الجزء السادس

من شرح فتح القدير للعاجز الفقير تأليف الشيخ الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي المتوفى سنة ٨٦١ مع تكملته نتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار للمولى شمس الدين أحمد المعروف بقاضي زاده المتوفى سنة ٩٨٨ على الهداية شرح بداية المبتدى تأليف شيخ الاسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني المتوفى سنة ٥٩٣ في الفقه على مذهب الامام الاعظم أبي حنيفة رحمهم الله ونفعنا بهم آمين

وبهامشه شرح العناية على الهداية للامام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي المتوفى سنة ٧٨٦ وحاشية المولى المحقق سعد الله بن عيسى المفتي الشهير بسعدي چلبي وبسعدي أفندي المتوفى سنة ٩٤٥ على شرح العناية المذكور وعلى الهداية

﴿ تنبيه ﴾ قد جعلنا الهداية وفتح القدير في الصلب الاول في صدر الصحيفة ويليه الثاني مفصولا بينهما بجدول وكذلك جعلنا شرح العناية وحاشية سعدي چلبي الاول في صدر الهامش ويليه الثاني فليعلم

(محل مبيعه) مكتبة السيد محمد عبد الواحد بك الطوبي وأخيه بجوار المسجد الحسيني بمصر

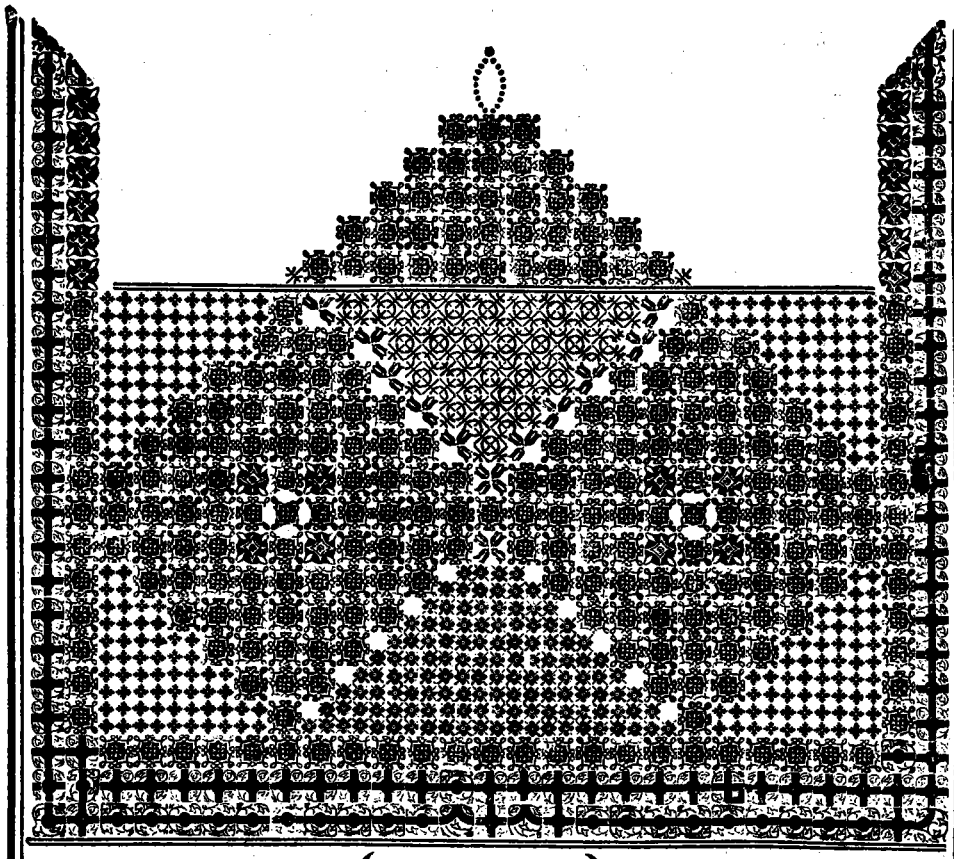
﴿ الطبعة الأولى ﴾

بالمطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر المحمية

سنة ١٣١٧

هجرية

(بالقسم الادبي)



بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الشهادات

يتبادر أن تقديمها على القضاء أولى لان القضاء موقوف عليها اذ كان ثبوت الحق بها الا أنه لما كان القضاء هو المقصود من الشهادة قدمه تقدمة للمقصود على الوسيلة والشهادة لغة اخبار قاطع وفي عرف أهل الشرع اخبار صدق لاثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء فتخرج شهادة الزور فليست شهادة وقول القائل في مجلس القاضي أشهد برؤية كذا لبعض العرفيات وسبب وجوبها طلب ذي الحق أو خوف فوت حقه فان من عنده شهادة لا يعلم بها صاحب الحق وخاف فوت الحق يجب عليه أن يشهد بلا طلب وشرطها البلوغ والعقل والولاية فخرج الصبي والعبد والسمع والبصر للحاجة الى التمييز بين المدعي والمدعى عليه ولم يذكر الاسلام لان الدين أصل الشهادة في الجملة وركنها اللفظ الخاص الذي هو متعلق الاخبار وحكمها وجوب الحكم على القاضي والقياس يأبى جوازها لكنه ترك بقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم ونظائره من الكتاب والسنة كثيرة وسببية الطلب ثبتت بقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وسببية خوف الفوت بالمعنى وهو أن سببية الطلب انما ثبتت كي لا

كتاب الشهادات

ايراد هذا الكتاب عقيب كتاب أدب القاضي ظاهر المناسبة اذ القاضي في قضائه يحتاج الى شهادة الشهود عند انكار الخصم ومن محاسن الشهادة بالحق أنها مأمور بها قال الله تعالى كونوا قوامين لله شهداء بالقسط فلا بد من حسنه وهي في اللغة عبارة عن الاخبار بصحة الشيء عن مشاهدة وعيان ولهذا قالوا انها مشتقة من المشاهدة التي تنبئ عن المعاينة وفي اصطلاح أهل الفقه عبارة عن اخبار صادق في مجلس الحكم بلفظ الشهادة فالاخبار كالجنس يشملها والاخبار الكاذبة وقوله صادق يخرج الكاذبة وقوله في مجلس الحكم بلفظ الشهادة يخرج الاخبار الصادقة غير الشهادات وسبب تحملها

(قوله اذا القاضي في قضائه يحتاج الى شهادة الشهود) أقول لا يقال فيلزم أن يقدم على أدب القاضي لان المقاصد تقدم على الوسائل مع أن المحتاج هو القاضي فيلزم تحققه أولا واليه تشير عبارة الشارح (قوله ومن محاسن الشهادة بالحق الخ) يفوت أقول أي ومن معرفات حسنه ويؤيده قوله فلا بد من حسنه والا فكون الحسن عبارة عن نفس كونه مأمورا به مذهب الاشعري ولا ترتضيه الحنفية (قوله فلا بد من حسنه) أقول ذكر ضمير الشهادة باعتبار أنها مأمور بها (قوله بصحة الشيء) أقول أي بثبوته (قوله انها مشتقة من المشاهدة) أقول بالاشتقاق الكبير (قوله وفي اصطلاح أهل الفقه عبارة عن اخبار صادق) أقول فاطلاق الشهادة على الزور مجاز من قبيل اطلاق البيع على بيع الحق واطلاق اليمين على الغموس وقد مر في الايمان (قوله فالاخبار كالجنس يشملها) أقول ويشمل سائر الاخبار الصادقة (قوله وسبب تحملها) أقول تحمل الشهادة التي هي الاخبار مبني على الكلام النفسي والشهادة تطلق على ما يتحمل بالاشتراك اللفظي

معاينة ما يتحملها له ومشاهدته بما يختص بمشاهدته من السماع في المسموعات والابصار في المبصرات ونحو ذلك وسبب أدائها اما طلب المدعي منه الشهادة أو خوف فوت حق المدعي اذا لم يعلم المدعي كونه شاهدا وشرطها العقل الكامل والضبط والولاية والقدرة على التمييز بين المدعي والمدعى عليه والاسلام ان كان المدعى عليه مسلما وحكمها وجوب الحكم على الحاكم بمقتضاها والقياس لا يقتضي ذلك لاحتمال الكذب لكن لما شرط العدالة ليترجح جانب الصدق ووردت النصوص بالاستشهاد جعلت موجبة قال (الشهادة فرض تلزم الشهود الخ) أداء الشهادة فرض يلزم الشهود بحيث لا يسعهم كتمانه أكد الفرض بوصفين وهو اللزوم وعدم سعة الكتمان دلالة على تأكده وشرط مطالبة المدعي تحقيقا لسبب الاداء على ما أمر واستدل بقوله تعالى (ولا يأب الشهداء اذا مادعوا) أي ليقيموا الشهادة أو ليتحملوها وسموا شهداء باعتبار ما تؤول اليه وهو بظاهره يدل على النهي عن الاباء عند الدعوة وبقوله تعالى (ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه) وهو بظاهره يدل على النهي عن كتمانها على وجه المبالغة والنهي عن أحد النقيضين وهو الكتمان يستلزم ثبوت النقيض الآخر لئلا يرتفع النقيضان فاذا كان الكتمان منهيا عنه كان الاعلان ثابتا وهو يساوي الاظهار فيكون ثابتا وثبوته بالاداء ومالم يجب لا يثبت فكان اظهار الاداء واجبا قال في النهاية النهي عن الشئ لا يكون أمرا بضده اذا لم يكن له ضد واحد وأما اذا كان فهو أمر به كالنهي عن الكتمان عما في الارحام فانه أمر بضده

﴿كتاب الشهادات﴾

(قال الشهادة فرض تلزم الشهود ولا يسعهم كتمانها اذا طالبهم المدعي) لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا مادعوا وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه

يفوت الحق (قوله الشهادة فرض) يعني أداؤها بعد التحمل فانها تقال للتحمل كما يقال للاداء في العرف من غير ملاحظة المتكلم مسوغا للاطلاق في قصد التحمل فيكون معتبرا مشتركا لفظيا عند عرف أهل المتكلم وافتراض الاداء الا في الحدود مجمع عليه وقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا مادعوا محتمل أن يراد النهي عن الاباء عن التحمل اذا دعي اليه ويكون اسم الشهداء مجازا فيمن سيتصف بالشهادة فيكون النهي لكراهة الاباء عن التحمل كراهة تنزيه ومرجعها خلاف الاولى لان التحمل لما فيه من اعانة المسلم على حفظ حقه أولى ويحتمل أن يراد نهي مسمى الشهداء عن الاباء وحقيقة الشهداء من اتصف بالشهادة فيكون نهي من اتصف بالشهادة حقيقة عن الاباء اذا دعي ولا اتصاف قبل الدعاء الا بالتحمل فيلزم كون النهي عن اباء الاداء وهو الرائج لما فيه من المحافظة على حقيقة اللفظ والاداء المفروض لا يكون الا عند الحاكم فقد فرض سبحانه وتعالى على المتحمل أن يذهب اذا دعي الى الحاكم للاداء وقال الله تعالى ولا تكتموا الشهادة وهو تحريم الكتمان عن القاضي فيكون الاظهار للقاضي وهو الاداء فرضا عليهم لانه الضد الذي لا يتحقق الانتهاء عن المحرم الذي هو الكتمان الا به ثم أكد سبحانه التحريم المفاد بالنهي بقوله تعالى ومن يكتمها فانه آثم قلبه وهو تأكيد في تأكيد لان قوله تعالى فانه آثم تأكيد واضافة الاثم الى القلب الذي هو أشرف أعضاء البدن ورئيسها تأكيد في تأكيد ولانه هو محل الكتمان فهو محل المعصية بتمامها هنا بخلاف سائر المعاصي التي تتعلق بالاعضاء الظاهرة فانها وان كانت مسبوقة بمعصية القلب وهو الهم المتصل بالفعل فليس هو محلا لتمامها قالوا يلزم اذا كان مجلس

(قوله معاينة ما يتحملها له) أقول أي لاثباته (قوله وسبب أدائها) أقول الظاهر أن المراد سبب وجوب أدائها (قوله اذا لم يعلم المدعي كونه شاهدا) أقول والحال انه لو لم يشهد يفوت حق المدعي (قوله والقدرة على التمييز الخ) أقول يعني التمييز بالبصر (قال المصنف الشهادة فرض يلزم الشهود أداؤها ولا يسعهم كتمانها اذا طالبهم المدعي) أقول الظاهر أن الواو ليست في محلها لكمال الاتصال بين الجملتين فان الثانية تأكيد للاولى الا اذا جعل قوله اذا طالبهم قيدا للثانية فقط فتأمل (قوله واستدل بقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا مادعوا أي ليقيموا الشهادة أو ليتحملوها) أقول الاستدلال بالآية الكريمة على المطلوب موقوف على أن يكون المراد اذا دعوا ليقيموا الشهادة فلا وجه لقوله أو ليتحملوها في هذا المقام بل الوجه أن يقال لا يتحملوها لانهم قبل التحمل ليسوا بشهداء ولا ضرورة تدعونا الى ارتكاب المجاز (قوله وسموا شهداء باعتبار ما يؤول اليه) أقول أي على الاحتمال الثاني (قوله يدل على النهي عن كتمانها على وجه المبالغة) أقول حيث أكد النهي بتأكيد بعد تأكيد وهو قوله تعالى ومن يكتمها فانه آثم قلبه ألا يرى الى نسبة الاثم الى الكاتم ثم الى قلبه الذي هو أشرف أعضائه اذا فسد فسد جميع الجسد (قوله والنهي عن أحد النقيضين الخ) أقول وأخصر منه أن يقال النهي عن أحد النقيضين يستلزم امتناعه شرعا فيجب النقيض الآخر (قوله كان الاعلان ثابتا) أقول وفي معراج الدراية النهي عن الشئ يكون أمرا بضده اذا كان له ضد مقصود بأمر آخر وههنا كذلك لان الاداء منصوص بقوله تعالى وأقيموا الشهادة (قوله ومالم يجب لا يثبت) أقول أي لا يلزم ثبوته فيجوز ارتفاع النقيضين

وليس بالصحيح من المذهب لما عرف في أصول الفقه (وانما يشترط طلب المدعي لانها حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق) ونوقض بما اذا علم الشاهد الشهادة ولم يعلم بها المدعي و يعلم الشاهد أنه ان لم يشهد يضيع حقه فانه يجب عليه الشهادة ولا طلب ثمة والجواب أنه ألحق بالمطلوب دلالة فان الموجب للاداء عند الطلب احياء الحق وهو فيما ذكر تم موجود فكان في معناه فالحق به لا يقال قدمر آنفا أن طلب المدعي سبب لاداء الشهادة وهو خلاف ماذكره المصنف بقوله وانما يشترط طلب المدعي فانه يدل على أن طلبه شرط وهو غير السبب لان معنى كلامه وانما يشترط وجود سبب الاداء وهو طلب المدعي فالطلب سبب ووجوده شرط فلا مخالفة حينئذ فان قلت أما نجعله شرطا وقوله تعالى ولا يأب الشهداء ولا تكتموا الشهادة سببا قلت نعم لانه خطاب وضع يدل على سببية غيره كقوله تعالى أقم الصلاة لدلوك الشمس قال (والشهادة في الحدود يخير فيها الشاهد بين الستر والاظهار الخ) الشاهد في الحدود يخير بين أن يستر وأن يظهر لانه مخير بين أن يشهد حسبة لله فيقام عليه الحد وبين أن يتوقى عن هتك المسلم حسبة لله والستر أفضل نقلا وعقلا أما الاول فقوله صلى الله عليه وسلم للذي شهد عنده وهو رجل يقال له هزال الاسلمي لو سترته بثوبك وفي رواية برداءك لكان خيرا لك وقوله صلى الله عليه وسلم من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وماروى (٤) من تلقين الدرء عن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضي الله عنهم فان فيها

دلالة ظاهرة على أفضلية الستر قبل الاخبار معارضة لاطلاق الكتاب واعمالها نسخ لاطلاقه وهو لا يجوز بخبر الواحد وأجيب بأن الآية محمولة على المداينة لنزولها فيها وورد بان الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب والحق أن يقال القدر المشترك فيما نقل عن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه في الستر والدرء متواتر في المعنى فجازت الزيادة به وقيل ان الخبر الاول ورد في ماعز وحكايته مشهورة يجوز الزيادة به وفيه نظر لان شهرة حكاية ماعز لا تستلزم شهرة الخبر الوارد فيها بالستر وأما الثاني فلان الستر والكتمان انما يحرم لخوف فوات حق المحتاج الى الاموال والله تعالى غني عن العالمين وليس ثمة خوف فوات ان

واما يشترط طلب المدعي لانها حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق (والشهادة في الحدود يخير فيها الشاهد بين الستر والاظهار)

القاضي قريبا فان كان بعيدا فعن نصر ان كان بحال يمكنه الرجوع الى أهله في يومه يجب لانه لا ضرر عليه ولو كان شيخا لا يقدر على المشي فأركبه الطالب لا بأس به وعن أبي سليمن فيمن أخرج الشهود الى ضيعة فاستأجر لهم جمالا فركبوها لا تقبل شهادتهم وفيه نظر لانها العادة وهي اكرام الشهود وهو مأمور به وفصل في النوازل بين كون الشاهد شيخا لا يقدر على المشي ولا يجد ما يستأجر به دابة فتقبل وما ليس كذلك فلا تقبل ولو وضع للشهود طعاما فأكلوا ان كان مهيأ قبل ذلك تقبل وان صنعه لاجلهم لا تقبل وعن محمد لا تقبل فيهما وعن أبي يوسف رحمه الله تقبل فيهما وهو الاوجه للعادة الجارية باطعام من حل محل الانسان ممن يعز عليه شاهدا أو لا ويؤنسه ما تقدم من أن الاهداء اذا كان بلا شرط ليقضي حاجته عند الامير يجوز كذا قيل وفيه نظر فان الاداء فرض بخلاف الذهاب الى الامير وعند الفقيه أبي بكر فيمن لا يعرفه القاضي ان علم أن القاضي لا يقبله نرجو أن يسعه أن لا يشهد وفي العيون ان كان في الصك جماعة تقبل شهادتهم وسعه أن يمتنع وان لم يكن أو كان لكن قبلوها مع شهادته أسرع وجب وقال شيخ الاسلام اذا دعي فأخر بلا عذر ظاهر ثم أدى لا تقبل لتمكن التهمة فيه اذ يمكن أن تأخيره بعذر ويمكن انه لاستجلاب الاجرة انتهى والوجه أن تقبل ويحمل على العذر من نسيان ثم تذكر أو غيره (قوله والشهادة في الحدود) أي الاداء في الحدود يخير فيها بين الاداء والترك لان النهي في القرآن وان كان عاما لكن ثبت تخصيصه بالشهادة على الحدود لما فيه من الستر فمن ذلك قوله صلى الله عليه وسلم للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك كذا ذكره المصنف والمعروف في الحديث

(قوله وليس بالصحيح من المذهب) أقول بل هو الصحيح من المذهب على ما صححه في التوضيح وغيره قال الشيخ الامام سراج الدين الهندواني في شرح المغني أما النهي عن الشيء فأمر بضده اذا كان له ضد واحد باتفاقهم كالنهي عن الكفر يكون أمرا بالايمان وان كان له اضداد ففيه الخلاف انتهى (قوله على أن طلبه شرط وهو غير السبب) أقول ولك أن تقول أطلق الشرط على السبب مجازا (قوله لان معنى كلامه الى قوله فلا مخالفة حينئذ) أقول فيه بحث فان سببية الشيء للشيء لا يكون الا بعد وجود الشيء الاول فالوجود داخل في جملة السبب ولهذا لم يعد العقلاء وجودات العلل علة أخرى فافهم (قوله قلت نعم لانه خطاب وضع يدل على سببية غيره) أقول الاول مسلم والثاني ليس كذلك قال في التوضيح في تعريف الحكم الخطاب نوعان اما تكليفي وهو المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير واما وضعي وهو الخطاب بان هذا سبب ذلك أو شرط ذلك كالدلوك سبب للصلاة والوضوء شرط لها (قوله ورد بان الاعتبار لعموم اللفظ) أقول العموم مسلم لجواز أن يكون اللام للعهد أي شهداء الدين (قوله وقيل ان الخبر الاول ورد في ماعز) أقول اذا كان واردا في حكاية ماعز ولم يثبت زناه بالشهادة فلا يصح قوله الذي شهد عنده فتأمل (قوله لان شهرة حكاية ماعز لا تستلزم شهرة الخبر الواحد فيها بالستر) أقول الظاهر أن يقال لا تستلزم شهرة الخبر الوارد فيها بالستر (قوله والكتمان انما يحرم لخوف فوات حق المحتاج) أقول التخصيص اضافي

لانه بين حسبتين اقامة الحد والتوقى عن الهتك (والستر أفضل) لقوله صلى الله عليه وسلم للذى شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وقال عليه السلام من ستر على مسلم ستر الله عليه فى الدنيا والآخرة وفيما نقل من تلقين الدرء عن النبى عليه السلام وأصحابه رضى الله عنهم دلالة ظاهرة على أفضلية الستر (الا أنه يجب أن يشهد بالمال فى السرقة فيقول أخذ) احياء لحق المسروق منه (ولا يقول سرق) محافظة على الستر ولانه لو ظهرت السرقة لوجب القطع والضمان لا يجامع القطع فلا يحصل احياء

أن هذا قاله صلى الله عليه وسلم لهزال ذكره مالك فى الموطا عن يحيى بن سعيد بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لرجل من أسلم يقال له هزال لو سترته بردائك لكان خيرا لك والمراد بمرجع الضمير فى قوله سترته ماعز رضى الله عنه روى أبو داود عن يزيد بن نعيم عن أبيه أن ماعز بن مالك أتى النبى صلى الله عليه وسلم فأقر عنده أربع مرات فأمر برجمه وقال لهزال لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وان هزالا هو الذى أشار على ماعز أن يأتى النبى صلى الله عليه وسلم ويقر عنده ولم يكن شاهدا الا ان ماعزا انما حد بالاقرار أخرج أبو داود عن ابن المنكدر أن هزالا أمر ماعزا أن يأتى النبى صلى الله عليه وسلم فيخبره ورواه الحاكم وزاد وقال شعبة قال يحيى فذكرت هذا الحديث بمجلس فيه يزيد بن نعيم بن هزال فقال يزيد هذا هو الحق هذا حديث جدى وقال صحيح الاسناد ورواه ابن سعد فى الطبقات وفيه قال فى هزال بئسما صنعت لو سترته بطرف ردائك لكان خيرا لك قال يا رسول الله لم أدر أن فى الامر سعة ومنه قوله صلى الله عليه وسلم من رواية أبى هريرة من ستر على مسلم ستره الله فى الدنيا والآخرة رواه البخارى ومسلم وتلقين الدرء من رسول الله صلى الله عليه وسلم أى تلقين ما يحصل به الدرء دلالة ظاهرة على قصده الى الستر والستر يحصل بالكتمان فكان كتمان الشهادة بالحدود مخصوصا من عموم تحريمه فمن ذلك ما أسند الطحاوى الى أبى هريرة قال أتى بسارق الى النبى صلى الله عليه وسلم فقيل يا رسول الله ان هذا سرق فقال ما اخاله سرق وروى أبو داود أنه صلى الله عليه وسلم أتى بلص قد اعترف اعترافا ولم يوجد معه متاع فقال له صلى الله عليه وسلم ما اخالك سرقت قال فأعاد مرتين أو ثلاثا فأمر به فقطع الحديث وروى عن ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لماعز لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت قال لا الحديث قدمناه فى الحدود فان قلت كيف صح لك القول بتخصيص العام من الكتاب بهذه وهى أخبار آحاد وأيضا شرط التخصيص عندكم المقارنة ومن أين ثبت لك ذلك قلت هذه الاخبار الواردة فى طلب الستر بلغت مبلغا لا تنحط به عن درجة الشهرة لتعدد متونها مع قبول الامة لها فصح التخصيص بها أو هى مستند الاجماع على تخيير الشاهد فى الحدود فثبوت الاجماع دليل ثبوت المخصص وأما المقارنة فانما هى شرط التخصيص فى نفس الامر وهذا التخصيص الذى ادعيناه هنا ليس بذاك بل هو جمع للمعارضة على ما كتبناه فى التعارض من كتاب تحرير الاصول من أن الجمع بين العام والخاص اذا تعارضا بأن يحمل على تخصيصه به فاذا وجب للجمع حمله على ذلك تضمن الحكم منا بأنه كان مقارنا أو انها ليست تخصيصات أول (١) كما أنا اذا رجحنا فى التعارض المحرم على المبيح وثبت صحتهما تضمن حكمنا أن المبيح كان مقدما على التحريم فنسخ حكما لوجوب ترجيح المحرم وان لم يعلم تقدمه بعلم تاريخه وكثيرا ما يعترض بعض متأخرى الشارحين على كثير من المواضع المحكوم فيها بالتخصيص من أصحابنا بان المقارنة غير معلومة فلا يثبت التخصيص ومرادهم فى تلك الاماكن ما ذكرنا هذا كله اذا نظرنا الى مجرد اطلاق قوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا فاما اذا قيدناه بما اذا دعوا للشهادة فى الدين المذكور أول الآية أى قوله تعالى اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه ثم قال ولا يأب الشهداء يعنى بذلك الدين فظاهر (قوله الا أنه يجب أن يشهد بالمال) استدراك من قوله مخير فى الحدود فانه يقتضى أن لا يشهد بالسرقة فقد يتبادر أنه لا يشهد فيها

(١) قوله أول بضم الهمزة وفتح الواو جمع أولى

الحق فبقى صيانة عرض أخيه المسلم ولا شك فى فضل ذلك (قوله الا أنه يجب أن يشهد) استثناء من قوله يخير وهو منقطع لان الشهادة بالمال ليست داخلة فى الشهادة فى الحدود وانما يجب ذلك لان فيها احياء لحق المسروق منه فيقول أخذ ولا يقول سرق محافظة على الستر ولانه بين أمرين لا يجتمعان القطع والضمان وأحدهما حق الله تعالى والآخر حق العبد والستر الكلى ابطال لهما وفيه تضييع حق العبد فلا يجوز والاقدام على اظهار السرقة ترجيح حق الله الغنى على حق العبد المحتاج وهو لا يجوز فتعين الشهادة على المال دون السرقة

فان فى عتق الامة وطلاق المرأة يحرم الستر والكتمان وليس ثمة خوف فوت حق المحتاج فتأمل ومحل الجواب أن التخصيص اضافى بالاضافة الى حقوق الله تعالى التى تستوفى لا حقيقى أو نقول المراد الخوف أو الكتمان فى الحقوق التى تستوفى انما يحرم الخ (قال المصنف الا أنه يجب أن يشهد بالمال فى السرقة) أقول استدراك من قوله مخير فى الحدود اذ قد يتوهم منه أنه لا يشهد فى السرقة مطلقا لاستلزامه الحد فقال يجب لدفعه

قال (والشهادة على مراتب) رتبها الشرع على ما علم فيها من الحكمة فمنها الشهادة بالزنا يعتبر فيها أربعة من الرجال لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ولقوله تعالى ثم لم يأتوا بأربعة شهداء ولفظ أربعة نص في العدد والذكورة وأما الاسلام والعقل والعدالة فقد تقدم اشتراطها وأما اشتراط الاربعة فيه دون القتل العمد وغيره فالظاهر منه أن الله تعالى يحب الستر على عباده ولا يرضى باشاعة الفاحشة (ولا تقبل شهادة النساء لحديث الزهري مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين) يعني أبا بكر وعمر رضي الله عنهما (من بعده أن لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص) وتخصيصهما بالذكر لما ورد في حقهما

من قوله صلى الله عليه وسلم اقتدوا باللذين من بعدي أبي بكر وعمر

(ولان في شهادتهن شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال) في غير الحدود قال الله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان على سياق قوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام وانما قال شبهة البدلية لان حقيقتها انما تكون فيما امتنع العمل بالبدل مع امكان الاصل كالآية الثانية وليس شهادتهن كذلك فانها جائزة مع امكان العمل بشهادة الرجلين واذا كان فيها شبهة البدلية (فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات ومنها الشهادة ببقية الحدود) كحد الشرب والسرقة وحد القذف (والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم) فانه بعمومه يتناول المطلوب وغيره لما مر من عموم اللفظ وهو نص في بيان العدد والذكورة والبلوغ خلا أن باب الزنا خرج بما تلوناه فبقي الباقي على تناوله

حقه (والشهادة على مراتب منها الشهادة في الزنا يعتبر فيها أربعة من الرجال) لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ولقوله تعالى ثم لم يأتوا بأربعة شهداء (ولا تقبل فيها شهادة النساء) لحديث الزهري رضي الله عنه مضت السنة من لدن رسول الله عليه السلام والخليفتين من بعده أن لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص ولان فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات (ومنها الشهادة ببقية الحدود والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين) لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم

مطلقا لاستلزامه الحد فقال يجب أن يشهد بالمال احياء لحق مالكه على وجه لا يوجب الحد فيقول أخذ المال ولا يقول سرق فان الاخذ أعم من كونه غصبا أو على ادعاء أنه ملكه مودعا عند المأخوذ منه وغير ذلك فلا تستلزم الشهادة بالاخذ مطلقا ثبوت الحد بها مع أن فيه مصلحة للمسروق منه لانه اذا قال سرق فثبتت السرقة وجب القطع وبه ينتفي ضمان المال ان كان أتلفه (قوله والشهادة على مراتب) أربعة (منها الشهادة في الزنا) والشهادة في بقية الحدود والقصاص والشهادة فيما سواهما من المعاملات والشهادة فيما لا يطلع عليه الرجال من النساء أما على الزنا فيعتبر فيها أربعة من الرجال لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن أربعة منكم وروى ابن أبي شيبة حدثنا حفص عن حجاج عن الزهري قال مضت السنة من رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين بعده أن لا تجوز شهادة النساء في الحدود والدماء انتهى وتخصيص الخليفتين يعني أبا بكر وعمر رضي الله عنهما لانهما اللذان كان معظم تقرير الشرع وطرق الاحكام في زمانهما وبعدهما ما كان من غيرهما الا الاتباع ولان النص أوجب أربعة رجال بقوله تعالى أربعة منكم فقبول امرأتين مع ثلاثة مخالف لما نص عليه من العدد والمعدود وغاية الامر المعارضة بين عموم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان وبين هذه فتقدم هذه لانها مانعة وتلك مبيحة وأيضا هذه تفيد زيادة قيد وزيادة القيد من طرق الدرء فانه كلما كثرت قيود الشئ قل وجوده بالنسبة الى ما ليس فيه زيادة تقييد ولان فيها شبهة البدلية ولذا لا تقبل فيها الشهادة على الشهادة وذلك لان قوله تعالى فان لم يكونا رجلين الآية ظاهره أنه لا تقبل شهادتهن الا عند عدم رجال يشهدون وقد روى عن بعض العلماء ذلك فاعتبر حقيقة البدلية لكن لما لم يكن ذلك معمولا به عند أهل الاجماع نزلت الى شبهة البدلية والشبهة كالحقيقة فيما يندرئ بالشبهات وسائر ما سوى حد الزنا من الحدود يقبل فيها شهادة رجلين ولا تقبل النساء لما ذكرنا وكذا القصاص وما سوى ذلك من المعاملات أي وكل ما سوى ذلك يقبل فيه رجلان أو رجل وامرأتان سواء كان الحق مالا أولا كالنكاح والطلاق والوكالة والوصية ونحو ذلك كالعتق والرجعة

(قوله ولفظ أربعة نص الخ) أقول فيه بحث الا أن يراد النص المصطلح أو يكون الكلام على التشبيه (قوله فالظاهر منه أن الله تعالى يحب الستر على عباده) أقول اذ وقوف الاربع على هذه الفاحشة قلما يتحقق (قوله وانما قال شبهة البدلية الى قوله مع امكان الاصل) أقول فيه ان ذلك في الخلف لا في البدل فان المسح على الخف بدل عن غسل الرجل مع أنه يصار اليه مع امكان المبدل منه فليتأمل (قوله لما مر من عموم اللفظ) أقول فيه بحث (قوله والذكورة والبلوغ) أقول وفي قاموس اللغة الرجل بضم الجيم وسكونه معروف وانما هو اذا احتلم وشب أو هو رجل ساعة يولد انتهى ففي قوله والبلوغ تأمل

(قوله ولا تقبل شهادة النساء) يجوز أن يكون جوابا عما يقال فالآية هذه عقبت بقوله فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان وليست شهادتهن فيها مقبولة ووجهه أن القران في النظم لا يوجب القران في الحكم ولئن أوجب فعدم قبولها الذي ذكرنا من حديث الزهري وشبهة البدلية في شهادتهن فان قلت ما مسلك الحديث من الآية ههنا أتخصيص أم نسخ قلت مسلكه منها مسلك آية شهادة الزنا من هذه وهو اما التخصيص ان ثبتت المقارنة أو النسخ وقول الزهري مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين يدل على تلقيه الصدر الاول بالقبول فكان مشهورا فجوز الزيادة به قال (وماسوى ذلك من الحقوق الخ) وماسوى المرتبتين من بقية الحقوق (مالا كان أو غيره كالنكاح والطلاق والوكالة والوصية) أي الوصاية لانه في تعداد غير المال (ونحو ذلك) يعني العتاق تقبل فيها شهادة رجلين أو رجل وامرأتين بما تلونا (وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال ونوابعها) كالاعارة والاجارة والكفالة والاجل وشرط الخيار واستدل بان الاصل في شهادتهن عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فانها لا تصلح للامارة (ولهذا) أي ولان الاصل عدم القبول (لا تقبل في الحدود ولا تقبل شهادة الاربع منهن وحدهن الا انها مستثناة من ذلك الاصل في الاموال ضرورة احياء حقوق العباد) لكثرة وقوعها (٧) ودنو خطرها فلا يلحق بها ما هو أعظم خطرا وأقل وجودا كالنكاح والطلاق والرجعة والاسلام والردة والبلوغ والولاء والعدة والجرح والتعديل والعفو عن القصاص (ولنا ان الاصل فيها القبول لوجود ما يبتنى عليه أهلية الشهادة وهو المشاهدة) التي يحصل بها العلم والضبط الذي يبقى به العلم الى وقت الاداء والاداء الذي يحصل به العلم للقاضي (ولهذا) أي ولكون القبول أصلا فيها (قبل اخبارها في الاخبار) ولقائل أن يقول ماذكرتم مما يبتنى عليه أهلية الشهادة اما أن يكون علة لها أو شرطا لا سبيل الى

(ولا تقبل فيها شهادة النساء) لما ذكرنا (قال وماسوى ذلك من الحقوق يقبل فيها شهادة رجلين أو رجل وامرأتين سواء كان الحق مالا أو غير مال مثل النكاح) والطلاق والعتاق والعدة والحوالة والوقف والصلح (والوكالة والوصية) والهبة والاقرار والابراء والولد والولاء والنسب ونحو ذلك وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال ونوابعها لان الاصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فانها لا تصلح للامارة ولهذا لا تقبل في الحدود ولا تقبل شهادة الاربع منهن وحدهن الا أنها قبلت في الاموال ضرورة والنكاح أعظم خطرا وأقل وقوعا فلا يلحق بما هو أدنى خطرا وأكثر وجودا ولنا أن الاصل فيها القبول لوجود ما يبتنى عليه أهلية الشهادة وهو المشاهدة والضبط والاداء اذ بالاول يحصل العلم للشاهد وبالثاني يبقى وبالثالث يحصل العلم للقاضي ولهذا يقبل اخبارها في الاخبار

والرجعة والنسب وقال الشافعي لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال ونوابعها كالاذن وشرط الخيار والشفعة والاجارة وقتل الخطا وكل جرح لا يوجب الا المال وكذا فسخ العقود وقبض نجوم الكتابة الا النجم الاخير ففيه وجهان لترتب العتق عليه لان الاصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وكقول الشافعي رحمه الله قال مالك وعن أحمد روايتان رواية كقولنا ورواية كقولهما وقصور الولاية حتى انها لا تصلح للامارة ولا تقبل شهادة الاربع منهن لكن خرج عن الاصل شرعا في الاموال ضرورة لكثرة وقوع أسبابها فيلحق الحرج بطلب رجلين في كل حادثة وكذا العادة أن يوسع فيما يكثر وقوعه بخلاف النكاح فانه مع كونه أعظم خطرا أقل وقوعا فلا يلحق الحرج بالاشتراط ولذا قال تعالى في الرجعة وأشهدوا ذوي عدل منكم والرجعة من توابع النكاح فألحقت بقية التوابع به كالخلع والطلاق قال المصنف (ولنا أن الاصل فيها القبول) فابتدأ بتضمين منع

الاول لان أهليتها بالحرية والاسلام والبلوغ والمشاهدة والضبط والاداء ليست بعلة لذلك لا جمعا ولا فرادى والثاني كذلك لعدم توقفها عليها كذلك لا جمعا ولا فرادى على انه لا يلزم من وجوده وجود المشروط والجواب ان أهلية الشهادة هيئة شرعية تحصل بمجموع ماذكر من الحرية والاسلام والبلوغ وأما المشاهدة والضبط والاداء فليست بعلة لها وانما هي علة لاهلية قبولها فانا لو فرضنا وجود أهلية الشهادة بالاسلام والبلوغ والحرية والذكورة أيضا وفاته أحد الامور المذكورة المشاهدة أو الضبط أو الاداء اذا أدى بغير لفظة الشهادة لم تقبل شهادته وان كانت علة استلزم وجودها وجود معلولها وهو القبول وعلى هذا يقدر في كلام المصنف مضاف أي أهلية قبول الشهادة

(قال المصنف ولنا ان الاصل فيها القبول لوجود ما يبتنى عليه أهلية الشهادة) أقول يعني أهلية قبولها فالمضاف مقدر (قوله والمشاهدة والضبط والاداء ليست بعلة لذلك الخ) أقول والا لكان العبد والصبي العاقل والكافر أهلا للشهادة (قوله لعدم توقفها عليها) أقول لتقدم أهلية الشهادة على الاداء (قوله كذلك) أقول لا جمعا ولا فرادى (قوله على أنه لا يلزم من وجوده وجود المشروط) أقول يعني أهلية الشهادة (قوله فانا لو فرضنا وجود أهلية الشهادة الخ) أقول اللازم من هذا التعليل التوقف لا العلية الا أن يرتكب التأويل في كلامه بان يراد بالعلية المدخلية فيها (قوله وهو القبول) أقول أي أهلية القبول

(قوله ونقصان الضبط) جواب عن قول الشافعي واختلال الضبط وتوجيهه أن يقال ان ذلك بعد التسليم انجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا شبهة البدلية فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات وتقبل فيما يثبت بها وهذه الحقوق المذكورة من النكاح وغيره مما يثبت بها أما النكاح والطلاق فظاهر لثبوتهما مع الهزل وأما الوكالة والايصاء والاموال فانه يجري فيها كتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة وذلك أمارة ثبوتها مع الشبهة فلذلك تثبت بشهادة النساء مع الرجال ولم يذكر الجواب عن قوله لنقصان العقل ولا عن قوله لقصور الولاية والجواب عن الاول انه لا نقصان في عقلهن فيما هو مناط التكليف وبيان ذلك أن للنفس الانسانية أربع مراتب الاولى استعداد العقل ويسمى العقل الهيولاني وهو حاصل لجميع أفراد الانسان في مبدا فطرتهم والثانية أن تحصل البديهيات باستعمال الحواس في الجزئيات فيتهيأ لاكتساب الفكريات بالفكر ويسمى العقل بالملكة وهو مناط التكليف والثالثة أن تحصل النظريات المفروغ عنها متى شاء من غير افتقار الى اكتساب ويسمى العقل بالفعل والرابعة هو أن يستحضرها ويلتفت اليها مشاهدة ويسمى العقل المستفاد وليس فيما هو مناط التكليف وهو العقل بالملكة فيهن نقصان بمشاهدة حالهن في تحصيل البديهيات باستعمال الحواس في الجزئيات وبالتنبيه ان نسيت فانه لو كان في ذلك نقصان لكان تكليفهن دون تكليف الرجال في الاركان وليس كذلك وقوله صلى الله عليه وسلم هن ناقصات عقل المراد به العقل بالفعل ولذلك (٨) لم يصلحن للولاية والخلافة والامارة وبهذا ظهر الجواب عن الثاني أيضا فتأمل (قوله وعدم قبول الاربع) جواب عن قوله ولا تقبل شهادة الاربع ووجهه أن القياس يقتضي قبول ذلك أيضا لكنه ترك ذلك كي لا يكثر خروجهن قال (وتقبل في الولادة والبكارة) اختص قبول شهادة امرأة واحدة بالولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال لا تقبل في غيرها فهو قصر افراد قصر الموصوف على الصفة

(قوله ولم يذكر الجواب عن الخ) أقول فيه بحث (قوله لا نقصان في عقلهن) أقول في صحاح كتاب الايمان من المصابيح عن أبي سعيد الخدري قال خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم في أضحى أو فطر الى المصلى فمر بالنساء فقال يا معشر النساء تصدقن فاني أريتكن أكثر أهل النار فقلن وبم يا رسول الله فقال تكثرن اللعن وتكفرن العشير ما رأيت من ناقصات عقل ودين أذهب للب الرجل الحازم من احداكن قلن وما نقصان ديننا وعقلنا يا رسول الله فقال أليس شهادة المرأة مثل نصف شهادة الرجل قلن بلى قال فذلك من نقصان عقلها قال أليس اذا حاضت لم تصل ولم تصم قلن بلى قال فذلك من نقصان دينها انتهى الحديث الشريف وأنت خبير بان ما ذكره الشارح مخالف لظاهر الحديث (قوله في تحصيل البديهيات الخ) أقول فيه انهن لوجوب احتجابهن وسترهن أكثر البديهيات محجوبة عنهن كما لا يخفى (قوله لكان تكليفهن دون تكليف الرجال في الاركان وليس كذلك) أقول فيه ان تكليفهن دون تكليف الرجال ألا ترى أنه لا تفرض لهن الصلاة أيام حيضهن فتأمل في جوابه (قوله ولذلك لم يصلحن للولاية والخلافة والامارة) أقول ولا يخفى عليك أيضا أن الشهادة ضرب من الولاية (قوله والعيوب من النساء في موضع الخ) أقول قوله في موضع فيه العيوب للاحتراز عن مثل الاصبع الزائدة (قوله فهو قصر افراد قصر الموصوف على الصفة) أقول فيه شيء فان ما ذكره هو قصر الصفة على الموصوف ثم لا يخفى انه ليس في عبارة الكتاب ما يفيد القصر أصلا بل مراد صاحب النهاية التخصيص الذكري فانه يفيد نفي الحكم عما عداه في الروايات فالاصوب أن يقال سكوته عن قبول شهادة الرجل الواحد بناء على فهمه مما ذكره بطريق الدلالة فليتأمل

ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة فلهذا لا تقبل فيما يندرئ بالشبهات وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات وعدم قبول الاربع على خلاف القياس كي لا يكثر خروجهن قال (وتقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة)

مقدمته القائلة الاصل عدم القبول ثم أثبت هذه بوجود ما ينبني عليه أهلية الشهادة وهو المشاهدة الخ واعترض بان المشاهدة والضبط أهلية الاداء لا أهلية الشهادة بل هي كما قال في الاسرار ان أهليتها بالولاية والولاية مبنية على الحرية والارث والنساء في هذا كالرجال بقي أهلية التحمل وهو بالمشاهدة والضبط والنساء في ذلك كالرجال ولهذا قبلت رواياتهن لاحاديث الاحكام الملزمة للأمة فعن هذا قد يقال والله تعالى أعلم ان جعل الشارع الثنتين في مقام رجل ليس لنقصان الضبط ونحو ذلك بل لاظهار درجتهن عن الرجال ليس غير ولقد نرى كثيرا من النساء يضبطن أكثر من ضبط الرجال لاجتماع خاطرهن أكثر من الرجال لكثرة الواردات على خاطر الرجال وشغل بالهم بالمعاش والمعاد وقلة الامرين في جنس النساء سلمنا أنه لنقصان الضبط وزيادة النسيان في جنسهن وان كان بعض أفرادهن أضبط من بعض أفراد الرجال لقوله تعالى أن تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى لكن ذلك انجبر بضم الأخرى اليها فلم يبق حينئذ الا الشبهة فلم تقبل فيما يندرئ بالشبهات وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات وأما عدم قبول الاربع فعلى خلاف القياس كما نه كي لا يكثر خروجهن (قوله وتقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة) مسلمة حرة عدلة والثنتان

لاعكسه كما فهم صاحب النهاية واعترض بقبول شهادة رجل واحد فيما لقوله صلى الله عليه وسلم شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه ووجه الاستدلال أن الالف واللام اذا دخل الجمع ولم يكن ثمة معهود ينصرف الى الجنس فيتناول الواحد فما فوقها على ما عرف في موضعه وهو حجة على الشافعي في اشتراط الاربع بناء على أن كل امرأتين تقومان مقام رجل واحد في الشهادات قوله (ولانه) دليل معقول لنا ووجهه أن الذكورة سقطت بالاتفاق ليخف النظر لان نظر الجنس أخف وفي اسقاط العدد تخفيف النظر فيصار اليه الا أن المثنى والمثلث أحوط لما فيه من معنى الالزام واعترض بان في هذا التعليل نوع مناقضة لانه لو كان جوازا لاكتفاء بنظر الواحدة تخفة نظرها لما كان نظر الاثنين والثلاث أحوط من نظر الواحدة والجواب أن يقال خفة النظر توجب عدم وجوب اعتبار العدد ومعنى الالزام يقتضي وجوبه فعملنا بهما وقلنا بعدم الوجوب والجواز احتياطا (ثم حكمها) أي حكم شهادة امرأة واحدة في الولادة (شرحناه في الطلاق) يعني في باب ثبوت النسب حيث قال واذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لستة أشهر فصاعدا فجحد الزوج الولادة تثبت الولادة بشهادة امرأة واحدة وان قال لامرأته اذا ولدت فانت طالق فشهدت امرأة على الولادة لم تطلق عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا تطلق وان كان الزوج قد أقر بالحبل طلقت من غير شهادة عند (٩) أبي حنيفة يعني تثبت الولادة بقول امرأة

لقوله عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس فيتناول الاقل وهو حجة على الشافعي رحمه الله في اشتراط الاربع ولانه انما سقطت الذكورة ليخف النظر لان نظر الجنس الى الجنس أخف فكذا يسقط اعتبار العدد الا أن المثنى والثلاث أحوط لما فيه من معنى الالزام (ثم حكمها في الولادة شرحناه في الطلاق) وأما حكم البكارة فان شهدن أنها بكر يؤجل في العنين سنة ويفرق بعدها لانها تأيدت بمؤيد اذ البكارة أصل وكذا في رد

والثنتان أحوط وبه قال أحمد وشرط الشافعي أربعا وقال مالك ثنتين له ان كل ثنتين يقومان مقام رجل ولما أن المعتبر في الشهادة أمران العدد والذكورة وقد سقط اعتبار الذكورة فبقي العدد ولنا ما روى محمد بن الحسن في أول باب شهادات النساء من الاصل عن أبي يوسف عن غالب بن عبد الله عن مجاهد وعن سعيد بن المسيب وعن عطاء بن أبي رباح وطاوس قالوا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه وهذا مرسل يجب العمل به ووجه الاستدلال بهذا الحديث قد اتفقنا على أن اللام لما لم يمكن اعتبارها في العهد اذ لا عهد في مرتبة بخصوصها من مراتب الجمع كانت للجنس وهو يتناول القليل والكثير فتصح بواحدة والاكثر أحسن فقلنا كذلك وروى عبد الرزاق أخبرنا ابن جريج عن ابن شهاب عن الزهري قال مضت السنة أن تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادات النساء وعيوبهن وهذا مرسل حجة عندنا وهو مثل ما ذكره المصنف ورواه ابن أبي شيبة وروى عبد الرزاق أيضا أخبرنا أبو بكر بن أبي سبرة عن موسى بن عقبة عن القعقاع بن حكيم عن ابن عمر رضي الله عنه قال لا تجوز شهادة النساء وحدهن الا على ما لا يطلع عليه الا هن من عورات النساء وله مخارج أخر قال المصنف (ثم حكمها في الولادة شرحناه في كتاب الطلاق)

وعندهما يشترط شهادة القابلة وأما حكم البكارة فانها سواء كانت مهيرة أو مبيعة لا بد من نظر النساء اليها للحاجة الى فصل الخصومة بينهما فاذا نظرن اليها وشهدن فاما أن تتأيد شهادتهن بمؤيد أولا فان كان الاول كانت شهادتهن حجة وان كان الثاني لا بد أن ينضم اليها ما يؤيدها فعلى هذا اذا شهدن بانها بكر فان كانت مهيرة تؤجل في العنين سنة ويفرق بعده لان شهادتهن تأيدت بالاصل وهو البكارة وان كانت مبيعة يشترط البكارة فلا يمين على البائع لذلك

(٢ — فتح القدير سادس) ولمقتضى البيع وهو اللزوم وان قلن انها ثيب يحلف البائع لينضم نكوله الى قولهن لان الفسخ

(قوله لاعكسه كما فهم صاحب النهاية) أقول عبارة النهاية ثم اعلم انه ذكر ههنا ثلاثة أشياء ثم خص شهادة امرأة واحدة وهذا التخصيص صحيح في حق البكارة لا في حق الولادة والعيوب فان شهادة رجل واحد تقبل أيضا فيهما لانه ذكر في الايضاح مطلقا بقوله وتقبل شهادة رجل واحد على الولادة لانه اذا جاز قبول شهادة امرأة واحدة فقبول رجل واحد أولى وكذا ذكر في باب شهادة النساء من شهادات المبسوط وقال ولم يذكر في الكتاب انه لو شهد بذلك أي بالولادة والعيب في موضع لا يطلع عليه الرجال رجل واحد بأن قال فاجأتها فاتفق نظري اليها والجواب انه لا يمنع قبول شهادته اذا كان عدلا في مثل هذا الموضع ثم الصحيح انه لا يشترط العدد لان شهادة الرجل أقوى من شهادة المرأة فلما ثبت المشهود به ههنا بشهادة امرأة واحدة فبشهادة رجل واحد أولى وقد قال بعض مشايخنا انه وان قال تعمدت النظر تقبل شهادته في ذلك كما في الزنا انتهى بعبارته أقول القياس على سائر المراتب أي مراتب الشهادة يقتضي ما ذكره في النهاية (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام شهادة النساء الخ) أقول دليل لاصل الدعوى (قوله ينصرف الى الجنس) أقول اذا الكل ليس بمراد قطعا (قوله فعملنا بهما الخ) أقول فيه بحث اذ لم يثبت بما ذكره أحوطية العدد (قوله وان قلن انها الخ) أقول وفيه بحث يعلم من قوله يعني في حق سماع الدعوى والتحليف

قوى وشهادتهن حجة ضعيفة لم تتأيد بمؤيد فيحلف بعد القبض بالله لقد سلمتها بحكم البيع وهى بكر وقبله بالله لقد بعتها وهى بكر فان حلف لزم المشترى وان نكل ترد عليه فان قيل شهادة النساء حجة فيما لا يطلع عليه الرجال فيجب الرد بقولهن والتحليف ترك العمل بالحديث أجاب بان العيب يثبت بقولهن يعنى فى حق سماع الدعوى والتحليف فان المشترى اذا ادعى عيبا فى المبيع لابد له من اثبات قيامه به فى الحال ليثبت له ولاية التحليف والا كان القول للبائع لتمسكه بالاصل فاذا قلن انها ثيب ثبت العيب فى الحال وعمل بالحديث ثم يحلف البائع على أنه لم يكن بها ذلك العيب فى الوقت الذى كانت فى يده وأما شهادتهن على استهلال الصبى ففى حق الارث عند أبى حنيفة رحمه الله غير مقبولة لان الاستهلال صوت الصبى (١٠) عند الولادة وهو مما يطلع عليه الرجال فلا تكون شهادتهن فيه حجة لكنها فى حق

الصلاة مقبولة لانه من أمور الدين وشهادتهن فيها حجة كشهادتهن على هلال رمضان وعندهما فى حق الارث أيضا مقبولة لانه صوت عند الولادة والرجال لا يحضرها عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة والجواب ان المعتبر فى ذلك امكان الاطلاع ولا شك فى ذلك فلا معتبر بشهادتهن ونفس الولادة هو انفصال الولد عن الام وذلك لا يشارك الرجال فيه النساء (قال ولابد فى ذلك كله من العدالة الخ) لابد فى المال وغيره مع ما ذكرنا من شروط الشهادة العدالة وهى كون حسنات الرجل أكثر من سيآته وهذا يتناول الاجتناب عن الكبائر وترك الاصرار على الصغائر (ولفظة الشهادة) حتى لو قال الشاهد عند الشهادة أعلم أو أتيقن لم تقبل شهادته فى تلك الحادثة فى ذلك الوقت (أما) اشتراط (العدالة فلقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء والفاسق لا يكون مرضيا ولقوله تعالى وأشهدوا ذوى عدل منكم يعارضه

المبيعة اذا اشتراها بشرط البكارة فان قلن انها ثيب يحلف البائع لينضم نكوله الى قولهن والعيب يثبت بقولهن فيحلف البائع وأما شهادتهن على استهلال الصبى لا تقبل عند أبى حنيفة رحمه الله فى حق الارث لانه مما يطلع عليه الرجال الا فى حق الصلاة لانها من أمور الدين وعندهما تقبل فى حق الارث أيضا لانه صوت عند الولادة ولا يحضرها الرجال عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة قال (ولابد فى ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة فان لم يذكر الشاهد لفظة الشهادة وقال أعلم أو أتيقن لم تقبل شهادته) أما العدالة فلقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء ولقوله تعالى وأشهدوا ذوى عدل منكم

أى فى باب ثبوت النسب منه وفى المبسوط لو شهد بالولادة رجل فقال فاجأنها فانفق نظرى اليها تقبل اذا كان عدلا ولو قال تعمدت النظر لا تقبل وبه قال بعض أصحاب الشافعى وقال بعض مشايخنا ان قال تعمدت النظر تقبل أيضا وبه قال بعض أصحاب الشافعى رحمه الله وأما حكم البكارة فان شهدت أنها بكر يؤجل العنين سنة فاذا مضت فقال وصلت اليها فأنكرت ترى النساء فان قلن هى بكر تخير فان اختارت الفرقة فرق للحال وانما فرق بقولهن لانها تأيدت بمؤيد وهو موافقة الاصل اذ البكارة أصل ولو لم تتأيد شهادتهن بمؤيد اعتبرت فى توجه الخصومة لا فى الزام الخصم وكذا فى رد المبيع اذا اشتراها بشرط البكارة فقال المشترى هى ثيب يريها النساء فان قلن هى بكر لزمت المشترى لتأيد شهادتهن بمؤيد هو الاصل وان قلن هى ثيب لم يثبت حق الفسخ لان حق الفسخ قوى وشهادتهن ضعيفة ولم تتأيد بمؤيد لكن ثبت حق الخصومة فتتوجه اليمين على البائع لقد سلمتها بحكم البيع وهى بكر فان لم يكن قبضها حلف بالله لقد بعتها وهى بكر فان نكل ردت عليه وان حلف لزم المشترى واما شهادتهن على استهلال الصبى فتقبل فى حق الصلاة عليه بالاتفاق واما فى حق الارث فعندهما كذلك وعند أبى حنيفة لا تقبل الا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين لان الاستهلال صوت مسموع والرجال والنساء فيه سواء فكان مما يطلع عليه الرجال بخلاف الولادة فانها انفصال الولد من الام فلا يطلع عليه الرجال وهما يقولان صوته يقع عند الولادة وعندها لا يحضر الرجال فصار كشهادتهن على نفس الولادة وبقولهما قال الشافعى وأحمد وهو أرجح (قوله ولابد فى ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة) حتى لو قال الشاهد أعلم أو أتيقن لا تقبل وثالث وهو النفسير حتى لو قال أشهد على شهادته أو مثل شهادته لا تقبل وكذا مثل شهادة صاحبى عند انحصاف للاحتمال أما اشتراط العدالة فلقوله تعالى وأشهدوا ذوى عدل منكم وقال تعالى ممن ترضون من الشهدا ولان العدالة هى المعينة لجهة الصدق فان الشهادة اخبار يحتمل الصدق والكذب على السواء بالنظر الى نفس المفهوم فبذلك لا يلزم كونه صدقا حتى يعمل به فان قيل المنكر أيضا قد يكون عدلا فالجواب انه

(قوله فاذا قلن انها ثيب ثبت العيب الخ) أقول فيه انه حينئذ لا يستقيم قوله وشهادتهن حجة ضعيفة الخ فان الحكم فى شهادة الرجال بالعيوب كالاباق كما ذكر ههنا بلا فرق فليتأمل والجواب أن الفرق فيما اذا كان النزاع قبل القبض حيث يلزم المشترى اذا حلف البائع كاف فى ضعف حجتها وفيه تأمل (قوله ثم يحلف البائع الى قوله كانت فى يده الخ) أقول فالجواب فيما قبل القبض (قوله وأما اشتراط العدالة الخ) أقول فيه بحث (قال المصنف فلقوله تعالى وأشهدوا ذوى عدل منكم) أقول فان قيل بعض النصوص وردت مطلقة كما سبق واذا دخل النص المطلق والمقيد على السبب لم يحمل المطلق على المقيد عندنا فكيف يثبت اشتراط العدالة قلنا المطلق ينصرف الى الكامل

ولان) الشهادة حجة باعتبار الصدق و (العدالة هي المعينة للصدق) فهي علة الحجية وماسواها معدات (لان من يتعاطى غير الكذب) من محظورات دينه (فقد يتعاطاه أيضا وعن أبي يوسف ان الفاسق اذا كان وجيها) أي ذا قدر وشرف (في الناس ذا مروءة) أي انسانية والهمزة وتشديد الواو وفيها الغتان (تقبل شهادته لانه لا يستأجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروءته والاول) يعني عدم قبول شهادة الفاسق مطلقا وجيها ذا مروءة كان أولا (أصح) لان قبولهما اكرام للفاسق ونحن أمرنا بخلاف ذلك قال صلى الله عليه وسلم اذا لقيت الفاسق فالقه بوجه مكفهر والمعلن بالفسق لا مروءة له (لكن القاضي لو قضى بشهادة الفاسق صح عندنا وأما لفظة الشهادة فلان النصوص نطقت باشتراطها اذ الامر فيها بهذه اللفظة) قال الله تعالى وأقيموا الشهادة لله وأشهدوا اذا تبايعتم واستشهدوا شهيدين من رجالكم وقال صلى الله عليه وسلم اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع (ولان في لفظة الشهادة زيادة (١١) توكيد) لدلالتها على المشاهدة (ولان قوله أشهد من ألفاظ اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذا اللفظ أشد) وهو المقصود بخلاف لفظ التكبير في الافتتاح فانه للتعظيم فيجوز تبديل ما هو أصرح فيه به (قوله في ذلك كله) يريد به ما وقع في المختصر من قوله ولابد في ذلك أي في جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح لانه شهادة لما تقدم أن فيه معنى الالزام

ولان العدالة هي المعينة للصدق لان من يتعاطى غير الكذب قد يتعاطاه وعن أبي يوسف رحمه الله أن الفاسق اذا كان وجيها في الناس ذا مروءة تقبل شهادته لانه لا يستأجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروءته والاول أصح الا أن القاضي لو قضى بشهادة الفاسق يصح عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يصح والمسئلة معروفة وأما لفظة الشهادة فلان النصوص نطقت باشتراطها اذ الامر فيها بهذه اللفظة ولان فيها زيادة توكيد فان قوله أشهد من ألفاظ اليمين كقوله أشهد بالله فكان الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة أشد وقوله في ذلك كله اشارة الى جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح لانها شهادة لما فيه من معنى الالزام

يعارضه اختلاف المدعى فيتساقطان وتسلم الشهادة عن المعارض أو يترجح اخبار المدعي بالشهادة (وعن أبي يوسف أن الفاسق اذا كان وجيها في الناس) كباشري السلطان والمكسة وغيرهم (تقبل شهادته لانه لا يستأجر لشهادة الزور لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروءته والاول أصح) لان هذا التعليل في مقابلة النص فلا يقبل (الا أن القاضي ان قضى بشهادة الفاسق ينفذ عندنا) ويكون القاضي عاصيا (وأما) اشتراط (لفظة الشهادة فلان النصوص نطقت باشتراطها اذ الامر فيها) أي في النصوص (بهذه اللفظة) قال تعالى وأشهدوا ذوي عدل منكم وأشهدوا اذا تبايعتم واستشهدوا شهيدين من رجالكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم وأقيموا الشهادة لله وقال عليه السلام اذا رأيت مثل الشمس فاشهد وحاصل هذا أن النصوص وردت بلفظ الشهادة فان قيل غاياتها وردت بلفظ الشهادة وذلك لا يوجب على الشاهد لفظ الشهادة كما قال تعالى وربك فكبر ولم يرد من السنة في تكبير الافتتاح الا بلفظ التكبير كقوله صلى الله عليه وسلم تحريمها التكبير ولم يشترط لذلك لفظ التكبير عند أبي حنيفة فمن أين لزم في الشهادة قلنا لفرق معنوي وهو أن لفظة الشهادة أقوى في افادة تأكيد متعلقها من غيرها من الالفاظ كما علم وأتيقن لما فيها من اقتضاء معنى المشاهدة والمعاينة التي مرجعها الحس ولانها من ألفاظ الحلف فالامتناع مع ذكرها عن الكذب أظهر وقد وقع الامر بلفظ الشهادة في قوله تعالى وأقيموا الشهادة لله وقوله عليه الصلاة والسلام اذا رأيت مثل الشمس فاشهد فلزم لذلك لفظ الشهادة بخلاف التكبير فانه التعظيم وليس لفظ أكبر أبلغ من أجل وأعظم فكانت الالفاظ سواء فلم تثبت خصوصية توجب تعيين لفظ أكبر وقوله (في ذلك كله) أي في المراتب الاربعة كلها تشترط فيها العدالة ولفظ الشهادة في شهادة النساء وغيرها وقوله (هو الصحيح) احترازا عما قال العراقيون من عدم اشتراط لفظ الشهادة لانها اخبار

(قوله وماسواها معدات) أقول فيه بحث الا أن يحمل على المعد المصطلح قال المصنف (ويمتنع عن الكذب بمروءته) أقول تجيء المسئلة في باب من تقبل شهادته وفي التعليل مغايرة (قوله بوجه مكفهر) أقول أي شديد العبوس (قال المصنف اذ الامر فيها بهذه اللفظة) أقول فيه كلام لانه ليس معنى لفظ أشهد بل معناه أخبر فلا يثبت الاشتراط بمجرد ماذكره وجوابه أن الشهادة هو الاخبار عن مشاهدة وعيان وهو الملزم للقاضي لا مطلق الاخبار فتأمل (قوله ولان في لفظة الشهادة) أقول الاولى أن يجعل هذا وجها لدلالة النصوص على الاشتراط اذ لا تظهر تلك الدلالة بدون ملاحظته ولا يجعل دليلا مستقلا على المدعى كما فعله (قوله بخلاف لفظ التكبير الخ) أقول جواب عما يقال ما الفرق بين الاوامر المشتقة من الشهادة وبين غيرها من الاوامر حتى روعي في الاولى اللفظ الذي ورد به الامر دون الثانية مثل كبر (قوله اذ لا وصول الى القطع) أقول يمكن الوصول الى القطع بالتواتر فالاولى أن يقال يكتفى بالظاهر للاستحقاق اذا لم يكن ثمة منازع كالشفيع يستحق الشفعة بظاهر يده اذا لم يكن له منازع وهنا كذلك اذ الكلام فيما اذا لم يطعن الخصم في الشهود

حتى اختص بمجلس القضاء واشترط فيه الحرية والاسلام وقوله هو الصحيح احترازا عن قول العراقيين فانهم لا يشترطون فيها لفظة الشهادة فاذا أقام المدعي الشهود فلا يخلو اما أن يطعن الخصم أولا فان كان الثاني قال أبو حنيفة رحمه الله يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسأل عن الشهود حتى يطعن الخصم لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف وروى مثل ذلك عن عمر رضي الله عنه ولان الظاهر هو الانزجار عما هو محرم في دينه وبالظاهر كفاية فان قيل الظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق وههنا يثبت للمدعي استحقاق المدعى به باقامة البينة فالجواب ما أشار اليه بقوله اذ لا وصول الى القطع وبيانه انه لو لم يكتف بالظاهر لاحتيج الى التزكية وقبول قول المزكي في التعديل (١٢) أيضا عمل بالظاهر لما ان الظاهر أن قول المزكي صدق فالكلام فيه كالاول وهلم جرا ويدور أو يتسلسل ويجوز أن يقال الظاهر ههنا اعتبار الرفع لا للاستحقاق وبيان ذلك أن دعوى المدعي وانكار الخصم تعارضا وشهادة الشهود وبراءة الذمة كذلك و بظاهر العدالة اندفع معارضة الذمة فكان دافعا (قوله الا في الحدود والقصاص) استثناء من قوله ولا يسأل عن الشهود حتى يطعن الخصم الا في الحدود والقصاص فانه يسأل عن الشهود لانه يحتال لاسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها ولان الشبهة فيها دارئة فيسأل عنها عسى يطلع على ما يسقط به ذلك وان كان الاول يسأل عنهم بالاتفاق لان ظاهر حال المسلم في الشهود معارض بحال الخصم اذا طعن فيهم فان الظاهر أن المسلم لا يكذب بالطعن على مسلم لاجل حطام الدنيا فيحتاج القاضي حينئذ الى الترجيح

حتى اختص بمجلس القضاء ولهذا يشترط فيه الحرية والاسلام (قال أبو حنيفة رحمه الله يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسأل عن حال الشهود حتى يطعن الخصم) لقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف ومثل ذلك مروي عن عمر رضي الله عنه ولان الظاهر هو الانزجار عما هو محرم دينه وبالظاهر كفاية اذ لا وصول الى القطع (الا في الحدود والقصاص فانه يسأل عن الشهود) لانه يحتال لاسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها ولان الشبهة فيها دارئة وان طعن الخصم فيهم سأل عنهم لانه تقابل الظاهران فيسأل طلبا للترجيح

كالشهادة على هلال رمضان ووجه الظاهر وهو قول سائر الناس ومنهم مشايخ المذهب من البخاريين والبلخيين وغيرهم ما ذكرنا من النصوص مع وجه افادة اشتراطها بخلاف رمضان فان الملازم فيه ليس الشهادة بل الاخبار ذكر في الخلاصة في كتاب الشهادات لو أخبر عدل القاضي بمجيء رمضان يقبل قوله و يأمر الناس بالصوم يعني في يوم الغيم ولا يشترط لفظ الشهادة وشرائط القضاء أما في العيد فيشترط لانه يدخل تحت الحكم لانه من حقوق العباد انتهى ولهذا احتاجوا الى الحيلة في اثبات الرمضانية فالوا يدعي عند القاضي بوكالة معلقة بدخول رمضان بقبض دين فيقر الخصم بالدين وينكر دخول رمضان فيشهد الشهود بذلك فيقضي بالمال فيثبت مجيء رمضان لان اثبات مجيء رمضان لا يدخل تحت الحكم ذكره أيضا في شهادات الخلاصة واتفق الكل على اشتراط الحرية والبلوغ والعقل والاسلام يعني في الشهادة على المسلم والا فالذمي يجوز أن يشهد على مثله عندنا (قوله قال أبو حنيفة) يعني لما اتفق الائمة الاربعة على وجوب العدالة قال أبو حنيفة يقتصر الحاكم على ظاهر عدالة المسلم لان كل مسلم ظاهر حاله من التزام الاسلام التزام الاجتناب عن محظوراته فيقبل كل مسلم بناء على انه عدل وقال صلى الله عليه وسلم المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف رواه ابن أبي شيبة في مصنفه من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ومثل ذلك عن عمر رضي الله عنه قال في كتابه الذي كتبه لابي موسى الاشعري وقد منا بعضه وفيه المسلمون عدول بعضهم على بعض الا مجلودا في قذف أو مجربا في شهادة زور أو ظنينا في ولاء أو قرابة رواه الدارقطني من طريق فيه عبد الله بن أبي حميد وهو ضعيف. ومن طريق آخر حسنة وأخرجه البيهقي من طريق آخر غير الطريقين جيدة واذا كان الثابت ظاهرا هي العدالة اكتفى بها اذ القطع لا يحصل ولو مع الاستقصاء نعم تزداد قوة الظن ولا موجب لطلب الزيادة الا بدليل ولم يوجد ولهذا لم يكن السلف يسألون قبل وأول من سأل ابن شبرمة بخلاف الحدود والقصاص لانه وجد فيها دليل طلب الزيادة فيسأل على ما عرف احتيالا للدرء اذ ربما يعجز عن التزكية فيندرئ الحد وهو مطلوب وأورد أن الظاهر انما يكفي للدفع والشهادة

(قوله وبيانه أنه لو لم يكتف الخ) أقول والاظهر أن يبين عدم امكان الوصول الى القطع لو زكى فان المزكي يخبر عن عدالته متمسكا بوجب بظاهر حاله لان أقصى ما يستدل به على عدالته انزجاره عن محظورات دينه واجتهاده على الطاعات وهي دلالة ظاهرة عليها وليست بقطعية اذ لا ينسد احتمال فساد الاعتقاد مثلا فتأمل (قوله فالجواب ما أشرنا اليه بقوله) أقول الظاهر أن يقال ما أشار اليه بقوله (قوله ويدور أو يتسلسل) أقول مع أن المطلوب حاصل (قوله وبظاهر العدالة اندفع الخ) أقول فيه بحث (قوله استثناء من قوله ولا يسأل) أقول بل من قوله يقتصر الحاكم (قوله ولان الشبهة فيها دارئة) أقول فيه بحث فان وجه السؤال اذا كانت الشبهة دارئة فيها ليس الا لانه يحتال لاسقاطها فاندرج هذا التعليل في التعليل الاول فاوجه عده تعليلا مستقلا فلو أسقط الواو من البين وجعل هذا الكلام من تتمة التعليل الاول لكان أولى

وقال أبو يوسف ومحمد لابد أن يسأل عنهم في السر والعلانية في جميع الحقوق لان مبنى القضاء على الحجة وهي شهادة العدول فلابد من التعرف عن العدالة وفي السؤال صون القضاء عن البطلان على تقدير ظهور الشهود عبيدا أو كفارا (وقيل هذا) الاختلاف (اختلاف عصر وزمان) لان أبا حنيفة أجاب في زمانه وكان الغالب منهم عدولا وهما أجابا في زمانهما وقد تغير الناس وكثر الفساد ولو شاهد ذلك أبو حنيفة لقال بقولهما ولهذا قال (والفتوى على قولهما في هذا الزمان) قال (ثم التزكية في السر الخ) اعلم أن التزكية على نوعين تزكية في السر وتزكية في العلانية فالاولى (أن يبعث القاضي المستورة) وهي الرقعة التي يكتبها القاضي ويبعثها سرا بيد أمينه الى المزكي سميت بها لانها تستر عن نظر العوام (الى المعدل) مكنوبا (فيها النسب (١٣) والحلى) بضم الحاء وكسرها جمع حلية

(وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لابد أن يسأل عنهم في السر والعلانية في سائر الحقوق) لان القضاء مبناه على الحجة وهي شهادة العدول فيتعرف عن العدالة وفيه صون قضائه عن البطلان وقيل هذا اختلاف عصر وزمان والفتوى على قولهما في هذا الزمان قال (ثم التزكية في السر أن يبعث المستورة الى المعدل فيها النسب والحلى والمصلى ويردها المعدل) كل ذلك في السر كيلا يظهر فيخدع أو يقصد (وفي العلانية لابد أن يجمع بين المعدل والشاهد) لتنتفي شبهة تعديل غيره وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الاول ووقع الاكتفاء بالسر في زماننا تحرزا عن الفتنة

يوجب الاستحقاق وأجيب بان الظاهر في الشهادة كالقطع لما لم يمكن الوصول الى القطع ولا بالتزكية والحق أن الظاهر يوجب الاستحقاق والمراد بالظاهر الذي لا يثبت به الاستحقاق هو الاستصحاب وأما اذا طعن الخصم فقد تقابل ظاهران فيسأل وقال أبو يوسف ومحمد لابد أن يسأل عنهم طعن الخصم أو لم يطعن في سائر الحقوق في السر والعلانية وبه قال الشافعي وأحمد وقال مالك من كان مشهورا بالعدالة لا يسأل عنه ومن عرف جرحه ردت شهادته وانما يسأل اذا شك وانما قلنا لابد من السؤال مطلقا لان القضاء ينبني على الحجة وهي شهادة العدول فلابد أن يثبت عنده العدالة وذلك بذلك ولا يخفى قوة دليل أبي حنيفة على ذلك وكونه لابد أن يثبت العدالة لم يخالف فيه أبو حنيفة ولكن يقول طريق الثبوت هو البناء على ظاهر عدالة المسلم خصوصا مع مارويناعن النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة والسلف ومع ذلك الفتوى على قولهما لاختلاف حال الزمان ولذلك قالوا هذا الخلاف خلاف زمان لا حجة وبرهان وذلك لان الغالب في زمان أبي حنيفة الصلاح بخلاف زمانهما وما قيل بانه أفتى في القرن الثالث وهو المشهود لهم بالصلاح منه صلى الله عليه وسلم حيث قال خير القرون قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم وهما أفتيا في القرن الرابع ففيه نظر فان أبا حنيفة رحمه الله توفي في عام خمسين ومائة فكيف أفتى في القرن الثالث وقوله خير القرون الخ اثبات الخيرية بالتدريج والتفاوت لا يستلزم أن يكون في الزمان المتأخر غلبة الفسق والظاهر الذي يثبت بالغالب أقوى من الظاهر الذي يثبت بظاهر حال الاسلام وتحقيقه أنه لما قطعنا بغلبة الفسق فقد قطعنا بان أكثر من التزم الاسلام لم يجتنب محارمه فلم يبق مجرد التزام الاسلام مظنة العدالة فكان الظاهر الثابت بالغالب بلا معارض

* فرع لو تاب الفاسق لا تقبل شهادته ما لم تمض ستة أشهر وقال بعضهم سنة ولو كان عدلا فشهد بالزور ثم تاب فشهد تقبل من غير مدة (قوله ثم التزكية في السر أن يبعث المستورة) وهي الورقة التي يكتب فيها القاضي أسماء الشهود ونسبهم وحلاهم والمصلى أي مسجد محلتهم وينبغي أن لا يختار الا معدلا صالحا زاهدا كي لا يخدع بالمال مأمونا أعظم من يعرفه في هذه الاوصاف فيكتب اليه ثم هو

(قال المصنف لابد أن يسأل عنهم في السر والعلانية) أقول لعل الواو بمعنى أو لمنع الخلو حتى ترتفع المخالفة التي تضمنها الكلام فتأمل (قال المصنف ثم التزكية في السر أن يبعث الخ) أقول فيه تسامح فانه ليس تزكية بل التزكية فعل المزكي لكن المراد معلوم (قوله كي لا يظهر فيخدع) أقول بالرشوة (قوله أو يقصد الخداع) أقول الصواب أو يقصد بالاذى على تقدير الجرح

الانسان صفته وما يرى منه من لون وغيره (والمصلى) أي مسجد المحلة حتى يعرفه المعدل وينبغي أن يبعث الى من كان عدلا يمكن الاعتماد على قوله وصاحب خبرة بالناس بالاختلاط بهم يعرف العدل من غيره ولا يكون طماعا ولا فقيرا يتوهم خداعه بالمال وفقيها يعرف أسباب الجرح والتعديل من جيرانه وأهل سوقه فمن عرفه بالعدالة يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي اليه عدل جائز الشهادة ومن عرفه بالفسق لا يكتب شيأ احترازا عن الهتك أو يقول الله يعلم الا اذا عدله غيره وخاف أنه لو لم يصرح بذلك يقضي القاضي بشهادته فحينئذ يصرح بذلك ومن لم يعرفه بعدالة أو فسق يكتب تحت اسمه مستور ويردها المعدل الى الحاكم وينبغي أن يكون كل ذلك سرا كي لا يظهر فيخدع أو يقصد الخداع والثانية أن يجمع الحاكم بين المعدل والشاهد فيقول المعدل هذا الذي عدلته يشير الى الشاهد لتنتفي شبهة تعديل غيره فان الشخصين قد يتفقان في الاسم والنسبة وقد كانت التزكية بالعلانية وحدها في عهد الصحابة رضي الله عنهم لان القوم كانوا صلحاء والمعدل ما كان يتوقى عن الجرح لعدم مقابلتهم الجارح بالاذى (ووقع الاكتفاء بالسر في زماننا) لان العلانية بلاء وفتنة لمقابلتهم الجارح بالاذى

(يروى عن محمد أنه قال تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لابد للعدل أن يقول هو عدل جائز الشهادة لان العبد قد يعدل وقيل يكتفي بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة بالدار) قال المصنف (وهذا أصح) لان في زماننا كل من نشأ في دار الاسلام كان الظاهر من حاله الحرية ولهذا لا يسأل القاضي عن اسلامه وحريته وانما يسأل عن عدالته قال أبو حنيفة رحمه الله على طريقة قوله في المزارعة من التخريج على قول من يقول بالسؤال اذا سأل لم يقبل قول المدعى عليه هم عدول الا أنهم أخطؤا أو نسوا ويقبل اذا قال صدقوا أو هم عدول صدقة لانه اعترف بالحق (وعن أبي يوسف (١٤) ومحمد رحمهما الله انه يجوز تزكيته لكن عند محمد يضم تزكية آخر الى تزكيته لان العدد شرط عنده) هذا اذا كان عدلا يصلح مزكيا فان كان فاسقا أو مستورا وسكت عن جواب المدعي ولم يجحده فلما شهدوا عليه قال هم عدول لا يصح هذا التعديل لان العدالة شرط في المزكي عند الكل (ووجه ظاهر الرواية أن في زعم المدعي وشهوده أن الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره فلا يصلح معدلا) لاشتراط العدالة فيه بالاتفاق ولقائل أن يقول تعديل الخصم اقرار منه بثبوت الحق عليه فكان مقبولا لان العدالة ليست بشرط في المقر بالاتفاق والجواب أن المصنف قال (وموضوع المسئلة اذا قال هم عدول الا أنهم أخطؤا أو نسوا) ومثله ليس باقرار بالحق وفيه نظر لان هذا الكلام مشتمل على الاقرار وغيره فيصدق في الاقرار على نفسه ويرد الغير للتهمة والجواب أنه لا اقرار فيه بالنسبة الى ما عليه لانه

ويروى عن محمد رحمه الله تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لابد أن يقول المعدل هو عدل جائز الشهادة لان العبد قد يعدل وقيل يكتفي بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة بالدار وهذا أصح قال (وفي قول من رأى أن يسأل عن الشهود لم يقبل قول الخصم انه عدل) معناه قول المدعى عليه وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله أنه يجوز تزكيته لكن عند محمد يضم تزكية الآخر الى تزكيته لان العدد عنده شرط ووجه الظاهر أن في زعم المدعي وشهوده أن الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره فلا يصلح معدلا وموضوع المسئلة اذا قال هم عدول الا أنهم أخطؤا أو نسوا أما اذا قال صدقوا أو هم عدول صدقة فقد اعترف بالحق

يسأل عنهم أهل محلتهم وسوقهم ومن يعرفهم ويكون المزكي صاحب خبرة بالناس مداخلا لهم لا منزويا عنهم فان هذا الامر لا يعرف الا بالمخالطة والمداخلة فان لم يجد الا أهل مجلسه يسألهم عنه فان وجدهم غير ثقات يعتبر تواتر الاخبار وعن ابن سماعة عن أبي حنيفة يجوز في تزكية السر المرأة والعبد والمحدود اذا كانوا عدولا ولا يجوز في تزكية العلانية الا من تجوز شهادته فيشترط فيها ما يشترط فيها الا لفظة الشهادة فقط لان تزكية السر من الاخبار بالامور الدينية وكل من هؤلاء يقبل خبره في الامر الديني اذا كان عدلا كما تقبل روايته للاخبار فاذا قال المسؤل عنه هو عدل كتب المزكي هو عدل مرضي مقبول جائز الشهادة والا يكتب هو غير عدل وفي فتاوى قاضيخان ان عرف فسقه لا يكتب تحت اسمه ذلك بل يسكت احترازا عن الهتك أو يقول والله أعلم الا اذا خاف أن يقضي القاضي بشهادته فيصرح حينئذ بذلك ومن لا يعرفه لا بعدالة ولا بفسق يكتب مستور ثم يرد المستورة مع أمين القاضي اليه كل ذلك في السر كي لا يظهر الامر فيخدع المزكي أو يقصد بالاذى وأما العلانية فلابد أن يجمع بين الشاهد والمعدل لتنتفي شبهة تعديل المعدل لغير هذا الشاهد المسؤل عنه القاضي اذ قد يتفق اسم وشهرة وصفة لاثنين وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الاول لانهم كان يغلب عليهم الصبر للحق ووقع الاكتفاء بالسر في زماننا لغلبة النفوس فيه فيوجب الفتنة وقد روى عن محمد أنه قال تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لابد أن يقول المعدل هو عدل جائز الشهادة لان العبد قد يكون عدلا وهو غير جائز الشهادة وقيل يكتفي بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة بالدار وهو من أهلها فلا تلزم تلك الزيادة وهذا أصح لما ذكرنا من أن الظاهر الحرية نظرا الى الدار فيكتفي به ما لم يطعن الخصم بالرق ثم قال أبو حنيفة رحمه الله تفريعا على قول محمد من رأى أن يسأل عن الشهود بلا طعن لا يقبل قول الخصم يعني المدعى عليه اذا قال في شهود المدعي هم عدول فلا تقع به التزكية لان في زعم المدعي وشهوده أن الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره فلا يصلح معدلا لان العدالة شرط في المزكي بالاجماع وعن أبي يوسف ومحمد يجوز قوله ذلك تعديلا لكن عند محمد يضم تزكية آخر الى

(قال المصنف وهذا أصح) أقول الاظهر أن يعمل بالقيل الاول في ديارنا (قوله على قول من يقول بالسؤال اذا سأل) تزكيته أقول يعني اذا سأل القاضي (قال المصنف ووجه الظاهر أن في زعم المدعي وشهوده أن الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره) أقول قال العلامة علاء الدين الاسود في شرح الجامع الصغير وهذا كله اذا جحد الخصم فأما اذا كان ساكتا وهو ممن يجوز أن يرجع اليه في تعديل الشهود فتعديله صحيح وكان كافيا عند أبي يوسف وعند محمد يضم الى ذلك آخر حتى يتم التعديل انتهى ويفهم ذلك من اشارة الهداية أيضا (قال المصنف وموضوع المسئلة اذا قال انهم عدول الخ) أقول المقصود من التعديل هو حصول علم القاضي بعدالة الشاهد فاذا كان المدعى عليه عدلا يعرفه القاضي بالعدالة ينبغي أن يقبل تعديله الا أن يقال شهادة الشهود تتضمن جرحه

نسبهم فى ذلك الى الخطا والنسيان فانى يكون اقرارا قال (واذا كان رسول القاضى الذى يسأل عن الشهود) بلفظ المبنى للمفعول (واحدا جاز والاثنان أفضل عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد لا يجوز الا اثنان) ذكر فى شرح الجامع الصغير أن المراد بالرسول ههنا هو المزكى ولا شك فى ذلك اذا كان الفعل مبنيا للمفعول (وعلى هذا الخلاف رسول القاضى الى المزكى) ورسول المزكى الى القاضى (والمترجم عن الشاهد لمحمد رحمه الله أن التزكية فى معنى الشهادة لان ولاية القضاء تبتنى على ظهور العدالة والعدالة بالتزكية) فولاية القضاء تبتنى على ظهور التزكية واذا كانت فى معناها (يشترط فيها شرائطها من العدد وغيره كما اشترط العدالة ويشترط المذكورة فيه فى الحدود) والاربعة فى تزكية شهود الزنا (ولهما أنه ليس فى معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظة الشهادة ومجلس القضاء) فلا يشترط فيه ما اشترط فيها سلمنا ذلك لكن اشتراط العدد فى الشهادة أمر حكمى ثبت بالنص على خلاف القياس لان القياس لا يقتضى ذلك لبقاء احتمال الكذب فيها لان انقطاعه انما يكون بالتواتر وبحسان الصدق انما هو بالعدالة لا العدد كما فى رواية الاخبار فلم يثبت بالعدد المشروط لا العلم ولا العمل لكن تركنا ذلك بالنصوص الدالة على العدد فلا يتعداها الى التزكية فان قيل فتلحق بها بالدلالة وموافقة القياس ليست بشرط فيها فالجواب أنه انما ألحق لو كان فى معناه من كل وجه وليس كذلك بالاتفاق فتعذر الالحاق والتعدية جميعا (قال ولا يشترط أهلية الشهادة الخ) تزكية السر لا يشترط فى المزكى فيها أهلية الشهادة فصلح العبد من كالمولاه وغيره والوالد لولده وعكسه (فاما تزكية العلانية فهى شرط وكذلك العدد بالاجماع على ما قاله الخصاف) وفيه بحث لان اشتراط العدد فى تزكية العلانية ينافى عدم اشتراط ذلك فى تزكية السر لان المزكى فى السر هو المزكى فى العلانية والجواب ان الخصاف شرط أن يكون المزكى فى السر غير المزكى فى العلانية فيجوز أن يكون العدد شرطا فى أحدهما دون الآخر واليه أشار بقوله على ما قاله الخصاف قال فى الخلاصة شرط الخصاف أن يكون المزكى فى العلانية غير المزكى فى السر أما عندنا فالذى يزكيهم فى السر يزكيهم فى العلانية

