

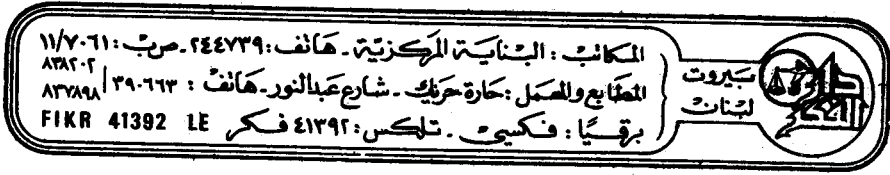
الْبَنَاءِيَّةُ فِي شَرْحِ الْهِدَايَةِ لِلْأَبِي مُحَمَّدٍ مُحَمَّدُ بْنُ أَحْمَدَ الْعَيْنِي

المؤلف: المولى محمد عمر الشهير بتأصيل الأسانيد الرامفوري

تنبيه: متن الهداية في رأس الصفحة بحرف كبير وشرح البنائية للعيني تحته ثم تعليقات المولى محمد عمر مفصلاً بينها بخط.

الجزء الثاني عشر

دار الفكر
للطباعة والنشر والتوزيع



المكاتب : البناية المركزية - هاتف : ٢٤٤٧٣٩ - ص ب : ١١/٧٠٦١
الطابع والعمل : حارة حريك - شارع عبدالنور - هاتف : ٣٩٠٦٦٣
برقياً : فكيف - تليكس : ٤١٣٩٢ فكر
FIKR 41392 LE

قام بإخراج هذه الطبعة وتصحيحها

دار الفكر ببيروت

وجميع الحقوق محفوظة لها

الطبعة الأولى ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م

الطبعة الثانية : منقحة وبها زيادات

١٤١١ هـ - ١٩٩٠ م

المساهمون في إخراج هذا الكتاب
مكتب التوثيق والدراسات في دار الفكر

باب الرهن الذي يوضع على يد العدل

قال وإذا اتفقا على وضع الرهن على يد العدل جاز . وقال مالك لا يجوز ، ذكر قوله في بعض النسخ ، لأن يد العدل يد المالك ،

(باب الرهن الذي يوضع على يد العدل)

أى هذا باب في بيان حكم الرهن الذي يوضع على يد الراهن ، ولما ذكر حكم الرهن إذا كان في يد المرتهن ذكر حكمه إذا كان في يد العدل ، وهو الذي من الراهن والمرتهن يكون الرهن في يده ، لأنه نائب عن المرتهن ، والنائب يقوم مقام المتوب لا محالة .

(قال) أى القدورى (وإذا اتفقا) أى الراهن والمرتهن (على وضع الرهن على يد العدل جاز) وهو قول أكثر أهل العلم خلاف لابن أبي ليلى والحكم والحاتر العكلي وداود « رح » . قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي وقبض العدل الرهن بمنزلة قبض المرتهن في حكم صحته وضمائه بالدين إذا هلك بلغنا ذلك عن إبراهيم والشعبي وعطاء والحسن . وقال ابن أبي ليلى إن هلك في يد العدل لم يبطل الدين ، وإن مات الراهن فالمرتهن أسوة الغرماء فيه .

(قال مالك لا يجوز ذكر قوله) أى ذكر قول مالك (في بعض النسخ) أشار به إلى أن في بعضها ليس كذلك ، فإنه ذكر في المبسوط وشرح الأقطع ابن أبي ليلى بدل مالك . قال الأكل وكأنه شك في هذه الرواية عن مالك ، فإن القبض ليس بشرط عنده كما مر في أول هذا الكتاب ، فإنه يثبت ذلك عنده كان عنه روايتان . وقال الكاكي ومالك « رح » فيه رواية . وقال الشيخ أبو الفضل الكرماني في إشارات الأسرار والرهن يتم بقبض العدل خلافاً لمالك ، لأن يده يد المالك فلا يتم به الرهن (لأن يد العدل يد المالك) أى الراهن .

ولهذا يرجع العدل عليه عند الاستحقاق فانعدم القبض . ولنا
أن يده على الصورة يد المالك في الحفظ ، إذ العين أمانة ، وفي حق
المالية يد المرتهن ، لأن يده يد ضمان والمضمون هو المالية فنزل
منزلة الشخصين

وفي الكافي هذا الدليل مشعر بأن على قول مالك القبض شرط ، وقد شرط في كتبه
شرط فيمكن أن يكون له روايتان حتى يصح ذلك ، ولكن انه لا خلاف للمالك في
جواز وضعه على يد العدل . قلت ذكر مالك وفي المدونة ولا يتم رهن إلا بقبضه .

(ولهذا) أى ولكون يد العدل يد المالك (يرجع العدل عليه) أى على الراهن
(عند الاستحقاق) يعني إذا هلك الرهن في يد العدل ثم استحق وضمن العدل قيمته
يرجع على الراهن بما ضمن ، ولو لم يكن يده يد الراهن لما رجع (فانعدم القبض)
إيضاحه أن رجوع العدل على الراهن عند الاستحقاق لوقوع الفعل له ، يدل على أن الرهن
غير مقبوض ، لأن الأصل أن ما عمل عمل الإنسان بأمره ولحقه الغرم يرجع على الذي
وقع له العمل ، وهنا يرجع على الراهن بعدم القبض ، فإذا كان كذلك لا يجوز وضعه
على يد العدل ، لأن وجود الرهن بقبض المرتهن ولم يوجد لا حقيقة ولا تقديراً ، لأن
العدل نائب عن الراهن لا عن المرتهن ، لأن المالك هو الراهن ، لأن المرتهن كيف يكون
نائباً عن المرتهن ، والعدل نصب ليحفظ عنه في حال لا يؤتمن عليه ، ولهذا لحقه ضمان بأن
هلك في يده ثم جاء مستحق يرجع به على الراهن دون المرتهن .

(ولنا أن يده) أى يد العدل (على الصورة) يعني بالنظر إلى الظاهر (يد المالك في
الحفظ إذ العين أمانة وفي حق المالية يد المرتهن ، لأن يده يد ضمان والمضمون هو المالية)
إذ الإستيفاء يكون منها (فنزل) أى العدل (منزلة الشخصين) لا يجوز أن تجعل اليد
الواحدة في الحكم بدين كمن أدى ماله إلى الساعي قبل الحول يده يد المالك من وجه ،
حتى لو انتقض النصاب لو هلك قبل الحول له أن يشترط المؤدى إذا بقي في يده ويده
الفقير من وجه ، حتى لو هلك المؤدى في يده وبقي النصاب إلى آخر الحول يقع المؤدى

تحقيقاً لما قصده من الرهن ، وإنما يرجع العدل على المالك في الإستحقاق ، لأنه نائب عنه في حفظ العين كالمودع . قال وليس للمرتهن ولا للراهن أن يأخذه منه لتعلق حق الراهن في الحفظ بيده أمانته ، وتعلق حق المرتهن به استيفاء فلا يملك أحدهما إبطال حق الآخر . فلو هلك في يده هلك في ضمان المرتهن ، لأن يده في حق المالية يد المرتهن وهي المضمونة . ولو دفع العدل إلى الراهن أو المرتهن ضمن ، لأنه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن في حق المالية وأحدهما

زكاة كما لو دفعة إلى الفقير (تحقيقاً لما قصده من الرهن) يعني لأجل تحقيق ما قصده ، لأن غرضها تحقيق عرض عقد الرهن .

(وإنما يرجع العدل على المالك) هذا بيان لقوله ولهذا يرجع العدل عليه ، توضيحه أن رجوع العدل على المالك (في الاستحقاق ، لأنه نائب عنه) أي لأن العدل نائب عن المالك (في حفظ العين) في حال لا يؤتمن عليه (كالمودع) إذا كانت البوديعة في يده ثم استعقت ضمن المودع ، ثم يرجع على المودع .

(قال) أي القدوري (وليس للمرتهن ولا للراهن أن يأخذه منه) أي أن يأخذ الرهن من العدل (لتعلق حق الراهن في الحفظ بيده أمانته) أي أمانة العدل (وتعلق حق المرتهن به استيفاء) أي من حيث الاستيفاء (فلا يملك أحدهما) أي الراهن أو المرتهن (إبطال حق الآخر ، فلو هلك في يده) أي فلو هلك الرهن في يد العدل (هلك في ضمان المرتهن ، لأن يده) أي يد العدل (في حق المالية يد المرتهن وهي المضمونة) أي يد المرتهن في حق المالية مضمونة بالآقل من قيمة الرهن ومن الدين .

(ولو دفع العدل إلى الراهن أو إلى المرتهن ضمن ، لأنه) أي لأن العدل (مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن في حق المالية وأحدهما) أي الراهن أو المرتهن

أجنبي عن الآخر والمودع يضمن بالدفع إلى الأجنبي ، وإذا ضمن
العدل قيمة الرهن بعدما دفع إلى أحدهما وقد استهلكه المدفوع
إليه أو هلك في يده لا يقدر أن يجعل القيمة رهناً في يده ، لأنه يصير
قاضياً ومقتضياً له ، وبينهما تناف ، لكن يتفقان على أن يأخذاها
منه ، ويجعله رهناً عنده أو عند غيره . ولو تعذر اجتماعهما يرفع
أحدهما إلى القاضي ليفعل كذلك . ولو فعل ذلك ثم قضى الراهن

(أجنبي عن الآخر والمودع يضمن بالدفع إلى الأجنبي) وإذا كان العدل رجلين والرهن
مما لا يقسم فوضعه عند أحدهما كان جائز ، ولا ضمان فيه ، لأنها أتيا بالحفظ المطلوب ،
وإن كان مما لا يقسم فاقسماه فوضعه عند أحدهما ضمن الذي وضع حصته عند صاحبه
في قول أبي حنيفة . وقالوا لا ضمان عليه ، وقد مر في كتاب الوديعة .

(وإذا ضمن العدل قيمة الرهن بعدما دفع إلى أحدهما) أى إلى الراهن أو المرتهن
(وقد استهلكه المدفوع إليه) وهو الراهن أو المرتهن (أو هلك في يديه) أى في يد
المدفوع إليه (لا يقدر) أى العدل (أن يجعل القيمة رهناً في يده) أى في يد نفسه
(لأنه) أى لأن العدل حينئذ (يصير قاضياً) أى ما وجب عليه بالضمان (ومقتضياً
له ، وبينهما تناف) لكون الواحد مسلماً ومسلماً إليه (لكن يتفقان) أى الراهن
والمرتهن (على أن يأخذاها) أى القيمة (منه) أى العدل (ويجعلها) أى القيمة
(رهناً عنده) أى للعدل (أو عند غيره) .

(وإذا تعذر اجتماعهما) أى اجتماع الراهن والمرتهن (يرفع) أى العدل هكذا قاله
الكاكي وغيره (أحدهما) إما الراهن أو المرتهن . قال الاترازي أحدهما برفع الدال ،
لأنه فاعل وظن بعضهم أن أحدهما منصوب ، يعني أن العدل برفع أحدهما وذلك ليس
بشيء ، لأن العدل هو ضامن القيمة فبعد أن يرفع الضامن لمطالبته نفسه الخصم إلى القاضي .
قلت هذا ليس بوجه أنه ليس بعيد من العدل ما نقاه عنه (إلى القاضي ليفعل كذلك)
يعني يأخذ القيمة الواجبة على العدل بالضمان منه ، ثم يصير رهناً عنده .

