل ولا يعان عليه، والولي يعان على الاستيفاء فكان هذا أكثر إفضاء، ومع ذلك يقتض من المكره للتسبب فمن الشاهد أولى (ولنا أن القتل مباشرة لم يوجد) وهو ظاهر، وهو مستغنى عنه هاهنا لأنه لم يختلف فيه أحد، وليس له تعلق بما نحن فيه إلا أن يكون إيماء إلى أن المباشر للقتل وهو الولي لما لم يلزمه القصاص فكيف يلزم وهو تكلف بعيد، وكذا تسبباً لأن التسبب إلى الشيء هو ما يفضي إليه غالباً، وما نحن فيه ليس كذلك لأن العفو مندوب إليه، قال الله تعالى: ﴿وَأَنْ تَعْفُو أَقْرَبَ لِلتَّقْوَى﴾ بخلاف المكره فإن الإكراه يفضي إلى القتل غالباً، لأن المكره يؤثر حياته ظاهراً. ولقائل أن يقول: ظهر إيثار حياته إما أن يكون شرعاً أو طبعاً، والأول ممنوع لأن المسلم مندوب إلى الصبر على القتل فصار كالعفو عن القصاص، والثاني مسلم ولكن معارض بطبع ولي المقتول فإنه يؤثر التشفي بالقصاص ظاهراً ولهذا تنزل فقال: (ولأن الفعل الاختياري) يعني سلمنا أن ثمة تسبباً، ولكن الفعل الاختياري يقطع نسبة ذلك الفعل إلى غيره، والفعل هاهنا وهو القتل وجد من الولي باختياره الصحيح فقطع نسبته إلى الشهود. سلمنا أنه لا يقطع نسبته إلى الشهود لكن لا أقل من أن يورث شبهة يندري بها القصاص. فإن قيل: لو أوردت شبهة لا تدفع الدية أيضاً لأنه بدل القصاص. أجاب بقوله (بخلاف المال لأنه يثبت بالشبهات) فلا يلزم من سقوط ما سقط بالشبهات سقوط ما ثبت بها، وقد تضمن هذا الدليل الجواب عن صورة الإكراه فإنه لم يتحلل هناك من المباشرة فعل اختياري يقطع النسبة عن المكره لأن

قال المصنف: (لأنهما أتلفا مالية العبد عليه من غير عوض) أقول: والولاء لا يصلح عوضاً لأنه ليس بمال متقوم بل هو كالنسب بالحديث المشهور.

الدية ولا يقتص منهم) وقال الشافعي رحمه الله: يقتص منهم لوجود القتل منهم تسبيحاً فأشبه المكره بل أولى، لأن الولي يعان والمكره يمنع. ولنا أن القتل مباشرة لم يوجد، وكذا تسبيحاً لأن التسبيح ما يفضي إليه غالباً، وهانئ لا يفضي لأن العفو مندوب، بخلاف المكره لأنه يؤثر حياته ظاهراً، ولأن الفعل الاختياري مما يقطع النسبة، ثم لا أقل من الشبهة وهي دائرة للقصاص، بخلاف المال لأنه يثبت مع الشبهات والباقي يعرف في المختلف.

قال: (وإذا رجع شهود الفرع ضمنوا) لأن الشهادة في مجلس القضاء صدرت منهم فكان التلف مضافاً إليهم (ولو رجع شهود الأصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم) لأنهم أنكروا السبب وهو الإشهاد فلا يبطل القضاء لأنه خبر محتمل فصار كرجوع الشاهد، بخلاف ما قبل القضاء (وإن قالوا أشهدناهم وغلطنا ضمنوا وهذا عند محمد رحمه الله. وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لا ضمان عليهم) لأن القضاء وقع

وأخذ الولي الدية في الخطأ وقتل القاتل في العمد ثم جاء المشهود بقتله حياً، فالعاقلة في الخطأ إن شاءوا رجعوا على الآخذ لأنه أخذ بغير حق ولا يرجع هو على أحد، وإن شاءوا ضمنوا الشهود لأنهم تسبوا للتلف بغير حق وهم يرجعون على الولي لأنهم ملكوا المضمون وهو الدية بأداء الضمان فتبين أن الولي أخذ ماله. وفي العمد لا يجب القصاص على الولي ولا على الشهود، لأن القضاء أورث شبهة لكنه تجب الدية ويخير ورثة المقتول بين أن يضمنوا الولي الدية ولا يرجع هو على أحد، وبين أن يضمنوا الشاهدين، وهما لا يرجعان عند أبي حنيفة رحمه الله لأنهم لم يملكوا المضمون وهو الدم لأنه لا يقبل التملك لأنه ليس مالاً، وعندهما يرجعون بما ضمنوا لأن أداء الضمان