(واذا كان رسول القاضى الذى يسأل عن الشهود واحدا جاز والاثنان أفضل) وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد رحمه الله لا يجوز الا اثنان والمراد منه المزكى وعلى هذا الخلاف رسول القاضى الى المزكى والمترجم عن الشاهد له أن التزكية فى معنى الشهادة لان ولاية القضاء تبتنى على ظهور العدالة وهو بالتزكية فيشترط فيه العدد كما تشترط العدالة فيه وتشترط المذكورة فى المزكى فى الحدود والقصاص ولهما انه ليس فى معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظة الشهادة ومجلس القضاء واشتراط العدد أمر حكمى فى الشهادة فلا يتعداها (ولا يشترط أهلية الشهادة فى المزكى فى تزكية السر) حتى صلح العبد من كالمولى وغيره والوالد لولده وعكسه (فاما تزكية العلانية فهو شرط وكذا العدد بالاجماع على ما قاله الخصاف رحمه الله لاختصاصها بمجلس القضاء قالوا يشترط الاربعة فى تزكية شهود الزنا عند محمد رحمه الله

تزكيته أى تزكية الخصم لان العدد عند محمد فى المزكى شرط وموضوع المسئلة أن يقولوا هم عدول الا أنهم أخطؤا أو نسوا أما لو قال صدقوا أو هم عدول صدقة أو معنى هذا فقد اعترف بالحق وانقطع النزاع وعن محمد فيما اذا قال هم عدول فالقاضى يسأل المدعى عليه أشهدوا عليك بحق أم بباطل فان قال بحق فهو اقرار وان قال بغير حق لا يقضى بشئ * (فرع) اذا شهد فعدل ثم شهد لا يستعدل الا اذا طال فوقت محمد شهرا وأبو يوسف سنة ثم رجع وقال ستة أشهر (قوله واذا كان رسول القاضى الذى يسأل عن الشهود واحدا جاز والاثنان أفضل وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد لا يجوز الا اثنان والمراد) من رسول القاضى (المزكى) وهو المسؤل منه عن الشهود فيجب أن يقرأ قوله الذى يسأل عن الشهود بالبناء للمفعول والحاصل انه يكفى فى التزكية الواحد وكذا فى الرسالة اليه والرسالة منه الى القاضى وكذا فى الترجمة عن الشاهد وغيره عند أبى حنيفة وأبى يوسف وبه قال مالك وأحمد فى رواية وعند محمد لا بد من اثنين وبه قال الشافعى وأحمد فى رواية لمحمد ان التزكية فى معنى الشهادة لان ولاية القاضى تبتنى على ظهور العدالة وهى بالتزكية فتوقفت عليها كما توقفت عليها فيشترط فيه العدد كما يشترط العدالة ولذا اشترطت المذكورة فى المزكى فى الحدود كما اشترطت فى الشهادة عليها ولهما أنه ليس فى معنى الشهادة والتوقف لا يستلزم اشتراك كل ما توقف عليه فى كل حكم بل ما كان فى معنى الشهادة التى بها ثبوت الحق يكون مثلها ومالا فلا يلزم والتزكية لا يستند اليها ثبوت الحق بل الى الشهادة فكانت التزكية شرطا لا علة ولهذا وقع التفرقة بينها وبين الشهادة بالاجماع فى عدم اشتراط لفظ الشهادة فى التزكية فلا يلزم من اشتراط العدد فى الشهادة اشتراطها فى التزكية على أن التعدية تكون بجامع يعلم اعتباره واشتراط العدد فى الشهادة أمر تحكمى فى الشهادة يعنى تعبدى وفى المبسوط هو بخلاف القياس وهذا زيادة على كونه تعبدا اذ

(قال المصنف وكذا العدد بالاجماع) أقول اذا كان المستند هو الاجماع لا يرد شئ مما يحتج بالاوهام

﴿فصل﴾ لما فرغ من ذكر مراتب الشهادة شرع في بيان أنواع ما يتحمله الشاهد وهو على نوعين أحدهما ما يثبت الحكم بنفسه من غير أن يحتاج الى الاشهاد مثل البيع والاقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع الشاهد ما كان من المسموعات كالبيع والاقرار وحكم الحاكم أو رأى ما كان من المبصرات كالغصب والقتل جازله أن يشهد به وان لم يشهد عليه لانه علم ماهو الموجب بنفسه وهو الحادثة بما يوجبه وكل من علم ذلك جازله الاداء لوجود ماهو الركن في جواز الاداء قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال صلى الله عليه وسلم اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع قيل جعل العلم بالموجب ركنا في الاداء مخالف للنصين جميعا فانهما يدلان على شرطيته لا على ركنيته اذ الاحوال شروط واذا موضوعة للشرط وأجيب بانه مجاز عن الشرط وانما عبر عنه بذلك اشارة الى شدة احتياج الاداء اليه قال (ويقول أشهد أنه باع الخ) اذا سمع المبايعة ولم يشهد عليها واحتيج الى الشهادة يقول الشاهد أشهد أنه باع (ولا يقول أشهدني لانه كذب ولو سمع الاقرار من وراء حجاب) يحجب عن رؤية شخص المقر (لا يجوز أن يشهد ولو فسر للقاضي) بان قال أشهد بالسماع من وراء الحجاب (لا يقبله لان النغمة) وهو الكلام الخفي (تشبه النغمة) والمشتبه لا يفيد العلم فانتفى المطلق للاداء

﴿فصل﴾ فيما يتحمله الشاهد (قوله في بيان أنواع ما يتحمله الشاهد) أقول أراد بالجمع معنى المثنى كما لا يخفى (قال المصنف أحدهما ما يثبت بنفسه) أقول أي يثبت حكمه (١٦) كما في القسم المقابل ولعل المراد بالحكم هو جواز الشهادة على ما يفهم من تقرير الكلام قال صاحب النهاية في شرح قوله ما يثبت بنفسه أي ما لا يحتاج الى الاشهاد بل يجوز للشاهد أن يشهد بلا اشهاد بخلاف الشهادة على الشهادة انتهى قال الفاضل الشهير بخضر شاه كذا في النهاية وليس كما ينبغي بل معنى اثبات الحكم بنفسه أنه يثبت ما وضعه الشارع له وحكمه يترتب عليه بنفسه من غير أن يحتاج الى غيره من قضاء قاض كالبيع فانه يثبت حكمه أعني الملك بنفسه وكذا الاقرار يفيد ظهور المقر به بنفسه وكذا الغصب يثبت وجوب رد العين أو القيمة بنفسه وعلى هذا الخلاف الشهادة اذا تحملها الشاهد فانها بذلك لا تثبت الحكم بنفسها بل اذا نقلها الى مجلس القضاء وحكم القاضي بها ولعمري أن هذا من الظهور بحيث لا ينبغي أن يخفى على من له أدنى مسكة فضلا عن هؤلاء الاعلام انتهى وقيل معناه أن حكم البيع ثبوت الملك للمشتري في المبيع وفي الثمن للبائع ثبت بنفس العقد وكذا في نظائره أما الشهادة فما لا يثبت حكمه بنفسه بل بقضاء القاضي هذا والظاهر ما في النهاية لما أن الذي يتحمله الشاهد هو الشهادة بناء على الكلام النفسي لا المشهود به ولان تقرير الكلام يشهد له كما لا يخفى (قال المصنف مثل البيع) أقول الظاهر أن المضاف محذوف أي مثل شهادة الخ على ما هو المناسب لقوله مثل الشهادة على الشهادة أو ذلك مؤول أي مثل ما يتحمل فيها (قوله كالبيع الخ) أقول اذا كان بالعقد (قوله كالغصب) أقول وكالبيع اذا كان بالتعاطي (قوله بما يوجبه) أقول متعلق بعلم (قال المصنف قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون) أقول وأنت خبير بأن العلم هنا وفي الحديث غير مقيد بالتعلق لما هو موجب بنفسه فلا بد للتقييد من دليل فتأمل (قوله قيل جعل العلم بالموجب ركنا في الاداء) أقول بل هو ركن في اطلاق الاداء أي في تجويز الاداء (قوله واذا موضوعة للشرط) أقول ان أراد انها موضوعة للشرط المصطلح عليه في عرف الفقهاء فسلم والسند ظاهر وان أراد أنها موضوعة للشرط النحوي فسلم ولا يفيد لانه يدخل على ما ليس بشرط كقوله تعالى اذا قمتم الى الصلاة فان القيام اليها سبب للطهارة لا شرط كما صرح به في الاصول

﴿فصل * وما يتحمله الشاهد على ضربين أحدهما ما يثبت حكمه بنفسه مثل البيع والاقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع ذلك الشاهد أو رآه وسعه أن يشهد به وان لم يشهد عليه) لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الركن في اطلاق الاداء قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال النبي عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع قال (ويقول أشهد انه باع ولا يقول أشهدني) لانه كذب ولو سمع من وراء الحجاب لا يجوز له أن يشهد ولو فسر للقاضي لا يقبله لان النغمة تشبه النغمة فلم يحصل العلم

في القياس يكفي الواحد العدل لان خبره موجب للعمل لا علم اليقين وكما لا يثبت العلم بخبر الواحد لا يثبت بخبر الاثنين فلا يتعداها أي لا يتعدى الشهادة الى التزكية وهذا الخلاف في تزكية السر فأما تزكية العلانية فيشترط العدد بالاجماع على ما ذكره الخصاف مع أن الوجه المذكور يجري فيه وقدمنا انه زيادة شبه لها بالشهادة من حيث اشتراط مجلس القضاء لها انتفاء ولما ظهر من محمد اعتبار التزكية بالشهادة في حق العدد قال المشايخ فيجب عنده اشتراط أربعة من المزكين في شهود الزنا والله أعلم

﴿فصل يتعلق بكيفية الاداء ومستوفيه﴾

(قوله وما يتحمله الشاهد على قسمين أحدهما ما يثبت حكمه بنفسه) أي يكون هو تمام السبب لذلك الحكم قولا كان مثل البيع والطلاق والاقرار وحكم الحاكم أو فعلا كالغصب والقتل فاذا سمع الشاهد القول كأن سمع قاضيا يشهد جماعة ما على حكمه أو رأى الفعل كالقتل والغصب وسعه أن يشهد

(الااذا كان دخل البيت وعلم انه ليس فيه أحد سواه ثم جلس على الباب وليس فى البيت مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه له أن يشهد) لانه حصل العلم فى هذه الصورة (ومنه مالا يثبت الحكم فيه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهدا يشهد بشئ لم يجزله أن يشهد على شهادته الا أن يشهده عليها)

بذلك فيقول أشهد أنه باع أشهد أنه قضى فلو كان البيع بيع معاطاة ففى الذخيرة يشهدون على الاخذ والاعطاء وقيل يشهدون على البيع كالقولى ولا يقول أشهدنى لانه كذب وانما جاز الاداء بلا اشهاد لانه علم الموجب بنفسه وهو أى علم الموجب الركن المسوغ لاداء الشهادة لانه لا حقيقة لمسوغ الاداء سواه وقوله فى اطلاق يعنى مطلق الاداء واستدل على تسويغ الشرع للاداء فى ذلك بقوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون فأفاد أن من شهد عالما بحق كان ممدوحا فلزم أن ذلك مطلق شرعا والا لم يكن ممدوحا وقال عليه الصلاة والسلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد فأمر بالشهادة عند العلم بقينا فعن هذا صرحوا بأنه لو قال له لا تشهد على بما سمعته منى ثم قال بحضرته لرجل بقى لك على كذا وغير ذلك حل له بل يجب أن يشهد عليه بذلك وفى الخلاصة اشترى عبدا وادعى على البائع عيبا به فلم يثبته فباعه من رجل فادعى المشترى الثانى عليه هذا العيب فأنكر فالذين سمعوا منه حل لهم أن يشهدوا على العيب فى الحال والحديث رواه الحاكم فى المستدرك والبيهقى فى المعرفة من حديث ابن عباس رضى الله عنهما أن رجلا سأل النبى صلى الله عليه وسلم عن الشهادة فقال هل ترى الشمس قال نعم قال على مثلها فاشهد أودع صححه الحاكم وتعقبه الذهبى بأن محمد بن سليمان بن مشمول ضعفه غير واحد انتهى والمعلوم أن النسائى ضعفه ووافقه ابن عدى وفى العبارة المذكورة ما يفيد أنه مختلف فيه ولو سمع من وراء حجاب كثيف لا يشف من ورائه لا يجوز له أن يشهد ولو شهد وفسره القاضى بأن قال سمعته باع ولم أر شخصه حين تكلم لا يقبل له لان النغمة تشبه النغمة الا اذا أحاط بعلم ذلك لان المسوغ هو العلم غير أن رؤيته متكلما بالعقد طريق العلم به فاذا فرض تحقق طريق آخر جاز وذلك بأن يكون دخل البيت فرآه فيه وعلم أنه ليس به أحد غيره ولا منفذ غير الباب وهو قد جلس عليه وسمع الاقرار أو البيع فانه حينئذ يجوز له الشهادة عليه بما سمع لانه حصل به العلم فى هذه الصورة ونحوه ما فى الاقضية ادعى على ورثة مالا فقالا نشهد أن فلانا المتوفى قبض من المدعى صرة فيها دراهم ولم يعلما كم وزنها ان فهما قدرها وانها دراهم وان كلها حياد بما يقع عليه يقينهما بذلك فاذا شهدا به جاز وفى الفتاوى اذا أقرت المرأة من وراء حجاب لا يجوز لمن سمع أن يشهد على اقرارها الا اذا رأى شخصها فحينئذ يجوز أجمل فى هذه المسئلة ووضعها فى الخلاصة وغيرها هكذا (الشهادة على امرأة لا يعرفها سأل ابن محمد بن الحسن أبا سليمان عنها قال لا يجوز حتى يشهد جماعة انها فلانة أما عند أبى يوسف وأبيك فيجوز اذا شهد عنده عدلان انها فلانة وهل يشترط رؤية وجهها اختلف المشايخ فيه منهم من لم يشترط واليه مال الامام خواهر زاده وفى النوازل قال يشترط رؤية شخصها وفى الجامع الاصغر يشترط رؤية وجهها وأنت تعلم انه لا بد من معرفة تفيد التمييز عند الاداء عليها فاذا ثبت أن التعريف يفيد التمييز لزم أن لا حاجة الى رؤية وجهها ولا شخصها كما اختاره شيخ الاسلام خواهر زاده الا اذا لم يوجد من يعرفها واذا وجد حينئذ يجرى الخلاف المذكور انه يكفى فى المعرفة عدلان أو لا بد من جماعة ووافقه ما فى المنتقى تحمل الشاهد الشهادة على امرأة فما دامت فشهدا عندها أن المقرة فلانة جاز له أن يشهد عليها نقله فى الخلاصة وفى المحيط شهدا على امرأة سمياها ونسياها وكانت حاضرة فقال القاضى أتعرفانها فان قالا لا لا تقبل شهادتهما ولو قالا نحملناها على المسماة بفلانة بنت فلان الفلانية ولا ندرى أنها هذه أم لا صحت الشهادة وكلف المدعى أن يأتى بآخرين يشهدان أنها فلانة بنت فلان بخلاف الاول لانهما هناك أقرا بالجهالة فبطلت الشهادة فهذا ونحوه

ثم جلس على الباب وليس للبيت مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه وشهد عنده اثنان بأنها فلانة بنت فلان جاز له أن يشهد حينئذ وكذا اذا رأى شخص المقر حال الاقرار لرقة الحجاب وليست رؤية الوجه شرطا ذكره فى الذخيرة لانه حصل العلم فى هذه الصورة قال (ومنه مالا يثبت الحكم فيه بنفسه الخ) النوع الثانى من الشهادة مالا يثبت الحكم فيه بنفسه (مثل الشهادة على الشهادة فانها لا يثبت بها الحكم مالم يشهد فاذا سمع شاهدا يشهد بشئ لم يجز له أن يشهد على شهادته

(قوله وشهد عنده اثنان) أقول الظاهر أن يقال أو شهد فان فى الصورة الاولى تمس الحاجة الى الشهادة اذا علم أن الكائن فى داخل البيت من هو (قال المصنف فاذا سمع شاهدا يشهد بشئ لم يجز أن يشهد الخ) أقول علله العلامة النسفى فى الكافى بقوله لانه تصرف على الاصل من حيث زوال ولايته فى تنفيذ قوله على المشهود عليه وازالة الولاية الثابتة للغير ضرر عليه فلا بد من الانابة والتحميل منه انتهى ولا مر متأمل

(٣ — فتح القدير سادس) دليل صاحب الهداية الى هذا فليتأمل فى انه هل يمكن ارجاع ما فى الهداية الى ما ذكره صاحب الكافى بان يجعل دليلا على صحة تفريع قوله فلا بد من الانابة والتحميل على ما فرع عليه كما يفهم من الشروح

لان الشهادة) أي شهادة الاصول (موجبة بالنقل الى مجلس القضاء) ولا يكون النقل الا بالانابة والتحميل والاول اشارة الى مذهب محمد رحمه الله فانه يقول بطريق التوكيل ولا توكيل الا بامر الموكل والثاني اشارة الى مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله فانهم مالم يجعلاه بطريق التوكيل بل بطريق التحميل قال الامام فخر الاسلام أما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف فان الحكم يضاف الى الفروع لكن تحملهم انما يصح بعيان ماهو حجة والشهادة في غير مجلس القاضي ليست بحجة فيجب النقل الى مجلس القاضي ليصير حجة فيتبين أن التحميل حصل بما هو حجة فلما لم يكن بد من النقل لم يكن بد من التحميل وفيه مطالبة لانا سلمنا أن النقل لا بد منه ولكن توقفه على التحميل يحتاج الى بيان فلو سلكنا فيه أن نقول الشهادة على الشهادة تحميل لانا لا نعني بها الا ذلك ولا تحميل فيما لا يشهد ثم البيان وعلى هذا اذا سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسع له أن يشهد لانه ما حمله وانما حمل غيره

قال المصنف (وانما تصير موجبة (١٨) بالنقل الى مجلس القاضي) أقول قال الزيلعي وصاحب النهاية ولهذا تعتبر عدالة

لان الشهادة غير موجبة بنفسها وانما تصير موجبة بالنقل الى مجلس القضاء فلا بد من الانابة والتحميل ولم يوجد (وكذا لو سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسع للسامع أن يشهد) لانه ما حمله وانما حمل غيره

الاصول انتهى وقال ابن الهمام وهذا الاطلاق يقتضي انه لو سمعه يشهد في مجلس القاضي حل له أن يشهد على شهادته لانها حينئذ ملزمة انتهى وفيه تأمل سيجيء في العناية في باب الشهادة على الشهادة نقلا عن الفوائد الظهيرية وقد قصد تزييف هذا الدليل أن الفرع لا يسعه الشهادة على الشهادة وان كان الاصل شهد بالحق عند القاضي في مجلسه انتهى وفي لطائف الاشارات ولا يشهد على شهادة غيره بلا اشهاد لانه نقل فلا بد من التحميل عندهم صح لو سمعه يشهد بمجلس الحكم (قوله لم يجعلاه بطريق التوكيل بل بطريق التحميل) أقول ولهذا لو نهى عن الشهادة بعد اشهاده لا يصح نهيه ويجوز له أن يشهد (قوله لكن تحملهم انما يصح بعيان ماهو حجة) أقول اذ لا فائدة في تحمل (قوله ما لا يصير حجة ثم المراد من قوله ماهو حجة كونه حجة في المال (قوله والشهادة الى قوله بما هو حجة) أقول اذ لا علم لهم قبل النقل بكونها حجة فلعل القاضي لا يقبلها لامر لا يحيط به علم الشاهد (قوله ولكن توقفه على التحميل محتاج الى بيان) أقول ويمكن أن يبين بانه اذا لم يكن بد من نقل شهادة الاصول وظاهر أن نقلها تصرف على الاصل من حيث زوال ولايته في تنفيذ قوله على المشهود عليه وازالة الولاية ضرر عليه ولا ضرر في الاشهاد فلا بد من التحميل كما في سائر الولايات (قوله فلو سلكنا فيه أن نقول الشهادة على الشهادة تحميل الخ) أقول كيف يتحد ان والشهادة صفة الفرع والتحميل صفة الاصل الا أن يقال انهما كالتعليم والتعلم والايجاب والوجوب وفيه نظر نعم الاشهاد على الشهادة تحميل كسائر الاشهادات لكن الكلام في احتياج الشهادة الى الاشهاد (قوله لانا لا نعني بها الا ذلك) أقول يعني على مذهبهما ثم نقول فيه بحث فان احتياج الشهادة على الشهادة الى التحميل محتاج الى البيان بل يجوز أن يقال هو أول المسئلة

يفيد ما قلناه ومنه ما لا يثبت حكمه بنفسه وهو الشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهدا يشهد بشيء لم يجز أن يشهد على شهادته الا أن يشهده ذلك الشاهد على شهادته نفسه لان الشهادة غير موجبة بنفسها بل بالنقل الى مجلس القضاء فلا بد من الانابة والتحميل ولهذا لو سمعه يشهد شاهدا على شهادته لم يسع السامع أن يشهد لانه ما حمله وانما حمل غيره وهذا الاطلاق يقتضي انه لو سمعه يشهد في مجلس القاضي حل له أن يشهد على شهادته لانها حينئذ ملزمة انتهى

(فروع) كتب الى آخر رسالة من فلان الى فلان كتبت تتقاضى الالف التي لك علي وكنت قضيتك منها خمسمائة وبقي علي خمسمائة أو كتب الى زوجته قد بلغني كتابك تسألين الطلاق فأنت طالق طلقت ساعة كتب وينبغي لمن علم ذلك أن يشهد بالمال والطلاق وهي شهادة حق بخلاف ما لو كتب صك وصية وقال للشهود اشهدوا علي بما فيه ولم يقرأه عليهم قال علماؤنا لا يجوز لهم أن يشهدوا عليه وقيل لهم ذلك والصحيح الاول وانما يحل لهم أن يشهدوا بما فيه اذا قرأه عليهم أو رأوه يكتب وهم يقرؤنه أو كتبه غيره ثم قرأه عليه بحضرة الشهود فقال لهم هو اشهدوا علي بما فيه ولو قرأه عليه فقال الشاهدان نشهد عليك بما فيه فحرك رأسه بنعم بلا نطق فهو باطل الا في الاخرس ومثله ما اذا دفع اليهم وصية مختومة وقال هذه وصيتي وختمي فاشهدوا علي بما فيه لا يجوز أن يشهدوا بما فيه وعن أبي يوسف اذا كتب بحضرة الشهود وأودعه الشاهد ولم يعرف الشاهد ما فيه وأمره أن يشهد بما فيه وسعه أن يشهد لانه اذا كان في يده كان معصوما من التبديل واعلم أنه انما يجوز لهم أن يشهدوا في المسئلة السابقة اذا كان الكتاب على الرسم المعروف بان كان على ورقة وعنون كما هو العادة في الكتابة الى الغائب واذا شهد على ذلك التقدير فقال لهم لم أرد الاقرار والطلاق لا بد بينه القاضي وبين فيما بينه وبين الله تعالى أما لو رآه كتب ذكر حق على نفسه لرجل لا على ذلك الوجه ولم يشهدهم به لا يحل لهم أن يشهدوا بالدين لجواز كونه للتجربة بخلاف الكتابة المرسومة وبخلاف خط السمسار والصراف لانه حجة للعرف الجاري به على ما يأتي ان شاء الله تعالى في كتاب الاقرار

(ولا يحل للشاهد اذا رأى خطه أن يشهد الا أن يتذكر الشهادة) لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم قيل هذا على قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يحل له أن يشهد وقيل هذا بالاتفاق وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادته في ديوانه أو قضيته لان ما يكون في قطره فهو تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فحصل له العلم بذلك ولا كذلك الشهادة في الصك لانه في يد غيره وعلى هذا اذا تذكر المجلس الذي كان فيه الشهادة أو أخبره قوم ممن يثق به أنا شهدنا نحن وأنت قال

(قوله ولا يحل للشاهد اذا رأى خطه أن يشهد الا اذا تذكر شهادته) التي صدرت منه فان لم يتذكر وجزم انه خطه لا يشهد لان هذا الجزم ليس بجزم بل تخيل الجزم لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم هكذا ذكره القدوري ولم يذكر خلافا هو ولا في شرحه للاقطع وكذا الخصاف ذكرها في أدب القاضي ولم يحك خلافا وما حكى الخلاف الفقيه أبو الليث وغيره كشمس الائمة قال المصنف قيل هذا على قول أبي حنيفة وعندهما يحل له أن يشهد وقيل هذا بالاتفاق يعني عدم جواز الشهادة اذا رأى ولم يتذكر وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادة في ديوانه يعني رأى في ديوانه شهادة شهود أديت عنده ولم يتصل بها حكم ثم جاء المشهود له وطلب حكم القاضي والقاضي لا يتذكر أنه شهد عنده شهود بذلك لم يجز له أن يحكم عنده وبه قال الشافعي ورواية عن أحمد وعند أبي يوسف ومحمد اذا وجده في قطره تحت خاتمه يجوز أن يقضي به وبه قال مالك وأحمد في رواية وكذا اذا رأى قضيته أي رأى حكمه مكتوبا في خريطته وهي القمطرة ولم يتذكر أنه حكم فهو على هذا الخلاف فظهر أن المصنف حكى الخلاف فيهما واحدا بينه وبينهما وشمس الائمة في أدب القاضي من المبسوط حكى الخلاف كذلك في وجدان صحيفة الحكم وأما في شهادة الشاهد يجدها في صكه وعلم أنه خطه ولم يتذكر الحادثة وفي الحديث يجده مكتوبا بخطه ولم يتذكر ووجد سماعه مكتوبا بخط غيره وهو خط معروف فعلى خلاف ذلك وقد صارت الفصول ثلاثة وجدان القاضي الشهادة عنده أو حكمه ووجدان الشاهد خطه والراوي في الحديث قال محمد أخذ في الفصول الثلاثة بالرخصة تيسيرا وقال يعتمد الخط اذا كان معروفا وأبو يوسف في مسئلة القضاء والرواية أخذ بالرخصة لان المكتوب كان في يده أو يد أمينه وفي مسئلة الشهادة أخذ بالعزيمة لانه كان في يد الخصم فلا يأمن الشاهد التغيير فلا يعتمد خطه وحاصل وجه غير أبي حنيفة في صور خلافهم ان وضع الخط ليرجع اليه عند النسيان والا فلا فائدة وهو يمنع حصر الفائدة في ذلك بل صح أن تكون فائدته أن يتذكر برؤيته عند النسيان الا أني أرى أنه اذا كان محفوظا مأمونا عليه من التغيير كان يكون تحت ختمه في خريطته المحفوظة عنده أن يترجح العمل بها بخلاف ما اذا كان عند غيره لان الخط يشبه الخط ورأينا كثيرا تحاكى خطوطهم حتى اني رأيت ببلدة الاسكندرية خط رجل من أهل العلم يعرف بالقاضي بدر الدين الدماميني كان رحمه الله فقيها مالكيا شاعرا أديبا فصيحا وخط آخر بها شاهد يعرف بالخطيب لا يفرق الانسان بين خطيهما أصلا ودماميني بالنون بلدة بالصعيد ولقد أخبرني من أثق بصلاحه وخبره أنه شاهد رجلا كان معيدا في الصلاحية بالقدس الشريف وضع رسم شهادته في صك فأخذ من صاحبه عدوانا فكتب رجل مثله ثم عرضه على ذلك الكاتب فلم يشك أنه خطه وهذا قول أبي يوسف ويقتضي أنه لو كان الصك في يد الشاهد تركه الطالب في يده منذ كتبه جاز أن يشهد اذا عرف أنه خطه ولم يذكر الحادثة وبهذا أجاب محمد بن مقاتل حين كتب اليه نصير بن يحيى فيمن نسي شهادته ووجد خطه وعرفه هل يسعه أن يشهد قال اذا كان الخط في حرزه يسعه أن يشهد وقال في المجرد قال أبو حنيفة لو شهدوا على صك فقالوا نعرف أن هذا خطنا وخواتيمنا لكن لا نذكره لم يكن للقاضي أن ينفذ شيأ من ذلك فان أنفذه

(قال المصنف وانما الخلاف الى قوله يؤمن عليه الخ) أقول قوله أو قضيته أي حكمه يعني فيما جوزه لان ما يكون الخ ودليل أبي حنيفة لعدم التجويز قدمر آنفا وهو مشابهة الخط للخط فلذلك لم يتعرض له هنا

قيل لا يحل له ذلك بالاتفاق وقيل لا يحل عند أبي حنيفة خلافا لهما قال (ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشئ لم يعاينه الخ) قد تقدم أن العلم شرط أداء الشهادة فلا يجوز أن يشهد بشئ لم يعاينه (الا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فانه يسعه أن يشهد بهذه الاشياء اذا أخبره بها من يثق به وهو استحسان والقياس أن لا يجوز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة) بالاشتقاق الكبير وقد تقدم معناه في أول الكتاب (وذلك بالعلم) أي المشاهدة وكانه من باب القلب لان العلم يكون بالمشاهدة ويجوز أن يكون معناه

(ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشئ لم يعاينه الا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فانه يسعه أن يشهد بهذه الاشياء اذا أخبره بها من يثق به) وهذا استحسان والقياس أن لا تجوز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم ولم يحصل فصار كالبيع وجه الاستحسان أن هذه أمور تختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس

قاض غيره ثم اختصموا اليه فيه أنفذه لان هذا مما يختلف فيه القضاة وهذا يفيد أنه لو ذكر للقاضي اني أشهد من غير تذكر للحادثة بل لمعرفة خطي لم تقبل فانه لم يحك خلافا ولو نسي قضاءه ولا سجل عنده فشهد شاهدان أنك قضيت بكذا لهذا على هذا فان تذكر أمضاه وان لم يتذكر فلا اشكال أن عند أبي حنيفة لا يقضي بذلك وقيل وأبو يوسف كذلك وعند محمد يعتمد ويقضي به وهو قول أحمد وابن أبي ليلى وعلى هذا لو سمع من غيره حديثا ثم نسي الاصل روايته للفرع ثم سمع الفرع يرويه عنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يعمل به وعند محمد يعمل به ومن ذلك المسائل التي رواها محمد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله ونسيها أبو يوسف وهي ست فكان أبو يوسف رحمه الله لا يعتمد رواية محمد لها عنه ومحمد كان لا يدع روايتها عنه كذا قالوا والله أعلم ان في تخريج المسائل الست اشكالا لان المذكور عند ذكرهم لهذه المسائل أن أبا يوسف أنكر وقال ما رويت لك عن أبي حنيفة ذلك على ما صرح به في الهداية فيما اذا صلى أربعا وترك القراءة في احدى الاولين واحدى الاخريين انه يلزمه قضاء أربع فقال أبو يوسف ما رويت لك الا ركعتين وهذه الصورة ليست من صور نسيان الاصل رواية الفرع بل من صور تكذيب الاصل رواية الفرع عنه كما يعرف في الاصول ولا خلاف يحفظ فيه بين المحدثين والاصوليين أن رواية الفرع ترد في ذلك بخلاف ما اذا نسي الاصل ولم يجزم بالانكار فلا ينبغي اعتبار قول محمد رحمه الله نعم اذا صح اعتبار ما ذكره عنه تخريجا على أصول أبي حنيفة يمكن (قوله ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشئ لم يعاينه) أي لم يقطع به من جهة المعاينة بالعين أو السماع الا في النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فانه يسعه أن يشهد بهذه الامور اذا أخبره بها من يثق به من رجلين عدلين أو رجل وامرأتين ويشترط كون الاخبار بلفظ الشهادة وفي الموت اذا قلنا يكفي الواحد لا يشترط لفظ الشهادة بالاتفاق أو بتواتر الخبر بذلك وقيل في الموت يكتفى باخبار واحد عدل أو واحدة وهو المختار بخلاف ما سواه لانه قلما يشاهد حاله عند الموت الا واحد لان الانسان يهابه ويكرهه فاذا رآه واحد عدل ويعلم أن القاضي لا يقضي بذلك وهو عدل أخبر غيره ثم يشهدان بموته ولا بد أن يذكر ذلك المخبر أنه شهد موته أو جنازته أو دفنه حتى يشهد الآخر معه وكذا لو جاء خبر موت رجل وصنع أهله ما يصنع بالموتى لم يسع لاحد أن يشهد بموته الا ان شهد موته أو سمع ممن شهد ذلك ذكره في الفتاوى والاكتفاء بالعدلين نقل عن أبي يوسف وعن أبي حنيفة رحمه الله لا يشهد حتى يسمع من جماعة وقال الخصاف في الكل حتى يسمع من العامة وتتابع الاخبار ويقع في قلبه تصديق ذلك من غير تفصيل وفي الفصول عن شهادات المحيط في النسب أن يسمع أنه فلان بن فلان من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب عند أبي حنيفة وعندهما اذا أخبره عدلان انه ابن فلان تحل الشهادة

المشاهدة تكون بسبب من أسباب العلم (ولم يحصل فصار كالبيع) فانه لا يجوز للشاهد أن يشهد به بالسماع بل لابد من المشاهدة (ووجه الاستحسان أن هذه الامور الخمسة لو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع أدى الى الحرج وتعطيل الاحكام لانها (أمور تختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس) لا يطلع عليها الا هم

(قال المصنف ولا يجوز للشاهد الى قوله وولاية القاضي) أقول سيجيء في آخر هذه الصحيفة جواز الشهادة في الاموال بالتسامع (قوله قد تقدم الخ) أقول في الدرس السابق (قوله وقد تقدم معناه) أقول حيث تكلم في أول كتاب الطهارة على اشتقاق الوجه من المواجهة وقال هناك الاشتقاق الكبير هو أن يكون بين كلمتين تناسب في اللفظ والمعنى ويجوز أن يكون الثلاثي مشتقا من المنشعبة بهذا الاشتقاق (قوله وكانه من باب القلب) أقول يجوز أن يكون الباء للملابسة فلا قلب حينئذ (قوله ويجوز أن يكون الى قوله ولم يحصل) أقول السماع من أسباب علم المشاهدة وأبو وقد حصل الا أن يقال الالف واللام عوض عن المضاف اليه أي من أسباب علم المشاهدة فليتأمل (قال المصنف وجه الاستحسان الى قوله خواص من الناس) أقول الظاهر أن اعتبار الاسباب لا يستقيم في غير النسب والقضاء الا أن يحمل على التغليب وفيه شئ

(وقد يتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون) كالارث فى النسب والموت والنكاح وثبوت الملك فى قضاء القاضى وكمال المهر والعدة وثبوت الاحصان والنسب فى الدخول (فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع أدى الى ذلك) وهو باطل بخلاف البيع فانه مما يسمعه كل أحد فان قيل هذا الاستحسان مخالف للكتاب فان العلم مشروط فى الكتاب ولا علم فيما نحن فيه أجاب بقوله (وانما يجوز للشاهد) يعنى لا نسلم أن لا علم فيما نحن فيه فانه انما يجوز للشاهد (أن يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر أو باخبار من يثق به كما قال فى الكتاب) وبين ان العدد فيمن يثق به شرط وهو (أن يخبره رجلان عدلان أو رجل وامرأتان ليحصل له (٢١) نوع علم) وهذا على قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله وأما على قول أبى حنيفة فلا تجوز الشهادة مالم يسمع ذلك من العامة بحيث يقع فى قلبه صدق الخبر واذا ثبتت الشهرة عندهما بخبر عدلين يشترط أن يكون الاخبار بلفظ الشهادة على ما قالوا لانها توجب زيادة علم شرعا لا توجبها اللفظ الخبر (وقيل يكتفى فى الموت باخبار واحد أو واحدة) فرقوا جميعا بين الموت والاشياء الثلاثة اى النكاح والولادة وتقليد الامام القضاء لان الغالب فيها أن تكون بين الجماعة أما النكاح فانه لا ينعقد الا بشهادة اثنين والولادة فانها تكون بين الجماعة فى الغالب وكذلك تقليد الامام للقضاء وأما الموت (فانه قلما يشاهد غير الواحد اذ الانسان يهابه ويكرهه فيكون فى اشتراط العدد بعض الحرج) بخلاف النسب والنكاح (وقوله وينبغى أن يطلق أداء الشهادة) بيان لكيفية الاداء وينبغى أن يطلق ذلك فيقول فى النسب أشهد أن فلان بن فلان كما يشهد أن أبا بكر وعمر رضى الله عنهما ابنا أبى قحافة والخطاب

و يتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع أدى الى الحرج وتعطيل الاحكام بخلاف البيع لانه يسمعه كل أحد وانما يجوز للشاهد أن يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر أو باخبار من يثق به كما قال فى الكتاب ويشترط أن يخبره رجلان عدلان أو رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم وقيل فى الموت يكتفى باخبار واحد أو واحدة لانه قلما يشاهد حاله غير الواحد اذ الانسان يهابه ويكرهه فيكون فى اشتراط العدد بعض الحرج ولا كذلك النسب والنكاح وينبغى أن يطلق أداء الشهادة

وأبو بكر الاسكاف كان يفتى بقولهما وهو اختيار النسفى وفى النكاح لم يشترط المصنف مع رؤيته دخوله الى آخره أن يسمع من الناس أنها زوجته وكذا القضاء وذكره غيره وهو الحق ثم قول أحمد كقولنا فيما سوى الدخول وقول للشافعى ورواية عن مالك والمصنف لم يبحث خلافا بل جعل قياسا واستحسانا فالقياس عدم الجواز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة فان الاشتقاق انتظام الصيغتين معنى واحد بعد اشتراكهما فى الحروف الاصول والمشاهدة منتفية يعنى القطع فلا تجوز كما فى البيع وغيره كما لو سمع بالاستفاضة أنه باع لم تجز الشهادة عليه بالبيع وكذا غيره وجه الاستحسان أن العادة جارية بذلك وذلك بسبب أنه لا طريق الى معرفة هذه الاشياء سوى الخبر اذ لم تجر العادة بحضور الناس الولادة وانما يرون الولد مع أمه أو مرضعته وينسبونه الى الزوج فيقولون هو ابن فلان وكذا عند الموت لا يحضره غالبا الا الاقارب فاذا رأوا الجنازة والدفن حكموا بموت فلان وكذا النكاح لا يحضره كل أحد وانما يخبر بعضهم بعضا ان فلانا تزوج فلانة وكذا الدخول لا يعلم الا اماما رات فان الوطء لا يشاهد وكذا ولاية السلطان للقاضى لا يحضرها الا الخواص وانما يحضرون جلوسه وتصديه للاحكام واذا كانت العادة أن علم هذه الاشياء غالبا لا يحصل الا ببعض أفراد وان الناس يعتمدون فيه على الخبر كان الخبر مسوغا للشهادة والاضاعت حقوق عظيمة تبقى على مر الاعصار كالنسب والنكاح والارث والموت ويترتب عليها أمور كثيرة مثل العدة والاحصان وكمال المهر فى الدخول والحاسم لمادة الشغب الاجماع على وجوب الشهادة بان عائشة بنت أبى بكر رضى الله عنهما وأنها زوجة النبى صلى الله عليه وسلم وانه دخل بها وأن عليا رضى الله عنه ابن أبى طالب وعمر رضى الله عنه ابن الخطاب وأن شريحا كان قاضيا وان أبا بكر وعمر وعثمان وعليا رضى الله عنهم ماتوا وان لم نعاين شيأ من ذلك وحكى فى الخلاصة عن ظهير الدين فى الدخول لا تجوز الشهادة فيه بالتسامع فلو أراد أن يثبت الدخول بثبت الخلوة الصحيحة ونص الخصاف على أنه يجوز بالتسامع لانه أمر يشتهر بخلاف الزنا فانه فاحشة تستر (قوله وينبغى أن يطلق أداء الشهادة) فيشهد أنه ابنه أو أمير أو قاض أما اذا فسر للقاضى انه شهد عن تسامع بين الناس لم تقبل شهادته كما أنه اذا شهد بالملك لمعاينة اليد حل له وتقبل ولو فسر فقال لانى رأيتها فى يده فى وقت

(قال المصنف ويتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون) أقول على بمعنى بعد كما يفهم من تقرير النهاية الا أنه لم يثبت ولعل ما ذكره صاحب النهاية بيان حاصل المعنى (قال المصنف أو باخبار من يثق به) أقول لعله عطف على قوله بالاشتهار فان ثبوت الشهرة باخبار عدلين لا يخلو عن بعد ثم بقى ههنا بحث لان اخبار من يثق لا يفيد حكم العلم والاصح الشهادة بذلك فى البيع وأمثاله واشتراط التواتر يعدم أو يهدم مبنى الاستحسان ويمكن أن يراد بالعلم هو العلم الميسر فى حق المشهود به ففى حق هذه الاشياء القدر الميسر هذه المرتبة وفيما فوقها حرج بخلاف البيع وأمثاله (قوله يشترط أن يكون الاخبار) أقول أى اخبار عدلين

ولم يشاهد شيأ من ذلك (فأما اذا فسر للقاضي أنه يشهد بالتسامع لم تقبل كما أن معاينة اليد في الاملاك تطلق الشهادة واذا فسر) بانه انما يشهد لانه رآه في يده (لا تقبل كذلك هذا ولو رأى انسانا جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حل له أن يشهد بكونه قاضيا) وان لم يعاين تقليد الامام اياه (واذا رأى رجلا وامرأة يسكنان بيتا وينبسط كل منهما الى الآخر انبساط الازواج) جاز له أن يشهد بانها امرأته فان سأله القاضي هل كنت حاضرا فقال لا تقبل شهادته لانه يحل له أن يشهد بالتسامع كما يشهد بامهات المؤمنين أزواج النبي صلى الله عليه وسلم فعلى الرؤية أولى وقيل (٣٢) لا تقبل لانه لما قال لم يعاين العقد تبين للقاضي أنه شهد به بالتسامع ولو قال أشهد لاني سمعت لا تقبل فكذا هذا (ومن شهد أنه شهد دفن فلان أو صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي قبله) لانه لا يدفن الا الميت ولا يصلى الا عليه ولو قالا نشهد أن فلانا مات أخبرنا بذلك من نثق به جازت شهادتهما هو الاصح وأما الشهادة على الدخول بالشهرة والتسامع فقد ذكر الخصاف أنه يجوز لانه أمر تتعلق به أحكام مشهورة كما ذكرنا ففي عدم قبولها حرج وتعطيل وقوله (ثم قصر الاستثناء في الكتاب) بيان أن الشهادة بالتسامع هل هي محصورة فيما ذكر في الكتاب أولا ففي ظاهر الرواية محصورة (وعن أبي يوسف رحمه الله آخرا أنه يجوز في الولاء لانه بمنزلة النسب قال صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب) والشهادة على النسب بالتسامع جائزة كما مر فكذا على الولاء ألا ترى أنا نشهد أن قنبرا مولى علي وعكرمة مولى ابن عباس رضي الله عنهما وان لم ندرك ذلك (وعن محمد انها تقبل في الوقف لانه يبقى على مر الاعصار) والجواب بالتسامع عن قول أبي يوسف أن الولاء يبتني على ازالة ملك اليمين ولا بد فيه من المعاينة لانه يحصل بكلام تسمعه الناس وليس كالولادة فلا حاجة فيه

أما اذا فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع لم تقبل شهادته كما أن معاينة اليد في الاملاك تطلق الشهادة ثم اذا فسر لا تقبل كذا هذا ولو رأى انسانا جالسا مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حل له أن يشهد على كونه قاضيا وكذا اذا رأى رجلا وامرأة يسكنان بيتا وينبسط كل واحد منهما الى الآخر انبساط الازواج كما اذا رأى عينا في يد غيره ومن شهد أنه شهد دفن فلان أو صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي قبله ثم قصر الاستثناء في الكتاب على هذه الاشياء الخمسة ينفي اعتبار التسامع في الولاء والوقف وعن أبي يوسف رحمه الله آخرا انه يجوز في الولاء لانه بمنزلة النسب لقوله عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب وعن محمد رحمه الله أنه يجوز في الوقف لانه يبقى على مر الاعصار الا ترى أنا نقول الولاء يبتني على زوال الملك ولا بد فيه من المعاينة فكذا فيما يبتني عليه

من الاوقات لا تقبل وفي الفوائد الظهيرية شهدا على النكاح والنسب وفسروا قالا سمعنا ذلك من قوم لا يتصور اجتماعهم على الكذب لا تقبل وقيل تقبل وقال صاحب العمدة لو قالا أخبرنا بذلك من نثق به تقبل وجعله الاصح واختاره الخصاف وفي فصول الاستروشني لو شهدا على النكاح فسألهما القاضي هل كنتما حاضرين فقالا لا تقبل شهادتهما لانه يحل لهما الشهادة بالتسامع وقيل لا تقبل كانهما قالا لم نعاين ولو شهدا وقالا سمعنا لا تقبل فكذا هذا ولو شهدا أنهما دفنا أو قالا شهدنا جنازته تقبل ولو شهد بالموت واحد وآخر بالحياة تأخذ امرأته بشهادة الموت لانها تثبت العارض ذكره رشيد الدين في فتاواه وفي الخلاصة لو أخبرها واحد بموته واثنان بحياته ان كان المخبر بالموت عدلا ويشهد أنه عاين موته أو جنازته وسعها أن تتزوج بعد انقضاء عدتها ثم قال هذا اذا لم يؤرخا فان أرخا وتاريخ شاهدي الحياة بعد تاريخ شاهدي الموت فشهادة شاهدي الحياة أولى وكذا بقتله انتهى وأطلق في وصايا عصام الدين فقال شهدا أن زوجها مات أو قتل وآخران على الحياة فالموت أولى وفي فتاوى الفضلي شهد عندها عدل أن زوجها مات أو قتل أو ارتد والعياذ بالله هل لها أن تتزوج روايتان في السير لا يجوز وفي الاستحسان يجوز * ومن فروع التسامع في فتاوى النسفي قال رجل لامرأة سمعت أن زوجك مات لها أن تتزوج ان كان المخبر عدلا فان تزوجت ثم أخبرها جماعة انه حي ان صدقت الاول يصح النكاح وفي المنتقى لم يشترط تصديقها بل شرط عدالة المخبر فقط وقد يخال ان هذا خلاف ما تقدم وقد يفرق بان ذلك في حل اقدامها وعدمه وهذا بعد أن تزوجت واستحقها الزوج الثاني ظاهرا والشيء بالشيء يذكر اذا أخبرها واحد عدل أو شهد عند وليها بان زوجها طلقها أو مات عنها ووقع في قلبها صدقه لها أن تعتد وتتزوج وذكر رشيد الدين أيضا فيه انما تجوز الشهادة بالتسامع على الموت اذا كان الرجل معروفا بان كان عالما أو من العمال أما اذا كان تاجرا أو من هو مثله لا تجوز الا بالمعاينة (قوله ثم قصر الاستثناء في الكتاب) أي استثناء القدوري حيث قال الا في النسب الى آخر الاشياء الخمسة ينفي اعتبار التسامع في الولاء والوقف فلا تجوز الشهادة بالتسامع فيهما وعن أبي يوسف تجوز في الولاء

(قال المصنف أما اذا فسر للقاضي الى قوله لم تقبل شهادته) أقول لان اسناده لضعف دليل يريد أن يجعل العهدة على غيره (قوله فعلى الرؤية أولى) أقول فتحمل شهادته على أحدهما (قوله لانه الى قوله انه شهد به بالتسامع) أقول فيه بحث لانه يجوز أن يشهد بالرؤية (قوله ولو قالا الخ) أقول المسئلة في النهاية نقلا عن صاحب العمدة (قوله ان الولاء يبتني على ازالة ملك اليمين الخ) أقول يعني ازالته بالاعتاق

الى اقامة التسامع مقام البينة قال شمس الائمة السرخسي الشهادة على العتق بالتسامع لاتقبل بالاجماع وأما الوقف فذهب بعض المشايخ الى أنها لاتحمل فيه بالتسامع مطلقا ويدل عليه عبارة الكتاب وقال بعضهم تقبل في أصله (٢٣) وهو اختيار شمس الائمة السرخسي دون

وأما الوقف فالصحيح انه تقبل الشهادة بالتسامع في أصله دون شرائطه لان أصله هو الذي يشتهر قال (ومن كان في يده شئ سوى العبد والامة وسعك أن تشهد أنه له) لان اليد أقصى ما يستدل به على الملك اذهي مرجع الدلالة في الاسباب كلها

بالتسامع رجع اليه وكان أولا يقول كقول أبي حنيفة ومحمد لاتجوز الا أن يسمعا العتق ثم رجع الى أنه تجوز لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب وفي النسب تجوز بالتسامع فكذا في الولاء ألا ترى أنا نشهد أن قنبرا مولى علي بن أبي طالب رضي الله عنه ونافعا مولى ابن عمر وبلالا مولى أبي بكر الصديق ولهما أنه ينبني على العتق والعتق لكونه قولا يسمع وكثيرا ما يقصد الاشهاد عليه لايثبت بالتسامع فكذا ما ينبني عليه وليس تجويزنا بالسماع لكون الشئ مما يشتهر بل للضرورة لما ذكرنا من أن النسب لايرى اذ لايرى العلوق وكذا تقليد القاضي القضاء الا الخواص والموت والباقي فيؤدي الى ما ذكرنا ولا كذلك العتق وكون نافع مولى ابن عمر ونحوه من باب الاخبار الحق وهذا بناء على أن لاخلاف في العتق انه لاتقبل بالتسامع وعليه نص شمس الائمة وذكر الصدر الشهيد عن الحلواني ان الخلاف ثابت في العتق أيضا عند أبي يوسف تجوز بالتسامع خلافا لهما وهو قول مالك وأحمد وقول للشافعي وشرط الخصاف في الولاء على قول أبي يوسف شرطا لم يذكره محمد في المبسوط فقال انما تقبل اذا كان العتق مشهورا وللعتق أبوان أو ثلاثة في الاسلام قال المصنف (وأما الوقف فالصحيح انه تقبل الشهادة بالتسامع عليه في أصله) وقال الاقطع في شرحه قال محمد تجوز وقوله لان أصله هو الذي يشتهر ليس بذاك والوجه في التوجيه انه وان كان قولا مما يقصد الاشهاد عليه والحكم به في الابتداء لكنه في توالي الاعصار تبيد الشهود والاوراق مع اشتهار وقفيته فيبقى في البقاء سائبة ان لم تجز الشهادة به بالتسامع فمست الحاجة الى ذلك وقوله فالصحيح الخ احتراز عن قول طائفة من المشايخ قال في الفصول اختلف المشايخ قال بعضهم يحمل وقال بعضهم لايحمل ومن المشايخ من قال تجوز على أصل الوقف بالتسامع لا على شرائطه واليه مال شمس الائمة السرخسي وهو ماذكره المصنف وليس معنى الشروط أن يبين الموقوف عليه بل أن يقول يبدأ من غلتها بكذا وكذا والباقي كذا وكذا وفي الفتاوى الصغرى في الفصل الثاني من كتاب الشهادات اذا شهدوا أن هذا وقف على كذا ولم يبينوا الواقف ينبغي أن تقبل ونص عن الشيخ الامام ظهير الدين اذا لم يكن الوقف قديما لابد من ذكر الواقف واذا شهدوا أن هذه الضيعة وقف ولم يذكروا الجهة لاتجوز ولاتقبل بل يشترط أن يقولوا وقف على كذا ثم قال وماذكرهنا وفي الاصل صورته أن يشهدوا بالتسامع أنها وقف على المسجد أو المقبرة ولم يذكروا انه يبدأ غلتها فيصرف الى كذا ثم ما فضل يصرف الى كذا لايشهد على هذا الوجه بالتسامع وهكذا قال المرغيناني قال لابد من بيان الجهة انه وقف على المسجد أو المقبرة وما أشبه ذلك حتى لو لم يذكر ذلك لاتقبل شهادته قال وتأويل قولهم لاتقبل الشهادة على شرائط الوقف انه لاينبغي للشاهد بعد ذكر الجهة أن يشهد أنه يبدأ من غلته فيصرف الى كذا وكذا ولو ذكر ذلك في شهادته لاتقبل ذكره في الذخيرة وذكر في المجتبى والمختار أن تقبل على شرائط الوقف أيضا وأنت اذا عرفت قولهم في الاوقاف التي انقطع ثبوتها ولم يعرف لها شرائط ومصارف أنها يسلك بها ما كانت عليه في دواوين القضاة لم تقف عن تحسين ما في المجتبى لان ذلك هو معنى الثبوت بالتسامع (قوله ومن كان في يده شئ الخ) صورتها رأى عينا سوى ما استثناه في يد انسان ثم رآها في يد غيره والاول يدعي عليه الملك وسعه أن يشهد للمدعي لان الملك يعرف

شرائطه لان أصله هو الذي يشتهر ولابد من بيان الجهة بأن يشهدوا أنه وقف على هذا المسجد أو المقبرة أو ما أشبهه حتى لو لم يذكروا ذلك في شهادتهم لاتقبل كذا في الذخيرة (قال ومن كان في يده شئ الخ) رجل رأى عينا في يد آخر ثم رآها في يد غيره والاول يدعي عليه الملك وسعه أن يشهد بأنه للمدعي لان اليد أقصى ما يستدل به على الملك اذهي مرجع الدلالة في الاسباب كلها فان الانسان وان عاين البيع أو غيره من الاسباب لايعلم ملك

(قوله مقام البينة) أقول الظاهر أن يقال مقام المعاينة (قوله ويدل عليه عبارة الكتاب) أقول يعني قصر الاستثناء (قوله وقال بعضهم تقبل في أصله) أقول في شرح الوقاية لصدر الشريعة والمراد باصل الوقف ان هذه الضيعة وقف على كذا فبيان المصرف داخل في أصل الوقف (قال المصنف ومن كان في يده شئ سوى العبد والامة) أقول ولعله انما لم يقل ومن عاين في يد رجل شيأ وسعه أن يشهد ليشمل الصورة الثالثة اذ لا معاينة فيها (قال المصنف لان اليد الى قوله في الاسباب كلها) أقول قال في الكافي لان أقصى ما في الباب أنه يعاين أسباب الملك من البيع والهبة ونحوهما لكن البيع انما يفيد الملك اذا كان المبيع ملكا للبائع وكذا الهبة وانما يعرف كون المبيع ملكا للبائع والموهوب ملكا للواهب بيده بلا منازعة انتهى فان قيل بل يعرف كونها ملكا بتصرف ذي اليد بيعا وهبة لابمجرد اليد قلنا لاتصرف في صورة الارث وهو يكفينا في نفي قول الشافعي

المشترى الاعلك البائع وملك البائع لا يعلم الا باليد وأقصى ما يستدل به كاف في الدلالة لئلا يلزم انسداد باب الشهادة المفتوح بالاجماع فانها اذا لم تجز بحكم اليد انسد بابها وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يشترط مع ذلك أن يقع في قلبه أنه له لان الاصل في الشهادة العلم بالنص وعند اعوازذلك يصار الى ما يشهد به القلب (قالوا ويحتمل أن يكون هذا) أي ماذكر من شهادة القلب (تفسيرا لاطلاق محمد في الرواية) وهو قوله وسعك أن تشهد أنه له يعني اذا وقع ذلك في القلب قيل لو كان ذلك كافيا في الشهادة لقبلها القاضي اذا قيدها الشاهد بما استفاد العلم به من معاينة اليد وليس كذلك وأجيب بانا جعلنا العيان مجوزا للشاهد أن يقدم على الشهادة وذلك ثابت لما قلنا واما أن يلزم القاضي العمل به فلم يلتزمه ولهذا قلنا ان الرجل اذا كان في يده دار يتصرف فيها تصرف الملاك ببعت دار بجنبها وأراد ذو اليد أن يأخذها بالشفعة فالقاضي لا يقضي له عند انكار المشترى أن تكون الدار ملك الشفيع لان العيان ليس سببا للوجوب (وقال الشافعي رحمه الله دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا) وهو الخصاف (لان اليد متنوعة الى انابة وملك) فلا تفيد العلم فلا بد من ضم التصرف اليها

(قال المصنف فيكتفي بها) أقول قال العلامة النسفي في الكافي وينبغي أن لا يقيد الشهادة بما استفاد العلم به من معاينة اليد حتى لو بين ذلك يرد كما مر في التسامع لان معاينة اليد في الاملاك مطلق للشهادة بالملك لا موجب والقاضي يلزمه

القضاء بالملك بالشهادة انتهى وفيه بحث لم لا يجوز أن يكون كالقضاء بشهادة الفاسق كما سبق فتأمل والقول الفصل والكلام الحزل في شرح الكنز للزيلعي وعبارة الكنز وان فسر للقاضي أنه يشهد له بالتسامع أو بمعاينة اليد لا يقبل انتهى وعبارة الزيلعي أي فسر للقاضي أنه يشهد بالتسامع في موضع يجوز بالتسامع أو فسر أنه يشهد له بالملك برؤيته في يده في موضع يجوز له الشهادة برؤيته في يده لا تقبل شهادته لان التسامع أو الرؤية في اليد مجوز للشهادة والقاضي يلزمه القضاء بالملك بالشهادة اذا كانت عن عيان ومشاهدة أو اطلاق لاحتمال المشاهدة أما اذا كانت عن تسامع أو رؤية في يده فلا يجوز أن يحكم بها الا ترى أنه لان لا يجوز أن يحكم بسماع نفسه ولو تواتر عنده ولا برؤية نفسه في يد انسان فأولى أن لا يجوز بسماع غيره أو برؤية غيره وهذا لان القضاء يجب بما تجب به الشهادة وفيما لا تجب لا يجب وكذا ينبغي أن لا يجوز الشهادة فيما لا يجوز القضاء به الا أنا استحسنا في المواضع التي تقدم ذكرها للضرورة التي ذكرناها وبقي القضاء على أصل القياس انتهى فليفهم فان فيه نفعا في هذا المقام حيث ينجلي بها ظلمات الاوهام قال في النهاية ثم كما يحل للشاهد أن يشهد بحكم اليد بالملك يحل للقاضي أيضا القضاء به حتى ان القاضي لو عاين يده في حال قضائه يحل له أن يقضي كما يحل للشاهد أن يشهد انتهى ولا تنو هم من المخالفة بين ماذكره الزيلعي وما في النهاية فان ما في شرح الكنز هو ما اذا رأى القاضي قبل حال القضاء ثم رأى حال قضائه في يد غيره كما لا يخفى (قوله لئلا يلزم انسداد باب الشهادة) أقول كيف يلزم الانسداد اذا شرط معها ما ذكره أبو يوسف والخصاف (قوله لان العيان ليس سببا للوجوب) أقول قال في النهاية لكنه ليس سببا للجواز انتهى فيه بحث (قال المصنف لان اليد متنوعة الى انابة وملك) أقول لعل المراد من الانابة النيابة وقد فسرت بها في فصل القضاء بالمواريث وفي الكافي لان اليد تتنوع الى ملك وامانة وضمان

فيكتفي بها وعن أبي يوسف رحمه الله انه يشترط مع ذلك أن يقع في قلبه انه له قالوا ويحتمل أن يكون هذا تفسيرا لاطلاق محمد رحمه الله في الرواية فيكون شرطا على الاتفاق وقال الشافعي رحمه الله دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا رحمه الله لان اليد متنوعة الى انابة وملك

بالظاهر واليد بلا منازع دليل ظاهر فيه ولا دليل سواه لان غاية ما يمكن فيه أن يعاين سبب الملك من الشراء والهبة وموت المورث وشيء من هذه الاسباب لا يفيد ملك الثاني حتى يكون ملك الاول وعن أبي يوسف أنه يشترط في حل الشهادة بالملك مع ذلك أن يقع في قلبه أنه له وفي الفوائد الظهيرية أسند هذا القول الى أبي يوسف ومحمد ولفظه وعنهما قال المصنف قالوا يعني المشايخ يحتمل أن يكون هذا تفسيرا لاطلاق محمد في الرواية قال الصدر الشهيد ويحتمل أن يكون قوله قول الكل وبه نأخذ وقال أبو بكر الرازي هذا قولهم جميعا ووجهه أن الاصل في حل الشهادة اليقين لما عرف فعند تعذره يصار الى ما يشهد به القلب لان كون اليد مستوغا بسبب افادتها ظن الملك فاذا لم يقع في القلب ذلك لا ظن فلم يفد مجرد اليد ولهذا قالوا اذا رأى انسان درة ثمينة في يد كناس أو كتابا في يد جاهل ليس في آبائه من هو أهل له لا يسعه أن يشهد بالملك له فعرف أن مجرد اليد لا يكفي وقال الشافعي دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا وهو الخصاف وهو قول مالك لان اليد تتنوع الى ملك ونيابة وضمان قلنا وكذا التصرف أيضا لم يزل احتمال عدم الملك بالتصرف ثم ينبغي أن يطلق الشهادة حتى لو قال انه شهد بناء على اليد لا تقبل وهذا لان معاينة اليد مطلق للشهادة مجوز لها لا موجب على الشاهد أن يشهد والقاضي يلزمه القضاء بالملك بالشهادة ولهذا قلنا اذا كانت دار في يد رجل يتصرف فيها تصرف الملاك بالعمارة والهدم ونحو ذلك ببعت دارا الى جانبها فأراد أن يأخذها بالشفعة لا يقضي القاضي له بذلك وان ثبت عنده أنها في يده يتصرف فيها اذا أنكر المشترى أن الدار التي في يده ملكه

والجواب ان التصرف كذلك وضم محتمل الى محتمل يزيد الاحتمال فينتفي العلم (ثم) هذه (المسئلة على وجوه) أربعة بالقسمة العقلية لانه اما أن يعاين الملك والمالك أولم يعاينهما أو عاين الملك دون المالك أو بالعكس من ذلك فان كان الاول بان عرف المالك بوجهه واسمه ونسبه وعرف الملك بحدوده وحقوقه ورآه في يده ووقع في قلبه أنه له حل له أن يشهد لانه شهادة عن علم وان كان الثاني وسمع من الناس أن لفلان بن فلان ضيعة في بلد كذا حدودها كذا وكذا لا يشهد لانه مجازف في الشهادة وان كان الثالث وهو ان عاين الملك بحدوده ينسب الى فلان بن فلان الفلاني ولم يعاينه بوجهه ولم يعرفه بنسبه فالقياس أن لا تحل له الشهادة لانها شهادة بالملك للمالك مع جهالة المشهود له وجهالة المشهود به تمنع جواز الشهادة فكذا جهالة المشهود له وفي الاستحسان يحل لان الملك معلوم والنسب يثبت بالشهرة والتسامع فكانت شهادة بمعلوم لمعلوم ألا ترى أن صاحب الملك ان كانت امرأة لا تبرز ولا تخرج كان اعتبار مشاهدتها وتصرفها بنفسها لجواز الشهادة بالملك مبطلا لحقها ولا يجوز ذلك وعورض بأنه يستلزم الشهادة بالتسامع في الاموال وهي

قلنا والتصرف يتنوع أيضا الى نيابة وأصالة ثم المسئلة على وجوه ان عاين المالك الملك حل له أن يشهد وكذا اذا عاين الملك بحدوده دون المالك استحسانا لان النسب يثبت بالتسامع فيحصل معرفته وان لم يعاينها أو عاين المالك دون الملك لا يحل له وأما العبد والامة فان كان يعرف انهما رقيقان فكذلك لان الرقيق لا يكون في يد نفسه

باطلة وأجيب بأن الشهادة بالنسبة الى المال ليست بالتسامع بل بالعيان والتسامع انما هو بالنسبة الى النسب قصدا وهو مقبول فيه كما تقدم وفي ضمن ذلك يثبت المال والاعتبار للتضمن وان كان الرابع فهو كالثاني لجهالة المشهود به (قوله وأما العبد والامة مردود الى قوله سوى العبد والامة) وتقريره أن الرجل اذا رأى عبدا أو أمة في يد شخص فلا يخلو اما أن يعرف رقهما أو لا فان كان الاول حل له أن يشهد أنهما ملك من هما في يده لان الرقيق لا يكون في يد نفسه

لان العيان ليس سببا للوجوب بل للجواز (قوله ثم ان عاين الملك الخ) حاصله أن المسئلة على أربعة أوجه الاول ان يعاين الملك والمالك وهو ان عرف المالك باسمه ونسبه ووجهه وعرف الملك بحدوده ورآه في يده بلا منازع ثم رآه في يد آخر فجاء الاول وادعاه وسعه أن يشهد له وظهر أن المراد بالملك المملوك الثاني أن يعاين الملك دون المالك بان عاين ملكا بحدوده ينسب الى فلان بن فلان الفلاني وهو لا يعرفه بوجهه ونسبه ثم جاء الذي نسب اليه الملك وادعى ملك هذا المحدود على شخص حل له ان يشهد استحسانا والقياس أن لا تجوز لان الجهالة في المشهود به تمنع جواز الشهادة فكذا في المشهود له وجه الاستحسان أن الملك المشهود به معلوم والنسب يثبت بالتسامع فصار المالك معلوما بالتسامع أيضا وأورد عليه أنه يلزم أن تكون الشهادة بالملك بالتسامع وأجيب بان الشهادة بالملك هنا ليست قصدا بل بالنسب وفي ضمنه ثبوت الملك فيجوز وهنا كذلك لانه سمع أن هذا الملك لفلان بن فلان فحصل له العلم بنسب المالك بالتسامع وثبت ملكه في ضمنه والاعتبار بالمتضمن لا المتضمن ولا يخفى أن مجرد ثبوت نسبه بالشهادة عند القاضي لم يوجب ثبوت ملكه لتلك الضيعة لولا الشهادة به وكذا المقصود ليس اثبات النسب بل الملك في الضيعة والله أعلم وعلى هذا قال الناطفي فان كان المالك امرأة لا تخرج ولا يراها الرجال فان كان الملك مشهورا أنه لها جاز أن يشهد عليه لان شهرة الاسم كالمعاينة الثالث أن لا يعاين الملك ولا المالك بل سمع أن لفلان بن فلان الفلاني ضيعة في قرية كذا حدودها كذا وهو لم يعرف تلك الضيعة ولم يعاين يده عليها لا يحل له أن يشهد له بالملك لانه مجازف في هذه الشهادة الرابع أن يعاين المالك بان عرفه معرفة تامة كما ذكرنا وسمع أن له ضيعة في كورة كذا وهو لا يعرف تلك الضيعة بعينها لا يسعه أن يشهد له بالملك فيها لانه لم يحصل له العلم بالمحدود (قوله وأما العبد والامة) يعني اذا عاين انهما في يد انسان يخدمانه اذا كان يعرف أنهما رقيقان جاز له أن يشهد أنهما ملكه سواء كانا صغيرين أو كبيرين لانهما

(قال المصنف قلنا والتصرف يتنوع أيضا الى نيابة وأصالة) أقول فيه ان شبهة الشبهة غير معتبرة بل الشبهة واحتمال كون التصرف نيابة من قبيل الاول دون احتمال التصرف فلا يثبت به الملك فليتأمل في أن محل النزاع من قبيل الشبهة وشبهة الشبهة أم لا (قوله وضم محتمل الى محتمل يزيل الاحتمال) أقول فيه تأمل فان ضم الخبر المحتمل لكذب الى مثله قد يفيد نفي الاحتمال كما في الاخبار المتواترة (قوله بان عرف المالك بوجهه واسمه ونسبه) أقول ليس معرفة الاسم والنسب مما يدخل في المعاينة لتحققها بدونها (قوله وأجيب بان الشهادة بالنسبة الى المال الخ) أقول فيه بحث فان المقصود بالشهادة ليس النسب بل الملك في الضيعة والظاهر في الجواب بطلانها جواب القياس وهذا جواب الاستحسان كي لا تضيع الحقوق (قوله والتسامع انما هو بالنسبة الخ) أقول لان الشاهد اذا سمع أن هذا الملك المحدود منسوب الى فلان بن فلان فان الذي يستفيده أولا من سماع هذا الكلام هو العلم بنسب المنسوب اليه وعلمه بما تضمنه الكلام من نسبة الملك اليه انما هو في المرتبة الثانية اذ لا تعرف النسبة الا بعد معرفة المنتسبين

وان كان الثانى فاما أن يكونا صغيرين لا يعبران عن أنفسهما أو كبيرين فان كان الاول فكذلك لانه لا يد لهما على أنفسهما وان كان الثانى وهو من يعبر عن نفسه عاقلا غير بالغ كان أو بالغا فذلك مصرف الاستثناء بقوله سوى العبد والامة فان اليد فى ذلك لا تدل على الملك لانهما فى أيدى أنفسهما وذلك يرفع يد الغير عنهما حكما حتى ان الصبى الذى يعقل ان أقر بالرق على نفسه لغيره جاز و يصنع به المقر له ما يصنع بمملوكه واعترض بأن الاعتبار فى الحرية والرق لو كانا التعبير هما عن أنفسهما لاعتبر دعوى الحرية منهما بعد الكبر فى يد من يدعى رقهما وأجيب بأنه انما لم يعتبر ذلك لثبوت الرق عليهما للمولى فى الصغر وانما المعتبر بذلك اذا لم يثبت لاحد عليهما رق وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه قال يحل له أن يشهد فيهما أيضا اعتبارا بالثياب وكذا روى عن أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فجعلوا اليد دليلا على الملك فى الكل ألا ترى أن من ادعى عبدا أو أمة فى يد غيره وذو اليد يدعى لنفسه فالقول لذى اليد لان الظاهر شاهد له لقيام يده كما فى الثياب والدواب والفرق ما بينا وهو قوله لان لهما يدا على أنفسهما يد فعان بها يد الغير عنهما بخلاف الثياب والله تعالى أعلم

(٢٦)

﴿ باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل ﴾

لما فرغ من بيان ما تسمع فيه الشهادة وما لا تسمع شرع فى بيان من تسمع منه الشهادة ومن لا تسمع وقدم ذلك على هذا لانه محال الشهادة والمحال شروط والشروط مقدمة على المشروط وأصل رد الشهادة ومبناه التهمة قال صلى الله عليه وسلم لا شهادة لمتهم ولانها خبر يحتمل الصدق والكذب وجنبه يترجح جانب الصدق فيه و بالتهمة لا يترجح وهى قد تكون لمعنى فى الشاهد كالفسق فان من لا ينزجر عن غير الكذب من محظورات دينه فقد لا ينزجر عنه أيضا فكان متهما بالكذب وقد تكون لمعنى فى المشهود له من قرابة مرة يتهم بها بايثار المشهود له على المشهود عليه كالولادة وقد تكون لخلل فى أداء التمييز كالعمى المفضى الى تهمة الغلط فيها وقد تكون بالعجز عما جعل الشرع دليل صدقه كالحدود فى القذف قال الله تعالى فاذ لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون

وان كان لا يعرف أنهما رقيقان الا أنهما صغيران لا يعبران عن أنفسهما فكذلك لانه لا يد لهما وان كانا كبيرين فذلك مصرف الاستثناء لان لهما يدا على أنفسهما فيدفع يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك وعن أبى حنيفة رحمه الله انه يحل له أن يشهد فيهما أيضا اعتبارا بالثياب والفرق ما بيناه والله أعلم

﴿ باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل ﴾

بوصف الرق لا يد لهما على أنفسهما وقد شوهدا فى يد غيرهما فكان كرؤية ثوب فى يده وان لم يعرف رقهما فان كانا صغيرين أى لا يعبران عن أنفسهما فكذلك يجوز أن يشهد له بملكه لما ذكرنا أنهما لا يد لهما على أنفسهما وان كانا كبيرين أى يعبران عن أنفسهما سواء كانا صبيين عاقلين أو بالغين به صرح المحبوبى فهو مصرف الاستثناء فى قوله سوى العبد والامة لان لهما يدا على أنفسهما فتدفع الغير عنهما حتى ان الصبى الذى يعقل لو أقر بالرق على نفسه لغيره جاز اقراره و يصنع المقر له بما يصنع بمملوكه واذا كان من يعبر عن نفسه لا تكون اليد دليل الملك اذا الحر قد يخدم الحر خدمة العبيد وهذا الاحتمال يهدر اذا كانا لا يعبران عن أنفسهما فأما اذا كانا كذلك أهلا فلا يزال اعتباره الا باقرارهما بالرق فان لم يقرا لا تثبت الشهادة عليهما به وانما لا تقبل دعواهما الحرية بعدما كبرا فى يد من هما فى يده لظهور الرق عليهما باليد فى حال صغرهما هذا وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه يحل له أن يشهد فى الكبيرين أيضا وكذا عن أبى يوسف ومحمد فجعلوا اليد فى الكل دليلا على الملك بدليل أن من ادعى عبدا أو أمة فى يد غيره وذو اليد يدعى لنفسه فالقول لذى اليد لان الظاهر شاهد له لقيام يده عليه وقوله والفرق ما بينا يريد كون يدهما على أنفسهما فتدفع اليد عنهما

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

لما ذكر تفصيل ما يسمع من الشهادة شرع فى بيان من تسمع شهادته وأخره لان المحال شروط والشرط غير مقصود لذاته والاصل أن التهمة تبطل الشهادة لقوله صلى الله عليه وسلم لا شهادة لمتهم والتهمة تثبت

(قال المصنف وان كانا كبيرين فذلك) أقول فى الكافى أو صغيران يعبران عن أنفسهما انتهى والظاهر أن المصنف أراد بالكبير هنا من يعبر عن نفسه سواء كان بالغا أم لا كما يشير اليه صاحب العناية

﴿ باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل ﴾

(قوله والشروط مقدمة على المشروط) أقول المشروط هو الشهادة لان من يسمع منه الشهادة (قوله وأصل رد الشهادة الخ) أقول لا دلالة فيه على الاصالة (قوله وقد تكون لمعنى فى المشهود له من قرابة الخ) أقول أو ملك أو شركة ففى التخصيص بالقرابة بحث (قوله يتهم بايثار المشهود له) أقول أى يتهم للشاهد (قوله وقد يكون بالعجز عما جعل الخ) أقول وهو الاتيان باربعة شهداء

قال (ولا تقبل شهادة الاعمى الخ) شهادة الاعمى اما أن تكون فى الحدود والقصاص أولا فان كان الاول فليست بمقبولة بالاتفاق وان كان الثانى فاما أن تكون فيما يجرى فيه التسامع كالنسب والموت أولا فان كان الاول قبلت عند زفر وهو رواية ابن شجاع عن أبى حنيفة وان كان الثانى فان كان بصيرا وقت التحمل والمشهود به غير منقول قبلت عند أبى يوسف والشافعى وان انتفى أحدهما لم تقبل بالاتفاق فالمعتبر عند أبى يوسف الابصار عند التحمل وعندهما استمراره حتى لو عمى بعد الاداء قبل القضاء امتنع القضاء أما عدم القبول فى الحدود والقصاص فلانها تندرئ بالشبهات والصوت والنغمة فى حق الاعمى يقوم مقام المعاينة والحدود لا تثبت بما يقوم مقام الغير وأما وجه قول زفر فهو أن الحاجة فيه الى السماع ولا خلل فيه والجواب أن من لا تقبل شهادته فيما لا يجرى فيه التسامع لا تقبل فيما يجرى فيه ذلك كالصبى والمجنون وسيأتى جواب آخر وأما وجه قول أبى يوسف والشافعى فهو أن العلم بالمعاينة حصل عند التحمل ومن حصل له العلم بالمعاينة عند التحمل صح تحمله لا محالة والاداء انما يكون بالقول ولا خلل فى القول لان لسانه غير موف فكان المقتضى لصحة التحمل والاداء موجودا والمانع وهو عدم التعريف منتف لان التعريف يحصل بالنسبة فصار كالشهادة على الميت اذا شهدا على الميت بأن لفلان عليه كذا من الدين فانها تقبل بالاتفاق اذا ذكر نسبته والجواب لابى حنيفة ومحمد رحمهما الله أنا لا نسلم أن القول يستبد بتحصيل الاداء بل الاداء مفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الاعمى الا بالنغمة وفيه أى فى النغمة بتأويل الصوت شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود فان بالشهود البصراء كثرة وفيهم (٢٧) غنية عن شهادة الاعمى والمراد بالتمييز بالاشارة التمكن منه لئلا ينتقض بالشهادة على الغائب لاجل كتاب القاضى الى القاضى فانها تقبل ولا اشارة ثمة لتمكنهم من ذلك عند الحضور بخلاف الاعمى وفى قوله يمكن التحرز اشارة الى الجواب عن الميت فان الاحتراز عنه بجنس الشهود غير ممكن لان المدعى وان استكثر من الشهود يحتاج الى اقامة الاسم والنسبة مقام الاشارة عند موت المشهود عليه أو غيبته والى الجواب عما يقال قد اعتبر تم النغمة مميزة للاعمى فيما هو أعظم خطرا من الاموال وهو وطء زوجته وجاريته فانه لا يميزهما عن غيرهما الا بالنغمة وذلك تناقض وتقرير ذلك أن الاحتراز عنها بغيرها غير ممكن مع تحقق الضرورات بخلاف ما نحن فيه ولا نسلم انتفاء المانع فان انتفاءه بحصول التعريف بالنسبة والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر وفيه اشارة أيضا الى الجواب عن الميت فصار كالحدود والقصاص فى كون النسبة غير مفيدة

(قال ولا تقبل شهادة الاعمى) وقال زفر رحمه الله وهو رواية عن أبى حنيفة رحمه الله تقبل فيما يجرى فيه التسامع لان الحاجة فيه الى السماع ولا خلل فيه وقال أبو يوسف والشافعى رحمهما الله يجوز اذا كان بصيرا وقت التحمل لحصول العلم بالمعاينة والاداء يختص بالقول ولسانه غير موف والتعريف يحصل بالنسبة كما فى الشهادة على الميت ولنا أن الاداء يفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الاعمى الا بالنغمة وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر فصار كالحدود والقصاص ولو عمى بعد الاداء يمتنع القضاء

مرة بعدم العدالة ومرة بعدم التمييز مع قيام العدالة (قوله ولا تقبل شهادة الاعمى) مطلقا سواء عمى قبل التحمل أو بعده فيما تجوز الشهادة فيه بالتسامع أو لا تجوز (وقال زفر وهو رواية عن أبى حنيفة رحمه الله تقبل فيما تجوز فيه بالتسامع لان الحاجة فيه للسماع ولا خلل فى سمعه) وهو قول الشافعى ومالك وأحمد والنخعى والحسن البصرى وسعيد بن جبير والثورى وتقبل فى الترجمة عند الكل لان العلم يحصل بالسماع وقال أبو يوسف تجوز فيما طريقه السماع ومالا يكتفى فيه السماع اذا كان بصيرا وقت التحمل ثم عمى عند الاداء اذا كان يعرفه باسمه ونسبه وهو قول الشافعى ومالك وأحمد لانه اذا كان يعرفه باسمه ونسبه كفى كالشهادة على الميت (ولنا أن الاداء يفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له وعليه) وهو منتف عن الاعمى الا بالنغمة (وفيه) أى فى التمييز بالنغمة (شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود)

(قال المصنف ولا تقبل شهادة الاعمى) أقول ولو قبل القاضى شهادة الاعمى وحكم بها يصح حكمه لانه مجتهد فيه حيث قال مالك تقبل شهادته مطلقا كالبصير (قوله لم تقبل بالاتفاق) أقول المراد اتفاق مالك والا فعنده مقبولة قياسا على قبول روايته (قال المصنف ولو عمى بعد الاداء يمتنع القضاء) أقول وقال أبو يوسف لا يمتنع بل يقضى بها لانها أديت بشرائطها فلا يتغير بالحادث بعده كالموت الشاهد أو غاب وقال صدر الشريعة وقول أبى يوسف أظهر (قوله والجواب أن من لا تقبل شهادته الخ) أقول ولزفر أن يمنع ذلك والفارق بين محل النزاع والمقيس عليه ظاهر اذ ليس واحد منهما أهل الولاية بخلاف الاعمى (قوله وسيأتى جواب آخر) أقول فى قوله ولنا أن الاداء يفتقر الخ (قوله والمانع وهو عدم التعريف الخ) أقول الظاهر أن يقال والشرط وهو التعريف موجود (قوله وفيه أى فى النغمة الخ) أقول ويجوز اعادة الضمير الى التمييز بالنغمة فلا حاجة الى التأويل (قوله والمراد بالتمييز بالاشارة الخ) أقول فيؤل الكلام الى نوع مصادرة (قوله فصار كالحدود والقصاص) أقول عدم قبول شهادة الاعمى فيهما لانهما لا يثبتان بما يقوم مقام الغير كما مر وليس كذلك الاموال ألا يرى أنها تثبت بالنسبة فى كتاب القاضى الى القاضى مثلا فكيف يلحق بهما

عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان قيام أهلية الشهادة شرط وقت القضاء لصيرورة الشهادة حجة عنده ولا قيام لها بالعمى فصار كما اذا خرس أو جن أو فسق بخلاف ما اذا ماتوا أو غابوا لان الاهلية بالموت قد انتهت وبالغيبة ما بطلت (قال ولا المملوك) لان الشهادة من باب الولاية وهو لا يلي نفسه فأولى أن لا تثبت له الولاية على غيره

فلم تقع ضرورة الى اهدار هذه التهمة بخلاف وطء الاعمى زوجته وأمته فانه لا يمكن التحرز عنه بجنس النساء فاهدرت دفعا للحرج عنه والاكتفاء بالنسبة في تعريف الغائب دون الحاضر بخلاف الميت لانه لا يمكن التحرز عنه بجنس الشهود على أن الاشارة تقع الى وكيل الغائب ووصي الميت وهو قائم مقامه ولا حاجة الى الالحاق بالحدود من جهة أن شهادة الاعمى لا تقبل فيها بالاجماع بل ما تقدم يكفي اذ الرد بتهمة ما في الحدود لا يستلزم الرد بمثلها في غيرها لان تلك يحتاط في درء الحكم فيها وأما الاستدلال بما ورد عن علي رضي الله عنه أنه رد شهادة الاعمى فيقول أبو يوسف هذه واقعة حال لا عموم لها فجاز كونه كان في حد ونفيه وقيد في الذخيرة قول أبي يوسف بما اذا كانت شهادته في الدين والعقار أما في المنقول فاجمع علماؤنا أنها لا تقبل واستشكل بكتاب القاضي الى القاضي فان الشهود لا يشيرون الى أحد وتقبل وأجيب بان الشهود فيه يعرفون المشهود عليه ويقولون لو رأيناه عرفناه والاعمى لا يعرفه اذ لو رآه لم يعرفه حتى لو قالوا في كتاب القاضي لا نعرفه اليوم لم تقبل وأيضا فنقول كتاب القاضي الى القاضي للضرورة والحاجة كما تقدم ولا ضرورة في شهادة الاعمى لما ذكرنا من امكان الاستغناء عنه بجنس الشهود هذا قال فلو أدى بصيرا ثم عمي قبل القضاء امتنع القضاء عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان قيام الاهلية شرط وقت القضاء لصيرورة الشهادة حجة عنده أي عند القضاء لانها انما تراد للقضاء فما يمنع الاداء يمنع القضاء والعمى والخرس والجنون والفسق يمنع الاداء فيمنع القضاء وأبو يوسف قاسه بما اذا غاب الشاهد بعد الاداء قبل القضاء أو مات قلنا بالموت انتهت الشهادة وتمت وبالغيبة ما بطلت بخلاف العمى فانه مبطل لها وفي المبسوط انه لا تجوز شهادة الاخرس باجماع الفقهاء لان لفظة الشهادة لا تتحقق منه ونقض بان الاصح من قول الشافعي رحمه الله تقبل اذا كانت فيه اشارة مفهومة وبقولنا قال مالك وأحمد وهو قول للشافعي ولا شك في تحقق التهمة في الاشارة فهو أولى بعدم القبول من الاعمى لان في الاعمى انما تتحقق التهمة في نسبته وهنا تتحقق في نسبته وغيره من قدر المشهود به وأمور أخر (قوله ولا تقبل شهادة المملوك) أي الرقيق وبه قال مالك والشافعي وقال أحمد تقبل على الاحرار والعبيد وهو قول أنس بن مالك رضي الله عنه وهو قول عثمان البتي واسحق وداود وعن علي رضي الله عنه تقبل على مثله لا الاحرار والمعول عليه في المنع عدم ولايته على نفسه وما هو الا معنى ضعيف بعد ثبوت عدالة العبد وتمام تمييزه وعدم ولايته على نفسه لعارض يخصه من حق المولى لا لنقص في عقله ولا خلل في تحمله وضبطه فلا مانع وأما ادعاء الاجماع على عدم قبوله فلم يصح قال البخاري في صحيحه وقال أنس رضي الله عنه شهادة العبد جائزة اذا كان عدلا وأجازه شريح وزرارة بن أبي أوفى وقال ابن سيرين شهادته جائزة الا العبد لسيده وأجازه الحسن وابراهيم وقال شريح كلكم بنو عبيد وأما ما الى هنا لفظ البخاري ولا تقبل شهادة الصبي عندنا وهو قول مالك والشافعي وأحمد وعامة العلماء وعن مالك تقبل في الجراح اذا كانوا مجتمعين لامر مباح قبل أن يتفرقوا وروي ذلك عن ابن الزبير رضي الله عنه والوجه أن لا تقبل لنقصان العقل والتمييز وربما يقدم لعلمه بعدم التكليف * فروع اذا تحمل شهادة لمولاه فلم يؤدها حتى عتق فاداها بعد العتق قبلت كالصبي اذا تحمل فاداى بعد البلوغ وكذا الذمي اذا سمع اقرار المسلم ثم أسلم فاداى جاز