الدين وقد ضمن العدل القيمة بالدفع إلى الراهن فالقيمة سالمة له
لوصول المرهون إلى الراهن ، ووصول الدين إلى المرتن ولا يجتمع
البدل والمبدل في ملك واحد ، وإن كان ضمنها بالدفع إلى المرتن
فالراهن يأخذ القيمة منه ، لأن العين لو كانت قائمة في يده يأخذها
إذا أدى الدين فكذلك يأخذ ما قام مقامها ولا جمع فيه بين البدل
والمبدل . قال وإذا وكل الراهن المرتن أو العدل أو غيرها ببيع
الرهن عند حلول الدين فالوكالة جائزة ، لأنه توكيل ببيع ماله .
وإن شرطت في عقد الرهن فليس للراهن أن يعزل الوكيل وإن

(ولو فعل) أي القاضي (ذلك ثم قضى الراهن الدين وقد ضمن العدل القيمة بالدفع
إلى الراهن فالقيمة سالمة له) أي للعدل (لوصول المرهون إلى الراهن ، ووصول الدين إلى
المرتن ، فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد) لأنه إذا أخذ الراهن القيمة يلزم اجتماع
البدل والمبدل في ملك رجل واحد .

(وإن كان) العدل (ضمنها بالدفع إلى المرتن فالراهن يأخذ القيمة منه) أي من
العدل (لأن العين لو كانت قائمة) فيه بين البدل والمبدل ، لأن العين لو كانت قائمة (في يده
يأخذها إذا أدى الدين فكذلك يأخذ ما قام مقامها ولا جمع بين البدل والمبدل) يعني
لا يجمع هذا البدل والمبدل في ملك واحد ثم هلك يرجع العدل بذلك على المرتن . قال
في الذخيرة إن كان العدل رفع الرهن إلى المرتن العارية أو الوديعة وهلك في يده لا
يرجع وإن استهلكه المرتن يرجع عليه .

(قال) أي القدوري (وإذا وكل الراهن المرتن أو العدل أو غيرها) أي وكل غير
المرتن والعدل (ببيع الرهن عند حلول الدين ، فالوكالة جائزة) ولا خلاف فيه للأئمة
الثلاثة (لأنه توكيل ببيع ماله وإن شرطت) أي الوكالة (في عقد الرهن فليس للراهن
أن يعزل الوكيل وإن عزله لم ينعزل) وعند الشافعي رحمه الله ينعزل وبه قال أحمد

عزله لم ينعزل ، لأنها لما شرطت في ضمن عقد الرهن صار وصفاً من أوصافه وحقاً من حقوقه ، ألا ترى أنه لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم أصله ، لأنه تعلق به حق المرتهن ، وفي العزل اتواء حقه ، وصار كالوكيل بالخصومة بطلب المدعي . ولو وكله بالبيع مطلقاً حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة ثم نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نيه ، لأنه لازم بأصله . فكذا بوصفه لما ذكرنا ، وكذا إذا عزله المرتهن لا ينعزل ، لأنه لم يوكله وإنما وكله غيره . وإن مات الراهن لم ينعزل ، لأن الرهن لا يبطل بموته ، ولأنه لو بطل إنما يبطل لحق الورثة

وكذا لو مات الراهن انفسخت الوكالة عندهما (لأنها لما شرطت) الوكالة (في ضمن عقد الرهن صار) أي عقد الوكالة (وصفاً من أوصافه) أي من أوصاف الرهن (وحقاً من حقوقه) أي من حقوق الرهن فلزم كأصله ، لأن حكم التبعية لا يفارق حكم الأصل . (ألا ترى أنه) أي أن عقد الوكالة (لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم أصله) أي فيلزم عقد الوكالة بلزوم أصله عقد الرهن (ولأنه) أي ولأن عقد الوكالة (تعلق به حق المرتهن ، وفي العزل اتواء حقه) أي إعدام حق المرتهن (وصار كالوكيل بالخصومة) أي كوكيل المدعي عليه بالخصومة (بطلب المدعي) حيث لم يحز للوكيل عزله (ولو وكله بالبيع مطلقاً) أي ولو وكل الراهن العدل ببيع الرهن مطلقاً بغير قيد شيء (حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة ، ثم نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نيه) يعني لا ينعزل الوكيل (لأنه) أي لأن عقد الوكالة (لازم بأصله) وهو الرهن (فكذا بوصفه) وهو الإطلاق (لما ذكرنا) أنه صار حقاً من حقوقه .

(وكذا إذا عزله المرتهن لا ينعزل ، لأنه لم يوكله وإنما وكله غيره ، وإن مات الراهن لم ينعزل ، لأن الرهن لم يبطل بموته ، ولأنه) أي ولأن الوكالة (لو بطل إنما يبطل لحق

وحق المرتن مقدم . قال وللوكيل أن يبيعه بغير محضر من الورثة كما يبيعه في حال حياته بغير محضر منه ، وإن مات المرتن فالوكيل على وكالته ، لأن العقد لا يبطل بموتهما ، ولا يموت أحدهما فيبقى بحقوقه وأوصافه . إن مات الوكيل انتقضت الوكالة ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه ، لأن الوكالة لا يجري فيها الإرث ، ولأن الموكل رضي برأيه لا برأي غيره . وعن أبي يوسف أن وصي الوكيل يملك

الورثة (كما في سائر الوكالات ، ويبطل بموت الموكل حيث ينتقل الملك إلى الورثة ، ولا رضى لهم بالبيع . وأما ما هنا فلا اعتبار لحق الورثة (وحق المرتن مقدم) يقدم على حق الورثة .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (وللوكيل أن يبيعه بغير محضر من الورثة) أي للوكيل الذي هو عدل أن يبيع الرهن بالوكالة المشروطة في عقد الرهن بغير محضر من ورثة الراهن الذي مات (كما يبيعه في حال حياته بغير محضر منه) أي من الراهن (وإن مات المرتن فالوكيل على وكالته ، لأن العقد لا يبطل بموتهما) أي لأن عقد الرهن لا يبطل بموت الراهن والمرتن (ولا يموت أحدهما) أي ولا يبطل أيضاً بموت الراهن والمرتن (فيبقى) أي عقد الرهن (بحقوقه) وهي الحبس والإستيفاء والوكالة (وأوصافه) وهي اللزوم وجبر الوكيل على البيع إذا أبى والبيع بالنسيئة وصرف الدرهم وحق بيع ولد الرهن .

(وإن مات الوكيل انتقضت الوكالة ، ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه ، لأن الوكالة لا يجري فيها الإرث ، ولأن الموكل رضي برأيه) أي برأي الذي وكله (لا برأي غيره) وفي الذخيرة الوكيل بالبيع إذا أوصى رجلاً ببيعه لم يجز إلا أن يكون الراهن قال له في أصل الوكالة وكلتك ببيع الرهن واجزت لك ما صنعت فيه ، ويجوز لو صبه ببيعه ولا يجوز لو صبه أن يوصي إلى غيره .

(وعن أبي يوسف أن وصي الوكيل يملك بيعه) أي يبيع الرهن عند حلول الدين

بيعه ، لأن الوكالة لازمة فيملكه الوصي كالمضارب إذا مات بعدما صار رأس المال أعيانا يملك وصي المضارب بيعها لما أنه لازم بعدما صار أعيانا . قلنا التوكيل حق لازم ، لكن عليه والإرث يجري فيما له ، بخلاف المضاربة لأنها حق المضارب . وليس للمرتهن أن يبيعه إلا برضى الراهن ، لأنه ملكه وما رضى يبيعه ، وليس للراهن أن يبيعه إلا برضى المرتهن ، لأن المرتهن أحق بمالته من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع .

(لأن الوكالة لازمة فيملكه الوصي) لأن هذا حق واجب ، ولو أراد الراهن أن يحجر عليه لم يكن له ذلك ، فصار (كالمضارب إذا مات بعدما صار رأس المال أعيانا يملك وصي المضارب بيعها لما أنه) أى أن البيع (لازم بعدما صار) أى رأس المال (أعيانا) لأجل حق رب المال .

(قلنا التوكيل حق لازم ، لكن عليه) أن لا يجرى فيه الإرث (والإرث يجرى في) ماله لا فيما عليه (بخلاف المضاربة ، لأنها) أى لأن المضاربة (حق المضارب) وله ولاية التوكيل في حياته فجاز أن يقوم وصيه بها بعد موته كالأب في مال الصغير ، والتوكيل ليس له حق التوكيل في حياته فلا يقوم غيره مقامه بعد مماته .

(وليس للمرتهن أن يبيعه) أى الرهن (إلا برضى الراهن ، لأنه ملكه) لأن الرهن ملك الراهن (وما رضى يبيعه ولس للراهن أن يبيعه إلا برضى المرتهن ، لأن المرتهن أحق بالمالية من الراهن ، فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع) لأن حكم الرهن ملك العين في حق الحبس حتى يكون المرتهن أحق بامساكه إلى وقت إيفاء الدين . وفي شرح الطحاوي وليس للمرتهن أن يبيع الرهن بغير إذن الراهن ، وإن باعه بغير إذنه توقف على إجازة صاحبه ، فإن أجازته جاز ، ويكون الثمن رهنا وإن لم يحز . ولا يجوز البيع ، وله أن يبطله ويمعده رهنا ، وإن هلك في يد المشتري قبل الإجازة فلا يجوز ، والإجازة

قال فإن حل الأجل وأبى الوكيل الذي في يده الرهن أن يبيعه
والراهن غائب أجبر على بيعه لما ذكرنا من الوجهين في لزومه .
وكذلك الرجل يوكل غيره بالخصومة وغاب الموكل فأبى أن يخاصم
أجبر على الخصومة للوجه الثاني ، وهو أن فيه اتواء الحق ، بخلاف
الوكيل بالبيع ، لأن الموكل يبيع بنفسه فلا يتوى حقه ، أما المدعي
لا يقدر على الدعوى

بعده ، ولكن الراهن له أن يضمه أيها شاء ، فإن ضمن المرتهن جاز البيع والتمن له ،
ويكون ضمانه رهناً . وإن ضمن المشتري بطل البيع ، ويكون للضمان رهناً ثم يرجع
المشتري على البائع بالتمن .

وفي مختصر الكرخي وليس للمرتهن أن يبيع الرهن في دينه إذا لم يكن الراهن سلطه
على بيعه أو أذن له فيه وليس له أن يؤجره ولا أن يعيره ، فإن فعل شيئاً من ذلك فسخ
البيع ورد إلى يد المرتهن رهناً .

(قال) أى محمد في الجامع الصغير (فإن حل الأجل وأبى الوكيل الذي في يده
الرهن أن يبيعه ، والراهن غائب أجبر على بيعه) يعني يحبس أياماً حتى يبيعه ، فإن أبى
بعدما حبسه أياماً ذكر في الزيادات أن القاضي يبيعه عليه ، وهو على قولها ظاهر . أما
على قول أبي حنيفة فقد اختلف المشايخ فيه ، قال بعضهم لا يبيع قياساً على مال المديون .
وقال آخرون يبيعه ، لأن جهة البيع تعينت (لما ذكرنا من الوجهين) أحدهما أنه وصف
من أوصافه ، والآخرون فيه اتواء حقه (في لزومه) أى لزوم عقد الوكالة .