اختياره فاسد واختيار المكره صحيح، والفاقد في مقابلة الصحيح في حكم العدم فجعل المكره كآلة والفعل الموجود منه كالموجود من المكره وموضعه أصول الفقه، وإن رجع أحدهما فعليه نصف الدية، فإن رجع الولي معها أو جاء المشهود بقتله حياً فلولي المقتول الخيار بين تضمين الشاهدين وتضمين القاتل لأن القاتل متلف حقيقة والشاهدين حكماً، والإتلاف الحكمي في حكم الضمان كالحقيقي، فإن ضمن الولي لم يرجع على الشاهدين بشيء لأنه ضمن بفعله باشره لنفسه باختياره، وإن ضمن الشاهدين لم يرجع على الولي في قول أبي حنيفة خلافاً لهما. قال: كانا عاملين للولي فبرجعا عليه، وقال: ضمنا لإتلاف المشهود عليه حكماً، والمتلف لا يرجع بما يضمن بتسببه على غيره وتام ذلك بما فيه، وعليه يعرف في المختلف

قال المصنف: (وإذا شهدا إلى قوله ضمنا للدية) أقول: قال ابن الهمام: والدية على عاقلة الشهود انتهى. وفيه بحث لأن العاقلة لا تعقل اعترافاً قوله: (وقيل أشبه الولي المكره وهو ليس بشيء لأنه ليس بملجأ إلى القتل الخ) أقول: نعم إلا أنه كالمملجأ من حيث ظهور إشارته القصاص بالطبع تشفياً على ما سيعرف به، ومن تأمل كلام المصنف: أعني قوله لأن الولي يعان لا يتردد في أظهرية إرادة الولي من المكره على تقدير كونه اسم مفعول. ثم اعلم أن صاحب القيل السغناقي والكاكي قال المصنف: (ولنا أن القتل مباشرة لم يوجد وكذا تسبيحاً) أقول: أي تسبيحاً يوجب القصاص، إذ الكلام فيه لا مطلق التسبيح فإنه مما لا مجال لإنكاره. قال الإمام السغناقي: ذكر في الأسرار: ومن مشايخنا من قال في تحليل المسألة بأن الشهود مسببون، إلا أنه ضعيف لأن المذهب عنده أن المسبب والمباشر واحد؛ ألا يرى أنه يلزمه الكفارة، إلا أن حافر البئر بمنزلة القاتل بسوط صغير لأن الحفر لا يعد للقتل وضماً كالضرب بسوط صغير مرة أو مرتين، فاما الشهادة فطريق مسلك لأخذ ما ثبت بالشهادة فكان كالضرب بما يقصد به القتل. وفي الكافي في قوله في الهداية: ولنا أن القتل إلى قوله يؤثر حياته ظاهراً مشكلاً لأن الأمر على القلب، فالظاهر أن الولي يقدم على القتل لكونه مباحاً له وبه يدرك ثأره والظاهر أن المكره لا يقدم لأنه لا يباح له قتله، ويحتمل أن يرتدع المكره عنه أو يلحقه الغوث انتهى قال المصنف: (لأن السبب) أقول: الألف واللام بدل من المضاف إليه، والضمير في إليه راجع إليه غالباً وهو السبب الملجئ أو ما يجري مجراه قال المصنف: (ما يفضي إليه غالباً) أقول: منقوض بحافر البئر. والجواب أن المراد سبب القتل الذي يوجب القصاص ما يفضي إلى القتل غالباً فليتأمل، وإن شئت التفصيل فراجع إلى الكشف شرح البيهقي في مباحث السبب قوله: (ولفائل أن يقول، إلى قوله: بالقصاص ظاهراً) أقول: بين الظهورين فرق ظاهر، فإن إشارته الحياة مطبوع عليه الحيوان؛ ألا يرى أن المكره بالقتل يكون كمسلوب الاختيار، بخلاف إشارته التشفي فإنه ليس بتلك المثابة إذ يمنع عنه كثيراً إشارته العفو ابتغاء الثواب مع أنه مطبوع على حب الثناء في العاجل وإظهار السماحة والكرم أيضاً وذلك يدعو إلى العفو فليتأمل قوله: (ولهذا تنزل فقال ولأن الفعل الخ) أقول: أي ولكون هذا السؤال متوجهاً نزل المصنف قوله: (يعني سلمنا أن ثمة الخ) أقول: إذا كان كلام المصنف منعاً يكون اعتراض الشارح خارجاً عن الآداب.