(قال المصنف ولا المملوك لان الشهادة من باب الولاية) أقول الوكالة ولاية كما يعلم من أوائل باب عزل الوكيل والعبد محجور اكان أو مأذونا (قوله تجوز وكالته فتامل في جوابه

(ولا المحدود فى قذف وان تاب لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا) ووجه الاستدلال أن الله تعالى نص على الابد وهو ما لا نهاية له والتنصيص عليه ينافى القبول فى وقت ما وأن معنى قوله لهم أى للمحدودين فى القذف وبالتوبة لم يخرج عن كونه محدودا فى قذف ولانه يعنى رد الشهادة من تمام الحد لكونه مانعا عن القذف كالجلد والحد وهو الاصل يبقى بعد التوبة لعدم سقوطه بها فكذا تتمته اعتبارا له بالاصل (قوله بخلاف المحدود فى غير القذف) جواب عما يقال المحدود فى القذف فاسق بقوله تعالى وأولئك هم الفاسقون والفاسق اذا تاب تقبل شهادته كالمحدود فى غير القذف ووجه ذلك أن رد الشهادة ان كان للفسق زال بزواله بالتوبة فقبلت كالمحدود فى غير القذف وأما اذا لم يكن كذلك كالمحدود فى القذف فانه من تمام الحد كما ذكرنا وليس للفسق اذ الحكم الثابت له التوقف بقوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا الا النهى عن القبول وقال الشافعى رحمه الله تقبل شهادته اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا استثنى التائب والاستثناء ينصرف الى الجميع فيكون تقديره ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا الا الذين تابوا والجواب أنه منصرف الى ما يليه وهو قوله وأولئك هم الفاسقون وهو ليس بمعطوف على ما قبله لان ما قبله طلبى وهو اخبارى

(ولا المحدود فى قذف وان تاب) لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا ولانه من تمام الحد لكونه مانعا فيبقى بعد التوبة كاصله بخلاف المحدود فى غير القذف لان الرد للفسق وقد ارتفع بالتوبة وقال الشافعى رحمه الله تقبل اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا استثنى التائب قلنا الاستثناء ينصرف الى ما يليه وهو قوله تعالى وأولئك هم الفاسقون

(قوله ولا المحدود فى قذف وان تاب) وقال الشافعى ومالك وأحمد تقبل اذا تاب والمراد بتوبته الموجبة لقبول شهادته أن يكذب نفسه فى قذفه وهل يعتبر معه اصلاح العمل فيه قولان فى قول يعتبر لقوله تعالى الا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا وقيل لا لان عمر رضى الله عنه قال لابى بكرة تب أقبل شهادتك وقد يجاب بان أبا بكرة كان من العباد وحاله فى العبادة معلوم فصلاح العمل كان ثابتا له فلم يبق الا التوبة بالكذب نفسه وأصله أن الاستثناء فى قوله تعالى الا الذين تابوا ينصرف الى الجملة الاخيرة أو الى الكل والمسئلة محررة فى الاصول وهى أن الاستثناء اذا تعقب جملا متعاطفة هل ينصرف الى الكل أو الى الاخيرة عندنا الى الاخيرة وقد تقدم ثلاث جمل هى قوله تعالى فاجلدوهم ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون والظاهر من عطف ولا تقبلوا أنه داخل فى حيز الحد للعطف مع المناسبة وقيد التأبيد أما المناسبة فلان رد شهادته مؤلم لقلبه مسبب عن فعل لسانه كما أنه ألم قلب المقذوف بسبب فعل لسانه بخلاف قوله صلى الله عليه وسلم جلد مائة وتغريب عام فانه لا يناسب الحد لانه ربما يصلح ما نعا فى المستقبل من فعله والتغريب سبب لزيادة الوقوع لانه لغربته وعدم من يعرفه لا يستحى من أحد يراقبه فاذا فرض أن له داعية الزنا أوسع فيه وكذا قيد التأبيد لا فائدة له الا تأبيد الرد والا لقال ولا تقبلوا لهم شهادة وأولئك هم الفاسقون جملة مستأنفة لبيان تعليل عدم القبول ثم استثنى الذين تابوا وهذا لان الرد على ذلك التقدير ليس الا للفسق ويرتفع بالتوبة فلا معنى للتأبيد على تقدير القبول بالتوبة وأما رجوع الاستثناء الى الكل فى قوله تعالى فى المحاربين أن يقتلوا أو يصلبوا الى قوله تعالى الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم حتى سقط عنهم الحد فلدليل اقتضاه وهو قوله تعالى من قبل أن تقدروا عليهم فانه لو عاد الى الاخيرة أعنى قوله تعالى ولهم عذاب عظيم لم يبق لقوله من قبل أن تقدروا عليهم فائدة للعلم بان التوبة تسقط العذاب ففائدة قوله تعالى من قبل أن تقدروا عليهم ليس الاسقوط الحد وهذا انما نقول بعود الاستثناء الى الاخيرة فقط اذا تجرد عن دليل عوده الى الكل فاما اذا اقترن به عاد اليها كما يقول هو ان عوده الى الكل اذا تجرد عن دليل عوده الى الاخيرة فقط ولو اقترن به عاد اليها فقط وحينئذ فالقياس على سائر الحدود غير صحيح لانها لم تقترن بما يوجب أن الرد من تمام الحد فكان قياسا فى مقابلة النص لا يقال رد الاستثناء الى الجملة الاخيرة ينفى الفائدة لانه معلوم شرعا أن التوبة تزيل الفسق بغير هذه الآية لانا نقول كون التوبة تزيل استحقاق العقاب بعد ثبوته لا يعرف عقلا بل سمعا وذلك بايراد ما يدل عليه من السمع وهذا منه وكون آية أخرى تفيده لا يضر للقطع بان طريق القرآن تكرار الدوال خصوصا اذا كان مطلوب التأكيد كاقيموا الصلاة وقد تكرر قوله تعالى الا الذين تابوا لذلك الغرض ففى آية الا الذين تابوا الى قوله فأولئك أتوب عليهم وأنا التواب الرحيم وفى أخرى الا من تاب وآمن الى قوله تعالى

(قوله وان معنى الى قوله عن كونه محدودا فى قذف) أقول لعل مراده أن نسبة أمر الى المشتق تفيد علية المأخذ فمعنى الآية ولا تقبلوا شهادتهم لكونهم محدودين فى القذف وفى التوبة لا تزول هذه العلة فكذا معلولها قال المصنف (ولانه من تمام الحد) أقول دليل على المدعى مع قطع النظر عن لفظة أبدا بخلاف الدليل الاول (قال المصنف لان الرد للفسق) أقول لا لانه من تمام الحد (قوله اذا الحكم الثابت له التوقف الخ) أقول فيه تأمل اذ لا منافاة بين التوقف والنهى عن القبول وسيجىء فى شهادة أهل الذمة فى هذا الباب ما يؤيد ما قلنا

فان قلت فاجعله بمعنى الطلبي ليصح كما في قوله تعالى وبالوالدين احسانا قلت يأباه ضمير الفصل فانه يفيد حصر أحد المسندين في الآخر وهو يؤكد الاخبارية سلمناه لكن يلزم جعل الكلمات المتعددة كالكلمة الواحدة وهو خلاف الاصل سلمناه لكنه كان اذذاك جزاء فلا يرتفع بالتوبة كاصل الحد وهو تناقض ظاهر سلمناه لكنه كان أبدا مجازا عن مدة غير متطاولة وليس بمعهود سلمناه لكن جعله مجازا ليس باولى من جعل الاستثناء منقطعا بل جعله منقطعا أولى دفعا للمحذورات وتمام الكلام على هذا المبحث يقتضي مطالعة تقريرنا في الاستدلالات الفاسدة قوله (ولو حد الكافر) يعني اذا حد الكافر في قذف لم تجز شهادته بعد ذلك على الكفار فاذا أسلم جازت شهادته مطلقا الان للكافر شهادة على مثله ومن له ذلك وحد في القذف كان رد شهادته من تتمة حده و بالاسلام حدثت له شهادة مطلقة غير الاولى فلا يكون الرد من تمامها والعبد اذا حد في القذف ثم أعتق لا تقبل شهادته لانه لم يكن له شهادة الا ما كان بعد العتق فجعل رد ها من تمام حده وطولب بالفرق بين مسلم زنى في دار الحرب فخرج الى دار الاسلام و بين العبد اذا حد في القذف حيث جعل القذف قائما في حقه الى حصول أهلية الشهادة ولم يجعل (٣٠) الزنا قائما الى حصول نفوذ الولاية وفرق بينهما بان الزنا لم ينعقد موجبا في دار الحرب للحد لانقطاع الولاية فلا ينقلب موجبا والقذف موجب في حق الاصل فيوجب الوصف عند امكانه واعترض على كلام المصنف بانه لا فائدة في تقييد الحد بكونه قبل الاعتاق لانه اذا حد بعد الاعتاق ترد الشهادة أيضا لملاقاة الحد وقت قبول الشهادة فاوجب الرد وأما اذا قذف الكافر مسلما ثم أسلم فحد في حال اسلامه لم تقبل شهادته ولو حد قبل الاسلام قبلت فكان ذكر الحد قبل الاسلام مفيدا والجواب أن فائدته تطبيق المسئلتين في عروض ما يعرض بعد الحد مع وقوع الاختلاف المحوج الى الفرق وأما أن الشهادة لا تقبل بعد الاعتاق كما أنها لا تقبل قبله فلا منافاة فيه قال

أو هو استثناء منقطع بمعنى لكن (ولو حد الكافر في قذف ثم أسلم تقبل شهادته) لان للكافر شهادة فكان رد ها من تمام الحد وبالاسلام حدثت له شهادة أخرى بخلاف العبد اذا حد ثم أعتق لانه لا شهادة للعبد أصلا فتمام حده يرد شهادته بعد العتق

فأولئك يدخلون الجنة ولا يظلمون شيأ وفي أخرى الا من تاب الى قوله تعالى فأولئك يبدل الله سيآتهم حسنات ومواضع أخرى عديدة ولم يسع أن يقال في أحدها قد عرف هذا بآية أخرى فلا فائدة في هذا الامن أقدم على الكفر والعياذ بالله تعالى وانما كان هذا منه تعالى رحمة للعباد ليؤكد هذا المعنى ولانه اذا لم يذكره الا في موضع واحد فعسى أن لا يسمعه بعض الناس فاذا تعددت مواضعه فمن لم يسمع تلك الآية سمع تلك ومن لم يسمع تلك سمع أخرى فكان في تعدادا فادة هذا المعنى نصب مظنة علمه لكل أحد مع تأكيد جانب عفوه لا نحصي ثناء عليه وأما ما عن عمر رضي الله عنه أنه قال لابي بكرة تب أقبل شهادتك فني ثبوته نظر لان راويه عمر و بن قيس ولو تكافا النظر في ذلك كان معارضا بما قاله لابي موسى الاشعري في كتابه له والمسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف أو مجربا في شهادة زور أو ظنينا بقرابة وقد قدمنا عنه عليه السلام من رواية ابن أبي شيبة قوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف وبقولنا قال سعيد بن المسيب وشريح والحسن وابراهيم النخعي وسعيد بن جبير وهكذا روي عن ابن عباس رضي الله عنهم قال المصنف (أو هو استثناء منقطع) وذلك لان التائبين ليسوا داخلين في الفاسقين فكانه قيل وأولئك هم الفاسقون لكن الذين تابوا فان الله غفور رحيم أي يغفر لهم و يرحمهم واذا كان الرد من تمام الحد لكونه مانعا أي زاجرا يبقى بعد التوبة كاصله أي كاصل الحد فانه لا يسقط بالتوبة فكذا ما كان تماما له وفي المبسوط الصحيح من المذهب عندنا أنه اذا أقام أربعة من الشهود على صدقه بعد الحد تقبل شهادته (قوله ولو حد الكافر في قذف ثم أسلم تقبل شهادته لان للكافر شهادة) في

الجملة

(قوله فان قلت فاجعله بمعنى الطلبي الخ) أقول أي بمعنى فسقوا فتقدير الكلام حينئذ فاجلدوهم ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وفسقوهم ويكون ايثار صيغة الاخبار للمبالغة (قوله كما في قوله وبالوالدين احسانا) أقول حيث أول بأحسنوا (قوله سلمناه لكنه كان اذذاك جزاء فلا يرتفع بالتوبة) أقول لا يلزم من كونه جزاء أن يكون حدا فان الحد هي العقوبة المقدرة وعدم قبول الشهادة ليس كذلك مع أن أصل الحد هنا يسقط بعفو المقذوف واحلاله المشار اليه بقوله تعالى وأصلحوا فان من جملة الاصلاح الاستحلال أشير اليه في التلويح (قوله لكنه كان أبدا مجازا الخ) أقول فيه بحث فانه باق على حقيقته في حق غير التائب الذي هو الباقي بعد التنيا والنهي عن القبول بالنسبة الى شهادتهم فليتامل (قال المصنف أو هو استثناء منقطع بمعنى لكن) أقول قال العلامة النسفي في الكافي لان التائبين ليسوا من الفاسقين فكان معناه ولكن الذين تابوا فان الله يغفر لهم ذنوبهم و يرحمهم فكان كلاما مبتدأ غير متعلق بما قبله انتهى وفي قوله لان التائبين الخ بحث ظاهر اذ له ان يقول الاستثناء من قوله أولئك وهو الظاهر كما في أمثاله (قوله في الاستدلالات الفاسدة) أقول في باب وجوه الوقوف على أحكام النظم (قوله والقذف موجب في حق الاصل) أقول أراد من الاصل الجلد

(ولا تقبل شهادة الوالد لولده وولد ولده ولا شهادة الولد لابويه وأجداده) والاصل فيه قوله عليه السلام لا تقبل شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استأجره ولان المنافع بين الاولاد والآباء متصلة ولهذا لا يجوز أداء الزكاة اليهم فتكون شهادة لنفسه من وجه أو تتمكن فيه التهمة قال العبد الضعيف

الجملة فكان ردها من تمام شهادته وبالاسلام حدثت له شهادة أخرى بخلاف العبد اذا حد في قذف ثم أعتق لا تقبل شهادته لانه لم تكن له شهادة اذ ذاك فلزم كون تتميم حده برد الشهادة التي تجددت له وقد طولب بالفرق بينه وبين من زنى في دار الحرب ثم خرج الى دار الاسلام لا يحد حيث توقف حكم الموجب في العبد الى أن أمكن ولم يتوقف في الزنا في دار الحرب الى الامكان بالخروج الى دار الاسلام أجيب بان الزنا في دار الحرب لم يقع موجبا أصلا لعدم قدرة الامام فلم يكن الامام مخاطبا باقامته أصلا لان القدرة شرط التكليف فلو حده بعد خروجه من غير سبب آخر كان بلا موجب وغير الموجب لا ينقلب موجبا بنفسه خصوصا في الحد المطلوب درؤه أما قذف العبد فوجب حال صدوره للحد غير أنه لم يمكن تمامه في الحال فتوقف تتميمه على حدوثها بعد العتق قال في المبسوط بعد أن ذكر فرق المصنف هذا الفرق على الرواية التي يقبل فيها خبر المحدود في القذف في الديانات أما على رواية المنتقى أن لا تقبل فالفرق أن الكافر بالاسلام استفاد عدالة لم تكن موجودة عند اقامة الحد وهذه العدالة لم تصر مجروحة باقامة الحد بخلاف العبد فانه بالعتق لا يستفيد عدالة لم تكن من قبل وقد صارت عدالته مجروحة باقامة الحد ثم لا فائدة في تقييد الجواب في العبد بكون العتق بعد الحد في قوله اذا حد ثم أعتق لانه لو لم يحد حتى أعتق فحد لا تقبل أيضا ولكن وضعه كذلك لانه سيق لبيان الفرق بينه وبين الكافر والكافر لو قذف مسلما ثم أسلم ثم حد لم تقبل شهادته ولو حد بعض الحد في حال كفره وبعضه في حال اسلامه ففيه اختلاف الروايتين ومر في حد القذف وفي هذه المسئلة ثلاث روايات لا تسقط شهادته حتى يقام عليه تمام الحد تسقط اذا أقيم أكثره تسقط اذا ضرب سوطا لان من ضرورة ذلك القدر الحكم شرعا بكذبه (قوله ولا شهادة الوالد) وان علا لولده وان سفل (ولا شهادة الولد لابويه وأجداده) أما الولد من الرضاع فتقبل الشهادة له قال المصنف والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم لا تقبل الخ وهذا الحديث غريب وانما أخرجه ابن أبي شيبة وعبد الرزاق من قول شريح قال لا تجوز شهادة الابن لابيه ولا الاب لابنه ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا الشريك لشريكه في الشيء بينهما لكن في غيره ولا الاجير لمن استأجره ولا العبد لسيده انتهى وقال ابن أبي شيبة حدثنا وكيع عن سفيان به وأخرجا نحوه عن ابراهيم النخعي لكن الخصاف وهو أبو بكر الرازي الذي شهد له أكابر المشايخ انه كبير في العلم رواه بسنده الى عائشة رضي الله عنها ثنا صالح بن زريق وكان ثقة ثنا مروان بن معاوية الفزاري عن يزيد بن زياد الشامي عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تجوز شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا السيد لعبده ولا الشريك لشريكه ولا الاجير لمن استأجره انتهى وقد فسر في رواية شريح أمر الشريك وذكر المصنف أيضا عنه صلى الله عليه وسلم لا شهادة للقانع باهل البيت وهو بعض حديث رواه أبو داود في سننه عن محمد بن راشد عن سليمان بن موسى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رد شهادة الخائن والخائنة وذي الغمر على أخيه وشهادة القانع باهل البيت وأجازها لغيرهم قال أبو داود الغمر الشحناء وكذا رواه عبد الرزاق في مصنفه وعنه رواه أحمد قال في التنقيح محمد بن راشد وثقه أحمد بن حنبل ويحيى بن معين وغيرهما وتكلم فيه بعض الائمة وقد تابعه غيره عن سليمان

(قوله ولا تقبل شهادة الوالد الخ) أقول ومالك يخالفنا في قرابة الولاد وهو يعتبرها بالشهادة عليهم كذا في النهاية والكافي وشرح الكنز للزيلعي وقال العلامة الكاكي في معراج الدراية ما وجدت هذا في الكتب المشهورة لاصحاب مالك رحمهم الله (قال المصنف أو تتمكن فيه الشبهة) أقول فيه كلام وفي بعض النسخ أو تتمكن فيه التهمة أي تهمة الميل وهي المراد بالشبهة

(ولا تقبل شهادة الوالد لولده وولد ولده ولا شهادة الولد لابويه وأجداده لقوله صلى الله عليه وسلم لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استأجره) قيل ما فائدة قوله لسيده فان العبد لا شهادة له في حق أحد وأجيب بانه ذكره على سبيل الاستطراد فانه عليه السلام لما عد مواضع التهمة ذكر العبد مع السيد فكانه قال لو قبلت شهادة العبد في موضع من المواضع على سبيل الفرض لم تقبل في حق سيده ولان المنافع بين الاولاد والآباء متصلة ولهذا لا يجوز دفع الزكاة اليهم واتصالها يوجب أن تكون الشهادة لنفسه من وجه أو أن يتمكن فيه شبهة قال المصنف رحمه الله

والمراد بالاجير على ما قالوا التلميذ الخاص الذي يعد ضرر أستاذه ضررا لنفسه ونفعه نفع نفسه وهو معنى قوله عليه السلام لا شهادة للقانع باهل البيت وقيل المراد الاجير مسانهة أو مشاهرة أو مياومة فيستوجب الاجر بمنافعه عند أداء الشهادة فيصير كالمستأجر عليها قال (ولا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر) وقال الشافعي رحمه الله تقبل لان الاملاك بينهما متميزة

ورواه عن عمرو بن شعيب الحجاج بن أرطاة في ابن ماجه وآدم بن فائد في الدارقطني ولم يذكر افيه القانع وأخرج الترمذي عن يزيد بن زياد الدمشقي عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا مجلود حدا ولا ذي غمر على أخيه ولا مجرب بشهادة زور ولا القانع باهل البيت ولا ظنين في ولاء ولا قرابة انتهى وقال غريب لا نعرفه الا من حديث يزيد بن زياد الدمشقي وهو يضعف في الحديث قال والغمر العداوة انتهى وقال أبو عبيد الغمر العداوة والقانع التابع لاهل البيت كالخادم لهم قال يعني و يطلب معاشه منهم والظنين المتهم في دينه فهذا الحديث لا ينزل عن درجة الحسن فاذا ثبت رد القانع وان كان عدلا فالولد والوالد ونحوهما أولى بالرد لان قرابة الولاد أعظم في ذلك فيثبت حينئذ رد شهادتهم بدلالة النص و يكون دليلا على صحة حديث الترمذي المذكور فيه ولا ظنين في ولاء ولا قرابة وان كان راويه مضعفا اذ ليس الراوي الضعيف كل ما يرويه باطل انما يرد لتهمة الغلط لضعفه فاذا قامت دلالة أنه أجاد في هذا المتن وجب اعتباره صحيحا وان كان من روايته ولان المنافع بين الاولاد والآباء متصلة فتكون شهادة لنفسه من وجه ولكون قرابة الولاد كنفسه من وجه لم يجز شرعا وضع الزكاة فيهم وعلى هذا كان شريح حتى رد شهادة الحسن رضي الله عنه حين شهد مع قنبر لعلي رضي الله عنه فقال علي أما سمعت أنه صلى الله عليه وسلم قال للحسن والحسين هما سيدا شباب أهل الجنة قال نعم صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكن ائت بشاهد آخر فقيل عزله ثم أعاده وزاد في رزقه فقيل رجع علي رضي الله عنه الى قوله وقوله والمراد بالاجير على ما قالوا التلميذ الخاص الذي يعد ضرر استاذه ضررا لنفسه ونفعه نفع نفسه وهو معنى قوله صلى الله عليه وسلم لا شهادة للقانع باهل البيت وقد ذكرناه وفي الخلاصة والتلميذ الخاص الذي يأكل معه وفي عياله وليس له أجرة معلومة وقيل المراد بالاجير الاجير مسانهة أو مشاهرة أو مياومة لانه اذا كانت اجارته على هذا الوجه دخلت منفعته التي هي الاداء في أجرته فيكون مستوجبا الاجر بها فيصير كالمستأجر عليها لان العقد وقع موجبا تمليك منافعه ولهذا يستحق الاجرة بتسليم نفسه وان لم يعمل بخلاف الاجير المشترك حيث تقبل شهادته للمستأجر لان العقد لم يقع موجبا تمليك منافعه بل وقع على عمل معين له ولهذا لا يستحق الاجرة حتى يعمل فافترقا وفي العيون قال محمد رحمه الله في رجل استأجر رجلا يوما واحدا فشهد له الاجير في ذلك اليوم القياس أن لا تقبل ولو كان أجيرا خاصا فشهد فلم يعدل حتى ذهب الشهر ثم عدل قال أبطلها كرجل شهد لامرأته ثم طلقها ولو شهد ولم يكن أجيرا ثم صار أجيرا له قبل أن يقضي فاني أبطل شهادته فان لم تبطل حتى بطلت الاجارة ثم أعاد الشهادة جازت كالمرأة اذا طلقها قبل أن ترد شهادته ثم أعادها تجوز وما في زيادات الاصل من قوله تقبل شهادة الاجير حمل على الاجير المشترك كما حمل ما في كتاب كفالة الاصل لا تجوز شهادة الاجير على الاجير الخاص لما في نوادر ابن رستم قال محمد لا أجيز شهادة الاجير مشاهرة وان كان أجير مشترك قبلت شهادته اه وأما شهادة الاستاذ للتلميذ والمستأجر للاجير فمقبولة لان منافعهما ليست بمملوكة للمشهود له (قوله ولا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر) ولو كان المشهود له من الزوجة أو الزوج مملوكا وقال الشافعي تقبل و بقولنا قال مالك وأحمد وقال ابن أبي ليلى والثوري والنخعي لا تقبل شهادة الزوجة لزوجها لان لها حقا في ماله لوجوب نفقتها

(قوله من القنوع) أقول لامن القناعة

والايدى متميزة) أى يد كل واحد منهما مجتمعة بنفسها غير متفرقة فى ملك الآخر غير متعدية اليه ولهذا يقتضى من أحدهما للآخر ويحبس بدينه وكل من كان كذلك تقبل شهادته فى حق صاحبه كالاخوين وأولاد العم وغيرهم لا يقال فى قبول شهادة أحدهما للآخر نفع للشاهد لان كل واحد منهما يعد نفع نفسه لان ذلك ليس بقصدى بل حصل فى ضمن الشهادة فلا يكون معتبرا كرب الدين اذا شهد لمن عليه الدين وهو مفلس فانها تقبل وان كان له فيه نفع لحصوله ضمنا (ولنا مارويناه) من حديث عائشة رضى الله عنها أنه صلى الله عليه وسلم قال لا تجوز شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته (ولان الانتفاع متصل) ولهذا لو وطئ جارية امرأته وقال ظننت أنها تحل لى لا يحد (وهو) أى الانتفاع (هو المقصود) من الاموال (فيصير شاهدا لنفسه من وجه أو يصير متهما) فى شهادته بجر النفع الى نفسه وشهادة المتهم مردودة (قوله بخلاف شهادة الغريم) جواب عما ذكره الشافعى ووجهه أن الغريم لا ولاية له على المشهود به اذ هو مال المديون ولا تصرف له عليه بخلاف الزوج فانه لكونه قواما عليها هو الذى يتصرف فى مالها عادة لا يقال الغريم اذا ظفر بجنس حقه يأخذه لان الظفر أمر موهوم وحق الاخذ بناء عليه ولا كذلك الزوجان قال (ولا شهادة المولى لعبده الخ) لا تقبل شهادة المولى لعبده لما روينا ولان شهادته له شهادة لنفسه من وجه أو من كل وجه وذلك لانه لا يخلو اما أن يكون على العبد دين أولا فان كان الاول فهى له من وجه لان الحال موقوف مراعى بين أن يصير العبد للغرماء بسبب بيعهم فى دينهم وبين أن يبقى للمولى كما كان بسبب قضاء دينه وان كان الثانى فهى له من كل وجه لان العبد وما يملك لمولاه (ولا) تقبل شهادة المولى (لمكاتبه لما قلنا) من كون الحال موقوفا مراعى

والايدى متميزة ولهذا يجرى القصاص والحبس بالدين بينهما ولا معتبر بما فيه من النفع لشبوته ضمنا كما فى الغريم اذا شهد لمديونه المفلس ولنا مارويناه ولان الانتفاع متصل عادة وهو المقصود فيصير شاهدا لنفسه من وجه أو يصير متهما بخلاف شهادة الغريم لانه لا ولاية له على المشهود به (ولا شهادة المولى لعبده) لانه شهادة لنفسه من كل وجه اذا لم يكن على العبد دين أو من وجه ان كان عليه دين لان الحال موقوف مراعى (ولا لمكاتبه) لما قلنا

وتقبل شهادة الزوج لها لعدم التهمة وجه الشافعى أن الاملاك بينهما متميزة والايدى متميزة أى كل يد فى حيز غير حيز الاخرى فهى ممنوعة عنه من حاز الشئ منعه فلا اختلاط فيها ولهذا يجرى بينهما القصاص والحبس بالدين ولا معتبر بما بينهما من المنافع المشتركة لكل منهما بمال الآخر لانه غير مقصود بالنكاح لانه لم يقصد لان ينتفع كل منهما بمال الآخر وانما يثبت ذلك تبعا للمقصود عادة وصار كالغريم اذا شهد لمديونه المفلس بمال له على آخر تقبل مع توهم أنه يشاركه فى منفعته ولنا مارويناه من قوله صلى الله عليه وسلم ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته وقد سمعت انه من قول شريح ومرفوع من رواية الخصاف ولو لم يثبت فيه نص كفى المعنى فيه والحاقه بقرابة الولاد فى ذلك الحكم بجامع شدة الاتصال فى المنافع حتى يعد كل غنيا بمال الآخر ولذا قال تعالى ووجدك عائلا فاغنى قيل بمال خديجة رضى الله عنها بل ربما كان الاتصال بينهما فى المنافع والانبساط فيها أكثر مما بين الآباء والاولاد بل قد يعادى أبويه لرضا زوجته وهى لرضاه ولان الزوجية أصل الولاد لان الولادة عنها تثبت فيلحق بالولاد فيما يرجع الى معنى اتصال المنافع كما أعطى كسر بيض الصيد حكم قتل الصيد عندنا بخلاف القصاص لان بعد الموت لا زوجية وفى المحيط لا تقبل شهادته لمعتدته من رجعى ولا بائن لقيام النكاح فى بعض الاحكام ولو شهد أحدهما للآخر فى حادثة فردت فارتفعت الزوجية فاعاد تلك الشهادة تقبل بخلاف ما لو ردت لفسق ثم تاب وصار عدلا وأعاد تلك الشهادة لا تقبل وبه قال مالك وأحمد والشافعى فى الاصح لان القاضى لما ردها صار مكذبا فى تلك الشهادة شرعا فلا تقبل بخلاف شهادة العبد والكافر والصبى اذا ردت ثم أعتق وأسلم وبلغ وأعادها تقبل وبه قال الشافعى وأحمد وقال مالك وهو رواية عن أحمد لا تقبل كالرد للفسق قلنا رد شهادتهم لعدم الاهلية لا لتهمة الكذب وهى كافية فى الرد فاذا صاروا أهلا تقبل ولو قبل الرد فى الفسق لا يستلزم الحكم بكذبه بل لمجرد تهمته به وبالاعادة فى العدالة ترتفع تهمة كذبه فى تلك الشهادة بعينها فيجب قبولها احتاج الى الجواب فصار الحاصل كل من ردت شهادته لمعنى وزال ذلك المعنى لا تقبل اذا أعادها بعد زوال ذلك المعنى الا العبد اذا شهد فرد والكافر والاعمى والصبى اذا شهد كل منهم فرد ثم أعتق وأسلم وأبصر وبلغ فشهدوا فى تلك الحادثة بعينها تقبل ولا تقبل فيما سواهم وتقبل لام امرأته وأبيها ولزوج بنته ولامرأة ابنه ولامرأة أبيه ولاخت امرأته (قوله ولا شهادة المولى لعبده) لما تقدم من رواية الخصاف ولانه

(٥ — فتح القدير سادس)

(قال المصنف والايدى متميزة) أقول قال ابن الهمام أى يد كل منهما فى حيز غير حيز الاخرى فهى مجموعة عنه من حاز الشئ جمعه فلا اختلاط فيها انتهى وفى القاموس وغيره تحوز وتحيز بمعنى تنحى انتهى وهذا المعنى هو الانسب هنا (قوله بخلاف الرجل لكونه قواما) أقول وبخلاف المرأة فان لها حق الاخذ للنفقة والظفر ليس موهوما

لانه ان أدى بدل الكتابة صار أجنبيا وان لم يؤد عاد رقيقا فكانت شهادة لنفسه (ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما) لانه يصير شاهدا لنفسه في البعض وذلك باطل واذا بطل البعض بطل الكل لكونها غير منجزئة اذ هي شهادة واحدة (ولو شهد بما ليس من شركتهما قبلت لانتفاء التهمة) قيل هذا اذا كانا شريكي عنان أما اذا كانا متفاوضين فلا تقبل شهادة أحدهما لصاحبه الا في الحدود والقصاص والنكاح لان ما عداها مشترك بينهما فكان شهادته لنفسه من وجه قال (وتقبل شهادة الاخ لاخيه الخ) تقبل شهادة الاخ لاخيه وشهادة الرجل لعمه ولسائر الاقارب غير الولاد لانتفاء التهمة بتباين الاملاك ومنافعها (ولا تقبل شهادة مخنث وهو في العرف من عرف بالردى من الافعال) أي التمكن من اللواطة (فأما الذي في كلامه لين وفي أعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة ولا نائحة ولا مغنية) لارتكابهما المحرم طمعا في المال (٣٤) والدليل على الحرمة نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن الصوتين الاحمقين النائحة والمغنية وصف الصوت بصفة صاحبه والمراد بالنائحة التي تنوح في مصيبة غيرها واتخذت ذلك مكسبا والتغني للهو معصية في جميع الاديان قال في الزيادات اذا أوصى بما هو معصية عندنا وعند أهل الكتاب وذكر منها الوصية للمغنين والمغنيات خصوصا اذا كان الغناء من المرأة فان نفس رفع الصوت منها حرام فضلا عن ضم الغناء اليه ولهذا لم يقيدها هنا بقوله للناس وقيد به فيما ذكر بعد هذا في غناء الرجل

(ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما) لانه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما ولو شهد بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة (وتقبل شهادة الاخ لاخيه وعمه) لانعدام التهمة لان الاملاك ومنافعها متباينة ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض قال (ولا تقبل شهادة المخنث) ومراده المخنث في الردى من الافعال لانه فاسق فأما الذي في كلامه لين وفي أعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة (ولا نائحة ولا مغنية) لانهما يرتكبان محرما فانه عليه السلام نهى عن الصوتين الاحمقين النائحة والمغنية

شهادة لنفسه من كل وجه اذا لم يكن على العبد دين ومن وجه اذا كان ولان الحال أي حال مال العبد فيما اذا كان عليه دين موقوف مراعى بين أن يصير للغرماء بسبب بيعهم المال في دينه وبين أن يبقى للمولى بسبب قضائه دينه وكذا المدبر وأم الولد والمكاتب وهو قول الائمة الثلاثة وقوله لما قلنا يعني من أنه شهادة لنفسه من كل وجه أو من وجه وفي المبسوط وكذا لا تقبل شهادة أبي المولى وابنه وامرأته لهؤلاء وكذا شهادة المرأة لزوجها المملوك على ما قدمناه وكان مقتضى القياس أن تقبل لانها في الحقيقة شهادة لسيده لكن منعوه لفظ النص السابق ولا الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما بخلاف ما ليس من شركتهما حيث تقبل لانتفاء التهمة غير أن هذا لا يتحقق في الشريك المفاوض لان كل شيء هو من شركتهما ولذا قالوا لا تقبل الا في الحدود والقصاص والنكاح والعتاق والطلاق لان ما سوى هذه مشترك بينهما وينبغي أن تزاد الشهادة بما كان من طعام أهل أحدهما أو كسوتهم لانه لا شركة بينهما فيه (قوله وتقبل شهادة الأخ لاخيه وعمه) قيل بلا خلاف لكن قال شمس الائمة في شرح أدب القاضي من السلف من قال لا تقبل شهادة الاخ لاخيه ولا شك في ضعف التهمة لانه لا بسوطة وليس مظنة لزومة للالف بل كثيرا ما يكون بينهم العداوة والبغضاء وكل قرابة غير الولاد كالخال والخالة وغيرهما كالاخ تقبل فيه الشهادة (قوله ولا تقبل شهادة المخنث ومراده المخنث في الردى من الافعال) وهو التشبه بالنساء تعمد الذلك في تزيينه وتكسير أعضائه وتليين كلامه كما هو صفتهن لكون ذلك معصية روى أبو داود باسناده الى ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لعن الله المخنثين من الرجال والمترجلات من النساء يعني المتشبهات بالرجال فكيف اذا تشبه بهن فيما هو أقبح من ذلك فاما الذي في كلامه لين خلقة وفي أعضائه تكسر خلقة فهو عدل مقبول الشهادة (قوله ولا نائحة ولا مغنية) هذا لفظ القدوري فاطلق ثم قال بعد ذلك ولا من يغني للناس

(قوله قيل هذا الخ) أقول أي قبول شهادة الشريك وهذا القيل لصاحب النهاية (قوله هذا اذا كانا شريكي عنان الخ) أقول فيه بحث لانه اذا كان ما عداها مشتركا يدخل في عموم قوله فيما هو من شركتهما ويدخل الحدود والقصاص والنكاح في قوله ما ليس من شركتهما فيشمل كلام المصنف شركة المفاوضة أيضا فلا وجه للاخراج فتأمل الا أن تخصر بالاملاك بقرينة السياق ثم ان قوله لان ما عداها مشترك بينهما غير صحيح فانه لا يدخل في الشركة الا الدراهم والدنانير ولا يدخل فيه العقار ولا العروض ولهذا قالوا لو وهب لاحدهما مال غير الدراهم والدنانير لا تبطل الشركة لان المساواة فيه ليست بشرط (قال المصنف فانه عليه الصلاة والسلام نهى عن الصوتين الاحمقين الخ) أقول أي صوت المغنية بتقدير المضاف أو يكون من قبيل عيشة راضية (قوله فان رفع نفس الصوت منها حرام فضلا عن ضم الغناء اليه ولهذا لم يقيدها هنا) أقول فيه بحث لان المراد بالمغنية التي اتخذت ذلك مكسبا فلا حاجة الى التقييد ولكون المراد هو ذلك علله الشارح بقوله لارتكابهما المحرم طمعا في المال فما أسرع ما نسي ثم ما ذكره جاز في النوح بعينه فما باله لم يكن مسقطا للعدالة اذا ناحت في مصيبة نفسها فلا بد أن يكون المراد منهما في مسئلة الزيادات من كان التغني مكسبه فليتأمل

فورد

(ولامد من الشرب على اللهو لانه ارتكب محرم دينه) والمراد به كل من أدمن على شرب شئ من الاشربة المحرمة خمرا كانت أوغيرها مثل السكر ونقيع الزبيب والمنصف وشرط الادمان ليظهر ذلك عند الناس فان المتهم بشرب الخمر في بيته تقبل الشهادة وان كان كبيرة (ولامن يلعب بالطيور لانه يورث غفلة لايؤمن بها على الاقدام على الشهادة مع نسيان بعض الحادثة) ثم هو مصر على نوع لعب (ولانه قد يقف على عورات النساء بصعود سطحه لتطيير طيره) وذلك فسق فأما اذا كان يستأنس بالحمام في بيته فهو عدل مقبول الشهادة الااذا خرجت من البيت فانها تأتي بحمامات غيره فتفرخ في بيته وهو يبيعه ولا يعرفه من حمام نفسه فيكون آكلا للحرام وفي بعض النسخ ولامن يلعب بالطنبور وهو المغني فهو مستغنى عنه بقوله ولامن يغني للناس فانه أعم من أن يكون معه آلة لهو أولا وانما لم يكتف عن ذكره بما ذكر من المغنية لانها كانت على الاطلاق بهذا مقيدة بكونه للناس حتى لو كان غناؤه لنفسه لازالة وحشته لابأس به عند عامة المشايخ وهو اختيار شمس الائمة السرخسي واختاره المصنف (٣٥) وعلل بانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة

(ولامد من الشرب على اللهو) لانه ارتكب محرم دينه (ولامن يلعب بالطيور) لانه يورث غفلة ولانه قد يقف على عورات النساء بصعوده على سطحه ليطير طيره وفي بعض النسخ ولامن يلعب بالطنبور وهو المغني (ولامن يغني للناس) لانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة

فورد أنه تكرار اعلم ذلك مما ذكر من قوله مغنية والوجه أن اسم مغنية ومغن انما هو في العرف لمن كان الغناء حرفته التي يكتسب بها المال ألا ترى اذا قيل ما حرفته اوما صناعته يقال مغن كما يقال خياط أوحداد فاللفظ المذكور هنا يراد به ذلك غير أنه خص المؤنث به ليوافق لفظ الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله النائحات لعن الله المغنيات ومعلوم أن ذلك لوصف التغني لالوصف الانوثة ولا للتغني مع الانوثة لان الحكم المترتب على مشتق انما يفيد أن وصف الاشتقاق هو العلة فقط لامع زيادة أخرى ثم هو من المرأة أفحش لرفع صوتها وهو حرام ونصوا على أن التغني للهو أولجمع المال حرام بلا خلاف ومثل هذا اللفظ النائحة صار عرفا لمن جعلت النياحة مكسبة وحينئذ كأنه قال لاتقبل شهادة من اتخذ التغني صناعة يأكل بها الامن لم يكن ذلك صناعته ولذا علله في الكتاب بأنه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة وفي النهاية ان الغناء في حقهن مطلقا حرام لرفع صوتهن وهو حرام فلذا أطلق في قوله مغنية وقيد في غناء الرجال بقوله للناس ولايخفى أن قوله من يغني للناس لايخص الرجال لان من تطلق على المؤنث خاصة فضلا عن الرجال والنساء معا وكون صلتها وقعت بتذكير الضمير في قوله يغني بالياء من تحت لاوجب خصوصه بالرجال لما عرف أنه يجوز في ضمير هامراعاة المعنى ومراعاة اللفظ ومراعاة اللفظ أولى وان كان المعنى على التأنيث فكيف اذا كان المعنى أعم من المؤنث والمذكر فان قلت تعليل المصنف رحمه الله بجمع الناس على كبيرة يقتضي أن التغني مطلقا حرام وان كان مفاده بالذات أن الاستماع كبيرة لانهم انما يجتمعون على الاستماع بالذات الا أن كون الاستماع محرما ليس الا لحرمة المسموع وليس كذلك فانه اذا تغنى بحيث لايسمع غيره بل نفسه ليدفع عنه الوحشة لايكره وقيل ولايكره اذا فعله ليستفيد به نظم القوافي ويصير فصيح اللسان وقيل ولايكره لاستماع الناس اذا كان في العرس والوليمة وان كان فيه نوع لهو بالنص في العرس فالجواب أن في التغني

وأصل ذلك ماروي عن أنس بن مالك أنه دخل على أخيه البراء بن مالك وهو يتغنى وكان من زهاد الصحابة رضي الله عنهم ومن المشايخ من كره جميع ذلك وبه أخذ شيخ الاسلام خواهر زاده وحمل حديث البراء على أنه كان ينشد الاشعار المباحة التي فيها الوعظ والحكمة واسم الغناء قد ينطلق على ذلك

(قوله ولامد من الشرب على اللهو لانه ارتكب محرم دينه) أقول فيه بحث لان الظاهر من تعليل المصنف بقوله لانه ارتكب محرم دينه وقوله ولامن يأتي بابا من الكبائر الخ ان مراده غير الخمر وأما في الخمر فلا يشترط ماذكر على ما اختاره الخصاف فتأمل فان للكلام مجالا واسعا (قوله وهو مستغنى عنه الخ) أقول فيه بحث لان كثيرا من الناس يلعب بالطنبور ولا يغني قال ابن قدامة المغني في الملاهي نوعان محرم وهو الآلات المطربة من غير غناء كالمزمار سواء كان من عود أوقصب كالشبابة أوغيره كالطنبور والعود والمعزفة لما روى أبو أمامة انه صلى الله تعالى عليه وسلم قال ان الله تعالى بعثني رحمة للعالمين وأمرني بمحق المعازف والمزامير لانه مطرب مصد عن ذكر الله تعالى والنوع الثاني مباح وهو الدف في النكاح وفي معناه ما كان من حادث سرور بكره (قوله وانما لم يكتف عن ذكره بما ذكر من المغنية الخ) أقول لانفهام حكم الرجال تبعا على عكس ماهو الاصل وفيه بحث (قوله لانها كانت على الاطلاق) أقول فيه بحث (قوله واختاره المصنف وعلل بانه يجمع الناس الخ) أقول فيه بحث فان ذلك التعليل يدل على اختيار المصنف ما اختاره شيخ الاسلام فان اجتماعهم للاستماع وان يكون الاستماع كذلك وذلك يكون المسموع كبيرة

لاسماع نفسه ولدفع الوحشة خلافا بين المشايخ منهم من قال لا يكره انما يكره ما كان على سبيل اللهو احتجاجا بما عن أنس بن مالك رضي الله عنه انه دخل على أخيه البراء بن مالك وكان من زهاد الصحابة وكان يتغنى وبه أخذ شمس الائمة السرخسي رحمه الله ومن المشايخ من كره جميع ذلك وبه أخذ شيخ الاسلام ويحمل حديث البراء بن مالك انه كان ينشد الاشعار المباحة التي فيها ذكر الحكم والمواعظ فان لفظ الغناء كما يطلق على المعروف يطلق على غيره قال صلى الله عليه وسلم من لم يتغن بالقرآن فليس منا وانشاد المباح من الاشعار لا بأس به ومن المباح أن يكون فيه صفة امرأة مرسلة بخلاف ما اذا كانت بعينها حية واذا كان كذلك فجاز أن يكون المصنف رحمه الله قائلا بتعميم المنع كشيخ الاسلام رحمه الله الا ان عرفنا من هذا أن التغني المحرم هو ما كان في اللفظ ما لا يحل كصفة الذكر والمرأة المعينة الحية ووصف الخمر المهيج اليها والدويرات والحانات والهجاء لمسلم أو ذمي اذا أراد المتكلم هجاءه لا اذا أراد انشاد الشعر للاستشهاد به أو لتعلم فصاحته وبلاغته ويدل على أن وصف المرأة كذلك غير مانع ما سلف في كتاب الحج من انشاد أبي هريرة رضي الله عنه وهو محرم

قامت تريك رهبة أن تهضما * ساقا بخنداة وكعبا أدرما

وانشاد ابن عباس رضي الله عنهما * ان يصدق الطير ننك لميسا * لان المرأة فيهما ليست معينة فلولا أن انشاد ما فيه وصف امرأة كذلك جائز لم تقله الصحابة ومما يقطع به في هذا قول كعب بن زهير بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم

وما سعاد غداة البين اذ رحلوا * الا أغن غضيض الطرف مكحول

تجلو عوارض ذي ظلم اذا ابتسمت * كأنه منهل بالراح معلول

وكثير في شعر حسان من هذا كقوله وقد سمعه النبي صلى الله عليه وسلم منه ولم ينكره في قصيدته التي أولها

تبلت فؤادك في المنام خريدة * تسقي الضجيع ببارد بسام

فأما الزهريات المجردة عن ذلك المتضمنة وصف الرياحين والازهار والمياه المطربة كقول ابن المعتز

سقاها بغابات خليج كأنه * اذا صافحته راحة الريح مبرد

يعني سقى تلك الرياض وقوله

وترى الرياح اذا مسحن غديره * صقلنه ونفين كل قذاة

ما ان يزال عليه ظبي كارعا * كتطلع الحسناء في المرآة

فلا وجه لمنعه على هذا نعم اذا قيل ذلك على الملاهي امتنع وان كان مواعظ وحكما للآلات نفسها لا لذلك التغني والله أعلم وفي المغني الرجل الصالح اذا تغنى بشعر فيه فحش لا تبطل عدالته وفي مغني ابن قدامة الملاهي نوعان محرم وهو الآلات المطربة بلا غناء كالمزمار والطنبور ونحوه لما روى أبو أمامة انه عليه السلام قال ان الله تعالى بعثني رحمة للعالمين وأمرني بمحق المعازف والمزامير والنوع الثاني مباح وهو الدف في النكاح وفي معناه ما كان من حادث سرور ويكره غيره لما عن عمر رضي الله عنه انه كان اذا سمع صوت الدف بعث ينظر فان كان في وليمة سكت وان كان في غيره عمد بالدرة وفي الاجناس سئل محمد بن سماعة عن الذي يترنم مع نفسه قال لا يقدح في شهادته وأما القراءة بالالحان فأباحها قوم وحظرها قوم والمختار ان كانت الالحان لا تخرج الحروف عن نظمها وقدر ذوائها فمباح والا فغير مباح كذا ذكر وقد قدمنا في باب الاذان ما يفيد أن التلحين لا يكون الا مع تغيير مقتضيات الحروف فلا معنى لهذا التفصيل ونقلنا هناك عن الامام أحمد رحمه الله أنه قال للسائل عن القراءة بالتلحين وقد أجاب بالمنع ما اسمك قال محمد فقال أيعجبك أن يقال لك يا موحامد هذا وأما النائحة فظاهر أنها أيضا في العرف لمن اتخذت النياحة مكسبة فأما اذا ناحت لنفسها فصرح

فى الذخيرة قال لم يرد النائحة التى تنوح فى مصيبتها بل التى تنوح فى مصيبة غيرها اتخذت ذلك مكسبة لانها ارتكبت معصية وهى الغناء لاجل المال فلا يؤمن أن ترتكب شهادة الزور لاجل ذلك وهو أيسر عليها من الغناء والنوح فى مدة طويلة ولم يتعقب هذا أحد من المشايخ فيما علمت لكن بعض متأخرى الشارحين نظر فيه بأنه معصية فلا فرق بين كونه للناس أولا قال صلى الله عليه وسلم لعن الله الصالقة والحالقة والشاقة وقال عليه السلام ليس منا من ضرب الخدود وشق الجيوب ودعا بدعوى الجاهلية وهما فى صحيح البخارى ولا شك أن النياحة ولو فى مصيبة نفسها معصية لكن الكلام فى أن القاضى لا يقبل شهادتها لذلك وذلك يحتاج الى الشهرة ليصل الى القاضى فانما فيد بكونها للناس لهذا المعنى والا فهو يرد عليه مثله فى قوله ولا مدمن الشرب على اللهو يريد شرب الاشربة المحرمة خمرا أو غيره ولفظ محمد رحمه الله فى الاصل ولا شهادة مدمن خمر ولا شهادة مدمن السكر يريد من الاشربة المحرمة التى ليست خمرا فقال هذا الشارح يشترط الادمان فى الخمر وهذه الاشربة يعنى الاشربة المحرمة لسقوط العدالة مع أن شرب الخمر كبيرة بلا قيد الادمان ولهذا لم يشترط الخصاف فى شرب الخمر الادمان لكن نص عليه فى الاصل كما سمعت فما هو جوابه هو الجواب فى تقييد المشايخ بكون النياحة للناس ثم هو نقل كلام المشايخ فى توجيه اشتراط الادمان انه انما شرط ليظهر عند الناس فان من شرب هذه الاشربة سرا لا تسقط عدالته ولم يتنفس فيه بكلمة واحدة فكذا التى ناحت فى بيتها لمصيبتها لا تسقط عدالتها لعدم اشتهار ذلك عند الناس وانظر الى تعليل المصنف رحمه الله بعد ذكر الادمان بانه ارتكب محرم دينه مع أن ذلك ثابت بلا ادمان فانما أراد انه اذا أدمن حينئذ يظهر انه مرتكب محرم دينه فترد شهادته بخلاف التى استمرت تنوح للناس لظهوره حينئذ فتكون كالذى يسكر ويخرج سكران وتلعب به الصبيان فى رد شهادته وصرح بان الذى يتهم بشرب الخمر لا تسقط عدالته ومنهم من فسر الادمان بنيته وهو أن يشرب ومن نيته أن يشرب مرة أخرى وهذا هو معنى الاصرار وأنت تعلم انه سيذكر رد شهادة من يأتى بابا من أبواب الكبائر التى يتعلق بها الحد وشرب الخمر منها من غير توقف على نية أن يشرب ولان النية أمر مبطن لا يظهر للناس والمداراة التى يتعلق بوجودها حكم القاضى لا بد أن تكون ظاهرة لا خفية لانها معرفة والخفى لا يعرف والظهور بالادمان الظاهر نعم بالادمان الظاهر يعرف اصراره لكن بطلان العدالة لا يتوقف فى الكبائر على الاصرار بل أن يأتيها ويعلم ذلك وانما ذلك فى الصغائر وقد اندرج فيما ذكرنا شرح ذلك وأما من يلعب بالطيور فلانه يورث غفلة وهذا كانه بالخاصية المعروفة بالاستقراء وترد شهادة المغفل لعدم الامن من زيادته ونقصه ولانه يقف على عورات النساء لصعود سطحه ليطير طيره وهذا يقتضى منع صعود السطح مطلقا الا أن يراد أن ذلك يكثر منه لهذه الداعية فان الداعية الى الشئ كالحرب فى اقتضاء المواظبة عليه كما فى لعب الشطرنج فانه يشاهد فيه داعية عظيمة على المواظبة حتى انهم ربما يستمرون النهار والليل لا يسألون عن أكل ولا شرب وهذا من أظهر وجه على انه من دواعى الشيطان والاوجه أن اللعب بالطيور فعل مستخف به يوجب فى الغالب اجتماعا مع أناس أراذل وصحبتهم وذلك مما يسقط العدالة هذا وفى تفسير الكبائر كلام فقيل هى السبع التى ذكرت فى الحديث وهى الاشراك بالله والفرار من الزحف وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وبهت المؤمن والزنا وشرب الخمر وزاد بعضهم أكل الربا وأكل مال اليتيم وفى البخارى عنه عليه السلام اجتنبوا السبع الموبقات قالوا يا رسول الله وما هن فذكرها وفيها السحر وأكل الربا وأكل مال اليتيم وفيه عنه عليه السلام ألا أنبئكم بأكبر الكبائر قالوا بلى يا رسول الله قال الشرك بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس وكان متكئا فجلس فقال ألا وقول الزور وشهادة الزور فما زال يكررها الحديث وقد عد أيضا منها السرقة وورد فى الحديث من جمع بين صلاتين

قال (ولا من يأتي بابا من الكبائر الخ) من أتى بشئ من الكبائر التي يتعلق بها الحد فسق وسقطت عدالته وهذا بناء على أن الكبيرة أعم مما فيه حد أو قتل وقال أهل الحجاز وأهل الحديث هي السبع التي ذكرها رسول الله صلى الله عليه وسلم في الحديث المعروف وهي الاشراك بالله والفرار من الزحف (٣٨) وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وبهت المؤمن والزنا وشرب الخمر

(ولا من يأتي بابا من الكبائر التي يتعلق بها الحد) لفسق قال (ولا من يدخل الحمام من غير مئزر) لان كشف العورة حرام (أو يأكل الربا أو يقامر بالنرد والشطرنج) لان كل ذلك من الكبائر وكذلك من تفوته الصلاة للاشتغال بهما فأما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من الشهادة لان للاجتهاد فيه مساغا وشرط في الاصل أن يكون آكل الربا مشهورا به لان الانسان قلما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك ربا

من غير عذر فقد أتى بابا من أبواب الكبائر وقيل الكبيرة ما فيه حد وقيل ما ثبتت حرمته بنص القرآن وقيل ما كان حراما لعينه ونقل عن خواهر زاده أنها ما كان حراما محضا مسمى في الشرع فاحشة كالمواظبة أو لم يسم بها لكن شرع عليها عقوبة محضة بنص قاطع اما في الدنيا بالحد كالسرقة والزنا وقتل النفس بغير حق أو الوعيد بالنار في الآخرة كأكل مال اليتيم ولا تسقط عدالة شارب الخمر بنفس الشرب لان هذا الحد ما ثبت بنص قاطع الا اذا داوم على ذلك فان العدالة تزول بالاصرار على الصغائر فهذا أولى وهذا يخالف ما تقدم من عد شرب الخمر من الكبائر في نفس الحديث وذكره الاصحاب وفي الخلاصة بعد أن نقل القول بان الكبيرة ما فيه حد بنص الكتاب قال وأصحابنا لم يأخذوا بذلك وانما بنوا على ثلاثة معان أحدها ما كان شنيعا بين المسلمين وفيه هتك حرمة الله تعالى والثاني أن يكون فيه منابذة المروءة والكرم وكل فعل يرفض المروءة والكرم فهو كبيرة والثالث أن يصر على المعاصي والفجور ولا يخفى ما في هذا من عدم الانضباط وعدم الصحة أيضا وما في الفتاوى الصغرى العدل من يجتنب الكبائر كلها حتى لو ارتكب كبيرة تسقط عدالته وفي الصغائر الغلبة لتصير كبيرة حسن ونقله عن أدب القاضي لعصام وعليه المعول غير أن الحكم بزوال العدالة بارتكاب الكبيرة يحتاج الى الظهور فلهذا شرط في شرب الخمر والسكر الادمان والله سبحانه وتعالى أعلم ولا تقبل شهادة من يجلس مجالس الفجور والمجانة على الشرب وان لم يشرب لان اختلاطه بهم وتركه الامر بالمعروف يسقط عدالته وفي الذخيرة والمحيط وكذا الاعانة على المعاصي والحث عليها من جملة الكبائر (قوله ولا من يدخل الحمام بغير مئزر لان كشف العورة حرام) وفي الذخيرة اذا لم يعرف رجوعه عن ذلك وأما ما ذكر الكرخي أن من مشى في الطريق بسراويل ليس عليه غيره لا تقبل شهادته فليس للحرمة بل لانه مخل بالمروءة (قوله أو يأكل الربا الى قوله ولا من يفعل الافعال المستحقرة) أما أكل الربا فكثيرا أطلقوه وقيده في الاصل بأن يكون مشهورا به فقيل لان مطلقه لو اعتبر ما نعا لم يقبل شاهد لان العقود الفاسدة كلها في معنى الربا وقل من يباشر عقود البياعات ويسلم دائما منه وقيل لان الربا ليس بحرام محض لانه يفيد الملك بالقبض كسائر البياعات الفاسدة وان كان عاصيا مع ذلك فكان ناقصا في كونه كبيرة والمانع في الحقيقة هو ما يكون دليلا على امكان ارتكاب شهادة الزور وشهادة الزور حرام محض فالدال عليها لا بد من كونه كذلك بخلاف أكل مال اليتيم حيث ترد شهادته بمرة وقيل لانه اذا لم يشتهر به كان الواقع ليس الا تهمة أكل الربا ولا تسقط العدالة به وهذا أقرب ومرجعه الى ما ذكر في وجه تقييد شرب الخمر بالادمان وأما قوله ليس بحرام محض فلا تعويل عليه والدال على تجويز شهادة الزور منه يكفي كونه مرتكبا محظورا ودينه ألا ترى الى ما قال أبو يوسف اذا كان الفاسق وجيها تقبل شهادته لبعد أن يشهد بالزور لوجاهته على ما تقدم ثم لم يرتض ذلك لانه مخالف لنص الكتاب

(قوله فأما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق) أقول قال الكاكي في معراج الدراية واللعب بالشطرنج يمنع قبول الشهادة بالاجماع اذا كان مداوما عليه أو يقامر أو تفوته الصلاة أو أكثر عليه الحلف بالكذب والباطل اه ففي قول الاكمل اذا انضم اليه أحد أمور ثلاثة بحث

(ولا من يفعل الافعال المستحقرة) وفي نسخة المحتقرة وفي أخرى المستقبحة وفي أخرى المستخفة وفي أخرى المستخفة كلها على اسم المفعول سوى المستخفة بلفظ اسم الفاعل من التسخيف وهو النسبة الى السخف رقة العقل من قولهم ثوب سخيف اذا كان قليل الغزل وصحح صاحب المغرب هذه الاخيرة (كالبول والاكل على الطريق لان فيه ترك المروءة واذا كان لا يستحي من مثل ذلك) فالظاهر أنه (لا يمتنع عن الكذب) فكان متهما

قال (ولا من يفعل الافعال المستحقرة كالبول على الطريق والاكل على الطريق) لانه تارك للمروءة واذا كان لا يستحي عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب فيتهم

الكتاب قوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا وأما الاول فالربا يختص بعقد على الاموال الربوية فيه تفاضل أو نسيئة بل أكثر ما كانوا عليه ونزلت آية الربا بسبب اقراضهم المقدار كالمائة وغيره بأكثر منه أو الى أجل فان لم يقبضه فيه أربى عليه فتزيد الكمية وهذا هو المتداول في غالب الازمان لا بيع درهم بدرهمين فربما لا يتفق ذلك أصلا أو الا قليلا وأما أكل مال اليتيم فلم يقيده أحد ونصوا انه بمرة وأنت تعلم أنه لا بد من الظهور للقاضي لان الكلام فيما يرد به القاضي الشهادة فكأنه بمرة يظهر لانه يحاسب فيعلم انه استنقص من المال والحاصل أن الفسق في نفس الامر مانع شرعا غير أن القاضي لا يرتب ذلك الا بعد ظهوره له فالكل سواء في ذلك ولذا نقول اذا علم أنه يلعب بالنرد ترد شهادته سواء قامر به أو لم يقامر لما في حديث أبي داود من لعب بالنرد شير فقد عصى الله ورسوله ولعب الطاب في بلادنا مثله لانه يرمي و يطرح بلا حساب واعمال فكر وكل ما كان كذلك مما أحدثه الشيطان وعمله أهل الغفلة فهو حرام سواء قومر به أولا فأما الشطرنج فقد اختلف في اباحته فعندنا لا يجوز وكذا عند الامام أحمد لما رويناه فانه قد قيل ان النرد شير هو الشطرنج ولما سيأتي في باب الكراهة ان شاء الله تعالى من قوله عليه الصلاة والسلام كل لهو المؤمن باطل الا ثلاثة تأديبه لفرسه ومناضلته عن قوسه وملاعبته مع أهله ورواه أبو داود عن عقبة بن عامر عنه عليه الصلاة والسلام ليس من اللهو الا ثلاث تأديب الرجل فرسه وملاعبته أهله ورميه بقوسه ونبله وعند الشافعي ومالك يباح مع الكراهة ان تجرد عن الحلف كاذبا والكذب عليه وتأخير صلاة عن وقتها والمقامرة به فلما كان للاجتهاد فيه متجردا مساغ لم تسقط العدالة به وأما ما ذكر من أن من يلعبه على الطريق ترد شهادته فلا تباينه الامور المحقرة ولا تقبل شهادة أهل الشعبذة وهو الذي يسمى في ديارنا دكا كا لانه اما ساحر أو كذاب أعني الذي يأكل منها و يتخذها مكسبة فأما من علمها ولم يعملها فلا وصاحب السيما على هذا (قوله ولا من يفعل الافعال المستحقرة) وفي بعض النسخ المستقبحة وفي بعضها المستخفة وان لم تكن في نفسها محرمة والمستخفة بفتح الخاء وكسرها أي التي يستخف الناس فاعلها أو الخصلة التي تستخف الفاعل فيبدو منه ما لا يليق وعلى هذا المعنى قوله تعالى ولا يستخفنك الذين لا يوقنون وذلك (كالاكل على قارعة الطريق) يعني بمرأى الناس والبول عليها ومثله الذي يكشف عورته ليستنجي من جانب بركة والناس حضور وقد كثر ذلك في ديارنا من العامة و بعض من لا يستحي من الطلبة والمشي بسراويل فقط ومد رجله عند الناس وكشف رأسه في موضع يعد فعله خفة وسوء أدب وقلة مروءة وحياء لان من يكون كذلك لا يبعد منه أن يشهد بالزور وفي الحديث عنه عليه الصلاة والسلام ان مما أدرك الناس من كلام النبوة الاولى اذا لم تستح فاصنع ما شئت وعن الكرخي لو أن شيخا صارع الاحداث في الجامع لم تقبل شهادته لانه سخف وأما أهل الصناعات الدنيئة كالكساح وهو الذي يسمى في عرف دياره مصر قنواتي والزبال والحائك والحجام فقيل لا تقبل وبه قال الشافعي وأحمد ووجه بكثرة خلفهم الوعد وكذبهم ورأيت أكثر مخلف الوعد السمكري والاصح تقبل لانها قد تولاها قوم صالحون فما لم يعلم القادح لا يبنى على ظاهر الصناعة ومثله النخاسون والدلالون فانهم يكذبون كثيرا زيادة على غيرهم مع خلفهم فلا يقبل الا من علم عدالته منهم وقيل لا تقبل شهادة بائع الاكفان قال شمس الائمة هذا اذا ترصد لذلك العمل فأما اذا كان يبيع الثياب و يشتري منه الاكفان فتقبل

(قوله سوى المستخفة الخ) أقول أي الافعال التي تكون سببا لنسبة صاحبها الى السخف ورقة العقل ثم أقول يمكن أن يكون المستخفة بالتخفيف على وزن المفعول كالمستندة بفتح النون من السخف والسين حينئذ تكون أصلية وأما المستخفة بالتشديد على صيغة المفعول كالمستقرة بفتح القاف فالسين فيها زائدة (قال المصنف واذا كان لا يستحي عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب) أقول قال العلامة الكاكي وفي المحيط لا تقبل شهادة النخاسين والدلالين لانهم يكذبون كثيرا فاما من كان عدلا منهم تقبل شهادتهم اه وفيه لا تقبل شهادة الطفيلي والمشعوذ والرقاص والمسخرة بلا خلاف وفي مناقب أبي حنيفة رحمه الله لا تقبل شهادة البخيل وقال مالك ان أفرط في البخل لا تقبل قال الزيلعي وفي النهاية شهادة البخيل لا تقبل فالظاهر أنه أراد به من يبخل بالواجبات كالزكاة ونفقة الزوجات والاقارب اه

(ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف) وهم الصحابة والتابعون منهم أبو حنيفة (لظهور فسقه) وقيد بالاظهار حتى لو اعتقد ذلك ولم يظهره فهو عدل روى ابن سماعة عن أبي يوسف أنه قال لا أقبل شهادة من سب أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وأقبل شهادة من يبرأ منهم وفرقوا بان اظهار سبه لا يأتي به الا الاسقاط السخفة وشهادة السخيف لا تقبل ولا كذلك المتبرئ لانه يعتقد دينا وان كان على باطل فلم يظهر فسقه (وتقبل شهادة أهل الاهواء الا الخطابية) منهم والهوى ميلان النفس الى ما يستلذ به من الشهوات وانما سموا به لمتابعتهم النفس ومخالفتهم السنة كالخوارج والروافض فان أصول الاهواء الجبر والقدر والرفض والخروج والتشبيه والتعطيل ثم كل واحد منهم يفترق اثنى عشر فرقة (وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادتهم لانه أغلظ وجوه الفسق) اذ الفسق من حيث الاعتقاد شر منه من حيث التعاطي (ولنا أنه فسق من حيث الاعتقاد) وما هو كذلك فهو تدين لا ترك تدين والمانع من القبول ترك ما يكون دينا فصار كمن في شرب المثلث أو شافعي أكل متروك التسمية عامدا معتقدا اباحته فانه لا يصير به مردود الشهادة والخطابية قيل هم غلاة من الروافض ينسبون الى أبي الخطاب رجل كان بالكوفة قتله عيسى بن موسى وصلبه بالكناسة لانه كان يزعم أن عليا الاله الاكبر وجعفرا الصادق الاله الاصغر وقيل هم قوم يعتقدون أن من ادعى منهم شيأ على غيره يجب أن يشهد له بقية شيعته بذلك وقيل لكل من حلف عندهم والخوارج

(ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف) لظهور فسقه بخلاف من يكتمه (وتقبل شهادة أهل الاهواء الا الخطابية) وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل لانه أغلظ وجوه الفسق ولنا انه فسق من حيث الاعتقاد وما أوقعه فيه الا تدينه به وصار كمن يشرب المثلث أو يأكل متروك التسمية عامدا مستبيحا لذلك بخلاف الفسق من حيث التعاطي أما الخطابية فهم من غلاة الروافض يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم

لعدم تمنيه الموت للناس والطاعون وقيل لا تقبل شهادة الصكاكين لانهم يكتبون هذا ما اشترى فلان أو باع أو أجر وقبض المبيع قبل وقوعه فيكون كذبا ولا فرق في الكذب بين القول والكتابة والصحيح تقبل اذا كان غالب أحوالهم الصلاح فانهم غالبا انما يكتبون بعد صدور العقد وقبل صدوره يكتبون على المجاز تنزيلا له منزلة الواقع ليستغنوا عن الكتابة اذا صدر المعنى بعدها وردّ بعض العلماء شهادة القروي والاعرابي وعامة العلماء تقبل الا بمانع غيره ولا تقبل شهادة الطفيلي والرقاص والمجازف في كلامه والمسخرة بلا خلاف وفي الحديث ويل للذي يحدث ويكذب كي يضحك منه الناس ويل له وويل له وقال نصير بن يحيى من يشتم أهله ومماليكه كثيرا في كل ساعة لا تقبل وان كان أحيانا تقبل وكذا الشتام للحيوان كدابته وأما في ديارنا فكثيرا يشتمون بائع الدابة فيقولون قطع الله يدمن باعك ولا من يحلف في كلامه كثيرا ونحوه وحكي أن الفضل بن الربيع شهد عند أبي يوسف فرد شهادته فشكاه الى الخليفة فقال الخليفة ان وزيري رجل دين لا يشهد بالزور فلم ردت شهادته قال لاني سمعته يوما قال للخليفة أنا عبدك فان كان صادقا فلا شهادة للعبد وان كان كاذبا فكذلك فعذره الخليفة والذي عندي أن رد أبي يوسف شهادته ليس لكذبه لان قول الحر لغيره أنا عبدك مجاز باعتبار معنى القيام بخدمتك وكوني تحت أمرك ممتثلا له على اهانة نفسي في ذلك والتكلم بالمجاز على اعتبار الجامع ووجه الشبه ليس كذبا محظورا شرعا ولذا وقع المجاز في القرآن ولكن رده لما يدل عليه خصوص هذا المجاز من اذلال نفسه وتعلقه لاجل الدنيا فربما يعز هذا الكلام اذا قيل للخليفة فعدل الى الاعتذار بأمر يقرب من خاطره والحاصل فيه أن ترك المروءة مسقط للعدالة وقيل في تعريف المروءة أن لا يأتي الانسان بما يعتذر منه مما ينحسه عن مرتبته عند أهل الفضل وقيل السمت الحسن وحفظ اللسان وتجنب السخف والمجون والارتفاع عن كل خلق دنيء والسخف رقة العقل من قولهم ثوب سخيف اذا كان قليل الغزل. وعن أبي حنيفة لا تقبل شهادة البخيل وقال مالك ان أفرط لانه يؤديه الى منع الحقوق (قوله ولا من يظهر سب السلف) كالصحابة والتابعين ومنهم أبو حنيفة رحمه الله وكذا العلماء ونص أبو يوسف على عدم قبوله قال لانه اذا أظهر سب واحد من المسلمين تسقط عدالته فاذا أظهر في واحد من الصحابة كيف يكون مقبولا وقيد بالاظهار لانه لو اعتقده ولم يظهر فهو على عدالته تقبل شهادته ولذا قال أبو يوسف من رواية ابن سماعة لا أقبل شهادة من يشتم أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وأقبل شهادة من يتبرأ منهم لان اظهار الشتيمة مجونة وسفه ولا يأتي به الا الاوضاع والاسقاط وشهادة السخيف لا تقبل ولا كذلك المتبرئ لانه يعتقده دينا مرضيا عند الله وان كان على باطل فالحاصل انه من أهل الاهواء وشهادة أهل الاهواء جائزة (قوله وتقبل شهادة أهل الاهواء) كلهم من المعتزلة والقدرية

(قال المصنف وقال الشافعي لا تقبل لانه أغلظ من وجوه الفسق) أقول عدم قبول شهادة أهل الاهواء مذهب مالك وأبي حامد من الشافعية وأما قول الشافعي فقولنا بلا اختلاف

ترد شهادتهم لانهم كافرون ان كانوا كما قيل أولا ولتمكن التهمة فى شهادتهم ان كانوا كما قيل ثانيا أو ثالثا قال (وتقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض الخ) شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض مقبولة عندنا وان اختلفت مللهم كاليهودى مع النصرانى وقال ابن أبى ليلى ان اتفقت مللهم قبلت لقوله عليه السلام لا شهادة لاهل ملة على أهل ملة أخرى الا المسلمين فشهادتهم مقبولة على أهل الملل كلها والجواب أنه مخالف لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم أولياء بعض والمراد به الولاية دون الموالاة فانه معطوف على قوله مالكم من ولايتهم من شئ والعطف قرينة يراعى به تناسب المعانى (وقال مالك والشافعى لا تقبل لانه فاسق قال الله تعالى والكافرون هم الظالمون) والظالم فاسق (فيجب التوقف فى خبره) لقوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا وصار كالمرتد ولا تقبل شهادة المرتد لجنسه وخلاف جنسه (ولنا ماروى أن النبى صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض) رواه جابر بن عبد الله وأبو موسى (ولان الذمى من أهل الولاية على نفسه وأولاده الصغار) وكل من هو كذلك (فله أهلية الشهادة على جنسه) كالمسلمين فان قيل المسلم له أهلية على جنسه وعلى خلاف جنسه دون الذمى فبطل القياس

وقيل يرون الشهادة لشيعتهم واجبة فتمكنت التهمة فى شهادتهم قال (وتقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض وان اختلفت مللهم) وقال مالك والشافعى رحمهما الله لا تقبل لانه فاسق قال الله تعالى والكافرون هم الظالمون فيجب التوقف فى خبره ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم فصار كالمرتد ولنا ماروى أن النبى عليه السلام أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض ولانه من أهل الولاية على نفسه وأولاده الصغار فيكون من أهل الشهادة على جنسه

والخوارج وسائرهم تقبل شهادتهم على مثلهم وعلى أهل السنة الا الخطابية وهم طائفة من الروافض لاتخصوص بدعتهم وهواهم بل لتهمة الكذب لما نقل عنهم أنهم يشهدون لمن حلف لهم أنه محق أو يرون وجوب الشهادة لمن كان على رأيهم وهو الذى ذكره المصنف فمنع قبول شهادتهم لشيعتهم لذلك ولغير شيعتهم للامر الاول ومانقله المصنف عن الشافعى هو قول مالك وأبى حامد من الشافعية وأما قول الشافعى فكقولنا بلا اختلاف وجه قول مالك ماذكر أن البدعة فى الاعتقاد من أعظم الفسوق فوجب رد شهادته بالآية ولنا أن صاحب الهوى مسلم غير متهم بالكذب لتدينه بتحريمه حتى انه ربما يكفر به كالخوارج فهو أبعد من التهمة به وأما الآية فانها مخصوصة بالفسق من حيث الاعتقاد مع الاسلام فكان المراد منها الفسق الفعلى ولذا قال محمد بقبول شهادة الخوارج اذا اعتقدوا ولم يقاتلوا فاذا قاتلوا ردت شهادتهم لاظهار الفسق بالفعل والدليل على التخصيص اتفاقنا على قبول روايتهم للحديث وفى صحيح البخارى كثير منهم مع اعتماده الغلو فى الصحة مع أن قبول الرواية أيضا مشروط بعدم الفسق بظاهرها وبالمعنى وهو أن رد شهادة الفاسق لتهمة الكذب وذلك منتف فيهم والخطابية نسبة الى أبى الخطاب وهو محمد بن أبى وهب الاجدع وقيل محمد بن أبى زينب الاسدى الاجدع وخرج أبو الخطاب بالكوفة وحارب عيسى بن موسى بن على بن عبد الله بن عباس وأظهر الدعوة الى جعفر فتبرأ منه جعفر ودعا عليه فقتل هو وأصحابه قتله وصلبه عيسى بالكناسة (قوله وتقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض) قيد بالتخريج شهادتهم على المسلم ويدخل فى اللفظ شهادة أهل ملة منهم على أهل ملة أخرى وقد نص عليه بقوله وان اختلفت مللهم احترز به عن قول ابن أبى ليلى وأبى عبيد انها لا تقبل مع اختلاف الملة كشهادة اليهودى على النصرانى وعكسه (وقال مالك والشافعى رحمهما الله لا تقبل أصلا لانه فاسق قال تعالى والكافرون هم الظالمون) ووقع فى كثير من نسخ الهداية والكافرون هم الفاسقون وفى النهاية النسخة المصححة بتصحيح بخط شيخى قال تعالى للكافرين هم الفاسقون اذا الذى فى القرآن والكافرون هم الظالمون (فيجب التوقف فى خبره ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم فصار كالمرتد) بذلك الجامع ولقوله تعالى وأشهدوا ذوى عدل منكم وقال ممن ترضون من الشهداء والكافر ليس ذا عدل ولا مرضيا ولانا لو قبلنا شهادتهم لاوجبنا القضاء على القاضى بشهادتهم ولا يلزم على المسلم شئ بقولهم قال المصنف (ولنا ماروى أن النبى صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض) قال الامام المخرج غريب وغير مطابق للمدعى وهو أن شهادة بعضهم على بعض جائزة وان اختلفت مللهم ولو قال أهل الكتاب عوض النصارى وافق وهكذا أخرجه ابن ماجه عن مجالد عن الشعبى عن جابر بن عبد الله أن النبى

(قوله فانه معطوف على قوله مالكم من ولايتهم من شئ الآية) أقول هذه الآية فى سورة الانفال (قوله فالعطف قرينة يراعى به تناسب المعانى) أقول وللخصم أن يقول القران فى النظم لا يوجب القران فى الحكم وقد ورد نص على عدم القبول

فليتأمل ثم لو صح ماذكر لجاز شهادة المستأمن على الذمى وشهادة مستأمن دار على مستأمن أخرى (قال المصنف قال الله تعالى والكافرون هم الفاسقون) أقول هذا معنى القرآن لان القرآن والكافرون هم الظالمون (قوله أجاز شهادة النصرانى) أقول الظاهر أن يقول أجاز شهادة النصارى (قوله ولان الذمى من أهل الولاية على نفسه وأولاده الصغار الخ) أقول قال فى النهاية المسلم اذا خطب الى كتابى ابنته الصغيرة فزوجها منه جاز النكاح (قوله فله أهلية الشهادة) أقول لان الشهادة من باب الولاية

فالجواب أن القياس في الذمي كذلك لكن ترك لخلاف الخمس بقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا واعترض بأن الله تعالى قال ممن ترضون من الشهداء والكافر ليس بمرضي والجواب انه ليس بمرضي بالنسبة الى الشهادة علينا أو مطلقا والاول مسلم وليست بمقبولة والثاني ممنوع اذ ليس ما يمنع رضانا يمنع شهادة بعضهم على بعض (قوله والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع) جواب عن قوله لانه فاسق وتقريره الفسق مانع من حيث تعاطي محرم الدين أو من حيث الاعتقاد والثاني ممنوع والاول مسلم لكن فسق الكفر ليس من بابه فان الكافر يجتنب محرم دينه واعترض بأن الاجتناب عن محظور الدين يعتبر دليلا على الاجتناب عن الكذب الذي هو من باب شهادة الزور وهم ارتكبوا الكذب بانكار الآيات مع علمهم بحقيقتها قال الله تعالى وجحدوا بها واستيقنتها أنفسهم ظلما وعلوا وأجيب بأن المراد به الاخبار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم المتواطؤن على كتمان بعثه ونبوته ولا شهادة لهم عندنا ومن بعدهم على أن الحق ما هم عليه فالتكذيب منهم تدين ومطبقون على كون الكذب على أحد محظورا اذ هو محظور الاديان كلها وقوله (بخلاف المرتد) (٤٢) جواب عن قوله فصار كالمرتد فانه لا ولاية له لا على نفسه ولا على أولاده وهي ركن الدليل وقوله (وبخلاف شهادة الذمي على المسلم) جواب عن قوله وهذا لا تقبل شهادته على المسلم وعما يقال لو استلزمت الولاية أهلية الشهادة لقبلت شهادة الذمي على المسلم لوجودها كما ذكرتم ووجهه أن ولايته بالاضافة الى المسلم معدومة وهو كما ترى منع لوجود الملزوم وقد مر لنا جواب آخر عن هذا السؤال ولانه يتقول عليه جواب آخر وتقريره سلمنا أن علة قبول شهادته وهو الولاية متحققة لكن المانع متحقق وهو تغيظه بقهر المسلم اياه فانه يحمله على التقول عليه بخلاف ملل الكفر فانها وان اختلفت فلا قهر لبعضهم على بعض في دار الاسلام فلا يحملهم الغيظ على التقول

والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع لانه يجتنب ما يعتقده محرم دينه والكذب محظور الاديان بخلاف المرتد لانه لا ولاية له وبخلاف شهادة الذمي على المسلم لانه لا ولاية له بالاضافة اليه ولانه يتقول عليه لانه يغيظه قهره اياه وملل الكفر وان اختلفت فلا قهر فلا يحملهم الغيظ على التقول

صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة أهل الكتاب بعضهم على بعض ومحالهم فيه مقال ثم قال شيخنا علاء الدين ويوجد في بعض نسخ الهداية اليهود عوض النصارى وذكر ما رواه أبو داود بهذا الاسناد جاءت اليهود برجل وامرأة منهم زنيا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ائتوني باعلم رجلين منكم فأتوه بابني صوريا فنشدهما الله كيف تجدان أمر هذين في التوراة قالا نجد فيها اذا شهد أربعة منهم أنهم أذار أوا ذكره في فرجها كالميل في المكحلة رجما قال فما يمنعكما أن ترجموهما قالا ذهب سلطاننا فكرهنا القتل فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم باليهود فجاء أربعة فشهدوا أنهم رأوا ذكره في فرجها كالميل في المكحلة فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم برجمهما قال هكذا وجدته في نسخة علاء الدين بخط يده وهو تصحيف وانما هو فدعا بالشهود كشفته من نحو عشرين نسخة وكذا رواه اسحق بن راهويه وأبو يعلى الموصلي والبزار في مسانيدهم والدارقطني كلهم قالوا فدعا بالشهود قال في التنقيح قوله في الحديث فدعا بالشهود فشهدوا زيادة في الحديث تفرد بها مجالد ولا يحتج بما تفرد به انتهى كلامه لكن الطحاوي أسنده الى عامر الشعبي عن جابر وفيه أنه صلى الله عليه وسلم قال ائتوني بأربعة منكم يشهدون ثم قول القائل لا يقبل ما تفرد به مجالد يجري فيه ما ذكرنا من أن الراوي المضعف اذا قامت دلالة على صحة ما رواه حكم به لارتفاع وهم الغلط ولا شك أن رجمه عليه السلام كان بناء على ما سأل من حكم التوراة فيهما وأجيب به من أن حكمها الرجم بشهادة أربعة اذ هو يوافق ما أنزل اليه فلا بد من كونه بنى على شهادة أربعة في نفس الامر منهم وان لم يذكر في الرواية المشهورة لان القصة كانت فيما بين يهود في محالهم وأماكنهم فهذه دلالة على أن مجالدا لم يغلط في هذه الزيادة وأنت علمت في مسئلة أهل الاهواء أن مراد الآية فسق الافعال لانه الذي يتهم صاحبه بالكذب لا الاعتقاد الا أن شهادتهم على

المسلمين

(قوله فالجواب أن القياس في الذمي الخ) أقول وفيه بحث فان الشهادة من باب الولاية ولا ولاية للذمي على المسلم فكيف يكون القياس في الذمي كذلك ثم لو نقض بشهادة المستأمنين المختلفين دارا حيث لا تقبل مع أنهم من أهل الولاية بدليل قبول شهادة المتفقين دارا لا يتمشى هذا الجواب اذ لا نص على خلافه فالتعويل على جواب المصنف (قوله والجواب أنه ليس بمرضي) أقول لا يخفى عليك أنه ليس المراد كونه مرضيا من حيث الشهادة والا فليس واحد من الخصوم راضيا للشهادة على نفسه بل كونه مرضيا من حيث أمواله فالاولى أن يجاب بما في سائر الشروح مع أنه مرضي من حيث المعاملات والشهادة منها وجوابه ظاهر (قوله ومن بعدهم على أن الحق ما هم عليه) أقول قوله ومن بعدهم مبتدأ وقوله على أن الحق الخ خبره ثم بقي ههنا بحث فليتأمل (قوله منع لوجود الملزوم) أقول يعني منع لوجود الولاية (قوله وقد مر لنا الخ) أقول مر آنفا (قال المصنف لانه يغيظه) أقول قال الكاكي أي المسلم وفي النهاية للشأن أي الشأن هو أن يسخط الذي قهره اياه