(وكذلك الرجل يوكل غيره بالخصومة ، وغاب الموكل فأبى أن يخاصم أجبر على
الخصومة للوجه الثاني) وبينه بقوله (هو أن فيه اتواء الحق) أى حق المدعي (بخلاف
الوكيل بالبيع) حيث لا يجبر بالبيع إذا امتنع (لأن الموكل يبيع بنفسه فلا يتوى حقه ،
أما المدعي لا يقدر على الدعوى) لأنه إنما خلى سبيل الخصم اعتماداً على أن الوكيل
يخاصمه ، فإذا امتنع الوكيل بالشيء المذكور يلحق الضرر بالمدعي كان فيه إبطال حقه

والمرتحن لا يملك بيعه بنفسه ، فلو لم يكن التوكيل مشروطاً
في عقد الرهن ، وإنما شرط بعده ، قيل لا يجبر اعتباراً بالوجه
الأول . وقيل يجبر رجوعاً إلى الوجه الثاني ، وهذا أصح ، وعن
أبي يوسف رحمه الله أن الجواب في الفصلين واحد ، ويؤيده إطلاق
الجواب في الجامع الصغير ، وفي الأصل وإذا باع العدل الرهن
فقد خرج من الرهن والثلث قائم مقامه ، فكان رهناً وإن لم يقبض
بعد لقيامه مقام ما كان مقبوضاً . وإذا توى كان مال المرتحن

(والمرتحن لا يملك بيعه بنفسه) فإذا امتنع الوكيل عن البيع يلحق الضرر المرتحن (فلو
لم يكن التوكيل مشروطاً في عقد الرهن ، وإنما شرط بعده قيل لا يجبر) أى الوكيل
بالبيع (اعتباراً بالوجه الاول) وهو أن المرتحن لا يتضرر بامتناعه .

(وقيل يجبر رجوعاً إلى الوجه الثاني) وهو أن فيه إئتواء حقه (وهذا أصح) أى
القول الثاني . وقال شيخ الإسلام وفخر الإسلام وقاضي خان ، وهذه الروية أصح ، لأن
المشروط بعد العقد يلحق بأصل العقد ، ويصير كالمشروط فيه .

(وعن أبي يوسف أن الجواب في الفصلين واحد) أى فيما كان مشروطاً في الرهن
وفما لا يكون أى يجبر فيها (ويؤيده) أى يؤيد قول الثاني (إطلاق الجواب فى
الجامع الصغير . وفى الأصل) أى المبسوط أن يؤيد القول الثاني حيث قال فيها ، وإذا
أبى الوكيل عن البيع يجبر من غير فصل أن يكون مشروط فى العقد اولاً . وقال
الشافعي وأحمد لا يجبر الوكيل على البيع ، وإن كان فى ضمن الرهن لما ذكرنا ان عقدهما
غير لازم (وإذا باع العدل الرهن فقد خرج عن الرهن والثلث قائم مقامه ، فكان
رهناً ، وإن لم يقبض) أى الثلث (بعد لقيامه مقام ما كان مقبوضاً ، وإذا توى) أى إذا
هلك (كان من مال المرتحن) أى كان الثلث التاوى مال المرتحن ، وقوله مال المرتحن
منسوب على انه خبر كان على ما قدرناه ، وبقولنا قال مالك « رح » . وقال الشافعي

لبقاء عقد الرهن في الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون ، وكذلك إذا قتل العبد الرهن وغرم القاتل قيمته ، لأن المالك يستحقه من حيث المالية . وإن كان بدل الدم فأخذ حكم ضمان المال في حق المستحق ، فبقي عقد الرهن . وكذلك لو قتله عبداً فدفع به ، لأنه قائم مقام الأول لحماً ودماً . قال وإن باع العدل الرهن فأوفى المرتهن الثمن ثم استحق الرهن فضمنه العدل كان بالخيار إن شاء ضمن الراهن قيمته ، وإن شاء ضمن المرتهن الثمن الذي أعطاه ، وليس له أن يضمه غيره ، وكشف هذا أن المرهون المبيع إذا

واحد « رح » من ضمان الراهن والعدل أمين بالاتفاق فلا ضمان عليه . وقال مالك لا ضمان على العدل ، ولكن المشتري يرجع إلى المرتهن ويعود دينه في ذمة الراهن كما كان لبقاء عقد الرهن في الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون) .

(وكذلك إذا قتل العبد المرهون وغرم القاتل قيمته ، لأن المالك يستحقه من حيث المالية ، وإن كان بدل الدم) كلمة إن واصله بما قبله ، يعني أن قيمة العبد المقتول يكون رهناً مقامه ، وإن كان ضمان القيمة مقابلاً بالدم ، ولهذا لا يزداد على دية الحر (فأخذ حكم ضمان المال في حق المستحق) وهو المالك (فبقي عقد الرهن) أي قامت القيمة رهناً مقام العبد المقتول .

(وكذلك لو قتله عبداً) أي لو قتل العبد المرهون عبداً مثله (فدفع به ، لأنه) أي لأن العبد القاتل (قائم مقام الأول لحماً ودماً) أي من حيث اللحم والدم ، فتعلق به من الحكم ما تعلق به .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (وإذا باع العدل الرهن فأوفى المرتهن الثمن ثم تحقق الرهن فضمنه العدل كان بالخيار إن شاء ضمن الراهن قيمته ، وإن شاء ضمن المرتهن الثمن الذي أعطاه ، وليس له أن يضم غيره) أي ليس للعدل أن يضم المرتهن

استحق ، أما أن يكون هالكاً أو قائماً ، ففي الوجه الأول المستحق بالخيار إن شاء ضمن الراهن قيمته ، لأنه غاصب في حقه . وإن شاء ضمن العدل ، لأنه متعد في حقه بالبيع والتسليم ، فإن ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضاء ، لأنه ملكه بأداء الضمان فتبين أنه أمره ببيع ملك نفسه . وإن ضمن البائع ينفذ البيع أيضاً ، لأنه ملكه بأداء الضمان ، فتبين أنه باع ملك نفسه ، وإذا ضمن فالعدل بالخيار إن شاء رجع على الراهن بالقيمة ، لأنه وكيل من جهته عامل له ، فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ونفذ البيع وصح الاقتضاء فلا يرجع المرتهن عليه بشيء من دينه ، وإن شاء رجع على المرتهن بالثمن ، لأنه تبين أنه أخذ الثمن بغير حق لأنه ملك العبد بأداء الضمان ونفذ بيعه عليه ، فصار الثمن له ، وإنما أداه إليه على حساب أنه

غير الثمن الذي أعطاه (وكشف هذا) أي إيضاح هذا الحكم (أن المرهون المبيع إذا استحق أما أن يكون هالكاً وقائماً ففي الوجه الأول) أي فيما إذا كان المرهون المبيع هالكاً (المستحق بالخيار إن شاء ضمن الراهن قيمته ، لأنه غاصب في حقه) أي في حق المستحق (وإن شاء ضمن العدل ، لأنه متعد في حقه بالبيع والتسليم ، فإن ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضاء) أي صح قبض المرتهن الثمن مقابلة دينه (لأنه ملكه بأداء الضمان فتبين أنه أمر ببيع ملك نفسه ، وإن ضمن البائع ينفذ البيع أيضاً ، لأنه ملكه بأداء الضمان ، فتبين بأنه باع ملك نفسه ، وإذا ضمن العدل فالعدل بالخيار إن شاء رجع على الراهن بالقيمة ، لأنه وكيل من جهته عامل له ، فيرجع عليه بما لحقه من العهدة وتقد البيع وصح الاقتضاء ، ولا يرجع المرتهن عليه) أي على الراهن (بشيء من دينه ، وإن شاء رجع على المرتهن بالثمن ، لأنه تبين أنه أخذ الثمن بغير حق ، لأنه) أي لأن العدل (ملك العبد بأداء الضمان ونفذ بيعه عليه ، فصار الثمن له) أي للعدل .

ملك الراهن ، فإذا تبين أنه ملكه لم يكن راضياً به فله أن يرجع به عليه . وإذا رجع بطل الإقتضاء فيرجع المرتهن على الراهن بدينه . وفي الوجه الثاني وهو أن يكون قائماً في يد المشتري فللمستحق أن يأخذه من يده ، لأنه وجد عين ماله ، ثم للمشتري أن يرجع على العدل بالثمن ، لأنه العاقد فتعلق به حقوق العقد ، وهذا من حقوقه حيث وجب بالبيع ، وإنما أداه ليسلم له المبيع ولم يسلم ، ثم العدل بالخيار إن شاء رجع على الراهن بالقيمة ، لأنه هو الذي أدخله في هذه العهدة فيجب عليه تخليصه . وإذا رجع عليه صح قبض المرتهن ، لأن المقبوض سلم له ، وإن شاء رجع

(وإنما أداه إليه) أي وإنما أدى المشتري الثمن إلى العدل (على حساب أنه ملك الراهن ، فإذا تبين أنه ملكه) أي ملك العدل (لم يكن راضياً به) أي لم يكن العدل راضياً بأداء الثمن إلى المرتهن (فله أن يرجع به عليه) أي فللمعدل أن يرجع بالثمن الذي أداه إلى المرتهن على المرتهن (فإذا رجع بطل الإقتضاء) أي بطل قبض المرتهن (فيرجع المرتهن على الراهن بدينه) .

(وفي الوجه الثاني وهو أن يكون قائماً في يد المشتري فللمستحق أن يأخذه من يده ، لأنه وجد عين ماله ، ثم للمشتري أن يرجع على العدل بالثمن ، لأنه العاقد فتعلق به) أي بالعاقد (حقوق العقد ، وهذا) أي الرجوع بالثمن (من حقوقه) أي من حقوق البيع ، لأن ولاية الرجوع إليه (حيث وجب بالبيع ، وإنما أداه ليسلم له المبيع) أي إنما أدى المشتري الثمن إلى العدل .

(ولم يسلم) أي للمشتري المبيع والحال أنه لم يسلم (ثم العدل بالخيار إن شاء رجع على الراهن بالقيمة) وفي بعض النسخ بالثمن (لأنه هو الذي أدخله في العهدة فيجب عليه تخليصه . وإذا رجع عليه صح قبض المرتهن ، لأن المقبوض سلم له) أي لأن الثمن المقبوض من العدل سلم للمرتهن .

على المرتن ، لأنه إذا انتقض العقد بطل الثمن وقد قبضه ثمناً ، فيجب نقض قبضه ضرورة . وإذا رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه في الدين كما كان ، فيرجع به على الراهن . ولو أن المشتري سلم الثمن إلى المرتن لم يرجع على العدل ، لأنه في البيع عامل للراهن ، وإنما يرجع عليه إذا قبض ولم يقبض فبقي الضمان على الموكل . ولو كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط في العقد فما لحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن قبض الثمن المرتن أم لا ، لأنه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتن ، فلا رجوع كما في الوكالة المفردة عن الرهن إذا باع الوكيل ودفع الثمن إلى من أمره الموكل ثم لحقه عهدة لا يرجع به على المقتضى . بخلاف الوكالة المشروطة

(وإن شاء) أي العدل (رجع على المرتن) بالثمن الذي أداه إليه (لأنه إذا انتقض للعقد بطل الثمن وقد قبضه ثمناً فيجب نقض قبضه ضرورة ، وإذا رجع عليه) أي على المرتن (وانتقض قبضه عاد حقه في الدين كما كان ، فيرجع به) أي فيرجع بحقه الذي هو دينه (على الراهن . ولو أن المشتري سلم الثمن إلى المرتن لم يرجع على العدل ، لأنه) أي لان العدل (في البيع عامل للراهن ، وإنما يرجع عليه) أي وإنما يرجع المرتن على العدل (إذا قبض ولم يقبض ، فبقي الضمان على الموكل) المراد بالموكل المرتن ، وسماه موكلاً كان البيع وقع لاجله ، وبالضمان للثمن ، أو المراد بالموكل الراهن وبالضمان الدين قاله الكاكي « رح » .