بشهادة الفروع لأن القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهي شهادتهم. وله أن الفروع نقلوا شهادة الأصول فصار كأنهم حضروا (ولو رجع الأصول والفروع جميعاً يجب الضمان عندهما على الفروع لا غير) لأن القضاء وقع

انعقد سبباً للملك المضمون لكن لم يثبت الملك في المضمون لعدم قبوله فيثبت في بدله كمن غصب مديراً وغصبه آخر ومات في يده وضمن المالك الأول يرجع على الثاني بما ضمن لما قلنا كذا هذا قوله: (وإذا رجع شهود الفرع ضمنوا) وهذا بالاتفاق (لأن الشهادة) التي (في مجلس القضاء) وهي تلك بها القضاء (صدرت منهم فكان التلف مضافاً إليهم. ولو رجع شهود الأصل وقالوا لم نشهد الفرع على شهادتنا لم يضمنوا) ولم يذكر المصنف خلافاً.

وفي شرح القدوري لأبي نصر البغدادي قال: هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: يضمنون وهو رواية عن أبي حنيفة انتهى. وذكر أبو المعين في شرح الجامع الكبير فيما إذا شهد فرعان على شهادة شاهدين على رجل أنه قتل فلان بن فلان خطأ فحضر بالدية على عاقلته وقبضها الولي ثم جاء المشهود بقتله حياً لا يضمن الفروع لعدم رجوعهم وعدم ظهور كذبهم بيقين لجواز أن الأصلين أشهداهما غير أن الولي يرد على العاقل ما أخذ منها، ولو حضر الأصلان وقالوا لم نشهدهما لم يلتفت إلى إنكارهما ولا ضمان على الأصلين. أما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف فلائهما لو رجعا بأن قالوا أشهدناهما بباطل لا ضمان عليهما لأن شهادتهما وإشهادهما للفرعين كانا في غير مجلس القضاء فلا يكون سبباً للضمان كالرجوع في غير مجلس القضاء، فإذا لم يضمن بالرجوع فكذا إذا ظهر المشهود بقتله حياً. فأما عند محمد فيضمنان بالرجوع. ثم قال هنا: لا يضمنان: يعني قال محمد في إنكار الأصول الإشهاد لا يضمن الأصلان، ثم ذكر تردداً في أنه قاله على قول أبي حنيفة وأبي يوسف خاصة أو قاله اتفاقاً. وأما صاحب النهاية فصرح بأن عدم الضمان بالإجماع. قال المصنف في وجهه (لأنهم أنكروا) أي شهود الأصل (السبب وهو الإشهاد، وذلك لا يبطل القضاء لأنه خبر يحتمل) الصدق والكذب (فصار كرجوع الشاهد) يعني بعد القضاء لا ينقض به الشهادة لهذا (بخلاف ما) إذا أنكروا الإشهاد (قبل القضاء) لا يقضي بشهادة الفرعين كما إذا رجعوا قبله، هذا إذا قالوا لم نشهدهم (فإن قالوا أشهدناهم وغلطنا) أو أشهدناهم ورجعنا (ضمن الأصول) هكذا أطلق القدوري وحكم المصنف بأن الضمان قول محمد. أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله فلا ضمان على الأصول. لمحمد أن الفرعين نقلتا شهادتهما إلى المجلس ووقع القضاء بها كأنهما حضرا بأنفسهما وأديا فإذا رجعا ضمنا. وغاية الأمر أن تكون شهادتهما ليست في المجلس حقيقة لكنها فيه حكماً باعتبار أنها المنقولة فعملنا بالحقيقة عند عدم الرجوع وبالحكم عند الرجوع، ولا حاجة إلى اعتبار الفرعين نائبين عن الأصلين فيكون فعلهما كفعلهما ليرتفع، فإنه لو كان كذلك لعمل منع الأصلين إياهما عن الأداء بعد التحميل ولا يعمل، فلهما بل عليهما أن يؤديا