قال (ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي الخ) لا تقبل شهادة الحربي على الذمي قال المصنف (أراد بالحربي المستأمن) وانما قال ذلك لان شهادة الحربي الذي لم يستأمن على الذمي غير متصورة لانها تكون في مجلس القضاء ومن شرط القضاء المصر في دار الاسلام لا يقال يجوز أن يدخل حربي دار الاسلام بلا استئمان فيحضر مجلس القضاء لانه مأخوذ قهرا فيصير عبدا ولا شهادة للعبد لاحد ولا عليه وانما لم تقبل شهادة المستأمن على الذمي لانه لا ولاية له على الذمي لكونه من أهل دارنا والمستأمن من أهل دار الحرب واختلاف الدارين حكما يقطع الولاية وقد ذكرنا في شرح رسالتنا في الفرائض وعلى هذا قوله وهو أعلى حالا منه أي أقرب الى الاسلام من المستأمن ولهذا يقتل المسلم بالذمي دون المستأمن استظهارا على الاختلاف لتمام الدليل بقوله لانه من أهل دارنا ويجوز أن يكون جزأ العلة انقطاع الولاية فلا تقبل شهادته على الذمي وتقبل شهادة الذمي عليه لانه لكونه أعلى حالا أقرب الى الاسلام فصارت شهادته كشهادة المسلم تقبل على الذمي والمستأمن وفيه نظر الان اختلاف الدارين حكما علة مستقلة في انقطاع الولاية بين الحربيين اذا كانا من دارين مختلفين ودخلا دارنا مستأمنين فضم ذلك اليه للعلية في بعض الصور دون بعض الحكم والاول هو الظاهر فان قلت أما يجوز أن يكون علة لقبول شهادة الذمي على المستأمن لا جزأ لعلة انقطاع الولاية قلت بلى لكن تركيب كلامه لا يساعده فتأمل وسنذكر الجواب عن قبول شهادة الذمي على المستأمن مع اختلاف الدارين حكما على وجه لا يلزم ذلك قال (وتقبل شهادة (٤٣) المستأمنين بعضهم على بعض الخ) المستأمنون في دارنا لا يخلوا اما أن يكونوا من دار واحدة أولا فان كان الاول قبلت شهادة بعضهم على بعض وان كان الثاني كالترك والروم لم تقبل لان اختلاف الدارين يقطع الولاية كما مر ولهذا يمنع التوارث (قوله بخلاف الذمي) جواب عما يقال اختلاف الدارين لو قطع الولاية لما قبلت شهادة الذمي على المستأمن لوجوده لكنها قبلت ووجهه أن يقال الذمي من أهل دارنا ومن هو كذلك فله الولاية العامة لشرفها فكان الواجب قبول شهادة الذمي على المسلم عكسه لكن

قال (ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي) أراد به والله أعلم المستأمن لانه لا ولاية له عليه لان الذمي من أهل دارنا وهو أعلى حالا منه وتقبل شهادة الذمي عليه كشهادة المسلم عليه وعلى الذمي (وتقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض اذا كانوا من أهل دار واحدة فان كانوا من دارين كالروم والترك لا تقبل) لان اختلاف الدارين يقطع الولاية ولهذا يمنع التوارث بخلاف الذمي لانه من أهل دارنا ولا كذلك المستأمن

المسلمين نسخت بقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا فبقيت على بعضهم بعضا ثم استدل بالمعنى وهو أن الذمي من أهل الولاية على جنسه بدليل ولايته على أولاده الصغار ومماليكه فجازت شهادته على جنسه بخلاف المرتد المقيس عليه اذ لا ولاية له أصلا فلا شهادة له ولانه يتقول على المسلم لغيظه بقهره فكان متهما فيه بخلاف أهل ملة على أهل ملة أخرى لانه وان عاداه ليس أحدهم تحت قهر الآخر فلا حامل على التقول عليه ولا يخفى ما فيه اذ مجرد العداوة مانع من القبول كما في مسلم يعادي مسلما ثم يشهد هذا المعنى حديث مضعف بعمر بن راشد رواه الدارقطني وابن عدي من حديث أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تجوز شهادة ملة على ملة الا ملة محمد صلى الله عليه وسلم فانها تجوز على ملة غيرهم وأيضا قول الراوي أجاز شهادة أهل الكتاب بعضهم على بعض يحتمل أن يكون حكاية واقعة حال شهد فيها بعض اليهود على بعض أو بعض النصارى على بعض فلا عموم لها ويحتمل أنه حكاية تشريع قولي فيعم شهادة الملتين ملة على ملة فلا نحكم بأحدهما عينا غير أن في هذه خلافا في الاصول ورجح الثاني وهو مسئلة قول الراوي قضى بالشفعة للجار (قوله ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي) أراد به المستأمن لانه لا يتصور غيره فان الحربي لو دخل بلا أمان قهرا استرق

تركناه بالنص كما مر ولا نص في المستأمن فتقبل شهادة الذمي عليه ولا كذلك المستأمن لانه ليس من أهل دارنا وفيه اشارة الى أن أهل الذمة اذا كانوا من دارين مختلفين قبلت شهادة بعضهم على بعض لانهم من دارنا فهي تجمعهم بخلاف المستأمنين

(قوله لانه مأخوذ قهرا) أقول جواب لقوله لا يقال يجوز الخ (قال المصنف لان الذمي من أهل دارنا) أقول قال الكاكي وانما لا يجري التوارث بين الذمي والمستأمن لان المستأمن من أهل دارنا فيما يرجع الى المعاملات والشهادة منها ومن أهل دار الحرب في الارث والمال انتهى فلم لا يقال مثل هذا في المستأمنين من دارين مختلفين (قوله لانه لا ولاية له على الذمي) أقول لم لا يكفي كونه من أهل الولاية مطلقا على ما ذكره في الذمي والمسلم من كون القياس قبول شهادته على المسلم (قوله وتقبل شهادة الذمي عليه) أقول لا يستفاد من هذا التقرير ما أراده بل مفاده أن يكون علة كانقطاع الولاية لعدم قبول شهادة المستأمن على الذمي (قوله وفيه نظر لان اختلاف الدارين الخ) أقول لم لا يجوز أن تكون العلة فيه اختلافهما دارا مع انتفاء كون أحدهما أعلى حالا من الآخر أعني تساويهما في الحال (قوله فان قلت أما يجوز أن يكون علة لقبول الخ) أقول لم لا يجوز أن يكون علة أخرى لعدم قبول شهادة المستأمن عليه (قوله فله الولاية العامة) أقول أنت خبير بأنه مخالف لقوله تعالى ما لكم من ولايتهم من شئ وأيضا مخالف لما نص عليه المصنف آنفا من سلب ولاية الذمي بالاضافة الى المسلم فهذا شرح الكلام بما لا يرضي صاحبه فالاولى أن يقول فله الولاية على غير أهل دارنا

قال (وان كانت الحسنات أكثر من السيآت الخ) واذا كانت الحسنات أكثر من السيآت وذلك بعد أن يكون ممن لا يترك الفرض ويجتنب الكبائر والاصرار على الصغيرة (٤٤) كبيرة يعتبر غالب أحواله فى تعاطى الصغائر فان كان اتيانه بما هو مأذون فى الشرع أغلب

(وان كانت الحسنات أغلب من السيئات والرجل ممن يجتنب الكبائر قبلت شهادته وان ألم بمعصية) هذا هو الصحيح فى حد العدالة المعتبرة اذ لابد من توقى الكبائر كلها وبعد ذلك يعتبر الغالب كما ذكرنا فاما الالمام بمعصية لا تنقدح به العدالة المشروطة فلا ترد به الشهادة المشروعة لان فى اعتبار اجتنابه الكل سد بابه وهو مفتوح احياء للحقوق قال (وتقبل شهادة الاقلف) لانه لا يخل بالعدالة الا اذا تركه استخفافا بالدين لانه لم يبق بهذا الصنيع عدلا

من الامام بالصغائر جازت شهادته ولا تنقدح عدالته بالمام الصغائر لئلا يفضى الى تضييع حقوق الناس بسد باب الشهادة المفتوح لاحيائها (وتقبل شهادة الاقلف وهو من لم يختتن) لان الختان سنة عندعلمائنا وترك السنة لا يخل بالعدالة الا اذا تركها استخفافا بالدين فانه لا يبقى حينئذ عدلا بل مسلما وأبو حنيفة رحمه الله لم يقدر له وقتا معينا اذ المقادير بالشرع ولم يرد فى ذلك نص ولا اجماع والمتأخرون بعضهم قدره من سبع سنين الى عشر وبعضهم اليوم السابع من ولادته أو بعده لما روى أن الحسن والحسين رضى الله عنهما ختنا اليوم السابع أو بعد السابع لكنه شاذ

ولا شهادة للعبد على أحد وذلك لان الذمى أعلى من المستأمن لانه قبل خلف الاسلام وهو الجزية فهو أقرب الى الاسلام منه ولهذا يقتل المسلم بالذمى عندنا لا بالمستأمن وقوله بخلاف الذمى متصل بقوله فان كانوا من دارين يعنى تقبل شهادة الذمى على المستأمن وان كانوا من أهل دارين مختلفين لان الذمى بعقد الذمة صار كالمسلم وشهادة المسلم تقبل على المستأمن فكذا الذمى وانما لا يجرى التوارث بين الذمى والمستأمن لان المستأمن من أهل دارنا فيما يرجع الى المعاملات والشهادة منها ومن أهل دار الحرب فى الارث والمال (قوله واذا كانت الحسنات أغلب من السيئات والرجل ممن يجتنب الكبائر قبلت شهادته) هذا هو معنى المروى عن أبى يوسف فى حد العدالة وهو أحسن ما قيل وفيه قصور حيث لم يتعرض لامر المروءة بل اقتصر على ما يتعلق بالمعاصى والمروى عن أبى يوسف هو قوله أن لا يأتى بكبيرة ولا يصر على صغيرة ويكون ستره أكثر من هتكه وصوابه أكثر من خطئه ومروءته ظاهرة ويستعمل الصدق ويجتنب الكذب ديانة ومروءة هكذا نقله عنه القاضى أبو حازم حين سأله عبيد الله ابن سليمان وزير المعتضد عن العدالة فقال أحسن ما نقل فى هذا الباب ما روى عن أبى يوسف يعقوب بن ابراهيم الانصارى القاضى ثم ذكر ذلك وكان يكفيه الى قوله ومروءته ظاهرة وقول المصنف (فأما الالمام بمعصية فلا تنقدح به العدالة) يريد الصغيرة ولفظ الالمام وألم قد اشتهر فى الصغيرة ومنه قول أبى خراش وهو يسعى بين الصفا والمروة

ان تغفر اللهم تغفر جما * وأى عبد لك لا ألما

هكذا أورده العتبى عنه بسنده ونسبه الخطابى الى أمية ونسبة صاحب الذخيرة اياه الى النبى صلى الله عليه وسلم غلط ولا بأس بذكر أفراد نص عليها منها ترك الصلاة بالجماعة بعذر كون الامام لا طعن عليه فى دين ولا حال وان كان متأولا فى تركها كان يكون معتقدا فضيلة أول الوقت والامام يؤخر الصلاة أو غير ذلك لا تسقط عدالته بالترك وكذا بترك الجمعة من غير عذر فمنهم من أسقطها بمرة واحدة كالحلوانى ومنهم من شرط ثلاث مرات كالسرخسى والاول أوجه وذكر الاسبيجابى من أكل فوق الشبع سقطت عدالته عند الاكثر ولابد من كونه فى غير ارادة التقوى على صوم الغد أو مؤانسة الضيف وكذا من خرج لرؤية السلطان أو الامير عند قدومه ورد شداد شهادة شيخ صالح لمحاسبته ابنه فى نفقة طريق مكة كانه رأى منه تضييقا ومشاحة فشهد منه النخل وذكر الخصاف ان ركوب البحر للتجارة أو للتفرج يسقط العدالة وكذا التجارة الى أرض الكفار وقرى فارس ونحوها لانه مخاطر بدينه ونفسه لنيل المال فلا يؤمن أن يكذب لاجل المال وترد شهادة من لم يحج اذا كان موسرا على قول من يراه على الفور وكذا من لم يوقر كانه وبه أخذ الفقيه أبو الليث وكل من شهد على اقرار باطل وكذا على فعل باطل مثل من يأخذ سوق النخاسين مقاطعة وأشهد على وثيقتها شهودا قال المشايخ ان شهدوا حل لهم اللعن لانه شهادة على باطل فكيف هؤلاء الذين يشهدون عنده بأشرى السلطان على ضمان الجهات والاجارات الضارة وعلى المحبوسين عندهم والذين فى ترسيمهم (قوله وتقبل شهادة الاقلف)

(قال المصنف اذ لابد من توقى الكبائر كلها) أقول وفيه بحث ولعل المراد غير ما ذكره من أمثال شرب الخمر سرا وهو قول آخر من أصحابنا فى البدائع ومن أصحابنا من قال اذا كان الرجل صالحا فى أموره تغلب حسناته سيئاته ولا يعرف بالكذب ولا شئ من الكبائر غير أنه يشرب الخمر أحيانا لصحة البدن والتقوى لا للتلهى يكون عدلا وعامة مشايخنا على أنه لا يكون عدلا لان شرب الخمر يكون كبيرة محضة وان كانت للتداوى انتهى ولعل هذا الاخير هو نص الاولى ويفهم ذلك من قوله هذا هو الصحيح فى حد العدالة انتهى فليتأمل (قال المصنف الا اذا تركه) أقول أى الختان المفهوم من الكلام

(و) تقبل شهادة (الخصي) وهو منزوع الخصية لان عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي ولانها قطعت ظلما فصار كمن قطعت يده (و) تقبل شهادة (ولد الزنا) لان فسق الابوين لا يرجع على كفرهما وكفرهما غير مانع لشهادة الابن ففسقهما أولى (وقال مالك لا تقبل شهادته في الزنا لانه يحب أن يكون غيره كمثله) والكاف زائدة كما في قوله تعالى ليس كمثله شئ فيهتم قلنا الكلام في العدل وحبه ذلك بقلبه ليس بقادح لانه غير مؤاخذ به ما لم يتحدث به سلمناه لكن لا نسلم أن العدل يختار ذلك أو يستحبه (وتقبل شهادة الخنثى لانه رجل أو امرأة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص) قال الله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ويشهد مع رجل وامرأة للاحتياط وينبغي أن لا تقبل شهادته في الحدود والقصاص كالنساء لاحتمال ان يكون امرأة (قال وشهادة العمال جائزة) قال لخفة الاسلام وعامة المشايخ رحمهم الله معنى قوله في الجامع الصغير انه كان يعني أبا حنيفة يجيز شهادة العمال عمال السلطان الذين يعينونه في أخذ الحقوق الواجبة كالخراج وزكاة السوائم لان نفس العمل ليس بفسق لان أجلاء الصحابة رضي الله عنهم كانوا عمالا ولا يظن بهم فعل ما يقدح في العدالة الا اذا كانوا أعوان السلطان معينين على الظلم فانه لا تقبل شهادتهم (قوله وقيل العامل اذا كان وجيها في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته) لعله يريد به اذا كان عونا له على الظلم فانه اذا لم يكن كذلك لم يشترط فيه ذلك ويدل على ذلك تمثيله بما مر عن أبي يوسف في الفاسق (لانه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظا للمروءة ولهابته لا يستأجر على الشهادة الكاذبة) وقيل أراد بالعمال الذين يعملون بايديهم أو يؤاجرون أنفسهم لان من الناس من قال لا تقبل شهادتهم فيكون ايراد هذه المسئلة ردا لقولهم لان كسبهم أطيب الاكساب قال صلى الله عليه وسلم أفضل الناس عند الله من يأكل من كسب يده فاني يوجب جرحا

(والخصي) لان عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي ولانه قطع عضو منه ظلما فصار كما اذا قطعت يده (وولد الزنا) لان فسق الابوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما وهو مسلم وقال مالك رحمه الله لا تقبل في الزنا لانه يحب أن يكون غيره كمثله فيتهم قلنا العدل لا يختار ذلك ولا يستحبه والكلام في العدل قال (وشهادة الخنثى جائزة) لانه رجل أو امرأة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص (وشهادة العمال جائزة) والمراد عمال السلطان عند عامة المشايخ لان نفس العمل ليس بفسق الا اذا كانوا أعوانا على الظلم وقيل العامل اذا كان وجيها في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته كما مر عن أبي يوسف رحمه الله في الفاسق لانه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظا للمروءة ولهابته لا يستأجر على الشهادة الكاذبة

نص عليه الخصاف قال وتجوز صلاته وامامته الا اذا تركه على وجه الرغبة عن السنة لاخوفا من الهلال وكل من يراه واجبا يبطل به شهادته وعندنا هو سنة لما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال الختان للرجال سنة وللنساء مكرمة وما عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أنه قال لا تقبل شهادته ولا تقبل صلاته ولا تؤكل ذبيحته انما أراد به المجوسي ألا ترى الى قوله ولا تؤكل ذبيحته (قوله والخصي اذا كان عدلا) لانه لا مانع لان حاصل أمره مظلوم نعم لو كان ارتضاه لنفسه وفعله مختارا منع وقد قبل عمر شهادة علقمة الخصي على قدامة بن مظعون رواه ابن أبي شيبة بسنده ورواه أبو نعيم في الحلية حدثنا اسمعيل بن مسلم عن أبي المتوكل ان الجارود شهد على قدامة أنه شرب الخمر فقال عمر رضي الله عنه هل معك شاهد آخر قال لا قال عمر يا جارود ما أراك الا مجلودا قال يشرب خثنك الخمر وأجلد أنا فقال علقمة الخصي لم أتجوز شهادة الخصي قال وما بال الخصي لا تقبل شهادته قال فاني أشهد أني رأيته يتقيؤها فقال عمر ما فاءها حتى شربها فاقامه ثم جلده وأخرجه عبد الرزاق مطولا (قوله وولد الزنا) أي تقبل شهادته في الزنا وغيره اذ لا تزر وازرة وزر أخرى وعن مالك رحمه الله لا تقبل في الزنا وهو ظاهر من الكتاب (وشهادة الخنثى المشكل جائزة) اذا شهد مع رجل وامرأة فلو شهد مع رجل واحد أو امرأة واحدة لا تقبل الا اذا زال الاشكال بظهور ما يحكم به بانه رجل أو امرأة فيعمل بمقتضاه (قوله وشهادة العمال جائزة) والمراد عمال السلطان لان العمل نفسه ليس بفسق لانه معين للخليفة على اقامة الحق وجباية المال الواجب ولو كان فسقا لما له أبو هريرة وأبو موسى الاشعري لعمر وكثير وهذا أحسن مما قيل ولو كان فسقا لما له أبو بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم لان هؤلاء خلفاء والعمال في العرف من يوليهم الخليفة عملا يكون نائبه فيه وكان الغالب فيهم العدالة في ذلك الزمان فتقبل

(قوله سلمنا لكن لا نسلم أن العدل الخ) أقول فيه بحث اذ لا وجه لهذا الكلام بعد تسليم ما سلمه والجواب أن المسلم هو عدم كون القدح مغيبا بالتحدث يعني سلمنا انه مؤاخذ قبل التحدث فيقدح بالعدالة الا أن المؤاخذة في ارادة ذلك واختياره لا في مجرد الحب الطبيعي ولا نسلم أن العدل يريد ذلك

قال (واذا شهد الرجلان أن أباهما أوصى الى فلان الخ) اذا شهد رجلان أن أباهما أوصى الى فلان أو شهد الموصى لهما بذلك أو شهد غريمان لهما على الميت دين أو شهد غريمان للميت عليهما دين أو شهد وصيان أنه أوصى الى ثالث معهما فذلك خمس مسائل فلا يخلو اما أن يكون الموت معروفا والوصى راضيا أو لم يكن فان كان الثانى لم يجز فى القياس والاستحسان الا فى الرابعة فان ظهور الموت ليس بشرط كما سنذكره وان كان الاول جاز استحسانا وفى القياس لا يجوز لانها شهادة متهم لعود المنفعة اليه بنصب من يقوم باحياء حقوقه أو فراغ ذمته ولا شهادة لمتهم وجه الاستحسان أنها ليست بشهادة حقيقة لانها ما توجب على القاضى ما لا يمكن منه بدونها وهذه ليست كذلك لتمكنه من نصب الوصى اذا رضى الوصى والموت معروف حفظا لاموال الناس عن الضياع لكن عليه أن يتأمل فى صلاحية من ينصبه وأهليته وهؤلاء بشهادتهم كفوه مؤنة التعيين ولم يثبتوا بها شيأ فصار كالقرعة فى كونها ليست بحجة بل هى دافعة مؤنة تعيين القاضى فان قيل ليس للقاضى نصب وصى ثالث فكانت الشهادة موجبة عليه ما لم يكن له أجاب بان الوصيين اذا اعترفا بعجزهما كان له نصب ثالث وشهادتهما ههنا بثالث معهما اعتراف بعجزهما عن التصرف لعدم استقلالهما به فكان كما تقدم بخلاف ما اذا أنكرا ولم يعرف الموت لانه ليس له نصب ولاية الوصى اذ ذاك فكانت هى الموجبة الا فى الغريمين له عليهما دين فانها تقبل وان لم يعرف الموت لانهما يقران على أنفسهما بالمال فتثبت الموت فى حقهما باعترافهما وان شهدا أن أباهما الغائب وكل فلانا بقبض دينه فى بالكوفة لم تقبل شهادتهما أنكر الوكيل ذلك أو ادعاه لان القاضى لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت كانت موجبة والتهمة تردذلك

قال (واذا شهد الرجلان أن أباهما أوصى الى فلان والوصى يدعى ذلك فهو جائز استحسانا وان أنكر الوصى لم يجز) وفى القياس لا يجوز وان ادعى وعلى هذا اذا شهد الموصى لهما بذلك أو غريمان لهما على الميت دين أو للميت عليهما دين أو شهد الوصيان أنه أوصى الى هذا الرجل معهما وجه القياس انها شهادة للشاهد لعود المنفعة اليه وجه الاستحسان أن للقاضى ولاية نصب الوصى اذا كان طالبا والموت معروف فيكفى القاضى بهذه الشهادة مؤنة التعيين لا أن يثبت بها شئ فصار كالقرعة والوصيان اذا أقرا أن معهما ثالثا يملك القاضى نصب ثالث معهما لعجزهما عن التصرف باعترافهما بخلاف ما اذا أنكرا ولم يعرف الموت لانه ليس له ولاية نصب الوصى فتكون الشهادة هى الموجبة وفى الغريمين للميت عليهما دين تقبل الشهادة وان لم يكن الموت معروفا لانهما يقران على أنفسهما فيثبت الموت باعترافهما فى حقهما (وان شهدا أن أباهما الغائب وكله بقبض دينه بالكوفة فادعى الوكيل أو أنكر لا تقبل شهادتهما) لان القاضى لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت انما يثبت بشهادتهما وهى غير موجبة لمكان التهمة

ما لم يظهر وينفشع عنه الظلم كالحجاج وقيل أراد ما روى عن أبى يوسف فى الفاسق الوجيه وعلمت ما فيه ورده شهادة الوزير لقوله للخليفة أنا عبدك يبعد هذه الرواية وقيل اراد بالعمال الذين يعملون ويؤاجرون أنفسهم للعمل لان من الناس من رد شهادة أهل الصناعات الخسيسة فافرد هذه المسئلة لاظهار مخالفتهم وكيف لا وكسبهم أطيب كسب وذكر الصدر الشهيد أن شهادة الرئيس لا تقبل وكذا الجابى والصراف الذى يجمع عنده الدراهم ويأخذها طوعا لا تقبل وقد منا عن البزدوى أن القائم بتوزيع هذه النوائب السلطانية والجبايات بالعدل بين المسلمين مأجور وان كان أصله ظلما فعلى هذا تقبل شهادته والمراد بالرئيس رئيس القرية وهو المسمى فى بلادنا شيخ البلد ومثله المعروفون فى المراكب والعرفاء فى جميع الاصناف وضمان الجهات فى بلادنا لانهم كلهم أعوان على الظلم (قوله واذا شهد الرجلان) صورتها رجل ادعى أنه وصى فلان الميت فشهد بذلك اثنان موصى لهما بمال أو وارثان لذلك الميت أو غريمان لهما على الميت دين أو للميت عليهما دين أو وصيان فالشهادة جائزة استحسانا والقياس أن لا تجوز لان شهادة هؤلاء تتضمن جلب نفع للشاهد أما الوارثان لقصدهما نصب من يتصرف لهما ويربحهما ويقوم باحياء حقوقهما والغريمان الدائنان والموصى لهما الوجود من يستوفيان منه والمديونان لوجود من يبرآن بالدفع اليه والوصيان لوجود من يعينهما فى التصرف فى المال والمطالبة وكل شهادة جرت نفعا لا تقبل ووجه الاستحسان أنا لم نوجب بهذه الشهادة على القاضى شيأ لم يكن واجبا عليه بل انما اعتبرناها على وزان القرعة لا يثبت بها شئ ويجوز استعمالها لفائدة غير الاثبات كما جاز استعمالها لتطييب القلب فى السفر باحدى نسائه ولدفع التهمة عن القاضى

(قال المصنف واذا شهد الرجلان أن أباهما أوصى الى فلان) أقول يقال أوصى اليه أى جعله وصيا وأوصى له بكذا أى جعله موصى له (قال المصنف والوصى يدعى ذلك فهو جائز استحسانا) أقول قوله والوصى يدعى أى والوصى يرضى هكذا نسخ البال ثم رأيت فى شرح الجامع الصغير لمولانا علاء الدين الاسود ما نصه والمراد من الدعوى فى قوله والوصى يدعى هو الرضا اذ الجواز لا يتوقف على الدعوى بل للقاضى أن ينصب وصيا اذا رضى هو به انتهى (قوله لانه ليس له نصب ولاية الوصى) أقول الظاهر أن يقال ليس له ولاية نصب الوصى

في تعيين الانصباء فكذا هذه الشهادة في هذه الصور لم تثبت شيأ وانما اعتبرناها لفائدة اسقاط تعيين الوصي عن القاضي فان للقاضي اذا ثبت الموت ولا وصي أن ينصب الوصي وكذا اذا كان للميت وصي وادعى العجز وهذه الصور من ذلك فان الشهادة لم تثبت شيأ وثبت الموت فللقاضي أو عليه أن ينصب وصيا فلما شهد هؤلاء بوصاية هذا الرجل فقد رضوه واعترفوا له بالاهلية الصالحة لذلك فكفى القاضي بذلك مؤنة التفتيش على الصالح وعين هذا الرجل بتلك الولاية لا بولاية أوجبتها الشهادة المذكورة وكذلك وصيا الميت لما شهدا بالثالث فقد اعترفا بعجز شرعي منهما عن التصرف الا أن يكون هو معهما أو بعجز علمه الميت منهما حتى أدخله معهما فينصب القاضي الآخر وفي الصور كلها ثبوت الموت شرط لان القاضي لا يملك نصب وصي قبل الموت الا في شهادة الغريمين المديونين فانه لا يشترط في اثبات الوصي الذي شهدا له ثبوت الموت لانهما مقران على أنفسهما بثبوت حق قبض الدين لهذا الرجل فضررهما في ذلك أكبر من نفعهما فتقبل شهادتهما بالوصية والموت جميعا وهذا بخلاف ما لو شهدا أن أباهما الغائب وكل هذا الرجل بقبض دينه وهو يدعي الوكالة لا تقبل لانه ليس للقاضي ولاية نصب الوكيل عن الغائب فلو أثبت القاضي وكالته لكان مثبتا لها بهذه الشهادة وهي لا تقبل لتمكن التهمة فيها على ما عرف واذا تحققت ما ذكرظهر أن عدم قبول هذه الشهادة ثابت قياسا واستحسانا اذ ظهر أنه لم يثبت بها شيء وانما ثبت عندهما نصب القاضي وصيا اختاروه وليس هنا موضع غير هذا يصرف اليه القياس والاستحسان ولو اعتبرا في نفس ايصاء القاضي اليه فالقياس لا يأباه فلا وجه لجعل المشايخ فيها قياسا واستحسانا والمنقول عن أصحاب المذهب في الجامع الصغير ليس الا محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمهم الله في شاهدين شهد الرجل أن أباهما أوصى اليه قال جائز ان ادعى ذلك وان أنكر لم يجز وان شهدا أن أباهما وكله بقبض ديونه بالكوفة كان باطلا في ذلك كله لان القاضي لا يقدر على نصب وكيل عن الغائب فلو نصبه كان عن هذه الشهادة وهي ليست بموجبة * (فروع) اذا شهد المودعان بكون الوديعة ملكا لمودعهما تقبل ولو شهدا على اقرار مدعيها انها ملك المودع لا تقبل الا اذا كانا ردا الوديعة على المودع ولو شهد المرتهنان بالرهن لمدعيه قبلت ولو شهدا بذلك بعد هلاك الرهن لا تقبل و يضمنان قيمته للمدعي لاقرارهما بالغصب ولو شهدا على اقرار المدعي بكون الرهن ملك الراهن لا تقبل وان كان الرهن هالكا الا اذا شهدا بعد رد الرهن واذا أنكر المرتهنان فشهد الراهنان بذلك لا تقبل وضمنا قيمته للمدعي لما ذكرنا ولو شهد الغاصبان بالملك للمدعي لا تقبل الا اذا كان بعد رد المغصوب ولو هلك في يدهما ثم شهدا للمدعي لا تقبل ولو شهد المستقرضان بأن الملك في المستقرض للمدعي لا تقبل لا قبل الدفع ولا بعده ولو رد عينه وعن أبي يوسف تقبل بعد رد العين لعدم الملك قبل استهلاكه عنده حتى كان أسوة الغرماء اذا شهد المشتريان شراء فاسدا بأن المشتري ملك للمدعي بعد القبض لا تقبل وكذا لو نقض القاضي العقد أو تراضوا على نقضه هذا اذا كان في يدهما فلو رداه على البائع ثم شهدا قبلت ولو شهد المشتري بما اشترى لانسان ولو بعد التقايل أو الرد بالعيب بلا قضاء لا تقبل كالبائع اذا شهد بكون المبيع ملكا للمدعي بعد البيع ولو كان الرد بطريق هو فسخ قبلت وشهادة الغريمين بأن الدين الذي عليهما لهذا المدعي لا تقبل وان قضيا الدين وشهادة المستأجر بكون الدار للمدعي ان قال المدعي ان الاجارة كانت بأمري لا تقبل ولو قال كانت بغير أمري تقبل وشهادة ساكن الدار بغير اجارة للمدعي أو عليه تقبل خلافا لمحمد فيما علمه بناء على تجويز غصب العقار وعدمه ولو شهد عبدان بعد العتق عند اختلاف المتعاقدين أن الثمن كذا لا تقبل وفي العيون أعتقهما بعد الشراء ثم شهدا على البائع أنه استوفى الثمن من المشتري عند جحوده تجوز اجماعا ولو وكله بالخصومة في ألف قبل فلان لخاصم عند غير القاضي ثم عزله الموكل قبل الخصومة عند القاضي فشهد بهذه الالف لموكله جازت

قال (ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح ولا يحكم بذلك) لان الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لان له الدفع بالتوبة فلا يتحقق الالزام ولانه هتك السر والستر واجب والاشاعة حرام وانما يرخص ضرورة

خلافا لابي يوسف فانه يجعله بمجرد الوكالة قام مقام الموكل ولو كان خاصم عند القاضي والباقي بحاله لم تجز ولو خاصم في الالف عند القاضي والوكالة بكل حق قبل فلان فعزله فشهد لموكله بمائة دينار ان كان التوكيل عند القاضي قبلت وان كان خارجا عنه فاحتاج الى اثبات الوكالة عند القاضي بالاشهاد لا تقبل لان الوكالة لما اتصل بها القضاء صارا لوكيل خصما في جميع ما على هذا الرجل فشهادته شهادة الخصم بخلاف الاول لان القاضي علم بالوكالة وعلمه ليس قضاء فلا يصير خصما فتقبل في غير ما صار فيه خصما هذا كله في الوكالة الخاصة وهي التوكيل بالخصومة والطلب لما على رجل معين وحكمها أن لا يتناول الحادث بعد التوكيل أما العامة وهي أن يوكله بطلب كل حق له قبل جميع الناس أو أهل مصر فيتناول الحادث بعد التوكيل وفيها لا تقبل شهادته لموكله بشيء على أحد بعد العزل الا على ما وجب بعد العزل شهد ابنا الموكل أن أباهما وكل هذا بقبض ديونه لا تقبل اذا جحد المطلوب الوكالة وكذا في الوكالة بالخصومة وشهادة ابني الوكيل على الوكالة لا تقبل وكذا شهادة أبويه وأجداده وأحفاده وشهادة الوصي للميت بعد ما أخرجه القاضي عن الوصاية لا تقبل ولو بعد ما أدركت الورثة سواء خاصم فيه أولا ولو شهد لكبير على أجنبي تقبل في ظاهر الرواية ولو لكبير وصغير معا في غير الميراث لا تقبل ولو شهد الوصيان على اقرار الميت بشيء معين دار أو غيرها الوارث بالغ تقبل والله أعلم (قوله ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح ولا يحكم به) قيل قوله ولا يحكم به تكرار أجيب بجواز أن لا يسمع البينة ويحكم بعلمه فلا يلزم من عدم السماع عدم الحكم على نفي الامرين والمراد الجرح المجرد عن حق الشرع أو العبد فان كان متضمنا أحدهما سمعت الشهادة وحكم بها وذلك بان يشهدوا أن الشهود فسقة أو زناة أو أكلة الربا أو شربة الخمر أو على اقرارهم أنهم شهدوا بالزور أو أنهم رجعوا عن الشهادة أو على اقرارهم أنهم أجراء في هذه الشهادة أو اقرارهم أن المدعي مبطل في هذه الدعوى أو اقرارهم أن لا شهادة لهم على المدعى عليه في هذه الحادثة ففي هذه الوجوه لا تقبل لثلاثة أوجه أصحها الوجهان اللذان ذكرهما المصنف أحدهما أن الشهادة انما تقبل للحكم فلا بد من كون المشهود به مما يدخل تحت الحكم والفسق لا يدخل تحت الحكم لان الحكم الزام وليس في وسع القاضي الزام الفسق لاحد لتمكنه من رفعه في الحال بالتوبة الثاني أن بمجرد هذه الشهادة يفسق الشاهد فلا تقبل شهادته وهذا لان فيه اشاعة الفاحشة وهو متوعد عليه قال تعالى ان الذين يحبون أن تشيع الفاحشة في الذين آمنوا لهم عذاب أليم فان قيل ليس المقصود اشاعة الفاحشة بل دفع الضرر عن المشهود عليه أجيب بان دفعه ليس ينحصر في افادة القاضي على وجه الاشاعة بان يشهد في مجلس القضاء المشتمل على ملا من الناس اذ يندفع بان يخبر القاضي سرا فيتفرع على هذا الصور التي ذكرناها ومنها ما لو أقام رجل يعني المدعى عليه البينة أن المدعي استأجر الشهود لهذا الاداء لانه على جرح مجرد فان قيل الاستئجار أمر زائد على مجرد الجرح أجاب المصنف عنه بقوله والاستئجار وان كان أمرا زائدا فلا خصم في اثباته لان المدعى عليه ليس نائبا عن المدعي في اثبات حقه هذا بل أجنبي عنه وأورد أنه ينبغي أن تقبل هذه الشهادة بجميع ما ذكرنا من وجوه الفسق من وجه آخر وهو أن يجعلوا من تكين لشهود المدعي فيخبرون بالواقع من الجرح فيعارض تعديلهم واذا تعارض الجرح والتعديل قدم الجرح أجيب بأن المعدل في زماننا يخبر القاضي سرا تفاديا من اشاعة الفاحشة والتعادي وأما الرجوع عن الشهادة فانه لا يسمع الا عند القاضي وقول الشاهد لا شهادة عندي لشك أو ظن عرا بعد ما مضت فلا تقبل الشهادة فاما لو كان الجرح

قال (ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح الخ) الجرح اما أن يكون مجردا أو غيره لانه لا يخلو اما أن يكون مما يدخل تحت حكم الحاكم أولا والثاني هو المفرد لتجرده عما يدخل تحت الحكم والاول هو الثاني ولك أن تسميه مركبا فاذا شهد شهود المدعي على الغريم بشيء وأقام الغريم بينة على الجرح المفرد مثل ان قالوا هم فسقة أو زناة أو آكلو ربا فالقاضي لا يسمعها واستدل المصنف بوجهين أحدهما قوله لان الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لتمكن المقضي عليه من رفعه بالتوبة ورفع الالزام وسماعها انما هو للحكم والالزام والثاني قيل وعليه الاعتماد أن في الجرح المفرد هتك الستر وهو اظهار الفاحشة وهو حرام بالنص فكان الشاهد فاسقا بهتك واجب الستر وتعاطي اظهار الحرام فلا يسمعها الحاكم فان قيل ما بالهم لم يجعلوا معدلين في العلانية فيسمع منهم الجرح المفرد

(قوله هم فسقة أو زناة) أقول أي زناة في زمن متقادم

أجيب بان من شرط ذلك في زماننا أن يقول لا أعلم من حاله أو يعلم القاضي بذلك سرا اذا سأله القاضي تفاديا عن التعدي واحترازا عن اظهار الفاحشة وليس فيما نحن فيه ذلك وانما قال ولا يحكم بذلك وان كان عدم السماع يفيده لجواز أن يحكم بذلك بعلمه فقال ولا يحكم بعلمه أيضا (قوله الا انه) استثناء من قوله لان الفسق وهو منقطع أي لكن اذا شهد شهود المدعى عليه على المدعي أنه أقر ان شهودي فسقة فانها تقبل (لان الاقرار مما يدخل تحت الحكم) ولم يظهروا الفاحشة وانما حكوها عن غيرهم وهو المدعي والحاكي لاظهارها ليس كاظهارها وكذا اذا شهدوا بان المدعي استأجر الشهود لم يسمعها لانه جرح مجرد وضم الاستئجار اليه ليس بمخرج له عن ذلك لانه من حقوق العباد فيحتاج الى خصم يحكم له الحاكم ولا خصم فيه لكونه أجنبيا عنه (حتى لو أقام البينة أن المدعي استأجرهم بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة وأعطاهم العشرة من مالي الذي كان في يده قبلت لانه خصم (٤٩) في ذلك) فكان جرحا مكافدخل تحت الحكم

احياء الحقوق وذلك فيما يدخل تحت الحكم (الا اذا شهدوا على اقرار المدعي بذلك تقبل) لان الاقرار مما يدخل تحت الحكم قال (ولو أقام المدعى عليه البينة أن المدعي استأجر الشهود لم تقبل) لانه شهادة على جرح مجرد والاستئجار وان كان أمرا زائدا عليه فلا خصم في اثباته لان المدعى عليه في ذلك أجنبي عنه حتى لو أقام المدعى عليه البينة ان المدعي استأجر الشهود بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة وأعطاهم العشرة من مالي الذي كان في يده تقبل لانه خصم في ذلك ثم يثبت الجرح بناء عليه وكذا اذا أقامها على أني صالحت الشهود على كذا من المال ودفعته اليهم على أن لا يشهدوا على بهذا الباطل وقد شهدوا وطالبهم برد ذلك المال ولهذا قلنا انه لو أقام البينة

وثبت الجرح بناء عليه (وكذا اذا أقامها على أني صالحت الشهود على كذا من المال ودفعته اليهم على أن لا يشهدوا على بهذا الزور وقد شهدوا وطالبهم برد المال) لما قلنا بخلاف ما اذا قال ذلك ولم يقل دفعته اليهم فانه جرح مجرد غير مسموع (قوله ولهذا قيل) أي ولما قلنا انه لو أقام البينة على جرح فيه حق من حقوق العباد أو من حقوق الشرع وليس له ذكر في المتن وقيل لما قلنا من الدليلين في الجرح المجرد قلنا كذا وهو بعيد

غير مجرد بل يتضمن اثبات حق للعبد أو قلنا سبحانه بان يشهدوا أن المدعي استأجرهم بعشرة وأعطاهموها من مالي الذي كان في يده أو أني صالحتهم على كذا ودفعته اليهم على أن لا يشهدوا علي بهذا وقد شهدوا وأنا أطالبهم بهذا المال الذي وصل اليهم تقبل بخلاف ما لو قال صالحتهم على كذا الى آخره لكن لم أدفع اليهم المال لا تقبل لانه جرح مجرد وكذا اذا شهدوا أن الشاهد عبد أو محدود في قذف أو شرب الخمر أو سرق مني أو زنى أو شريك المدعي فيما ادعى به من المال أو شهدوا على اقرارهم بأنهم لم يحضر وا ذلك المجلس الذي كان فيه هذا الامر قبلت أو على اقرار المدعي أنه استأجرهم تقبل في ذلك كله لان منه ما تضمن حقا للعبد ومواضعه ظاهرة وفي ضمنه يثبت الجرح ومنه الشهادة برقهم فان الرق حق للعبد ومنه ما تضمن حقا للشرع من حد كالشهادة بسرقتهم وشربهم وزناهم أو غير حد كالشهادة بانهم محدودون فانها قامت على اثبات قضاء القاضي وقضاء القاضي حق الشرع ومنه ما هو مبطل لشهادتهم ولم يتضمن اشاعة فاحشة فتقبل ومنه شهادتهم بانهم شركاء المشهود له اذ ليس فيه اظهار الفاحشة فتقبل فتصير الشركة كالمعاينة والمراد أنه شريك مفاوض فهما حصل من هذا المال الباطل يكون له فيه منفعة لا أن يريد أنه شريكه في المدعى به والا كان اقرارا بان المدعي به لهما وكذا كل ما يشهدون به على اقرار المدعي بما نسبه الى شهوده من فسقهم ونحوه ليس فيه اشاعة منهم بل اخبار عن اخبار المدعي عنهم بذلك فتصح كما لو سمع منه ذلك وذلك منه اعتراف ببطلان حقه والانسان مؤاخذ بزعمه في حق نفسه وكذا الاشاعة في شهادتهم أنهم محدودون انما هي منسوبة الى قضاء القاضي أو شهادة القذف هذا وقد نص الخصاف في الجرح المجرد أنه تقبل الشهادة به فقيل في وجهه انه يسقط العدالة فتقبل كالرق وانت سمعت الفرق وأول جماعة قول الخصاف

(قوله أجيب بان من شرط ذلك في زماننا الخ) أقول فيه أن التقييد بقوله في زماننا يدل على جواز تفسيق الشاهد علانية في الزمان الاول وهو المفهوم أيضا من الكتب مع أن الدليل المعتمد ينفيه كما لا يخفى فليتأمل في جوابه (قوله

(٧ — فتح القدير سادس) الا انه استثناء الخ) أقول في نسخ الهداية الا اذا الخ فقول الشارح قوله الا انه الخ ليس كما ينبغي بل الصواب أن يقال الا اذا ثم ان قوله استثناء من قوله لان الفسق غير مسلم بل هو استثناء من قوله ولا يسمع القاضي البينة (قال المصنف وكذا لو أقامها على اني صالحت) أقول لعل المراد بصالحت أعطيت الرشوة لدفع ظلم والا فلا صلح بالمعنى الشرعي بينهما (قوله ولهذا قيل) أقول القائل هو الحاكي (قوله وليس له ذكر في المتن) أقول والامر فيه بين أيضا فان المعلومية بالالتزام تكفي في ذلك لان تخصيص عدم سماع بينة الجرح المجرد بالذكر يدل عليه دلالة واضحة فان التخصيص بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عدا المذكور (قوله وقيل لما قلنا الخ) أقول والاظهر أن يقال لما مر من أن عدم سماع بينة الجرح المفرد مبني على هذين الدليلين قلنا كيت وكيت لعدم جريانها لان الاصل هو القبول ولا مانع وانما قلنا ان الاظهر ذلك لما لا يخفى مما في تقرير الشارح حيث يدل على ان ما ذكره مبني على ذينك الدليلين وليس الامر كذلك

وكان المناسب أن يقول ولذلك وهذا أسهل والمعنى اذا أقام المدعى عليه البينة (أن الشاهد عبد أو محدود في قذف أو شارب خمر أو سارق أو قاذف أو شريك المدعى قبلت) لانه اثبات حق يدخل تحت الحكم من غير اشاعة فاحشة أما قوله انه عبد فلما أنه يثبت الرق وهو ضعف حكمي أثره في سلب الولاية وهو حق الله تعالى وموضعه أصول الفقه وأما قوله انه محدود في قذف فلانه تعلق به حكم وهو اكمال الحد برد شهادته وهو حق الله وكذلك حد الشرب وحد القذف وحد السرقة فان قيل في هذه الشهادة اظهار الفاحشة كما فيما تقدم فكيف سمعت فالجواب أن اظهار الفاحشة اذا دعت اليه ضرورة جائز لقوله صلى الله عليه وسلم اذكروا الفاجر بما فيه وقد تحققت لاقامة الحد لا بقال وقد تحققت في الجرح المجرد أيضا الدفع الخصومة بشهود غير مرضية عن المدعى عليه لانها تندفع بان يقول للقاضي سرا ولا يظهره في مجلس الحكم وعلى هذا في اقامة البينة على ذلك اعتباران أحدهما أن يكون بجرح الشهادة وهو غير مقبول والثاني لاقامة الحد وهو مقبول ومن علاماته عدم التقادم وأما اثبات الشركة فهو من قبيل الدفع بالتهمة كما اذا أقام البينة ان الشاهد ابن المدعي أو أبوه قال (ومن شهد ولم يبرح الخ) ومن شهد ثم قال أوهمت بعض شهادتي قال فخر الاسلام أي أخطأت بنسيان ما يحق على ذكره أو بزيادة كانت باطلة يعني تركت ما يجب علي أو أتيت بما لا يجوز لي فاما أن يقول ذلك وهو في مجلس القاضي أو بعد ما قام عنه ثم عاد اليه وعلى كل من التقديرين اما أن يكون عدلا أو غيره والمتدارك اما أن يكون موضع شبهة التلبيس والتغرير من أحد الخصمين أولا فان كان غير عدل ردت شهادته (٥٠) مطلقا الى سواء قاله في المجلس أو بعده في موضع الشبهة أو غيره وان كان عدلا قبلت شهادته في غير

أن الشاهد عبد أو محدود في قذف أو شارب خمر أو قاذف أو شريك المدعي تقبل قال (ومن شهد ولم يبرح حتى قال أوهمت بعض شهادتي فان كان عدلا جازت شهادته) ومعنى قوله أوهمت أي أخطأت بنسيان ما كان يحق على ذكره أو بزيادة كانت باطلة ووجهه أن الشاهد قد يبتلى بمثله لهابة مجلس القضاء فكان العذر واضحا فتقبل اذا تداركه في أوانه وهو عدل بخلاف ما اذا قام عن المجلس ثم عاد وقال أوهمت لانه يوهم الزيادة من المدعي بتلبيس وخيانة فوجب الاحتياط

موضع الشبهة مثل أن يدع لفظة الشهادة وما يجري مجراه مثل أن يترك ذكر اسم المدعي والمدعى عليه أو الاشارة الى أحدهما سواء كان في مجلس القضاء أو في غيره وتداركه ترك لفظ الشهادة انما يتصور قبل القضاء اذ من شرط القضاء أن يتكلم الشاهد بلفظ أشهد والمشروط لا يتحقق بدون الشرط وأما اذا كان في موضع شبهة التلبيس كما اذا شهد بالف ثم قال غلطت بل هي خمسمائة أو بالعكس

يحمله على شهادتهم على اقرار المدعى ذلك أو انه يجعل كشاهد زكاه نفر وجرحه نفر وقد تقدم في هذا ما يمنعه ثم قد وقع في عدة صور عدم القبول أن يشهدوا بانهم فسقة أو زناة أو شربة خمر وفي صور القبول أن يشهدوا بانه شرب أو زنى لانه ليس جرحا مجردا لتضمنه دعوى حق الله تعالى وهو الحد ويحتاج الى جمع وتأويل (قوله ومن شهد ولم يبرح حتى قال أوهمت بعض شهادتي أي أخطأت لنسيان) عرائي بزيادة باطلة بان كان شهد بالف فقال انما هي خمسمائة أو بنقص بان شهد بخمسمائة فقال أوهمت انما هي الف (جازت شهادته) اذا كان عدلا أي ثابت العدالة عند القاضي أولا فسأل عنه فعدل (ووجهه أن الشاهد قد يبتلى به لهابة مجلس القضاء) اذ طبع البشر النسيان وعدالته مع عدم التهمة توجب قبول قوله ذلك بخلاف ما اذا غاب ثم رجع فقال ذلك لتمكن تهمة استغواء

فانها تقبل اذا قال في المجلس بجميع ما شهد أولا عند بعض المشايخ لان المشهود له استحق القضاء على القاضي بشهادته ووجب للمدعي قضاؤه فلا يسقط ذلك بقوله أوهمت وبما بقي أو زاد عند آخرين لان الحادث بعد الشهادة من العدل في المجلس كالمقرون باصلها واليه مال شمس الائمة السرخسي رحمه الله وهذا التدارك يمكن أن يكون قبل القضاء بتلك الشهادة وبعدها قال المصنف (ووجهه أن الشاهد قد يبتلى بمثله لهابة مجلس القضاء فكان العذر واضحا فيقبل اذا تداركه في أوانه) وهو قبل البراح من المجلس (وهو عدل وأما اذا كان بعد ما قام عن المجلس فلم يقبل) لانه يوهم الزيادة من المدعي باطماعه الشاهد بحطام الدنيا والنقصان من المدعى عليه بمثل ذلك (فوجب الاحتياط)

(قوله وكان المناسب أن يقول ولذلك) أقول ليكون اشارة الى بعده (قوله أو شارب خمر أو سارق أو قاذف أو شريك المدعي) أقول أو شارب أي ولم يتقادم وقوله أو سارق أي من المدعى عليه وقوله أو قاذف أي والحال أن المقذوف يدعيه وقوله أو شريك المدعي أي والمدعى مال قال المصنف (حتى قال أوهمت بعض شهادتي) أقول منصوب على نزع الخافض أي في بعض شهادتي قال المصنف (قوله أوهمت أي أخطأت) أقول الاولى حذف أي التفسيرية كما لا يخفى فيكون مجازا من باب ذكر الخاص وارادة العام لان أوهم بمعنى أسقط (قال المصنف أو بزيادة كانت باطلة) أقول جملة كانت باطلة صفة لزيادة (قوله بجميع ما شهد أولا) أقول أي ألفا أو خمسمائة (قوله وبما بقي أو زاد عند آخرين الخ) أقول والاظهر عندي قول الآخرين فان على قول بعض المشايخ يكون الشاهد مكذبا في قوله الثاني فينبغي أن لا تقبل شهادته مطلقا ثم ان المراد من قوله وبما بقي خمسمائة ومن قوله أو زاد ألف (قوله وبعدها) أقول الظاهر أن يقال بعده

ولان المجلس اذا اتحد لحق الملحق باصل الشهادة فصار ككلام واحد ولا كذلك اذا اختلف وعلى هذا اذا وقع الغلط فى بعض الحدود أو فى بعض النسب وهذا اذا كان موضع شبهة فاما اذا لم يكن فلا بأس باعادة الكلام أصلا مثل أن يدع لفظة الشهادة وما يجرى مجرى ذلك وان قام عن المجلس بعد أن يكون عدلا وعن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله أنه يقبل قوله فى غير المجلس اذا كان عدلا والظاهر ما ذكرناه والله اعلم

المدعى فى الزيادة والمدعى عليه بالنقص فى المال فلا تقبل (وعلى هذا اذا غلط فى بعض الحدود) بان ذكر الشرقى مكان الغربى ونحوه (أو فى بعض النسب) بان قال محمد بن على بن عمران تداركه فى المجلس قبل وبعده لا واذا جازت ولم ترد فيما اذا يقضى قيل بجميع ما شهد به لان ما شهد به صار حقا للمدعى على المدعى عليه فلا يبطل حقه بقوله أوهمت ولا بد من قيده بان يكون المدعى يدعى الزيادة فانه لو شهد له بالف وقال بل الف وخمسمائة لا يدفع الا ان ادعى الالف وخمسمائة وصورة الزيادة حينئذ على تقدير الدعوى أن يدعى الفا وخمسمائة فيشهد بالف ثم يقول أوهمت انما هو الف وخمسمائة لا ترد شهادته لكن هل يقضى بالف أو بالف وخمسمائة قيل يقضى بالكل وقيل بما بقى فقط وهو الالف حتى لو شهد بالف ثم قال غلطت بخمسمائة زيادة وانما هو خمسمائة يقضى بخمسمائة فقط لان ما حدث بعد الشهادة قبل القضاء يجعل كحدوثه عند الشهادة وهو لو شهد بخمسمائة لم يقض بالف فكذا اذا غلط واليه مال شمس الائمة السرخسى فعلى هذا قوله فى جواب المسئلة جازت شهادته أى لا ترد لكن لا يقضى الا كما قلنا سواء كان وهمه ذلك قبل القضاء أو بعده وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله اذا شهد شاهدان لرجل بشهادة ثم زادا فيها قبل القضاء أو بعده وقالا أوهمنا وهما غير متهمين قبل منهما وظاهر هذا أنه يقضى بالكل وعن أبى يوسف فى رجل شهد ثم جاء بعد يوم وقال شككت فى كذا وكذا فان كان القاضى يعرفه بالصلاح تقبل شهادته فيما بقى وان لم يعرفه بالصلاح فهذه تهمة وعن محمد اذا شهدوا بان الدار للمدعى وقضى القاضى بشهادتهم ثم قالوا لا ندرى لمن البناء فانى لا أضمنهم قيمة البناء وحده كما لو قالوا شككنا فى شهادتنا وان قالوا ليس البناء للمدعى ضمنوا قيمة البناء للمشهود عليه فعلم بهذا أن الشهود لا يختلف الحكم فى قولهم شككنا قبل القضاء وبعده فى أنه يقبل اذا كانوا عدولا بخلاف ما اذا لم يكن موضع شبهة وهو ما اذا ترك لفظ الشهادة أو الاشارة الى المدعى عليه أو المدعى أو اسم أحدهما فانه وان جاز بعد المجلس يكون قبل القضاء لان القضاء لا يتصور بلا شرطه وهو لفظة الشهادة والتسمية ولو قضى لا يكون قضاء * (فروع) من الخلاصة وقف وقفا على مكتب وعلى معلمه فغصب فشهد رجال من أهل القرية أنه وقف فلان على مكتب كذا وليس للشهود أولاد فى المكتب قبلت فان كان لهم أولاد فالاصح أنه تجوز أيضا وكذا لو شهد أهل المحلة للمسجد بشئ وكذا شهادة الفقهاء على وقفية وقف على مدرسة كذا وهم من أهلها تقبل وكذا اذا شهدوا أن هذا المصحف وقف على هذا المسجد أو المسجد الجامع وكذا أبناء السبيل اذا شهدوا أنه وقف لابناء السبيل وقيل ان كان الشاهد يطلب لنفسه حقا من ذلك لا تقبل وقال بعضهم منهم الامام الفضلى لا تقبل شهادة أهل المسجد وقال أبو بكر بن حامد فى جنس هذه المسائل تقبل على كل حال لان كون الفقيه فى المدرسة والرجل فى المحلة والصبى فى المكتب غير لازم بل ينتقل وأخذ هذا مما سنذكره من كلام الخصاف ولو شهدا أنه أوصى لفقراء جيرانه وللشهود أولاد محتاجون فى جوار الموصى قال محمد لا تقبل للابن وتبطل للباقين وفى الوقف على فقراء جيرانه كذلك وفى وقف هلال قال وتقبل شهادة الجيران على الوقف قلت وكذا ذكر الخصاف فى أوقافه فيمن شهد على أنه جعلها صدقة موقوفة على فقراء جيرانه أو على فقراء المسلمين وهم من فقراء الجيران قال تجوز الشهادة لان فقراء

(قوله ولان المجلس اذا اتحد) دليل آخر على ذلك وفيه اشارة الى ما مال اليه شمس الائمة فانه ألحق الملحق باصل الشهادة فصار ككلام واحد وهذا يوجب العمل بالشهادة الثانية فى الزيادة والنقصان كما ذكرناه (وعلى هذا) أى على اعتبار المجلس فى دعوى التوهم (اذا وقع الغلط فى بعض الحدود) فذكر الشرقى فى مكان الغربى أو بالعكس (أو فى بعض النسب) كأن ذكر محمد ابن أحمد بن عمر بدل محمد بن على بن عمر مثلا فان تداركه قبل البراح عن المجلس قبلت والا فلا (وعن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله أنه يقبل قوله فى غير المجلس أيضا فى جميع ذلك لان فرض عدالته ينفى توهم التلبيس والتغرير (والظاهر ما ذكرناه) أولا من تقييد ما فيه شبهة التغرير بالمجلس والله أعلم

(قوله وفيه اشارة الى ما مال اليه شمس الائمة) أقول بل فى الدليل الاول أيضا اشارة اليه يظهر ذلك بالتأمل (قال المصنف وهذا اذا كان موضع شبهة) أقول أى شبهة التلبيس وفى النهاية موضع الشبهة هو موضع الزيادة والنقصان انتهى وفيه بحث

تأخيرا اختلاف الشهادة عن اتفاقهما مما يقتضيه الطبع لكون الاتفاق أصلا والاختلاف انما هو بعارض الجهل والكذب فأخره وضعا للتناسب قال (الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت الخ) الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل وقد عرفت معنى الشهادة فاعلم أن الدعوى هى مطالبة بحق فى مجلس من له الخلاص عند ثبوته وموافقتها للشهادة هو أن يتحدا نوعا وكما وكيفا وزمانا ومكانا وفعلا وانفعالا ووضعا وملكا ونسبة فانه اذا ادعى على آخر عشرة دنانير وشهد الشاهد به عشرة دراهم أو ادعى عشرة دراهم وشهد بثلاثين أو ادعى سرقة ثوب أحمر وشهد ببياض أو ادعى أنه قتل وليه يوم النحر بالكوفة وشهد بذلك يوم الفطر بالبصرة أو ادعى شق زقه واتلاف ما فيه به وشهد بانشقاقه عنده أو ادعى عقارا بالجانب الشرقى من ملك فلان وشهد بالغربى منه أو ادعى أنه ملكه وشهد أنه ملك ولده أو ادعى أنه عبده ولدته الجارية الفلانية وشهد بولادة غيرها لم تكن الشهادة موافقة للدعوى وأما الموافقة بين لفظيهما فليست بشرط ألا ترى أن المدعى يقول أدعى على غريمى هذا والشاهد يقول أشهد بذلك واستدل المصنف على ذلك بقوله

﴿ باب الاختلاف فى الشهادة ﴾

قال (الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل)

﴿ باب الاختلاف فى الشهادة ﴾

الجيران ليسوا قوما مخصوصين ألا ترى أنه انما ينظر الى فقراء الجيران يوم تقسم الغلة فمن انتقل منهم من جواره لم يكن له فى الغلة حق ألا ترى أن رجلين فقيرين من أهل الكوفة لو شهدا أنه جعل أرضه صدقة موقوفة على فقراء أهل الكوفة أن الشهادة جائزة فان الوقف ليس لهما باعيانهما خاصة ألا ترى أن ولى الوقف لو أعطى الغلة غيرهما من فقراء الكوفة كان جائزا وكذلك كل شهادة تكون خاصة وانما هى عامة مثل أهل بغداد وأهل البصرة ونحو ذلك ان الشهادة جائزة وذكر قبل هذا باسطر ان شهدا أنه جعلها صدقة موقوفة على جيرانه وهما جيرانه فشهادتهما باطلة وكان الفرق تعينهما فى هذه الصورة اذ لا جيران له سواهما بخلاف تلك الصورة ولو شهدوا أنه أوصى بثلثه للفقراء وأهل بيته فقراء لا تقبل ولو شهد بعض أهل القرية على بعض أهل القرية بزيادة الخراج لا تقبل وان كان خراج كل أرض معينا أو لاخراج للشاهد تقبل وكذا أهل قرية شهدوا على ضيعة أنها من قريتهم لا تقبل وكذا أهل سكة يشهدون بشئ من مصالح السكة ان كانت السكة غير نافذة لا تقبل وفى النافذة ان طلب حقا لنفسه لا تقبل وان قال لا آخذ شيأ تقبل وكذا فى وقف المدرسة على هذا فى فتاوى النسفى وقيل ان كانت السكة نافذة تقبل مطلقا وفى الأجناس فى الشهادة على الوصية للفقراء وأهل بيت الشاهدين فقراء لا تقبل لهما ولا لغيرهما ولو شهدا أنه أوصى بثلثه لفقراء بنى تميم وهما فقيران الشهادة جائزة ولا يعطيان منه شيأ ولو شهدا أنه جعل أرضه صدقة لله تعالى على فقراء قرابته وهما من قرابته وهما غنيان يوم شهدا أو فقيران لم تجز شهادتهما ووضع هذه الخصاف فيما اذا شهدا أنه جعلها صدقة موقوفة على أهل بيته وهما من أهل بيته فهى باطلة قال وكذا اذا شهدوا على فقراء أهل بيته ومن بعدهم على المساكين ويوم شهدا هما غنيان قال شهادتهما باطلة لانهما ان افتقرا يثبت الوقف لهما بشهادتهما وكل شهادة تجر نفعا للشاهد أولا بويه أولا ولاده أولزوجته لا تجوز

﴿ باب الاختلاف فى الشهادة ﴾

الاختلاف فى الشهادة خلاف الاصل بل الاصل الاتفاق لان الاصل فيما يتفرع عن جهة واحدة ذلك والشهادة كذلك لانها تتفرع اما عن رؤية كما فى الغصب والقتل أو سماع اقرار وغيره والشاهدان مستويان فى ادراك ذلك فيستويان فيما يؤديان فلهذا أخره عما لم يذكر فيه خلاف (قوله الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل)

(قوله والاختلاف انما هو بعارض الجهل) أقول وأيضا الاختلاف هو سلب الاتفاق والاتحاد أى ملزومه وأيضا الاتفاق من الاختلاف كالمفرد من المركب اذ الاتفاق هو الاتحاد والواحد مقدم على المتعدد فليتأمل (قال المصنف الشهادة اذا وافقت قبلت) لان أقول صدر الباب بهذه المسئلة مع أنها ليست من الاختلاف فى الشهادة لكونها كالدليل لوجوب اتفاق الشاهدين ألا يرى أنهما لو اختلفا لزم اختلاف الدعوى والشهادة كما لا يخفى على من له أدنى بصيرة (قوله وقد عرفت معنى الشهادة) أقول فى أول كتاب الشهادة (قوله فاعلم أن الدعوى هى مطالبة بحق فى مجلس من له الخلاص) أقول أى من له خلاصه كقوله تعالى فان الجنة هى المأوى (قوله أو ادعى شق زقه) أقول فيه بحث (قوله وشهد بانشقاقه) أقول أى من غير شقه (قوله أو ادعى أنه ملكه) أقول لا يخفى أن المناسب لما سبق هو كون الاختلاف فى الملك الذى هو احدى مقولات العرض وليس كذلك بل ما ذكر من قبيل النسبة

(لان تقدم الدعوى فى حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها) أما أن تقدمها فيها شرط لقبولها فلأن القاضى نصب لفصل الخصومات فلا بد منها ولا نعنى بالخصومة الا الدعوى وأما وجودها عند الموافقة فلعدم ما يهدرها من التكذيب وأما عدمها عند المخالفة فلوجود ذلك لان الشهادة لتصديق الدعوى فاذا خالفتها فقد كذبتها فصار وجودها وعدمها سواء وفيه بحث من وجهين أحدهما أنه قال تقدم الدعوى شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وهو مسلم ولكن وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط والثانى أنه عند المخالفة تعارض كلام المدعى (٥٣) والشاهد فالمرجح لصدق الشاهد حتى اعتبر دون كلام المدعى والجواب عن الاول أن علة قبول الشهادة التزام الحاكم سماعها عند صحتها وتقدم الدعوى شرط ذلك فاذا وجد فقد انتفى المانع فوجب القبول لوجود العلة وانتفاء المانع لأن وجود الشرط استلزم وجوده وعن الثانى بان الاصل فى الشهود العدالة لاسيما على قول ابى يوسف ومحمد رحمهما الله ولا يشترط عدالة المدعى لصحة دعواه فرجحنا جانب الشهود عملا بالاصل

لان تقدم الدعوى فى حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها

لان تقدم الدعوى فى حقوق العباد شرط قبول الشهادة لانها لاثبات حقه فلا بد من طلبه وهو الدعوى (وقد وجدت) الدعوى (فيما يوافقها) أى يوافق الشهادة فوجد شرط قبولها فتقبل (وانعدمت فيما يخالفها) فانها لما لم توافقها صارت الدعوى بشئ آخر وشرط القبول الدعوى بما به الشهادة واعلم انه ليس المراد من الموافقة المطابقة بل اما المطابقة أو كون المشهود به أقل من المدعى به بخلاف ما اذا كان أكثر فمن الاقل ما لو ادعى نكاح امرأة بسبب انه تزوجها بمهر كذا فشهدوا أنها منكوحته بلا زيادة تقبل ويقضى بمهر المثل ان كان قدر ما سماه أو أقل فان زاد عليه لا يقضى بالزيادة كذا فى غير نسخة من الخلاصة والظاهر أنه انما يستقيم اذا كانت هى المدعية ومنه اذا ادعى ملكا مطلقا أو بالنتاج فشهدوا فى الاول بالملك بسبب وفى الثانى بالملك المطلق قبلت لان الملك بسبب أقل من المطلق لانه يفيد الاولية بخلافه بسبب يفيد الحدوث والمطلق أقل من النتاج لان الملك المطلق يفيد الاولية على الاحتمال والنتاج على اليقين وفى قلبه وهو دعوى المطلق فشهدوا بالنتاج لا تقبل ومن الاكثر ما لو ادعى الملك بسبب فشهدوا بالمطلق لا تقبل الا اذا كان ذلك السبب الارث لان دعوى الارث كدعوى المطلق هذا هو المشهور وقيده فى الاقضية بما اذا نسبه الى معروف سماه ونسبه أما لو جهله فقال اشتريته أو قال من رجل أو زيد وهو غير معروف فشهدوا بالمطلق قبلت فهى خلافية وذكر الخلاف فى القبول رشيد الدين وعن هذا اختلفوا فيما اذا تحمل الشهادة على ملك بسبب وأراد أن يشهد بالمطلق لم يذكر فى شئ من الكتب واختلف المشايخ فيه والأصح لا يحل له قلت كيف وفيه ابطال حقه فانها لا تقبل فيما لو ادعاها بسبب ولو ادعى الشراء مع القبض فقال وقبضته منه هل هو كالمطلق حتى لو شهدوا بالمطلق قبلت فى الخلاصة تقبل وحكى فى فصول العمادى خلافا قيل تقبل لان دعوى الشراء مع القبض دعوى مطلق الملك حتى لا يشترط لصحة هذه الدعوى تعيين العبد وقيل لا لأن دعوى الشراء معتبرة فى نفسها لا كالمطلق ألا يرى أنه لا يقضى له بالزوائد فى ذلك وفى فوائد شمس الاسلام دعوى الدين كدعوى العين وكذا فى شرح الخيل للعلوانى فلو ادعى الدين بسبب القرض وشبهه فشهدوا بالدين مطلقا قال شمس الائمة محمود الاوزجندى لا تقبل قال فى المحيط فى الاقضية مسئلتان يدلان على القبول انتهى وعندى الوجه القبول لأن أولية الدين لا معنى له بخلاف العين وفى فتاوى رشيد الدين لو ادعى الملك المطلق فشهدوا عليه بسبب ثم شهدوا على المطلق لا تقبل لانهم لما شهدوا بسبب حمل دعوى المطلق عليه فلا تقبل بعده على المطلق ولو شهدوا أولا على المطلق ثم شهدوا على الملك بسبب تقبل لانه ببعض ما شهدوا به أولا ولو ادعى المطلق فشهد أحدهما به والآخر مع السبب تقبل ويقضى بالملك الحادث كما لو شهدا جميعا به وكل ما كان بسبب عقد شراء أو هبة فهو ملك حادث ولو ادعى بسبب فشهد أحدهما به والآخر مطلقا لا تقبل كما لو شهدوا جميعا

(قوله أما أن تقدمه) أقول الظاهر أن يقال تقدمها (قوله فلأن القاضى نصب لفصل الخصومات فلا بد منها) أقول هذا لا يدل على شرطية التقدم بل على شرطية وجودها مطلقا والاصوب أن يقال لان الشهادة شرعت لتحقيق قول المدعى فى حقوق العباد ولا يكون ذلك الا بدعواه سابقا (قوله وأما وجودها عند الموافقة الخ) أقول كذا ذكره الشارحون وعندى الاولى أن يقال أما وجودها عند الموافقة فظاهر وأما عدمها عند المخالفة فكذلك لظهور أن ليس المراد من تقدم الدعوى تقدم أية دعوى كانت بل تقدم دعوى ما يشهد به الشهود فحينئذ لا يرد البحث الثانى أصلا على أن الدعوى لو جعلت معدومة لما قبلت لو أتى المدعى بشاهدين آخرين وأيضا ما ذكره فى الجواب مخالف لما سيأتى فى مسئلة الشهادة بالالف والخمسمائة اذا ادعى المدعى الالف حيث جعل سكوت المدعى عن الخمسمائة تكذيبا للشاهد وتفسيقا له ولهذا لم تقبل فليتأمل (قوله وعن الثانى الى قوله عملا بالاصل) أقول مخالف لما سيجىء أن اكذاب المدعى شاهده تفسيق له فراجعه

بالمطلق ودعوى الملك بسبب الارث كدعوى الملك المطلق واذا أرخ أحد الشاهدين دون الآخر تقبل في دعوى غير المؤرخ لا في دعوى الملك المؤرخ ولو ادعى الشراء بسبب أرخه فشهدوا له به بلا تاريخ تقبل لانه أقل وعلى القلب لا تقبل ولو كان الشراء شهران فأرخوا شهرا تقبل وعلى القلب لا ولو أرخ المطلق بان قال هذا العين لي منذ سنة فشهدا أنه له منذ سنتين لا تقبل وعلى القلب تقبل * ومن الزيادة والنقص ما تضمنه هذه الفروع التي نذكرها دار في يد رجلين اقتسماها وغاب أحدهما فادعى رجل على الحاضر أن له نصف هذه الدار مشاعا فشهدوا أن له النصف الذي في يد الحاضر فهي باطلة لانها أكثر من المدعى به ادعى دارا واستثنى طريق الدخول وحقوقها ومرافقها فشهدوا أنها له ولم يستثنوا شيأ لا تقبل وكذا لو استثنى بيتا ولم يستثنوه الا اذا وفق فقال كنت بعت ذلك البيت منها فتقبل وفي المحيط نقلا من الاقضية وأدب القاضي للخصاف اذا ادعى الملك للحال أي في العين فشهدوا أن هذا العين كان قد ملكه تقبل لانها أثبتت الملك في الماضي فيحكم بها في الحال ما لم يعلم المزيل قال رشيد الدين بعد ما ذكرها لا يجوز للقاضي أن يقول امروز ملك وي مى دانيت انتهى ومعنى هذا لا يحل للقاضي أن يقول أتعلمون أنه ملكه اليوم نعم ينبغي للقاضي أن يقول هل تعلمون أنه خرج من ملكه فقط ذكره في المحيط قال العمادي فعلى هذا اذا ادعى الدين فشهدا أنه كان له عليه دين كذا ينبغي أن تقبل كما في العين ومثله اذا ادعى أنها زوجته فشهدوا أنه كان تزوجها ولم يتعرضوا للحال تقبل هذا كله اذا شهدوا بالملك في الماضي أما لو شهدوا باليد له في الماضي لا يقضي به في ظاهر الرواية وان كانت اليد تسوغ الشهادة بالملك على ما أسلفناه وعن أبي يوسف يقضي بها وخرج العمادي على هذا ما في الواقعات لو أقر بدين رجل عند رجلين ثم شهد عدلان عند الشاهدين أنه قضى دينه أن شاهدي الاقرار يشهدان أنه كان عليه دين ولا يشهدان أن له عليه فقال هذا أيضا دليل على انه اذا ادعى الدين وشهدوا أنه كان عليه تقبل وهذا غلط فانه انما تعرض لما يسوغ له أن يشهد به لا للقبول وعدمه بل ربما يؤخذ من منعه احدى العبارتين دون الاخرى ثبوت القبول في احداهما دون الاخرى كيف وقد ثبت بشهادة العدلين عند الشاهدين أنه قضاه فلا يشهدان حتى يخبر القاضي بذلك وأن القاضي حينئذ لا يقضي بشئ وسيأتي من مسائل الكتاب اذا علم شاهد الالف أنه قضاه خمسمائة لا يشهد حتى يقر بقبضها والله سبحانه أعلم وعكس ما نحن فيه لو ادعى في الماضي أن هذه الجارية كانت ملكي فشهدا أنها له اختلف في قبولها والاصح أنها لا تقبل وكذا لو ادعى أنه كان له وشهدا أنه كان له لا تقبل وانما لم تقبل اذا شهدوا على طبق دعواه هذه أنها كانت له لان اسناد المدعي دليل على نفي ملكه في الحال اذ لا فائدة له في الاقتصار على الماضي الا ذلك فلم يكن ما شهدوا به مدعيا به بخلاف الشاهدين اذا أسندا ذلك لا يدل على نفيهما اياه في الحال لجواز قصدهما الى الاحتراز عن الاخبار بما لا علم لهما به اذ لم يعلما سوى ثبوته في الماضي وقد يكون انتقل فيحترزان عنه وان كان يثبت للحال بالاستصحاب وفي الخلاصة ادعى النقرة الجيدة وبين الوزن فشهدا على النقرة والوزن ولم يذكرا جيدة أو رديئة أو وسطا تقبل ويقضي بالردي بخلاف ما لو ادعى قفيز دقيق مع النخالة فشهدوا من غير نخالة أو منخولا فشهدوا على غير المنخول لا تقبل وفيها أن من ادعى على رجل ألفا من ثمن بيت فشهدوا على ألف من ضمان جارية غصبها وهلكت عنده لا تقبل وعن هذا ذكر في المسئلة المسطورة وهي ما اذا شهدا بالف من ثمن جارية باعها منه فقال البائع أنه أشهدهما عليه بذلك والذي لي عليه ثمن متاع تقبل شهادتهما فقال في الخلاصة هو محمول على أنهما شهدا على اقراره بذلك أي اقرار المدعى عليه بثمن الجارية لان بمثله في الاقرار تقبل لما سيأتي في المسئلة المذكورة قبلها وفي الكفالة اذا شهدوا أنه كفل بالف عن فلان فقال الطالب هو أقر بذلك لكن الكفالة كانت عن فلان آخر كان له أن يأخذه بالمال لانهما اتفقا فيما هو المقصود فلا يضرهما

قال (ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند أبي حنيفة الخ) الموافقة بين شهادة الشاهدين شرط قبولها كما كانت شرطا بين الدعوى والشهادة ولكنهم اختلفوا في انها شرط من حيث اللفظ والمعنى أو من حيث المعنى خاصة فاما الموافقة من حيث المعنى فلا بد منها بلا خلاف واختلاف اللفظ من حيث الترادف لا يمنع بلا خلاف ولهذا اذا شهد

قال (ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند أبي حنيفة فان شهد أحدهما بالف والآخر بالفين لم تقبل الشهادة عنده وعندهما تقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي الالفين) وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقتان والثلاث

الاختلاف في السبب ومثله ادعى أنه آجره دارا وقبض مال الاجارة ومات فانفسخت الاجارة وطلب مال الاجارة فشهدوا أن الآجر أقر بقبض مال الاجارة تقبل وان لم يشهدوا على عقد الاجارة لانهم شهدوا بالمقصود وهو استحقاق مال الاجارة ولو ادعى الدين أو القرض فشهدوا على اقراره بالمال تقبل ولو شهد أحدهما به والآخر بالاقرار به فقد أطلق القبول في المحيط والعمدة وقال قاضيخان قالوا تقبل عند أبي يوسف ولو ادعى قرضا فشهدوا أن المدعى دفع اليه كذا ولم يقولوا وقبضها المدعى عليه يثبت قبضه كالشهادة على البيع فان الشهادة على البيع شهادة على الشراء واذا ثبت القبض بذلك يكون القول لذي اليد انه قبض بجهة الامانة فيحتاج الى بينة على أنه بجهة القرض ان ادعاه ولو ادعى أنه قضاه دينه فشهد أحدهما به والآخر باقراره أنه قضاه لا تقبل ولو شهدوا جميعا بالاقرار به قبلت ولو ادعى شراء دار من رجل فشهدوا أنه اشتراها من وكيله لا تقبل وكذا لو شهدوا أن فلانا باعها منه وهذا المدعى عليه أجاز البيع ادعى أنك قبضت من مالي جملا بغير حق مثلا وذكر سنه وقيمته فشهدوا أنه قبض من فلان غير المدعي تقبل ويجبر على احضاره لانه قال من مالي ولم يقل قبضت مني فلا يكون ما شهدا به يناقضه فيحضره ليشير اليه بالدعوى فاذا اختلف الشاهدان ووجد شرط القبول في شهادة أحدهما فقط وهو ما طابق الدعوى من الشاهدين فالواحد لا تقوم به الحجة للقاضي وانما قيد الاشتراط بحقوق العباد احترازا عن حقوق الله سبحانه فان دعوى مدع خاص غير الشاهد ليس شرطا لقبول الشهادة لان حقه تعالى واجب على كل أحد القيام به في اثباته وذلك الشاهد من جملة من عليه ذلك فكان قائما في الخصومة من جهة الوجوب عليه وشاهدا من جهة تحمل ذلك فلم يحتج فيها الى خصم آخر (قوله ويعتبر اتفاق الشاهدين الخ) أي يشترط التطابق بين كل من الشاهدين كما بين الشهادة والدعوى أيضا لوجوب القضاء ثم الشرط في تطابق الشاهدين عند أبي حنيفة رحمه الله (في اللفظ والمعنى) والمراد من تطابقهما تطابق لفظهما على افادة المعنى سواء كان بعين ذلك اللفظ أو بمرادف حتى لو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالعطية قبلت لا بطريق التضمن (فلو شهد أحدهما بالف والآخر بالفين لم تقبل) فلم يقض بشئ (عند أبي حنيفة وعندهما تقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي الفين) بخلاف ما لو كان يدعي الفا لا يقضي بشئ اتفاقا لانه أكذب شاهد الالفين الا ان وفق فقال كان لي عليه الفان فقضاني ألفا أو أبرأته من ألف والشاهد لا يعلم بذلك فحينئذ يقضى له بالالف وعلى هذا لو شهد أحدهما بمائة والآخر بمائتين أو بطلقة وطلقتين وطلقة وثلاث لا يقضى بطلاق أصلا عنده وعندهما يقضى بالاقل وعلى هذا الخمسة والعشرة والعشرة والخمسة عشر والدرهم والدرهمان وهذا في دعوى الدين أما في دعوى العين بان كان في كيس ألف درهم فشهد أحدهما أن جميع ما في الكيس وهو ألف درهم له وشهد آخر أن جميع ما في الكيس له وهو ألف درهم قبلت شهادتهما لان ذكر المقدار في المشار اليه مستغنى عنه ذكره الخبازي وبقولهما قال الشافعي وأحمد رحمهما الله ثم في رواية عن الشافعي وأحمد يستحق الزائد بالحلف عليه

فهي مقبولة واما اختلافه بحيث يدل بعضه على مدلول البعض الآخر بالتضمن فقد نفاه أبو حنيفة وجوزاه (فان شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل عنده وقالا تقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي ألفين وهو دين وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلاث)

(قال المصنف ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ) أقول المراد منه تطابق اللفظين على افادة المعنى بطريق الوضع لا بطريق التضمن فلا يضر مخالفة اللفظ اذا اتحد المعنى كما في الهبة والعطية والنكاح والتزويج (قوله الموافقة بين شهادة الشاهدين الخ) أقول في العموم بحث فان موافقة الشهادتين في الكيف ليست شرط القبول عند أبي حنيفة على ما سيجيء في مسئلة سرقة البقرة وشرط بين الدعوى والشهادة كما صرح به الامام التمرتاشي هناك وكذا الموافقة في الحكم بين الدعوى والشهادة ليست مشروطة كما يجيء في المبسوط وصرح قاضيخان نعم للشارح تردد فيه (قوله وأما اختلافه بحيث الى قوله بالتضمن) أقول كتب في هامش الكتاب من خط الشارح ما هو صورته اطلاق التضمن ههنا ليس على اصطلاح أهل المعقول لانهما نوعان عندهم على ما عرف في موضعه انتهى فاقول في قوله نوعان عندهم بحث

(لهما انهما اتفقا على الالف أو الطلقة وتفرد أحدهما بالزيادة) وكل ما هو كذلك يثبت فيه المتفق عليه دون ما تفرد به أحدهما كما اذا ادعى ألفا وخمسمائة وشهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة على ما سيجيء (ولابي حنيفة رحمه الله انهما اختلفا لفظا) لان أحدهما مفرد والآخر تثنية واختلاف الالفاظ افرادا وتثنية يدل على اختلاف المعاني الدالة هي عليها بالضرورة (١) وان شئت بالتثنية فان الالف لا يعبر به عن الالفين لا حقيقة ولا مجازا والالفان لا يعبر بهما عن الالف كذلك فكان كلام كل منهما كلاما مباينا لكلام الآخر (وحصل على كل واحد منهما شاهد واحد) فلا يثبت شئ منهما وصارا اختلافهما هذا كاختلافهما في جنس المال شهد أحدهما بكر شعير والآخر بكر حنطة قيل ذكر في المبسوط اذا ادعى ألفين وشهد بالف قبلت بالاتفاق ووجوب الموافقة بين الدعوى والشهادة كوجوبها بين الشاهدين فما جواب أبي حنيفة عن ذلك وأجيب بان اشتراط الاتفاق بينهما ليس حسب اشتراطه بين الشاهدين فانه لو ادعى الغصب وشهدا بالاقرار به قبلت ولو شهد أحد الشاهدين بالغصب والآخر بالاقرار به لم تقبل ولقائل أن يقول قد تقدم في تلقين الشاهد اذا كان في موضع التهمة بان ادعى ألفا وخمسمائة وأنكر المدعى عليه خمسمائة وشهد الشاهدان بالف فالقاضي يقول يحتمل انه أبرأه عن خمسمائة واستفاد الشاهد علما بذلك ووفق في شهادته كما وفق القاضي أنه لا يجوز بالاتفاق وبين هذه المسئلة ومانقلت من المبسوط ماترى من التنافي فالحق في الجواب لابي حنيفة أن يحمل ما نقل عن المبسوط على ما اذا وفق الشهادة بدعوى الابراء أو الايفاء ولا يلزم أبا حنيفة ما اذا قال لها زوجها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة كان ذلك منها حوابا فوقعت واحدة ولا ما اذا قال لها أنت طالق ألفا فانه يقع ثلاث لان الاكثر في ذلك ثابت فيتضمن (٥٦) الاقل وليس فيما نحن فيه كذلك لان الاكثر يشهد به واحد ولا يثبت به شئ

لهما انهما اتفقا على الالف أو الطلقة وتفرد أحدهما بالزيادة فيثبت ما اجتمعا عليه دون ما تفرد به أحدهما فصار كالألف والالف والخمسمائة ولابي حنيفة رحمه الله انهما اختلفا لفظا وذلك يدل على اختلاف المعنى لانه يستفاد باللفظ وهذا لان الالف لا يعبر به عن الالفين بل هما جملتان متباينتان فحصل على كل واحد منهما شاهد واحد فصار كما اذا اختلف جنس المال