(ولو كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط في العقد ، فما لحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن قبض الثمن المرتن أم لا ، لأنه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتن فلا رجوع) أي على المرتن (كما في الوكالة المفردة من الرهن إذا باع الوكيل ودفع الثمن إلى من أمره الموكل ثم لحقه عهدة لا يرجع به على المقتضى) أي على القابض .

في العقد ، لأنه تعلق به حق المرتن ، فيكون البيع لحقه قال رضي الله عنه هكذا ذكر الكرخي ، وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع . قال وإن مات العبد المرهون في يد المرتن ثم استحقه رجل فله الخيار إن شاء ضمن الراهن ، وإن شاء ضمن المرتن ، لأن كل واحد منهما متعدي في حقه بالتسليم أو بالقبض . فإن ضمن الراهن فقد مات بالدين ، لأنه ملكه بأداء الضمان فصح الإيفاء . وإن ضمن المرتن يرجع على الراهن بما ضمن من القيمة

(بخلاف الوكالة المشروطة في العقد ، لأنه تعلق به حق المرتن ، فيكون البيع لحقه) فإذا وقع البيع لحقه لو سلم له وجاز أن يلزمه الضمان . (قال) أي المصنف «رح» (هكذا ذكره الكرخي) أراد به ما ذكره في مختصره (وهذا) أي الذي ذكره الكرخي (يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع) أي قول من لا يرى من المشايخ أن الوكيل إذا كانت وكالته غير مشروطة في عقد الرهن لا يجبر على البيع إذا أبى ذلك .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (وإن مات العبد المرهون في يد المرتن ثم استحقه رجل فله الخيار إن شاء ضمن الراهن ، وإن شاء ضمن المرتن ، لأن كل واحد منهما) أي من الراهن والمرتن (متعدي في حقه) أي في حق المستحق (بالتسليم أو بالقبض) يعني الراهن بالتسليم والمرتن بالقبض ، فكان كالفاسب وغاصب الفاسب ، فالراهن كالفاسب ، والمرتن كفاسب الفاسب فله أن يضمّن أيهما شاء .

(وإن ضمن الراهن فقد مات بالدين) أي سقط بالدين ، يعني سقط الدين أيضا (لأنه) أي لأن الراهن (ملكه بأداء الضمان) من وقت القبض ، فتبين أنه رهن ملك نفسه (فصح الإيفاء ، وإن ضمن المرتن) القيمة (يرجع على الراهن بما ضمن من القيمة

وبدينه ، أما القيمة فلأنه مغرور من جهة الراهن . وأما
بالدين فلأنه انتقض اقتضاؤه ، فيعود حقه كما كان . فإت قيل
لما كان قرار الضمان على الراهن برجوع المرتن عليه ، والمملك
في المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان ، فتبين أنه رهن ملك
نفسه ، فصار كما إذا ضمن المستحق الراهن ابتداء ، قلنا هذا طعن
أبي خازم القاضي .

وبدينه (أي ورجع بدينه أيضاً) أما بالقيمة (أي اما الرجوع بالقيمة) (فلانه) أي
فلان المرتن (مغرور من جهة الراهن) حيث رهن ملك غيره ، وصار كأنه هو الذي
أوجب عليه الضمان .

(وأما بالدين) أي وأما الرجوع بالدين (فلانه انتقض اقتضاؤه) أي قبضه لأن
الرهن لم يكن ملك الراهن حتى يكون بهلاكه مستوفياً ، فإذا كان كذلك (فيموره حقه
كما كان) لأن الدين إنما يسقط بهلاكه الرهن إذا رهن ملك نفسه ولم يوجد ذلك .

(فإن قيل لما كان قرار الضمان على الراهن برجوع المرتن عليه والمملك في المضمون
يثبت لمن كان عليه قرار الضمان ، فتبين أنه رهن ملك نفسه ، فصار كما إذا ضمن المستحق
الراهن ابتداء) فلا ينتقض اقتضاء المرتن (قلنا هذا) يعني هذا السؤال (طعن أبي
خازم القاضي) على محمد بن الحسن ، بيان طعنه أنه قال لما كان قرار الضمان على الراهن
كان المملك في المضمون له ، فتبين أنه كان رهن ملك نفسه فكان هذا . وأما إذا ضمن
المستحق الراهن من الابتداء على السواء . فأبو خازم بالحاء المعجمة وبالألف اسم
عبد الحميد بن عبد العزيز القاضي الحنفي ، أصله من البصرة وسكن بغداد ، وكان ولي
القضاء بالشام والكوفة والكرخ من مدينة السلام ، ثم استقضاء الخليفة المقتصد بالله على الشرقية
سنة ثلاث وثمانين ومائتين ، وقوفى في جمادى الأولى سنة اثنين وتسعين ومائتين ، وكان
أخذ العلم عن هلال بن يحيى وهو هلال الراوي البصري ، وهلال أخذ عن أبي يوسف

والجواب عنه أنه يرجع عليه بسبب الغرور والغرور بالتسليم
كما ذكرنا ، أو بالإنتقال من المرتهن إليه كأنه وكيل عنه ،
والملك بكل ذلك متأخر عن عقد الرهن . بخلاف الوجه الأول ،
لأن المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن ، فيستند
الملك إليه ، فتبين أنه رهن ملك نفسه ، وقد طولنا الكلام في
كفاية المنتهى .

وزفر وعبد «رح» ، وكان أبو خازم استاذ أبي طاهر الدباس وقرائه ، وكان ديناً ورعاً
ثقة عالماً بمنهج أهل العراق ، قدوة في العلم .

(والجواب انه يرجع عليه) أى المرتهن رجع على الراهن (بسبب الغرور والغرور
بالتسليم كما ذكرناه) يعني بقوله لأن كل واحد منها متعمد في حقه بالتسليم (أو بالانتقال)
عطف على قوله بسبب الغرور (من المرتهن إليه) أى إلى الراهن (كأنه وكيل منه) أى
كان المرتهن وكيل عن الراهن من حيث انتقال الملك منه إليه كإنتقال الملك من الوكيل
إلى الموكل (والملك بكل ذلك) أى بكل واحد من التسليم والانتقال (متأخر عن عقد
الرهن) أما بالتسليم فظاهر ، لأن التسليم كان بعد العقد ، فتبين أنه رهن غير ملكه .
وأما الانتقال فلأن المرتهن غاصب في حق المستحق ، فإذا ضمن الملك المضمون ، ولكن لما
كان قرار الضمان على الراهن انتقل إليه فيملكه من جهة المرتهن والمرتهن ملكه من حين
القبض ، لأنه صار غاصباً منه ، فيملك الرهن بعد ذلك من جهة ، فيكون ملك الراهن
متأخراً عن عقد الرهن ، فكانه رهن غير ملك .

(بخلاف الوجه الأول) وهو ما اذا ضمن المستحق الراهن ابتداء (لأن المستحق
يضمنه) أى الراهن (باعتبار القبض السابق على الرهن ، فيستند الملك إليه ، فتبين أنه
رهن ملك نفسه) لأنه لما ثبت الملك للراهن سابقاً على عقد الرهن مستنداً إلى زمان القبض
فتبين انه رهن ملك نفسه (وقد طولنا الكلام) أى في هذا المقام (في كفاية المنتهى ،

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنایته على غيره

قال وإذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن فالبيع موقوف ،

والله اعلم بالصواب (قال صاحب النهاية يحتمل أن يكون في الذي طول الكلام فيه ما لو كان الرهن عبداً فأبقى وضمن المستحق الرهن قيمته ورجع المرتهن على الراهن يتلك القيمة بحكم الثرور وبالدین ، لأنه قد استحق وبطل الرهن ، وقال الأكل قيل مراده مسألة المضاربة والفرق بينها وبين مسألة الرهن .

قلت المضاربة ليست بعقد لازم ، فيكون لدوامها ، ويصير كالتجدد في كل ساعة ، والرهن عقد لازم ، فلا يتمكن لدوامه حكم الإبتداء ، فمتى وقع باطلا لا ينفذ بعد ذلك كسائر العقود اللازمة .

(باب في التصرف في الرهن والجناية عليه وجنایته على غيره)

أي هذا باب في بيان أحكام التصرف في الرهن وفي حكم الجناية على الرهن وحكم جناية الرهن على غيره . ولما كانت هذه الأشياء بعد كون الرهن كانت متأخرة طبعاً ، فأخرها وضعاً ، لأن كل ترتيب يجب طبعاً يجب وضعاً للنسابة .

(قال) أي القدوري (وإذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن فالبيع موقوف) سواء لم يعلم المرتهن بالبيع أو علم ولم يأذن . وفي المبسوط لم يحز البيع . وقال في موضع آخر البيع فاسد . وقال في موضع جائر ، والصحيح إنه موصوف ، وتأويل قوله انه فاسد أي يفسده القاضي إذا خوصم فيه اليه ، وتأويل قوله إنه جاز ، أي إذا أجازة المرتهن وسلمه اليه ، وإذا فسغه المرتهن ففيه روايتان كما ذكر في الكتاب وعند الأئمة الثلاثة البيع باطل ، وكذا قال محمد في الجامع الصغير البيع باطل ، إلا أن يحيزه المرتهن وقال أبو المعين النسفي في شرح الجامع انه سيطل إذا لم يحيزه المرتهن ، لأنه وقع باطلا لا يتصور بقاؤه بالإجازة .

قال وروى عن أبي يوسف في الأمالي أن البيع نافذ حتى أن المشتري لو أعتقه قبل

لتعلق حق الغير به وهو المرتهن ، فيتوقف على إجازته . وإن كان
الراهن يتصرف في ملكه ، كمن أوصى بجميع ماله تقف على إجازة
الورثة ، فيما إذا زاد على الثلث لتعلق حقهم به ، فإن أجاز المرتهن
جاز ، لأن التوقف لحقه وقد رضي بسقوطه . وإن قضاه الراهن
دينه جاز أيضاً ، لأنه زال المانع من النفوذ والمقتضى موجود وهو
التصرف الصادر من الأهل في المحل . وإذا نفذ البيع بإجازة
المرتهن ينتقل حقه إلى بدله هو الصحيح ، لأن حقه تعلق بالمالية

المقد نفذ حقه ، وإذا لم يعتقه المشتري بقي رهناً عند المرتهن فيستوفى المرتهن دينه . وفي
فتاوى الولوالجي بيع المهرن ، يعني انه غير نافذ في حق المرتهن ، وليس للراهن حق
الفسخ بمنزلة بيع المستاجر ، وذكر في بعض المواضع أن بيعها سواء أنه يصح لكن ينفذ
وبه يفتى . وذكر في جامع عصام وفرق بينهما وقال بيع المستاجر باطل ، وبيع المهرن
موقوف (لتعلق حق الغير به) أى بالرهن (وهو المرتهن ، فيتوقف على إجازته . وإن
كان الراهن يتصرف في ملكه) كلمة إن واصله بما قبلها (كمن أوصى بجميع ماله تقف على
إجازة الورثة فيما زاد على الثلث لتعلق حقهم به) أي بما زاد على الثلث .