تصنيف الفقيه أبي الليث لا تصنيف علاء الدين العالم. قال: (وإذا رجع شهود الفرع ضمنوا بالاتفاق) لأن الشهادة في مجلس الحكم صدرت منهم فكان التلف مضافاً إليهم. ولو رجع الأصول، فإذا أن يقولوا لم نشهد الفروع على شهادتنا، أو يقولوا أشهدناهم غالطين أو رجعنا عن ذلك، فإن كان الأول فلا ضمان على الأصول بالإجماع لأنهم أنكروا سبب الإلتاف وهو الإشهاد على شهادتهما، ولا يبطل القضاء لأن إنكارهم خبر محتمل للصدق والكذب فصار كما لو شهد الأصول وقضى بشهادتهم ثم رجعوا، وإن كان الثاني فكذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقال محمد رحمه الله: ضمنوا (لهما) أن القضاء وقع بشهادة الفروع لأن القاضي يقضي بما يعاين من الحجة) وقد عاين شهادتهم، والموجود من الأصول شهادة في غير مجلس القضاء وهي ليست بحجة حتى تكون سبباً للإلتاف (وله أن الفرعين قاما مقام الأصلين في نقل شهادتهما إلى مجلس القاضي) والقضاء يحصل بشهادة الأصلين ولهذا يعتبر عدالتهما فصارا كأنهما حضرا بأنفسهما ثم رجعا، وفي ذلك يلزمهم الضمان فكذا هاتنا (ولو رجع الأصول والفروع جميعاً) فعندهما (يجب الضمان) على الفروع لا غير لما مر أن القضاء وقع بشهادتهم (وعند محمد المشهود عليه مخير) بين تضمين الأصول والفروع عملاً بالدليلين، وذلك (لأن القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكر) أبو حنيفة وأبو يوسف (وبشهادة الأصول من الوجه الذي ذكره محمد) والعمل بهما أولى من

بشهادتهم: وعند محمد رحمه الله المشهود عليه بالخيار، إن شاء ضمن الأصول وإن شاء ضمن الفروع؛ لأن القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكرا وبشهادة الأصول من الوجه الذي ذكر فيتخير بينهما، والجهتان متغايرتان فلا يجمع بينهما في التضمن (وإن قال شهود الفرع كذب شهود الأصل أو غلطوا في شهادتهم لم يلتفت إلى ذلك) لأن ما أمضى من القضاء لا ينتقض بقولهم، ولا يجب الضمان عليهم لأنهم ما رجعوا عن شهادتهم إنما شهدوا على غيرهم بالرجوع.

لو منعاهما بعد التحميل. ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن القضاء إنما وقع بشهادة الفروع لأنهم يشهدون بشهادة الأصول، فهو كما لو شهدوا بحق آخر إنما يقضى به بشهادتهم، وهذا لأن القاضي إنما يقضي بما عاين من الحجة وهو شهادتهما. وإذا ثبت أن القضاء ليس إلا بشهادتهما لم يضمن غيرهما، وقد أصر المصنف دليل محمد وعادته أن يكون المرجح عنده ما أخره قوله: (ولو رجع الأصول والفروع جميعاً يجب الضمان عندهما على الفروع) بناء على ما عرف لهما من (أن القضاء إنما وقع بشهادة الفروع) والضمان إنما يكون برجع من قضى بشهادته (وعند محمد المشهود عليه بالخيار، إن شاء ضمن الأصول، وإن شاء ضمن الفروع لأن القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكرا) وهو قولهما إن القضاء بما عاين القاضي من الحجة، وإنما عاين شهادة الفروع (ومن الوجه الذي ذكر) أي محمد رحمه الله وهو أن الفروع نقلوا شهادة الأصول، فalcضاء بالشهادة المنقولة وهي شهادة الأصول. وقوله: (والجهتان متغايرتان) جواب عما يقال لم لم يجمع بين الجهتين فيضمن كلا من الفريقين نصف المتلف؟ فقال هما متغايرتان لأن شهود الأصل يشهدون على أصل الحق وشهود الفرع يشهدون على شهادتهم. وقيل لأن إحداهما إشهاد والأخرى أداء للشهادة في مجلس القضاء، ولا مجانسة بين الشهادتين فلا تعتبر شهادة الفريقين بمنزلة شهادة واحدة بأمر واحد، فلهذا لم يجمع بين الفريقين في التضمن بل أثبت له الخيار في تضمين أي الفريقين شاء، ولا يرجع واحد من الفريقين إذا ضمن بما أدى على الفريق الآخر، بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب، فإنه إذا ضمن الغاصب يرجع على غاصبه لأن كلا من الفريقين مؤاخذ بفعله، فإذا ضمنه المشهود عليه لا يرجع به على الآخر بسبب أن المتلف نقل شهادة الأصول، إذ لولا إشهاد الأصول ما تمكن الفروع من النقل، ولولا نقل الفروع لم يثبت النقل فكان فعل كل من الأصول والفروع في حق المشهود عليه سبب الضمان. أما الفروع فبالنقل. وأما الأصول فبتحميلهم الفروع على النقل، إذ بتحميلهم لزمهم ذلك شرعاً حتى يأثموا لو تركوا النقل بخلاف الغاصب مع غاصبه قوله: (وإن رجع المزكون عن التزكية) بعد القضاء بالمال (ضمنوا) المال أطلقه القدوري. وذكر المصنف