(لهما أنهما اتفقا على الالف أو الطلقة وتفرد أحدهما بالزيادة فيثبت ما اجتمعا عليه دون ما تفرد به أحدهما فصار كالالف والالف والخمسمائة) حيث اتفقنا على أنه يقضي بالالف لذلك وهو أنهما اجتمعا على الشهادة بها (ولابي حنيفة رحمه الله أنهما اختلفا) في لفظ غير مرادف (لان الالف لا يعبر به عن الالفين) و يلزمه اختلاف المعنى فانما (هما) أي الالف والالفان (جملتان) أي عددان (متباينتان حصل على كل واحدة منهما شاهد وصار كما اذا اختلف جنس المال) بان شهد أحدهما بكر شعير والآخر بكر حنطة أو بمائة بيض والآخر بمائة سود والمدعي يدعي السود لا تقبل على شئ أصلا لان المدعي كذب شاهد البيض الا أن يوفق المدعي فيقول كان لي البيض فأبرأنه من صفة الجودة فتقبل حينئذ أما لو كان يدعي البيض ولها مزية فانه يقضي بالسود ولم يحكوا خلافا فاذكره في الخلاصة عن الأقضية وكذا لو شهدا لمدعي كر حنطة وقال أحدهما جيدة وقال الآخر رديئة والدعوى

قال المصنف (وذلك يدل على اختلاف المعنى) أقول فيه اشارة الى أن المعتبر عنده هو الاتفاق في المعنى واعتبار اتفاق اللفظ ضرورة ان اتفاق المعنى لا يحصل الا عنده فتدبر (قال المصنف وهذا لان الالف لا يعبر به الخ) أقول وأيضا ان شرط الشهادة خالف الدعوى كما لان المدعي يدعي الالفين وهو اسم لعدد معلوم لا يقع على ما دون ذلك فلم يكن الالف المفرد

مدعى فانفردت الشهادة عن الدعوى (قال المصنف فصار كما اذا اختلف جنس المال الخ) أقول ولا يخالف الشهادة فيها بالافضل الدعوى كما لان الالف والخمسمائة اسم لعددين الا يرى انه يعطف أحدهما على الآخر فكان كل بانفراده داخلا تحت الدعوى فالشهادة القائمة عليها تكون قائمة على كل واحد منهما مقصودا فاذا شهد أحدهما بالف فقد شهد باحد العددين الداخلين تحت الدعوى فحصلت الموافقة في عدد الالف تامل (قوله لا حقيقة ولا مجازا) أقول مسلم ألا يرى الى قوله * قفا نبك من ذكرى حبيب ومنزل * (قوله ذكر في المبسوط الى قوله وأجيب) أقول ذكر قاضيخان في فتاواه ان كان المدعى به دينا فشهدوا بما قل مما ادعاه المدعي نحو ما اذا ادعى ألفا وخمسمائة فشهدوا بخمسمائة من غير دعوى التوفيق وكذا لو ادعى ألفا وشهدوا بخمسمائة يقضي بخمسمائة ولو ادعى ألفا وشهد أحدهما بالف والآخر بخمسمائة لا يقضي بشئ في قول أبي حنيفة لان عنده اتفاق الشاهدين على المشهود به شرط ولم يوجد بخلاف ما تقدم لان ثمة اتفق الشاهدان على خمسمائة والموافقة بين الدعوى والشهادة لفظا ليس بشرط عنده فتقبل شهادتهما على الخمسمائة بغير توفيق اه (قوله ووجوب الموافقة الخ) أقول الواو للحالية (قوله ولقائل أن يقول قد تقدم الخ) أقول قبيل باب الحبس في كتاب القاضي (قوله أنه لا يجوز بالاتفاق) أقول أي التلقين اذ الكلام فيه وليس فيه نفي قبول الشهادة حتى يثبت التنافي وجوابه ظاهر فانه اذا كانت الشهادة مقبولة في هذه الصورة لم يكن موضع التهمة ولا يكون التلقين غير جائز كما لا يخفى (قوله فوقعت واحدة) أقول وذلك لكون الثلاث صارت في يدها مع ابعاضها كمن ملك عبدا فملك رجله ويده فلها أن توقع كلها أو بعضها (قوله لان الاكثر في ذلك ثابت) أقول ان أراد ثابت لفظا ففي محل النزاع كذلك أو حكما ففيه بحث اذ ليس في الشرع ألف طلاق

بالافضل يقضى بالاقل وكذا لو ادعى مائة دينار فقال أحدهما نيسابورية وقال الآخر بخارية والمدعى يدعى النيسابورية وهى أجود يقضى بالبخارية بلا خلاف ينقل ويحتاج الى الفرق على قول أبى حنيفة وهو أنهما اتفقا على الكمية والجنس فصار كما لو شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة فان قيل لم يقع جواب قولهما الشاهد بالالفين شاهد بالالف فى ضمنهما فاجتمعا عليها وتفرد أحدهما بالزيادة فلا يقبل أجيب بانه ما شهد بها الا من حيث هى جزء الالفين فانما ثبتت الالف فى ضمن ثبوت الالفين لان المتضمن لا يثبت بدون المتضمن ولم يثبت الالفان فلم يثبت الالف فان قيل يشكل على قوله ما لو ادعى ألفين وشهد ابألف تقبل بالاتفاق مع عدم المطابقة بين الدعوى والشهادة وهى شرط على قول الكل وما لو شهد أحدهما أنه قال لها أنت خلية والآخر أنت برية لا يقضى ببينونة أصلا مع افادتهما معا البينونة وتقدم أن اختلاف اللفظ له وحده غير ضائر كما لو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالعطية تقبل أجيب عن الاول بان الاتفاق بين الدعوى والشهادة وان اشترط لكن ليس على وزان اتفاقه بين الشاهدين ألا ترى أنه لو ادعى الغصب أو القتل فشهدوا باقراره به تقبل ولو شهد أحدهما بالغصب والآخر على اقراره به لا تقبل وحينئذ فقد حصلت الموافقة بين الدعوى والشهادة فانه لما كان يدعى ألفين كان مدعيا الالف وقد شهد به اثنان صريحا فتقبل بخلاف شهادتهما بالالف والالفين لم ينص شاهد الالفين على الالف الا من حيث هى ألفان ولم يثبت الالفان وفى المبسوط والاسرار الذى يبطل مذهبهما ما لو شهد شاهدان بطلقة يعنى قبل الدخول وآخران بثلاث وفرق القاضى بينهما قبل الدخول ثم رجعوا كان ضمان نصف المهر على شاهدى الثلاث لا على شاهدى الواحدة ولو اعتبر ما قالا ان الواحدة توجد فى الثلاث كان الضمان عليهما جميعا ولا يلزم ما اذا قال لها طلقى نفسك ثلاثا فطلقت واحدة تقع الواحدة لان التفويض تمليك فقد ملكها الثلاث بالتفويض اليها فيها والمالك يوجد من مملوكه ما شاء كما لو طلقها ألفا يقع الثلاث لملكه العدد غير أنه لغا ما فوق الثلاث شرعا وأما عن الثانى فيمنع الترادف لان معنى خلية ليس معنى برية لغة والوقوع ليس الا باعتبار معنى اللغة ولذا قلنا ان الكنايات عوامل بحقائقها فهما لفظان متباينان لمعنيين متباينين غير أن المعنيين المذكورين المتباينين يلزمهما لازم واحد هو وقوع البينونة والمتباينات قد تشترك فى لازم واحد فاختلافهما ثابت فى اللفظ والمعنى فلما اختلف المعنى منهما كان دليل احتمال تحملهما فان هذا يقول ما وقعت البينونة الا بوصفها بخلية والآخر يقول لم تقع الا بوصفها ببرية والا فلم تقع البينونة هذا كله اذا لم يدع المدعى عقدا أما ان ادعى المال فى ضمن دعوى العقد من البيع والاجارة فالجواب ما استعمله فى آخر الباب واعلم ان من المسائل المذكورة فى أوقاف الخصاف ما يخالف أصل أبى حنيفة ذكرها ولم يذكر خلافا بل أشار الى انها اتفاقية فانه ذكر فيما اذا شهد أحدهما انه جعلها صدقة موقوفة أبدا على أن لزيد ثلث غلتها وشهد آخر أن لزيد نصفها قال أجعل لزيد ثلث غلتها الذى أجمعا عليه والباقى للمساكين وكذا اذا سمى أحدهما ما لا لزيد من هذه الصدقة والآخر أقل منه أحكم لزيد بما أجمعا عليه وكذا اذا شهد أحدهما أنه قال يعطى لزيد من غلة هذا الوقف فى كل سنة ما يسعه ويسع عياله بالمعروف وقال الآخر يعطى ألفا قال أقدر نفقته وعياله فى العام فان كانت أكثر من الالف حكمت له بالالف أو الالف أكثر أعطيته نفقته والباقى للمساكين هذا بعد أن أدخل الكسوة فى النفقة ثم أورد على نفسه فقال قلت فلم أجزت هذه الشهادة وقد اختلفا فى لفظهما قال المعنى فيه أنه انما أراد الواقف الى أن لزيد بعض هذه الغلة فأجعل له الاقل انتهى فايراد هذا السؤال هو الذى ذكرت أنه أشار الى أنها اتفاقية فان ايراده ليس الا باعتبار قول أبى حنيفة وقوله وقد اختلف لفظهما صريح فيه ثم قال هذا استحسان والقياس أن الشهادة باطلة انتهى وحاصله أنا علمنا استحقاقه بعض هذا المال

قال (واذا شهد أحدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة الخ) ولما تقدم أن اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى شرط القبول (اذا شهد أحدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة والمدعى يدعي الاكثر قبلت الشهادة على الالف لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى لان الالف والخمسمائة جملتان عطفت احداهما على الاخرى والعطف يقرر المعطوف عليه) ونظيره اذا شهد أحدهما بطلقة والآخر بطلقة ونصف أو بمائة وبمائة وخمسين بخلاف ما اذا شهد أحدهما بعشرة والآخر بخمسة عشر لانه ليس بينهما حرف عطف فصارا متباينين كالالف والالفين هذا اذا كان المدعى يدعي الاكثر وأما اذا ادعى الاقل وقال (لم يكن لي الا الف فشهادة من شهد بالاكثر باطلة) لتكذيبه المدعي في المشهود به فلم يبق له الا شاهد واحد وبه لا يثبت شئ فان قيل لم يكذبه الا في البعض فما بال القاضي لا يقضي عليه بالباقي كما قضى بالباقي في الاقرار اذا كذب المقر في بعض ما أقر به أجيب بان تكذيب الشاهد تفسيق له ولا شهادة للفاسق بخلاف الاقرار لان عدالة المقر ليست بشرط فتفسيقه لا يبطل الاقرار (قوله وكذا اذا سكت) يعني اذا ادعى الاقل وسكت عن قوله لم يكن الا الالف والمسئلة بحالها لا يقضى له بشئ (لان التكذيب ثابت ظاهرا) فلا تقبل الشهادة بدون التوفيق لان التصريح بذكر التوفيق فيما يحتمله لابد منه في الاصح وعلى هذا لو قال كان أصل حقي ألفا وخمسمائة ولكن استوفيت خمسمائة أو أبرأته عنها قبلت لتوفيقه (قوله أو أبرأته عنها قبلت للتصريح بالتوفيق وعلم مما ذكر أن أحوال من يدعي أقل المالين اذا اختلفت الشهادة لا تخلو عن ثلاثة إما أن يكذب الشاهد بالزيادة أو يسكت عن التصديق والتوفيق أو يوفق وجواب الاولين بطلان الشهادة والقضاء دون الآخر

قال (واذا شهد أحدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة والمدعى يدعي ألفا وخمسمائة قبلت الشهادة على الالف) لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى لأن الالف والخمسمائة جملتان عطفت احداهما على الاخرى والعطف يقرر المعطوف عليه ونظيره الطلقة والطلقة والنصف والمائة والمائة والخمسون بخلاف العشرة والخمسة عشر لانه ليس بينهما حرف العطف فهو نظير الالف والالفين (وان قال المدعى لم يكن لي عليه الا الالف فشهادة الذي شهد بالالف والخمسمائة باطلة) لانه كذبه المدعى في المشهود به وكذا اذا سكت الا عن دعوى الالف لان التكذيب ظاهر فلا بد من التوفيق ولو قال كان أصل حقي ألفا وخمسمائة ولكني استوفيت خمسمائة أو أبرأته عنها قبلت لتوفيقه

وتردد بين أقل واكثر فيثبت المتيقن ولا يخلو عن نظر * (فروع) ادعى بالمبيع عيبا فشهد أحدهما أنه اشتراه وبه هذا العيب وشهد الآخر على اقرار البائع به لا تقبل كما لو ادعى عينا أنه له فشهد أحدهما أنه ملكه والآخر على اقرار ذي اليد أنه ملكه لا تقبل ومثله دعوى الرهن فشهد به بمعاينة القبض والآخر على اقرار الراهن بقبضه لا تقبل قال ظهير الدين الرهن في هذا كالغصب وكذا الوديعة لو ادعاها فشهدا باقرار المودع قبلت ولو شهد أحدهما بها والآخر بالاقرار بها لا تقبل على قياس الغصب وعلى قياس القرض تقبل بخلاف ما لو ادعى أنه باع بيع الوفاء فشهد أحدهما أنه باع بشرط الوفاء والآخر أن المشتري أقر بذلك تقبل للموافقة لأن البيع في الاخبار والانشاء واحد ومثله ادعت صداقها فقال وهبتني اياه فشهد أحدهما على الهبة والآخر على الابراء تقبل للموافقة لان حكمهما واحد وهو السقوط وقيل لا للاختلاف لان الابراء اسقاط والهبة تمليك والاول أوجه لانه وان كان اسقاطا يتضمن التمليك ولهذا يرتد بالرد ولو شهد على اقرار المدعى عليه أن المدعى به في يده والآخر أنه في يده لا تقبل وفي المحيط ادعى دارا فشهد أنها داره والآخر على اقرار ذي اليد أنها له لا تقبل بخلاف ما لو شهد أحدهما على الدين والآخر على الاقرار به تقبل بخلاف ما لو شهد أنها جاريته والآخر على اقراره بها لا تقبل وبخلاف ما اذا شهد أنها جاريته والآخر أنها كانت له تقبل بخلاف ما اذا شهد الآخر أنها كانت في يده واذا راجعت القاعدة التي ذكرها من الفرق بين اختلاف الشاهدين في القول والفعل خرجت كثيرا من الفروع والله سبحانه العليم (قوله وان شهد أحدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة قبلت الشهادة على الف) بالاتفاق عندهما ظاهر وعنده لانهما اتفقا على الالف لفظا ومعنى وانفراد أحدهما بالشهادة بجملة اخرى منصوص على خصوص كميتها لا يقدح في الشهادة بالالف كما لو شهد أحدهما بالف درهم ومائة دينار وهو يدعيهما ولو كان انما يدعي الالف وسكت عن التوفيق لم يقض بشئ لانه اكذب لشاهد الالف وخمسمائة ظاهرا لان السكوت في موضع البيان بيان الا ان وفق فقال كان حقي ألفا وخمسمائة فقضاني أو أبرأته من خمسمائة على نظير ما تقدم ومالم يوفق صريحا لا يقضى بشئ ولا يكفي احتمال التوفيق في الاصح بخلاف ما اذا قال ما كان لي الا الالف لانه اكذاب صريح لا يحتمله التوفيق فلا يقضى بشئ

قال (واذا شهدا بألف وقال أحدهما قضاه منها خمسمائة) اذا ادعى ألفا وشهدا بالف وقال أحدهما قضاه منها خمسمائة (قبلت شهادتهما بالالف لاتفاقهما عليه ولم يسمع قوله إنه قضاه لانه شهادة فرد الا أن يشهد معه آخر) فان قبل شهادة من شهد بالقضاء متناقضة لانه اذا قضاه خمسمائة لا يكون للمدعى على المدعى عليه ألف بل خمسمائة لاغير أجيب بان قضاء الدين انما هو بطريق المقاصة وذلك بقبض العين مكان الدين الذى هو غيره فكان قوله قضاه منها خمسمائة شهادة على المدعى بقبض ما هو غير ما شهد به أولا وهو الدين فلم يعد متناقضا (وعن أبى يوسف أنه يقضى بخمسمائة لان شاهد القضاء مضمون شهادته أن لا دين الا خمسمائة) لان القبض بطريق التملك لما أوجب الضمان بطلت مطالبة رب الدين غريمه عن خمسمائة فلم يكن الدين الا خمسمائة فصار كما اذا شهد أحدهما بالف والآخر بخمسمائة وفى ذلك يقضى بالاقل كما قلنا فى الالف والالفين الا أن محمدا خالفه هنا لان ذلك فيما تكون الشهادة بالاقل وقعت ابتداء وهذا ليس كذلك اه (وجوابه ما قلنا) انهما اتفقا على وجوب الالف وانفرد أحدهما بالقضاء والقضاء يتلو الوجوب لا محالة وعورض بأن المدعى كذب من شهد بقضائه خمسمائة وتكذيبه تفسيق له وكيف يقضى بشهادته وجوابه سيأتى (قوله وينبغى للشاهد) يعنى أن الشاهد بقضاء خمسمائة اذا علم بذلك ينبغى أن لا يشهد بألف حتى يقر المدعى أنه قبض خمسمائة كى لا يصير معينا على الظلم

قال (واذا شهدا بألف وقال أحدهما قضاه منها خمسمائة قبلت شهادتهما بالالف) لاتفاقهما عليه (ولم يسمع قوله انه قضاه) لانه شهادة فرد (الا أن يشهد معه آخر) وعن أبى يوسف رحمه الله أنه يقضى بخمسمائة لان شاهد القضاء مضمون شهادته أن لا دين الا خمسمائة وجوابه ما قلنا قال (وينبغى للشاهد اذا علم بذلك (أن لا يشهد بألف حتى يقر المدعى أنه قبض خمسمائة) كى لا يصير معينا على الظلم

(قوله واذا شهدا بالف وقال أحدهما قضاه منها خمسمائة قضى بالالف لقبول شهادتهما عليها ولم يسمع قوله انه قضاه لانه شهادة فرد) بسقوط بعض الحق بعد ثبوته فلا تقبل (الا أن يشهد معه آخر وعن أبى يوسف) رحمه الله فى غير المشهور عنه (أنه يقضى بخمسمائة) فقط (لان شاهد القضاء مضمون شهادته أن الدين ليس الا خمسمائة وجوابه ما قلنا) يعنى قوله لاتفاقهما عليه يعنى فبعد ثبوت الالف باتفاقهما شهد واحد بسقوط خمسمائة فلا تقبل بخلاف ما لو شهدا بالف وقال أحدهما انه قضاه اياها بعد قرضه فانه يقضى بالكل على قول الكل وعن أبى يوسف لا تقبل شهادة شاهد القضاء وذكروا قول زفر كقول أبى يوسف فى هذه الرواية فانه اكذاب من المدعى فهو كما لو فسقه وجه الظاهر ما قدمناه من أنهما اتفقا وتفرد أحدهما الى آخره ولا يلزم من الاكذاب التفسيق لجواز كونه تغليطا له (قال) القدورى (وينبغى للشاهد اذا علم بذلك) أى بقضاء الخمسمائة (أن لا يشهد حتى يعترف المدعى بقبضها) لانه لو شهد فاما بالالف ثم يقول قضاه منها خمسمائة وعلمت أنه يقضى فيها بالف فيضيع حق المدعى عليه واما بخمسمائة يثبت اختلافهما اذا شهد أحدهما بالف والآخر بخمسمائة وفيه لا تقبل الشهادة أصلا على قول أبى حنيفة فيضيع حق المدعى فالوجه أن لا يشهد الذى عرف القضاء حتى يعترف المدعى بالقدر الذى سقط عن المدعى عليه والمراد هنا من لفظ لا ينبغى لا يحل نص عليه فى جامع أبى الليث ومن هذا النوع رجل أقر عند قوم أن لفلان عليه كذا فبعد مدة جاء رجلان أو أكثر الى القوم فقالوا لا تشهدوا على فلان بذلك الدين فانه قضاه كله فالشهود بالخيار ان شاؤا امتنعوا عن الشهادة وان شاؤا أخبروا الحاكم بشهادة الذين أخبروهم بالقضاء فان كان المخبرون عدولا لا يقضى القاضى بالمال هذا قول الفقيه أبى جعفر وأبى نصر محمد بن سلام ولو شهد عندهم واحد لا يسعهم أن يدعوا الشهادة وكذا اذا حضروا بيع رجل أو نكاحه أو قتله فلما أرادوا أداء الشهادة شهد عندهم بطلاق الزوج ثلاثا أو قبل عاينا امرأة أرضعتها أو أعتق العبد قبل أن يبيعه أو عفا عنه الولى ان كان واحدا شهدوا أو اثنين لا يسعهم أن يشهدوا وكذا لو رأى عينا فى يد رجل يتصرف فيها تصرف الملاك فأراد أن يشهد بالملك له فاخبره عدلان ان الملك للثانى لا يسعه أن يشهد بالملك للاول ولو أخبراه أنه باعه من ذى اليد له أن يشهد بما علم ولا يلتفت الى قولهما هذا وانما نص على مسئلة الجامع بعد مسئلة القدورى لانه قد يتوهم أن تفريعها عليها على رواية أبى يوسف التى نقلها يقتضى أنه لو شهد أحدهما بالف فقال أحدهما قضاه اياها أن لا يقضى بشئ على رواية أبى يوسف فذكرها للاعلام بالفرق وقيل لانه قد كان لقائل أن يقول فى مسئلة الجامع لا تقبل شهادة شاهد القضاء على وجوب المال متقدما لان فى المسئلة الاولى للشاهد أن يقول انا تحملت الشهادة واحتاج الى الخروج

(قوله مكان الدين الذى هو غيره) أقول الضمير المرفوع للدين والمجرور للعين ويجوز العكس (قوله وجوابه ما قلنا انهما اتفقا على وجوب الالف) أقول ان أريد أنهما اتفقا على وجوب الالف الآن فسلم وان أريد على وجوبه سابقا فالاستصحاب لا يكون حجة للاستحقاق قلنا الظاهر الاول فان قضاء الدين اذا كان بطريق المقاصة يثبت الوجوب الآن كما لا يخفى والمراد من كون القضاء تلوا للوجوب ترتبه عليه ترتبا ذاتيا لا زمانيا فليتأمل

(وفى الجامع الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض ألف درهم فشهد أحدهما أنه قد قضاها فالشهادة جائزة على القرض لانفاقهما عليه وتفرد أحدهما بالقضاء) والفرق بين مسئلة الجامع الصغير وبين ماذكرت قبلها أن فى مسئلة الجامع شهد أحد الشاهدين بقضاء الدين كله وفيما قبلها شهد ببعضه (وذكر الطحاوى عن أصحابنا أنه لا يقبل وهو قول زفر لان المدعى أكذب شاهد القضاء) وهو تفسيق له (قلنا هذا اكذاب فى غير المشهود به الاول وهو القرض) لانه أكذبه فيما عليه وهو القضاء وهو غير الاول لاستحالة ومثله ليس بمانع كما لو شهدا عليه لشخص آخر قبل أن يشهد له فاكذبهم وحاصله أن اكذاب المدعى لشهوده تفسيق له لكونه اختياريا وأما اكذاب المدعى عليه فليس بتفسيق لانه لضرورة الدفع عن نفسه قال (واذا شهد شاهدان أنه قتل زيدا يوم النحر بمكة الخ) قد ذكرنا أن اختلاف الشاهدين فى المكان يمنع القبول فاذا شهد شاهدان أنه قتل زيدا يوم النحر بمكة وآخران بقتله يوم النحر بالكوفة قبل أن يقضى القاضى بالاولى لم يقبلهما لان احداهما كاذبة بيقين اذ العرض الواحد اعنى القتل لا يمكن أن يكون فى مكانين وليست احداهما باولى من الاخرى (فان سبقت احداهما وقضى بها ثم حضرت الاخرى لم تقبل لان الاولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا تنتقض بما ليست مثلها)

(وفى الجامع الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض ألف درهم فشهد أحدهما أنه قد قضاها فالشهادة جائزة على القرض) لانفاقهما عليه وتفرد أحدهما بالقضاء على ما بينا وذكر الطحاوى عن أصحابنا أنه لا تقبل وهو قول زفر رحمه الله لان المدعى أكذب شاهد القضاء قلنا هذا اكذاب فى غير المشهود به الاول وهو القرض ومثله لا يمنع القبول قال (واذا شهد شاهدان أنه قتل زيدا يوم النحر بمكة وشهد آخران أنه قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم يقبل الشهادتين) لان احداهما كاذبة بيقين وليست احداهما باولى من الاخرى (فان سبقت احداهما وقضى بها ثم حضرت الاخرى لم تقبل) لان الاولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا تنتقض بالثانية

منها وقد قضاه خمسمائة ولكنى أشهد كما أشهدت عليه وهو ألف فاذا ظهرت شهادته مع الآخر بها قضى له بالالف أما فى مسئلة الجامع فالشاهد يذكر أن الشهادة سقطت عنه وليس على أدائها فشهادتى باطلة فلا يقضى بالالف فرواية الجامع الصغير أزالت هذه الشبهة وأثبتت جواز الشهادة واستروح فى النهاية فقال التفاوت بين مسئلة الجامع والمسئلة التى قبلها أن فى مسئلة الجامع أحد الشاهدين شهد بقضاء المديون كل الدين وفى التى قبلها شهد بقضاء بعض الدين (قوله واذا شهد شاهدان أنه قتل زيدا يوم النحر بمكة وآخران أنه قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم يقض) بواحدة منهما فلو لم يجتمعوا بل شهدا أنه قتله بمكة فقضى بها ثم شهد آخران أنه بالكوفة فانه يقتل المشهود عليه أما الاول فلتكذب احداهما بيقين ولا أولوية فلا قبول وأما الثانى فللاولوية باتصال القضاء الصحيح بها فانه حين قضى بالاولى لا معارض لها اذ ذاك فنفذ شرعا فلا يتغير الحكم الشرعى الذى ثبت شرعا بحدوث معارض كمن له ثوبان فى أحدهما نجاسة شك فى تعيينه فتحرى وصلى فى أحدهما ثم وقع ظنه على طهارة الآخر لا يصلى فيه ولا تبطل صلاته فى الاول لانه ثبت بتحريه الاول حكم شرعى هو الصحة بعد الوجوب فيه فلا يؤثر التحرى الثانى فى رفعه وكذا الاختلاف فى الآلة قال أحدهما قتله بسيف وقال الآخر بعبده لا تقبل وكذا ان شهد بالقتل والآخر بالاقرار به لا تقبل لاختلاف المشهود به لان القول غير الفعل الذى هو نفس القتل ولم يتم على أحدهما نصاب وكذا الضرب الواقع أمس وبتلك الآلة ليس عين الضرب الواقع اليوم وبالاخرى حقيقة ولا حكما لانه لا يمكن جعل الفعل الثانى اخبارا عن الاول ليتحد الفعل نفسه وكل ما هو من باب الفعل كالشج والجناية مطلقا والغصب أو من باب القول المشروط فى صحته الفعل كالنكاح المشروط فيه احضار الشهود فاختلافهما فى الزمان أو المكان أو الانشاء أو الاقرار يمنع القبول لما ذكرنا اذ المراد بالانشاء والاقرار ذكر ان انشاء الفعل والاقرار به مثاله ما لو ادعى الغصب فشهد أحدهما به والآخر بالاقرار به لا تقبل ولو شهدا جميعا بالاقرار به قبلت بخلاف اختلافهما فى الزمان والمكان فيما هو من باب القول كالبيع والشراء والطلاق والعتاق والوكالة والوصية والرهن والاقرار والقرض والبراءة والكفالة والحوالة والقذف لا يمنع القبول فان القول مما يتكرر بصيغة واحدة انشاء واخبارا وهو فى القرض يحمله على قول المقرض أقرضتك وكذا يقبل فى الرهن والهبة والصدقة والشراء وان كانا يشهدان بمعاينة القبض لان

(قال المصنف وذكر الطحاوى عن أصحابنا انه الخ) أقول والاشهر أن يكون هذا قول أبى يوسف (قال المصنف ومثله لا يمنع القبض القبول) أقول والمفهوم من كلام فاضيخان انه انما لم يمنع اذا لم يقل الطالب شهد بالقضاء بباطل أو زور (قوله وحاصله الى قوله تفسيق له) أقول الظاهر أن يقال تفسيق لهم (قوله فليس بتفسيق) أقول أى حكما (قوله فقد ذكرنا ان اختلاف الخ) أقول أى علم مما ذكرنا التزاما

قال (واذا شهدا على رجل أنه سرق بقرة) وقد ذكرنا ان اختلافهما في الكيف يمنع القبول فاذا شهدا على رجل بسرقة بقرة (واختلفا في لونها قطع) سواء كان اللونان يتشابهان كالحمرة والسواد أو لا كالسواد والبياض عند أبي حنيفة رحمه الله وهو الاصح وقيل ان كانا يتشابهان قبلت والا فلا وان اختلفا في الذكورة والانوثة لم يقطع وقالا لا يقطع في الوجهين جميعا لان سرقة السوداء غير سرقة البيضاء فلم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة ولا قطع بدونه فصار كما لو شهدا بالغصب والمسئلة بحالها فانها لم تقبل بالاتفاق بل هذا أولى لان أمر الحد أهم لكونه مما يندرئ بالشبهات وفيه اتلاف نصف الآدمي فصار كالذكورة والانوثة

(واذا شهدا على رجل أنه سرق بقرة واختلفا في لونها قطع وان قال أحدهما بقرة وقال الآخر ثور لم يقطع) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله (وقالا لا يقطع في الوجهين) جميعا وقيل الاختلاف في لونين يتشابهان كالسواد والحمرة لا في السواد والبياض وقيل هو في جميع الالوان لهما أن السرقة في السوداء غيرها في البيضاء فلم يتم على كل فعل نصاب الشهادة وصار كالغصب بل أولى لان أمر الحد أهم وصار كالذكورة والانوثة وله أن التوفيق ممكن لان التحمل في الليالي من بعيد واللونان يتشابهان أو يجتمعان في واحد فيكون السواد من جانب وهذا يبصره والبياض من جانب آخر وهذا الآخر يشاهده

القبض يكون غير مرة وفي المحيط ادعى عينا في يد رجل أنها ملكه وأن صاحب اليد قبضها بغير حق منذ شهر وشهدوا له بالقبض مطلقا لا تقبل لان شهادتهم على القبض بلا تاريخ محمول على الحال والمدعى يدعي الفعل في الماضي والفعل في الماضي غيره في الحال كما لو ادعى القتل من شهر فشهدوا به في الحال وكذا لو ادعى القتل مطلقا وشهدوا به من شهر لانه ادعى الفعل في الحال وهم شهدوا به في الماضي فلا تقبل الا اذا وفق وقال أردت من المطلق الفعل من ذلك الوقت وقيل تقبل في هذا من غير توفيق لان المطلق أكثر وأقوى من المؤرخ فقد شهدوا بأقل مما ادعى به فتقبل انتهى فقد ظهر أن من الفعل القبض * ومن الفروع على الاصل المذكور ادعى الشراء أول من أمس فشهدوا به امس تقبل لانه قول ولو ادعى النكاح أول من امس فشهدوا به امس لا تقبل لانه يتضمن الفعل كما ذكرنا من قريب هذا كله مذهبنا وقال الشافعي وأحمد في ظاهر روايته اختلافهما في الزمان والمكان يمنع في الكل الا اذا شهدا انه طلقها يوم الخميس وقال الآخر أقر بطلاقها يوم الجمعة واذا شهدا على اقرار الراهن والواهب والمتصدق بالقبض جازت ولو ادعى البيع وشهدا على اقرار البائع به واختلفا في الزمان أو المكان قبلت وكذا لو شهد أحدهما بالبيع والشراء والآخر على الاقرار به تقبل لان لفظهما سواء في الاقرار والانشاء فلم يثبت اختلاف المشهود به ذكره في الفصول وفيه عن الفتاوى الصغرى لو سكت شاهدا البيع عن بيان الوقت فسألهما القاضي فقالا لا نعلم ذلك تقبل لانهما لم يكلفا حفظ ذلك (قوله واذا شهدا الخ) صورتها ادعى على رجل أنه سرق له بقرة ولم يذكر لها لونا وأقام بينة فشهد أحدهما بسرقته حمراء والآخر سوداء قال أبو حنيفة رحمه الله تقبل و يقطع وقالا هما والائمة الثلاثة لا يقطع ولو أن المسروق منه عين لونا كحمراء فقال أحدهما سوداء لم يقطع اجماعا لانه كذب أحد شاهديه ولا فرق فيما اذا لم يعين المدعي لونا بين كون اللونين اللذين اختلفا فيهما متقاربين كالسواد والحمرة أو متباعدين كالبياض والسواد في ثبوت الخلاف وقيل في المتباعدين الاتفاق على عدم القبول والاصح الاول ولم يذكر المصنف تصحيحه وذكره في المبسوط والظهيرية وعلى الخلاف المذكور لو ادعى سرقة ثوب مطلقا فقال أحدهما هروي والآخر مروي ولو اختلفا في الزمان والمكان لم تقبل اجماعا

في المغايرة (ولابي حنيفة رحمه الله أن التوفيق ممكن لان التحمل في الليالي من بعيد) لكون السرقة فيها غالبا (واللونان يتشابهان) كالحمرة والصفرة (أو يجتمعان) بان تكون بلقاء أحد جانبيها أسود يبصره أحدهما والآخر أبيض يشاهده الآخر واذا كان التوفيق ممكنا وجب القبول كما اذا اختلف شهود الزنا في بيت واحد وفيه بحث من وجهين أحدهما أن طلب التوفيق ههنا احتيال لاثبات الحد وهو القطع والحد يحتال لدرئه لا لاثباته

(قوله فاذا شهدا على رجل الخ) أقول هذا لا يتفرع على ما فرع عليه فانه اذا امتنع القبول يجب أن لا يقطع الا أن يقال ضمير اختلافهما راجع الى الشاهدين لكن لا يخفى عليك بعده (قوله فلم يتم على كل واحد) أقول الاولى حذف كلمة كل (قال المصنف لان أمر الحد أهم) أقول لعله من الهمة أو من الهم بمعنى الحزن (قوله أحدهما أن طلب التوفيق ههنا احتيال الخ) أقول في الكافي الاشتغال بالتوفيق بين كلامي الشاهدين احتيال لايجاب الحد والحد يحتال لدرئه قلنا الشهادة من حجج الشرع والاصل في حجج الشرع قبولها لا ردها فيشتغل بالتوفيق صيانة للحجة عن التعطيل لا لايجاب الحد ثم اذا وفقنا وقبلنا الشهادة يجب الحد ضرورة لا قصدا انتهى ولعل هذا الجواب وجه القياس الذي ذكره الشارح في جواب البحث الثاني ثم ان الشارح قد أجاب عن السؤال بجواب الكافي أيضا في باب الشهادة على الزنا من كتاب الحدود فراجعه

والثانى ان التوفيق وان كان ممكنا ليس بمعتبر مالم يصرح به فيما يثبت بالشبهات فكيف يعتبر امكانه فيما يدرأ بها والجواب عن الاول أن ذلك انما كان احتياطا لاثباته أن لو كان فى اختلاف ما كلفا نقله وهو من صلب الشهادة كبيان قيمة المسروق ليعلم هل كان نصابا فيقطع به أولا وأما اذا كان فى اختلاف مالم يكلفا نقله كلون ثياب السارق وأمثاله فاعتبار التوفيق فيه ليس احتياطا لاثبات الحد لامكان ثبوته بدونه (٦٢) ألا ترى أنهما لو سكتا عن بيان لون البقرة ما كلفهما القاضى بذلك فتبين انه

بخلاف الغصب لان التحمل فيه بالنهار على قرب منه والذكورة والانوثة لا يجتمعان فى واحدة وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه قال (ومن شهد لرجل أنه اشترى عبدا من فلان بألف وشهد آخر أنه اشتراه بألف وخمسمائة فالشهادة باطلة) لان المقصود اثبات السبب وهو العقد ويختلف باختلاف الثمن فاختلف المشهود به ولم يتم العدد على كل واحد

لما ذكرنا من الفرق بين السرقة والغصب بقليل تامل لهما أنهما اختلفا فى المشهود به فلم يوجد على كل منهما نصاب شهادة فكان كما لو اختلفا فى ذكورتها وأنوثتها أو فى قيمتها لا تقبل كذا هذا وأيضا بطريق الدلالة فى الغصب فانهما لو شهدا على غصب بقرة فقال أحدهما سوداء وأحمراء والآخر بيضاء لم تقبل مع أنه لا يتضمن قبولها اثبات حد فلأن لا تقبل فيما يوجب حدا أولى لان الحد أعسر اثباتا فانه لا يثبت بشهادة النساء وأما ما زيد من انه لا يثبت باقل من اربعة فليس مما فيه الكلام أعنى السرقة بل يخص الزنا ولابى حنيفة أن بمجرد شهادتهما بسرقة بقرة وهو المدعى به بلا ذكر المدعى لونا خاصا يثبت الحد ولم يقع فيه اختلاف بل وقع فيما ليس من نفس المشهود به وهذا لانهما لم يكلفا علم لونها فانهما لو قالا لا نعلم لونها لا تسقط شهادتهما ويجب الحد واختلافهما فى امر زائد لا يلزمهما مما ليس مدعى به لا يبطل الحد كما لو اختلفا فى ثياب السارق فقال أحدهما سرقها وعليه ثوب أحمر وقال الآخر أبيض فانه يقطع وكما لو اختلفا فى مكان الزنا من البيت فقال أحدهما فى هذه الزاوية وقال الآخر فى تلك فانه يحد وعلى هذا فلا حاجة فى قبولها الى التوفيق كما فهمه العلامة السرخسى غير أنا نبرعنا بالتوفيق بما ذكرنا من أن السرقة تكون غالبا ليلا ونظر الشاهد اليه من بعيد وذلك سبب اشتباه اللون اذا كانا متقاربين كالسواد والحمرة وقد يجتمعان وان كانا متباعدين فى البلقاء فيرى كل لونا غير الآخر فيحمل اختلافهما على أحد الامرين فعلى الاول أو الثانى اذا اختلفا فى المتقاربين وعلى الثانى فقط فى المتباعدين بخلاف الغصب فانه يقع نهارا فلا اشتباه فيه وبخلاف الذكورة والانوثة لانهما يكلفان معرفة ذلك لتعلم القيمة فيعلم أن المسروق بلغ نصابا أولا ولان ذكره الذكورة دليل على أنه رآه من قريب وتحقق بحيث لا يشتبه عليه الحال فلا يتم ذلك التوفيق فالاختلاف وان كان فى زيادة فقد شغب بها على نفسه فظهر أن هذا التوفيق ليس احتياطا لاثبات الحد كما لم يكن التوفيق فى اختلافهما فى مكان الزنا من البيت بانهما قد ينتقلان بحركة الوطء من مكان الى مكان احتياطا لاثباته ولا أن وجه قولهما أدق وأحق من قوله كما ظنه صاحب الاسرار وما قيل ان التوفيق لاثبات الحقوق واجب فيفعل ثم يجب الحد حينئذ ضرورة ثبوت السرقة حينئذ ان لم يصح منع وجوبه مطلقا بل اذا لم يستلزم وجوب حد (قوله ومن شهد لرجل الخ) صورتها على ما فى الجامع فى الرجل يدعى على رجل أنه باعه هذا العبد بالف وخمسمائة فينكر البائع البيع فيقيم عليه شاهدا بألف وشاهدا بالف وخمسمائة قال يعنى أبا حنيفة رحمه الله هذا باطل الى آخر ما هنالك فقد يظن أن هذا يناقض ما تقدم من أن الشاهدين اذا اختلفا فشهد أحدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة والمدعى يدعى الفا وخمسمائة قضى بالف بالاتفاق بين الثلاثة وهنا لا تقبل فى شئ ولو كان المدعى يدعى ألفا وخمسمائة فلا بد من بيانه وهو أن ذلك فيما اذا ادعى دينا فقط

ليس من صلب الشهادة ولم يكلفا نقله الى مجلس الحكم بخلاف الذكورة والانوثة فانهما يكلفان النقل بذلك لان القيمة تختلف باختلافهما فكان اختلافا فى صلب الشهادة وعن الثانى بانه جواب القياس لان القياس اعتبار امكان التوفيق أو يقال التصريح بالتوفيق يعتبر فيما كان فى صلب الشهادة وامكانه فيما لم يكن فيه هذا والله أعلم بالصواب (قوله بخلاف الغصب) جواب عن مسئلة الغصب بان التحمل فيه بالنهار اذا الغصب يكون فيه غالبا على قرب منه وقوله (والذكورة والانوثة) جواب عما استشهدا به من الاختلاف بهما فانهما لا يجتمعان فى واحد وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه ليحتاج الى التوفيق قال (ومن شهد لرجل أنه اشترى عبد فلان بألف الخ) رجل ادعى على آخر انه باعه هذا العبد بألف أو بألف وخمسمائة وأنكر البائع ذلك فشهد شاهد بألف وآخر بألف وخمسمائة فالشهادة باطلة لان المشهود به مختلف اذ المقصود من دعوى والمقصود

(قوله والثانى أن التوفيق وان كان الخ) أقول كما سلف فى الدرس السابق (قوله وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه) أقول اذا كانت الشهادة بالذكورة والانوثة واجبة والوقوف على ذلك بالقرب منه كيف يستقيم قوله فيما سبق لان التحمل فى الليالى من بعيد (قال المصنف على كل واحد منهما) أقول لفظة كل مما لا حاجة اليه

البيع قبل التسلم اثباته وهو يختلف باختلاف الثمن اذ الشراء بالف غيره بالف وخمسمائة واختلاف المشهود به يمنع قبول الشهادة فان قيل لانسلم ان المقصود اثبات العقد بل المقصود هو الحكم وهو الملك والسبب وسيلة اليه أجيب بأن دعوى السبب المعين دليل على ان ثبوته هو المقصود ليترتب الحكم عليه وهو الملك اذ لو كان مقصوده ثبوت الملك لادعاه وهو لا يحتاج الى سبب معين فان الشهادة على الملك المطلق صحيحة فكان مقصوده السبب فان قيل التوفيق ممكن بجواز أن يكون الثمن أولا ألفا فزاد فى الثمن وعرف به أحدهما دون الآخر أجيب بأن السيد الشهيد أبا القاسم السمرقندى ذهب الى ذلك وقال تقبل الشهادة بخلاف ما اذا شهدا بجنسين كألف درهم ومائة دينار ووجه ما فى الكتاب ان الشراء بألف وخمسمائة انما يكون اذا كان الالف والخمسمائة ملصقين بالشراء وأما اذا اشترى بألف درهم ثم زاد خمسمائة فلا يقال اشترى بألف وخمسمائة ولهذا يأخذ الشفيع بأصل الثمن (قوله ولان المدعى يكذب أحد شاهديه) دليل آخر على ذلك (وكذا اذا كان المدعى هو البائع) سواء ادعى البيع بألف أو بألف وخمسمائة لافرق بينهما لما بينا أن المقصود هو السبب وكذا اذا كانت الدعوى فى الكتابة أما اذا كان يدعيها العبد فلاخفاء فى كون العقد مقصودا

ولان المدعى يكذب أحد شاهديه وكذلك اذا كان المدعى هو البائع ولا فرق بين أن يدعى المدعى أقل المالين أو أكثرهما لما بينا (وكذلك الكتابة) لان المقصود هو العقد ان كان المدعى هو العبد فظاهر وكذا اذا كان هو المولى لان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات السبب

وأما اذا كان هو المولى فلان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات العقد

والمقصود هنا دعوى العقد ألا ترى الى قوله فى الجامع فينكر البائع البيع ولانه لو كان المقصود الدين لم يحتج الى ذكر السبب واذا كان المدعى به البيع فالبيع يختلف باختلاف الثمن لان الثمن من أركانه والمركب الذى بعض اجزائه مقدار خاص غير مثله بمقدار أكثر منه ولم يتم على أحدهما نصاب شهادة فلا يثبت البيع أصلا (ولان المدعى يكذب أحد شاهديه) وهو الشاهد بالألف (وكذا اذا كان المدعى هو البائع) بان ادعى أنه باعه بالف وخمسمائة فانكر المشترى الشراء فأقام الشاهدين كذلك (ولا فرق بين أن يدعى المدعى منهما أكثر المالين أو أقلهما لما بينا) من اختلافهما فى المشهود به والتكذيب من المدعى وفى الفوائد الظهيرية عن السيد الامام الشهيد السمرقندى تقبل لان الشراء الواحد يكون بالف ثم يصير بالف وخمسمائة بان يزاد فى الثمن فقد اتفقا على الشراء الواحد بخلاف ما لو قال أحدهما اشترى بألف والآخر بمائة دينار لان الشراء لا يكون بالف ثم يكون بمائة دينار وقال بعض المحققين من الشارحين فيه نوع تأمل كأنه والله تعالى أعلم لو جاز لزم القضاء ببيع بلا ثمن اذ لم يثبت أحد الثمنين بشهادتهما ثم لا يفيد لانه تعود الخصومة كما كانت فى الالف والخمسمائة المدعى بها وانما كان السبب وسيلة الى اثباتها ومن هذا النوع ثمانية مسائل ذكرها المصنف احداها هذه والثانية الكتابة ذكرها فى الجامع قال وكذلك الكتابة اذا ادعاها العبد وأنكر المولى يعنى الكتابة على وزان ما ذكر فى البيع زاد المصنف فقال وكذا اذا كان المدعى هو المولى لان دعوى السيد المال على عبده لا تصح اذ لا دين له على عبده الا بواسطة دعوى الكتابة فينصرف انكار العبد اليه للعلم بانه لا يتصور له عليه دين الا به فالشهادة ليست الا لاثباتها الثالثة والرابعة والخامسة الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد ان كان المدعى هو المرأة فى الخلع والعبد فى العتق والقاتل فى الصلح عن دم العمد

(قوله أجيب بان دعوى السبب المعين الخ) أقول وفيه بحث فان دعوى السبب المعين لا نسلم انها تدل على ما ذكره بل ذلك لضرورة انحصار الوسيلة الى المقصود فيها لانه لو ادعى الملك المطلق فيما يملكه بسبب البيع لم يشهد شاهداه به لتحرزا عن الكذب اذ المطلق غير الملك بسبب فانهما مختلفان حيث ثبت الملك من الاصل حتى يستحق المدعى بزوائده ولا كذلك مطلق الملك الحادث وتفصيله فى الكنز وشرحه للزيلعى فى أول باب الاختلاف فى الشهادة ثم أقول اذا ادعى ملكا مطلقا فشهدوا بالملك بسبب قبلت لان الملك بسبب أقل من المطلق ولو ادعى الملك بسبب فشهدوا بالمطلق لا تقبل وبه يظهر جواب البحث (قوله فان قيل التوفيق ممكن الخ) أقول امكان التوفيق لا يفيد كما سبق عن قريب (قوله وأما اذا اشترى بألف الى قوله بأصل الثمن) أقول فيه أن ما ذكره لا يتمشى فى احتمال أن يكون الثمن أولا ألفا وخمسمائة ثم حط خمسمائة حيث لا يأخذ الشفيع بأصل الثمن وأيضا اذا كان الثمن أولا ألفا ثم زاد تكون المرابحة والتولية بالزيادة مع أن المرابحة تفسد ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول بزيادة ربح والتولية كذلك من غير زيادة ربح وانما يأخذ الشفيع بأصل الثمن فى الزيادة لما فى الزيادة من ابطال حقه الثابت فلا يملكانه وجوابه أن قوله ولهذا الخ تنوير لا يجب اطراده (قوله قوله ولان المدعى الخ) أقول ان لم يلاحظ مقصودية السبب والمدعى يدعى الاكثر فلا نسلم الاكذاب والسند ظاهر وان لوحظت يؤل الى الدليل الاول وجوابه اختيار الشق الثانى والاكذاب أمر مغاير لما ذكر فى الدليل الاول (قوله ان المقصود هو السبب) أقول وان المدعى يكذب أحد شاهديه

وفيه نظر لفظا ومعنى أما الاول فلانه قال العتق لا يثبت قبل الاداء وذلك مشعر بان مقصود المولى هو العتق والاداء هو السبب وليس كذلك بل مقصوده البدل والسبب هو الكتابة وأما الثانى فلان المولى اذا ادعى الكتابة والعبد منكر فالشهادة لا تقبل لتمكنه من الفسخ والجواب عن الاول ان تقريره بدل العتق لا يثبت قبل الاداء والاداء لا يثبت بدون الكتابة فكان المقصود هو الكتابة أو يقال معناه أن مقصود المولى هو العتق والعتق لا يقع قبل الاداء والاداء لا يثبت بدون الكتابة فكانت هى المقصودة وعن الثانى بأن قوله فالشهادة لا تقبل لتمكنه من الفسخ ليس بصحيح لجواز أن لا يختار الفسخ ويخاصم لأدنى البدلين (وكذا الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد) أما أن المدعى اذا كان هو المرأة والعبد والقاتل فلا خفاء فى كون العقد مقصودا والحاجة ماسة الى اثبات العقد لتثبت الطلاق والعتاق والعفو بناء عليه وان كانت الدعوى من جانب الزوج بأن قال خالعتك على ألف وخمسمائة والمرأة تدعى الالف أو قال مولى العبد أعتقتك على ألف وخمسمائة والعبد يدعى الالف أو قال ولى القصاص صالحتك بألف

وخمسمائة والقاتل يدعى الالف فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه المذكورة من انه تقبل على الالف اذا ادعى ألفا وخمسمائة بالاتفاق واذا ادعى ألفين لا تقبل عنده خلافا لهما وان ادعى أقل المالين يعتبر الوجوه الثلاثة من التوفيق والتكذيب والسكوت عنهما (لانه يثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فتبقى الدعوى فى الدين وفى الرهن ان كان المدعى هو الراهن لا تقبل) لعدم الدعوى لانه لما لم يكن له أن يسترد الرهن قبل قضاء الدين كان دعواه غير مفيدة وكانت كأن لم تكن وان كان هو المرتهن كان بمنزلة الدين

(وكذا الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد اذا كان المدعى هو المرأة أو العبد أو القاتل) لان المقصود اثبات العقد والحاجة ماسة اليه وان كانت الدعوى من جانب آخر فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه لانه تثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقى الدعوى فى الدين وفى الرهن ان كان المدعى هو الراهن لا يقبل لانه لا حظ له فى الرهن فعريت الشهادة عن الدعوى وان كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين

لان المقصود اثبات العقد لانه هو الذى يفيدهم الخلاص وهو مقصودهم (وان كان الدعوى من الجانب الآخر) وهو الزوج والمولى وولى القتيل (فهو بمنزلة الدين فيما ذكرنا من الوجوه) وهو أنه اذا ادعى أكثر المالين فشهد به شاهد والآخر بالاقل فان كان الاكثر بعطف مثل الف وخمسمائة قضى بالاقل اتفاقا وان كان بدونه كألف وألفين فكذلك عندهما وعند أبى حنيفة لا يقضى بشئ وهذا (لانه تثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فلم تبق الدعوى الا فى الدين) والسادسة الرهن ان كان المدعى هو الراهن لا تقبل الشهادة بشئ اصلا لأن قبولها بناء على صحة الدعوى ولم تصح (لانه) أى الراهن (لا حظ له فى الرهن) أى لا يقدر على استرداده مادام الدين قائما فلا فائدة لهذه الدعوى فلم تصح (وان كان) المدعى هو (المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين) وعلمت حكمه فان قيل الرهن لا يثبت الا بايجاب وقبول فكان كسائر العقود فينبغى أن يكون اختلاف الشاهدين فى قدر المال كاختلافهما فيه فى البيع والشراء اجيب بان الرهن غير لازم فى حق المرتهن فان له أن يرده متى شاء بخلاف الراهن ليس له ذلك فكان الاعتبار لدعوى الدين فى جانب المرتهن اذ الرهن لا يكون الا بالدين فتقبل بينته فى ثبوت الدين ويثبت الرهن بالف ضمنا وتبعا للدين ولا شك ان دعوى المرتهن ان كان مثلا هكذا اطالبه بالف وخمسمائة لى عليه على رهن له عندى فليس المقصود الا المال وذكر الرهن زيادة اذ لا يتوقف ثبوت دينه عليه بخلاف دين الثمن فى البيع وان كان هكذا أطالبه باعادة رهن كذا وكذا كان رهنه عندى على كذا ثم غصبه أو سرقه مثلا فلا شك أن هذا دعوى العقد فاختلاف الشاهدين فى انه رهنه بألف أو ألف وخمسمائة وان كان زيادة يوجب أن لا يقضى بشئ لان عقد الرهن يختلف به والسابعة الاجارة ان كان فى أول المدة فهو كالبيع بان ادعى المستأجر أو الآجر انه أجره هذه الدار سنة

(قوله وفيه نظر لفظا ومعنى) أقول فى كونه فيه نظر لفظا نظر اذ لا خلل فى نفس اللفظ (قوله العتق لا يثبت قبل الاداء) أقول فيه بحث فان معنى كلامه ان العتق لا يثبت قبل بألف أداء كل البدل بمجرد عقد الكتابة أو باداء بعض البدل حتى يؤل دعوى المولى الى دعوى الدين ويكون مقصوده الدين لا السبب كما فى دعوى الاعتاق على مال فلا اشعار لما ذكره ولا حاجة الى تقدير شئ (قوله بدل العتق لا يثبت الخ) أقول أى لا يحصل فى يد المولى (قوله ان مقصود المولى العتق) أقول أى العتق بعد أخذ المال (قوله لجواز أن لا يختار الخ) أقول لا يقال فيكون العبد مدعيا أيضا لانه لا يقع الا انه لم يكن بد من التفصيل وقد ذكرت المسئلة مطلقة (قوله بادنى البدلين) أقول وأنت خبير بانه لا يخلو اما أن يقيم بينة على أدنى البدلين أولا فان كان الاول فلا يفيد شاهدى المولى كما لا يخفى أو يوفق بينهما بانه أسقط بعض البدل بعد العقد الاول بل نقول نقبل شاهدى المولى وتفصيله فى التخالف فى الشروح وان كان الثانى فلا يفيد أيضا لقدرته على الاستخدام بدونه اذ لا سبب يخرجه عن يده وأيضا هذه المخاصمة تنزل منزلة العدم لما أن عقد الكتابة ليس بلازم فى حقه لتمكنه من الفسخ متى شاء كما سيجئ آنفا فى مسئلة الرهن وجوابه غير خفى على المتأمل

يقضي بأقل المالين اجماعا قيل عقد الرهن بألف غيره بألف وخمسمائة فيجب أن لا تقبل البينة وان كان المدعى هو المرتهن لانه كذب أحد شاهديه وأجيب بأن الرهن عقد غير لازم في حق المرتهن حيث كان له ولاية الرد متى شاء فكان في حكم العدم فكان الاعتبار لدعوى الدين لان الرهن لا يكون الا بدين فتقبل البينة كما في سائر الديون و يثبت الرهن بالالف ضمنا وتبعا للدين وفي الاجارة لا يخلو اما أن تكون الدعوى في أول المدة أو بعد مضيها فان كان الاول لم تقبل الشهادة كما في البيع لان المقصود اثبات العقد وقد اختلف باختلاف البدل وان كان الثاني فاما أن يكون المدعى هو الآجر أو المستأجر فان كان الآجر فهو دعوى الدين يقضي بأقل المالين اذا ادعى الاكثر لان المدة اذا انقضت كانت المنازعة في وجوب الاجر وصار كمن ادعى على آخر ألفا وخمسمائة وشهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة جازت على الالف وان شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل (٦٥) عند أبي حنيفة كما تقدم خلافا لهما وان كان المستأجر قال في النهاية كان ذلك اعترافا منه بمال الاجارة فيجب عليه ما اعترف به ولا حاجة الى اتفاق الشاهدين واختلافهما وهذا لانه ان أقر بالاكثر لم يبق نزاع وان أقر بالاقل فالآجر لا يأخذ منه ببينة سوى ذلك وفي بعض الشروح فان كان الدعوى من المستأجر فهذا دعوى العقد بالاجماع وهو في معنى الاول لان الدعوى اذا كانت في العقد بطلت الشهادة فيؤخذ المستأجر باعترافه قال (فأما النكاح فانه يجوز بألف استحسانا) اذا اختلف الشهود في النكاح فشهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة قبلت بألف عند أبي حنيفة وهو استحسان وقال أبو يوسف ومحمد هذا باطل في النكاح أيضا وذكر في الامالي

وفي الاجارة ان كان ذلك في أول المدة فهو نظير البيع وان كان بعد مضي المدة والمدعى هو الآجر فهو دعوى الدين قال (فأما النكاح فانه يجوز بألف استحسانا وقالا هذا باطل في النكاح أيضا) وذكر في الامالي قول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة رحمهما الله لهما أن هذا اختلاف في العقد لان المقصود من الجانبين السبب فأشبه البيع ولابي حنيفة رحمه الله أن المال في النكاح تابع

بألف وخمسمائة فشهد واحد كذلك وآخر بألف لا تثبت الاجارة كالبيع اذ قبل استيفاء المنفعة لا يستحق البدل فكان المقصود اثبات العقد وهو يختلف باختلاف البدل فلا تثبت الاجارة (وان كان بعد مضيها) استوفى المنفعة أو لم يستوف بعد أن تسلم فان كان المدعي هو المؤجر فهو دعوى الاجرة فان شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة وهو يدعي الاكثر يقضى بألف اذ ليس المقصود بعد مضي المدة الا الاجرة وان شهد الآخر بالفين والمدعي يدعيهما لا يقضى بشئ عنده وعندهما بألف وان كان المدعي هو المستأجر فهو دعوى العقد بالاجماع لانه معترف بمال الاجارة فيقضى عليه بما اعترف به فلا يعتبر اتفاق الشاهدين أو اختلافهما فيه ولا يثبت العقد للاختلاف والثامنة النكاح وقد علمت أن النكاح أجري مجرى الفعل حتى لا يقبل الاختلاف حتى لو ادعى نكاحها فشهد أحدهما أنها زوجت نفسها منه وشهد الآخر أن وليها زوجها منه لا تقبل ولو ادعى هو عليها ثانيا أنها زوجت نفسها منه فشهد هذا بأنها زوجت نفسها منه تقبل وانما تقبل اذا ادعى أنها زوجت نفسها منه فشهد أن وكيلها فلان بن فلان زوجها الان لفظ زوجت نفسها يصدق به في العرف وقد أطلق محمد في الجامع عن أبي حنيفة رحمهما الله فقال فاما النكاح فان أبا حنيفة كان يقول اذا جاءت بشاهد يشهد على ألف وخمسمائة وشاهد يشهد على ألف جازت الشهادة بالالف وهي تدعي ألفا وخمسمائة فاما يعقوب ومحمد فقالا النكاح باطل أيضا فشي المصنف رحمه الله على اطلاقه فلم يفصل بين كون المدعي فيه الزوج أو الزوجة وجعله الاصح نفيا لما حكاه من القول بالتفصيل بين كون المدعي الزوج فلا يصح باتفاقهم لانه دعوى العقد اذ الزوج لا يدعي عليها مالا لكونه الزوجة فهو على الخلاف وقال في وجه الاصح ما ذكرنا يعني ما ذكره من التعليل لابي حنيفة من أن المال تابع في النكاح وانما المقصود منه الحل والازدواج والملك ولا اختلاف في هذا بل في التبع واذا وقع في التبع يقضى بالاقل لاتفاقهما عليه وحينئذ يلزم بالضرورة القضاء بالنكاح بألف فان هذا الوجه يقتضي الصحة بالاقل بلا تفصيل وأيضا أجرى اطلاقه في دعوى الاقل والاكثر فصحح الصحة سواء ادعى المدعي

(٩ - فتح القدير سادس) قول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة لهما ان هذا اختلاف في السبب لان المقصود من الجانبين هو العقد والاختلاف في السبب يمنع قبول الشهادة كما في البيع ولابي حنيفة ان المال في النكاح تابع ولهذا يصح بلا تسمية مهر و يملك التصرف في النكاح من لا يملك التصرف في المال كالمعلم والاخ والاختلاف في التابع لا يوجب الاختلاف في الاصل فكان ثابتا

(قوله لان الرهن لا يكون الا بدين الخ) أقول مخالف لما أسلفه في جواب النظر الثاني آنفا فتأمل في جوابه (قال المصنف وان كان بعد مضي المدة والمدعي هو الآجر الخ) أقول في شرح الوقاية لصدر الشريعة في أول الاجارة ان الاجير هو معطي الاجرة فيكون استعماله بمعنى المؤجر غير صحيح الا أن يكون كلاين وتامر و يؤيده أنه استعمل الاجير بمعنى المؤجر في هذا المقام (قوله ان المال في النكاح تابع) أقول أي غير داخل في صلب العقد بخلاف البيع فان المال فيه داخل في صلب العقد

والاصل فيه الحل والازدواج والملك

الاقل أو الاكثر وهذا مخالف للرواية فان محمدا رحمه الله في الجامع قيده بدعوى الاكثر حيث قال جازت الشهادة بألف وهي تدعي ألفا وخمسمائة والمفهوم يعتبر رواية وبقوله ذلك أيضا يفهم لزوم التفصيل في المدعى به بين كونه الاكثر فيصح عنده أو الاقل فلا يختلف في البطلان لتكذيب المدعي شاهد الاكثر كما عول عليه محققو المشايخ فان قول محمد وهي تدعي الخ يفيد تقييد قول أبي حنيفة رحمه الله بالجواز بما اذا كانت هي المدعية للاكثر دونه فان الواو فيه للحال والاحوال شروط فيثبت العقد باتفاقهما ودين ألف * (فروع) شهد أنه أقر أنه غصب من فلان هذا العبد والآخر انه أقر انه أخذه منه يقضى به للمدعي ولو شهد أحدهما انه أقر انه أخذه منه والآخر انه أقر انه له لم يقض للمشهود له بشئ ولو شهد أنه أقر أنه غصبه منه والآخر انه أقر بان المدعي أودعه اياه تقبل وزاد في المنتقى حين وضعها ثانية في الثوب لو قال المدعي أقر بما قال لكنه غصبه مني تقبل ويجعل ذو اليد مقرا بملكية الثوب للمدعي فلا تقبل بينة المدعي عليه على الثوب بعده ثم قال فيما لو شهد أحدهما على اقراره بأخذه والآخر على اقراره بالايداع منه وقال المدعي انما أودعته منه لا تقبل لعدم اجتماعهما على الاقرار بملك ولا بأخذ لان شاهد الوديعة لم يشهد بالاخذ فلزم المناقضة في الحكم والدليل واعلم انه ذكر فيما اذا شهد على اقراره بغصبه والآخر على اقراره بأخذه منه يقضى به للمدعي ويجعل المدعى عليه على حجته لان اقراره بالاخذ ليس اقرارا بالملك فظهر الفرق فلا مناقضة اذ كان الاخذ لا يدل على الملك شهد أنه أقر بانه اشترى هذا العين من المدعي والآخر على اقراره بايداعه المدعي اياه منه قضى للمدعي ولو كان الشاهد الثاني شهد بانه أقر بان المدعي دفع اليه هذا العين قضى به للمدعي أيضا لكن لو برهن ذو اليد على شرائه منه بعد القضاء تقبل ألا ترى ان رجلا لو قال دفع الي فلان هذا العين ثم برهن على انه اشتراه منه تقبل وفي الزيادات قال أحدهما أعتق كله وقال الآخر نصفه لا تقبل ولو ادعى ألفين فشهد أحدهما بألف والآخر بألفين تقبل على الالف اجماعا ادعى الشراء فشهدا بالهبة والقبض لا تقبل الا ان وفق فقال جحدني الشراء فاستوهبتها منه وأعاد البينة على الهبة لان الاولى ما قامت على ما ادعى به من الهبة وانما ادعاها الآن فيقيم بينة دعواه ادعى أنه ورثها من أبيه فشهد أحدهما كذلك والآخر من أمه لا تقبل ادعى دارا فشهد له بدعاه وقضى له ثم أقر المقضى له أن البناء للمقضى عليه لا يبطل الحكم بالارض للمدعي وان شهدا بالبناء والارض والباقي بحاله بطل الحكم لانه أكذبهما فيما قضاه من البناء بخلاف الاول لان دخول البناء محتمل فاقرار المدعي بعدم دخوله بيان لاحد الاحتمالين شهد أنها ولدت منه والآخر أنها حبلت منه أو شهد أنها ولدت منه غلاما والآخر جارية تقبل شهد أنه أقر أن المدعي سكن هذه الدار والآخر انه له لا تقبل ولو شهد انه أقر بأن هذه الدار له وشهد الآخر أنه ساكنها قضى بها له شهد أن قيمة الثوب الهالك كذا والآخر على اقراره بها لا تقبل شهد على صريح الاذن والآخر انه رآه يبيع فلم ينهه لا تقبل بخلافها على الاذن في الطعام والآخر عليه في الثياب تقبل على الاذن وفي الاقضية ادعى عبدا في يد رجل فشهدا على اقراره انه ملكه تقبل ولو على اقراره بالشراء منه وأنكر المدعى البيع يأخذه المدعي لان الاقرار بالشراء والاستيام اقرار بالملك للبائع على رواية الجامع أو بعدم ملك نفسه فيه على رواية الزيادات فقد أقر أنه لا ملك له فيه ولا أحد متعرض للمدعي فيأخذه وكذا لو شهد أحدهما على اقراره بالشراء منه والآخر على اقراره بالهبة منه والمدعي ينكر وكذا لو شهد أحدهما على الشراء منه بالف والآخر بمائة دينار أو قال الآخر استأجره منه وكذا لو شهد أنه باعه المدعي منه والآخر أنه أودعه عنده وكذا لو شهدا على اقراره ان المدعي دفعها اليه شهد على اقراره بانه أخذ منه هذا والآخر

(قوله والاصل فيه الحل والازدواج) دليل آخر وتقريره الاصل في النكاح الحل والازدواج والملك لان شرعيته لذلك ولزوم المهر لصون المحل الخطير عن الابتذال بالتسلط عليه مجانا كما عرف في موضعه

(قوله والاصل فيه الحل) أقول أي حل كل من المتعاقدين أو من هو بمنزلتهما للآخر وازدواج أحدهما بالآخر بخلاف البيع (قوله دليل آخر) أقول في صحة كونه دليلا آخر مستقلا بدون ملاحظة الاول تأمل

ولا اختلاف فى ماهو الاصل فيثبت ثم اذا وقع الاختلاف فى التبع يقضى بالاقل لاتفاقهما عليه

على اقراره بانه أودعه منه تقبل لاتفاقهما على الاقرار بالاخذ لكن بحكم الوديعة أو الاخذ منه منفردا شهد أن له عليه كذا دينارا والآخر انه أقر أنه عليه تقبل شهد أنه طلقها بالعربية والآخر بغيرها فى المنتقى عن أبى يوسف لاتقبل ولو كان هذا بالاقرار بالمال تقبل وليس الطلاق كذلك لانى أنو يه فى وجوه كثيرة وفيه لو شهد أنه قال لعبده أنت حر والآخر انه قال له آزاد تقبل وفيه لو قال ان كلمت فلانا فانت حر فشهد انه كلمه اليوم والآخر أمس لم تقبل وذكر فيه مسئلة الطلاق قال طلقت ولا شك أنه يجب فى العتق ثبوته اذا وفق العبد بان قال كلمته فى اليومين جميعا وفيه شهد أنه قال ان دخلت هذه الدار فكذا والآخر ان دخلت هذ وهذه لاتقبل وفيه ان طلقتك فعبده حر فشهد أنه طلقها اليوم والآخر أمس يقع الطلاق والعتق ولو قال ان ذكرت طلاقك ان سميته ان تكلمت به فعبده حر فشهد انه طلقها اليوم والآخر أمس يقع الطلاق لا العتاق لان شهادتهما اختلفت فى الكلام ولو اختلفا فى القذف فى الزمان والمكان تقبل عنده خلافا لهما وفى انشائه واقراره لاتقبل اجماعا ادعى ألفا فشهد أحدهما بانه أقر أن له عليه ألفا قرضا والآخر انه أقر انه أودعه ألفا تقبل لاتفاقهما انه وصل اليه منه ألف وقد جحد فصار ضامنا هى قسمان قسم من الاختلاف بين الدعوى والشهادة وقسم من الاختلاف بين الشاهدين القسم الاول ادعى ملكا على رجل بالشراء فشهدوا له بالملك المطلق فلا تقبل وقيده فى الاقضية بما اذا نسبه الى معروف كان قال اشتريته من فلان بن فلان وذكر شرائط التعريف أما لو جهله فقال اشتريت فقط أو قال من رجل أو من زيد وهو غير معروف فشهدوا بالمطلق قبلت وذكر فى فتاوى رشيد الدين فى القبول خلافا ولو ادعى ملكا مطلقا فشهدوا به بسبب تقبل كذا أطلقه فى الجامع الكبير وزاد فى الاجناس فى القبول أن القاضى يسأل المدعى الملك ألك بهذا السبب الذى شهدوا به ان قال نعم قضى أولا لا وفى الدعوى والبينات اذا تحمل الشهادة على ملك له سبب وأراد أن يشهد بالملك المطلق لم يذكر هذا فى شئ من الكتب واختلف فيه المشايخ والاصح انه لايسعه ذلك ولو كان ادعى الشراء من معروف ونسبه الى أبيه وجده مع القبض وقال وقبضته منه فشهدوا بالملك المطلق ففى الخلاصة تقبل بلا ذكر خلاف وحكى العمادى فيه اختلافا قيل تقبل لان دعوى الشراء مع القبض دعوى مطلق الملك حتى لايشترط لصحة هذه الدعوى تعيين العبد وقيل لاتقبل لان دعوى الشراء معتبرة فى نفسها لا كالمطلق ألا ترى انه لايقضى له بالزوائد فى ذلك وفى فوائد شمس الاسلام دعوى الدين كدعوى العين وهكذا فى شرح الجيل للعلوانى لكن فى المحيط ادعى الدين بسبب القرض وشبهه فشهدوا بالدين مطلقا كان شمس الائمة محمود الاوزجندى يقول لاتقبل كما فى دعوى العين بسبب وشهدوا بالمطلق قال وفى الاقضية مسئلتان يدلان على القبول انتهى وفى فتاوى رشيد الدين لو ادعى ملكا مطلقا فشهدوا عليه بسبب ثم شهدوا على المطلق لاتقبل لانهم اذا شهدوا على الملك بسبب حمل دعوى الملك المطلق عليه فلا تقبل شهادتهم على المطلق بعد ذلك ولو شهدوا على المطلق ثم شهدوا على الملك بسبب تقبل لانهم شهدوا ببعض ما شهدوا به أولا فتقبل أما النكاح فلو ادعى على امرأة انها امرأته بسبب انه تزوجها بكذا فشهدوا أنها منكوحته بلا زيادة تقبل ويقضى بمهر المثل ان كان قدر المسمى أو أقل فان زاد على المسمى لايقضى بالزيادة ولو لم يذكر المال والباقى بحاله قضى بالنكاح فقط ولو ادعى المطلق فشهد أحدهما به والآخر مع السبب تقبل ويقضى بالملك الحادث كما لو شهدا جميعا بالملك الحادث وكل ما كان بسبب عقد شراء أو هبة وغيره فهو ملك حادث وان ادعى بسبب فشهد أحدهما به والآخر مطلقا لاتقبل كما اذا شهدوا جميعا بالمطلق وفيما لو ادعى التملك فشهدوا على المطلق تقبل ولو ادعى المطلق فشهدوا على النتاج لالان دعوى مطلق الملك دعوى

واعترض عليه بان فيه تكذيب أحد الشاهدين وأجيب بأنه فيما ليس بمقصود وهو المال والتكذيب فيه لايوجب التكذيب فى الاصل وفيه نظر فان مراد المعترض ليس بطلان الاصل بل بطلان التبع ومعنى كلامه أن يبطل المال المذكور فى الدعوى ويلزم مهر المثل والجواب المذكور ليس بدافع لذلك كما ترى والجواب أن المال اذا لم يكن مقصودا كان كالدين والاختلاف فيه بطريق العطف لايمنع القبول بالاتفاق كما تقدم فالتشكيك فيه غير مسموع

(قوله ولا اختلاف للشاهدين فيها) أقول الظاهر تذكير الضمير وتأنيثه باعتبار كون الاصل عبارة عن الامور المذكورة (قوله وأجيب بأنه فيما ليس بمقصود) أقول المجيب صاحب النهاية (قوله والجواب ان المال اذا لم يكن مقصودا) أقول أى من العقد فان العقد يصح بدونه وتحقيق الجواب وتفصيله ماذكره صاحب النهاية نقلا عن الفوائد الظهيرية وانما لم يذكره ثانيا حذرا عن التكرار فلا وجه لايراد النظر عليه بعد ذلك فليتأمل (قوله كان كالدين) أقول المراد من الدين هو الدين المنفرد عن العقد

قال المصنف (ويستوى دعوى أقل المالين أو أكثرهما) بكلمة أو والصواب كلمة الواو بدلالة يستوى وقوله (فى الصحيح) احترازعما قال بعضهم انما كان الدين وجب أن يكون الدعوى بأكثر المالين كما فى الدين واليه ذهب شمس الائمة ووجه ما فى الكتاب أن المنظور اليه العقد وهو لا يختلف باختلاف البدل لكونه غير مقصود يثبت فى ضمن العقد فلا يراعى فيه ما هو شرط فى المقصود أعنى الدين وقال (ثم قيل الاختلاف فيما اذا كانت المرأة هى المدعية فأما اذا كان المدعى هو الزوج فالاجماع على أنها لا تقبل لان مقصودها قد يكون المال) بخلاف الزوج فان مقصوده ليس الا العقد) (٦٨) فيكون الاختلاف فيه وهو يمنع القبول (وقيل الخلاف فى الفصلين) يعنى ما اذا كانت المرأة تدعى وما اذا كان الزوج يدعى (وهذا أصح) لان الكلام ليس فى أن الزوج يدعى العقد أو المال أو المرأة تدعى ذلك وانما الكلام فى أن الاختلاف فى الشهادة على مقدار المهر هل يوجب خللا فى نفس العقد أولا قال أبو حنيفة لا يوجب ذلك وقالا يوجبه وقد ذكر المصنف دليلهما واليه أشار بقوله (والوجه ما ذكرناه) والله أعلم

ويستوى دعوى أقل المالين أو أكثرهما فى الصحيح ثم قيل الاختلاف فيما اذا كانت المرأة هى المدعية وفيما اذا كان المدعى هو الزوج اجماع على أنه لا تقبل لان مقصودها قد يكون المال ومقصوده ليس الا العقد وقيل الاختلاف فى الفصلين وهذا أصح والوجه ما ذكرنا والله أعلم

أو ليته على سبيل الاحتمال والشهادة على النتاج شهادة على أو ليته على اليقين فشهدوا بأكثر مما ادعاه فلا تقبل وهذه المسئلة دليل على انه لو ادعى النتاج أولا ثم ادعى الملك المطلق تقبل ولو ادعى المطلق أولا ثم النتاج لا تقبل وفى المحيط لو ادعى الملك بالنتاج وشهدوا على الملك بسبب لا تقبل بخلاف ما لو ادعى المطلق وشهدوا عليه بسبب حيث تقبل انتهى ولا يشكل انه لو ادعى النتاج بسبب فشهدا بسبب آخر لا تقبل وفى الفصول القاضى اذا سأل الشهود قبل الدعوى عن لون الدابة فقالوا كذا ثم عند الدعوى شهدوا بخلافه تقبل لانه سألهم عما لا يكلف ببيانه فهو كالمعدوم وقال رشيد الدين ويخرج من هذا كثير من المسائل ولو ادعى ملكا مطلقا مؤرخا فقال قبضته منى منذ شهر فشهدوا بلا تاريخ لا تقبل وعلى العكس تقبل على المختار ودعوى الملك بسبب الارث كدعوى الملك المطلق وينبغى أن يستثنى ما اذا أرخ ففى الخلاصة ادعى دارا فى يد رجل انها ملك أبيه مات وتركها ميراثا له منذ سنة فشهدوا أنه اشتراها من المدعى عليه منذ سنتين لا تقبل الا اذا وفق فقال اشتريتها منه منذ سنتين وبعتها من أبى ثم ورثتها عنه منذ سنة وأقام البينة على هذا التوفيق واذا أرخ أحد الشاهدين دون الآخر لا تقبل فى دعوى الملك المؤرخ وتقبل فى غير المؤرخ ولو ادعى الشراء بسبب أرخه فشهدوا بالشراء بلا تاريخ تقبل وعلى القلب لا ولو كان للشراء شهران وأرخوا شهرا تقبل وعلى القلب لا ولو أرخ المطلق بأن قال هذا العين لى منذ سنة فشهدوا انه له منذ سنتين لا تقبل ولو قال منذ سنتين وشهدوا انه له منذ سنة تقبل ولو ادعى أنه قبض منى عشرة دنانير بغير حق فشهدوا على القبض تقبل ويحمل على أنه قبض فى الحال وعليه شهدوا وقدمنا من مسائل القبض شيأ دار فى يد رجلين اقتسماها بعد الدعوى أو قبلها وغاب أحدهما وادعى رجل على الحاضر أن له نصف هذه الدار مشاعا وفى يد رجل نصفها مقسومة فشهدوا أن له النصف الذى فى يد الحاضر فهى باطلة لانها أكثر من المدعى به ومثله لو ادعى دارا واستثنى طريق الدخول وحقوقها ومرافقها فشهدوا أنها له ولم يستثنوا الحقوق والمرافق لا تقبل وكذا لو استثنى بيتا ولم يستثنوه الا اذا وفق فقال صدقوا لكنى بعت هذا البيت منها تقبل وفى المحيط من الافضلية وأدب القاضى للخصاف اذا ادعى الملك للحال فشهدوا أن هذا العين كان قد ملكه تقبل لانها تثبت الملك فى الماضى فيحكم به فى الحال ما لم يعلم المزيل وقال العمادى وعلى هذا اذا ادعى الدين وشهد شاهدان انه كان له عليه كذا أو قالا بالفارسية اين مقدار زر در ذمه اين مدعى عليه بود مرين مدعى را ينبغى أن تقبل كما فى دعوى العين انتهى ونظيره فى دعوى العين ما ذكر رشيد الدين اذا قالوا نشهد أن هذا كان ملكه تقبل ويصير كما لو قالوا نشهد أن هذا ملكه

(قوله ويستوى الى قوله بكلمة أو الخ) أقول وفيه بحث فانه من قبيل سيان كسر رغيفه أو كسر عظم من عظامه وفى الفرائض السراجية وذلك فى مسئلتين زوج وأبوين أو زوجة وأبوين فان أو بمعنى الواو وقال الزيلعى ولا يكون بدعوى الاقل مكذبا للشاهد لجواز أن يكون الاقل هو المسمى ثم صار أكثر للزيادة انتهى وفيه تأمل فانهم لم يجوزوا ذلك فى البيع كما صرح به فى الشروح وجوابه أن النكاح ليس كالبيع فانه يجوز النكاح بدون تسمية المهر بخلاف البيع بلا تسمية البدل فتأمل (قال المصنف وهذا فى أصح والوجه الخ) أقول قال الاتقانى ولنا فى قوله وهذا أصح نظر لما أنهم لم يذكروا الخلاف فى شروح الجامع الصغير وكذلك لم يذكره فى شرح الطحاوى فيما اذا كان المدعى هو الزوج بل قالوا لا تقبل الشهادة لان الاختلاف وقع فى العقد انتهى وفيه نظر فانه قال التمرتاشى فى شرح الجامع الصغير وان كان المدعى هو الزوج اختلفوا على قول أبى حنيفة والاصح أنها تقبل عنده لان المال تابع

في الحال ولا يجوز للقاضي أن يقول امرو زملك وى محدانيت انتهى ومعنى هذا لا يحل للقاضي أن يقول أتعلمون أنه ملكه اليوم نعم ينبغي للقاضي أن يقول هل تعلمون أنه خرج عن ملكه فقط ذكره في المحيط فيما اذا ادعى ملكا مطلقا في عين فشهدوا انه ورثه من أبيه ولم يتعرضوا للملك في الحال أو شهدوا أنه اشتراه من فلان وفلان يملكه ولم يتعرضوا للملك في الحال تقبل ويقضي بالعين للمدعي لكن ينبغي أن يسألهم القاضي الى آخر ماذكرنا وكذا اذا ادعى أن هذه زوجته فشهدوا أنه تزوجها ولم يتعرضوا للحال تقبل هذا كله اذا شهدوا بالملك في الماضي أما لو شهدوا باليد له في الماضي وقد ادعى الآن لا يقضي للمدعي به في ظاهر الرواية وان كانت اليد تسوغ الشهادة بالملك على ما أسلفناه وعن أبي يوسف يقضي بها وخرج العمادي على هذا ما نقل عن الواقعات لو أقر بدين رجل عند رجلين ثم شهد عدلان عند الشاهدين أنه قضى دينه أن شاهدي الاقرار يشهدان أنه كان له عليه دين ولا يشهدان أن له عليه فقال هذا أيضا دليل على أنه اذا ادعى الدين وشهدوا أنه كان له عليه تقبل وهذا غلط فان مقتضاه أنه لا فرق بين الشهادة بانه كان له عليه أو له عليه والحال أن صاحب الواقعات فرق حيث قال يشهدان أنه كان له عليه ولا يشهدان أن له عليه فلو لم يكن بينهما فرق لم يكن لمنعه من أحدهما دون الآخر معنى والذي يقتضيه الفقه أنهما اذا ثبت عندهما بشهادة العدلين أنه قضاه ذلك الذي أقر به عندهما أو ثبت بطريق أفادهما ذلك أن لا يشهدا كما عرف فيما اذا علم شاهد الالف أنه قضاه منها خمسمائة لا يشهد حتى يقر بقبضها والله أعلم وعكس ما نحن فيه لو ادعى في الماضي بأن قال هذه الجارية كانت ملكي فشهدوا أنها له اختلف في قبولها والاصح لا تقبل وكذا لو شهدوا على طبق دعواه بان شهدوا أنها كانت له لا تقبل لان اسناد المدعي دليل على نفي ملكه في الحال اذ لا فائدة له في الاقتصار على أن ملكه كان في الماضي الا ذلك بخلاف الشاهدين اذا أسندا ذلك لا يدل على نفيهما اياه في الحال لجواز قصدهما الى الاحتراس عن الاخبار بما لا علم لهما به لانهما لم يعلما سوى ثبوته في الماضي ولم يعلما بانتقاله فقد يكون انتقل في نفس الامر فيحترس عنه الشاهد وان كان يثبت للحال بالاستصحاب وفي الخلاصة ادعى النقرة الجيدة وبين الوزن فشهدا على النقرة والوزن ولم يذكرا جيدة ولا رديئة ولا وسطا تقبل ويقضي بالردي بخلاف ما لو ادعى فقيز دقيق مع النخالة فشهدوا من غير نخالة أو منخولا فشهدوا على غير المنخول لا تقبل وفيها أن من ادعى على رجل ألفا من ثمن بيت فشهدوا على ألف من ضمان جارية غصبها فهلكت عنده لا تقبل وعن هذا ذكر في المسئلة المسطورة وهي ما اذا شهدا بالف من ثمن جارية باعها منه فقال البائع انه أشهدهما عليه بذلك والذي له عليه ثمن متاع تقبل شهادتهما فقال في الخلاصة هو محمول على أنهم شهدوا على اقراره بذلك أي اقرار المدعى عليه بثمن الجارية لان مثله في الاقرار يقبل لما ذكروا في المسئلة المذكورة قبلها وفي الكفالة اذا شهدوا أنه كفل بالف على فلان فقال الطالب هو أقر بذلك لكن الكفالة كانت عن فلان آخر كان له أن يأخذه بالمال لانهما اتفقا فيما هو المقصود فلا يضرهما الاختلاف في السبب ومثله ادعى أنه أجره دارا وقبض مال الاجارة ومات فانفسخت الاجارة وطلب مال الاجارة فشهدوا أن الآجر أقر بقبض مال الاجارة تقبل وان لم يشهدوا على عقد الاجارة لانهم شهدوا بالمقصود وهو استحقاق مال الاجارة ولو ادعى الدين أو القرض فشهدوا على اقراره بالمال تقبل ولو شهد أحدهما به والآخر بالاقرار به فقد أطلق القبول في المحيط والعدة وقال قاضيخان تقبل عند أبي يوسف ولو ادعى قرضا فشهدوا أن المدعي دفع اليه كذا ولم يقولوا قبضها المدعى عليه يثبت قبضه كالشهادة على البيع شهادة على الشراء واذا ثبت القبض بذلك يكون القول لذي اليد أنه قبض بجهة الامانة فيحتاج الى بينة على أنه بجهة القرض ان ادعاه ولو ادعى أنه قضاه دينه فشهد أحدهما به والآخر باقراره أنه قضاه لا تقبل ولو شهدا جميعا بالاقرار قبلت ولو ادعى شراء دار من رجل فشهدا أنه اشتراها