(فإن أجاز المرتهن) البيع (جاز لأن التوقف لحقه) أى لحق المرتهن (وقد رضي
بسقوطه) أى بسقوط حقه (وإن قضاه الراهن دينه جاز أيضاً ، لأنه زال المانع)
بإسقاط حقه (من النفوذ) أي نفوذ البيع (والمقتضى) أى للجواز (موجود وهو)
أي المقتضى (التصرف الصادر من الأهل) وهو كونه عاقلاً بالغاً (في المحل) وهو
كونه ملكاً له .

(وإذا نفذ البيع بإجازة المرتهن ينتقل حقه) أي حق المرتهن (إلى بدله) وهو الثمن
يكون رهناً ، فكان المبيع المهرن (هو الصحيح) احتراز به عن رواية القاضي أبي خازم
عن أبي يوسف انه قال إنما يصير الثمن رهناً إذا شرط المرتهن عند الإجازة أن يكون الثمن
رهناً عنده لا عند عدم الشرط ، وبه قالت الأئمة الثلاثة (لأن حقه) أي حق المرتهن

والبديل له حكم المبدل ، فصار كالعبد المدينون المأذون إذا يبع
برضى الغرماء ينتقل حقهم إلى البديل ، لأنهم رضوا بالانتقال دون
السقوط رأساً ، فكذا هذا . وإن لم يجز المرتهن البيع وفسخه
انفسخ في رواية ، حتى لو افتك الراهن الرهن لاسيبل للمشتري عليه ،
لأن الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك ، فصار كالمالك له أن يبيع وله
أن يفسخ . وفي أصح الروايتين لا يفسخ بفسخه ، لأنه لو ثبت
حق الفسخ له إنما يثبت ضرورة صيانة حقه وحقه في الحبس لا يبطل
بانقضاء هذا العقد ، فبقي موقوفاً ، فإن شاء المشتري صبر حتى يفتك
الراهن الرهن إذ العجز على شرف الزوال وإن شاء رفع الأمر
إلى القاضي ، وللقاضي أن يفسخ

(تعلق بالمالية والبديل له حكم المبدل) البديل هو الثمن ، والمبدل هو العين المرهون (فصار)
حكم المذكور (كالعبد المدينون إذا يبع برضى الغرماء ، فينتقل حقهم إلى البديل ، لأنهم
رضوا بالانتقال دون السقوط رأساً) يعني بالكلية (فكذا هذا) يعني رضي بنفاذ البيع
لا يسقط حقه في الرهن .

(وإن لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ في رواية حتى لو افتك الراهن الرهن
لا سبيل للمشتري عليه ، لأن الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك ، فصار كالمالك له أن يبيع
وله أن يفسخ . وفي أصح الروايتين لا يفسخ بفسخه ، لأنه لو ثبت حق الفسخ له) أي
للمرتهن (إنما يثبت ضرورة صيانة حقه وحقه في الحبس لا يبطل بانقضاء هذا العقد فبقي
موقوفاً) وفي المبسوط لا حق للمرتهن ، وبهذا العقد ولا ضرر له في انقضاء فليس له
ولاية الفسخ .

(فإن شاء المشتري صبر حتى يفتك الراهن الرهن إذ العجز على شرف الزوال) أي
لأن العجز عن تسليم المبيع على شرف الزوال (وإن شاء رفع الأمر إلى القاضي ، وللقاضي أن

لفوات القدرة على التسليم وولاية الفسخ إلى القاضي لا إليه ،
وصار كما إذا أبق العبد المشتري قبل القبض ، فإنه يتخير المشتري
كما ذكرنا كذلك هذا . ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه بيعاً
ثانياً من غيره قبل أن يبيّزه المرتن فالثاني موقوف أيضاً على
إجازته ، لأن الأول لم ينفذ ، والموقوف لا يمنع توقف الثاني
فلو أجاز المرتن البيع الثاني جاز الثاني . ولو باع الراهن ثم أجر
أو وهب أو رهن من غيره وأجاز المرتن هذه العقود جاز البيع

يفسخ (أي البيع) لفوات القدرة على التسليم وولاية الفسخ إلى القاضي لا إليه) أي إلى
المرتن ، لأن هذا الفسخ لقطع المنازعة ، وهو إلى القاضي (وصار) هذا (كما إذا أبق
العبد المشتري قبل القبض فإنه يتخير المشتري) إما أن يصير إلى زوال العجز ، وإما أن
يرفع الأمر إلى القاضي فيفسخ البيع (لما ذكرنا) من قوله لفوات القدرة على التسليم
(كذلك هذا) أي حكم الرهن المذكور .

(ولو باعه الراهن) أي ولو باع الرهن الراهن (من رجل ثم باعه بيعاً ثانياً من غيره
قبل أن يبيّزه المرتن فالثاني) أي البيع الثاني (موقوف أيضاً على إجازته ، لأن
الأول) أي البيع الأول (لم ينفذ ، والموقوف لا يمنع توقف الثاني ، فلو أجاز المرتن
البيع الثاني جاز الثاني) وقال الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير ، وهذه
الرواية إنما تستقيم على رواية الجامع عن أبي يوسف «رح» ان البيع لا ينفذ بدون إجازة
المرتن كما هو مذهب أبي حنيفة ومحمد «رح» على رواية أصحاب الأمالي عن أبي يوسف
أن البيع يتم بدون إجازة المرتن فلا يتوقف البيع الثاني على المشتري الأول ، لأن
ملكه بالعقد الأول لا على المرتن .

(ولو باع الراهن ثم أجر أو رهن أو وهب من غيره وأجاز المرتن هذه العقود)
وهي الإجازة والرهن والهبة (جاز البيع الأول) قال تاج الشريعة ساء أولاً إن لم يكن

الأول . والفرق أن المرتهن فو حظ من البيع الثاني ، لأنه يتعلق
حقه ببذله فيصح تعيينه لتعلق فائده به ، أما لا حق له في هذه
العقود ، لأنه لا بذل في الهبة والرهن والذي في الإجارة بذل المنفعة
لا بذل العين ، وحقه في مالية العين لا في المنفعة ، فكانت إجارته
إسقاطاً لحقه ، فزال المانع فنفذ البيع الأول فوضح الفرق . قال
ولو أعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه . وفي بعض أقوال الشافعي
لا ينفذ عتقه إذا كان المعتق معسراً ، لأن في تنفيذه إبطال حق المرتهن ،

بيماً بالنسبة إلى هذه العقود ، لأنها لا تتأخر عن البيع ، ويجوز أن يكون باعه من واحد
ثم من آخر ثم باشر هذه العقود وأجاز المرتهن هذه صح البيع الأول دون الثاني
لرجحانه بالسبق .

(والفرق) أي بين البيع الثاني وبين العقود المذكورة فإنه بإجازتها يصح العقد الأول
وهو البيع ، ولم يصح هي وإجازة البيع الثاني لا يصح البيع الأول ، وإن كان سابقاً
ويصح هو أي الفرق (أن المرتهن ذو حظ من البيع الثاني) في المسألة الأولى (لأنه يتعلق
حقه ببذله ، فيصح تعيينه لتعلق فائده به) وهو زيادة الثمن في البيع الثاني ، ولعله
يحصله تلك الزيادة له في البيع الثاني دون الأول ، فيجعل لتعيينه فائدة .

(أما لا حق له) أي للمرتهن (في هذه العقود) التي ذكرناها (لأنه لا بذل في الهبة
والرهن والذي في الإجارة بذل المنفعة لا بذل العين وحقه في مالية العين لا في المنفعة ، فكانت
إجارته إسقاطاً لحقه ، فزال المانع) من الثاني (فنفذ البيع الأول فوضح الفرق) بالوجه
الذي ذكره .

(قال) أي القدوري (فلو أعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه) وبه قال أحمد
والشافعي في قول الشريك والحسن بن صالح (وفي بعض أقوال الشافعي لا ينفذ عتقه إذا
كان المعتق معسراً) والحاصل أن للشافعي أقوالاً ، ولم يذكر المصنف له إلا قولين ، فنقول

فأشبه البيع بخلاف ما إذا كان موسراً حيث ينفذ على بعض أقواله ،
لأنه لا يبطل حقه معنى بالتضمن . وبخلاف إعتاق المستأجر ،
لأن الإجارة تبقى مدتها إذا حرى قبلها ، أما لا يقبل الرهن فلا يبقى ،
ولنا أنه مخاطب أعتق ملك نفسه فلا يلغو تصرفه بعلم إذن المرتهن ،
كما إذا أعتق العبد المشتري قبل القبض ، أو أعتق الآبق أو
المغصوب وإخفاء في قيام ملك الرقبة لقيام المقتضى . وعارض

قال الشافعي في الأصح إن كان الرهن معسراً لا ينفذ ، وبه قال أحمد ، وإن كان موسراً
فينفذ . وقال الشافعي في قول لا ينفذ عتقه موسراً كان أو معسراً ، وبه قال أبو ثور
وعطاء والبي (لأن في تنفيذه) أى في مسألة العتق في الإعسار (إبطال حق المرتهن
فأشبه البيع) بل أولى ، لأنه أسرع نفوذاً من العتق ، حيث جاز من المكاتب
دون العتق .

(بخلاف ما إذا كان موسراً حيث ينفذ على بعض أقواله ، لأنه لا يبطل حقه) أى
حق المرتهن (معنى بالتضمن) يعني أى بتضمن الرهن قيمته .
(وبخلاف إعتاق المستأجر) أى العبد المستأجر حيث يجوز (لأن الإجارة تبقى
مدتها) بالنصب ، أى تبقى الإجارة في مدة الإجارة (إذا حرى قبلها) أى لأن الحر يقبل
الإجارة ، فلا مانع أن يكون العبد المستأجر بعد أن يكون حراً إن بقى في مدة الإجارة
إلى أن تنتهى المدة (أما لا يقبل الرهن فلا يبقى) أراد بما لا يقبل الرهن الحر فإنه لا يجوز
رهنه قوله فلا يبقى إلى الرهن بالاتفاق .

(ولنا أنه) أى الرهن (مخاطب أعتق ملك نفسه فلا يلغو تصرفه بعدم إذن المرتهن
كما إذا أعتق عبد المشتري قبل القبض أو أعتق الآبق) أى العبد الآبق (أو المغصوب ولا
إخفاء في قيام ملك الرقبة لقيام المقتضى) وهو التصرف الصادر عن أهله وهو الحر الماقل
البالغ المالك في عمله وهو الرقيق المملوك (وعارض الرهن لا ينسب عن زواله) تقريره أن
موجب عقد الرهن إما ثبوت يد الاستيفاء كما قلنا ، أو حق البيع كما هو مذهب

الرهن لا يبنىء عن زواله . ثم إذا زال ملكه في الرقبة بإعتاقه
يرول ملك المرتهن في اليد بناء عليه ، كإعتاق العبد المشترك ،
بل أولى ، لأن ملك الرقبة أقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الأعلى .
لا يمنع الأدنى بالطريق الأولى ، وامتناع النفاذ في البيع والهبة
لانعدام القدرة على التسليم وإعتاق الوارث العبد الموصى برقبته
لا يلغو ، بل يؤخر إلى أداء السعاية عند أبي حنيفة ، وإذا نفذ

الشافعي وشيء من ذلك لا يزيل ملك العين ، فتبقى العين على ملك الراهن كما كان ، وإذا
كان باقياً على ملكه وقد أزاله بالإعتاق صح .