إهمال أحدهما. فإن قيل: فلم لم يجمع بين الجهتين حتى يضمن كل فريق نصف المتلف. أجب بقوله: (والجهتان متغايرتان) لأن شهادة الأصول كانت على أصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الأصول، ولا مجانسة بينهما ليجعل الكل في حكم شهادة واحدة فلم يبق إلا أن يكون الضمان على كل فريق كالمنفرد عن غيره، وتأخير دليل محمد في المسألتين يدل على اختيار المصنف. قول محمد (وإن قال شهود الفرع كذب شهود الأصل أو غلطوا في شهادتهم لم يلتفت إلى قولهم) ولا يبطل به القضاء لأنه خبر محتمل ولا ضمان عليهم، لأنهم ما رجعوا عن شهادتهم إنما شهدوا على غيرهم بالرجوع وذلك لا يفيد شيئاً. قال: (وإن رجع المزكون عن التزكية ضمنوا الخ) إذا شهدوا بالزنا فزكوا فرجم المشهود عليه ثم ظهر الشهود عبيداً أو كفاراً، فإن ثبتوا على التزكية فلا ضمان عليهم لأنهم اعتمدوا على ما سمعوا من إسلامهم وحريتهم ولم يتبين كذبهم بما أخبروا من قول الناس إنهم أحرار مسلمون ولا على الشهود لأنه لم يتبين كذبهم ولم تقبل شهادتهم، إذ لا شهادة للعبيد والكفار على المسلمين والدية في بيت المال، وإن رجعوا عن تزكيتهم وقالوا تعمدنا ضمنوا عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما، لأن المزكين ما أثبتوا سبب الإلتاف لأنه الزنا وما تعرضوا له، وإنما أثبتوا على الشهود خيراً ولا ضمان على المشني على الشهود كشهود الإحصان. وله أن التزكية إعمال للشهادة، إذ القاضي لا يعمل بالشهادة إلا بالتزكية، وكل ما هو كذلك فهو

قوله: (والجهتان متغايرتان) أقول: المراد بالجهتين هو ما ذكره المصنف من وجهي محمد والإمامين.

قال: (وإن رجع المزكون عن التزكية ضمنوا) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالوا: لا يضمنون لأنهم أثنوا على الشهود خيراً فصاروا كشهود الإحصان. وله أن التزكية إعمال للشهادة، إذ القاضي لا يعمل بها إلا بالتزكية فصارت بمعنى علة العلة، بخلاف شهود الإحصان لأنه شرط محض (وإذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان بوجود