﴿ فصل فى الشهادة على الارث ﴾ ذكر أحكام الشهادة المتعلقة بالميت عقيب الاحكام المتعلقة بالاحياء بحسب مقتضى الواقع واعلم أن العلماء اختلفوا فى الشهادة بالميراث هل تحتاج الى الجر والنقل وهو أن يقول الشاهد عند الشهادة هذا المدعى وارث الميت مات وتركها ميراثا له أولا قال أبو حنيفة ومحمد لا بد منه خلافا لابى يوسف هو يقول ان ملك المورث ملك الوارث لكون الوراثة خلافة ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه به وان كان كذلك صارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث وهما يقولان ملك الوارث متجدد فى حق العين ولهذا يجب عليه الاستبراء فى الجارية الموروثة ويحل للوارث الغنى ما كان صدقة على المورث الفقير والمتجدد محتاج الى النقل لئلا يكون استصحاب الحال مثبتا الا أنه يكتفى بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال حينئذ ضرورة وكذا على قيام يده لان الأيدى عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان اذ الظاهر من حال المسلم فى ذلك الوقت أن يسوى أسبابه ويبين ما كان بيده من الودائع والغصوب فاذا لم يبين فالظاهر من حاله أن (٧٠) ما فى يده ملكه فجعل اليد عند الموت دليل الملك لا يقال قد تكون اليد يدا أمانة ولا ضمان فيها لتنقلب بواسطته يد ملك لان الامانة تصير مضمونة بالتجهيل بان يموت ولم يبين أنها وديعة فلان لانه حينئذ ترك الحفظ وهو تعد يوجب الضمان واذا ثبت هذا فمن أقام بينة على دار أنها له كانت لابيه أعارها أو أودعها الذى هى فى يده فانه يأخذها ولا يكلف البينة أنه مات وتركها ميراثا له بالاتفاق

﴿ فصل فى الشهادة على الارث ﴾ (ومن أقام بينة على دار أنها كانت لابيه أعارها أو أودعها الذى هى فى يده فانه يأخذها ولا يكلف البينة أنه مات وتركها ميراثا له) وأصله أنه متى ثبت ملك المورث

﴿ فصل فى الشهادة على الارث ﴾ (قال المصنف ومن أقام بينة على دار الخ) أقول وأصله انه متى ثبت ملك المورث لا يقضى للوارث حتى يشهد الشهود انه مات وترك ميراثا لان الملك للمورث قبل موته بزمان فبقاؤه الى زمان الموت بطريق الاستصحاب والثابت بطريق الاستصحاب لا يبتنى عليه غيره ألا ترى أنه

من وكيله لا تقبل وكذا لو شهدا أن فلانا باعها منه وهذا المدعى عليه أجاز البيع ادعى عليه أنك قبضت من مالى جلا بغير حق مثلا وبين سنه وقيمته فشهدوا أنه قبض من فلان غير المدعى تقبل ويجبر على احضاره لانه قال من مالى ولم يقل قبضت منى فلا يكون ما شهدوا به مناقضه فيحضره ليشير اليه بالدعوى * القسم الثانى اختلاف الشاهدين ادعى بالمبيع عيبا فشهد أحدهما أنه اشتراه وبه هذا العيب وشهد الآخر على اقرار البائع به لا تقبل كما لو ادعى عينا أنه له فشهد أحدهما على أنه ملكه والآخر على اقرار ذى اليد أنه ملكه لا تقبل ومثله دعوى الرهن فشهد به معاينة القبض والآخر على اقرار الراهن بقبضه لا تقبل قال ظهير الدين الرهن فى هذا كالغصب وكذا الوديعة لو ادعاها فشهدا باقرار المودع قبلت ولو شهد أحدهما بها والآخر بالاقرار بها لا تقبل على قياس الغصب وعلى قياس القرض تقبل بخلاف ما لو ادعى أنه باع بشرط الوفاء فشهد أحدهما أنه باع بشرط الوفاء والآخر أن المشترى أقر بذلك تقبل لان لفظ البيع فى الاخبار والانشاء واحد ومثله لو ادعت صداقها فقال وهبتنى اياه فشهد أحدهما على الهبة والآخر على الابراء تقبل للموافقة لان حكمهما واحد وهو السقوط وقيل لا للاختلاف لان الابراء اسقاط والهبة تمليك والاول أوجه لانه وان كان اسقاطا يتضمن التمليك ولهذا يرتد بالرد ولو شهد على اقرار المدعى عليه أن المدعى به فى يده والآخر أنه فى يده لا تقبل وفى المحيط ادعى دارا فشهد أنها داره والآخر على اقرار ذى اليد أنها له لا تقبل بخلاف ما لو شهد أحدهما على الدين والآخر على الاقرار به تقبل بخلاف ما لو شهد أنها جاريته والآخر على اقراره بها لا تقبل وبخلاف ما اذا شهد أنها جاريته والآخر أنها كانت له تقبل بخلاف ما اذا شهد الآخر أنها كانت فى يده واذا راجعت القاعدة التى أسلفناها من الفرق بين اختلاف الشاهدين على القول والفعل خرجت كثيرا من الفروع والله سبحانه أعلم

﴿ فصل فى الشهادة على الارث ﴾ وجه المناسبة بين تعقيب الشهادة بملك متجدد لحى عن ميت على الشهادة بملك يتجدد لحى عن حى ظاهر (قوله ومن أقام بينة الخ) اختلف علماؤنا فى أنه هل يتوقف

لو ادعى ألفا فقال ان كان له على ألف درهم فامرأته طالق فشهد شاهدان بألف عليه عام أول يحكم بالمال دون الطلاق القضاء ولو شهدوا بالالف الآن يحكم بالطلاق ويعين حق الوارث بخلاف ما لو شهدوا أنه كان فى يد مودعه أو مستعيره عند الموت لان يد هما يده كما لو شهد أنه كان له عام أول لان الثابت يبقى ما لم يوجد الدليل المزيل ولم يوجد ولم ينف شئ بخلاف المسألة الاولى لانه فى الارث فى الثابت بالاستصحاب والمعنى هذا الاما ذكره الشراح أن ملك الوارث يتجدد استدلالا بوجوب الاستبراء فى الجارية الموروثة وحل أكل ما كان صدقة على المورث لان الاستبراء يتعلق باستحداث ملك اليد ألا ترى أن من اشترى جارية فلم يقبضها حتى حاضت عند البائع مرارا فانه يستبرئها وان لم يكن غير مستحدث وحل التناول لا يتوقف على تجدد الملك ألا ترى أن المورث الذى اجتمع عنده أموال الصدقة ثم استغنى بالارث أو غيره يحل ما عنده من الصدقات ولا تجدد (قوله بحسب مقتضى الواقع) أقول فان الواقع يقدم أحكام الحياة على أحكام الموت (قال المصنف مات وتركها ميراثا له) أقول وهو المراد بالجر والنقل قال الكاكى ولهذا لو ادعى دينا على المورث وشهد أنه كان له على الميت

أما عند أبي يوسف فلانه لا يوجب الجر في الشهادة وأما عندهما فلان قيام اليد عند الموت يغني عن الجر وقد وجدت

لا يقضى به للوارث حتى يشهد الشهود أنه مات وتركها ميراثا له عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف رحمه الله هو يقول ان ملك الوارث ملك المورث فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث وهما يقولان ان ملك الوارث متجدد في حق العين حتى يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة ويحل للوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير فلا بد من النقل الا أنه يكتفى بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة وكذا على قيام يده على ما ذكره وقد وجدت الشهادة على اليد في مسئلة الكتاب لان يد المستعير والمودع والمستأجر قائمة مقام يده فاغنى ذلك عن الجر والنقل (وان شهدوا أنها كانت في يد فلان مات وهي في يده جازت الشهادة) لان الايدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان والامانة تصير مضمونة بالتجهيل فصار بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت

القضاء للوارث بالشهادة على ملك الميت على الجر والنقل وهو أن يقول الشهود في شهادتهم مات وترك هذا ميراثا لهذا المدعي فعند أبي يوسف لا وعند أبي حنيفة ومحمد نعم وجه قول أبي يوسف ما ذكره المصنف بقوله (هو يقول ملك المورث ملك الوارث) لانه يصير ملكه خلافة ولهذا يخاصم ويرد بالعيب ويرد عليه ويصير مغرورا اذا كان المورث مغرورا فالشهادة بالملك للمورث شهادة به له فلا حاجة الى أمر زائد يشترط القضاء به له وقد ظهر بهذا محل الخلاف وهو شهادتهم أنه كان ملك الميت بلا زيادة ولو شهدا أنها لابيه لا تقبل ذكرها محمد بلا ذكر خلاف فقيل تقبل عند أبي يوسف وقيل لا تقبل بالاتفاق (وهما يقولان ملك الوارث ملك متجدد في العين حتى وجب على الوارث استبراء الجارية الموروثة ويحل للوارث الغني ما كان تصدق به على المورث الفقير) ولو زكاة أو كفارة فلا بد من ذكرهما الجر والانتقال غير أنه لا يشترط ذكر ذلك نصا بل امانصا كما ذكرنا من قولهم مات وترك هذا ميراثا له أو شهدا بالملك للمورث عند الموت أو بما يقوم مقامه وهو اليد عند الموت وتجدد ملك الوارث غير لازم شرعي لما شهدوا به بل لازم لقيامه حال الموت اذا عرف هذا فالمسئلة التي ذكرها المصنف اتفاقية وهي قوله (ومن أقام بينة على دار أنها كانت لابيه أعارها أو أودعها الذي هي في يده فانه يأخذها ولا يكلف البينة أنه مات وتركها ميراثا له) أما على قول أبي يوسف فظاهر وأما على قولهما فلان الشهادة على الملك وقت الموت أو اليد وقت الموت تقوم مقام ذلك وقد وجد الثاني في مسئلة الكتاب لانه أثبت اليد عند الموت حيث شهد أنها معارة منه أو مودعة عند الموت لان يد المستعير والمودع والمستأجر كيد المعير وأخويه وقد طولبا بالفرق بين هذا وما اذا شهدا لمدعي ملك عين في يد رجل بأنها كانت ملك المدعي أو أنه كان ملكها حيث يقضى بها وان لم يشهدا أنها ملكه الى الآن وكذا لو شهدا لمدعي عين في يد انسان أنه اشتراها من فلان الغائب ولم يقم بينة على ملك البائع وذو اليد ينكر ملك البائع فانه يحتاج الى بينة على ملكه فاذا شهدا بملكه قضى للمشتري به وان لم ينصا على أنها ملكه يوم البيع وهذه أشبه بمسئلتنا فان كلا من الشراء والارث يوجب تجدد الملك والجواب أنهما اذا لم ينصا على ثبوت ملكه حالة الموت فانما يثبت بالاستصحاب والثابت به حجة لابقاء الثابت لا لاثبات ما لم يكن وهو المحتاج اليه في الوارث بخلاف مدعي العين فان الثابت بالاستصحاب بقاء ملكه لا تجدده وبخلاف مسئلة الشراء فان الملك مضاف اليه لا الى ملك البائع وان كان لا بد لثبوت ملك المشتري من بقائه لان الشراء آخرهما وجودا وهو سبب موضوع للملك حتى لا يتحقق لو لم يوجبه فيكون مضافا الى الشراء وهو ثابت بالبينة أما هنا فثبوت ملك الوارث مضاف الى كون المال ملكا للميت وقت الموت لا الى الموت لانه ليس سببا موضوعا للملك بل عنده يثبت ان كان له مال فارغ والله سبحانه أعلم هذا اذا شهدا أنها كانت معارة أو مودعة (فلو شهدا أنها كانت في يد أبيه مات وهي في يده) والاب هو المراد بلفظ فلان في قول المصنف أنها كانت في يد فلان يعني أبا الوارث

لان يد المستعير والمودع يد المعير والمودع ومن أقام البينة أنها كانت في يد فلان مات وهي في يده فكذلك لما ذكرنا من انقلاب الايدي عند الموت فصار كأنه أقامها على أنها كانت ملكه عند موته ومن أقامها أنها كانت لابيه ولم يقولوا مات وتركها ميراثا لم تقبل عندهما لعدم الجر وما قام مقامه وتقبل عند أبي يوسف بشهادتهم بملك المورث

دين لا يقبل حتى يقولوا انه مات وهو عليه ذكره في القنية انتهى ثم اعلم أنه أنث الضمير في قوله وتركها بتأويل التركة (قال المصنف ويحل للوارث الخ) أقول قال الزيلعي ولو لا تجدد الملك لما حل له انتهى وفيه بحث فانه من اجتمع عنده أموال الصدقة ثم استغنى بالارث أو غيره يحل له أكل ما عنده من الصدقات ولا تجدد ملك (قال المصنف لان الايدي عند الموت الخ) أقول في الكافي لان الايدي المجهولة تنقلب يد ملك عند الموت لانها لا تخلو من أن تكون يد ملك أو غصب أو أمانة فان كانت يد ملك فظاهر وكذا اذا كانت يد غصب لانها تصير يد ملك لان بالموت يتقرر عليه الضمان ويصير المضمون ملكه وان كانت يد أمانة فتصير يد غصب بالتجهيل فصارت يد ملك أيضا فصارت الشهادة بيد مطلقة عند الموت شهادة بالملك عند الموت انتهى وفي قوله لانها تصير يد ملك تسامح (قوله اذا الظاهر من حال المسلم) أقول في دلالته على المدعي تأمل الا ان يتم بقولنا فيكون تاركا للحفظ وترك الحفظ تعد فيوجب الضمان ويملكه فتدبر

(قوله وان قالوا لرجل حي) مسئلة أتى بها استطرادا الذهي ليست من باب الميراث وصورتها اذا كانت الدار في يد رجل فادعى آخر أنها له وأقام بينة أنها كانت في يده لم تقبل وعن أبي يوسف أنها تقبل لان اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا أنها كانت ملكه قبلت فكذا هذا وصار كما لو شهدا بأن المدعى عليه أخذها من المدعي فانها تقبل وترد الدار الى المدعي وجه الظاهر وهو قولهما أن الشهادة قامت بمجهول لان اليد منقضية تزول باسباب الزوال فربما زالت بعد ما كانت وكل ما كان كذلك فهو مجهول والقضاء بالمجهول متعذر وقوله (وهي متنوعة) دليل آخر أي اليد متنوعة الى يد ملك وأمانة وضمان وكل ما كان كذلك فهو مجهول والقضاء باعادة المجهول متعذر بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف وبخلاف الاخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ولان يد ذي اليد معاين ويد المدعي مشهود به والشهادة خبر وليس الخبر به لاحتمال زواله بعدما كانت كالمعاين المحسوس عدم زواله (قوله وان أقر المدعى عليه) يعني اذا قال المدعى عليه هذه الدار كانت في يد هذا المدعي دفعت اليه لان الجهالة في المقر به لا تمنع صحة الاقرار

(وان قالوا لرجل حي نشهد أنها كانت في يد المدعي منذ أشهر لم تقبل) وعن أبي يوسف رحمه الله أنها تقبل لان اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا أنها كانت ملكه تقبل فكذا هذا فصار كما اذا شهدوا بالاخذ من المدعي وجه الظاهر وهو قولهما ان الشهادة قامت بمجهول لان اليد منقضية وهي متنوعة الى ملك وأمانة وضمان فتعذر القضاء باعادة المجهول بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف وبخلاف الآخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ولان يد ذي اليد معاين ويد المدعي مشهود به وليس الخبر كالمعاينة (وان أقر بذلك المدعى عليه دفعت الى المدعي) لان الجهالة في المقر به لا تمنع صحة الاقرار

المدعي جازت الشهادة فيقضي بالدار للوارث لاثباتهما اليد للميت الى حين الموت وبذلك يثبت الملك له لان اليد وان تنوعت الى يد غصب وأمانة وملك فانها عند الموت من غير بيان تصير يد ملك لما عرف أن كلا من الغاصب والمودع اذا مات مجهلا يصير المغصوب والوديعة ملكه لصيرورته مضمونا عليه شرعا ولا يجتمع البدلان في ملك مالك الوديعة والمغصوب منه ولا يلزم على هذا لو شهدوا أن أباه دخل هذه الدار ومات فيها أو أنه كان فيها حتى مات أو أنه مات فيها أو أنه مات وهو قاعد على هذا البساط أو نائم على هذا الفراش أو أنه مات وهذا الثوب موضوع على رأسه لا تقبل حتى لا يستحق الوارث شيأ من ذلك مع أنها تفيد أن هذه الأشياء كانت في يد المورث قبل الموت لانها خرجت بقوله بواسطة الضمان وهذه الامور ليست موجبة للضمان قال التمرتاشي لا تثبت اليد على المحل بهذه الاشياء حتى لا يصير غاصبا ولا يصير ذو اليد مقرا بذلك بخلاف الشهادة بالركوب والحمل واللبس فان اليد تثبت بها ويصير بها غاصبا هذا اذا شهدا كذلك لميت فلو شهدا لحي ادعى عينا في يد رجل كذلك أي شهدا أنها كانت في يد هذا المدعي منذ شهر أو أقل أو أكثر أو لم يذكرا وقتا فعن أبي يوسف هي كالتي للميت فيقضي للمدعي بالعين المذكورة وقالا لا يقضي بها للمدعي بهذه الشهادة لابي يوسف رحمه الله أن اليد مقصودة كالملك ولو شهدا في هذه الصورة أنها كانت ملكا للمدعي تقبل على ما قدمنا في الفروع استصحابا للملك الى وقت الدعوى كذا هنا استصحابا ليده الى وقت الدعوى وصار كما لو شهدوا أنه أخذها منه يقضي بالرد بهذه الشهادة وجه الظاهر من قول أبي يوسف وهو وجه قولهما أن الشهادة مع كونها بيد منقضية شهادة بمجهول لان اليد متنوعة الى ملك وأمانة وضمان ولم يلزم أحدها بعينه لترتفع الجهالة فتعذر القضاء بهذه الشهادة لتعذر القضاء بمجهول بخلاف مثلها في الميت لانه لزم أحدها بعينه بالموت وهو يد الملك فامكن القضاء وبخلاف الاخذ فان له موجبا معلوما وهو الرد من حيث هو أخذ الى أن يقترن به ثبوت أنه أخذ حقه قال عليه السلام على اليد ما أخذت حتى ترده فيقضي به وأيضا اليد معاين للمدعى عليه ويد المدعي مشهود به مخبر عنه وليس الخبر كالمعاينة فيترجح قول المدعى عليه فلا يقضى به للمدعي واستشكل بينة الخارج مع ذي اليد وكذا بينة مدعي الملك المطلق مع ذي اليد حيث ترجح بينة الخارج ومدعي الملك أجيب بان ذلك مسلم فيما لا يتنوع كبينة الخارج ومدعي الملك المطلق بخلاف ما يتنوع وهذا الجواب حاصله أن المعاينة كانت تقدم لولم تلزم الجهالة في المقضى وهو في التحقيق يصير الى الوجه الاول و يبطل استقلال الثاني بتأمل يسير (قوله وان أقر الخ) يعني لو قال المدعى عليه بالدار التي في يده هذه الدار كانت في يد المدعي دفعت للمدعي وان كانت اليد متنوعة

(قوله لان اليد منقضية تزول بأسباب الزوال الخ) أقول قوله تزول بأسباب الزوال يعني بالبيع والهبة وغيرهما ولكن بقي ههنا بحث لان الملك أيضا يزول باسباب الزوال فربما زال بعد ما كان والظاهر أن قوله اليد منقضية ليس دليلا مستقلا بل من لان بعض مقدماته وتقريره أن يد المدعي زائلة للحال ولا يؤمر بالاعادة اليه الا عند التيقن بكون الشئ حقه ولم يتيقن بذلك لان الايدي مختلفة الخ (قوله ويد المدعي مشهود به) أقول الظاهر أن يقال مشهود بها (قوله وليس الخبر به لاحتمال زواله) أقول بل لاحتمال كذب الخبر في نفسه

(وان شهد شاهدان أنه أقر أنها كانت في يد المدعى دفعت اليه) لان المشهود به ههنا الاقرار وهو معلوم

لان حاصل ذلك جهالة في المقر به وهي لا تمنع صحة الاقرار بل يصح ويلزم بالبيان فانه لو قال لفلان علي شئ صح ويجبر على البيان وكذا لو شهد شاهدان أن المدعى عليه أقر بانها كانت في يد المدعى تقبل لان المشهود به الاقرار وهو معلوم وانما الجهالة في المقر به وهي لا تمنع صحة القضاء كما لو ادعى عشرة دراهم فشهدا على اقرار المدعى عليه أن له عليه شيأ جازت ويؤمر بالبيان (تتمة) شرط الشهادة بالارث أن يشهدوا أنه كان لمورثه فلو قالوا انه لمورثه تقدم أن محمدا رحمه الله قال لا يصح ولم يحك خلافا لان المورث ان كان حيا فالمدعى ليس خصما وان كان ميتا فاثبات الملك للميت حالا محال وتقدم قول بعضهم انها تصح على قول أبي يوسف وهو غير بعيد لانا نقطع بان الشاهد لم يرد هذا المعنى بل ملكه حال حياته فكان كالاول ولا بد أن يدرك الشهود الميت لان الشهادة على الملك لا تجوز بالتسامع ولا بد أن يبينوا جهة الاستحقاق حتى لو قالوا أخوه مات وتركها ميراثا له لا تقبل ما لم يقولوا لا بيه أو لامه أو لهما لان الارث يختلف باختلاف الجهات وكذا لو قالوا كان لجده ولم يقولوا مات وتركها ميراثا لابيه ثم مات أبوه وتركها ميراثا له ولم يشترطه أبو يوسف على ما عرف في الخلافية غير أنه يسأل البينة عن عدد الورثة للقضاء واذا شهدوا أنه كان لمورثه تركه ميراثا له ولم يقولوا لا نعلم له وارثا سواه فان كان ممن يرث في حال دون حال لا يقضى لاحتمال عدم استحقاقه أو يرث على كل حال يحتاط القاضي وينتظر مدة هل له وارث آخر أم لا ثم يقضى بكله وان كان نصيبه يختلف في الاحوال يقضى بالاقل فيقضى في الزوج بالربع والزوجة بالثمن الا أن يقولوا لا نعلم له وارثا غيره وقال محمد وهو رواية عن أبي حنيفة يقضى بالاكثر والظاهر الاول وليس الاصل أن لا يكون له وارث ويأخذ القاضي كفيلا عندهما لا عنده على ما تقدم ولو قالوا لا نعلم له وارثا بهذا الموضع كفى عند أبي حنيفة خلافا لهما

* (فروع) اذا شهد اثنان أن هذا وارث فلان لا نعلم له وارثا غيره ولم يذكرا سببا يرث به فالشهادة باطلة حتى يبينا سبب الارث وكذا اذا شهدوا أنه أخوه أو عمه أو ابن عمه أو جده أو جدته لا تقبل حتى يبينا طريق الاخوة والعمومة أي يبينا الاسباب المورثة للميت أنه لاب أو شقيق وينسبا الميت والوارث حتى يلتقيا الى أب واحد ويذكرا أيضا أنه وارثه وهل يشترط قوله ووارثه في الاب والام والولد قيل يشترط والفتوى على أنه لا يشترط قوله وارثه وكذا كل من لا يحجب بحال لا يشترط قوله وارثه وفي الشهادة بانه ابن الميت أو بنت ابنه لا بد من ذلك وفي الشهادة أنه مولاه لا بد من بيان أنه أعتقه ولا يشترط ذكر اسم أب الميت حتى لو شهدا أنه جد الميت أبو أبيه ووارثه ولم يسموا أبا الميت قبلت وفي الاقضية شهدا أنه جد الميت وقضى له به ثم جاء آخر وادعى أنه أبو الميت وبرهن فالثاني أحق بالميراث ولو شهدا أنه أخو الميت ووارثه فقضى به ثم شهد هذان لآخر أنه ابن الميت لا يبطل القضاء للاول بل يضمنان للاول ما أخذ الاول من الارث ولو شهد آخران أن الثاني ابن الميت تقبل وفي الزيادات شهدا أن قاضي بلد كذا فلان بن فلان قضى بان هذا وارث فلان الميت لا وارث له غيره فالقاضي يحتاط ويسأل المدعى عن نسبه فان لم يبين أمضى القضاء الاول لعدم المنازع في الحال فان جاء آخر وبين أنه وارثه فان كان أقرب من الاول قضى للثاني وان كان أبعد منه لا يلتفت اليه وان زاحمه بان كان مثلا الاول ابنا والثاني أبا قضى بالميراث بينهما على قدر حقهما لامكان العمل بهما

وكذا اذا شهد شاهدان باقرار المدعى عليه بذلك دفعت اليه لان المشهود به هو الاقرار وهو معلوم والجهالة في المقر به وذلك لا يمنع القضاء كما لو ادعى عشرة دراهم فشهدوا على اقرار المدعى عليه أن له عليه شيأ جازت الشهادة ويؤمر بالبيان والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿باب الشهادة على الشهادة﴾

الشهادة على الشهادة فرع شهادة الاصول فاستحقت التأخير في الذكر وجوازها استحسان والقياس لا يقتضيه لان الاداء عبادة بدنية لزمت الاصل لاحقا للمشهود له لعدم الاجبار والانابة لا تجري في العبادات البدنية الا أنهم استحسنوا جوازها في كل حق لا يسقط بالشبهة لشدة الاحتياج اليها لان الاصل قد يعجز عن أدائها لبعض العوارض فلو لم يجز لأدى الى ابطال الحقوق ولهذا جوزت وان كثرت أعني الشهادة على الشهادة وان بعدت (الا أن فيها شبهة) أي لكن فيها شبهة البدلية لان البدل لا يصار اليه الا عند العجز عن الاصل وهذه كذلك واعترض بأنه لو كان فيها معنى البدلية لما جاز الجمع بينهما لعدم جوازه بين البدل والمبدل لكن لو شهد أحد الشاهدين وهو أصل وآخران على شهادة شاهد آخر جاز وأجيب بان البدلية انما هي في المشهود به فان المشهود به بشهادة الفروع هو شهادة الاصول والمشهود به بشهادة الاصول هو ما عاينوه مما يدعيه المدعي واذا كان كذلك لم تكن شهادة الفروع بدلا عن شهادة الاصول فلم يمتنع اتمام الاصول بالفروع واذا ثبت البدلية فيها لا تقبل فيما يسقط بالشبهات كشهادة النساء مع الرجال وقوله (أو من حيث ان فيها زيادة احتمال) معطوف على قوله من حيث البدلية يعني أن فيها شبهة من حيث ان فيها زيادة احتمال فان في شهادة الاصول تهمة الكذب لعدم العصمة وفي شهادة الفروع تلك التهمة مع زيادة تهمة كذبهم مع امكان الاحتراز بجنس الشهود بان يزيدوا في عدد الاصول عند اشهادهم حتى ان تعذر اقامة بعض قام بها الباقون فلا تقبل في الحدود والقصاص

﴿باب الشهادة على الشهادة﴾

قال (الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة) وهذا استحسان لشدة الحاجة اليها اذ شاهد الاصل قد يعجز عن أداء الشهادة لبعض العوارض فلو لم تجز الشهادة على الشهادة أدى الى ابطال الحقوق ولهذا جوزنا الشهادة على الشهادة وان كثرت الا أن فيها شبهة من حيث البدلية أو من حيث ان فيها زيادة احتمال وقد أمكن الاحتراز عنه بجنس الشهود فلا تقبل فيما تندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص

﴿باب الشهادة على الشهادة﴾

لما فرغ من بيان أحكام شهادة الاصول شرع في بيان أحكام شهادة الفروع (قوله الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق يثبت مع الشبهة) فخرج ما لا يثبت معها وهو الحدود والقصاص فأما التعزير ففي الاجناس من نوادر ابن رستم عن محمد يجوز في التعزير العفو والشهادة على الشهادة ونص الفقيه أبو الليث على ان كتاب القاضي الى القاضي لا تجوز فيه الشهادة على الشهادة وفي فتاوى قاضيخان الشهادة على الشهادة جائزة في الاقارير والحقوق وأقضية القضاة وكتبهم وكل شئ الا الحدود والقصاص وبقولنا هذا قال أحمد والشافعي في قول وأصح قوليه وهو قول مالك تقبل في الحدود والقصاص أيضا لان الفروع عدول وقد نقلوا شهادة الاصول فالحكم بشهادة الاصول لا بشهادتهم وصاروا كالمترجم وسيندفع (قوله وهذا استحسان) أي جواز الشهادة على الشهادة والقياس أن لا تجوز لانها عبادة بدنية وجبت على الاصل وليست بحق للمشهود له حتى لا تجوز الخصومة فيها والاجبار عليها والنيابة في العبادة البدنية لا تجوز لان كون قول انسان ينفذ على مثله ويلزمه ما نسبه اليه وهو ينفيه ويبرأ منه انما عرف حجة شرعا عند قدر من احتمال الكذب وهو ما في شهادة الاصول لعدم العصمة من الكذب والسهو فلا يكون حجة كذلك عند زيادة الاحتمال فكيف اذا كان الثابت ضعف ذلك الاحتمال وهو في شهادة الفرعين وان اختلف محل الاداء لان محله في الاصلين في اثبات حق المدعي وفي الفرعين ما يشهدان به من شهادة الاصلين ثم يرجع الى الحق المدعى به لكن لما كان الشاهد قد يعجز عن الاداء لموته أو لغيبته أو مرضه فيضيع الحق أثبتها أهل الاجماع صيانة لحقوق الناس لا يقال يستغنى عن ذلك بجنس الشهود بان يستشهد على كل حق عشرة مثلا فيبعد موت الكل قبل دعوى المدعي لانا نقول

﴿باب الشهادة على الشهادة﴾

(قال المصنف الا أن فيها شبهة من حيث البدلية الخ) أقول فان الشهادة عبادة بدنية ولا تجري البدلية في العبادة وليس في وجه الاستحسان ما يدفعه (قوله لعدم الاجبار) أقول أي لعدم الاجبار على الشهادة (قوله الا أن فيها شبهة البدلية) أقول انما قال شبهة البدلية لما سيجيء ممن أن البدلية حقيقة ليس الا في المشهود به أو الاضافة بيانية (قوله لعدم جوازه) أقول فيه اعمال الضمير في الظرف (قوله بين البدل والمبدل) أقول كالتيمم والوضوء وغسل الرجل ومسحها (قوله وأجيب بان البدلية الخ) أقول ويجوز أن يجاب بانه ليس فيما ذكره من الصور الجمع بين البدل والمبدل لظهور أن الفرعين ليسا ببدل عن الذي شهد معهما بل عن الذي لم يحضر هكذا سمع للبال الفاتر ثم رأيت في شرح الكنز للعلامة الزيلعي انه جاب بهذا فشكرت الله تعالى (قوله فان المشهود به الخ) أقول فعلى هذا يجب أن لا يجوز الجمع بين ذينك المشهود بهما فليتأمل (قوله واذا ثبت البدلية) أقول أي شبهتها

(وتجوز شهادة شاهدين على شهادة شاهدين) وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز الا الاربع على كل أصل اثنان لان كل شاهدين قائمان مقام شاهد واحد فصارا كالمرأتين ولنا قول علي رضي الله عنه لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين ولان نقل شهادة الاصل من الحقوق فهما شهدا بحق ثم شهدا بحق آخر فتقبل (ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد) لما روينا

المدعى جاز كونه وارث وارث صاحب الحق على مثله وقد انقرض الكل فالحاجة متحققة اليها ولما كانت الحقوق منها ما يحتاط في اثباته ومنها ما أوجب الشرع الاحتياط في درئه وهو الحدود والقصاص لو أجزنا فيها الشهادة على الشهادة مع ثبوت ضعف احتمال الكذب كان خلافا الشرع والمصنف عالل بهذا وبما فيها من شبهة البدلية فاورد على هذا لو كانت بدلا لم تجز شهادة أصل مع فرعين اذ البدل لا يجامع الاصل ولا شيأ منه وأجيب بان البدلية هنا بحسب المشهود به فانا علمنا بثبوت المشهود به للاصول فيه شبهة كما ذكرنا وبالشهادة على شهادتهم تمكنت فيه شبهة أخرى لا بحسب شهادة الاصول لان شهادتهم عيان ولا يخفى ما فيه وبعد تحمله يرده الى التعليل الآخر وهو كثرة الاحتمال بتأمل يسير فلا يكونان تعليلين وهو خلاف ما ذكره المصنف لاجرم أن أصل السؤال غير وارد لانه انما يرد على حقيقة البدلية والمصنف انما قال فيه شبهة البدلية لا حقيقتها فان قيل ذكر في المبسوط أن الشاهدين لو شهدا على شهادة شاهدين أن قاضي بلد كذا حد فلانا في قذف تقبل حتى ترد شهادة فلان أجيب بان لا نقض فان المشهود به فعل القاضي وهو مما يثبت مع الشبهات والمراد من الشهادة بالحدود الشهادة بوقوع أسبابها الموجبة لها فأورد أن فعل القاضي موجب لردها وردها من حده فهو موجب للحد أجيب بالمنع بل الموجب لردها ان كان من حده ما يوجب الحد والذي يوجبه هو القذف نفسه على أن في المحيط ذكر محمد في الزيادات لا تقبل هذه الشهادة (قوله وتجوز شهادة شاهدين) أو شهادة رجل وامرأتين (على شهادة شاهدين) يعني اذا شهدا على شهادة كل من الشاهدين فيكون لهما شهادتان شهادتهما معا على شهادة هذا وشهادتهما أيضا على شهادة الآخر أما لو شهدا على شهادتهما يعني شهد واحد على شهادة أصل والآخر على شهادة الاصل الآخر فلا يجوز الا على قول مالك على ما نقل عنه في كتب أصحابنا لكن في كتب أصحابه أنه لا يجوز وفي الجملة ان على قول أحمد وابن أبي ليلى وابن شبرمة والحسن البصري والعنبري وعثمان البتي واسحق تجوز الشهادة لان الفرع قائم مقام الاصل بمنزلة رسوله في ايصال شهادته الى مجلس القضاء فكانه شهد بنفسه واعتبروه برواية الاخبار (ولنا ما روى عن علي رضي الله عنه لا تجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين) ذكره المصنف وهو بهذا اللفظ غريب والذي في مصنف عبد الرزاق انا ابراهيم بن أبي يحيى الاسلمي عن حسين بن ضمرة عن أبيه عن جده عن علي قال لا يجوز على شهادة الميت الا رجلان وأسند ابن أبي شيبة حدثنا وكيع عن اسمعيل الازرق عن الشعبي قال لا تجوز شهادة الشاهد على الشاهد حتى يكونا اثنين ولان شهادة كل من الاصلين هي المشهود بها فلا بد أن يجتمع على كل مشهود به شاهدان حتى لو كانت امرأة شاهدة مع الاصول لا يجوز على شهادتها الا رجلان أو رجل وامرأتان وقال الشافعي في أحد قوليه لا تجوز واختاره المزني لان الفرعين يقومان مقام أصل واحد كالمرأتين ولا تقوم الحجة بهما كالمرأتين لما قاما مقام الرجل الواحد لا يقضي بشهادتهما ولان أحدهما لو كان أصلا فشهد شهادة ثم شهد مع فرع على شهادة الاصل الآخر لا تجوز اتفاقا فكذا اذا شهدا جميعا على شهادة الاصلين وفي قول آخر للشافعي تجوز كقولنا وهو قول مالك وأحمد لما روينا من قول علي رضي الله عنه فانه باطلاقه ينتظم محل النزاع ولان حاصل أمرهما أنهما شهدا بحق هو شهادة أحد الاصلين ثم شهدا بحق آخر هو

الشافعي رحمه الله لا يجوز الا أن يشهد على شهادة كل واحد منهما شاهدان غير اللذين شهدا على شهادة الآخر فذلك أربع على كل أصل اثنان لان كل شاهدين قائمان مقام واحد فصارا كالمرأتين لما قاما مقام رجل واحد لم تتم حجة القضاء بشهادتهما (ولنا قول علي رضي الله عنه لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين) فانه باطلاقه يفيد الاكتفاء باثنين من غير تقييد بان يكون بازاء كل أصل فرعان (ولان نقل الشهادة) معطوف على قوله ولنا قول على معنى ومعناه ان نقل شهادة الاصل حق من الحقوق فاذا شهدا بها فقد تم نصاب الشهادة ثم اذا شهدا بشهادة الآخر شهدا بحق آخر غير الاول بخلاف شهادة المرأتين فان النصاب لم يوجد لانهما بمنزلة رجل واحد ولا تقبل شهادة واحد على واحد خلافا لمالك قال الفرع قائم مقام الاصل معبر عنه بمنزلة رسوله في ايصال شهادته الى مجلس القاضي فكانه حضر وشهد بنفسه واعتبر هذا برواية الاخبار فان رواية الواحد عن الواحد مقبولة ولنا ما روينا عن علي رضي الله عنه

(قوله فانه باطلاقه يفيد الاكتفاء باثنين الخ) أقول يتطرقه

وهو ظاهر الدلالة على المراد ولانه حق من الحقوق فلا بد من نصاب الشهادة بخلاف رواية الاخبار قال (وصفة الاشهاد أن يقول شاهد الاصل الخ) لما فرغ من بيان وجه مشروعيته لكيفية الشهود الفروع شرع في بيان كيفية الاشهاد وأداء الفروع فقال وصفة الاشهاد أن يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع اشهد على شهادتي اني أشهد أن فلان بن فلان أقر عندي بكذا وأشهدني على نفسه لان الفرع كالنائب عن الاصل فلا بد من التحميل والتوكيل على ما مر وانما قال كالنائب عنه لما مر أن الفرع ليس بنائب عن الاصل في شهادته بل في المشهود به ولا بد أن يشهد (٧٦) الاصل عند الفرع كما يشهد الاصل عند القاضي لينقله مثل ما سمعه ويجوز أن يكون معناه كما يشهد الفرع عند القاضي والاول أوضح لقوله لينقله الى مجلس القضاء وان لم يقل الاصل عند التحميل أشهدني على نفسه جاز لان من سمع اقرار غيره حل له الشهادة وان لم يقل له اشهد قال (ويقول شاهد الفرع الخ) هذا بيان كيفية أداء الفروع الشهادة (يقول شاهد الفرع عند الاداء أشهد أن فلان بن فلان أشهدني على شهادته أن فلانا أقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك لانه لا بد من شهادته أعني الفرع وذكر شهادة الأصل وذكر التحميل) والعبارة المذكورة تنفي بذلك كله وهو أوسط العبارات (ولها) أي لشهادة الفروع عند الاداء (لفظ أطول من هذا) وهو أن يقول الفرع عند القاضي أشهد أن فلانا شهد عندي أن لفلان على فلان كذا من المال وأشهدني على شهادته فأمرني أن أشهد على شهادته وأنا أشهد على شهادته بذلك الآن فذلك ثمان شينات والمذكور أولا خمس شينات (وأقصر منه) وهو أن يقول الفرع عند القاضي أشهد على شهادة فلان بكذا وفيه شينان ولا يحتاج الى زيادة شئ وهو اختيار الفقيه أبي الليث وأستاذه أبي جعفر وهكذا ذكره محمد في السير الكبير

وهو حجة على مالك رحمه الله ولانه حق من الحقوق فلا بد من نصاب الشهادة (وصفة الاشهاد أن يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع اشهد على شهادتي أني أشهد أن فلان بن فلان أقر عندي بكذا وأشهدني على نفسه) لان الفرع كالنائب عنه فلا بد من التحميل والتوكيل على ما مر ولا بد أن يشهد كما يشهد عند القاضي لينقله الى مجلس القضاء (وان لم يقل أشهدني على نفسه جاز) لان من سمع اقرار غيره حل له الشهادة وان لم يقل له اشهد (ويقول شاهد الفرع عند الاداء أشهد أن فلانا أشهدني على شهادته أن فلانا أقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك) لانه لا بد من شهادته وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل ولها لفظ أطول من هذا وأقصر منه

شهادة الاصل الآخر ولا مانع من أن يشهد شاهدان بحقوق كثيرة بخلاف أداء الاصل بشهادة نفسه ثم بشهادته على الاصل الآخر مع آخر فانه انما لا يجوز لان فيه يجتمع البدل والمبدل منه بخلاف ما لو شهد شاهد به وشهد اثنان على شهادة الاصل الآخر حيث يجوز وقوله (وهو حجة على مالك) فيه تطر اذ كتبهم ناطقة بان شهادة الواحد على الاصل لا تجوز وما ذكره المصنف رواية عنه وانما نقل هذا عمن تقدم ذكره في الجملة لما تقدم من أن الفرع كرسول وكرواية الاخبار ويدفعه ما ذكرنا عن علي رضي الله عنه ولان كل واحد حق فلا يثبت الا باثنين وذكر في المستوعب للحنابلة عن أحمد لا بد من أربعة فروع ليشهد كل فرعين على واحد من الاصلين (قوله وصفة الاشهاد) أي اشهاد شاهد الاصل شاهد الفرع (أن يقول شاهد الاصل له اشهد على شهادتي أني أشهد أن فلان ابن فلان أقر عندي بكذا وأشهدني على نفسه) وانما شرط اشهاد الاصل الفرع في شهادة الفرع (لانه كالنائب عنه فلا بد من الاستنابة) وذلك بالتحميل بخلاف شهادة الاصل تجوز على المقر وان لم يحمله وكذا كل من شاهد أمرا غير الشهادة له أن يشهد به وان لم يحمل كالاقرار والبيع والغصب (على ما مر) يعني في فصل ما يتحمله الشاهد وانما لم يقل لانه نائبه لانه لو كان حقيقة النائب لم يجز القضاء بشهادة فرع على شهادة فرع وأصل وأصل لامتناع الجمع بين الاصل والخلف لكنه جائز وقوله (ولا بد أن يشهد) أي شاهد الاصل عند الفرع (كما يشهد) شاهد الاصل (عند القاضي لينقله الفرع الى مجلس القضاء وان لم يذكر) شاهد الاصل في شهادته عند الفرع قوله (وأشهدني) يعني المقر (على نفسه) بذلك (جاز) لما ذكرنا آنفا من الفرق واذا وقع التحميل بما ذكر (فيقول شاهد الفرع عند الاداء أشهد أن فلان بن فلان) ويعرفه (أشهدني على شهادته أن فلانا أقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك) فلا بد من ذكر الفرع بر شاهد الاصل فلزم فيه خمس شينات وذلك (لانه لا بد للفرع من شهادته وذكر شهادة الاصل والتحميل) قال المصنف (ولها) أي لشهادة الاداء من الفرع (لفظ أطول من هذا وأقصر) أما الاطول فان يقول أشهد أن فلانا شهد عندي ان لفلان على فلان كذا وأشهدني على شهادته وأمرني أن أشهد على شهادته وأنا

(قوله وذكر التحميل) أقول يكفي في ذكر التحميل أشهدني على شهادته أو اشهد على شهادتي فاحدهما مغن عن الآخر فينبغي أن يكتفى بثلاث شينات

(ومن قال أشهدني فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول له اشهد على شهادتي لانه لابد من التحميل) بالاتفاق أما عند محمد فلان القضاء عنده يقع بشهادة الاصول والفروع حتى اذا رجعوا جميعا اشتركوا في الضمان يعني يتخير المشهود عليه بين تضمين الاصول والفروع وذلك انما يكون بطريق التوكيل ولا توكيل الا بأمره وأما عندهما فلانه وان لم يكن بطريق التوكيل حتى لو أشهد انسانا على نفسه ثم منعه عن الاداء لم يصح منعه وجازله أن يشهد على شهادته لكن لابد له من نقل شهادة الاصول الى مجلس الحكم لتصير الشهادة حجة فانها ليست بحجة في نفسها مالم تنقل ولابد للنقل من التحميل ولقائل أن يقول كلام المصنف مضطرب لانه جعل المطلوب في كلامه التحميل واستدل عليه بقوله لانه لابد من النقل ليصير حجة وعطف عليه فيظهر بالنصب وذلك يقتضي أن يكون التحميل مما يحصل بعد النقل والنقل لا يكون الا بالتحميل ذكر في الفوائد الظهيرية قولهم في هذا الموضع لان الشهادة لا تكون حجة الا في مجلس القاضي فلا يحصل العلم للقاضي بقيام الحق بمجرد شهادة الاصل مزيف

وخير الامور أوسطها (ومن قال أشهدني فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول له اشهد على شهادتي) لانه لابد من التحميل وهذا ظاهر عند محمد رحمه الله لان القضاء عنده بشهادة الفروع والاصول جميعا حتى اشتركوا في الضمان عند الرجوع وكذا عندهما لانه لابد من نقل شهادة الاصول ليصير حجة فيظهر تحميل ما هو حجة

(قوله يعني يتخير المشهود عليه) أقول كما يجيء في باب الرجوع عن الشهادات (قال المصنف فيظهر تحميل ما هو حجة) أقول فيه بحث فان المقصود اثبات وجوب التحميل فمن أين يثبت وجود التحميل حتى يستقيم قوله فيظهر تحميل ما هو حجة ولا يبعد أن يجعل التحميل بمعنى التحمل كما في قوله تعالى بفاحشة مبينة ويصح الكلام حينئذ على ما أشار اليه الشيخ أكمل الدين في فصل ما يتحمله الشاهد وقال الاتقاني قوله فيظهر بالنصب جواب النفي وهو قوله لابد ويجوز أن يقال انه عطف على قوله ليصير اه وفيه بحث (قوله وذلك يقتضي أن يكون التحميل مما يحصل بعد النقل الخ) أقول هذا مسلم بل اللازم ظهور كون التحمل مما هو حجة بعد النقل (قوله قولهم في هذا الموضع الخ) أقول على ما مر في الهداية في فصل ما يتحمله الشاهد وأشار اليه هنا ثم اعلم أن قوله قولهم مبتدأ وخبره قوله مزيف (قوله فلا يحصل العلم للقاضي) أقول هكذا فيما ظفرنا به من نسخ العناية ومعراج الدراية ولعله سهو والصحيح فلا يحصل العلم للفرع

الآن أشهد على شهادته بذلك فيلزم ثمان شينات وأما الاقصر فان يقول الفرع أشهد على شهادة فلان بان فلانا أقر عنده بكذا ففيه شينان وهو اختيار الفقيه أبي الليث وأستاذه أبي جعفر وحكى فتوى شمس الائمة السرخسي به وهكذا ذكره محمد في السير الكبير وبه قالت الائمة الثلاثة وحكى أن فقهاء من أبي جعفر خالفوا واشترطوا زيادة تطويل فاخرج أبو جعفر الرواية من السير الكبير فانقادوا له قال في الذخيرة فلو اعتمد أحد على هذا كان أسهل وكلام المصنف يقتضي ترجيح كلام القدوري المشتمل على خمس شينات حيث حكاه وذكر أن ثم أطول منه وأقصر ثم قال (وخير الامور أوساطها) وذكر أبو نصر البغدادي شارح القدوري أقصر آخر وهو ثلاث شينات قال ويمكن الاقتصار من جميع ذلك على ثلاث لفظات وهو أن يقول أشهد أن فلانا أشهدني على شهادته أن فلانا أقر عنده بكذا ثم قال وماذكر صاحب الكتاب يعني القدوري أولى وأحوط ثم حكى خلافا بين أبي حنيفة ومحمد وبين أبي يوسف في أن قوله وقال لي اشهد على شهادتي شرط عند أبي حنيفة ومحمد فلا يجوز تركه وعند أبي يوسف يجوز قال وجه قولهما انه لما لم يقله احتمل أن يكون أمره أن يشهد مثل شهادته وهو كذب ويحتمل انه أمره على وجه التحميل فلا يثبت الثاني بالشك ولابي يوسف ان أمر الشاهد محمول على الصحة ما أمكن فيحمل لذلك على التحميل انتهى والوجه في شهود الزمان القول بقولهما وان كان فيهم العارف المتدين لان الحكم للغالب خصوصا المتخذ بها مكسبة للدراهم وقولهم في اعطاء الصورة أشهد على شهادة فلان ونحوها المراد منه التمثيل والا فلابد أن يعرف شاهد الاصل قال في الفتاوى الصغرى شهود الفرع يجب عليهم أن يذكروا أسماء الاصول وأسماء آبائهم وأجدادهم حتى لو قالا نشهد أن رجلين نعرفهما أشهدانا على شهادتهما أنهما يشهدان بكذا وقالا لا نسميهما أو لا نعرف أسماءهما لم تقبل لانهما تحملا مجازفة لا عن معرفة (قوله ومن قال أشهدني الخ) أي اذا قال شاهد عند آخر أشهدني فلان على نفسه بكذا لا يسع السامع أن يشهد على شهادته حتى يقول له اشهد على شهادتي بذلك ووجهه المصنف بانه لابد من التحميل أما عند محمد فلانه يقول باشتراك الاصول والفروع في الضمان اذا رجعوا ومعنى هذا أن محمدا يخير المشهود عليه بين تضمين الفروع والاصول وليس المراد ما يعطيه ظاهر اللفظ من أنه يضمن الكل معا فان اختار تضمين الفروع لا يرجعون على الاصول بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب يتخير المغصوب منه في تضمين أيهما شاء فان ضمن الغاصب رجع على غاصبه وأما عندهما فقال فلانه لابد من التحميل (لانه لابد من النقل) يعني الى مجلس القاضي (ليصير حجة فيظهر) بالنقل (تحميل ما هو حجة) يعني شهادة الاصول وهذا الكلام يقتضي أن

لان الفرع لايسعه الشهادة على الشهادة وان كان الاصل شهد بالحق عند القاضي في مجلسه فلابد من طريق آخر وهو أن الشهادة على الشهادة لاتجوز الا بالتحميل والتوكيل ووجه ذلك أن الاصل له منفعة في نقل الفرع شهادته من وجه وهو أن الشهادة مستحقة على الأصل يجب عليه اقامتها وبأتم بكمالها متى وجد الطلب ممن له الحق كما لو كان عليه دين ومن عليه الدين اذا تبرع انسان بقضائه عنه يجوز وان لم يكن بأمره فباعتبار هذا لايشترط الامر لصحتها غير أن فيها مضرة من حيث انها جهة في بطلان ولايته في تنفيذ قوله على المشهود عليه وابطال ولايته بدون أمره مضرة في حقه فباعتبار هذا يشترط الامر وصار كمن له ولاية في انكاح الصغيرة اذا أنكحها أجنبي بغير أمره لايجوز لما فيه من ابطال الولاية عليه وهذا كلام حسن لسد الخلل وأما عبارة المشايخ فهي مشكلة ليس فيها اشعار بالمطلوب وقد تقدم لنا في هذا البحث كلام في أول الشهادات بوجه آخر مفيد والله أعلم قال (ولاتقبل شهادة الفرع الخ) قد تقدم أن مجوز الشهادة على الشهادة مساس الحاجة فلا تجوز مالم يوجد ولاتقبل الا أن يموت الاصول

أو يغيبوا مسيرة ثلاثة أيام أو يمرضوا مرضا يمنعهم الحضور الى مجلس الحكم لان الحاجة تتحقق بهذه الاشياء لعجز الاصول عن اقامتها وانما اعتبر السفر لان العجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكما حتى أدير عليها عدة أحكام كقصر الصلاة والفطر وامتداد المسح وعدم وجوب الاضحية والجمعة وحرمة خروج المرأة بلا محرم أو زوج

قال (ولاتقبل شهادة شهود الفرع الا أن يموت شهود الاصل أو يغيبوا مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا أو يمرضوا مرضا لايستطيعون معه حضور مجلس الحاكم) لان جواز ها للحاجة وانما تمس عند عجز الاصل وبهذه الاشياء يتحقق العجز وانما اعتبرنا السفر لان العجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكما حتى أدير عليها عدة من الاحكام فكذا سبيل هذا الحكم

(قوله لان الفرع لايسعه الى قوله عند القاضي في مجلسه) أقول فيه بحث فانه لو أراد انه لايسعه بعد ماشهد في مجلس القاضي ولم يحكم بموجبها فذلك كذلك الا انه لايلزمهم فان مرادهم أنها لاتكون حجة الا في مجلس القاضي اذا حكم بموجبها وان اراد أنه لايسعه بعد الحكم بها فذلك لكونها لغوا من الكلام اذ يجب عليه أن يشهد بحكم القاضي حينئذ فليتأمل (قوله ووجه ذلك أن الاصل الخ) أقول مراد القوم أيضا ليس الا ذلك كما لايخفى على ذي تأمل فان الولاية تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى فما لم يحكم القاضي بشهادته لايظهر أن للاصول ولاية ولا يوجد ابطال ولايته فقولهم لايكون حجة الا في مجلس القاضي اشارة الى هذا المعنى (قوله لما فيه من ابطال الولاية عليه) أقول الى هنا كلام الفوائد الظهيرية (قوله وقد تقدم لنا الخ) أقول في فصل مايتحمله الشاهد وقد تقدم لنا كلام على كلامه هناك فراجعه قال المصنف (وبهذه الاشياء الخ) أقول الظاهر أن تقديم الجار لافادة الحصر قال المصنف (والثاني أرفق) أقول أي بارباب الحقوق من الناس فان الشهود ربما لايقيمون الحسبة من مسيرة السفر لما فيه من الحرج فيتوى الحقوق خصوصا في ذلك الزمان الذي ظهر التواني في الامور الدينية أو المراد الرفق بالشهود حيث لا يكلف مافيه حرج عليه ولا يلزمه مشقة الحضور والظاهر هو الاول بشهادة السياق

وامتداد

(وعن أبي يوسف أنه ان كان في مكان لو غد الاداء الشهادة لا يستطيع أن يبيت في أهله صح له الاشهاد) دفعا للحرج و(احياء لحقوق الناس قالوا الاول) أي التقدير بثلاثة أيام (أحسن) لان العجز شرعا يتحقق به كما في سائر الاحكام التي عددناها فكان موافقا لحكم الشرع فكان أحسن (والثاني أرفق وبه أخذ الفقيه أبو الليث) وكثير من المشايخ وروى عن أبي يوسف (٧٩) ومحمد انها تقبل وان كانوا في المصر لانهم

وعن أبي يوسف رحمه الله أنه ان كان في مكان لو غد الاداء الشهادة لا يستطيع أن يبيت في أهله صح الاشهاد احياء لحقوق الناس قالوا الاول أحسن والثاني أرفق وبه أخذ الفقيه أبو الليث قال (فان عدل شهود الاصل شهود الفرع جاز) لانهم من أهل التزكية (وكذا اذا شهد شاهدان فعدل أحدهما الآخر صح) لما قلنا غاية الامر أن فيه منفعة من حيث القضاء بشهادته لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه كيف وان قوله في حق نفسه وان ردت شهادة صاحبه

وامتداد مسح الخف وعدم وجوب الاضحية والجمعة (وعن أبي يوسف أنه ان كان في مكان لا يستطيع أن يبيت في أهله لو غد الاداء الشهادة صح شهادة الفروع احياء لحقوق الناس قالوا الاول أحسن) يعني من جهة الدليل لموافقته لحكم الشرع (والثاني أرفق احياء لحقوق الناس) وفي الذخيرة كثير من المشايخ أخذوا بهذه الرواية (وبه أخذ الفقيه أبو الليث) وذكره محمد في السير الكبير وعن محمد تجوز الشهادة كيفما كان حتى روى انه اذا كان الاصل في زاوية المسجد فشهد الفرع في زاوية أخرى تقبل وقال الامام السرخسي وغيره يجب أن تجوز على قولهما خلافا لابي حنيفة بناء على جواز التوكيل بالخصومة يجوز عندهما بلا رضا الخصم وعنده لا الا برضاه والاقطع صرح به عنهما فتقال وقال أبو يوسف ومحمد تقبل وان كانوا في المصر * (فروع) خرس الاصلان أو عميا أو جنا أو ارتدا والعياذ بالله تعالى أو فسقا لم تجز شهادة الفروع وتجوز شهادة الابن على شهادة الاب دون قضائه في رواية والصحيح الجواز فيهما ولو شهدوا حد على شهادة نفسه وآخران على شهادة غيره صح وتقبل الشهادة في النسب وكتب القاضي الى القاضي وفي الاصل لو شهد رجلان على شهادة رجل وشهد أحدهما على شهادة نفسه في ذلك الحق فهو باطل لان شهادة الاصل الحاضر على شهادة الاصل الغائب غير مقبولة لانها لو قبلت ثبت بشهادة الاصل الحاضر ثلاثة أرباع الحق نصفه بشهادته وحده وربعه بشهادته مع آخر على شهادة الاصل الغائب ولا يجوز أن يثبت بشهادة الواحد ثلاثة أرباع الحق كذا ذكره الامام السرخسي ولم يزد في شرح الشافي على تعليله بان شهادته بشهادة نفسه أصل وشهادته على غيره بدل ولا يجتمعان بخلاف ما لو شهدوا حد على شهادة نفسه وآخران على شهادة آخر يصح ولو شهدا على شهادة رجلين بشئ ولم يقض بشهادتهما حتى حضر الاصلان ونهيا الفروع عن الشهادة صح النهي عند عامة المشايخ وقال بعضهم لا يصح والاظهر الاول وتقبل الشهادة على الشهادة وان كثروا سمعا قول حاكم حكمت بكذا على هذا ثم نصب حاكم غيره لهما ان يشهدا أن القاضي قضى عليه وان كانا سمعا من القاضي في المصر أو سواده في رواية الحسن عن أبي حنيفة وهو الاقيس وعن أبي يوسف لا يجوز ان سمعاه في غير مجلس القاضي وهذا أحوط (قوله فان عدل شهود الاصل الخ) شهود الاصل منصوب مفعولا وشهود الفرع فاعل والحاصل أنه اذا شهد الفرعان فان علم القاضي عدالة كل من الفروع والاصول قضى بموجب الشهادة وان لم يعلم عدالة الاصول وعلم عدالة الفروع سأل الفروع عن عدالة الاصول فان عدلوهم جاز لانهم من أهل التزكية فتقبل (وكذا الو شهد اثنان فعدل أحدهما) وهو معلوم العدالة للقاضي (الآخر جاز) خلافا لقول بعض المشايخ انه لا يجوز لانه متهم في ذلك حيث كان بتعديله رفيقه يثبت القضاء بشهادته وذلك ما أشار اليه المصنف بقوله (غاية الامر أن فيه منفعة الى آخره لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه) يعني أن شهادة نفسه

ينقلون قولهم فكان كنقل اقرارهم (فان عدل شهود الاصل شهود الفروع جاز) وحاصل ذلك أن الفرعين اذا شهدا على شهادة أصلين فهو على وجوه أربعة اما أن يعرفهما القاضي أولا يعرفهما أو عرف الاصول دون الفروع أو بالعكس فان عرفهما بالعدالة قضى بشهادتهما وان لم يعرفهما يسأل عنهما وان عرف الاصول دون الفروع يسأل عن الفروع وان عرف الفروع يسأل عن الاصول فان عدل الفروع الاصول تثبت عدالتهم بذلك في ظاهر الرواية لانهم من التزكية لكونهم على صفة الشهادة (وكذا اذا شهد شاهدان فعدل أحدهما الآخر صح لما قلنا) انه من أهل التزكية وقوله (غاية الامر) رد لقول من يقول من المشايخ لا يصح تعديله لانه يريد تنفيذ شهادة نفسه بهذا التعديل فكان متهما فأشار الى رده بقوله غاية الامر أي غاية ما يرد فيه من أمر الشبهة أن يقال ينبغي أن لا يصح تعديله لانه متهم بسبب (أن في تعديله منفعة) له من حيث تنفيذ القاضي قوله على ما شهد به (لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه) فانه يحتمل أن يقال انما شهد فيما شهد ليصير مقبول القول فيما بين الناس عند تنفيذ القاضي قوله على موجب ما شهد به وان لم يكن له شهادة فيه في الواقع (كيف) يكون ذلك مانعا وانه ليس له في الحقيقة نفع يفوت بترك التعديل (لان قوله في نفسه مقبول وان ردت شهادة صاحبه) حتى اذا انضم اليه

غيره من العدول حكم القاضي بشهادتهما (فلا تهمة وان سكتوا عن تعديلهم) وقالوا لا نخبر لك (جازت) شهادتهم (و) لكن (ينظر القاضي في حال الاصول) بان يسأل من المزكين غير الفروع (عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد لا تقبل) شهادة الفروع (لانه لا شهادة الا بالعدالة فاذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل ولابي يوسف ان المأخوذ عليهم نقل الشهادة دون تعديل الاصول لان التعديل قد يخفى عليهم فاذا نقلوا) فقد أقاموا ما وجب (٨٠) عليهم ثم القاضي (يتعرف العدالة كما اذا حضر الاصول بأنفسهم فشهدوا) واذا قالوا

فلا تهمة قال (وان سكتوا عن تعديلهم جاز ونظر القاضي في حالهم) وهذا عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا تقبل لانه لا شهادة الا بالعدالة فاذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا يقبل ولابي يوسف رحمه الله ان المأخوذ عليهم النقل دون التعديل لانه قد يخفى عليهم واذا نقلوا يتعرف القاضي العدالة كما اذا حضروا بانفسهم وشهدوا قال (وان أنكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع) لان التحميل لم يثبت للتعارض بين الخبرين وهو شرط

لا نعرف ان الاصول عدول أولا قيل ذلك وقولهم لا نخبر لك سواء وكانه أشار اليه بقوله فاذا لم يعرفوها وقال شمس الائمة الحلواني لا يرد القاضي شهادة الفروع ويسأل عن الاصول غيرهما وهو الصحيح لان شاهد الاصل بقي مستورا (وان أنكر شهود الاصول الشهادة) بان قالوا ما نافي هذه الحادثة شهادة ثم جاء الفروع يشهدون بشهادتهم (لم تقبل شهادة شهود الفرع لان التحميل لم يثبت بالتعارض بين خبر الاصول وخبر الفروع وهو) أي التحميل (شرط) صحة شهادة الفروع

تتضمن مثل هذه المنفعة وهي القضاء بها فكما أنه لم يعتبر الشرع مع عدالته ذلك مانعا كذا ما نحن فيه (وان سكتوا) أي الفروع عن تعديل الاصول حين سألهم القاضي (جازت) شهادة الفروع (ونظر القاضي) في حال الاصول فان عدلهم غيرهم قضى والا لا (وهذا عند أبي يوسف وقال محمد) اذا سكتوا أو قالوا لا نعرف عدالتهم (لا تقبل) شهادة الفروع لان قبولها باعتبار انها نقل شهادة ولم تثبت شهادة الاصول فلا تقبل شهادة الفروع (ولابي يوسف ان المأخوذ) أي الواجب (على الفروع ليس الا النقل) ما حملهم الاصول (دون تعديلهم) فانه قد يخفى حالهم عنهم فانهم اذا نقلوا ما حملوهم على القاضي أن يتعرف حالهم منهم أو من غيرهم وصار كما لو حضر الاصول بنفسهم وشهدوا وحينئذ ظهر أن ليس سؤال القاضي الفروع عن الاصول لازما عليه بل المقصود أن يتعرف حالهم غير أن الفروع حاضرون وهم أهل التزكية ان كانوا عدولا فسؤالهم أقرب للمسافة من سؤال غيرهم فان كان عندهم علم فقد قصرت المسافة والا احتاج الى تعرف حالهم من غيرهم كذا ذكر الخلاف الناصحي في تهذيب أدب القاضي للخصاف وصاحب الهداية وذكر شمس الائمة فيما اذا قال الفروع حين سألهم القاضي عن عدالة الاصول لا نخبر لك بشئ لم تقبل شهادتهما أي الفروع في ظاهر الرواية لان هذا ظاهر في الجرح كما لو قالوا انتهمهم في هذه الشهادة ثم قال وروى عن محمد رحمه الله أنه لا يكون جرحا لانه يحتمل كونه توقيفا في حالهم فلا يثبت جرحا بالشك انتهى وعن أبي يوسف مثل هذه الرواية عن محمد أنها تقبل ويسأل غيرهما ولو قالا لا نعرف عدالتهما ولا عدمها فكذا الجواب فيما ذكره أبو علي السغدي وذكر الحلواني انها تقبل ويسأل عن الاصول وهو الصحيح لان الاصل بقي مستورا فيسأل عنه وذكر هشام عن محمد في عدل أشهد على شهادته شاهدين ثم غاب غيبة منقطعة نحو عشرين سنة ولا يدري أهو على عدالته أم لا فشهدا على تلك الشهادة ولم يجد الحاكم من يسأله عن حاله ان كان الاصل مشهورا كأبي حنيفة وسفيان الثوري قضى بشهادتهما عنه لان عثرة المشهور يتحدث بها وان كان غير مشهور لا يقضي به ولو أن فرعين عدلا وما عدالتهما شهدا عن أصل وقالا لا نخبر فيه وزكاه غيرهما لا تقبل شهادتهما وان قال ذلك أحدهما لا يلتفت الى جرحه وفي التتمة اذا شهدا أنه عدل وليس في المصر من يعرفه فان كان ليس موضع للمسألة يعني بأن تخفى فيه المسألة سألهما عنه أو بعث من يسألهما عنه سرا فان عدلاه قبل والا اكتفى بما أخبراه علانية (قوله وان أنكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع) لان انكارهما الشهادة انكار للتحميل وهو شرط في القبول فوقع في التحميل تعارض خبرهما بوقوعه وخبر الاصول بعدمه ولا ثبوت مع التعارض

(قوله وكانه أشار اليه الخ) أقول وجه الاشارة أنهم لو عرفوها لاخبروا بها نعم لو قال فاذا لم يخبروا بها لكان أوضح في ذلك قال المصنف (وان أنكر شهود الاصل الشهادة) أقول قال الزيلعي أي الاشهاد ومعناه اذا قال شهود الاصل لم نشهدهم على شهادتنا فماتوا أو غابوا ثم جاء الفروع وشهدوا عند الحاكم لم تقبل شهادتهم لان التحميل شرط ولم يثبت للتعارض بين الخبرين انتهى وفي الكافي معنى المسئلة أنهم قالوا ما نا شهادة على هذه الحادثة وماتوا أو غابوا ثم جاء الفروع يشهدون على شهادتهم بهذه الحادثة أما مع حضرتهم فلا يلتفت الى شهادة الفروع وان لم ينكروا انتهى فظهر مما ذكره الزيلعي ومافي الكافي أن الحكم واحد سواء أنكر الاصول شهادتهم بنفس الحادثة أو أنكروا اشهادهم الفروع على شهادتهم نعم ظاهر كلام الهداية على ما صوره في الكافي لا على ما صوره الزيلعي فانه قال الشهادة لا الاشهاد (قوله

قال (واذا شهد رجلان على شهادة رجلين الخ) اذا شهد فرعان على شهادة أصلين (على فلانة بنت فلان الفلانية بألف درهم وقالا أخبرانا) الاصلان (أنهما يعرفانها فجاء المدعى بامرأة وقالا) الفرعان (لا نعلم أهي هذه أم لا يقال للمدعى هات شاهدين يشهدان أنها هي لان الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعى يدعي الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة ونظير هذا اذا تحملوا الشهادة ببيع محدودة بذكر حدودها وشهدوا على المشترى) بعد ما أنكر أن يكون المحدود بها في يده (لا بد من) شاهدين (آخرين يشهدان بان المحدود بها في يد المدعى عليه وكذا اذا قال المدعى عليه الذي في يدي غير محدود بهذه الحدود وكذلك اذا كتب قاضي بلد الى آخر) شاهدان شهدا عندي أن لفلان بن فلان على فلان بن فلان كذا فافض عليه بذلك فاحضر المدعي فلانا في مجلس القاضي المكتوب اليه ودفع اليه

الكتاب بقول القاضي هات شاهدين يشهدان أن هذا الذي أحضرته هو فلان المذكور في هذا الكتاب لتمكن الاشارة اليه في القضاء (لانه) أي كتاب القاضي الى القاضي (في معنى الشهادة على الشهادة

(واذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بالف درهم وقالا أخبرانا أنهما يعرفانها فجاء بامرأة وقالا لا ندري أهي هذه أم لا فانه يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان أنها فلانة) لان الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعي يدعي الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة وتظير هذا اذا تحملوا الشهادة ببيع محدودة بذكر حدودها وشهدوا على المشترى لا بد من آخرين يشهدان على أن المحدود بها في يد المدعى عليه وكذا اذا أنكر المدعى عليه أن الحدود المذكورة في الشهادة حدودها في يده قال (وكذا كتاب القاضي الى القاضي) لانه في معنى الشهادة على الشهادة

(قوله واذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بألف درهم) هكذا عبارة الجامع وتمامه فيه فيقولان قد أخبرانا انهما يعرفانها وبجيآن بامرأة فيقولان لا ندري هي هذه أم لا قال يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان انها فلانة الفلانية بعينها فأجيز الشهادة والمصنف أفرد فقال (فجاء بامرأة) يعني المدعي جاء بها وهو أنسب وهذا (لان الشهادة) بالالف (على المعرفة بالنسبة قد تحققت) بالشهادة المذكورة للفروع (والمدعي يدعي) الالف (على حاضرة جاز كونها غيرها فلا بد من تعريف الحاضرة بتلك النسبة) التي بها شهدا بالالف عليها قال المصنف (ونظير هذا اذا تحملوا شهادة ببيع محدودة) قال قاضيخان وهذا كرجلين يشهدان أن فلانا اشترى دارا في بلد كذا بحدود كذا ولا يعرفان الدار بعينها يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان أن هذه الارض المحدودة بهذه الحدود في يد هذا المدعى عليه ليصح القضاء وهذا التصوير أوفق بالكتاب حيث قال تحملوا الشهادة ببيع محدود وذكر الترتاشي رحمه الله وصار كرجل ادعى محدودا في يد رجل وشهد شهوده أن هذا المحدود المذكور بهذه الحدود ملكه وفي يد المدعى عليه بغير حق فقال المدعى عليه الذي في يدي غير محدود بهذه الحدود التي ذكرها الشهود يقال للمدعي هات شاهدين أن الذي في يده محدود بهذه الحدود ثم تصوير المصنف يصدق فيما اذا كان المدعي شفيعا والمحدود في يد المشترى فادعاه لطلب الشفعة فقال المشترى العين الذي في يدي بطريق الشراء ليس بهذه الحدود ثم قال المصنف (قال) يعني محمدا في الجامع الصغير (وكذلك كتاب القاضي الى القاضي) فانه ذكر فيه المسألتين فانه قال بعد قوله فأجيز الشهادة وكذلك كتاب القاضي الى القاضي بشهادة شاهدين وقال أبو حنيفة رحمه الله

(قول المصنف فجاء بامرأة الخ) أقول لعل الفاء للترتيب الذكري اذ لا يسمع الشهادة قبل حضور الخصم أو قوله شهد الرجلان بمعنى أرادا الشهادة ولعل هذا هو الاولى ويدل عليه قول الامام الترتاشي ليمكن للشاهد الاشارة اليها في الشهادة قال المصنف (ونظير هذا الى قوله في يد المدعى عليه) أقول قال في النهاية ثم فائدة كون المحدود في يد المشترى حالة الدعوى تظهر اذا ادعى الشفيع ان فلانا باع

والمحدود في يد المشترى ولى حق الشفعة وأما لو كان المدعي هو البائع يطالب المشترى بالثمن فلا حاجة الى كون المبيع في يد المشترى لان للبائع ولاية مطالبة الثمن من المشترى سواء كان في يد البائع أو في يد المشترى انتهى وينظر أيضا اذا ادعى المدعي الاستحقاق واثبت البيع حينئذ لان كون المحدود للبائع قد يكون مشهورا والمدعى عليه يدفعه بناء عليه بان يده ليست يد خصومة ولا يندفع ذلك الا باثبات الشراء فتأمل (قوله فجاء المدعي بامرأة) أقول أنكرت انها اياها (قوله ونظير هذا اذا تحملوا الى قوله في يده الخ) أقول فيه أن دعوى العقار لا بد أن يشهدوا على كون المدعى في يد المدعى عليه وان اعترف هو به على ما سيجيء (قوله الذي في يدي الخ) أقول قوله الذي في يدي مبتدأ وقوله غير محدود خبره (قوله ودفع اليه الكتاب الخ) أقول وأنكر المدعى عليه كونه فلان بن فلان

الا أن القاضي لكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل (ولو قالوا في هذين البابين التميمية لم يجز حتى ينسبوها الى فخذها) وهي القبيلة الخاصة وهذا لان التعريف لابد منه في هذا ولا يحصل بالنسبة الى العامة وهي عامة الى بني تميم لانهم قوم لا يحصون و يحصل بالنسبة الى الفخذ لانها خاصة وقيل الفرغانية نسبة عامة والاوزجندية خاصة

(ان قالا في هذين البابين التميمية لم يجز حتى ينسباها الى فخذها) الى هنا لفظ الجامع الصغير يعني أن القاضي اذا كتب في كتابه الى القاضي الآخر أن شاهدين عدلين شهدا عندي أن لفلان بن فلان الفلاني على فلانة بنت فلان الفلانية مائة درهم فاقض عليها بذلك فأحضر المدعى امرأة في مجلس القاضي المكتوب اليه وقال هي هذه يقول له المكتوب اليه هات شاهدين يشهدان أن التي أحضرتها هي فلانة بنت فلان الفلانية المذكورة في هذا الكتاب لتمكن الاشارة اليها في القضاء عليها وقوله (الا أن القاضي الخ) جواب عن مقدر وهو أنه اذا كان في معنى الشهادة على الشهادة ينبغي أن لا يقبل قول القاضي وحده لانه كشاهد الفرع شهد على الاصول بما شهدوا به فقال ان للقاضي زيادة وفور ولاية ليست للشهود فقامت تلك مع ديانته مقام قول الاثنين فانفرد بالنقل ثم قال المصنف قال ولو قالوا في هذين فلفظ قال أيضا على ما ذكرنا من قول المصنف نقلا للفظ الجامع على ما نقلناه آنفا أي قال في الجامع قال أبو حنيفة لو قالوا في هذين البابين أي الشهادة على الشهادة وكتاب القاضي الى القاضي هي فلانة بنت فلان التميمية لم يكف حتى ينسبوها الى فخذها يريد القبيلة الخاصة التي ليس دونها أخص منها وهذا على أحد قولي اللغويين وهو في الصحاح وفي الجمهرة جعل الفخذ دون القبيلة وفوق البطن وانه بتسكين الخاء والجمع أفخاذ وجعله في ديوان الادب بكسر الخاء وانه أقل من البطن وكذا ذكر صاحب الكشاف والزبير فقال والعرب على ست طبقات شعب وقبيلة وعمارة وبطن وفخذ وفصيلة فالشعب تجمع القبائل والقبيلة تجمع العمائر والعمارة تجمع البطون والبطن تجمع الافخاذ والفخذ يجمع الفصائل فمضر شعب وكذا ربيعة ومذحج وحمير وسميت شعوبا لان القبائل تتشعب منها وكنانة قبيلة وقريش عمارة وقصي بطن وهاشم فخذ والعباس فصيلة وعلى هذا فلا يجوز الاكتفاء بالفخذ مالم ينسبها الى الفصيلة لانها دونها ولهذا قال تعالى وفصيلته التي تؤويه وقدمنا في فصل الكفاءة من ذكر بعد الفصيلة العشيرة والعمارة بكسر العين والشعب بفتح الشين وأسلفنا هناك ذكرها منظومة في شعر ثم انما لم يكتف بذكر نحو التميمية لانها نسبة عامة فلا يحصل بها التعريف وهو المقصود بذكر ذلك ونقل في الفصول عن قاضيخان ان حصل التعريف باسمه واسم أبيه ولقبه لا يحتاج الى ذكر الجد وان كان لا يحصل بذكر الاب والجد لا يكتفي بذلك وفي الفصل العاشر من فصول الاستروشني رأيت بخط ثقة لوذكر اسمه واسم أبيه ونفذه وصناعته ولم يذكر الجد تقبل وشرط التعريف ذكر ثلاثة أشياء فعلى هذا لو ذكر لقبه واسمه واسم أبيه هل يكتفي فيه اختلاف المشايخ والصحيح انه لا يكتفي وفي اشتراط ذكر الجد اختلاف فاذا قضى القاضي بدون ذكر الجد ينفذ لانه وقع في فصل مجتهد فيه قال كذا رأيت في بعض الشروط ولا يخفى أن ليس المقصود من التعريف أن ينسب الى أن يعرفه القاضي لانه قد لا يعرفه ولو نسبه الى مائة جد والى صناعته ومحلته بل ليثبت بذلك الاختصاص ويزول الاشتراك فانه قلما يتفق اثنان في اسمهما واسم أبيهما وجدهما أو صناعتهما ولقبهما فاذا ذكر عن قاضيخان من أنه لو لم يعرف مع ذكر الجد لا يكتفي بذلك الا وجه منه ما نقل في الفصول من أن شرط التعريف ذكر ثلاثة أشياء غير أنهم اختلفوا في اللقب مع الاسم هل هما واحد أولا ونظير ما ذكر في النسب ما ذكر في النسبة الى البلدان في حق من لا يعرف له نسبة الى جد

(قوله قال في الصحاح الفخذ آخر القبائل الخ) أقول هذا يدل على أن القبيلة قد تطلق على كل واحد من هذه الست فيكون مشتركا أو مجازا على سبيل التغليب (قوله والقبائل تجمع الخ) أقول والظاهر أن يقال والقبيلة الخ

الفروع غير مناسب اذ العدد من شأنهم دون الكتاب لان ديانته ووفور ولايته قام مقام العدد (ولو قال الشهود في هذين البابين) يعني باب الشهادة وباب كتاب القاضي فلانة (التميمية لم يجز حتى ينسبوها الى فخذها وهي القبيلة الخاصة) يعني التي لا خاصة دونها قال في الصحاح الفخذ آخر القبائل الست أولها الشعب ثم القبيلة ثم الفصيلة ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ وقال في غيره ان الفصيلة بعد الفخذ فالشعب بفتح الشين يجمع القبائل والقبائل تجمع العمائر والعمارة بكسر العين تجمع البطون والبطن يجمع الافخاذ والفخذ بسكون الخاء يجمع الفصائل (وهذا) أي عدم الجواز (لان التعريف لابد منه ولا يحصل بالنسبة العامة والتميمية عامة) بالنسبة الى بني تميم لانهم قوم لا يحصون فكم تكون بينهم نساء تحدث أسامين وأسامي آبائهن (و يحصل بالنسبة الى الفخذ لانها خاصة)

وقيل السمرقندية والبخارية عامة وقيل الى السكة الصغيرة خاصة والى المحلة الكبيرة والمصر عامة ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف رحمه الله على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لانه اسم الجد الاعلى فنزل منزلة الجد الادنى والله أعلم

﴿فصل﴾ قال أبو حنيفة رحمه الله شاهد الزور أشهره في السوق ولا أعزره وقالا نوجعه ضربا ونحبسه) وهو قول الشافعي رحمه الله لهما ما روى عن عمر رضي الله عنه أنه ضرب شاهد الزور أربعين سوطا وسخم وجهه

مشهور مثل أن يقول الفرغانية وكذا البلخية كما ذكره أبو الليث (وقيل السمرقندية والبخارية عامة) بخلاف الاوزجندية (وقيل) في النسبة (الى السكة الصغيرة خاصة والى المحلة الكبيرة والمصر عامة) ثم قال المصنف (ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف) في عدم اشتراطه ذكر الجد (على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لان الفخذ اسم الجد الاعلى) أي الجد الاعلى في ذلك الفخذ الخاص فنزل منزلة الجد الخاص وهذا تعليل لقول أبي حنيفة المنقول في الجامع ان قالا في هذين البابين فلانة التميمية لم يجز حتى ينسباها الى فخذها فانه ذكره فيما اذا قالا فلانة بنت فلان الفلانية من غير ذكر جد فعلم أن الفلانية يقوم مقام الجد اذا كان نسبة الى أخص الآباء

﴿فصل﴾ قال أبو حنيفة رحمه الله شاهد الزور الخ) أخر حكم شهادة الزور لانها خلاف الاصل اذ الاصل الصدق لان الاصل في الفطرة كونها على الحق والانحراف عنه لعارض من قبل النفس والشيطان وشاهد الزور لا يعرف الا باقراره بذلك ولا يحكم به برد شهادته لمخالفته الدعوى أو الشاهد الآخر أو تكذيب المدعى له اذ قد يكون محقا في المخالفة أو للمدعي غرض في أذاه وزاد شيخ الاسلام أن يشهد بموت واحد فيجيء حيا ولو قال غلطت أو ظننت ذلك قبلا هما بمعنى كذبت لاقراره بالشهادة بغير علم واذا ثبت كونه شاهد زور فقال أبو حنيفة رحمه الله يعزر بتشهيره على الملا في الاسواق ليس غير (وقالا نوجعه ضربا ونحبسه) فصار معنى قوله ولا أعزره لا أضربه فالحاصل الاتفاق على تعزيره غير أنه اكتفى بتشهير حاله في الاسواق وقد يكون ذلك أشد عليه من الضرب خفية أو هما أضافا الى ذلك الضرب والحبس وبقولهما قال الشافعي ومالك (لهما ما روى أن عمر رضي الله تعالى عنه ضرب شاهد الزور أربعين سوطا) رواه ابن أبي شيبة حدثنا أبو خالد عن حجاج عن مكحول عن الوليد بن أبي مالك أن عمر رضي الله عنه كتب الى عماله بالشام ان شاهد الزور يضرب أربعين سوطا ويسخم وجهه ويحلق رأسه ويطال حبسه وروى عبد الرزاق في مصنفه عن مكحول أن عمر ضرب شاهد الزور أربعين سوطا وقال أخبرنا يحيى بن العلاء أخبرني أبو الاحوص بن حكيم عن أبيه أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أمر بشاهد الزور أن يسخم وجهه وتلقى عمامته في عنقه ويطاف به في القبائل فوجه الاستدلال بذلك ممن يرى تقليد الصحابي ظاهر أما من لا يراه فبوجهين أحدهما عدم النكير فيما فعل عمر فكان اجماعا وليس بشيء لان الانكار لا يتجه فيما طريقه الاجتهاد فاذا فرض أنه أداه اجتهاده الى ذلك فلا يجوز النكير على مجتهد في محل اجتهاده فلا حجة في هذا السكوت والثاني أنه أتى كبيرة من الكبائر على ما صرح به النبي صلى الله عليه وسلم فيما روى البخاري أنه صلى الله عليه وسلم قال ألا أخبركم بأكبر الكبائر قالوا بلى يا رسول الله قال الشرك بالله وعقوق الوالدين وكان متكئا فجلس قال ألا وقول الزور وشهادة الزور فما زال يكررها حتى قلنا لا يسكت وقرن تعالى بينها وبين الشرك فقال فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور واذا كانت كبيرة وليس فيها تقدير شرعي ففيها التعزير وهذا لا ينتهض على أبي حنيفة فانه انما يقتضي التعزير وهو لا ينفيه بل قال به على ما حققناه لكنه ينفي الزيادة فيه بالضرب والحق أنه ينتهض عليه لانه

على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لان الفخذ اسم الجد الاعلى فنزل منزلة الجد الادنى في النسبة وهو أب الاب

﴿فصل﴾ قال أبو حنيفة رحمه الله شاهد الزور أشهره في السوق الخ) شاهد الزور وهو الذي أقر على نفسه أنه شهد بالزور أو شهد بقتل رجل فجاء حيا يعزر وتشهيره تعزيره عند أبي حنيفة فقوله ولا أعزره يعني لا أضربه وقالا نوجعه ضربا ونحبسه وهو قول الشافعي ومالك لهما ما روى عن عمر رضي الله عنه أنه ضرب شاهد الزور وسخم وجهه بالخاء المعجمة من السخام وهو سواد القدر أو بالحاء المهملة من الاسحم وهو الاسود لا يقال الاستدلال به غير مستقيم على مذهبهما لانهما لا يقولان بجواز التسخيم لكونه مثلة وهو غير مشروع ولا يبلغ التعزير الى أربعين لان مقصودهما اثبات ما نفاه أبو حنيفة من التعزير بالضرب فانه يدل على أن أصل الضرب مشروع في تعزيره وما زاد على ذلك كان محمولا على السياسة

﴿فصل﴾ (قوله لان مقصودهما الخ) أقول جواب لقوله لا يقال الاستدلال به الخ

قوله (ولان هذه) أي شهادة الزور (كبيرة) ثبت ذلك بالكتاب وهو قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور وبالسنة وهو ما روى أبو بكرة عن أبيه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ألا أنبئكم بأكبر الكبائر قلنا بلى يا رسول الله قال الاشراك بالله وعقوق الوالدين وكان متكئا فجلس فقال ألا وقول الزور وشهادة الزور فما زال يقولها حتى قلت لا يسكت (وتعدى ضررها الى العباد) باتلاف أموالهم (وليس فيه حد مقدر فيعزره ولابي حنيفة رحمه الله أن شريحا رحمه الله كان يشهر ولا يضرب) وكان ذلك في زمن عمر وعلي رضي الله عنهما والصحابة متوافرة وما كان يخفى ما يعمله عليهم وسكتوا عنه فكان كالمروي عنهما وحل محل الاجماع (ولان المقصود هو الانزجار وهو يحصل بالتشهير فيكتفى به والضرب وان كان مبالغة في الزجر لكنه قد يقع مانعا من الرجوع) فانه اذا تصور الضرب يخاف فلا يرجع وفيه تضييع للحقوق (فوجب التخفيف من هذا الوجه) وذلك بترك الضرب (وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ الى الاربعين) وهو منهي عنه قال صلى الله عليه وسلم من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين (و) بدلالة (التسخيم) هذا أو يل شمس الأئمة وأوله شيخ الاسلام بان المراد بالتسخيم التخجيل بالتفضيح والتشهير فان الخجل يسمى