(ثم إذا زال ملكه في الرقبة بإعتاقه يزول ملك المرتهن في اليد بناء عليه كإعتاق
العبد المشترك) إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه ، فإن نفوذ عتقه في نصيبه أوجب نصيب
الشريك حكماً ولم تمنع عليه صحة التصرف (بل أولى ، لأن ملك الرقبة أقوى من ملك
اليد) الذي للمرتهن (فلما لم يمنع الأعلى) وهو حقه للملك للشريك عند صحة العتق
(لا يمنع الأدنى) وهو يد المرتهن (بالطريق الأولى) ولا خفاء فيه (وامتناع النفاذ)
هذا جواب عما يقال وليس المانع منحصر فيما يزيل الملك ، بل مجرد تعلق الحق مانع ،
ولهذا منع النفاذ (في البيع والهبة) وتقرير الجواب أن امتناع النفاذ في حق المرتهن إنما
صلح (لانعدام القدرة على التسليم) المشروط لصحة العقدين ولا قدرة للراهن عليه ،
بخلاف العتق ، لأنه شرع لإسقاط الملك والإسقاطات لا تقتقر إلى التسليم .

(وإعتاق الوارث) هذا جواب عما تمسك به الشافعي في بعض المواضع وادعى أن
إعتاقه لغو صورته مريض أوصى برقبة عبده لشخص ولا مال له غيره ، ثم مات فأعتق
الوارث العبد ، قال الشافعي لم يتفقد لحق الموصى له ، فكذا يجب أن يكون في الرهن ،
فأجاب بقوله وإعتاق (العبد الموصى برقبته لا يلغو ، بل يؤخر إلى أداء السعاية عند
أبي حنيفة) وأما عندها فلا إشكال ، لأنه يمتق في الحال .

(وإذا نفذ الإعتاق) هذا راجع إلى أول الكلام ، يعني فإذا ثبت تحقق المقتضى

الإعتاق بطل الرهن لفوات محله ، ثم بعد ذلك إن كان الراهن موسراً والدين حالاً طوب بأداء الدين ، لأنه لو طوب بأداء القيمة تقع المقاصة بقدر الدين فلا فائدة فيه . وإن كان الدين مؤجلاً أخذت منه قيمة العبد ، وجعلت رهنأ مكانه حتى يحل الدين ، لأن سبب الضمان متحقق ، وفي التضمين فائدة ، فإذا حل الدين اقتضاء بحقه إذا كان من جنس حقه ورد الفضل . وإن كان معسراً سعى العبد في قيمته وقضى به الدين ، إلا إذا كان بخلاف جنس حقه ، لأنه

وانتفاء المانع نفذ الإعتاق ، أى إعتاق الرهن (بطل الرهن لفوات محله) وهو كون العبد مملوكاً (ثم بعد ذلك) أى بعد نفاذ الإعتاق (إن كان الراهن موسراً والدين حالاً طوب) أى الراهن (بأداء الدين ، لأنه لو طوب بأداء القيمة تقع المقاصة بقدر الدين ، فلا فائدة فيه) لأنه يجب عليه رد الزيادة إذا كانت القيمة أكثر من الدين .

(وإن كان الدين مؤجلاً أخذت منه) أى من الرهن (قيمة العبد وجعلت رهنأ مكانه) أى مكان العبد (حتى يحل الدين) بكسر الحاء وضمها جميعاً (لأن سبب الضمان وهو العتق (متحقق وفي التضمين فائدة) وهو أن يكون الكل رهنأ (فإذا حل الدين اقتضاء بحقه) يعنى يستوفى دينه بقدر حقه (إذا كان) أى القيمة (من جنس حقه ورد الفضل) أى على الدين على الراهن .

(وإن كان معسراً سعى العبد في قيمته وقضى بها الدين) وفي شرح الطحاوي وإن كان الراهن معسراً فللمرتهن أن يستسمى في الأقل من ثلاثة أشياء سواء كان دينه حالاً أو إلى أجل وينظر الى قيمته وقت العتاق وإلى الدين رهن به فيه يسمى العبد في الأقل من هذه الأشياء الثلاثة ، ثم يرجع على الراهن إذا أيسر ، لأنه قضى دينه مضطراً كالوارث إذا قضى ديناً للبيت لا يكون متبرعاً ، ويرجع في التركة كذلك وهاهنا ، ويرجع المرتهن أيضاً ببقية دينه إن بقي له شيء من دينه .

لما تعذر الوصول إلى عين حقه من جهة المعتقد يرجع إلى من ينتفع بعقته ، وهو العبد لأن الخراج بالضمان . قال «رض» وتأويله إذا كانت القيمة أقل من الدين ، أما إذا كان الدين أقل نذكره إن شاء الله تعالى ، ثم يرجع بما سعى على مولاه إذا أيسر ، لأنه قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع فيرجع عليه بما تحمل عنه ، بخلاف المستسعى في الإعتاق ، لأنه يؤدي ضماناً عليه ،

(إلا إذا كان بخلاف جنس حقه) يعني إلا إذا كان الحاصل من سعاية العبد ، بخلاف جنس حق المرتهن فإنه لا يقضى به دينه ، بل يدل به جنس حقه ويقضى به دينه (لأنه) هذا دليل وجوب السعاية على العبد (لما تعذر الوصول إلى عين حقه) أي حق المرتهن (من جهة المعتقد يرجع إلى من ينتفع بعقته وهو العبد ، لأن الخراج بالضمان) الخراج ما خرج من غلة الإرث أو الفلام دينه الخراج بالضمان ، يعني الغلة سبب ان ضمنه .

(قال) أي المصنف «رح» (وتأويله) أي تأويل قول القدوري سعى العبد في قيمته (إذا كانت القيمة أقل من الدين) لأنه إذا كان الدين أقل من القيمة سعى في الدين ، ونبه عليه بقوله (أما إذا كان الدين أقل نذكره إن شاء الله تعالى) يريد به ما نذكره عن قريب في استيلاد الأمة المرهونة بقوله بخلاف المعتقد حيث يسمى في الأقل من الدين ومن القيمة (ثم يرجع) أي العبد (بما سعى على مولاه إذا أيسر) أي المولى (لأنه قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع ، فيرجع عليه بما تحمل عنه) وقد مر الكلام فيه عن قريب .

(بخلاف المستسعى في الإعتاق) يعني بخلاف العبد المشترك بين اثنين إذا اعتق أحدهما نصيبه فاستسعى ، والساكت لا يرجع بما سعى على المعتقد (لأنه يؤدي ضماناً عليه) هذه إشارة إلى بيان الفرق بين العبد المرهون يسمى في رقبته تخلصت ويقضى ديناً على الرهن فلها يرجع عليه ، والمستسعى في الاعتاق يسمى في تخليص رقبته أن الرق وهو منفعة خالصة له ، فلها لا يرجع ، أشار إليه بقوله لأنه ، أي لأن المستسعى يؤدي ضماناً ماعليه

لأنه إنما يسعى لتحصيل العتق عنده . وعندهما لتكميله ،
وهنا يسعى في ضمان على غيره بعد تمام إعتاقه ، فصار كمير
الرهن . ثم أبو حنيفة أوجب السعاية في المستسعى المشترك
في حالتي اليسار والإعسار في العبد المرهون شرط الإعسار ،
لأن الثابت للمرتهن حق الملك ، وأنه أدنى من حقيقته الثابتة
لشريك الساكت ، فوجب السعاية هنا في حالة واحدة إظهاراً لنقصان
رتبته . بخلاف المشتري قبل القبض إذا أعتقه المشتري حيث لا يسعى

لأنه يؤدي الضمان عن نفسه لأنه أصل فيه (لأنه إنما يسعى لتحصيل العتق عنده) أي عند
أبي حنيفة ، يعني سعيه لاجل عتقه .

(وعندهما) أي وعند أبي يوسف ومحمد «رح» (لتكميله) أي لتكميل العتق ، لأنه
كان في عتقه نقصان ، لكونه مطالباً بالسعاية ، فإذا أداها كمل العتق نظراً للعبد ، ولكنه
لما كان أصلاً في الضمان جاز أن لا يرجع على غيره ، وهنا ، أي في حكم العبد المرهون
(وهنا يسعى في ضمان على غيره بعد تمام إعتاقه فصار كمير الرهن) يعني أن الرهن
بالاستمارة إذا عجز عن فكك الرهن فافتكه المعير رجع بذلك على الراهن المستمير ، لأنه
قضى دينه مضطراً .

(ثم أبو حنيفة «رح» أوجب السعاية في المستسعى المشترك في حالتي اليسار والإعسار
في العبد المرهون شرط الإعسار لأن الثابت للمرتهن) في الرهن (حق الملك) لا حقيقة
الملك ، وذلك بثبوت يد الاستيفاء (وانه) أي وان الثابت للمرتهن (أدنى من حقيقته)
أي حقيقة الملك (الثابتة للشريك الساكت) فإذا كان كذلك (فوجب السعاية هنا في
حالة واحدة) وهي حالة الإعسار (إظهاراً لنقصان رتبته) أي رتبة حق المرتهن عن
رتبة الشريك الساكت .

(بخلاف العبد المشتري قبل القبض) يعني بخلاف العبد المشتري قبل قبضه (إذا

للبيع إلا رواية عن أبي يوسف والمرهون يسعى ، لان حق البيع
في الحبس أضعف ، لان البيع لا يملكه في الآخرة ولا يستوفي
من عينه ، وكذلك يبطل حقه في الحبس بالإعارة من المشتري
والمرتحن ينقلب حقه ملكاً ، ولا يبطل حقه بالإعارة من الرهن حتى
يمكنه الاسترداد ، فلو أوجبت السعاية فيها لسوينا بين الحقيين ،

اعتقه المشتري) وهو مفلس (حيث لا يسعى للبيع) يعني ليس للبيع ، ولانه استسماه
بقدر الثمن وإن كان هو محبوساً عنده قبل التسليم بالثمن ، لان للبيع مجرد الحبس ، وإذا
فات بخروجه عن كونه محلاً للحبس بالعتق بطل أصلاً وبقي حقه مطالبة المشتري بالثمن
فحسب (إلا رواية عن أبي يوسف والمرهون يسعى) انه يسعى إذا كان المشتري معسراً .
وقال الناطقى في الاجناس وقال أبو يوسف في فوادر هشام يسعى العبد الرهن ، وهذا
الذي ذكره لبيان الفرق بينه وبين المبيع المستوفى قبل القبض (لان حق البيع في الحبس
أضعف ، لان البيع لا يملكه في الآخرة) وقال تاج الشريعة «رح» قوله لان البيع لا يملكه
في الآخرة يعني ألا أن يملك ملكاً يزيل اليد المتقومة وهي اليد الثابتة بالحبس ، بخلاف يد المرتحن
لانه يملك ملكاً يؤيد المتقوم ، أي عند الاستهلاك ، بل ينفسخ البيع بخلاف الرهن .

(ولا يستوفى من عينه) أي ولا يستوفي البيع من عين الرهن لا يتعلق استيفاءه بهذا
المحل وإنما يثبت له حق الحبس ليستوفي من محل آخر (وكذلك يبطل حقه) أي حق
البيع (في الحبس بالإعارة من المشتري والمرتحن ينقلب حقه ملكاً) في حالة الهلاك .
بياناً إذا ملك الرهن عند المرتحن يملك بدينة مضموناً بالأقل من قيمته ومن قيمة الدين ،
فيكون المرتحن مالكاً لذلك الأقل من مالية الرهن ، فأما حق البيع فلا يصير ملكاً لمن
جهة المشتري أصلاً .