وغيره أن ذلك قول أبي حنيفة رحمه الله. وعندهما لا يضمنون لأن القضاء الذي به الإلتلاف لم يقع بالتزكية بل بالشهادة فلم يضاف التلف إليهم فلا يضمنون (وصاروا كشهود الإحصان) إذا رجعوا بعد الرجم لا يضمنون الدية باتفاقنا. ولأبي حنيفة رحمه الله أن التزكية علة إعمال الشهادة والشهادة علة التلف فصار التلف مضافاً إلى التزكية لأن الحكم يضاف إلى علة العلة كما يضاف إلى العلة بخلاف الإحصان لأنه ليس العلة في القتل بل العلة فيه الزنا، والإحصان ليس مثبِتاً للزنا فشهوده لا يشتون الزنا، فليس علة لعلة القتل ليجب الضمان بل هو شرط محض: أي عند وجوده فيكون الحد كذا، وتتمام المؤثر في الحد رجباً كان أو جلدأ ليس إلا الزنا، إلا أنه قد يقال من طرفهما إن الحكم لا يضاف إلى علة العلة إلا عند عدم العلة وعند وجودها لا يضاف إلا إليها. وهذا فرع ذكره في المبسوط: شهدوا بالزنا وزكوا وقال المزكون هم أحرار مسلمون فرجم ثم تبين أنهم عبيد أو كفار، فإن ثبت المزكون على أنهم أحرار مسلمون لا ضمان عليهم ولا على الشهود، أما الشهود فلأنه لم يتبين كذبهم في الشهادة، بل الواقع أن لا شهادة على المسلمين من عبيد أو كفار. وأما المزكون فلأنهم اعتمدوا قول الناس في ذلك، وليس إخبارهم القاضي بذلك شهادة، وأما لو رجعوا وقالوا تعمدنا الكذب فعليهم ضمان الدية عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما الدية في بيت المال في الوجهين لأن المزكين ما أثبتوا سبب الإلتلاف وهو الزنا، إنما أثنوا على الشهود خيراً. وأبو حنيفة يقول: جعلوا ما ليس بموجب: أعني الشهادة موجبة بالتزكية إلى آخره: يعني ما ذكرنا قوله: (وإذا شهد شاهدان باليمين) أي شهدوا بتعليق طلاق زوجته قبل الدخول بها بدخول الدار أو بتعليق عتق عبده به ثم شهد آخران بدخول الدار فقتضى بالطلاق والعتاق ثم رجع الفريقان (فالضمان) لنصف المهر وقيمة العبد (على شهود اليمين خاصة) واحترز بلفظ خاصة عن قول زفر فإنه يوجب الضمان على الفريقين بالسوية. قال: لأن التلف حصل بشهادتهم. قلنا: القضاء بالعتق والطلاق إنما هو بثبوت قوله أنت طالق وأنت حر فإنه العلة في الوقوع وهو الذي سماه المصنف السبب، وذلك إنما أثبتته شهود اليمين، بخلاف شهود الدخول لأن الدخول لم يوضع شرعاً علة

بمنزلة علة العلة من حيث التأثير، وعلة العلة كالعلة في إضافة الحكم إليها، وإنما قال بمعنى علة العلة لأن الشهادة ليست بعلة، وإنما هي سبب أضيف إليه الحكم لتعذر الإضافة إلى العلة، بخلاف شهود الإحصان فإنه شرط محض لأن الشهادة على الزنا بدون الإحصان موجبة للعقوبة، وشهود الإحصان ما جعلوا غير الموجب موجباً. قال: (وإذا شهد شاهدان باليمين النخ) إذا شهدا على رجل أنه قال لبعده إن دخلت هذه الدار فأنت حر أو قال ذلك لامرأته قبل الدخول بها وشهد آخران على دخولها ثم رجعوا جميعاً فالضمان على شهود اليمين خاصة، وقوله خاصة رد لقول لزفر رحمه الله، فإنه يقول: الضمان عليهم لأن المال تلف بشهادتهما. وقلنا: السبب هو اليمين لا محالة، والتلف يضاف إلى السبب دون الشرط المحض لأن السبب إذا صلح لإضافة الحكم إليه لا يصار إلى الشرط كحافر البئر مع الملقى فإن الضمان عليه دون الحافر قوله: (ألا ترى) توضيح للإضافة إلى السبب دون الشرط، فإن القاضي يسمع الشهادة باليمين ويحكم بها وإن لم يشهد بالدخول (ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه) ومال شمس الأئمة البرخسي إلى عدم وجوب الضمان على شهود الشرط، وفيما إذا كان اليمين ثابتة بإقرار المولى ووجع شهود الشرط ظن بعض المشايخ أنهم يضمنون لأن العلة لا تصلح لإضافة الحكم إليها هاهنا فإنها ليست بتعد فيضاف إلى الشرط خلفاً عن العلة وشبهة بحفر البئر. قيل وهو غلط، بل الصحيح من المذهب

قوله: (فإن ثبتوا على التزكية النخ) أقول: سبق هذا البحث في باب الشهادة على الزنا قوله: (أو قال ذلك لامرأته النخ) أقول: هاهنا نوع مسامحة، إذ يدل على أن يقول لامرأته إن دخلت الدار فأنت حرة، والمراد واضح.

