ففي العين يجب الضمان على الشهود اذا رجعوا فقبض المشهود له المال اولم يقبض وفي الدين لا يجب
ما لم يستوف المشهود له ذلك من المشهود عليه والى هذا ذهب شمس الائمة البيهقي في قسم
المبسوط من الشامل فقال شهدا بعين ثم رجعا ضمنا قيمته قبضه المشهود له ام لا لا
انهما ازالا ملك الآخر عن العين المقضي به اولانهما حالا بينه وماله فان كان المشهود به
دينا فلا يوجب ثم رجع الشهود قبل قبض الدين لا يضمنون لانهما ما اتلفا وما حالا
ولانهما اوجبا دينا فلا يوجب ضمان العين لان ضمان العدوان مقيد بالمثل ولا مماثلة
بين الدين والعين لاجرم لو قبض المشهود له وصار عينا يضمن الى هنا لفظ الشامل
قوله ولانه لا مماثلة بين اخذ العين والزام الدين يعني ان المشهود به اذا كان دينا ولم يستوفه
المشهود له لا يجب الضمان على الشهود لان الضمان يعتمد على المماثلة ولا مماثلة بين العين والدين
وجه قول السرخسي في شرط القبض لضمان العين ان قضاء القاضي بالملك للمقضي له في زعم المقضي
له باطل والمرء مواخذ بزعمه فلا يضمن الشهود ما لم يخرج الملك عن يده قوله فان رجع احدهما
ضمن النصف هذا لفظ القدوري في مختصره والاصل هنا ما ذكروا في شروح الجامع الكبير ان العبرة
في الرجوع لبقاء من بقي لا لرجوع من رجع وان الشاهد برجوعه يضمن للمشهود عليه
وانما قلنا ان العبرة لبقاء من بقي لانه لو كانت العبرة لرجوع من رجع لزم ان يكون الضمان
واجبا على الراجع مع بقاء الحق عند وجود المبقي كما اذا رجع احد الثلاثة لانه لو كان كذلك
لضمنا لكان ضمان الاتلاف بلا تلف وهو فاسد اذ الحق باق لم يتلف منه شيء ببقاء الشاهدين
واذا ثبت هذا الاصل قلنا ان احد الشاهدين لما رجع بقي نصف الحق ببقاء الشاهد الآخر
على شهادته فاذا كان الباقي نصف الحق كان التالف نصف الحق لا محالة فيضمنه الراجع
قوله وان شهد بالمال ثلاثة فرجع احدهم فلا ضمان عليه هذا لفظ القدوري في مختصره وهو بناء على
الاصل المتقدم وذلك لان كل الحق لما بقي على شهادة من بقي على شهادته لم يوجد من الراجع اتلاف
شيء فلم يلزمه الضمان قوله وهذا لان الاستحقاق باق بالحجة والمتلف متى استحق سقط الضمان
فاولى ان يمتنع وهذا اشارة الى قوله لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق بيانه ان استحقاق
المشهود له للمشهود به بعد رجوع احد الثلاثة باق ببقاء الحجة اعني ببقاء الشاهدين
لان الاستحقاق متى ثبت في المتلف يزيل الضمان ويرفعه وهنا فيما نحن فيه لم يجب الضمان
بعد فاولى ان يدفعه لاستحقاق الثابت بالحجة ويمنعه لان الدفع اسهل من الرفع كما
اذا اتلف انسان مال زيد مثلا فقضى القاضي بضمانه عليه لزيد ثم استحق العين المتلف
عمرو اخذ الضمان عن المتلف سقط ذلك الضمان الواجب لزيد قوله فاولى ان يمتنع اي
الضمان قوله فان رجع آخر ضمن الراجعان نصف المال وهذا ايضا لفظ القدوري
وذلك بناء على الاصل المتقدم ايضا لان العبرة لما كانت لبقاء من بقي كان الباقي نصف الحق
فاذا بقي نصف الحق كان التالف بالرجوع نصف الحق لا محالة فيضمنه الراجعان جميعا
لان احدهما ليس باولى من الآخر فكان ضمان النصف عليهما على السواء واورد في شرح
الاقطع في هذا المقام سؤالا وجوابا فقال فان قيل لو قال الراجع كيف يجوز ان يلزمني الضمان
برجوع غيري وفي وقت رجوعي لم يجب علي شيء قيل له كما يلزم الضمان جميع الشهود