(ولا يبطل حقه) أي حق المرتحن (بالإعارة من الرهن حتى يمكنه الاسترداد ، فلو
أوجبت السعاية فيهما) أي في المبيع المعتق قبل القبض وفي المرهون المعتق (لسوينا بين
الحقيين) أي من حق البيع وهو ضعيف ، وبين حق المرتحن وهو قوي (وذلك لا يجوز)

وذلك لا يجوز . ولو أقر المولى برهن عبده بأن قال له رهنك عند فلان وكذبه العبد ثم أعتقه تجب السعاية عندنا ، خلافاً لزفر هو يعتبره بإقراره بعد العتق ، ونحن نقول أقر بتعلق الحق في حال يملك التعليق فيه لقيام ملكه فيصح ، بخلاف ما بعد العتق ، لأنه حال انقطاع الولاية ، قال ولو دبره الراهن صح تدبيره بالاتفاق ، أما عندنا فظاهر ، وكذا عنده . لأن التدبير لا يمنع البيع على أصله . ولو كانت أمة فاستولدها الراهن

أي جمل التسوية بينها لا يجوز مع وجود الفارق ، وفي المبسوط هذا أمر يأباه العقل .

(ولو أقر المولى برهن عبده بأن قال له رهنك عند فلان وكذبه العبد ثم أعتقه تجب السعاية) ثم أعتق المولى المقر بالرهن والحال أنه معسر لزوم العبد السعاية (عندنا خلافاً لزفر) فعنده لا تجب السعاية (هو) أي زفر «رح» (يعتبره) أي يقبضه (بإقراره) أي بإقرار المولى بذلك (بعد العتق) والجامع وجود الإقرار .

(ونحن نقول أقر بتعلق الحق) وهو أداء السعاية (في حال يملك التعليق فيه) أي يملك تعلق الدين برقبته (لقيام ملكه) من رقبته (فيصح بخلاف ما بعد العتق ، لأنه حال انقطاع الولاية) لأنه لا ولاية لها بعد العتق فلا يصح .

(قال) أي المصنف ، ذكره تقريباً على مسألة القدوري وقد ذكرها الكرخي في مختصره (ولو دبره) العبد المرهون (الراهن صح تدبيره بالاتفاق أما عندنا فظاهر) لأنه يملك إعتاقه ويملك تدبيره بالطريق الأولى (وكذا عنده) أي عند الشافعي «رح» (لأن التدبير لا يمنع البيع على أصله) لأن بيع المدير يجوز عنده ، وبه قال مالك وأحمد «رح» ونص الشافعي «رح» على أن التدبير موقوف ، فإن حلف تركه قضى الدين وعتق المدير بالتدبير وقال بعض أصحابه إن التدبير مبني على عتق المرهون .

(ولو كانت أمة) أي ولو كانت المرهونة أمة (فاستولدها الراهن) أي ولدت فادعاه

صح الاستيلاء بالاتفاق ، لأنه يصح بأدنى الحقين ، وهو ما للاب في جارية الابن فيصح بالأعلى . وإذا صحا خرجا من الرهن ، لبطلان المحلية . إذ لا يصح استيفاء الدين منها ، فإن كان الراهن موسراً ضمن قيمتها على التفصيل الذي ذكرناه في الاعتاق . وإن كان معسراً استسعى المرتهن المدبر وأم الولد في جميع الدين ، لأن كسبهما مال المولى . بخلاف المعتق حيث يسعى في الأقل من الدين ومن القيمة ، لأن كسبه حقه ، والمحتبس عنده ليس

المولى (صح الاستيلاء بالاتفاق) وبه قال مالك وأحمد «رح» سواء كان الراهن موسراً أو معسراً ، وللشافعي «رح» فيه أقوال مذكورة في الاعتاق (لأنه) أى لأن الاستيلاء (يصح بأدنى الحقين وهو) أى أدنى الحقين (ما للاب) أى الذي يثبت للاب (في جارية الابن) إذا استولمها ، لأنه يملكها قبل الرهن ، وهو أدنى الحقين ، لأن أعلاهما حق الإبن ، لأنه مالك حقيقة ، فإذا ثبت الاستيلاء الأدنى (فيصح بالأعلى) بالطريق الأولى (وإذا صحا) أى الاستيلاء والتدبير (خرجا من الرهن لبطلان المحلية ، إذ لا يصح استيفاء الدين منها) وبه قال مالك وأحمد «رح» . وعند الشافعي «رح» مدبراً ، وبه قال مالك «رح» ، وعند الشافعي ^(١) (فإن كان الراهن موسراً ضمن قيمتهما على التفصيل الذي ذكرناه في الاعتاق) يعني إن كان الدين حالاً طوّل بأداء الدين في الحال ، وإن كان مؤجلاً فقيمه يكون رهناً مكانه .

(فإن كان الراهن معسراً استسعى المرتهن المدبر وأم الولد في جميع الدين ، لأن كسبهما مال المولى ، بخلاف المعتق ، حيث يسعى في الأقل من الدين ومن القيمة ، لأن كسبه) أى كسب المعتق (حقه والمحتبس عنده) أى عند المعتق (ليس لإقدر القيمة ، فلا يزداد عليه) أى على قدر القيمة (وحق المرتهن بقدر الدين ، فلا تلزمه الزيادة ولا يرجعان

(١) هكذا الكلام في الأصل ، وهنا تكرار ملحوظ ، اهـ مصححة .

إلا قدر القيمة ، فلا يزداد عليه ، وحق المرتن بقدر الدين فلا تلومه الزيادة ولا يرجعان بما يؤديان على المولى بعد يساره ، لأنها أدياه من مال المولى والمعتق يرجع ، لأنه أدى ملكه عنه ، وهو مضطر على ما مر . وقيل الدين إذا كان مؤجلاً يسعى المدبر في قيمته قناً ، لأنه عوض الرهن حتى تجبس مكانه فيتقدر بقدر العوض . بخلاف ما إذا كان حالاً لأنه يقضى به الدين . ولو أعتق الراهن المدبر وقد قضى عليه بالسعاية أو لم يقض لم يسع إلا بقدر القيمة ، لأن كسبه بعد العتق ملكه ، وما أداه قيل العتق لا يرجع به على مولاه ، لأنه أداه من مال المولى . قال وكذلك لو استهلك الراهن الرهن ،

بما يؤديان على المولى بعد يساره ، لأنها أدياه من مال المولى والمعتق يرجع ، لأنه أدى ملكه عنه (أى عن المولى) وهو مضطر على ما مر) فيما مضى في هذا الكتاب .

(وقيل الدين) فقوله في الإيضاح (إذا كان مؤجلاً) وفي أكثر النسخ الدين إذا كان مؤجلاً (يسمى المدبر في قيمته) أى من حيث كونه قناً (لأنه عوض الرهن حتى تجبس مكانه ، فيتقدر بقدر العوض بخلاف ما إذا كان حالاً ، لأنه يقضى به الدين . ولو أعتق الراهن المدبر وقد قضى عليه بالسعاية أو لم يقض لم يسع إلا بقدر القيمة ، لأن كسبه بعد العتق ملكه ما أداه قبل العتق لا يرجع به على مولاه ، لأنه أداه من مال المولى) .

(قال) أى القدوري (وكذلك لو استهلك الراهن الرهن) وهو عطف على قوله فإن كان الدين مالا طولب بأداء الدين ، وإن كان مؤجلاً إلى آخره كذا قاله الاترازي . وقال الاكمل قوله وكذلك لو استهلك الراهن الرهن معطوف على قوله فإن كان موسراً ضمن قيمتها ، وكذلك قاله الكاكي . وقال تابع الشريعة قوله وكذلك إذا استهلك الراهن

لأنه حق محترم ومضمون عليه بالإتلاف ، والضمان رهن في يد المرتهن لقيامه مقام المين . فإن استهلكه أجنبي فالمرتحن هو الخصم في تضييئه فيأخذ القيمة وتكون رهناً في يده ، لأنه أحق بعين الرهن حال قيامه ، فكذا في استرداد ما قام مقامه . والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك ، فإن كانت قيمته يوم استهلكه خمسمائة ويوم رهن ألفاً غرم خمسمائة ، وكانت رهناً وسقط من الدين خمسمائة ، فصار الحكم في الخمسمائة الزيادة كأنها هلكت بأفة سماوية ، والمعتبر في ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الفكك ، لأن القبض السابق مضمون عليه ، لأنه قبض

الرهن ، يعني أن حكم الإستهلاك حكم الإعناق على التفصيل المذكور (لأنه) أي لان الرهن (حق محترم مضمون عليه) أي على الراهن (بالإتلاف والضمان رهن في يد المرتهن لقيامه مقام المين ، فإن استهلكه أجنبي فالمرتحن هو الخصم في تضييئه) وقال الشافعي وأحمد «رح» الراهن هو الخصم في تضييئه ، لأنه مالكة . قلنا المرتحن أحق في البدل ، وهو عين الرهن ، فيكون أحق ببذله وبالحصومة وبالإسترداد (فيأخذ القيمة) أي المرتحن يأخذها (فتكون رهناً في يده ، لأنه أحق بعين الرهن حال قيامه ، فكذا في استرداد ما قام مقامه والواجب على هذا المستهلك) يعني الأجنبي (قيمته يوم هلك) أي يوم الإستهلاك ، وإنما قيد بقوله على هذا المستهلك احترازاً عن إستهلاك المرتحن ، فإن عليه قيمته يوم قبضه كما يجيب ، وكذلك أي الهلاك يعتبر قيمته يوم القبض لا يوم الهلاك .

(فإن كانت قيمته يوم استهلكه خمسمائة ويوم رهن ألفاً غرم خمسمائة وكانت رهناً وسقط من الدين خمسمائة ، فصار الحكم في الخمسمائة الزيادة كأنها هلكت بأفة سماوية والمعتبر في ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الفكك ، لأن القبض السابق مضمون عليه ، لأنه قبض استيفاء ، إلا أنه يتقرر عند الهلاك ، ولو استهلكه المرتحن والدين

استيفاء ، إلا أنه يتقرر عند الملاك . ولو استهلكه المرتهن
والدين مؤجل غرم القيمة ، لأنه ألتف ملك الغير ، وكانت
رهنًا في يده حتى يحل الدين ، لأن الضمان بدل الدين فأخذ
حكمه . وإذا حل الدين وهو على صفة القيمة استوفي
المرتهن منها قدر حقه ، لأنه جنس حقه . ثم إن كان فيه فضل يرده
على الراهن ، لأنه بدل ملكه وقد فرغ عن حق المرتهن . وإن
قصت عن الدين بتراجع السعر إلى خمسمائة وقد كانت قيمته
يوم الرهن ألفاً وجب بالإستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة ،
لأن ما انتقص كالمالك وسقط الدين بقدره ، وتعتبر قيمته يوم
القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ، ووجب عليه

مؤجل) أى والحال أن الدين مؤجل (غرم القيمة ، لأنه ألتف ملك الغير وكانت رهنًا
في يده حتى يحل الدين ، لأن الضمان بدل الدين فأخذ حكمه . وإذا حل الدين وهو
على صفة القيمة) أى في الجنسية والجودة (استوفي المرتهن منها قدر حقه ، لأنه
جنس حقه ، ثم إن كان فيه فضل يرده على الراهن ، لأنه بدل ملكه وقد فرغ عن
حق المرتهن) .