الشرط ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين خاصة) لأنه هو السبب، والتلف يضاف إلى مثبت السبب دون الشرط المحض: ألا ترى أن القاضي يقضي بشهادة اليمين دون شهود الشرط، ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه. ومعنى المسألة يعين العتاق والطلاق قبل الدخول.

لطلاق ولا عتاق فلم يكن علة، وإذا ضمن الدافع مع وجود الحافر وهما مسببان غير أن الدافع مثبت لسبب أقرب من الحفر لأن العلة إنما هي الثقل فلأن يضمن مباشر العلة دون مباشر السبب أولى. ومن هذا إذا رجع شهود التخيير مع شهود اختيارها نفسها يضمن شهود الاختيار خاصة لأن الاختيار هو العلة والتخيير سبب، ولا يلزم على هذا إذا شهدا أنه تزوج فلانة وشهد آخران أنه دخل بها وقضى بكل المهر ثم رجعوا يجب الضمان على شهود الدخول وإن كان وجوب المهر بالتزويج لأن شهود الدخول أثبتوا أن الزوج استوفى عوض ما وجب عليه بالتزويج فخرجت شهادتهما من أن تكون إتلافاً، ثم مقتضى ما في وجه انفراد شهود اليمين بالضمان أن يجب على شهود الشرط لو رجعوا وحدهم بتسببهم بإثباتهم ما يثبت السبب عنده، بخلاف ما إذا رجع معهم شهود اليمين، وحكى المصنف فيه اختلاف المشايخ. قال العتابي قال أكثر المشايخ: يضمنون لأنهم تسببوا في التلف بغير حق، لأن له أثر في وجود العلة عنده فيكون سبباً للضمان عند عدم العلة، بخلاف الإحصان لأنه أثر في منع وجود العلة لأن الدخول في نكاح صحيح سبب الامتناع من الزنا لا سبب إتيانه فلا يلحق بالعلة. وجعل شمس الأئمة هذا عن بعض مشايخنا لمعنى ما ذكرنا من كلام العتابي، ثم قال: وهذا غلط، بل الصحيح من المذهب أن شهود الشرط لا يضمنون بحال نص عليه في الزيادات، لأن قوله أنت حر مباشرة الإتلاف، وعند وجود الشرط يضاف إليه لا إلى الشرط سواء كان تعدياً أو لا. بخلاف مسألة الحفر فالعلة هناك ثقل الماشي، وذلك ليس من مباشرة الإتلاف في شيء فلهذا يجعل الإتلاف مضافاً للشرط وهو إزالة المسكة. ثم لا يخفى عليك أن صورة رجوع شهود الشرط وحدهم إذا أقر بالتعليق فشهدا بوجود الشرط. وأما لو شهد اثنان عليه بالتعليق وآخران بوجود الشرط ثم رجع شهود الشرط وحدهم فلا ينبغي أن يختلف في عدم الضمان عليهم، والله أعلم.

أن شهود الشرط لا يضمنون بحال نص عليه في الزيادات لأن قوله أنت حر مباشرة لإتلاف المالية، وعند وجود مباشرة الإتلاف يضاف الحكم إلى العلة دون الشرط سواء كان بطريق التعدي أو لا، بخلاف مسألة الحفر فإن العلة هناك ثقل الماشي، وليس ذلك من مباشرة الإتلاف في شيء فلذلك جعل الإتلاف مضافاً إلى الشرط قوله: (ومعنى المسألة) يريد به صورة المسألة وقد قدمناها في صدر البحث، والله سبحانه وتعالى أعلم.

قوله: (كحافر البئر مع الملقى فإن الضمان النج) أقول: أنه سبب قريب والعلة الثقل، فإذا ضمن مثبت السبب القريب فيما إذا اجتمع السببان لقربه فلأن يضمن مباشر العلة دون مباشر السبب أولى قوله: (وإن لم يشهد بالدخول) أقول: فيه تأمل.