١٦٥٨

اذا رجعوا وهم ثلاثة ولو قال واحد منهم لو رجعت وحدي لم يلزمني الضمان لاني ثالثهم لم يسمع
قوله فان شهد رجل وامراتان فرجعت امراة ضمنت ربع الحق وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه
فيه وان رجعتا ضمنتا نصف الحق وذلك لان ببقاء الرجل على شهادته بقي نصف الحق فبرجوع
المراتين تلف النصف فتضمنان ذلك فاذا رجعت واحدة منهما وحدها تضمن الربع
لانه هو التالف اذ بقي ثلاثة ارباع الحق ببقاء الرجل والمراة الاخرى على الشهادة قوله
وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن هذا لفظ القدوري في مختصره
وتمامه فيه فان رجعت اخرى كان على النسوة ربع الحق وذلك لان العبرة لبقاء من بقي
وقد بقي الرجل والمراتان على الشهادة فبقي تمام الحق فلم يجب الضمان على الراجعات
فان رجعت امراة اخرى وجب ضمان الربع على الراجعات التسع لانه هو التالف برجوعهن
اذ بقي ثلاثة ارباع ببقاء الرجل والمراة العاشرة على الشهادة قوله وان رجع الرجل
والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة اسداسه عند ابي حنيفة رضي الله عنه
وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف هذا لفظ القدوري في مختصره يعني
اذا كان الشهود رجلا واحدا وعشر نسوة فرجعوا جميعا بعد الحكم يجب الضمان اسداسا
عند ابي حنيفة وعندهما يجب انصافا فاوجه قولهما ان النساء وان كثرن يقمن مقام رجل
واحد في الشهادة بدليل انه لا تقبل شهادتهن وحدهن فصارت شهادة عشر نسوة
كشهادة امراتين فصار الضمان على الرجل والنسوة انصافا ووجه قول ابي حنيفة ان الشرع
جعل شهادة المراتين عند الاختلاط بمنزلة شهادة رجل واحد فيصير شهادة عشر
نسوة بمنزلة شهادة خمسة رجال فصار كان الشهود ستة رجال فرجعوا جميعا
فوجب الضمان اسداسا قال في شرح الطحاوي ولو رجع الرجل وحده فعليه نصف المال
بالاجماع ولو لم يرجع الرجل ولكن رجع النسوة فعليهن نصف المال ايضا قوله لما قلنا اشارة
الى قوله لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد قوله ولو شهد رجلان وامراة بمال
ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المراة وهذه من مسائل المبسوط ذكرها تفريعا على مسئلة
القدوري وانما لم يجب الضمان على المراة لانه لم يقض بشهادتها لانها نصف شاهد فلا يضاف
الحكم الى بعض العلة قال في الشامل في قسم المبسوط شهد رجل وثلث نسوة ثم رجع
رجل وامراة ضمن الرجل والمراة نصف المال اثلاثا في قياس قول ابي حنيفة وعندهما ضمن
الرجل نصف المال ولم تضمن المراة لان عندهما الثابت بشهادة النساء نصف الحق وبقي بشهادة
المراتين نصف الحق وعند ابي حنيفة الحق بشهادة الرجال والنساء على الشيوع ثم تعام
كل امراتين مقام رجل فثلاث نسوة يقمن مقام رجل ونصف فان رجعوا جميعا فعندهما
انصافا وعند ابي حنيفة اخماسا على النسوة ثلاثة اخماسه الى هنا لفظ الشامل قوله
قال فان شهد شاهدان على امراة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما
اي قال القدوري في مختصره قال صاحب الهداية وكذلك اذا شهدا باقل من مهر مثلها يعني
لا ضمان على الشاهدين اذا رجعا وانما لم يجب الضمان لان الضمان يستدعي المماثلة
لقوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولا مماثلة بين العين والمنفعة التي هي الوطء

Copyright © King Saud University