مسودا مجازا قال الله تعالى واذا بشر أحدهم بالانثى ظل وجهه مسودا (وتفسير التشهير ما نقل عن شريح رحمه الله أنه كان يبعث الى سوقه ان كان سوقيا أو الى قومه ان لم يكن سوقيا بعد العصر أجمع ما كانوا) أي مجتمعين أو الى موضع يكون أكثر جمعا للقوم (ويقول ان شريحا يقرئكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس وذكر شمس الائمة ان عندهما أيضا يشهر والحبس والتعزير مقداره مفوض الى ما يراه القاضي) ولم يذكر المصنف أن هذا الاختلاف فيمن كان تائبا أو مصرا أو مجهول الحال

ولان هذه كبيرة يتعدى ضررها الى العباد وليس فيها حد مقدر فيعزر وله أن شريحا كان يشهر ولا يضرب ولان الانزجار يحصل بالتشهير فيكتفى به والضرب وان كان مبالغة في الزجر لكنه يقع مانعا عن الرجوع فوجب التخفيف نظرا الى هذا الوجه وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ الى الاربعين والتسخيم ثم تفسير التشهير منقول عن شريح رحمه الله فانه كان يبعثه الى سوقه ان كان سوقيا والى قومه ان كان غير سوقي بعد العصر أجمع ما كانوا ويقول ان شريحا يقرئكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروا الناس منه وذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله أنه يشهر عندهما أيضا والتعزير والحبس على قدر ما يراه القاضي عندهما وكيفية التعزير ذكرناه في الحدود

ينفي ضربه وهما يبنيانه فان كان الضرب زيادة في التعزير فليكن اذ قد ثبت الزيادة فيه به (ولابي حنيفة رحمه الله أن شريحا رضي الله عنه كان يشهر ولا يضرب) روى محمد بن الحسن في كتاب الآثار أنا أبو حنيفة عن الهيثم بن أبي الهيثم عمن حدثه عن شريح أنه كان اذا أخذ شاهد الزور فان كان من أهل السوق قال للرسول قل لهم ان شريحا يعرفكم ويقول لكم انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وان كان من العرب أرسل به الى مجلس قومه أجمع ما كانوا فقال للرسول مثل ما قال في المرة الاولى ونحوه ما رواه ابن أبي شيبة حدثنا وكيع حدثنا سفيان عن أبي حصين قال كان شريح يبعث شاهد الزور الى مسجد قومه أو الى السوق ويقول انا نزيفنا شهادة هذا وفي لفظ كان يكتب اسمه عنده وقال الخصاف في أدب القاضي حدثنا وكيع قال حدثنا سفيان عن أبي حصين قال كان شريح يبعث بشاهد الزور فأدخل بين وكيع وأبي حصين سفيان وقد يقال ليس في هذه الرواية ما يصرح بانه لم يضربه بل انه فعل ذلك ولا ينفي هذا أن يكون مع شئ آخر ثم وجدنا هذا المحمل مرويا قال عبد الرزاق أنا الثوري عن الجعد بن ذكوان قال أتي شريح بشاهد زور فنزع عمامته عن رأسه وخفقه بالدرة خفقات وبعث به الى مسجد

وقد قيل ان رجع على سبيل التوبة والندم لا يعزر من غير خلاف وان رجع على سبيل الاصرار يعزر بالضرب من غير خلاف وان لم يعلم حاله فعلى الاختلاف الذي قلنا ثم انه اذا تاب هل تقبل شهادته بعد ذلك أولا ان كان فاسقا تقبل لان الحامل له على الزور فسقه وقد زال بالتوبة ومدة ظهور التوبة عند بعض المشايخ ستة أشهر وعند آخرين سنة قالوا والصحيح أنه مفوض الى رأي القاضي وان كان مستور الا تقبل أصلا وكذا ان كان عدلا على رواية بشر عن أبي يوسف لان الحامل له على ذلك غير معلوم فكان الحال قبل التوبة وبعدها سواء وروى أبو جعفر أنها تقبل قالوا وعليه الفتوى

قال المصنف (أجمع ما كانوا) أقول حال من الظرف أي حال كونه أجمع الاوقات التي كانوا فيها أو أجمع أوقات أكوانهم على أن ما مصدرية كما في أخطب ما يكون الامير قائما وهذا أولى ويجوز أن يكون بدلا من بعد العصر بل صفة له قال المصنف (يقرئكم السلام) أقول قرأ عليه السلام أبلغه ولا يقال أقرأه الا اذا كان مكتوبا كذا في القاموس فحينئذ يكون استقامة ما في الكتاب بأن يكتب شريح اليهم كتابا ينقل رسوله ما فيه الى القوم (قوله أجمع ما كانوا أي مجتمعين الخ) أقول فيه بحث بل المعنى ما ذكرنا (قوله فيمن كان تائبا أو مصرا) أقول وقع في بعض النسخ لفظ الاقرار بدل لفظ الاصرار والصحيح الاصرار

(وفى الجامع الصغير شاهدان أقرا أنهما شهدا بزور لم يضربا وقالا يعزران) وفائدته أن شاهد الزور فى حق ما ذكرنا من الحكم هو المقر على نفسه بذلك فاما الاطريق الى اثبات ذلك بالبينة لانه نفى للشهادة والبينات للاثبات والله أعلم

﴿كتاب الرجوع عن الشهادة﴾

(قال اذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت) لان الحق انما يثبت بالقضاء والقاضى لا يقضى بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لانهما ما أتلفا شيأ لا على المدعى ولا على المشهود عليه

يعرفه الناس غير أن أبا حنيفة يقول ان فرضنا أنه وقع الضرب وقد قلنا انه انما يعرف شاهد الزور باقراره فكان ذلك قبل أن يدرى شاهد الزور الراجع أنه يفعل به ذلك فقد كان يظن أنه لا يحبس ولا يضرب فرجع فحين ترتب على رجوعه الضرب وصار ذلك مستقرا فى النفوس يكون صارفا له عن الرجوع وحاملا على التمادى فوجب أن يترك ويكتفى بما ذكرت من التعزير هذا بعد العلم بانه كان ممن كان منه بطريق الاجتهاد لا بالنقل عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فيجوز أن يجتهد فى نفيه باعتبار ثبوت معنى آخر وأما الجواب بان ماروى من ضرب عمر والتسخيم كان سياسة فاذا رأى الحاكم ذلك مصلحة كان له أن يفعله فقد يرد بما ذكرنا من كتاب عمر به الى عماله فى البلاد وأما الاستدلال على السياسة بالتبليغ الى الاربعين ولا يبلغ بالتعزير الى الحدود فليس بشئ فان ذلك مختلف فيه فمن العلماء من يجيزه وقد أجاز عالم المذهب أبو يوسف رحمه الله أن يبلغ به خمسة وسبعون وتسعة وسبعون فجاز كون رأى عمر رضى الله عنه كذلك وأما كون التسخيم مثلة منسوخة فقد يكون رأى عمر رضى الله عنه أن المثلة ليست الا فى قطع الاعضاء ونحوه مما يفعل فى البدن ويدوم لا باعتبار عرض يغسل فيزول واعلم أنه قد قيل ان المسئلة على ثلاثة أوجه ان رجع على سبيل الاصرار مثل أن يقول لهم شهدت فى هذه بالزور ولا أرجع عن مثل ذلك فانه يعزر بالضرب بالاتفاق وان رجع على سبيل التوبة لا يعزر اتفاقا وان كان لا يعرف حاله فعلى الاختلاف المذكور وقيل لا خلاف بينهم فجواب أبى حنيفة رحمه الله فى التائب لان المقصود من التعزير الانزجار وقد انزجر بدا عى الله تعالى وجوابهما فيمن لم يتب ولا يخالف فيه أبو حنيفة والتسخيم بالجر عطفا على قوله بدلالة التبليغ يقال سخم وجهه اذا سوده من السخام وهو سواد القدر وقد جاء بالحاء المهملة من الاسحم وهو الاسود وفى المغنى ولا يسحم وجهه بالخاء والحاء

﴿كتاب الرجوع عن الشهادة﴾

لما كان هذا ايجاب رفع الشهادة وما تقدم ايجاب اثباتها فكانا متوازيين فترجم هذا بالكتاب كما ترجم ذاك للموازاة بينهما والا فليس لهذا أبواب لتعدد أنواع مسائله ليكون كتابا كما ذاك ولتحققه بعد الشهادة اذ لا رفع الا بعد الوجود ناسب أن يجعل تعليمه بعده كما أن وجوده بعده وخصوص مناسبته لشهادة الزور هو أن الرجوع لا يكون غالبا الا لتقدمها عمدا أو خطأ (قوله اذا رجع الشهود عن الشهادة سقطت) عن الاعتبار فلا يقضى بها لان كلامهم تناقض حيث قالوا نشهد بكذا الا نشهد به ولا يقضى بالمتناقض ولانه أى كلامه الذى ناقض به وهو المتأخر فى احتماله الصدق كالاول فليس القضاء باحدهما بعينه أولى به من الآخر فوقف كل منهما قالوا ويعزر الشهود سواء رجعوا قبل القضاء أو بعده ولا يخلو عن نظر لان الرجوع ظاهر فى أنه توبة عن الزور ان تعمده أو التهور والعجلة ان كان أخطأ فيه ولا تعزير على التوبة ولا على ذنب ارتفع بها وليس فيه حد مقدر (قوله ولا ضمان عليهم) لانهم لم يتلفوا شيأ على المشهود له

بذلك فأما اثبات ذلك بالبينة فليس بصحيح لانه نفى للشهادة والبينات شرعت للاثبات ولم يذكر الذى شهد بقتل شخص وظهر حيا أو بموته وكان حيا اما لندرته واما لانه لا محيص له أن يقول كذبت أو ظننت ذلك أو سمعت ذلك فشهدت وهما بمعنى كذبت لاقراره بالشهادة بغير علم فجعل كأنه قال ذلك والله أعلم

﴿كتاب الرجوع عن الشهادة﴾

تناسب هذا الكتاب لكتاب الشهادات وتأخيره عن فصل شهادة الزور ظاهر اذ الرجوع عنها يقتضى سبق وجودها وهو مما يعلم به كونها زورا وهو أمر مشروع مرغوب فيه ديانة لان فيه خلاصا من عقاب الكبيرة فاذا رجع الشهود عن شهادتهم بان قالوا فى مجلس الحكم رجعنا عما شهدنا به أو شهدنا بزور فيما شهدنا فاما أن يكون قبل الحكم بها أو بعده فان كان الاول سقطت الشهادة عن اثبات الحق بها على الغريم لان الحق انما يثبت بقضاء القاضى ولا قضاء ههنا لان القاضى لا يقضى

بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لان الضمان بالاتلاف ولا اتلاف ههنا لانهما ما أتلفا شيأ لا على المدعى ولا على المدعى عليه أما على المدعى عليه فظاهر

وأما على المدعى فلان الشهادة ان كانت حقا في الواقع و رجعوا عنها صاروا كاتمين للشهادة ولا ضمان على من يكتمها وان كان الثاني لم يفسخ الحكم لان الكلام الثاني يناقض الاول والكلام المناقض ساقط العبرة عقلا وشرعا فلا ينقض به حكم الحاكم لئلا يؤدي الى التسلسل وذلك لانه لو كان معتبرا لجاز أن يرجع عن رجوعه مرة بعد أخرى وليس لبعض على غيره ترجيح فيتسلسل الحكم وفسخه وذلك خارج عن موضوعات الشرع ولان الكلام الآخر في الدلالة على الصدق كالاول وكل ما كان كذلك سواء واحتيج فيه الى الترجيح وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينتقض به وعليهم ضمان ما أتلفوه بشهادتهم لاقرارهم على أنفسهم بسبب الضمان فقضاء القاضي وان كان علة للتلف لكنه كالملجأ من جهتهم فكان التسبيب منهم تعديا فيضاف الحكم اليهم كما في حفر البئر على قارعة الطريق فان قيل كلامهم متناقض وذلك ساقط العبرة فعلام الضمان أجاب بقوله والتناقض لا يمنع صحة الاقرار و وعد بتقريره من بعد وا كتفى عن ذكر التعزير في الفصلين بذكره في الفصل المتقدم قال (ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم) الرجوع عن الشهادة لا يصح (٨٦) الا بحضرة حاكم سواء كان هو الاول أو لا لانه فسخ للشهادة وهو مختص بمجلس الحكم فالرجوع مختص به وهذا الدليل لا يتم الا اذا ثبت أن فسخ الشهادة يختص بما تختص به الشهادة وهو ممنوع فان الرجوع اقرار بضمان مال المشهود عليه على نفسه بسبب الاتلاف بالشهادة الكاذبة والاقرار بذلك لا يختص بمجلس الحكم والجواب أن الاستحقاق لا يرتفع ما دامت الحجة باقية فلا بد من رفعها والرجوع في غير مجلس الحكم ليس برفع للحجة لان الشهادة في غير مجلسه ليست بحجة كما مر والاقرار بالضمان مرتب على ارتفاعها أو ثبت في ضمنه فكان من توابعه لا يقال البينة ليست بحجة في غير مجلس الحكم حيث ابتداء لا بقاء ويجوز أن لا يكون البقاء مشروطا بشرط الابتداء لكونه أسهل منه لانا نقول مجلس الحكم محلها في الابتداء وما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء كالمحرمية في النكاح ووجود المبيع في البيع فانه شرط لصحته وصحة الفسخ (ولان الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان) وشهادة الزور جناية في مجلس الحكم فالتوبة عنها تتقيد به

(فان حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم) لان آخر كلامهم يناقض أوله فلا ينقض الحكم بالتناقض ولانه في الدلالة على الصدق مثل الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء به (وعليهم ضمان ما أتلفوه بشهادتهم) لاقرارهم على أنفسهم بسبب الضمان والتناقض لا يمنع صحة الاقرار وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى (ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم) لانه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من المجلس وهو مجلس القاضي أي قاض كان ولان الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان

أو عليه (قوله فان حكم الخ) اذا رجعوا قبل الحكم فلا ضمان عليهم وان رجعوا بعده لم يفسخ الحكم لما تقدم من أن الثاني ليس أولى من كلامهم الاول ولا الاول أولى من الثاني فتعارضا ولا ترجيح قبل الحكم لاحد الكلامين فلا يحكم باحدهما وبعده ترجح الاول لاتصال القضاء به لانه مؤكد لحكمه وقع في حال لا معارض له فيه فلا ينقض الا قوى بالادنى لكن عليهم ضمان ما أتلفوه بشهادتهم وانما كانوا متلفين بسبب لزوم حكم شهادتهم أعني اتصال القضاء الذي لا يجوز نقضه وبالرجوع مع العلم بانه لا ينقض القضاء به كانوا مغترين بان تسببهم في ذلك الاتلاف كان تعديا لانه وقع على خلاف الحق والتسبب في الاتلاف تعديا سبب للضمان وكان أبو حنيفة رحمه الله أولا يقول ينظر الى حال الشهود ان كان حالهم عند الرجوع أفضل من حالهم وقت الاداء في العدالة صح رجوعهم في حق نفسهم وفي حق غيرهم فيعزرون وينقض القضاء ويرد المال على المشهود عليه وان كانوا عند الرجوع كحالهم عند الاداء أو دونه يعزرون ولا ينقض القضاء ولا يجب الضمان على الشاهد وهذا قول أستاذه حماد بن سليمان ثم رجع الى 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 الا بحضرة الحاكم) سواء كان هو القاضي المشهود عنده أو غيره و زاد جماعة في صحة الرجوع أن يحكم القاضي برجوعهما و يضمنهما المال واليه أشار المصنف

(قوله واما على المدعى الخ) أقول ظاهره لا يوافق الدعوى قال المصنف (فلا ينتقض الحكم بالتناقض) أقول لعل المتناقض بمعنى المناقض لكونه ساقط العبرة عقلا وشرعا كما سيصرح به آنفا (قوله لئلا يؤدي الى التسلسل الخ) أقول كلام قليل الجدوى مع الغناء عنه (قوله كالملجأ من جهتهم) أقول أي من جهة الشهود (قوله واكتفى عن ذكر التعزير في الفصلين) أقول أي في فصل الرجوع قبل الحكم بهما و بعده (قوله وهو مسلم فان الرجوع اقرار الخ) أقول ويجوز تقريره معارضة (قوله والجواب أن الاستحقاق الخ) أقول انظر في هذا الجواب (قوله ولان الرجوع توبة) أقول عطف على قوله لانه فسخ للشهادة

واذا لم يصح الرجوع فى غير مجلس القاضى فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما وأراد يمينهما لا يحلفان وكذا لا تقبل بينته عليهما لانه ادعى رجوعا باطلا حتى لو أقام البينة أنه رجع عند قاضى كذا وضمنه المال تقبل لان السبب صحيح

حيث قال (واذا لم يصح فى غير مجلس القاضى فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما وأراد يمينهما) انهما لم يرجعا (لا يحلفان وكذا) لو أقام بينة على هذا الرجوع (لا تقبل لانه ادعى رجوعا باطلا) واقامة البينة والزام اليمين لا تقبل الا على دعوى صحيحة ثم قال (حتى لو أقام البينة أنه رجع عند قاضى كذا وضمنه المال تقبل) فهذا ظاهر فى تقييد صحة الرجوع بذلك ونقل هذا عن شيخ الاسلام واستبعد بعضهم من المحققين توقف صحة الرجوع على القضاء بالرجوع وبالضمان وترك بعض المتأخرين من مصنفى الفتاوى هذا القيد وذكر أنه انما تركه تعويلا على هذا الاستبعاد ويتفرع على اشتراط المجلس انه لو أقر شاهد بالرجوع فى غير المجلس وأشهد على نفسه به وبالتزام المال لا يلزمه شئ ولو ادعى عليه بذلك لا يلزمه اذا تصادقا أن لزوم المال عليه كان بهذا الرجوع ولو أقر فى مجلس قاض أنه رجع عند قاضى كذا صح باعتبار كون هذا رجوعا عند هذا القاضى لا الذى أسند رجوعه اليه ولو رجعا عند القاضى ثم جحدا تقبل البينة عليهما ويقضى بالضمان عليهما ثم ذكر المصنف لاشتراط مجلس الحكم فى صحة الرجوع وجهين أولهما أن الرجوع فسخ للشهادة فكما اشترط للشهادة المجلس كذلك لفسخها وعلى الملازمة منع ظاهر مع ابداء الفرق بان اشتراط المجلس ليتصور الاداء عنده بالضرورة بخلاف الرجوع لان حاصله الاقرار على نفسه بتحقق سبب الضمان منه والاقرار بالضمان لا يتوقف على مجلس القضاء وأجاب فى النهاية بان ما شرط للابتداء شرط للبقاء كالبيع فانه شرط فيه وجود المبيع فكذا فى فسخه وهذا أيضا مما يحتاج الى اثبات الملازمة مع أن الاتفاق أن شرط ذلك فى فسخ البيع انما هو ليثبت حكم الفسخ وهو الاسترداد والاسترداد يتوقف على قيامه بخلاف حكم الرجوع فانه الضمان ويمكن اثباته 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 لامر يخص الابتداء لا يوجد فى البقاء وهو كى لا يلزم الافتراق عن الكالئ بالكالئ وذلك غير لازم فى فسخه فلذا لم يشترط فى فسخه ما شرط فى ابتدائه وهذا نحو ما ذكرنا من أن شرط المجلس ابتداء ليتصور الاداء بخلاف الفسخ ثم تمهيد الجواب بان 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 الى جعل ذلك بقاء نفس الشهادة لا يتصور كون مجلس الحكم شرطا لبقاء الشهادة ولو أرخينا العنان فى الآخر فانما يكون المشروط للبقاء المجلس الاول الذى كان شرطا للاداء والمجلس المشروط هنا مجلس آخر وذكر بعضهم فى وجهه أن الرجوع فسخ ونقض للشهادة فكان مقابلا لها فاختص موضع الشهادة ومنع الملازمة فيه ظاهر فبينه بان السواد والبياض لما كانا متضادين اشترط للتضاد اتحاد المحل ولا يخفى أن اتحاد المحل انما هو شرط امتناع اجتماع المتضادين لا شرط لكل من المتضادين فى نفسه كما ان المجلس شرط لكل من الشهادة ونقضها والوجه الثانى أن الرجوع توبة عن ذنب الكذب وكان ذلك الذنب فى مجلس القضاء فتختص التوبة عنه بمجلسه ولا شك ان ذلك أيضا غير لازم فيه فبينوا له ملازمة شرعية بحديث معاذ رضى الله تعالى عنه حين بعثه النبى صلى الله عليه وسلم الى أهل اليمن فقال أوصنى فقال عليك بتقوى الله تعالى ما استطعت الى أن قال واذا عملت سرا فاحدث توبة السر بالسر والعلانية بالعلانية وأنت تعلم أن العلانية لا تتوقف على الاعلان فى محل الذنب بخصوصه مع أن ذلك لا يمكن بل فى مثله مما فيه علانية وهو اذا أظهر الرجوع للناس وأشهدهم عليه وبلغ ذلك القاضى بالبينة عليه كيف لا يكون معلنا

وأراد أن يحلف الشاهدين (لم يقبل القاضى بينة عليهما ولا يحلفهما) لان البينة واليمين يترتبان على دعوى صحيحة ودعوى الرجوع فى غير مجلس الحكم باطلة (حتى لو أقام البينة أنه رجع عند قاضى كذا وضمنه المال تقبل) بينته (لان السبب صحيح) والضمير المستكن فى ضمنه يجوز أن يكون للقاضى ومعناه حكم عليه بالضمان لكنه لم يعط شيأ الى الآن ويجوز أن يكون للمدعى ومعناه طلب من القاضى تضمينه والالف واللام فى قوله لان السبب بدل من المضاف اليه وهو قبول البينة أى لان سبب قبول البينة صحيح وهو دعوى الرجوع فى مجلس الحكم وقيل هو الضمان ومعناه لأن سبب الضمان صحيح وهو الرجوع عند الحاكم وليس بصحيح لان الدعوى حينئذ ليست مطابقة للدليل فانها قبول البينة لا وجوب الضمان فتأمل

(قوله ومعناه حكم عليه) أقول فعلى الاول معطوف على رجع وعلى الثانى على قوله أقام البينة (قوله لان سبب الضمان الخ) أقول وفى غاية البيان لان سبب التضمين وهو الرجوع عند القاضى (قوله فانها قبول البينة) أقول فيه بحث لان المعنى حينئذ تقبل الشهادة لان الدعوى أعنى دعوى الرجوع صحيحة لصحة الرجوع الذى هو سبب الضمان فليتأمل

(واذا شهد شاهدان بمال فحكم به الحاكم ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه) هذه المسئلة قدعلمت من قوله وعليهم ضمان ما أتلفوه بشهادتهم الا أنه ذكرها للبيان خلاف الشافعي ولما يأتي من رجوع بعض الشهود دون بعض قال الشافعي لا ضمان عليهما لانهما تسببا في الاتلاف ولا معتبر به عند وجود المباشر وقلنا وجب عليهما الضمان لانهما تسببا للاتلاف على وجه التعدي وذلك يوجب الضمان اذ لم يمكن اضافته الى المباشر وههنا كذلك لان المباشر هو القاضي واضافة الضمان اليه متعذرة لانه كالملجا الى القضاء بشهادتهم لانه بالتأخير يفسق وليس بملجا حقيقة لان الملجأ حقيقة من خاف على نفسه العقوبة في الدنيا والقاضي ليس كذلك ولان في ايجابه عليه صرف الناس عن تقلد القضاء وذلك ضرر عام فيتحمل الضرر الخاص لاجله وتعذرا استيفاؤه من المدعى أيضا لان الحكم ماض لما تقدم فاعتبر السبب فان قيل ما بال كل منكم ومن الشافعي ترك أصله المعهود في الشهادة بالقتل ثم الرجوع فانه اذا شهد شاهدان على انه قتل عمدا فاقتص منه ثم رجعا فالدية عليهما في مالهما عندكم 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 مباشرا بما ورد عن علي رضي الله عنه في شاهدي السرقة اذا رجعا وعلمت أنكما تعمدتما لقطعت أيديكما والجواب انه كان على سبيل التهديد لما ثبت من مذهبه رضي الله عنه أن اليدين لا يقطعان بيد واحدة وجاز أن يهدد الامام بما لا يتحقق كما قال عمر رضي الله عنه ولو تقدمت في المتعة لرجمت والمتعة لا توجب الرجم بالاتفاق وانما يضمنان يعني أن الضمان انما يجب على الشاهدين اذا قبض المدعي ما قضي له به دينا كان أو عينا وهو اختيار شمس الائمة لان الضمان بالاتلاف والاتلاف يتحقق بالقبض وفي ذلك لا تفاوت بين العين والدين ولان مبنى الضمان على المماثلة هذا ولا مماثلة بين أخذ العين والزام الدين وبيان ذلك أنهما اذا ألزما دينا بشهادتهما فلو ضمنا قبل الاداء الى المدعي كان قد استوفى منهما عينا بمقابلة دين أوجبا ولا مماثلة بينهما وفرق شيخ الاسلام بين العين والدين فقال ان كان المشهود به عينا فللمشهود عليه أن يضمن الشاهد بعد الرجوع وان لم يقبضها المدعي وان كان دينا فليس له ذلك حتى يقبضه وذلك لانه ضمان الاتلاف وضمان الاتلاف مقيد بالمثل واذا كان المشهود به عينا فالشاهد ان بشهادتهما أزالا عن ملكه اذا اتصل القضاء بها ولهذا لا ينفذ فيه تصرف المشهود عليه بعد ذلك

(واذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه) لان التسبيب على وجه التعدي سبب الضمان كحافر البئر وقد سببا للاتلاف تعديا وقال الشافعي رحمه الله لا يضمنان لانه لا عبرة للتسبيب عند وجود المباشرة قلنا تعذر ايجاب الضمان على المباشر وهو القاضي لانه كالملجا الى القضاء وفي ايجابه صرف الناس عن تقلده وتعذرا استيفاؤه من المدعى لان الحكم ماض فاعتبر التسبب وانما يضمنان اذا قبض المدعي المال دينا كان أو عينا لان الاتلاف به يتحقق ولانه لا مماثلة بين أخذ العين والزام الدين

(قوله واذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه) وهذا مذهب مالك وأحمد والشافعي في الجديد لا ضمان عليهما لانهما مسببان ولا عبرة بالتسبب وان كان تعديا مع وجود المباشرة قلنا المباشر القاضي والمدعي ولا ضمان على القاضي انفاقا لانه كالملجا الى مباشرة القضاء الذي به الاتلاف من جهة الشرع بافتراضه عليه بعد ظهور العدالة واذا ألجأه الشرع لا يضمنه ولانه يوجب عدم قبول القضاء من أحد وأما المدعي فلانه أخذ بحق ظاهر ماض لان خبر الرجوع ليس أولى من الاول لينقض الحكم واذا لم ينقض لا يمكن جبره على اعطاء ما أخذ بذلك الوجه الماضي شرعا واذا تعذر الايجاب على المباشر تعين على المتعدي بالتسبب كحافر البئر في الطريق واعلم ان الشافعية اختلفوا في هذه المسئلة والصحيح عند الامام والعراقيين وغيرهم أن الشهود يضمنون كمذهبنا والقول الآخر لا ينقض ولا يرد المال من المدعي ولا يضمن الشهود وهو عين قول أبي حنيفة الاول اذا كان حالهما وقت الرجوع مثله عند الاداء وقد نقض عليه أيضا بايجاب القصاص على الشهود اذا رجعوا بعد قتل المشهود عليه مع وجود المباشر وهو الولي المقتص والقاضي وأجيب عنه بان ذلك لدليل خاص وهو قول علي رضي الله تعالى عنه لشاهدي السرقة بعد ما قطع ورجعوا وجاؤا بآخر وقالوا هذا الذي سرق لو علمت انكما تعمدتما لقطعت أيديكما أخرجه الشافعي وقال بهذا القول نقول فان فوض بانه لا يرى تقليد الصحابي أمكن الجواب عنه بانا انما قلنا به لما ظهر من مناطه من أن أمر الدم أشد من أمر المال قلنا الاشد به لا يتوقف ثبوتها على ثبوت الضمان في أحكام الدنيا لجواز باعتبار أمر الآخرة ثم متى يقضى بالضمان على الشاهد قال المصنف (اذا قبض المدعي المال دينا كان أو عينا) لان

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

فبازالة العين عن ملكهما بأخذ الضمان لاتنتفي المماثلة واذا كان دينا فبازالة العين عن ملكهما قبل القبض تنتفي المماثلة كما ذكرنا والجواب أن الملك وان ثبت للمقضى له بالقضاء ولكن المقضى عليه يزعم أن ذلك باطل لان المال في يد ملكه فلا يكون له أن يضمن الشاهدين شيأ مالم يخرج المال من يده بقضاء القاضي قال (واذا رجع أحدهما ضمن النصف الخ) المعتبر في باب الرجوع عن الشهادة بقاء من بقي لان وجوب الحق في الحقيقة بشهادة الشاهدين ومازاد فهو فضل في حق القضاء الا أن الشهود (٨٩) اذا كانوا أكثر من الاثنين يضاف

قال (فان رجع أحدهما ضمن النصف) والاصل أن المعتبر في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع وقد بقي من يبقى بشهادته نصف الحق (وان شهد بالمال ثلاثة فرجع أحدهم فلا ضمان عليه)

هذا ضمان اتلاف والاتلاف على المدعى عليه انما يتحقق باخذه منه وهذا اختيار شمس الائمة وفرق شيخ الاسلام بين كون المشهود به عينا فيضمنان قبل قبض المدعي اياها بعد القضاء لها بها أو دينا فلا يضمنان حتى يقبضه المدعي وجه الفرق أن ضمانهما ضمان اتلاف وضمان الاتلاف مقيد بالمماثلة فاذا كان المشهود به عينا فالشاهدان وان أزالاه عن ملك المشهود عليه بشهادتهما عند اتصال القضاء بها حتى لا ينفذ تصرفه فيه فلو أزلنا قيمته عن ملكهما باخذ الضمان منهما لانتفى المماثلة أما اذا كان المشهود به دينا فالشاهدان أوجبا عليه دينا بغير حق فلو استوفى الضمان منهما قبل أن يستوفي المشهود له من المشهود عليه انتفت المماثلة لان المستوفى منهما عين في مقابلة دين أوجباه وشمس الائمة يوافق في وجه الدين ويقول في العين ان الملك وان ثبت فيه للمدعي بمجرد القضاء لكن المقضى عليه يزعم أن ذلك باطل لان المال الذي في يده ملكه فلا يكون له أن يضمن الشاهد شيأ مالم يخرج من يده قال البزازي رحمه الله في فتاواه والذي عليه الفتوى الضمان بعد القضاء بالشهادة قبض المدعي المال أولا وكذا العقار يضمن بعد الرجوع ان اتصل القضاء بالشهادة * (فروع) شهدا أنه أجله الى سنة ثم رجعا ضمناه حالا ثم يرجعان على المطلوب بعد السنة ولو توى ما على المطلوب لم يرجعا على الطالب بخلاف الحوالة ولو شهدا أنه أبرأه أو وهبه أو تصدق به عليه ثم رجعا ضمنا ولو شهدا على هبة عبد وتسليم ثم رجعا ضمنا قيمته للمالك ولا رجوع للواهب على الموهوب له ولا عليهما لانه كالعوض وان لم يضمن الواهب الشاهدين له الرجوع شهدا أنه باع عبده بخمسمائة الى سنة وقيمة العبد مائة وقضى به ثم رجعا يخير البائع بين رجوعه على المشتري الى سنة وبين تضمين الشاهدين قيمته حالة ولا يضمنهما الخمسمائة فان ضمن الشاهدين رجعا على المشتري بالثمن اذا حل الاجل لانهما قاما مقام البائع بالضمان وطاب لهما قدر مائة وتصدقا بالفضل (قوله والاصل أن المعتبر في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع) وهذا لان الشهادة انما تثبت المال والرجوع انما يوجب الضمان لانه اتلاف له فاذا بقي بعد رجوع من رجع من يستقل باثبات المال بقي المال ثابتا فلم يتحقق بالرجوع اتلاف شئ ومن المحال أن يضمن مع عدم اتلاف شئ وأما ما أورد من أنه ينبغي اذا رجع واحد من الاثنين أن لا يبقى شئ من المال لان الواحد لا يثبت بشهادته شئ أصلا فيقتضي أن يضمن الواحد الراجع كل المال وهو مصادم للاجماع على نفيه وانما كان الاجماع على نفيه لان عدم ثبوت شئ بشهادة الواحد انما هو في الابتداء ولا يلزم في حال البقاء ما يلزم في الابتداء وحينئذ فبعد ما ثبت ابتداء شئ بشهادة اثنين نسب الى كل منهما في حال البقاء ثبوت حصة منه بشهادته فتبقى هذه الحصة ما بقي على شهادته ويكون متلفا لها برجوعه اذا عرف هذا فاذا رجع أحد الاثنين لزمه ضمان النصف لانه أتلفه برجوعه (وان شهد بالمال ثلاثة فرجع أحدهم فلا ضمان عليه) لانه بقي الحق من غير اتلاف

القضاء ووجوب الحق الى الكل لاستواء حقوقهم واذا رجع واحد زال الاستواء وظهر اضافة القضاء الى المثنى وعلى هذا اذا شهد اثنان فرجع أحدهما ضمن النصف لانه بقي بشهادة من بقي نصف الحق قيل لانسلم ذلك فان الباقي فرد لا يصلح لاثبات شئ ابتداء فكذا بقاء وأجيب بأن البقاء أسهل من الابتداء فيجوز أن يصلح في البقاء للاثبات ما لا يصلح في الابتداء لذلك كما في النصاب فان بعضه لا يصلح في الابتداء لاثبات الوجوب ويصلح في البقاء بقدره (واذا شهد ثلاثة فرجع واحد فلا ضمان عليه)

(قوله فبازالة العين عن ملكهما الخ) أقول الضمير في قوله ملكهما في موضعين راجع الى الشاهدين في قوله فالشاهدان بشهادتهما أزلاه الخ (قوله لان وجوب الحق الخ) أقول لا يخفى عليك قصور هذا الدليل عن اثبات المدعى لاختصاصه بما بقي بعد رجوع من رجع نصاب الشهادة والاولى أن يبين بوجه يعم الصور كلها ثم يفرع عليه المسائل (قوله وعلى هذا اذا شهد الخ) أقول ينبغي أن يكون تفريعا على الاصل 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

لانه بقي من بقي بشهادته كل الحق لان استحقاق المدعى للمشهود به باق بالحجة) التامة واستحقاق المتلف يسقط الضمان فيما اذا أتلف انسان مال زيد فقضى القاضي له على المتلف بالضمان ثم استحق المتلف عمرو وأخذ الضمان من المتلف سقط الضمان الثابت لزيد بقضاء القاضي على المتلف فلا نمنعه بطريق الاولى لان الدفع أسهل من الرفع (فان رجع الآخر ضمن الراجعان نصف الحق) قيل يجب أن لا يجب الضمان على الراجع الاول أصلا لان المعتبر بقاء من بقي وبعد رجوع الاول كان نصاب الشهادة باقيا فاذا رجع الثاني فهو الذي أتلف نصف الحق فيقتصر الضمان عليه وأجيب بأن الضمان على الاول ثابت بطريق التبين أو الانقلاب وذلك لان الاستحقاق كان بشهادتهم جميعا ثم اذا رجع الاول ظهر كذبه واحتمل كذب غيره فاذا رجع الثاني تبين أن الاتلاف من الابتداء كان بشهادتهما أولان القضاء كان بالشهادة وهي موجودة منهما في حالة واحدة فعند رجوع الاول وجد الاتلاف ولكن المانع وهو بقاء النصاب منع ايجاب الضمان عليه فاذا رجع الثاني ارتفع المانع ووجب الضمان بالمقتضي (وان شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق لبقاء ثلاثة الارباع ببقاء من بقي وان رجعتا ضمنتا نصف الحق) لان نصف الحق باق لشهادة الرجل (واذا شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن لانه بقي من بقي بشهادته كل الحق فان رجعت أخرى كان عليهن ربع الحق لانه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية فبقي ثلاثة الارباع

لانه بقي من بقي بشهادته كل الحق وهذا لان الاستحقاق باق بالحجة والمتلف متى استحق سقط الضمان فاولى أن يمتنع (فان رجع الآخر ضمن الراجعان نصف المال) لان ببقاء أحدهم يبقى نصف الحق (وان شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق) لبقاء ثلاثة الارباع ببقاء من بقي (وان رجعتا ضمنتا نصف الحق) لان بشهادة الرجل بقي نصف الحق (وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن) لانه بقي من بقي بشهادته كل الحق (فان رجعت أخرى كان عليهن ربع الحق) لانه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية فبقي ثلاثة الارباع

(قوله اذا أتلف انسان مال زيد فقضى القاضي له) أقول الضمير في قوله له راجع الى زيد (قوله سقط الضمان الخ) أقول مع أن الاتلاف ليس بظاهر فيما نحن فيه لبقاء استحقاق المدعى عليه بحجة بل انما هو بحسب زعم الراجع فقط (قوله فلا نمنعه الخ) أقول الضمير في قوله يمنعه راجع الى الضمان في قوله واستحقاق المتلف يسقط الضمان الخ (قوله ثم اذا رجع الاول الخ) أقول الاظهر أن يقال اذا رجع الاول لم يظهر الاتلاف فضلا عن اتلافه لبقاء استحقاق المدعى به بالحجة التامة (وان فاذا رجع الثاني أيضا تبين سببه الاول في الاتلاف أيضا لعدم الاولوية فليتأمل ثم ما ذكره هنا لا يخلو عن نوع مخالفة لما أسلفه آنفا من انه اذا رجع واحد من الثلاثة زال الاستواء وظهر اضافة القضاء الى المثنى والجواب ان ذلك فيما اذا استمر الاثنان على شهادتهما وهنا ليس كذلك (قوله ثابت بطريق التبيين) أقول التبيين انما يكون في حكم مغيا بغاية ينتظر الوصول اليها فان وصل حكم بثبوته والا فلا كذا في هذا الكتاب قبيل باب الشهادة على الزنا (قوله واحتمل كذب غيره الخ) أقول احتمالا أكثر من الاحتمال الثابت قبله لكن فائدة هذا الكلام غير ظاهرة (قوله كان بشهادتهما) أقول لاستواء حالهم (قوله فعند رجوع الاول وجد الاتلاف) أقول أي علم وجوده بل علم قصده الاتلاف كما لا يخفى وفيه بحث ويمكن أن يقال لعل المراد وجد الاتلاف الزعمي ثم المراد من زعمه أخذ بزعمه واقراره فكان ينبغي أن يضمن ولكن المانع وهو بقاء الخ هكذا ينبغي أن يفهم الكلام والعلم عند الخبير العلام (قوله واذا رجع الثاني ارتفع المانع) أقول كنزع الخف في المسح ومضي المدة في المستحاضة

وان رجع الرجل والنساء جميعا فعلى الرجل سدس الحق وعلى النساء خمسة أسداسه عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما على الرجل النصف وعلى النساء النصف لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا مع رجل واحد) فيتعين للقيام بنصف الحجة فلا يتغير هذا الحكم بكثرة النساء واذا ثبت نصف الحق بشهادتهن ضمنه عند الرجوع (ولابي حنيفة رحمه الله أن كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد) بالنص (قال صلى الله عليه وسلم في نقصان عقلهن عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل واحد واذا كانتا كرجل صار كأنه شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا) وفي وجه دلالة الحديث على ذلك نظر واعلم أن لو قال عدلت شهادة كل اثنتين منهن بشهادة رجل والجواب أنه أطلق ولم يقيد بان ذلك في الابتداء أو مكررا فكان الاطلاق ككلمة كل (وان رجع النسوة العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق عندهم جميعا لما قلنا) ان المعتبر هو بقاء من بقي فالرجل ببقي ببقائه نصف الحق (وان شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة) لان المرأة الواحدة شطر العلة ولا يثبت به شئ من الحكم فكان القضاء مضافا الى شهادة رجلين دونها فلا تضمن عند الرجوع شيأ قال (وان شهد شاهدان على امرأة بالنكاح الخ) وان شهدا على امرأة بالنكاح ثم رجعا فلا ضمان عليهما سواء كانت الشهادة بمقدار مهر مثلها أو باقل من ذلك لان المتلف ههنا منافع البضع ومنافع البضع عندنا غير مضمونة بالاتلاف لان التضمين يقتضي المماثلة بالنص على ما عرف لا مماثلة بين العين والمنفعة

(وان رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة أسداسه عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف) لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام رجل واحد ولابي حنيفة رحمه الله أن كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد قال عليه السلام في نقصان عقلهن عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل واحد فصار كما اذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا (وان رجع النسوة العشرة دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين) لما قلنا (ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة) لان الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف اليه الحكم قال (وان شهد شاهدان على امرأة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما وكذلك اذا شهدا باقل من مهر مثلها) لان منافع البضع غير متقومة عند الاتلاف لان التضمين يستدعي المماثلة على ما عرف

(وان رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة أسداسه عند أبي حنيفة وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام الرجل ولابي حنيفة رحمه الله أن كل امرأتين قامتا مقام رجل قال صلى الله عليه وسلم في نقصان عقلهن عدلت شهادة كل اثنتين منهن شهادة رجل) روى البخاري من حديث الخدري رضي الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم قال يا معشر النساء تصدقن وأكثرن الاستغفار فاني رأيتكن أكثر أهل النار فقالت امرأة منهن يا رسول الله ما لنا أكثر أهل النار قال تكثرن اللعن وتكفرن العشير ما رأيت من ناقصات عقل ودين أغلب لذي 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 (فصار كما لو شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا وان رجع النسوة العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين) يعني بالاتفاق على اختلاف التخريج فعندهما لان الثابت بشهادتهن نصف المال وعنده لبقاء من يثبت به النصف وهو الرجل كما لو شهد ستة رجال ثم رجع خمسة ثم ليست احداهن أولى بضمان النصف من الآخرين (ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة لان الواحدة ليست شاهدة بل بعض شاهد) لان المرأتين شاهد واحد فشهادة الواحدة شطر علة وشطر العلة لا يثبت به شئ فكان القضاء ليس الا بشهادة الرجلين فلا تضمن المرأة عند رجوعها شيأ 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 أثلاثا على الرجل والمرأة لان القضاء هنا بشهادة الكل من الرجال والنساء على الشيوع ثم يقام كل امرأتين مقام رجل فثلاث نسوة مقام رجل ونصف فان رجعوا

(قوله الامع رجل فيتعين الخ) أقول يعني ويتعين رجل للقيام (قوله قال عليه الصلاة والسلام في نقصان عقلهن) أقول لفظ في في قوله عليه السلام في نقصان للسببية (قوله ان لو قال عدلت شهادة الخ) أقول فلم لم يقل ذلك احتمل أن يكون العدد لبيان أدنى مرتبة ما يكون فيه النساء كالرجال فاذا 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 الى الرجل (قوله لان التضمين يقتضي المماثلة بالنص) أقول قال الله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم

(قوله وانما تتقوم) جواب عما يقال لو لم تكن المنافع متقومة لكانت بالتملك كذلك لان الخارج هو عين الداخل في الملك فمن ضرورة التقوم في احدى الحالتين تقومها في الاخرى لكنها متقومة عند الدخول بالاتفاق ووجه ذلك أنها انما تضمن وتتقوم بالتملك ابانة لخطر المحل لانه محل خطير لحصول النسل به وهذا المعنى ليس بموجود في حالة الازالة ألا ترى أنه

وانما تضمن وتتقوم بالتملك لانها تصير متقومة ضرورة الملك ابانة لخطر المحل (وكذا اذا شهدا على رجل بتزويج امرأة بمقدار مهر مثلها) لانه اتلاف بعوض لما أن البضع متقوم حال الدخول في الملك والاتلاف بعوض كلا اتلاف وهذا لان مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين الاتلاف بعوض وبينه بغير عوض

جميعا فعندهما أنصافا وعنده أخماسا على النسوة ثلاثة أخماس وعلى الرجل خمسان (قوله وان شهدا الى آخره) اذا ادعى رجل على امرأة نكاحا بقدر مهر مثلها أو ادعاه باقل بان ادعاه بمائة ومهر مثلها ألف فشهد بذلك شاهدان فقضى بمقتضى شهادتهما ثم رجعا لا يفسخ النكاح برجوعهما ولا يضمنان شيأ في الصورتين كما ذكره المصنف وذكر في المنظومة في صورة النقصان أنهما يضمنان ما نقص عن مهر مثلها عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف قال في باب أبي يوسف لو أثبتوا نكاحها فأوكسوا ان رجعوا لم يضمنوا ما بخسوا ثم بينه في شرحه المسمى بالحصر وجعل الخلاف مبنيا على مسئلة اختلاف الزوجين في قدر المهر فان عند أبي حنيفة ومحمد القول قولها الى مهر مثلها فكان يقضى لها بألف لو لا هذه الشهادة فقد أتلفا عليها تسعمائة وعند أبي يوسف القول للزوج فلم يتلفا على قوله عليها شيأ وتبعه صاحب المجمع وما ذكره صاحب الهداية هو المعروف في المذهب وعليه صاحب النهاية وغيره من الشارحين لم ينقلوا سواه خلافا ولا رواية وهو المذكور في الاصول كالمبسوط وشرح الطحاوى والذخيرة وغيرهم وانما نقلوا فيها خلاف الشافعي فلو كان لهم شعور بهذا الخلاف الثابت في المذهب بين الائمة الثلاثة لم يعرضوا عنه بالكلية ويشتغلوا بنقل خلاف الشافعي وذكروا وجهه بأن البضع متقوم لثبوت تقومه حال الدخول فكذا في غيره لانه في حال الخروج عين ذلك الذي ثبت تقومه وأجابوا بحاصل توجيه المصنف بأن تقومه حال الدخول ليس الا لاظهار 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 متقوما في نفسه كالاعيان المالية لانه لا يرد الملك على رقبته والمنافع لا تتقوم فلا تضمن لان التضمين يستدعي المماثلة بالنص ولا مماثلة بين الاعيان التي تحرز وتتمول والاعراض التي تتصرم ولا تبقى وفرع في النهاية على الأصل المذكور خلافية أخرى هي ما اذا شهدوا بالطلاق الثلاث ثم رجعوا بعد القضاء بالفرقة لم يضمنوا عندنا وكذا اذا قتل رجل امرأة رجل لا يضمن القاتل لزوجها شيأ وكذا اذا ارتدت المرأة لا شئ عليها لزوجها وعنده عليها وعلى القاتل للزوج مهر المثل وأورد على قولنا نقضا أنهم أوجبوا الضمان باتلاف منافع البضع حقيقة فيما اذا أكره مجنون امرأة فزنى بها يجب في ماله مهر المثل فكذا يجب في الاتلاف الحكمي وأجاب نقلا عن الذخيرة بأنه في الاتلاف الحقيقي بالشرع على خلاف القياس والحكمي دونه فلا يكون الوارد فيه واردا في الحكمي ونظيره ما في شرح الطحاوى لو ادعى أنه استأجر الدار من هذا شهرا بعشرة وأجره مثلها مائة والمؤجر ينكر فشهدا بذلك ثم رجعا لا ضمان عليهما لانهما أتلفا المنفعة ومتلف المنفعة لا ضمان عليه (قوله وكذا لا ضمان عليهما اذا شهدا على رجل بتزويج امرأة بمهر مثلها) بان 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 لانهما عوضا مالك البضع وهو متقوم حين ورود العقد عليه والاتلاف بعوض كلا اتلاف وانما

(قوله ووجه ذلك الخ) أقول ناظر الى ما تقدم بسطرين وهو قوله جواب عما يقال الخ (قوله ابانة لخطر المحل) أقول حتى يكون مصونا عن الابتذال ولا يملك مجانا فان ما يملك المرء مجانا لا يعظم خطره عنده ثم لا يخفى عليك أن ذلك ليس بموجود في الاتلاف فلأجل هذا كان متقوما على المالك دون المتلف (قوله لانه محل خطير) أقول يعني من النفوس كان

(قوله معناه أن الاتلاف بغير عوض الخ) أقول أنت خبير بأن ما أفاده الشرح بينه وبين المشروح ما بين الضب والنون من المناسبة فان معنى كلامه أنا لو ضمنا الشاهدين في الصورة المذكورة كان اتلافا لمالهما بغير عوض وهما أتلفا مال الزوج بعوض هو البضع فتفوت المماثلة التي هي مبنى الضمان فليتأمل فانه لو كان المراد ما ذكره لقال المصنف لان مبنى الالحاق المماثلة

مشروط عند التملك بما ليس بمشروط به عند الازالة كالشهود والولي وموضعه أصول الفقه وقد ذكرنا ذلك في التقرير مستوفى بعون الله وتأييده وكذلك ان شهدا على زوج بتزويج امرأة بمقدار مهر مثلها لانه اتلاف بعوض لما ذكرنا أن البضع متقوم حال الدخول في الملك والاتلاف بعوض كلا اتلاف كما لو شهدا بشراء شئ بمثل قيمته ثم رجعا لا يضمنان (قوله وهذا لان مبنى الضمان) معناه أن الاتلاف بغير عوض مضمون بالنص والاتلاف بعوض ليس في معناه لعدم المماثلة بينهما فلا يلتحق به بطريق الدلالة

(وان شهدا باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة لانهما أتلفاها من غير عوض) وهو يوجب الضمان قال (وان شهدا ببيع شئ بمثل القيمة الخ) شهدا بانه باع عبده بالف درهم ثم رجعا فان كان الالف قيمته أو أكثر لم يضمنا شيأ لما مر أن الاتلاف بعوض كلا اتلاف وان كان قيمته ألفين ضمنا للبائع ألفا لانهما أتلفا هذا الجزء الذى هو فى مقابلة الالف من قيمته بلا عوض ولا فرق بين أن يكون البيع باتا أو فيه خيار البائع بان شهدا باقل من القيمة كالصورة المذكورة وبان البائع بالخيار ثلاثة أيام فقضى القاضى بذلك ومضت المدة وتقرر البيع ثم رجعا فانهما يضمنان فضل ما بين القيمة والثمن لاتلافهما الزائد بغير عوض لان البيع بالخيار وان كان غير مزيل للملك والبائع كان متمكنا من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع فى المدة فحيث لم يفعل كان راضيا به والرضا يسقط الضمان لكن حكمه مضاف الى السبب السابق وهو البيع المشهود به ولهذا استحق المشترى بزوائده والبائع لما كان منكر الاصل البيع لم يمكنه أن يتصرف بحكم الخيار اذ العاقل يتحرز عن الانتساب الى الكذب حسب طاقته فلو أوجبا البيع فى المدة لم يضمنا شيأ لانه أزال ملكه باختياره فلم يتحقق الاتلاف

(وان شهدا باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة) لانهما أتلفاها من غير عوض قال (وان شهدا ببيع شئ بمثل القيمة أو أكثر ثم رجعا لم يضمنا) لانه ليس باتلاف معنى نظرا الى العوض (وان كان باقل من القيمة ضمنا النقصان) لانهما أتلفا هذا الجزء بلا عوض ولا فرق بين أن يكون البيع باتا أو فيه خيار البائع لان السبب هو البيع السابق فيضاف الحكم عند سقوط الخيار اليه فيضاف التلف اليهم

(قوله ثم رجعا ضمنا الزيادة لانهما أتلفاها) أقول الضمير فى قوله اتلفاها راجع الى الزيادة (قوله أو فيه خيار البائع بان شهدا الخ) أقول قوله بأن شهدا ناظر الى قوله أو فيه خيار البائع فتأمل قال المصنف (وان كان باقل من القيمة ضمنا الخ) أقول قال ابن الهمام هذا اذا شهدا بالبيع ولم يشهدا بنقد الثمن فلو شهدا به وبنقد الثمن ثم رجعا فاما أن ينظماهما فى شهادة واحدة بان شهدا انه باعه هذا بألف وأوفاه الثمن أو فى شهادتين بان شهدا بالبيع فقط ثم شهدا بأن المشترى أوفاه الثمن ففى الاول يقضى عليهما بقيمة المبيع لا بالثمن وفى الثانى يقضى عليهما بالثمن للبائع ووجه الفرق أن فى الاول المقضى به البيع دون الثمن لانه لا يمكن القضاء بايجاب الثمن لاقترانه بما يوجب سقوطه وهو القضاء بالايفاء ولهذا قلنا لو شهدا ثنان على رجل انه باع من هذا عبده وأقاله بشهادة واحدة لا يقضى بالبيع لانه قارن القضاء به ما يوجب انفساخه وهو القضاء بالاقالة فكذا هذا واذا كان المقضى به البيع فقط وزال المبيع بلا عوض فيضمنان القيمة بخلاف ما اذا كان بشهادتين فان الثمن يصير مقضيا به لان القضاء بالثمن لا يقارنه ما يسقطه لانهما لم يشهدا بالايفاء بل شهدا به بعد ذلك واذا صار الثمن مقضيا به ضمناه برجوعهما ثم قال المصنف (ولا فرق بين كون البيع باتا أو فيه خيار البائع لان السبب) يعنى البيع (هو السابق) حتى استحق المشترى المبيع بزوائده وقد أزاله بشهادتهما فيضاف الحكم اليه عند سقوط الخيار اليه (فانضاف التلف الى المشهود) وهذا جواب عن سؤال ذكره فى المبسوط حاصله ينبغى أن لا ضمان عليهما لانهما انما أثبتا البيع بشرط الخيار للبائع وبه لا يزول ملكه عن المبيع وانما يزول اذا لم يفسخ حتى مضت المدة واذا لم يفسخ حتى مضت المدة كان مختارا فى ازالة ملكه عنه الى غيره

كان كذلك لان مبنى الضمان على المماثلة كما ذكرنا ولا مماثلة بين الاتلاف بعوض وهو الثابت فى حق الزوج والاتلاف بلا عوض وهو الذى يحكم به على الشاهدين (وان شهدا بأكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة) على مهر المثل (لانهما أتلفاها بلا عوض) وهى من الاعيان التى تقع المماثلة بالتضمين فيها (قوله وان شهدا ببيع شئ بمثل القيمة أو أكثر) بان ادعى ذلك مدع فشهدا به (ثم رجعا لم يضمنا لانه ليس باتلاف معنى نظرا الى العوض وان) شهدا به (بأقل من القيمة) ثم رجعا (ضمنا نقصان القيمة لانهما أتلفا هذا القدر) عليه (بلا عوض) هذا اذا شهدا بالبيع ولم يشهدا بنقد الثمن فلو شهدا به وبنقد الثمن ثم رجعا فاما أن ينظماهما فى شهادة واحدة بان شهدا انه باعه هذا بألف وأوفاه الثمن أو فى شهادتين بان شهدا بالبيع فقط ثم شهدا بأن المشترى أوفاه الثمن ففى الاول يقضى عليهما بقيمة المبيع لا بالثمن وفى الثانى يقضى عليهما بالثمن للبائع ووجه الفرق أن فى الاول المقضى به البيع دون الثمن لانه لا يمكن القضاء بايجاب الثمن لاقترانه بما يوجب سقوطه وهو القضاء بالايفاء ولهذا قلنا لو شهدا ثنان على رجل انه باع من هذا عبده وأقاله بشهادة واحدة لا يقضى بالبيع لانه قارن القضاء به ما يوجب انفساخه وهو القضاء بالاقالة فكذا هذا واذا كان المقضى به البيع فقط وزال المبيع بلا عوض فيضمنان القيمة بخلاف ما اذا كان بشهادتين فان الثمن يصير مقضيا به لان القضاء بالثمن لا يقارنه ما يسقطه لانهما لم يشهدا بالايفاء بل شهدا به بعد ذلك واذا صار الثمن مقضيا به ضمناه برجوعهما انتهى فيه نظر (قوله اذ العاقل يتحرز عن الانتساب الى الكذب) أقول فيه أن حكم القاضى ينفذ ظاهرا وباطنا فى أمثاله عند أبى حنيفة فلو فسخ البيع فى المدة لم ينسب الى الكذب أصلا عنده بل عند الامامين أيضا اذ يجعل الفسخ مبنيا على حكم القاضى بالبيع والخيار فليتأمل (قوله فلو أوجب البيع فى المدة) أقول أى فى مدة الخيار

(وان شهدا على رجل بانه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر لانهما أكدا ما كان على شرف السقوط) بالارتداد أو مطاوعة ابن الزوج وعلى المؤكد ما على الموجب لشبهه به ألا ترى أن المحرم اذا أخذ صيدا فذبحه شخص في يده فانه يجب الجزاء على المحرم ويرجع به على القاتل لانه أكد ما كان على شرف السقوط بالتخلية ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ لعود المعقود عليه وهو البضع الى المرأة كما كان والفسخ يوجب سقوط جميع المهر لانه يجعل العقد كان لم يكن فكان وجوب نصف المهر على الزوج ابتداء بطريق المتعة بسبب شهادتهما فيجب الضمان بالرجوع وانما قال في معنى الفسخ لان النكاح بعد اللزوم لا يقبل الفسخ لكن لما عاد كل المبدل الى ملكها من غير تصرف فيه أشبه الفسخ

(وان شهدا على رجل أنه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر) لانهما أكدا ما كان على شرف السقوط ألا ترى أنهما لو طاوعت ابن الزوج أو ارتدت سقط المهر أصلا ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فيوجب سقوط جميع المهر كما مر في النكاح ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة فكان واجبا بشهادتهما

فلا يجب الضمان والجواب أن سبب التلف العقد السابق وثبوته بشهادتهم فيضاف اليهم غاية الامر أنه سكت الى أن مضت المدة وهو لا يستلزم رضاه لجواز كونه لتحرزه عن أن يضاف اليه الكذب لانه قد أنكر العقد فاذا فسخ كان معترفا بصدوره منه فيظهر للناس تناقضه وكذبه والعاقل 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 ضمناه ولو أن المشهود عليه بالشراء أجازه في المدة سقط الضمان عنهما لانه أتلف ماله باختياره كما لو أجازه البائع في شهادتهما بالخيار له بثمن ناقص عن القيمة حيث يسقط أيضا (قوله وان شهدا أنه طلق امرأته قبل الدخول فقضي بالفرقة ثم رجعا ضمنا نصف المهر) هذا اذا كان في العقد مهر مسمى فان لم يكن ضمنا المتعة لانها الواجبة فيه وذلك (لانهما أكدا ما كان على شرف السقوط) وعلى المؤكد ما على الموجب أما كونه على شرف السقوط فان المهر بحيث لو ارتدت الزوجة والعياذ بالله تعالى أو طاوعت ابن زوجها يسقط المهر أصلا وأما أن على المؤكد ما على الموجب فمسألتين هما ما اذا أخذ محرم صيد الحرم فقتله في يده آخر يجب الجزاء على الآخذ ورجع به على القاتل لانه أكد ما كان بحيث يسقط بان يتوب فيطلقه وما اذا أكره رجل آخر على الطلاق قبل الدخول وجب على الزوج نصف المهر ورجع به على المكره وكذلك بارتدادها ونحوه (ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فتوجب سقوط كل المهر كما مر في النكاح) أي من باب المهر من أن بالطلاق قبل الدخول يعود المعقود عليه اليها كما كان سالما فلا يجب بمقابلته شئ (ثم يجب نصف المهر ابتداء) فقد أوجبا بشهادتهما عليه مالا فيجب ضمانه عليهما وانما قال في معنى الفسخ ولم يقل فسخ لانه ليس حقيقة الفسخ والا لم ينقص من عدد الطلاق شئ وانما هو في معناه بسبب عود المعقود عليه اليها سالما ولم يذكر المصنف ما لو شهدا بالطلاق بعد الدخول مع أنه مذكور في القدوري والبداية وحكمه أن لا يجب ضمان لان 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 الا ما زاد على مهر المثل لان بقدر مهر المثل اتلاف بعوض وهو منافع البضع التي استوفاها 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 الى تمامه لانهما برجوعهما زعما أن الزوج لم يطلقها وانما وقع بالقضاء به فعند أبي حنيفة رحمه الله وقوعه بالقضاء كايقاع الزوج وبايقاع الزوج ليس لها الا النصف وعند محمد رحمه الله القضاء به ليس ايقاعا منه فيبقى حقها ثابتا في كل المهر وفوتاه بشهادتهما فقد أتلفاه انتهى والوجه عدمه لان القضاء بالوقوع انما هو عنه تكذيبا له في انكاره الطلاق على أن نقل هذا الخلاف

(قوله لانهما أكدا ما كان على شرف السقوط) أقول يعني أكدا المهر الذي كان على شرف السقوط قال الزيلعي وينقض هذا بمسئلتين ذكرهما في التحرير احداهما امرأة لها على رجل ألف درهم مؤجلة فشهد الشهود أنها حالة فأخذت الالف منه فارتدت ولحقت بدار الحرب وسبيت ثم رجع الشهود عن شهادتهم لا يضمنون وهذا الدين كان على شرف السقوط لانه لو كان مؤجلا على حاله يسقط بارتدادها والثانية لو أن رجلا قتل امرأة قبل أن يدخل بها زوجها حتى لزمه جميع المهر لا يرجع على القاتل وان وجد التأكيد منه اذ لو لا قتله كان احتمال السقوط ثابتا ولكن نقول القتل منه للنكاح والشئ بانتهائه يتقرر والدين المؤجل ثابت في الحال وانما تأخرت المطالبة ولهذا لو مات من عليه الدين يحل ولو لم يؤكدا بشهادتهما شيأ اذ تحصيل الحاصل محال أو يقال لا نسلم بان دينها يسقط بل يكون لورثتها وتقضي بها ديونهم فلا يسقط فبطل الانتقاض من الاصل انتهى قوله ولكن نقول القتل منه للنكاح الخ محل بحث

(وان شهدا أنه أعتق عبده) فقضى بذلك (ثم رجعا ضمنا قيمته لانهما أتلفا مالية العبد عليه من غير بدل) وذلك يوجب الضمان والولاء للمعتق لان العتق لا يتحول اليهما بالضمان فكذلك الولاء لانه تابع له قيل ينبغي أن لا يكون الولاء للمولى لانه ينكر العتق وأجيب بانه مكذب في ذلك شرعا بقضاء القاضي بالحجة وقيل لما ثبت الولاء ثبت العوض فانتفى الضمان وأجيب بانه لا يصلح عوضا لانه ليس بمال متقوم ثم لا يختلف الضمان باليسار والاعسار لكونه ضمان اتلاف وأنه لا يختلف

قال (وان شهدا أنه أعتق عبده ثم رجعا ضمنا قيمته) لانهما أتلفا مالية العبد عليه من غير عوض والولاء للمعتق لان العتق لا يتحول اليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولاء (وان شهدوا بقصاص ثم رجعوا بعد القتل ضمنوا الدية ولا يقتص منهم) وقال الشافعي رحمه الله يقتص منهم لوجود القتل منهم تسبيبا فاشبه المكره بل أولى لان الولي يعان والمكره يمنع

الخلاف غريب ليس في الكتب المشهورة فلا يعول عليه (قوله وان شهدا أنه أعتق عبده) فقضى بالعتق (ثم رجعا ضمنا قيمته لانهما أتلفا عليه) مالا متقوما (بلا عوض) فيضمنان سواء كانا موسرين أو معسرين لانه ضمان اتلاف وهو لا يتقيد باليسار (والولاء للمولى لان العتق من جهته) وهو وان كان منكر العتق صار مكذبا شرعا وانما لا يتحول للشاهدين بضمانهما لان العتق لا يقبل الانتقال ولا يكون الولاء عوضا فيا للضمان لانه ليس بمال بل هو كالنسب سبب يورث به ولو كانا شهدا بتدبير العبد وقضي به كان عليهما ضمان ما بين قيمته مدبرا وغير مدبر وقد سلف في كتاب العتق قدر نقصان التدبير وان مات المولى بعد رجوعهما فعتق من ثلث تركته كان عليهما بقية قيمته عبدا لورثته ولو شهدا بالكتابة ضمنا تمام قيمته والفرق أنهما بالكتابة حالا بين المولى وبين مالية العبد بشهادتهما فكانا غاصبين فيضمنان قيمته بخلاف التدبير فانه لا يحول بين المولى وبين مدبره بل ينقص ماليته ثم اذا ضمنا تبعا المكاتب على نجومه لانهما قاما مقام المولى حين ضمنا قيمته ولا يعتق المكاتب حتى يؤدي اليهما الجميع كما كان كذلك مع المولى وولاؤه للذي شهد عليه بالكتابة وان عجز فرد في الرق كان لمولاه لان رقبته لم تصر مملوكة للشاهدين بالضمان لان المكاتب لا يقبل النقل من ملك الى ملك ويرد المولى ما أخذ منهما لزوال حيلولتهما برده في الرق فهو كغاصب المدبر اذا ضمن قيمته بعد اباقه ثم رجع يكون مردودا على المولى ويرد المولى على الغاصب ما أخذ منه ولو كانا شهدا على اقراره بان هذه الامة ولدت منه فقضي بذلك ثم رجعا ضمنا للمولى نقصان قيمتها وذلك بان تقوم أمة وأم ولد لو جاز بيعها مع الامومة فيضمنان ما بين ذلك فان مات المولى بعد ذلك فعتقت كان عليهما بقية قيمتها أمة للورثة وان هما نصا في شهادتهما على اقراره في ابن في يده انه منه بان شهدا انه أقر أنها ولدت منه هذا الولد كان عليهما مع ما ذكرنا للمولى قيمة الولد فان قبضها ثم مات فورثه هذا الابن كان عليه أن يرد على الشاهدين ما ورث مثل ما كان الميت أخذه منهما من قيمته وقيمة أمه لانه يقول الميت أخذه بغير حق وانه دين في تركته لهما والذي عندي انه ينبغي أن يضمنا للورثة مقدار ما ورث الابن لانهما أتلفا عليهم بشهادتهما (قوله واذا شهدا بقصاص ثم رجعا بعد القتل ضمنا الدية ولا يقتص منهما) وهو مذهب مالك خلافا للاشهب والدية على عاقلة الشهود ومذهب أحمد ان قالا أخطأنا ضمنا الدية في مالهما وان قالا تعمدنا اقتص منهما (وقال الشافعي رحمه الله يقتص لوجود القتل) منهما (تسبيبا فأشبه) الشاهد (المكره) فانه تسبب بشهادته في قتل الولي كما أن المكره تسبب باكراهه في قتل المكره فيقتل كما يقتل المكره (بل هو أولى منه لان ولي القصاص) بعد الشهادة (يعان) على قتل المشهود عليه ولا ينكر عليه أحد (والمكره) لا يعان على القتل باكراهه بل (يمنع) وينكر عليه للعلم بأنه محظور عليه

(قال المصنف لانهما أتلفا مالية العبد عليه من غير عوض) أقول والولاء لا يصلح عوضا لانه ليس بمال متقوم بل هو كالنسب بالحديث المشهور (قال المصنف واذا شهدا الى قوله ضمنا الدية) أقول قال ابن الهمام والدية على عاقلة الشهود انتهى وفيه بحث لأن العاقلة لا تعقل اعترافا (قوله وقيل أشبه الولي المكره وهو ليس بشئ لانه ليس بملجأ الى القتل الخ) أقول نعم الا انه كالملجأ من حيث ظهور ايثاره القصاص بالطبع تشفيا على ما سيعرف به ومن تأمل كلام المصنف أعني قوله لان الولي يعان لا يتردد في أظهرية ارادة الولي من المكره على تقدير كونه اسم مفعول ثم اعلم ان صاحب القيل السغناقي والكاكي

بذلك قال (واذا شهدا بقصاص ثم رجعا الخ) اذا شهدا على رجل بالقصاص فاقتص منه ثم رجعا ضمنا الدية في مالهما (ولا يقتص منهما وقال الشافعي يقتص منهما لوجود القتل تسبيبا فاشبه المكره) أي فاشبه المسبب ههنا وهو الشاهد المكره ان كان اسم فاعل أو فاشبه القاضي المكره لانه كالملجأ بشهادتهما حتى لو لم يرا الوجوب كفران كان اسم مفعول وقيل أشبه الولي المكره وهو ليس بشئ لانه ليس بملجأ الى القتل وقوله (بل أولى) أي التسبيب ههنا أولى من الاكراه لان التسبيب موجب من حيث الافضاء والافضاء ههنا أكثر لان المكره يمنع عن القتل ولا يعان عليه والولي يعان على الاستيفاء فكان هذا أكثر افضاء ومع ذلك يقتص من المكره للتسبيب فمن الشاهد أولى

(ولنا أن القتل مباشرة لم يوجد) وهو ظاهر وهو مستغنى عنه ههنا لانه لم يختلف فيه أحد وليس له تعلق بما نحن فيه الا أن يكون ايماء الى أن المباشر للقتل وهو الولى لما لم يلزمه القصاص فكيف يلزم غيره وهو تكلف بعيد وكذا تسبيبا لان التسبيب الى الشئ هو ما يفضى اليه غالبا وما نحن فيه ليس كذلك لان العفو مندوب اليه قال الله تعالى وأن تعفوا أقرب للتقوى بخلاف المكره فان الاكراه يفضى الى القتل غالبا لان المكره يؤثر حياته ظاهرا ولقائل أن يقول ظهور ايثار حياته اما أن يكون شرعا أو طبعا والاول ممنوع لان المسلم مندوب الى الصبر على القتل فصار كالعفو عن القصاص والثانى مسلم ولكن معارض بطبع ولى المقتول فانه يؤثر التشفى بالقصاص ظاهرا ولهذا تنزل فقال (ولان الفعل الاختيارى) يعنى سلمنا ان ثمة تسبيبا ولكن الفعل الاختيارى يقطع نسبة ذلك الفعل الى غيره والفعل ههنا وهو القتل وجد من الولى باختياره الصحيح فقطع نسبته الى الشهود سلمنا انه لا يقطع نسبته الى الشهود لكن لا أقل أن يورث شبهة يندرئ بها القصاص فان قيل لو أورث شبهة لا تدفع الدية أيضا لانه بدل القصاص

(قال المصنف ولنا أن القتل مباشرة (٩٦) لم يوجد وكذا تسبيبا) أقول أى تسبيبا يوجب القصاص اذ الكلام

ولنا أن القتل مباشرة لم يوجد وكذا تسبيبا لان التسبيب ما يفضى اليه غالبا وههنا لا يفضى لان العفو مندوب بخلاف المكره لانه يؤثر حياته ظاهرا ولان الفعل الاختيارى مما يقطع النسبة ثم لا أقل من الشبهة وهى دارئة للقصاص

(ولنا أن القتل) من الشاهد (لم يوجد) تسبيبا (لان التسبيب ما يفضى اليه) أى الى ما تسبب فيه (غالبا) والشهادة لا تفضى الى قتل الولى على وجه الغلبة وان أفضت الى القضاء به بل كثيرا ما يقع ثم تقف الناس فى الصلح على قدر الدية بل على قدر بعضها فلم تفض غالبا اليه بل قد وقد فمن الناس من يغلب عليه طلب التشفى ومنهم من يغلب عليه العفو بالمال يرى أنه جمع بين ما هو الاحب للشارع وحصول مال ينتفع به فهو جمع بين دنيا وأخرى ولا شك أن هذا بالنظر الى مجرد ذاته ومفهومه يقتضى كثرة وجوده بالنسبة الى القتل فكيف اذا علم كثرة وقوعه واذا انتفى التسبيب من الشاهد حقيقة انتفى قتله (بخلاف المكره) يعنى فخالف الولى المكره (لان) الغالب أن (الانسان يؤثر حياته) على حياة غيره فكان المكره باكراهه مسببا حقيقة حيث ثبت بفعله ما هو المفضى للقتل بسبب الايثار الطبيعى ولا يصح قياس الشاهد عليه لانتفاء الجامع وهو اثبات ما يفضى غالبا الى الفعل ووجه آخر وهو (أن الفعل الاختيارى) ذى الاختيار الصحيح أعنى قتل الولى المعترض بعد الشهادة (مما يقطع نسبة الفعل) الى الشاهد كما عرف فيمن فك انسان قيده فأبق باختياره وأمثاله كمن دفع انسانا فى بئر حفرها غيره تعديا فانه يدفعه الاختيارى انقطعت نسبة التلف الى الحافر فلا وجود للسبب مع المباشر مختارا بخلاف المكره فانه وان اعترض فعله الاختيارى عن الاكراه لكن اختياره اختيار فاسد للاكراه عليه فكان كلا اختيار ولذا لا يصح مع اختياره هذا البيع ولا اجارته ونحوها فلم يصلح لقطع نسبة الفعل عن المكره فاعتبر المكره كآلة للمكره فتقتل بها ذلك القتيل على انه لو لم يقطع

فيه لاطلاق التسبيب فانه مما لا مجال لانكاره قال الامام السغناقى ذكر فى الاسرار ومن مشايخنا من قال فى تعليل المسئلة بان الشهود مسببون الا انه ضعيف لان المذهب عنده ان المسبب والمباشر واحد ألا يرى انه يلزمه الكفارة الا أن حافر البئر بمنزلة القاتل بسوط صغير لان الحفر لا يعد للقتل وضعا كالضرب بسوط صغير مرة أو مرتين فأما الشهادة فطريق مسلوك لأخذ ما ثبت بالشهادة فكان كالضرب بما يقصد به القتل وفى الكافى فى قوله فى الهداية ولنا أن القتل الى قوله يؤثر حياته ظاهر اشكل لان الامر على القلب فالظاهر الاختيار أن الولى يقدم على القتل لكونه مباحا له وبه يدرك ثأره والظاهر أن المكره لا يقدم لانه لا يباح له قتله ويحتمل أن يرتدع المكره عنه أو يلحقه الغوث انتهى قال المصنف (لان السبب) أقول الالف واللام بدل من المضاف اليه والضمير فى اليه راجع اليه غالبا وهو السبب المحيث أو ما يجرى مجراه قال المصنف (ما يفضى اليه غالبا) أقول منقوض بحافر البئر والجواب أن المراد سبب القتل الذى يوجب القصاص ما يفضى الى القتل غالبا فلتأمل وان شئت التفصيل فراجع الى الكشف شرح البزدوى فى مباحث السبب (قوله ولقائل أن يقول الى قوله بالقصاص ظاهرا) أقول بين الظهورين فرق ظاهر فان ايثار الحياة مطبوع عليه الحيوان ألا يرى أن المكره بالقتل يكون كمسلوب الاختيار بخلاف ايثار التشفى فانه ليس بتلك المثابة اذ يمنع عنه كثيرا ايثار العفو ابتغاء الثواب مع أنه مطبوع على حب الثناء فى العاجل واظهار السماحة والكرم أيضا وذلك يدعو الى العفو فليتأمل (قوله ولهذا تنزل فقال ولان الفعل الخ) أقول أى ولكون هذا السؤال متوجها تنزل المصنف (قوله يعنى سلمنا أن ثمة الخ) أقول اذا كان كلام المصنف منعا يكون اعتراض الشارح خارجا عن الآداب

أجاب بقوله (بخلاف المال لانه ثبت بالشبهات) فلا يلزم من سقوط ماسقط بالشبهات سقوط ماثبت بها وقد تضمن هذا الدليل الجواب عن صورة الاكراه فانه لم يتحلل هنالك من المباشرة فعل اختيارى يقطع النسبة عن المكره لان اختياره فاسد واختيار المكره صحيح والفاسد فى مقابلة الصحيح فى حكم العدم فجعل المكره كالآلة والفعل الموجود منه كالموجود من المكره وموضعه أصول الفقه وان رجع أحدهما فعليه نصف الدية فان رجع الولى معهما أو جاء المشهود بقتله حيا

بخلاف المال لانه يثبت مع الشبهات والباقى يعرف فى المختلف قال (واذا رجع شهود الفرع ضمنوا) لان الشهادة فى مجلس القضاء صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم (ولو رجع شهود الاصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم) لانهم أنكروا السبب وهو الاشهاد فلا يبطل القضاء لانه خبر محتمل

الاختيار الصحيح النسبة الى الشاهد فلا أقل من أن يوجب شبهة فى ايجاب القصاص عليه والقصاص يندرئ بالشبهات (بخلاف المال فانه يثبت مع الشبهة) وقوله فأشبه المكره بكسر الراء وقوله والمكره بمنع بفتحها والمراد بالمختلف مختلف الرواية للفقيه أبى الليث وفى شرح الجامع الكبير للعتابى اذا شهدوا على رجل أنه قتل فلانا خطأ أو عمدا فقضى بذلك وأخذ الولى الدية فى الخطا وقتل القاتل فى العمد ثم جاء المشهود بقتله حيا فالعاقلة فى الخطا ان شاؤا رجعوا على الآخذ لانه أخذ بغير حق ولا يرجع هو على أحد وان شاؤا ضمنوا الشهود لانهم تسببوا للتلف بغير حق وهم يرجعون على الولى لانهم ملكوا المضمون وهو الدية باداء الضمان فتبين أن الولى أخذ مالهم وفى العمد لا يجب القصاص على الولى ولا على الشهود لان القضاء أورث شبهة لكنه تجب الدية ويخير ورثة المقتول بين أن يضمنوا الولى الدية ولا يرجع هو على أحد وبين أن يضمنوا الشاهدين وهما لا يرجعان عند أبى حنيفة رحمه الله لانهم لم يملكوا المضمون وهو الدم لانه لا يقبل التمليك لانه ليس مالا وعندهما يرجعون بما ضمنوا لان أداء الضمان انعقد سببا لملك المضمون لكن لم يثبت الملك فى المضمون لعدم قبوله فيثبت فى بدله كمن غصب مدبرا وغصبه آخر ومات فى يده وضمن المالك الاول يرجع على الثانى بما ضمن لما قلنا كذا هذا (قوله واذا رجع شهود الفرع ضمنوا) وهذا بالاتفاق (لان الشهادة) التى (فى مجلس القضاء) وهى التى بها القضاء (صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم ولو رجع شهود الاصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا لم يضمنوا) ولم يذكر المصنف خلافا وفى شرح القدورى لابى نصر البغدادى قال هذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد يضمنون وهو رواية عن أبى حنيفة انتهى وذكر أبو المعين فى شرح الجامع الكبير فيما اذا شهد فرعان على شهادة شاهدين على رجل أنه قتل فلان بن فلان خطأ فقضى بالدية على عاقلته وقبضها الولى ثم جاء المشهود بقتله حيا لا يضمن الفروع لعدم رجوعهم وعدم ظهور كذبهم بيقين لجواز أن الاصلين أشهدا هما غير أن الولى يرد على العاقلة ما أخذ منها ولو حضر الاصلان وقالا لم نشهد هما لم يلتفت الى انكارهما ولا ضمان على الاصلين أما على قول أبى حنيفة وأبى يوسف فلانهما لو رجعا بان قالا أشهدنا هما يبطل لا ضمان عليهما لان شهادتهما واشهادهما للفرعين كانا فى غير مجلس القضاء فلا يكون سببا للضمان كالرجوع فى غير مجلس القضاء فاذا لم يضمنا بالرجوع فكذا اذا ظهر المشهود بقتله حيا فاما عند محمد فيضمنان بالرجوع ثم قال هنا لا يضمنان يعنى قال محمد فى انكار الاصول الاشهاد لا يضمن الاصلان ثم ذكر تردد اقى أنه قاله على قول أبى حنيفة وأبى يوسف خاصة أو قاله اتفاقا وأما صاحب النهاية فصرح بان عدم الضمان بالاجماع قال المصنف فى وجهه (لانهم أنكروا) أى شهود الاصل (السبب وهو الاشهاد وذلك لا يبطل القضاء لانه خبر يحتمل) الصدق والكذب

فلو لى المقتول الخيار بين تضمين الشاهدين وتضمين القاتل لان القاتل متلف حقيقة والشاهدين حكما والاتلاف الحكمى فى حكم الضمان كالحقيقى فان ضمن الولى لم يرجع على الشاهدين بشئ لانه ضمن بفعل باشره لنفسه باختياره وان ضمن الشاهدين لم يرجعا على الولى فى قول أبى حنيفة خلافا لهما قالا كانا عاملين للولى فيرجعان عليه وقال ضمنا لاتلاف المشهود عليه حكما والمتلف لا يرجع بما يضمن بتسبيبه على غيره وتمام ذلك بما فيه وعليه يعرف فى المختلف تصنيف الفقيه أبى الليث لا تصنيف علاء الدين العالم قال (واذا رجع شهود الفرع ضمنوا بالاتفاق) لان الشهادة فى مجلس الحكم صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم ولو رجع الاصول فاما أن يقولوا لم نشهد الفروع على شهادتنا أو يقولوا

أشهدناهم غالطين أو رجعنا عن ذلك فان كان الاول فلا ضمان على الاصول بالاجماع لانهم أنكروا سبب الاتلاف وهو الاشهاد على شهادتهما ولا يبطل القضاء لان انكارهم خبر محتمل للصدق والكذب

فصار كما لو شهد الاصول وقضى بشهادتهم ثم رجعوا وان كان الثاني فكذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ضمنوا (لهما أن القضاء وقع بشهادة الفروع لان القاضي يقضي بما يعاين من الحجة) وقد عاين شهادتهم والموجود من الاصول شهادة في غير مجلس القضاء وهي ليست بحجة حتى تكون سبب الاتلاف (وله أن الفرعين قاما مقام الاصلين في نقل شهادتهما الى مجلس القاضي) والقضاء يحصل بشهادة الاصلين ولهذا يعتبر عدالتهما فصارا كأنهما حضرا بأنفسهما وشهدا ثم رجعا وفي ذلك يلزمهم الضمان فكذا هنا (ولو رجع الاصول والفروع جميعا) فعندهما (يجب الضمان) على الفروع لا غير لما مر أن القضاء وقع بشهادتهم (وعند محمد المشهود عليه مخير) بين تضمين الاصول والفروع عملا بالدليلين وذلك (لان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكر) أبو حنيفة وأبو يوسف (وبشهادة الاصول من الوجه الذي ذكره محمد) والعمل بهما أولى من اهمال أحدهما فان قيل فلم يجمع بين الجهتين حتى يضمن كل فريق نصف المتلف أجاب بقوله (والجهتان متغايرتان) لان شهادة الاصول كانت على أصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الاصول ولا مجانسة بينهما ليجعل الكل في حكم شهادة واحدة فلم يبق الا أن يكون الضمان على كل فريق كالمنفرد عن غيره وتأخير دليل محمد في المسئلتين يدل على اختيار المصنف قول محمد (وان قال شهود الفرع كذب شهود الاصل أو غلطوا في شهادتهم لم يلتفت الى قولهم) ولا يبطل به القضاء لانه خبر محتمل ولا ضمان عليهم لانهم ما رجعوا عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع وذلك لا يفيد شيأ

فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء (وان قالوا أشهدناهم وغلطنا ضمنوا وهذا عند محمد رحمه الله وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لا ضمان عليهم) لان القضاء وقع بشهادة الفروع لان القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهي شهادتهم وله أن الفروع نقلوا شهادة الاصول فصار كأنهم حضروا (ولو رجع الاصول والفروع جميعا يجب الضمان عندهما على الفروع لا غير) لان القضاء وقع بشهادتهم وعند محمد رحمه الله المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع لان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكرا وبشهادة الاصول من الوجه الذي ذكر فيتخير بينهما والجهتان متغايرتان فلا يجمع بينهما في التضمين (وان قال شهود الفرع كذب شهود الاصل أو غلطوا في شهادتهم لم يلتفت الى ذلك) لان ما أمضي من القضاء لا ينتقض بقولهم ولا يجب الضمان عليهم لانهم ما رجعوا عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع

(فصار كرجوع الشاهد) يعني بعد القضاء لا ينقض به الشهادة لهذا (بخلاف ما) اذا أنكروا الاشهاد (قبل القضاء) لا يقضي بشهادة الفرعين كما اذا رجعوا قبله هذا اذا قالوا لم نشهدهم (فان قالوا أشهدناهم وغلطنا) أو أشهدناهم ورجعنا (ضمن الاصول) هكذا أطلق القدوري وحكم المصنف بان الضمان قول محمد أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله فلا ضمان على الاصول لمحمد أن الفرعين نقلا شهادتهما الى المجلس ووقع القضاء بها كأنهما حضرا بأنفسهما وأديا فاذا رجعا ضمنا وغاية الامر أن تكون شهادتهما ليست في المجلس حقيقة لكنها فيه حكما باعتبار أنها المنقولة فعملنا بالحقيقة عند عدم الرجوع وبالحكم عند الرجوع ولا حاجة الى اعتبار الفرعين نائبين عن الاصلين فيكون فعلهما كفعلهما ليرتفع فانه لو كان كذلك لعمل منع الاصلين اياهما عن الاداء بعد التحميل ولا يعمل فلهما بل عليهما أن يؤديا لو منعاهما بعد التحميل ولابي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن القضاء انما وقع بشهادة الفروع لانهم يشهدون بشهادة الاصول فهو كما لو شهدوا بحق آخر انما يقضي به بشهادتهم وهذا لان القاضي انما يقضي بما عاين من الحجة وهو شهادتهما واذا ثبت أن القضاء ليس الا بشهادتهما لم يضمن غيرهما وقد أخر المصنف دليل محمد وعادته أن يكون المرجح عنده ما أخره (قوله ولو رجع الاصول والفروع جميعا يجب الضمان عندهما على الفروع) بناء على ما عرف لهما من (أن القضاء انما وقع بشهادة الفروع) والضمان انما يكون برجوع من قضي بشهادته (وعند محمد المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع لان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكرا) وهو قولهما ان القضاء بما عاين القاضي من الحجة وانما عاين شهادة الفروع (ومن الوجه الذي ذكر) أي محمد رحمه الله وهو أن الفروع نقلوا شهادة الاصول فالقضاء بالشهادة المنقولة وهي شهادة الاصول وقوله (والجهتان متغايرتان) جواب عما يقال لم لم يجمع بين الجهتين فيضمن كلا من الفريقين نصف المتلف فقال هما متغايرتان لان شهود الاصل يشهدون على أصل الحق وشهود الفرع يشهدون على شهادتهم وقيل لان احداهما اشهاد والاخرى أداء الشهادة في مجلس القضاء ولا مجانسة بين الشهادتين فلا تعتبر شهادة الفريقين بمنزلة شهادة واحدة بامر واحد فلهذا لم يجمع بين الفريقين في التضمين بل أثبت له الخيار في تضمين أي الفريقين شاء ولا يرجع واحد من الفريقين اذا ضمن

(قوله والجهتان متغايرتان) أقول المراد بالجهتين هو ما ذكره المصنف من وجهي محمد والامامين

قال (وان رجع المزكون عن التزكية ضمنوا الخ) اذا شهدوا بالزنا فزكوا فرجم المشهود عليه ثم ظهر الشهود عبيدا أو كفارا فان ثبتوا على التزكية فلا ضمان عليهم لانهم اعتمدوا على ما سمعوا من اسلامهم وحريتهم ولم يتبين كذبهم بما أخبروا من قول الناس انهم أحرار مسلمون ولا على الشهود لانه لم يتبين كذبهم ولم تقبل شهادتهم اذ لا شهادة للعبيد والكفار على المسلمين والدية في بيت المال وان رجعوا عن تزكيتهم وقالوا تعمدنا ضمنوا عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما لان المزكين ما أثبتوا سبب الاتلاف لانه الزنا وما تعرضوا له وانما أثنوا على الشهود خيرا ولا ضمان على المثنى على الشهود كشهود الاحصان وله أن التزكية اعمال للشهادة اذ القاضي لا يعمل بالشهادة الا بالتزكية وكل ما هو كذلك فهو بمنزلة علة العلة من حيث التأثير وعلة العلة كالعلة في اضافة الحكم اليها وانما قال بمعنى علة العلة لان الشهادة ليست بعلة وانما هي سبب أضيف اليه الحكم لتعذر الاضافة الى العلة بخلاف شهود الاحصان فانه شرط محض لان الشهادة على الزنا بدون الاحصان موجبة للعقوبة وشهود الاحصان ما جعلوا غير الموجب موجبا قال (واذا شهد شاهدان باليمين الخ) اذا شهدا على رجل أنه قال لعبده ان دخلت هذه الدار فانت حر أو قال ذلك لامرأته قبل الدخول بها وشهد آخران على دخولها ثم رجعوا جميعا فالضمان على شهود اليمين خاصة وقوله خاصة رد لقول زفر رحمه الله فانه يقول

قال (وان رجع المزكون عن التزكية ضمنوا) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمنون لانهم أثنوا على الشهود خيرا فصاروا كشهود الاحصان وله أن التزكية اعمال للشهادة اذ القاضي لا يعمل بها الا بالتزكية فصارت بمعنى علة العلة بخلاف شهود الاحصان لانه شرط محض (واذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان بوجود الشرط ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين خاصة)

بما أدى على الفريق الآخر بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب فانه اذا ضمن الغاصب يرجع على غاصبه لان كلا من الفريقين مؤاخذ بفعله فاذا ضمنه المشهود عليه لا يرجع به على الآخر بسبب أن المتلف نقل شهادة الاصول اذ لولا اشهاد الاصول ما تمكن الفروع من النقل ولو لا نقل الفروع لم يثبت النقل فكان فعل كل من الاصول والفروع في حق المشهود عليه سبب الضمان أما الفروع فبالنقل وأما الاصول فبتحميلهم الفروع على النقل اذ بتحميلهم لزمهم ذلك شرعا حتى يأثموا لو تركوا النقل بخلاف الغاصب مع غاصبه (قوله وان رجع المزكون عن التزكية) بعد القضاء بالمال (ضمنوا) المال أطلقه القدوري وذكر المصنف وغيره أن ذلك قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يضمنون لان القضاء الذي به الاتلاف لم يقع بالتزكية بل بالشهادة فلم يضف التلف اليهم فلا يضمنون (وصاروا كشهود الاحصان) اذا رجعوا بعد الرجم لا يضمنون الدية باتفاقنا ولابي حنيفة رحمه الله أن التزكية علة اعمال الشهادة والشهادة علة التلف فصار التلف مضافا الى التزكية لان الحكم يضاف الى علة العلة كما يضاف الى العلة بخلاف الاحصان لانه ليس العلة في القتل بل العلة فيه الزنا والاحصان ليس مثبتا للزنا فشهوده لا يثبتون الزنا فليس علة لعلة القتل ليجب الضمان بل هو شرط محض أي عند وجوده فيكون الحد كذا وتمام المؤثر في الحد رجما كان أو جلدا ليس الا الزنا الا انه قد يقال من طرفهما ان الحكم لا يضاف الى علة العلة الا عند عدم العلة وعند وجودها لا يضاف الا اليها وهذا فرع ذكره في المبسوط شهدوا بالزنا وزكوا وقال المزكون هم أحرار مسلمون فرجم ثم تبين أنهم عبيد أو كفار فان ثبت المزكون على أنهم أحرار مسلمون لا ضمان عليهم ولا على الشهود أما الشهود فلانه لم يتبين كذبهم في الشهادة بل الواقع أن لا شهادة على المسلمين من عبيد أو كفار وأما المزكون فلانهم اعتمدوا قول الناس في ذلك وليس اخبارهم القاضي بذلك شهادة وأما لو رجعوا وقالوا تعمدنا الكذب فعليهم ضمان الدية عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما الدية في بيت المال في الوجهين لان المزكين ما أثبتوا سبب الاتلاف وهو الزنا انما أثنوا على الشهود خيرا وأبو حنيفة يقول جعلوا ما ليس بموجب أعني الشهادة موجبا بالتزكية الى آخره يعني ما ذكرنا (قوله واذا شهد شاهدان باليمين) أي شهدوا بتعليق طلاق زوجته قبل الدخول بها بدخول الدار أو بتعليق عتق عبده به ثم شهد آخران بدخول الدار فقضي بالطلاق والعتاق ثم رجع الفريقان (فالضمان) لنصف المهر وقيمة العبد (على شهود اليمين خاصة) واحترز بلفظ خاصة عن قول زفر فانه يوجب الضمان على الفريقين بالسوية قال لان التلف حصل بشهادتهم قلنا القضاء بالعتق والطلاق انما هو بثبوت قوله أنت طالق وأنت حر فانه العلة في الوقوع وهو الذي سماه المصنف السبب وذلك انما أثبته شهود اليمين بخلاف شهود الدخول لان الدخول لم يوضع شرعا علة لطلاق ولا عتاق فلم يكن علة واذا ضمن الدافع مع وجود الحافر وهما مسببان غير أن الدافع مثبت لسبب أقرب من الحفر لان العلة انما هي النقل فلا أن يضمن

(قوله فان ثبتوا على التزكية الخ) أقول سبق هذا البحث في باب الشهادة على الزنا (قوله أو قال ذلك لامرأته الخ) أقول ههنا نوع مسامحة أنبه على أن يقول لامرأته ان دخلت الدار فانت حر والمراد واضح

الضمان عليهم لان المال تلف بشهادتهما وقلنا السبب هو اليمين لامحالة والتلف يضاف الى السبب دون الشرط المحض لان السبب اذا صلح لاضافة الحكم اليه لايصار الى الشرط كحافر البئر مع الملقي فان الضمان عليه دون الحافر (قوله ألاترى) توضيح للاضافة الى السبب دون الشرط فان القاضي يسمع الشهادة باليمين ويحكم بها وان لم يشهد بالدخول (ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه) ومال شمس الائمة السرخسي الى عدم وجوب الضمان على شهود الشرط وفيما اذا كان اليمين ثابتة باقرار المولى ورجع شهود الشرط ظن بعض المشايخ أنهم يضمنون لان العلة لاتصلح لاضافة الحكم اليها ههنا فانها ليست بتعد فيضاف الى الشرط خلفا عن العلة وشبهه بحافر البئر قيل وهو غلط بل الصحيح من المذهب أن شهود الشرط لايضمنون بحال نص عليه في الزيادات لان قوله أنت حر مباشرة لاتلاف المالية وعند وجود مباشرة الاتلاف يضاف الحكم الى العلة دون الشرط سواء كان بطريق التعدي أو لابخلاف مسئلة الحفر فان العلة هناك ثقل الماشي وليس ذلك من مباشرة الاتلاف في شئ فلذلك جعل الاتلاف مضافا الى الشرط (قوله ومعنى المسئلة) يريد به صورة المسئلة وقد قدمناها في صدر البحث والله سبحانه وتعالى أعلم

لانه هو السبب والتلف يضاف الى مثبتي السبب دون الشرط المحض ألاترى أن القاضي يقضي بشهادة اليمين دون شهود الشرط ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه ومعنى المسئلة يمين العتاق والطلاق قبل الدخول

﴿كتاب الوكالة﴾

مباشر العلة دون مباشر السبب أولى ومن هذا اذا رجع شهود التخيير مع شهود اختيارها نفسها يضمن شهود الاختيار خاصة لان الاختيار هو العلة والتخيير سبب ولا يلزم على هذا اذا شهدا أنه تزوج فلانة وشهد آخران أنه دخل بها وقضى بكل المهر ثم رجعوا يجب الضمان على شهود الدخول وان كان وجوب المهر بالتزوج لان شهود الدخول أثبتوا أن الزوج استوفى عوض ماوجب عليه بالتزوج فخرجت شهادتهما من أن تكون اتلافا ثم مقتضى مافي وجه انفراد شهود اليمين بالضمان أن يجب على شهود الشرط لو رجعوا وحدهم بتسببهم باثباتهم مايثبت السبب عنده بخلاف ما اذا رجع معهم شهود اليمين وحكى المصنف فيه اختلاف المشايخ قال العتابي قال أكثر المشايخ يضمنون لانهم تسببوا في التلف بغير حق لان له أثرا في وجود العلة عنده فيكون سببا للضمان عند عدم العلة بخلاف الاحصان لانه أثر في منع وجود العلة لان الدخول في نكاح صحيح سبب الامتناع من الزنا لاسبب اتيانه فلا يلحق بالعلة وجعل شمس الائمة هذا عن بعض مشايخنا لمعنى ماذكرنا من كلام العتابي ثم قال وهذا غلط بل الصحيح من المذهب أن شهود الشرط لايضمنون بحال نص عليه في الزيادات لان قوله أنت حر مباشرة الاتلاف وعند وجود الشرط يضاف اليه لا الى الشرط سواء كان تعديا أو لا بخلاف مسئلة الحفر فالعلة هناك ثقل الماشي وذلك ليس من مباشرة الاتلاف في شئ فلهذا يجعل الاتلاف مضافا للشرط وهو ازالة المسكة ثم لايخفى عليك أن صورة رجوع شهود الشرط وحدهم اذا أقر بالتعليق فشهدا بوجود الشرط وأما لو شهدا ثنان عليه بالتعليق وآخران بوجود الشرط ثم رجع شهود الشرط وحدهم فلا ينبغي أن يختلف في عدم الضمان عليهم والله أعلم

﴿كتاب الوكالة﴾

أعقب الشهادة بالوكالة لان كلا من الشاهد والوكيل ساع في تحصيل مراد غيره من الموكل والمدعي

﴿كتاب الوكالة﴾

عقب الشهادات بالوكالة لان الانسان لما خلق مدنيا بالطبع يحتاج في معاشه الى تعاضد وتعاوض والشهادات من التعاضد والوكالة منه وقد يكون فيها التعاوض أيضا فصارت كالمركب من المفرد فأوثر تأخيرها والوكالة بكسر الواو وفتحها اسم للتوكيل من وكله بكذا اذا فوض اليه ذلك والوكيل هو القائم بما فوض اليه كانه فعيل بمعنى مفعول لانه موكول اليه الامر أي مفوض اليه وفي اصطلاح الفقهاء عبارة عن اقامة الانسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم وهي عقد جائز بالكتاب وهو قوله تعالى فابعثوا أحدكم بورقكم هذه الى المدينة معتمد ولم يلحقه النكير والسنة وهو ماروي أنه عليه السلام وكل حكيم بن حزام بشراء الاضحية وبالاجماع فان الامة قد أجمعت على جوازها من

(قوله كحافر البئر مع الملقي فان الضمان الخ) أقول لانه سبب قريب والعلة الثقل فاذا ضمن مثبت السبب القريب فيما اذا اجتمع السببان لقربه فلان يضمن مباشر العلة دونه مباشر السبب أولى (قوله وان لم يشهد بالدخول) أقول فيه تأمل ﴿كتاب الوكالة﴾ (قوله والشهادات من التعاضد الخ) أقول ولان الشهادة من التعاضد المأمور به دون الوكالة فانها كما سيجئ آنفا عقد جائز فاستحقت التأخير (قوله وقد يكون فيها التعاوض أيضا) أقول كما اذا كان وكيلا بالبيع أو الشراء مثلا (قوله وهي عقد جائز بالكتاب وهو قوله تعالى فابعثوا أحدكم الآية) أقول فان قيل لم لايجوز أن يكون رسالة قلنا الرسالة تبليغ الكلام الى الغير بلا دخل له في التصرف والمبعوث الى المدينة كان مامورا بشراء الطعام

معتمد عليه كل منهما والوكالة لغة بفتح الواو وكسرها اسم للتوكيل وهو تفويض أمرك الى من وكلته اعتمادا عليه فيه ترفعا منك أو عجزا عنه والوكالة أبدا اما للعجز أو للترفه وكل منهما للضعف ولذا كان معنى الوكل من فيه ضعف وفسر قول لبيد

وكأني ملجم سوذانقا * أجدليا كره غير وكل

والسوذانق والسوذق والسوذنيق الشاهين والاجدل الصقر نسب فرسه اليه ووكله جعله وكيلا أي مفوضا اليه الامر ومنه وكل أمره الى فلان ومن هذا قول الخطيئة

فلا يأقصرت الطرف عنهم بحرة * أمون اذا وا كلتها الا توا كل

يعني اذا فوضت أمرها اليها الا توكل نفسها الى أن أحنها على السير بل تستمر على جدها في السير ولا تضعف فيه او توكل قبل الوكالة واتكلت عليه اعتمدت وأصله اوتكلت قلبت الواو ياء لسكونها وانكسار ما قبلها ثم أبدلت تاء فادغمت في تاء الافتعال وأما الوكيل فهو القائم بما فوض اليه من الامور وهو فعيل بمعنى مفعول أي موكول اليه الامر فاذا كان قويا على الامر قادرا عليه نصوحا تم أمر الموكل فاذا رضي سبحانه وتعالى أن يكون وكيلا عنك واعتمدت على غيره فهو الحرمان العظيم فكيف اذا أوجبه عليك لتحقق مصلحتك فضلا منه قال الله عز وجل رب المشرق والمغرب لا اله الا هو فاتخذه وكيلا وعلى هذا استمرار احسانه وبره لا اله غيره وأما شرعا فالتوكيل اقامة الانسان غيره مقامه في تصرف معلوم فلو لم يكن التصرف معلوما ثبت به أدنى تصرفات الوكيل وهو الحفظ فقط وفي المبسوط قال علماؤنا فيمن قال لآخر وكلتك بمالي أنه يملك بهذا اللفظ الحفظ فقط وقال الامام المحبوبي اذا قال لغيره أنت وكيلي في كل شيء كان وكيلا بالحفظ وأما سببها فدفع الحاجة المتحققة اليها كما سيظهر في كلام المصنف وأما ركنها فالالفاظ الخاصة التي بها تثبت من قوله وكلتك ببيع هذا أو شرائه مع اقترانه بقبول المخاطب صريحا أو دلالة فيما اذا سكت فلم يقبل أو رد ثم عمل فانه ينفذ ويظهر بالعمل قبوله وروى بشر عن أبي يوسف أنه اذا قال لغيره أحببت أن تبيع عبدي هذا أو قال هويت أو رضيت أو وافقني أو شئت أو أردت أو وددت ونحو ذلك فهو توكيل ولو قال لا أنهاك عن طلاق زوجتي لا يكون توكيلا فلو طلق لا يقع ولو قال لعبده لا أنهاك عن التجارة لا يصير مأذونا وقال الفقيه أبو الليث الجواب في الوكالة كذلك أما في الاذن يجب أن يكون مأذونا في قول علمائنا لان العبد بسكوت المولى يصير مأذونا وهذا فوق السكوت ذكره في الذخيرة ولا بد من كون المعنى أن قوله لا أنهاك في حال عدم مباشرة العبد البيع فوق سكوته اذا رآه يبيع وتقدم عن المحبوبي أنت وكيلي في كل شيء يكون بالحفظ فلو افاد زاد فقال أنت وكيلي في كل شيء جائز صنعك أو أمرك فعند محمد يصير وكيلا في البياعات والاجارات والهبات والطلاق والعتاق حتى ملك أن ينفق على نفسه من ماله وعند أبي حنيفة في المعاوضات فقط ولا يلي العتق والتبرع وفي فتاوى بعض المتأخرين عليه الفتوى وكذا لو قال طلقت امرأتك ووقفت أرضك الاصح انه لا يجوز ومثله اذا قال وكلتك في جميع أموري ولو قال فوضت أمر مالي اليك يصير وكيلا بالحفظ فقط وكذا فوضت أمري اليك الصحيح انه مثله وفي المبسوط اذا وكله بكل قليل أو كثير فهو وكيل بالحفظ لا بتقاضي ولا بيع ولا شراء وفوضت لك أمر مستغلاتي وكان أجرها ملك تقاضي الاجرة وقبضها وذا أمر ديوني ملك التقاضي وأمر دوابي ملك الحفظ والرعي والتعليف وأمر مماليكي ملك الحفظ والنفقة وفوضت اليك أمر امرأتي ملك طلاقها واقتصر على المجلس بخلاف ما لو قال وكلتك والوصاية حالة الحياة وكالة كالوكالة بعد موته وصاية لان المنظور اليه المعاني وكلتك في كل أموري وأقمتك مقام نفسي ليس توكيلا عاما فان كان له صناعة معلومة كالتجارة مثلا ينصرف الى ذلك وان لم يكن له صناعة معلومة ومعاملاته مختلفة فالوكالة باطلة ولو قال وكلتك في جميع الامور التي يجوز التوكيل فيها فتوكيل عام

لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وسببها تعلق البقاء المقدور بتعاطيها وركنها لفظ وكلت وأشباهه روى بشر عن أبي يوسف اذا قال الرجل لغيره أحببت أن تبيع عبدي هذا أو هويت أو رضيت أو شئت أو أردت فذلك توكيل وأمر بالبيع وشرطها أن يملك الموكل التصرف ويلزمه الاحكام كما سنذكره وصفتها أنها عقد جائز يملك كل من الموكل والوكيل العزل بدون رضا صاحبه وحكمها جواز مباشرة الوكيل ما فوض اليه قال (كل عقد جاز أن يعقده الانسان بنفسه الخ) هذه ضابطة يتبين بها ما يجوز التوكيل به وما لا يجوز فان مبناه الاحتياج فقد يتفق وهو عاجز عن المباشرة (فيحتاج الى التوكيل وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم وكل بشراء الاضحية حكيم بن حزام وبالتزويج عمر بن أم سلمة) بتزويجها اياه عليه السلام واعترض على الضابطة بانها غير مطردة ومنعكسة أما الاول فلان الانسان (١٠٢) جاز له أن يستقرض بنفسه والتوكيل به باطل والوكيل يعقد بنفسه واذا وكل غيره ولم يؤذن له في ذلك لا يجوز والذمي اذا وكل مسلما في الخمر لم يجز وجاز أن يعقد الذمي بنفسه فيها وأما الثاني فلان المسلم لا يجوز له عقد بيع الخمر وشرائها بنفسه ولو وكل ذميا بذلك جاز عند أبي حنيفة والجواب عن الاول أن محل العقد من شروطه لكون المحال شروطا كما عرف وليس بموجود في التوكيل بالاستقراض لان الدراهم التي يستقرضها الوكيل ملك المقرض والامر بالتصرف في ملك الغير باطل وردبانه تقرير للنقض لادافع وبان التوكيل بالشراء جائز وما ذكر ثم موجود فيه والجواب أنه من باب التخلف لمانع وقيد عدم المانع في الاحكام الكلية غير لازم وان محل عقدا لوكالة في الشراء هو الثمن وهو ملك الموكل

قال (كل عقد جاز أن يعقده الانسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره) لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال فيحتاج الى أن يوكل غيره فيكون بسبيل منه دفعا للحاجة وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم وكل بالشراء حكيم بن حزام وبالتزويج عمر بن أم سلمة رضي الله عنهما قال

يتناول البياعات والانكحة وأما شرطها فسيأتي عند قوله ومن شرط الوكالة أن يكون الوكيل ممن يملك التصرف وتلزمه الاحكام وأما صفتها فانها من العقود الجائزة غير اللازمة حتى ملك كل من الموكل والوكيل العزل بلا رضا الآخر كما سيأتي ان شاء الله تعالى ولكون شرعيتها غير لازمة ردّ المحققون قول بعض المشايخ فيما لو قال كلما عزلتك فأنت وكيلي لا يملك عزله لانه كلما عزله تتجدد وكالته فان تعليق الوكالة بالشرط جائز فانه يستلزم كون الوكالة من العقود اللازمة لا الجائزة فالحق امكان عزله ثم اختلفوا في تحقيق لفظ العزل فقيل أن يقول عزلتك عن جميع الوكالات فينصرف الى المعلق والمنجز وقيل لا يصح لان العزل فرع قيام الوكالة وذلك انما يتحقق في المنجز لان المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط فالصحيح أن يقول عزلتك عن الوكالة المنفذة ورجعت عن الوكالة المعلقة والرجوع عنها صحيح وقال الفقيه أبو جعفر وظهير الدين يجب أن يقدم الرجوع عن المعلقة على العزل عن المنفذة لانه اذا قدم العزل عن المنفذة تنجز وكالة أخرى من المعلقة وقيل هذا انما يلزم اذا كان لفظ الرجوع يخص المعلقة احترازا عن قول أبي يوسف ان الاخراج عن المعلقة بلفظ العزل لا يصح وأما على قول محمد انه يجوز فلا وهو المختار وأما حكمها فجواز مباشرة الوكيل ما وكل به وثبوت حكمه للموكل ولا بد من تقييده بكونه الحكم الاصلي المقصود بالذات من الفعل الموكل به والا فمن أحكام البيع التمكن من المطالبة بالثمن والمبيع والخصومة في ذلك وليس يثبت ذلك للموكل (قوله كل عقد جاز أن يعقده الانسان بنفسه جاز أن يوكل به) هذا ضابط لاحد فلا يرد عليه أن المسلم لا يملك بيع الخمر ويملك توكيل الذمي به لان ابطال القواعد بابطال الطرد لا العكس ولا يبطل طرده عدم توكيل الذمي مسلما ببيع خمره وهو يملكه لانه يملك التوصل به بتوكيل الذمي فصدق الضابط لانه لم يقل كل عقد يملكه يملك توكيل كل أحد به بل التوصل به في الجملة وانما يرد عليه توكيل الوكيل الذي لم يفوض اليه التصرف مطلقا فانه يملك العقد الذي وكل به ولا يملك التوكيل به فذكروا أن المراد أنه يملكه بمجرد أهليته استبدادا لا بناء على اذن غيره (قوله صح عن النبي صلى الله عليه وسلم الخ) أما وكالة حكيم فرواية أبي داود بسند فيه مجهول أنه صلى الله

(قوله هذه ضابطة يتبين بها الخ) أقول مخالف لما سيجيء ممن قوله ان العكس غير لازم وغير مقصود عليه (قوله فقد يتفق) أقول أي العقد (قوله جاز له أن يستقرض الخ) أقول والاستقراض من العقود (قوله والتوكيل به باطل) أقول كما سيصرح به في الهداية قبيل باب الوكالة في البيع والشراء (قوله وليس بموجود) أقول يعني شرعا (قوله لان الدراهم الى قوله في ملك الغير باطل) أقول منقوض بالتوكيل بالاستعارة والاستيداع وسيجيء ما ذكره الشارح في معرض الجواب (قوله والجواب الخ) أقول يعني عن الرد (قوله وان محل عقدا لوكالة الخ) أقول سيجيء تحقيقه من الشارح في الدرس الثاني من فصل البيع

عليه وسلم دفع له دينارا ليشترى له أضحية فاشتراها بدينار وباعها بدينارين فرجع واشترى أضحية بدينار وجاء بدينار وأضحية الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فتصدق النبي صلى الله عليه وسلم به ودعا له أن يبارك له في تجارته ورواه الترمذي من حديث حبيب بن أبي ثابت عن حكيم وقال لا نعرفه الا من هذا الوجه وحبيب عندي أنه لم يسمع من حكيم الا أن هذا داخل في الارسال عندنا فيصدق قول المصنف صح اذا كان حبيب اماما ثقة وأخرج أبو داود عن شبيب بن غرقدة قال حدثني الحي عن عروة البارقي قال أعطاه النبي صلى الله عليه وسلم دينارا يشتري أضحية أو شاة فاشترى شاتين فباع احداهما بدينار وأتاه بشاة ودينار فدعا له بالبركة في بيعه فكان لو اشترى ترابا يربح فيه وأخرجه أيضا أبو داود والترمذي وابن ماجه وأحمد عن أبي لبيد واسمه لمازة بن زبار عن عروة فذكره والذي يتحقق من هذا ظن أن هذه القضية وقعت له صلى الله عليه وسلم مع حكيم أو مع عروة أو مع كل منهما بناء على أنهما واقعتان فتثبت شرعية الوكالة على كل حال وأما أنه وكل عمر بن أبي سلمة بالتزويج فأخرج النسائي عن ثابت أنه قال حدثني ابن عمر بن أبي سلمة عن أبيه عن أم سلمة أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث اليها يخطبها فأرسلت اليه انى امرأة مصبية وانى غيرى وانه ليس أحد من أوليائي شاهدا فقال النبي صلى الله عليه وسلم أما كونك غيرى فسأدعو الله فتذهب غيرتك وأما كونك مصبية فان الله سيكفيك صبيانك وأما ان أحدا من أوليائك ليس شاهدا فليس أحد من أوليائك لا شاهد ولا غائب الا سيرضى بي فقالت أم سلمة قم يا عمر فزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم فزوجه اياها ورواه أحمد وابن راهويه وأبو يعلى وابن حبان في صحيحه والحاكم وقال صحيح الاسناد واسم ابن عمر بن أبي سلمة سعيد سماه غير حماد ابن سلمة ونظر فيه ابن الجوزي لعلة باطنة وهي أن عمر كان اذ ذاك يعني حين تزوجها عليه السلام سنه ثلاث سنين فكيف يقال لمثله زوج واستبعده صاحب التنقيح ابن عبد الهادي قال وان كان الكلاباذي وغيره قاله فان ابن عبد البر قال انه ولد في السنة الثانية من الهجرة الى الحبشة ويقوى هذا ما أخرجه مسلم عن عمر بن أبي سلمة أنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن القبلة للصائم فقال صلى الله عليه وسلم سل هذه فأخبرته أم سلمة أنه عليه السلام يصنع ذلك فقال عمر يا رسول الله قد غفر الله لك ما تقدم من ذنبك وما تأخر فقال صلى الله عليه وسلم أما والله انى لأتقاكم لله وأخشاكم له وظاهر هذا أنه كان كبيرا ثم لا يخفى أن ظاهر اللفظ يقتضي أنه كان وكيلا عن أمه لانها هي القائلة له قم يا عمر فزوج لا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وانما يفيد ذلك حديث أخرجه البيهقي من طريق الواقدي أنه صلى الله عليه وسلم خطب أم سلمة الى ابنها عمر بن أبي سلمة فزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يومئذ غلام صغير الا أنهم يضعفون الواقدي خلافا لنا وفيه دليل على وكالة الصبي العاقل خلافا لهم ان نظرنا الى حديث الواقدي فظاهر والى الحديث الصحيح فلانه لم يزوجها بحكم الولاية على أمه لان الصبي لا ولاية له فيكون تزويجه بحكم الوكالة وقد قيل ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه هو المقول له زوج والمزوج هو سلمة بن أبي سلمة ومما يدل على شرعية الوكالة ما أخرجه أبو داود عن ابن اسحق في كتاب الوصايا حدثني وهب بن كيسان عن جابر بن عبد الله أنه سمعه يقول أردت الخروج الى خيبر فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فسلمت عليه وقلت انى أريد الخروج الى خيبر فقال اذا أتيت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقا فان ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته وابن اسحق عندنا من الثقات وأما على توكيل علي رضي الله تعالى عنه عقيلا فأخرجه البيهقي عن عبد الله بن جعفر قال كان علي يكره الخصومة فكان اذا كانت له خصومة وكل فيها عقيل بن أبي طالب فلما كبر عقيل وكاني وأخرج أيضا عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه وكل عبد الله بن جعفر بالخصومة وقول المصنف رحمه الله ان

وفى الاستقراض الدراهم المستقرضة وهى ليست ملكه لا يقال هلا جعلتم المحل فيه بدلها وهو ملك الموكل لان ذلك محل التوكيل بايفاء القرض لا بالاستقراض والمراد بقوله يعقده الانسان بنفسه هو أن يكون مستبدا به والوكيل ليس كذلك والذمى جازله توكيل المسلم والممتنع توكل المسلم عنه وليس كلامنا فى ذلك لجواز أن يمنع مانع عن التوكل وان صح التوكيل وقد وجد المانع وهو حرمة اقترابه منها وعن الثانى بان العكس غير لازم وليس بمقصود واعترض على قوله لان الانسان قد يعجز بانه دليل أخص من المدلول وهو جواز الوكالة فانها جائزة وان لم يكن ثمة عجز أصلا وأجيب بان ذلك بيان حكمة الحكم وهى ترامى فى الجنس لا فى الافراد ويجوز أن يقال ذكر الخاص وأراد العام وهو الحاجة لان الحاجة للعجز حاجة خاصة وهو مجاز شائع وحينئذ يكون المناط هو الحاجة وقد توجد بلا عجز قال (وتجوز الوكالة بالخصومة فى سائر الحقوق الخ) الوكالة جائزة فى جميع الحقوق بالخصومة وكذا بايفائها واستيفائها أما بالخصومة فلما قدمنا من تحقق الحاجة اذ ليس كل أحد يهتدى الى وجوه الخصومات وقد صح أن عليا رضى الله عنه وكل عقيلا فى الخصومة لكونه ذكيا حاضر الجواب وبعدما أسن عقيل وقره فوكل عبد الله بن جعفر وأما بايفائها واستيفائها فلانه جاز أن يباشر بنفسه فجاز أن يوكل به الا فى الحدود والقصاص فان الوكالة باستيفائها فى غيبة الموكل عن المجلس لا يجوز لان الحدود تندرئ بالشبهات بالاتفاق فلا تستوفى بمن يقوم مقام الغير لما فى ذلك من ضرب شبهة كما فى كتاب القاضى الى القاضى والشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال وقوله (وشبهة العفو) دليل على القصاص لان الحدود لا يعفى عنها وتقريره القصاص يندرئ بالشبهات وهى موجودة لان شبهة العفو ثابتة حال غيبة الموكل لجواز (١٠٤) أن يكون الموكل قد عفا ولم يشعر به الوكيل بل الظاهر هو العفو للندب الشرعى قال الله تعالى وأن تعفوا أقرب للتقوى وفيه خلاف الشافعى يقول هو خالص حق العبد فيستوفى بالتوكيل كسائر حقوقه دفعا للضرر عن نفسه قلنا سائر حقوقه لا تندرئ بالشبهات بخلاف غيبة الشاهد يعنى يستوفى الحدود والقصاص عند غيبته لان الشبهة فى حقه الرجوع والظاهر فى حقه عدم الرجوع اذ الاصل هو الصدق لا سيما

(وتجوز الوكالة بالخصومة فى سائر الحقوق) لما قدمنا من الحاجة اذ ليس كل أحد يهتدى الى وجوه الخصومات وقد صح أن عليا رضى الله عنه وكل عقيلا وبعدما أسن وكل عبد الله بن جعفر رضى الله عنه (وكذا بايفائها واستيفائها الا فى الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس) لانها تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبة الموكل بل هو الظاهر للندب الشرعى بخلاف غيبة الشاهد لان الظاهر عدم الرجوع وبخلاف حالة الحضرة لانتفاء هذه الشبهة وليس كل أحد يحسن الاستيفاء فلو منع عنه ينسد باب الاستيفاء أصلا

الانسان قد يعجز الى آخره بيان حكمة شرعية الوكالة (قوله وتجوز الوكالة بالخصومة فى سائر الحقوق) لما قدمنا من الحاجة الى ذلك فانه ليس كل أحد يهتدى الى وجوه الخصومات التى بها يثبت حقه أو يندفع بها عنه ما يدعيه الآخر وكذا يجوز التوكيل بايفاء الحقوق واستيفائها الا فى الحدود والقصاص فى النفس وما دون النفس فان الوكالة لا تصح بايفائها ولا باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس وهذا يتعلق بالاستيفاء فقط فالنفى مطلق اذ الايفاء ليس الا بتسليم ظهره أو نفسه لاقامة الواجب وليس ذلك الا حر الامن الجانى وليس هو الوكيل فكان ذلك قيدا فى الاستيفاء وانما لا يجوز الاستيفاء

(قوله وفى الاستقراض) أقول فيه تأمل (قوله لا يقال الى قوله لان ذلك الخ) أقول قوله لأن ذلك جواب لقوله لا يقال الخ والضمير حال فى قوله فيه راجع الى الاستقراض والضمير فى بدلها راجع الى الدراهم فى قوله وفى الاستقراض للدراهم المستقرضة (قوله والذمى جازله توكيل الخ) أقول وهذا على تقدير صحته يكون جوابا عن النقض بالاستقراض أيضا الا أنه لما كان مخالفا لما سيجىء من المصنف من أن التوكيل بالاستقراض باطل لم يذكره الشارح فى معرض الجواب ولم يجب بما أجاب به غيره من الشراح لذلك أيضا والحق فى الجواب أن يقال لم يقل جاز أن يوكل به كل أحد حتى يرد النقض والذمى يملك أن يوكل غيره وهو ذمى مثله فتأمل ثم أقول بقى فيه بحث آخر اذ التوكيل والتوكل كالكسر والانكسار ثم ليت شعرى ما معنى جوازه (قوله وأجيب بان ذلك بيان حكمة الحكم الخ) أقول فى التنقيح الحكمة المجردة لا تعتبر فى كل فرد لخفائها وعدم انضباطها بل فى الجنس فيضاف الحكم الى وصف ظاهر منضبط يدور معها أو يغلب وجودها عنده كالسفر مع المشقة انتهى وأنت خبير بان اضافة الحكم الى الوصف هنا غير واضح فتأمل (قوله ويجوز أن يقال ذكر الخاص الخ) أقول ههنا كلام الا أن يقال قد للتحقيق كذا قيل وفيه بحث لان التعليل ليس بالنسبة الى أحوال التوكيل بل بالاضافة الى أحوال الانسان (قوله فلانه جاز أن يباشر بنفسه الخ) أقول الاظهر أن يقال فللحاجة أيضا اذ هى المال كما يخفى (قوله لأن الحدود تندرئ بالشبهات) أقول وكذا القصاص كما مر ويصرح به الآن فلا وجه لتخصيص الدليل الأول بالحدود (قوله لأن الحدود لا يعفى عنها) أقول غير منقوض بحد القذف وحد السرقة لأن الحق صار لله سبحانه وتعالى وحده حتى لو عفا المسروق منه لا يلتفت اليه و يقطع (قال المصنف ينسد باب الاستيفاء أصلا) أقول فيه شئ لكن المراد الانسداد بالنسبة الى الذى لا يحسنه كما صرح به

في العدول وبخلاف ما اذا حضر الموكل لانتفاء هذه الشبهة أي شبهة العفو فانه في حضوره مما لا يخفى فان قيل اذا كان الموكل حاضرا لم يحتج الى التوكيل بالاستيفاء اذ هو يستوفيه بنفسه أجاب بقوله وليس كل أحد يحسن الاستيفاء يعني لقلة هدايته أو لان قلبه لا يحتمل ذلك فيجوز التوكيل بالاستيفاء عند حضوره استحسانا لئلا ينسد بابه بالنسبة اليه بالكلية (قوله وهذا الذي ذكرناه) يعني جواز التوكيل باثبات الحدود والقصاص فانه لما قال وتجوز الوكالة بالخصومة في جميع الحقوق وايفائها واستيفائها واستثنى ايفاء الحدود والقصاص واستيفاءهما فما بقي اثبات الحدود والقصاص داخلة في قوله بالخصومة في سائر الحقوق فقال

وهذا الذي ذكرناه قول أبي حنيفة رحمه الله (وقال أبو يوسف رحمه الله لا تجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود أيضا) ومحمد مع أبي حنيفة وقيل مع أبي يوسف رحمهم الله وقيل هذا الاختلاف في غيبته دون حضرته لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره فصار كأنه متكلم بنفسه له أن التوكيل انابة وشبهة النيابة يحترز عنها في هذا الباب (كما في الشهادة على الشهادة وكما في الاستيفاء) ولابي حنيفة رحمه الله أن الخصومة شرط محض لان الوجوب مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة فيجري فيه التوكيل كما في سائر الحقوق

(هذا الذي ذكرناه قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف رحمه الله لا تجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود وقول محمد رحمه الله مضطرب وقيل هذا الاختلاف اذا كان الموكل غائبا) أما اذا حضر فلا اختلاف لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره لابي يوسف أن التوكيل انابة والانابة فيها شبهة لاحالة وهذا الباب مما يحترز فيه عن الشبهات كما في الشهادة على الشهادة وكما في الاستيفاء (ولابي حنيفة رحمه الله أن الخصومة شرط محض لان الوجوب مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة) والشرط المحض حق من الحقوق يجوز للموكل مباشرته فيجوز التوكيل به كسائر الحقوق لقيام المقتضي وانتفاء المانع لا يقال المانع وهو الشبهة موجود كما في الاستيفاء والشهادة على الشهادة لانها في الشرط

حال غيبة الموكل لانها أي الحدود والقصاص تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبته بل هو الظاهر للندب الشرعي قال تعالى وأن تعفوا أقرب للتقوى بخلاف غيبة الشاهد بالحد والقصاص فانه يستوفى ذلك مع غيبته لان الشبهة فيه ليس الا الرجوع وليس قريبا في الظاهر ولا ظاهر الامن جهة الاصل ولا الغالب لان الاصل الصدق خصوصا مع العدالة والرجوع ليس غالبا بل من نحو ثمانمائة عام لا يعرف الا ما وقع عند علي رضي الله تعالى عنه والله سبحانه أعلم هل ندر عند غيره أم لا وهو بمنزلة ما لا وجود له فلا يصير شبهه بدار باعتبارها حكم (بخلاف) الاستيفاء (حال حضرة الموكل) فان الوكالة به تجوز فان المستحق قد لا يحسن الاستيفاء فلو امتنع التوكيل به بطل هذا الحق وهذا في القصاص وأما الحدود فان الذي يلي استيفاءها الامام وقد لا يحسن فجاز توكيل الجلاد والا امتنع ثم لا يخفى أن تعليل المصنف النفي حالة الغيبة بثبوت شبهة العفو انما يستقيم في القصاص دون الحدود لان العفو فيها لا يتحقق أصلا كما أسلفناه في الحدود ولو كان حد قذف وسرقة لان الحق صار لله سبحانه وحده حتى لو عفا المسروق منه لا يلتفت اليه ويقطعه فالوجه أن يضم ما يجري فيه من امكان ظهور شبهة أو غلط فبعد الاستيفاء لا يمكن تداركه فيؤخر الى أن يحضر نفس المستحق احتياطا للدرء (قوله وهذا الذي ذكرناه) أي من جواز التوكيل باثبات الحدود أي من جهة المقذوف والمسروق منه باقامة البينة على السبب (قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف لا تجوز الوكالة باثباتها) وقول محمد مضطرب تارة يضم الى أبي يوسف وتارة الى أبي حنيفة وظاهر كلام المصنف ترجيحه وكذا فعل في المبسوط (وقيل هذا الخلاف) بين أبي حنيفة وأبي يوسف (عند غيبة الموكل) فلو وكل باثباتها وهو حاضر جاز اتفاقا (لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره لابي يوسف أن التوكيل انابة وشبهة النيابة يحترز عنها في هذا الباب) أي باب الحدود والقصاص حتى لا تثبت بالشهادة على الشهادة ولا بكتاب القاضي الى القاضي ولا بشهادة النساء مع الرجال فصار كالتوكيل بالاستيفاء حال الغيبة (ولابي حنيفة رحمه الله أن الخصومة شرط محض) لثبوت الحد (لان وجوبه) انما (يضاف الى) نفس (الجناية) لا الى الخصومة (والظهور) أي ظهور الجناية انما يضاف (الى) نفس (الشهادة) لا الى السعي في اثباتها فكان السعي في ذلك حقا (كسائر الحقوق) فيجوز لقيام المقتضي

(قوله عند حضوره استحسانا)

(١٤ - فتح القدير سادس) أقول والقياس أن لا يجوز للبدلية (قوله وهذا الذي ذكرناه يعني جواز التوكيل) أقول لا يخفى عليك أن المشار اليه هو جواز التوكيل في الحقوق كلها لانه هو المذكور صريحا وهو اللائق لان يجعل كذلك بمنزلة المحسوس المشاهد مع أن ذلك هو مذهب أبي حنيفة وأما عند أبي يوسف لا يجوز التوكيل في بعض الحقوق وهو ما ذكره المصنف وما في الشرح تبعا للاتقاني تكلف ظاهر فليتأمل (قوله واستثنى ايفاء الحدود والقصاص) أقول الظاهر من سياق كلام المصنف أن المستثنى هو استيفاؤهما ولا يتوهم جواز التوكيل بايفائهما حتى يحتاج الى الاستثناء (قوله بقي الحدود والقصاص الخ) أقول الاظهر أن يقال بقي الخصومة في الحدود والقصاص

لا يصلح مانعا لعدم تعلقه بالوجوب والظهور والوجود بخلاف الاستيفاء فانه يتعلق به الوجود وبخلاف الشهادة على الشهادة فانه يتعلق بها الظهور وعلى هذا الخلاف اذا وكل المطلوب بالقصاص وكيلا بالجواب بدفع ما عليه وكلام أبي حنيفة فيه أظهر لان الشبهة المذكورة على تقدير كونها معتبرة لا تمنع الدفع ألا ترى أن الشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال في العفو صحيحة لكن هذا الوكيل لو أقر في مجلس القضاء بوجوب القصاص على موكله لم يصح استحسانا والقياس صحته لقيامه مقام الموكل بعد صحة التوكيل كما في الاقرار بسائر الحقوق ووجه الاستحسان ما قاله من شبهة عدم الامر به قال (وقال أبو حنيفة لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم) اختلف الفقهاء في جواز التوكيل بالخصومة بدون رضا الخصم قال أبو حنيفة رحمه الله لا يجوز التوكيل بها الا برضاه سواء كان الموكل هو المدعي أو المدعى عليه الا بالمرض أو السفر (وقالا يجوز التوكيل بها من غير رضا الخصم وهو قول الشافعي رحمه الله) قال المصنف (ولا خلاف في الجواز انما الخلاف في اللزوم) ومعناه أنه اذا وكل من غير رضاه وهل يرتد برده أولا عنده يرتد خلافا لهم فعلى هذا يكون قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم مجازا لقوله ولا يلزم ذكر الجواز وأراد اللزوم فان الجواز لازم للزوم فيكون ذكر اللازم وأراد الملزوم وفيه نظر لانا لا نسلم أن الجواز لازم للزوم عرف ذلك في أصول الفقه سلمناه

وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص وكلام أبي حنيفة رحمه الله فيه أظهر لان الشبهة لا تمنع الدفع غير أن اقرار الوكيل غير مقبول عليه لما فيه من شبهة عدم الامر به (وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم الا أن يكون الموكل مريضا أو غائبا مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا وقالا يجوز التوكيل بغير رضا الخصم) وهو قول الشافعي رحمه الله ولا خلاف في الجواز انما الخلاف في اللزوم

وانتفاء المانع وقوله سائر الحقوق أي باقيها أي فيجوز الوكالة بهذا الحق كما في سائر الحقوق ولا حاجة الى تفسيره بجميع الحقوق معولا على ما في صحاح الجوهري ثم تخطئته بانه انما هو بمعنى الباقي لان الجميع هذا وقد يمنع انتفاء المانع فان هذه الخصومة ليس الا السعي في اثبات سبب الحد والاحتيال فيه ووضع الشرع الاحتيال لاسقاطه فان قيل لو صح هذا لم يجز اثباتها من الموكل نفسه على ما ذكرت لانه ساع الى آخره وذلك يخل بالاجماع قلنا الفرق أن الوكالة فيها زيادة تحميل وزيادة تكلف لاثباته اذ الظاهر أنه لو كل للاستعانة عليه لضعفه هو عن الاثبات والشرع أطلق في اثباته لا بذلك التكلف الزائد والتهالك فيه بل اذا عجز ترك لانه علة الدرء لانه صلى الله عليه وسلم قال للذين اتبعوا ماعزا حين هرب لما أذلقته الحجارة هلا تركتموه أو نحو ذلك (قوله وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص) أجازه أبو حنيفة ومنعه أبو يوسف (و) لا شك أن (كلام أبي حنيفة فيه أظهر) منه بالوكالة باثباتها (لان الشبهة) التي بها منع أبو يوسف هنالك (لا تمنع الدفع) بل تقتضي أن يقول بجواز الوكالة بدفعه ثم لا يجوز للوكيل الاقرار على موكله كما هو قول أبي حنيفة فخلافه هنا عجيب والله تعالى أعلم ثم وجه عدم صحة اقرار الوكيل من جهة المطلوب هنا وجوازه في غيره أن الوكالة بالخصومة انصرفت الى الجواب مطلقا نوعا من المجاز فتعتبر عمومه فيما لا يندرئ بالشبهات وتخص منه الاعتراف فيما يندرئ بها بالشرع لعام في الدرء بالشبهات وفي اعترافه شبهة عدم الامر به (قوله وقالا يجوز التوكيل بالخصومة من قبل المدعي أو المدعى عليه (الا برضا الخصم) الا أن يكون الموكل مريضا أو غائبا مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا (وقالا لا يجوز) ذلك (بغير رضا الخصم وهو قول الشافعي رحمه الله) قال المصنف رحمه الله (ولا خلاف في الجواز انما الخلاف في اللزوم) قالوا فعلى هذا معنى قولنا لا يجوز التوكيل الخ لا يلزم الا برضا الآخر وأنكر بعض الشارحين ما اتفق عليه غيره من التفسير المذكور بسبب أن المفهوم من عبارة محمد والحسن والطحاوي وكثير خلاف ذلك وساق عباراتهم فلم تزد على ما علموه من نحو قول القدوري المسطور هنا وهو لا يجوز التوكيل الا برضا الخصم وهم قد علموا ذلك ولم يشكوا فيه وانما فسروه بذلك وسبق المصنف شمس الائمة الى ذلك فقال التوكيل بالخصومة عنده بغير رضا الخصم صحيح لكن للخصم أن يطلب الخصم أن يحضر بنفسه ويجيب ونحو هذا كلام كثير مما يفيد أنه المراد مما ذكروه وسبب ذلك أنه لما لم يعرف لاحد القول بانه اذا وكل فعلم خصمه فرضي لا يكون رضاه كافيا في توجه خصومة الوكيل ولا تسمع حتى يجدد له وكالة أخرى على ما هو مقتضى الظواهر التي ساقها علموا أن المراد بلا يجوز الا برضاه أنها لا تمضي على الآخر ولا يلزم عليه الا أن يرضى ومعنى هذا ليس الا أن اللزوم عليه موقوف على رضاه وهو معنى التأويل المذكور ومن العبارات التي نقلها ما عن أبي حنيفة لا أقبل وكالة من حاضر صحيح الا أن يرضى خصمه وهي قريبة من التفسير المذكور والحاصل أنه يجب التعويل على ما ذكره القوم حتى انه اذا وكل فرضي الآخر لا يحتاج في

سماع

(قوله وفيه نظر لانا لا نسلم أن الجواز الخ) أقول الظاهر انه حمل الجواز على الامكان العام المقيد بجانب العدم ولزومه للزوم مما لا يقبل المنع

لكن ذلك ليس بمجاز والحق أن قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم في قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم بل ان رضي به الخصم صح والا فلا حاجة الى قوله ولا خلاف في الجواز والى التوجيه بجعله مجازا (لهما ان التوكيل تصرف في خالص حقه) لانه وكله بالجواب والخصومة لدفع الخصم عن نفسه وذلك حقه لا محالة والتصرف في خالص حقه لا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بالتقاضي أي بقبض الديون وايفائها ولابي حنيفة رحمه الله أنا لا نسلم أنه تصرف في خالص حقه فان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره في مجلس القاضي والمستحق للغير لا يكون خالصا له سلمنا خلوصه له لكن تصرف الانسان في خالص حقه انما يصح اذا لم يتضرر به غيره وههنا ليس كذلك لان الناس متفاوتون في الخصومة فلو قلنا بلزومه لتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه أحد الشريكين فانها تتوقف على رضا الآخر وان كان تصرفا في خالص حقه لكان ضررا شريكه فيتخير بين الامضاء والفسخ (قوله بخلاف المريض) بيان وجه مخالفة المستثنى للمستثنى منه وذلك أن الجواب غير مستحق عليهما فكان خالص حقه ويزاد جوابا عن التنزل بان توقع الضرر اللازم بالمرض والسفر من آفات التأخير والموت أشد من اللازم بتفاوت الجواب فيحمل الاسهل والمرض المانع عن الحضور هو الذي يمنع عنه

لهما أن التوكيل تصرف في خالص حقه فلا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بتقاضي الديون وله أن الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره والناس متفاوتون في الخصومة فلو قلنا بلزومه يتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه أحدهما يتخير الآخر بخلاف المريض والمسافر لان الجواب غير مستحق عليهما هنالك ثم كما يلزم التوكيل عنده من المسافر يلزم

سماع خصومة الوكيل الى تجديد وكالة كما هو لازم ما اعتبر من ظاهر العبارة (لهما ان التوكيل بالخصومة (تصرف في خالص حقه) لان الخصومة حقه الذي لا يصدّ عنه فاستنابته فيه تصرف في خالص حقه (فلا يتوقف على رضا غيره) وصار (كالتوكيل) بغير ذلك بتقاضي الديون وله أن جواب الخصم مستحق على خصمه ولا استحقاقه عليه يستحضره الحاكم قبل أن يثبت له عليه شيء ليجيبه عما يدعيه عليه وغايته ما ذكرتم أنه تصرف في خالص حقه لكن تصرف الانسان في خالص حقه انما ينفذ اذا لم يتعد الى الاضرار بغيره (و) لاشك أن (الناس يتفاوتون في الخصومة) كما صرح قوله عليه الصلاة والسلام انكم تختصمون الي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من الآخر فأقضي له فمن قضيت له بحق أخيه فانما هي قطعة من نار ومعلوم أن الوكيل انما يقصد عادة لاستخراج الحيل والدعاوى الباطلة ليغلب وان لم يكن الحق معه كما أفاده الحديث المذكور وفي هذا ضرر بالآخر فلا يلزم الا بالتزامه وصار (كالعبد المشترك اذا كاتبه أحد الشريكين) فانه تصرف في خالص حقه ومع هذا لما كان متضمنا الاضرار بالآخر كان له فسخها وكن استأجر دابة ليركبها اجارته اياها تصرف في حقه وملكه ومع ذلك لا يجوز لما فيه من الاضرار بالمؤجر اذ كان الناس يختلفون في الركوب بخلاف ما قاسى عليه من التوكيل بتقاضي الدين فانه بحق ثابت معلوم يقبضه من غير ضرر على الآخر فيه فان القبض معلوم بجنس حقه وعلى المطلوب أن يقضي ما عليه والتقاضي حد معلوم اذا جاوزه منع منه بخلاف الخصومة فان ضررها أشد من شدة التقاضي وعدم المساهلة في القبض لتضمنها التحيل على اثبات ما ليس بثابت أو دفع ما هو ثابت فلا يقبل بغير رضاه الا اذا كان معذورا وذلك بسفره فانه يعجز عن الجواب بنفسه مع غيبته أو مرضه وتوكيل علي رضي الله عنه وغيره بالخصومة ان لم ينقل فيه استرضاء الخصم لم ينقل عدمه فهو جائز الوقوع فلا يدل لاحد قال شمس الائمة والذي نختاره أن القاضي اذا علم من المدعى التعنت في اباية التوكيل يقبله من غير رضاه واذا علم من الموكل القصد الى الاضرار بالتوكيل لا يقبله الا برضا الآخر فيتضاعل وقع الضرر من الجانبين ثم ذكر في حد المرض ان لم يستطع المشي ويقدر على الركوب ولو على انسان لكن يزداد مرضه صح التوكيل وان لم يزدد اختلفوا فيه والصحيح أن له أن يوكل لان نفس الخصومة مظنة زيادة سوء المزاج فلا يلزم به (وكما يلزم التوكيل من المسافر يلزم) من الحاضر

(قوله ليس بمجاز) أقول بل كناية كما صرح به في المفتاح وفيه بحث فانهم صرحوا بأن العمدة في الفرق بين المجاز والكناية هو جواز ارادة المعنى الموضوع له وعدم جوازها ولا تعويل على ما ذكره السكاكي كيف وقد اعترف هو أيضا بأن ما ذكره تكلف ارتكبه للضبط فراجعه (قوله في قوة قولنا التوكيل الخ) أقول فيه نظر فانا لا نسلم أنه في قوة ما ذكره فان مدلوله اشتراط صحة التوكيل برضا الخصم لاشتراط لزومه به والحاصل أن نفي الجواز أخص بناء على أن نقيض الاعم أخص من نقيض الاخص من نفي اللزوم والمقصود بالافادة هنا هو الثاني لا الاول اذ لا خلاف فيه (قوله والا فلا) أقول هذا مناف لغرضه (قوله لانه وكله الخ) أقول أنت خبير بقصور الدليل عن افادة المدعى فانه كان عاما الوكيل المدعى أيضا (قوله والمستحق للغير) أقول يعني المستحق للمدعى (قوله فكان خالص حقه) أقول الظاهر أن يقال حقهما الا أنه راعى عبارة الدليل فافهم والضمير في قوله حقه راجع الى الموكل

اذا أراد السفر لتحقق الضرورة ولو كانت المرأة مخدرة لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحكم قال الرازي رحمه الله يلزم التوكيل لانها لو حضرت لا يمكنها أن تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها قال وهذا شئ استحسنه المتأخرون (قال ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الاحكام)

مطلقا وأما المستطيع بظهر الدابة أو الحمال فاذا ازداد مرضه صح التوكيل وان لم يزدد قال بعضهم هو على الخلاف وقال بعضهم له أن يوكل وهو الصحيح وارادة السفر كالسفر في صحة التوكيل لتحقق الضرورة لكن لا يصدق منه دعوى ذلك الا بالنظر الى زيه وعدة سفره أو بالسؤال عن رفقائه كما في فسخ الاجارة (ولو كان الخصم امرأة مخدرة وهي من لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحكم قال أبو بكر الرازي يلزم التوكيل لانها لو حضرت لم يمكنها أن تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها قال المصنف وهذا شئ استحسنه المتأخرون) وأما في الاصل فانه لا فرق عند أبي حنيفة بين الرجل والمرأة المخدرة وغيرها البكر والثيب في عدم جواز الوكالة الا بالعذرين المذكورين وعندهما كذلك في جوازها وقال ابن أبي ليلى تقبل من البكر دون الثيب والرجل قال (ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الاحكام)

(عند ارادة السفر) غير أن القاضي لا يصدقه في دعواه ارادته فينظر الى زيه وعدة سفره ويسأله مع من يريد أن يخرج فيسأل رفقاءه عن ذلك كما اذا أراد فسخ الاجارة بعذر السفر فانه لا يصدقه اذا لم يصدقه الآجر فيسأل كما ذكرنا فان قالوا انهم تحقق العذر في فسخها (قوله ولو كانت المرأة مخدرة قال الرازي) وهو الامام الكبير أبو بكر الجصاص أحمد بن علي الرازي (يلزم التوكيل) منها (لانها لو حضرت لم تستطع أن تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها) أو يضيع حقها قال المصنف رحمه الله (وهذا شئ استحسنه المتأخرون) يعني اما على ظاهر اطلاق الاصل وغيره عن أبي حنيفة لا فرق بين البكر والثيب المخدرة والبرزة والفتوى على ما اختاروه من ذلك وحينئذ فتخصيص الرازي ثم تعميم المتأخرين ليس الا لفائدة انه المبتدئ بتفريع ذلك وتبعوه ثم ذكر في النهاية في تفسير المخدرة عن البزدوي أنها التي لا يراها غير المحارم من الرجال أما التي جلست على المنصة فرآها الرجال لا تكون مخدرة وليس هذا بحق بل ما ذكره المصنف من قوله وهي التي لم تجر عادتها بالبروز فأما حديث المنصة فقد يكون عادة لعوام تفعله بها والدتها ثم لم يعد لها بروز ومخالطة في قضاء حوائجها بل يفعله غيرها لها (يلزم توكيلها) لان في الزامها بالجواب تضييع حقها وهذا شئ استحسنه المتأخرون وعليه الفتوى ثم اذا وكلت فلزمها يمين بعث الحاكم اليها ثلاثة من العدول يستحلفها أحدهم ويشهد الآخران على يمينها أو نكولها وفي أدب القاضي للصدر الشهيد اذا كان المدعى عليه مريضا أو مخدرة وهي التي لم يعهد لها خروج الا لضرورة فان كان القاضي مأذونا بالاستخلاف بعث نائبا يفصل الخصومة هناك وان لم يكن بعث أمينا وشاهدين يعرفان المرأة والمريض فان بعثهما يشهدان على اقرار كل منهما أو انكاره مع اليمين لينقلاه الى القاضي ولا بد للشهادة من المعرفة فاذا شهدا عليهما قال الامين وكل من يحضر مع خصمك مجلس الحكم فيحضر وكيله ويشهدان عند القاضي باقراره أو نكوله لتقام البينة على ذلك الوكيل ولو توجه يمين على أحدهما عرضه الامين عليه فان أبى الحلف عرضه ثلاثا فاذا نكل أمره أن يوكل من يحضر المجلس ليشهدا على نكوله بحضرته فاذا شهدا بنكوله حكم القاضي عليه بالمدعى بنكوله قال السرخسي هذا اختيار صاحب الكتاب فانه لا يشترط للقضاء بالنكول أن يكون على اثر النكول فأما غيره من المشايخ فشرطوه فلا يمكن القضاء بذلك النكول فقال بعضهم الامين يحكم عليهما بالنكول ثم ينقله الشاهدان الى القاضي مع وكيلهما فيمضيه القاضي وقال بعضهم يقول القاضي للمدعي أتريد حكما يحكم بينكما بذلك ثمة فاذا رضي بعث أمينا بالتحكيم الى الخصم يخبره بذلك فاذا رضي بحكمه وحكم فان كان مما لا اختلاف فيه نفذ وان كان مما فيه خلاف توقف على امضاء القاضي والقضاء بالنكول مختلف فيه فاذا أمضاه نفذ على الكل وفي الذخيرة من الاعذار التي توجب لزوم التوكيل بغير رضا الخصم عند أبي حنيفة رحمه الله حيض المرأة اذا كان القاضي يقضي في المسجد وهذه على وجهين ان كانت طالبة قبل منها التوكيل بغير رضاه أو مطلوبة ان أخرها الطالب الى أن يخرج القاضي من المسجد لا يقبل توكيلها بغير رضا الطالب ولو كان الموكل محبوسا فعلى وجهين ان كان في حبس هذا القاضي لا يقبل التوكيل بلا رضاه لان القاضي يخرجه من السجن ليخاصم ثم يعيده وان كان في حبس الوالي ولا يمكنه الزامي من الخروج للخصومة يقبل منه التوكيل (قوله ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل يملك التصرف وتلزمه الاحكام) فهذان شرطان للوكالة في الموكل قيل انما يستقيم الاول على قولهما أما على قوله فلا لانه يجيز توكيل المسلم الذمي ببيع

خمر

قال صاحب النهاية ان هذا القيد وقع على قول أبي يوسف ومحمد وأما على قول أبي حنيفة فمن شرطها أن يكون الوكيل ممن يملك التصرف لان المسلم لا يملك التصرف في الخمر ولو وكل به جاز عنده ومنشأ هذا التوهم أن جعل اللام في قوله يملك التصرف للعهد أي يملك التصرف الذي وكل به وأما اذا جعلت للجنس حتى يكون معناه يملك جنس التصرف احترازا عن الصبي والمجنون فيكون على مذهب الكل وهو المراد بدليل قوله ممن يملك التصرف حيث لم يقل أن يكون الموكل يملك التصرف فان الانسب بكلمة من جنس التصرف (قوله وتلزمه الاحكام) يحتمل أحكام ذلك التصرف وجنس الاحكام فالاول احتراز عن الوكيل اذا وكل فانه يملك ذلك التصرف دون التوكيل لانه لم تلزمه الاحكام وعلى هذا يكون في الكلام شرطان والثاني احتراز عن الصبي والمجنون ويكون ملك التصرف ولزوم الاحكام شرطا واحدا وهذا أصح لان الوكيل اذا أذن له بالتوكيل صح والاحكام لا تلزمه فان قلت اذا جعلتم ما شرطا واحدا لزمك الوكيل فانه ممن يملك جنس التصرف ويلزمه جنس الاحكام ولا يجوز توكيله قلت غلط فان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط لا سيما مع وجود المانع وهو فوات رأيه (قوله لان الوكيل) دليل اشتراط ما شرطت به وذلك لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل لكونه نائبا عنه فيكون التوكيل تمليك التصرف وتمليك التصرف ممن لا يملكه محال ولقائل أن يقول الوكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل أو التصرف الذي وكل فيه والثاني مسلم وينتقض بتوكيل المسلم الذمي ببيع الخمر والاول ممنوع فانه يملكه باهليته ولهذا لو تصرف لنفسه صح والجواب أن الوكيل من حيث هو وكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل على أن الملك يثبت له خلافة عن الوكيل فيما تصرف فيه بطريق الوكالة وتصرفه لنفسه ليس بطريق الوكالة ولا الكلام فيه ولا ينافيه أيضا لجواز ثبوت شيء بامرين على البدل والحاصل أن من شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك جنس التصرف ويملكه الوكيل

(قوله قال صاحب النهاية ان هذا القيد الخ) أقول في الكافي اعلم أن من شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف لان التوكيل يستفيد ولاية التصرف منه ويقدر عليه من قبله ومن لا يقدر على شيء كيف يقدر عليه غيره وقيل هذا على قول أبي يوسف ومحمد وأما على قول أبي حنيفة فالشرط أن يكون التوكيل حاصلا بما يملكه الوكيل فاما أن يكون الموكل مالكا للتصرف فليس بشرط حتى يجوز عنده توكيل المسلم الذمي بشراء الخمر والخنزير وتوكيل المحرم الحلال

لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل فلا بد أن يكون الموكل مالكا ليملكه من غيره

خمر وشرائها والمسلم لا يملكه بل الشرط عنده كون الوكيل مالكا لذلك التصرف الذي وكل به وأجاب بعضهم بان المراد بملكه للتصرف أن تكون له ولاية شرعية في جنس التصرف باهليته نفسه بأن يكون بالغا عاقلا وهذا حاصل في توكيل المسلم الذمي ببيع خمر وشرائها ثم حمد الله تعالى على ما هداه لذلك وهو خطأ اذ يقتضي أن لا يصح توكيل الصبي المأذون لعدم البلوغ وليس بصحيح بل اذا وكل الصبي المأذون يصح بعد أن يعقل معنى البيع وأورد عليه ما اذا قال بع عبدي هذا بعبد أو اشتر لي به عبدا

بيع الصيد وقيل المراد به أن يكون مالكا للتصرف نظرا الى أصل التصرف وان امتنع لعارض وبيع الخمر لا يجوز للمسلم في الاصل وان امتنع لعارض انتهى فعلى هذا الوجه يستقيم الكلام على مذهب أبي حنيفة أيضا فليتأمل (قوله ومنشأ هذا التوهم) أقول سبقه الى هذا الكلام الاتقاني (قوله حتى يكون معناه يملك جنس التصرف الخ) أقول ينبغي أن يراد بجنس التصرف جنس التصرف الذي يتعلق بمحل التوكيل لظهور أن الموكل لا يملكه غيره (قوله احترازا عن الصبي) أقول يعني المحجور (قوله فان الانسب بكلمة من جنس التصرف الخ) أقول لا يخفى عليك أن مدخول كلمة من هو قوله من يملك دون التصرف والجواب أن مراده أن المالك للتصرف المخصوص لا يتعدد حتى يستقيم ادخال من في من يملك لكن ظاهر أن المراد أيضا جنس التصرف المخصوص فلذلك قال فان الانسب الخ ثم ان الانسبية قد فاتت في قوله ويقصده كما لا يخفى (قوله يحتمل أحكام ذلك التصرف) أقول أي التصرف الموكل به (قوله وجنس الاحكام) أقول أي جنس أحكام جنس التصرف (قوله فالاول) أقول يعني قوله يحتمل أحكام ذلك التصرف (قوله لانه لم يلزمه الاحكام) أقول حتى لا يملك الوكيل بالشراء المبيع ولا الوكيل بالبيع الثمن (قوله والثاني) أقول يعني قوله وجنس الاحكام (قوله احتراز عن الصبي الخ) أقول يعني الصبي المحجور ولعل مراده أنه يكون للاحتراز عنهما لا يقال الصبي قد يلزمه الاحكام كما اذا باع أو اشترى أبوه له لأن المراد جنس أحكام التصرف الذي يباشره بنفسه (قوله وهذا أصح) أقول ويؤيده تخصيص المعطوف عليه باقامة الدليل (قوله قوله لأن الوكيل دليل الخ) أقول صورة القياس الموكل يملك التصرف للوكيل وكل من هذا شأنه يجب أن يكون مالكا للتصرف فقوله لأن الوكيل اشارة الى دليل الصغرى وقوله فلا بد الخ الى الكبرى (قوله ما شرطت به) أقول يعني ما شرطت الوكالة به (قوله والجواب أن الوكيل الخ) أقول كيف يقال هذا اذا وكل ذميا ببيع هذا الخمر فانه لا يعقل فيه ما ذكره (قوله يملك جنس التصرف من جهة الموكل على أن الملك يثبت له خلافة الخ) أقول أي يملكه من جهة الموكل على هذا الوجه

بحيث يلزمه أحكام ما باشره الوكيل لاهليته في كل فرد فرد سواء كان الموكل علمكه أولا لعارض عرض في بعض ذلك لان مبناها على التوسع ويشترط أن يكون الوكيل ممن يعقل العقد أن البيع سالب والشراء جالب ويعرف الغبن اليسير والغبن الفاحش وهو احتراز عن الصبي الذي لم يعقل والمجنون ويقصده بان لا يكون هازلا لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فلا بد وأن يكون من أهل العبارة وهذا يشير الى أن معرفة الغبن اليسير من الفاحش ليست بشرط في صحة التوكيل لكن ذكر في الكتاب أن ذلك شرط وهو مشكل لانهم اتفقوا على أن توكل الصبي العاقل صحيح ومعرفة أن ما زاد على دهيم في المتاع ودهه يازده في الحيوان ودهدوازده في العقار أو ما يدخل تحت تقويم المقومين مما لا يطلع عليه أحد الا بعد الاشتغال بعلم الفقه

(و) يشترط أن يكون (الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده) لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فيشترط أن يكون من أهل العبارة حتى لو كان صبيا لا يعقل أو مجنونا كان التوكيل باطلا

صح التوكيل مع أنه لا يصح مباشرة الموكل لمثل هذا كما لو قال لغيره بعتك عبدي هذا بعبد أو اشتريت هذا منك بعبد لا يجوز أجيب بالفرق بين التوكيل والمباشرة في الجهالة فانها انما تمنع في المباشرة لا التوكيل وذلك لانها انما تمنع لافضائها الى المنازعة لالذاتها ولذا لم تمنع في بعض البيوع كبيع قفيز من صبرة طعام حاضر أو شرائه وجهالة الوصف لا تفضي اليها في التوكيل لانه ليس بأمر لازم بخلاف المباشرة للزومها ثم اذا صح التوكيل بذلك فان كان بالشراء فاشترى عبدا بغير عينه لا يجوز كما لو اشترى الموكل بنفسه أو بعينه ان كانت قيمته مثل قيمة العبد الثمن أو أقل مما لا يتغابن فيه لا يجوز وكذا في الوكالة بالبيع ذكره في الذخيرة ولا يخفى أن قوله فان كان بالشراء فاشترى عبدا بغير عينه لا يجوز كما لو اشترى الموكل بنفسه ليس على اطلاقه لما عرف من مذهبنا في شراء أحد العبدين أو الثوبين أو الثلاثة بغير عينه على أن يأخذ أيهما شاء يصح وهي مذكورة في خيار الشرط من الهداية وأما الشرط الثاني وهو قوله وتلزمه الاحكام فلان الوكيل يستفيد الولاية من الموكل فلا بد من كون الموكل علمكه ثم قيل هو احتراز عن توكيل الوكيل فان الوكيل لا يثبت له حكم تصرفه وهو الملك فلا يصح توكيله الا أن يصرح به حقيقة أو معنى كما سنذكر وقيل بل عن الصبي والعبد المحجورين فانهما لو اشتريا شيأ لا يملكانه فلا يصح توكيلهما وصح وأورد على هذا الوجه انه يلزم صحة توكيل الوكيل بسبب انه يملك التصرف فيملك تمليكه والجواب أن ملكه شرط جواز تمليكه لا علته ليلزم من وجوده الوجود فجاز أن لا يوجد عند وجود الشرط لفقد شرط آخر كما مع فقد العلة (قوله ويشترط الى آخره) ما تقدم شرط الوكالة في الموكل وهذا شرطها في الوكيل وهو كونه ممن يعقل العقد ويقصده أي يعقل معناه أي ما يلزم وجوده من أنه سالب بالنسبة الى كل من المتعاقدين جالب الى كل منهما فيسلب عن البائع ملك المبيع ويجلب له ملك البدل وفي المشتري قلبهما ويقصده لفائدته (١) وقول بعضهم ان هذا الشرط احتراز عن الهزل يعني أن من شرط الوكالة أن لا يهزل الوكيل في البيع والشراء أي ارتباط بين صحة الوكالة وكون الوكيل هازل في بيع ولو كان في بيع ما وكل ببيعه غايته أن لا يصح ذلك البيع والوكالة صحيحة وخرج به الصبي الذي لا يعقل ذلك والمجنون فلا تصح وكالة أحدهما وانما اشترط ذلك في الوكيل لانه قائم مقام الموكل في العبارة والموكل لا يصح عقده وعبارته به الا اذا كان يعقل ذلك وأما زيادة عقلية الغبن الفاحش من غيره فلا ينبغي اشتراطه نعم ان وكله بان يبيعه لا بغبن فاحش فحينئذ ينبغي أن تصح الوكالة ويشترط

(قوله بحيث يلزمه أحكام الخ) أقول فيه بحث لاستلزامه أن لا يصح توكيل الوكيل المأذون له به لفقد شرطه فما أسرع ما نسي ما قدمت بداه (قوله ويقصده الخ) أقول فيه تأمل والظاهر أن قوله ويقصده عطف تفسيري على قوله ممن يعقل العقد الخ لا شرط آخر ويؤيده أنه لم يستدل عليه بدليل يخصه وأيضا عدم كونه هازلا في العقد شرط صحة ذلك العقد لا شرط صحة الوكالة (قوله لانه يقوم مقام الموكل الخ) أقول هذا تعليل لقوله ويشترط أن يكون الوكيل الخ (قوله وهذا) أقول يعني التعليل أشار به الى قوله لانه يقوم الخ (قوله يشير) أقول حيث اكتفى بمجرد كونه من أهل العبارة (قوله ليست بشرط الخ) أقول ولهذا لم يذكرها العلامة النسفي في الكافي ولم يزد في تفسير قوله يعقل العقد على ان قال أي يعرف ان الشراء جالب للمبيع سالب للثمن والبيع على عكسه (قوله ومعرفة أن ما زاد الى قوله مما لا يطلع) أقول ومعرفة مبتدأ وقوله مما لا يطلع خبره (قوله مما لا يطلع عليه أحد الخ) أقول مسلم فانا نرى كثيرا من الصبيان يعرف ذلك من غير اشتغال علم الفقه بل بالسماع من الثقات وكثرة المباشرة بالمعاملات ثم قد يقام التمكن من الشيء مقام ذلك الشيء كما سبق في مباحث عدم قبول شهادة الاعمى في هذا الكتاب وأما فيما نحن فيه فالتمكن من المعرفة بالعقل وذلك موجود في الصبي الذي كلامنا فيه فليتأمل

(١) قول الكمال وقول بعضهم الخ مبتدأ خبره أي ارتباط الخ أي يقال لذلك البعض أي ارتباط الخ كذا بهامش الاصل

(واذا وكل الحر البالغ أو المأذون البالغ مثلهما جاز) ويفهم جواز توكيل من كان فوقهما بطريق الاولى لان الموكل مالك للتصرف والوكيل من أهل العبارة وكل وكالة كان الموكل مالكا للتصرف والوكيل من أهل العبارة فيها صحيحة لما تقدم وان وكل الحر البالغ صبيا محجورا عليه أو عبدا محجورا عليه أو فعل المأذون ذلك جاز لانتفاء ما يمنع ذلك أما من جانب الموكل فظاهر وأما من جانب الوكيل فلان الصبي من أهل العبارة ولهذا ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من أهل التصرف على نفسه مالكا له وانما لا يملك في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا في حقه الا أنه لا يصح منهما التزام العهدة الصبي لقصور أهليته والعبد لحق سيده ويعلم من هذا التعليل أن العبد اذا أعتق لزمه العهدة لان المانع من لزومها حق المولى وقد زال والصبي اذا بلغ لم تلزمه لان المانع قصور أهليته حيث لم يكن ملزما في حق نفسه وفي هذا الوقت فلهذا لم يلزمه بعد البلوغ وانما قيد بقوله محجورا عليه فيهما اشارة الى أنهما لو كانا مأذونين تعلق الحقوق بهما لكن بتفصيل وهو أن الصبي المأذون اذا وكل بالبيع فباع لزمه العهدة سواء كان الثمن حالا أو مؤجلا واذا وكل بالشراء بثمن مؤجل لم يلزمه قياسا واستحسانا بل يكون على الآمر يطالبه البائع بالثمن لان ما يلزمه من العهدة

ليس بضمان ثمن لان ضمان الثمن لا يفيد الملك للضامن في المشترى وليس هذا كذلك انما هذا التزام مالا في ذمته استوجب مثل ذلك على موكله وذلك معنى الكفالة والصبي المأذون يلزمه ضمان الثمن ولا يلزمه ضمان الكفالة وأما اذا وكل بالشراء بثمن حال فالقياس أن لا يلزمه العهدة وفي الاستحسان يلزمه لان ما التزمه ضمان ثمن حيث ملك المشترى من حيث الحكم فانه يحبسه بالثمن حتى يستوفي من الموكل كما لو اشترى لنفسه ثم باع منه والصبي المأذون من أهل ذلك والجواب في العبد المأذون أيضا على هذا التفصيل

(واذا وكل الحر العاقل البالغ أو المأذون مثلهما جاز) لان الموكل مالك للتصرف والوكيل من أهل العبارة (وان وكلا صبيا محجورا يعقل البيع والشراء أو عبدا محجورا جاز ولا يتعلق بهما الحقوق ويتعلق بموكلهما) لان الصبي من أهل العبارة ألا ترى أنه ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من أهل التصرف على نفسه مالكا له وانما لا يملكه في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا في حقه الا أنه لا يصح منهما التزام العهدة أما الصبي لقصور أهليته والعبد لحق سيده فتلزم الموكل

في صحة بيع الوكيل أن يتعرفه قبل بيعه (قوله واذا وكل الحر البالغ أو المأذون مثلهما جاز) وأطلق في المأذون ليشمل كلا من العبد والصبي المأذونين في التجارة لاجتماع الشروط وهي ملك الموكل التصرف ولزوم الاحكام وعقلية الوكيل معنى العقد ولم يذكر العقل مع البلوغ لان اشتراط العقل يعرفه كل أحد ومعلوم أيضا أن قوله مثلهما ليس بقيد بل مثلهما أو أعلى حالا منهما كتوكيل العبد المأذون حرا أو دونهما كتوكيل الحر البالغ عبدا مأذونا (قوله وان وكل صبيا محجورا عليه يعقل البيع والشراء أو عبدا محجورا عليه جاز ولا تتعلق الحقوق بهما بل بموكلهما) هذا الكلام له منطوق ومفهوم فمنطوقه ظاهر ووجهه ما ذكر المصنف (من أن الصبي) أي العاقل (من أهل العبارة) حتى (نفذ تصرفه باذن وليه والعبد) من أهل التصرف في (حق نفسه مالكا له وانما لا يملكه في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا) من الموكل (في حقه الا أنه لا يصح منهما التزام العهدة فالصبي لقصور أهليته والعبد لحق سيده فتلزم الموكل) ويعرف من كون انتفاء تعلق الحقوق بالعبد لحق السيد أنه لو أعتق بعد أن باشر الشراء لزمته الحقوق بخلاف الصبي لو باشر ما وكل به ثم بلغ لا ترجع اليه وأما مفهومه فهو أن الوكيل لو كان صبيا مأذونا أو عبدا مأذونا تعلقت الحقوق بهما لكنه ليس بمطلق بل ذكر فيه تفصيلا في الذخيرة قال ان كان الوكيل صبيا مأذونا فان وكل بالبيع بثمن حال أو مؤجل فباع لزمته العهدة أو بالشراء ان كان بثمن مؤجل لا تلزمه العهدة قياسا واستحسانا فيطالب البائع بالثمن الآمر لا الصبي وذلك لان ما يلزمه من العهدة ضمان كفالة لا ضمان ثمن لان ضمان الثمن ما يفيد الملك

(قال المصنف واذا وكل الحر البالغ أو العبد المأذون مثلهما جاز) أقول قال سدر الشريعة ولو قال كلا منهما كان أشمل لتناوله توكيل الحر البالغ مثله والمأذون وتوكيل المأذون مثله والحر البالغ والمراد بالمأذون الصبي العاقل الذي أذنه الولي والعبد الذي أذنه المولى انتهى وفيه تأمل (قوله أو المأذون البالغ) أقول لعل قيد البالغ هنا وقع سهوا (قوله ويفهم جواز توكيل من كان فوقهما الخ) أقول ما فوق الحر البالغ هو الحر البالغ الكائن من أهل دار الاسلام المسلم فان النوع قد يتقدم رتبة على الجنس كما مر في موضعه (قوله لان الموكل مالك التصرف الخ) أقول لا أن الموكل تعليل لقوله جاز ولكن بقي ههنا بحث فانه لو صح هذا الدليل لزم صحة توكيل الوكيل الغير المأذون به لجريانه فيه بعينه الا أن يعتبر فيه عدم المانع في الكبرى أو يقال المراد بمالكية التصرف هو المالكية استقلالا من غير استفادة من غير وفيه شئ فتدبر وح توكيل الوكيل المأذون به والظاهر أن الشمول له مقصود أيضا (قال المصنف والعبد من أهل التصرف) أقول كان اللائق بحسب الظاهر أن يقول والعبد أيضا من أهل العبارة الا أنه سلك هذا الطريق لتكفله ببيان أهلية العبارة مع دفع ما يرى ظاهرا من عدم جواز هذا التوكيل لكونه بمنزلة جماد لا يقدر على شئ فليتأمل

وعن أبي يوسف رحمه الله أن المشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبي أو مجنون له خيار الفسخ لانه دخل في العقد على أن حقوقه تتعلق بالعاقد فاذا ظهر خلافه يتخير كما اذا عثر على عيب

للضامن في المشتري وهذا لا يفيد الملك للضامن انما التزم ما لا على موكله استوجب مثله في ذمته وهو معنى الكفالة والصبي المأذون يلزمه ضمان الثمن لا ضمان كفالة وأما اذا وكله بالشراء بثمن حال فالقياس أن لا تلزمه العهدة وفي الاستحسان تلزمه لان للصبي ملكا حكميا في المشتري فانه يحبسه بالثمن عن الموكل حتى يستوفيه كما لو اشترى لنفسه ثم باعه منه والصبي المأذون من أهل أن يلزمه ضمان الثمن بخلاف ما اذا كان الثمن مؤجلا لانه بما يضمن من الثمن لا يملك المشتري لا حقيقة ولا حكما فانه لا يحبسه عن الموكل الى الاستيفاء والعبد اذا توكل على هذا التفصيل ثم اعلم أن العبد والصبي المحجورين وان لم تتعلق بهما الحقوق فلقبضهما الثمن وتسليمهما المبيع اعتبار لما ذكر في الكتاب بعد هذا في التوكيل بعقد السلم فقال والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان لم تتعلق بهما الحقوق كالصبي والعبد وفي المبسوط ان كان المأذون مرتدا جاز بيعه لانه من أهل العبارة المعتبرة ولكن يتوقف حكم العهدة عند أبي حنيفة فان أسلم كانت العهدة عليه والا فعلى الآمر وعندهما العهدة عليه على كل حال وهو نظير اختلافهم في تصرفات المرتد لنفسه بيعا وشراء ونظير الصبي والعبد المحجورين في عدم تعلق الحقوق الرسول والقاضي وأمينه

(قوله والعقد)

(وعن أبي يوسف أن المشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم أنه صبي أو عبد) وفي بعض النسخ مجنون والمراد به من يجن ويفيق (له خيار الفسخ) لانه ما رضي بالعقد الا على أن الحقوق تتعلق بالعاقد فاذا ظهر خلافه يتخير كما اذا عثر على عيب لم يرض به

هذا ما انتهى اليه كلام الامام الكمال بن الهمام رحمه الله

ويليه تكملة شمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضي زاده المتوفى سنة ٩٨٨ تغمدهم الله برحمته آمين

(فهرست الجزء السادس من شرح فتح القدير مع تكملته نتائج الافكار)

صحيفة

٢ كتاب الشهادات

١٦ فصل يتعلق بكيفية الاداء ومسوغه

٢٦ باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

٥٢ باب الاختلاف في الشهادة

٧٠ فصل في الشهادة على الارث

٧٤ باب الشهادة على الشهادة

٨٣ فصل في حكم شاهد الزور

٨٥ كتاب الرجوع عن الشهادة

١٠٨ كتاب الوكالة

﴿ تم فهرست فتح القدير ﴾