(وإن قصت قيمة الرهن عن الدين بتراجع السعر إلى خمسمائة ، وقد كانت قيمته)
أى والحال أنه كانت قيمته (يوم الرهن ألفاً وجب بالإستهلاك خمسمائة وسقط من الدين
خمسمائة ، لأن ما انتقص كالمالك وسقط الدين بقدره ، وتعتبر قيمته يوم القبض فهو
مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر) وهذا جواب اشكال ، وهو أن يقال لو سقط
بقدر ما انتقص كان الرهن مضمونًا على الرهن بتراجع السعر وليس لتراجع السعر أثر في
اسقاط شيء من الدين . والجواب أنه مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر

الباقى بالاتلاف وهو قيمته يوم أتلف . قال وإذا أعار المرتهن الرهن للراهن ليخدمه أو ليعمل له عملاً فقبضه خرج من ضمان المرتهن لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن . فإن هلك في يد الراهن هلك بغير شيء لفوات القبض المضمون ، وللمرتهن أن يسترجعه إلى يده ، لأن عقد الرهن باق إلا في حكم الضمان في الحال ، ألا ترى أنه لو هلك الراهن قبل أن يرده على المرتهن كان المرتهن أحق به من سائر الغرماء ، وهذا لأن يد العارية ليست بلازمة ،

(ووجب عليه) أي على الراهن (الباقي) وهو الخمسمائة الزائدة (بالاتلاف وهو قيمته يوم أتلف) أي الراهن .

(قال) أي القدوري (وإذا أعار المرتهن الرهن للراهن) فيه تسامح ، لأن الإعارة تمليك المنافع بغير عوض ، والمرتهن لا يملكها ، فكيف يملكها غيره ، ولكن لما عومل بمعاملة الإعارة من عدم الضمان ، ويمكن استرداد المغير أطلق الإعارة (ليخدمه أو ليعمل له عملاً) لا يوجد في عامة مختصر القدوري (فقبضه خرج من ضمان المرتهن) هذا من لفظ القدوري ، وعلة المصنف بقوله (لمنافاة بين يد العارية وبين يد المرتهن) وهو يد المرتهن ، لأن يد المرتهن مضمونة ، ويد للعارية ليست بمضمونة ، فلما صحت الإعارة انتفى حكم الرهن ، وهو كونه مضموناً .

(فان هلك في يد الراهن ذلك بغير شيء) هذا لفظ القدوري وعلة المصنف بقوله (لفوات القبض المضمون وللمرتهن أن يسترجعه إلى يده) من كلام القدوري ، وعلة (لأن عقد الرهن باق إلا في حكم الضمان في الحال) أي في حال كون الرهن في يد المرتهن (ألا ترى أنه لو هلك الراهن قبل أن يرده على المرتهن كان المرتهن أحق به) أي بالرهن (من سائر الغرماء) وهذا توضيح لما قبله بالإشارة (لأن يد العارية ليست بلازمة) والرهن لازم ، والشئ لا ينتقض بما دونه (والضمان ليس من لوازم الرهن على كل حال)

والضمان ليس من لوازم الرهن على كل حال ، ألا ترى أن حكم الرهن ثابت في ولد الرهن وإن لم يكن مضموناً بالهلاك . وإذا بقي عقد الرهن فإذا أخذه عاد الضمان ، لانه عاد القبض في عقد الرهن فيعود بصفته . وكذلك لو أعاره أحدهما أجنبياً بإذن الآخر سقط حكم الضمان لما قلنا . ولكل واحد منهما أن يردده رهناً كما كان ، لان لكل واحد منهما حقاً محترماً فيه . وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من أجنبي إذا باشرها أحدهما بإذن الآخر حيث يخرج من الرهن فلا يعود إلا بعقد مبتدأ .

هذا جواب عما يقال كيف أمكن القول ببقاء الرهن ، وانه لم يبق مضموناً ، فأجاب بقوله والضمان إلى آخره .

ثم أوضحه بقوله (ألا ترى أن حكم الرهن ثابت في ولد الرهن) أي في ولد المرهونة ، فان حكم الرهن ثابت فيه ، فإذا هلك (وإن لم يكن مضموناً بالهلاك) وقد وجد الرهن ولا ضمان ثمة .

(وإذا بقي عقد الرهن فإذا أخذه عاد الضمان ، لانه عاد القبض في عقد الرهن ، فيعود بصفته) وهي الضمان (وكذلك لو أعاره) أي الرهن (أحدهما) أي الراهن أو المرتهن (أجنبياً بإذن الآخر سقط حكم الضمان لما قلنا) إشارة إلى قوله لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن (ولكل واحد منهما أن يردده رهناً كما كان ، لان لكل واحد منهما حقاً محترماً فيه) أي في الرهن حق للراهن الرقبة وحق للمرتهن في اليد (وهذا) أي ما ذكرنا من إجازة أحدهما بإذن الآخر أجنبياً .

(بخلاف الاجارة والبيع والهبة من أجنبي إذا باشر أحدهما بإذن الآخر حيث يخرج عن الرهن ولا يعود إلا بعقد مبتدأ) أي جديد ، وذلك لان هذه العقود تعلق حق لازم للغير ، بخلاف الإعارة ، فانه لم يتعلق بها حق لازم ، فإذا استرجعوا المرتهن إلى يده عاد الضمان ، فلم يقع حاجة إلى العقد المبتدأ .

ولو مات الرامن قبل الرد إلى المرتهن يكون المرتهن أسوة
لقرماء ، لأنه تعلق بالرهن حق لازم بهذه التصرفات فيبطل
به حكم الرهن ، أما بالعارية لم يتعلق به حق لازم فافترقا .
وإذا استعار المرتهن الرهن من الرامن ليعمل به فملك
قبل أن يأخذ في العمل ملك على ضمان الرهن لبقاء يد الرهن ،
وكذا إذا ملك بعد القراخ من العمل لارتقاع يد العارية . ولو ملك
في حالة العمل ملك بغير ضمان ، لتبوت يد العارية بالاستعمال
وهي مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان . وكذا إذا أذن الرامن للمرتهن

(ولو مات الرامن قبل الرد إلى المرتهن) أى قبل رد عين الرهن إلى المرتهن فإذا
بأثر أحدهما الإجارة أو البيع أو الهبة (يكون للمرتهن أسوة لقرماء ، لأنه تعلق بالرهن
حق لازم بهذه التصرفات فيبطل به حكم الرهن) فإذا بطل كان المرتهن وسائر القرماء
سواء (أما بالعارية لم يتعلق به حق لازم) يعني فإذا أعطاه أحدهما ياذن الآخر ،
فإن الرامن قبل الرد إلى المرتهن يكون للمرتهن أحق به من سائر القرماء ، لأن
الرهن لم يبطل بالعارية (فافترقا) أي الحكام المذكوران الإجارة والبيع والهبة
وحكم العارية .

(وإذا استعار المرتهن الرهن من الرامن ليعمل به فملك قبل أن يأخذ في العمل ملك
على ضمان الرهن لبقاء يد الرهن ، وكذلك إذا ملك بعد القراخ من العمل لارتقاع يد
العارية ، ولو ملك في حالة العمل ملك بغير ضمان لتبوت يد العارية بالاستعمال ، وهي
مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان) وذكر قاضي خان أنها لو اختلفا في وقت الخلاف فادعى
المرتهن أنه ملك حالة العمل وادعى الرامن أنه ملك في غير حالة العمل كان القول قول
المرتهن والينة بينة الرامن .

(وكذا إذا أذن الرامن للمرتهن بالاستعمال كما بينا) يعني في صورة العارية (ومن

بالاستعمال لما بيناه . ومن استعار من غيره ثوباً ليرهنه فما رهنه به من قليل أو كثير فهو جائز ، لانه متبرع بإثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع بإثبات ملك العين واليد وهو قضاء الدين . ويجوز أن ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتاً للمرتهن كما ينفصل زوالاً في حق البائع ، والاطلاق واجب الاعتبار خصوصاً في الاعارة ، لان الجهالة فيها لا تقضي إلى المنازعة . ولو عين قدرأ لا يجوز للمستعير أن يرهنه بأكثر منه ولا بأقل منه لان التقييد مفيد وهو

استعار من غيره ثوباً ليرهنه فما رهنه به من قليل أو كثير فهو جائز (هذه المسألة إلى قوله وجناية الراهن على الرهن مضمونة من مسائل الاصل ، ذكرها على سبيل التفريع . وقال الكرخي إذا استعار الرجل من الرجل شيئاً ليرهنه ثوباً أو عبداً أو غير ذلك من المروءات فأعاره فله أن يرهنه بأي شيء من الدين شاء وبما شاء منه قليلاً كان ذلك أو كثيراً إذا لم يكن سمي له ما يرهنه ، وإن سمي له قدرأ من الدين فليس له أن يرهنه بصنف غيره ، فان رهنه بغير ما سمي من القدر وبصنوف الدين فهو ضامن من القيمة الثوب إن ملك في يد المرتهن (لانه متبرع بإثبات ملك اليد) وهو إعادة الرهن (فيعتبر بالتبرع بإثبات ملك العين واليد ، وهو قضاء الدين . ويجوز أن ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتاً للمرتهن كما ينفصل زوالاً في حق البائع) أي لا ينفصل ملك اليد عن ملك العين من حيث الزوال في حق البائع ، يعني أي لو باع بشرط الخيار وسلمه للمشتري تزول يده لا ملكه .

(والاطلاق واجب الاعتبار) هذا جواب عما يقال كيف يجوز في الاعارة أن يرهن المستعير بالقليل والكثير وبأي جنس شاء . وتقرير الجواب أن إطلاق الاذن يجب اعتباره إلا بدليل يخصصه (خصوصاً في الإعارة ، لأن الجهالة فيها لا تقضي إلى المنازعة) لأن مبنائها على المسامحة .

(ولو عين) أي العين (قدرأ لا يجوز للمستعير أن يرهنه بأكثر منه) أي من ذلك

ينفي الزيادة ، لان غرضه الاحتباس بما تيسر أداؤه وينفي النقصان
أيضاً ، لان غرضه أن يصير مستوفياً للأكثر بمقابلته عند الهلاك
ليرجع به عليه وكذلك التقييد بالجنس وبالمرتئن وبالبلد ، لان كل
ذلك مفيد لتيسر البعض بالاضافة إلى البعض وتفاوت الأشخاص
في الامانة والحفظ ، فإذا خالف كان ضامناً ، ثم ان شاء المعير ضمن

القدر (ولا بأقل منه ، لأن التقييد بالقدر مفيد ، وهو) أي تقييد المعير بقدر معين
(ينفي الزيادة) على ذلك القدر (لأن غرضه الاحتباس بما تيسر أداؤه) للمعير عند
الاحتياج إلى فكاهه (وينفي النقصان أيضاً) مثلاً إذن أن يرهن بمائة فرهنه بخمسين
لا يجوز رهنه . وقال أحمد يجوز ، لأن من أذن بمائة فقد أذن بخمسين . وقال في وجه
يبتل في الكل (لأن غرضه) أي غرض المعير (أن يصير مستوفياً للأكثر) أي لأكثر
المالين (بمقابلته) أي بمقابلة الرهن (عند الهلاك ليرجع عليه) أي على المستعير بالكثير
بمقابلة الهلاك ، لا بالقليل .

(وكذلك التقييد بالجنس) بأن قال أرهنه بالدراهم أو بالدنانير (وبالمرتئن) بأن
قال أرهن عند فلان وعينه (وبالبلد) بأن قال أرهن بالبصرة مثلاً (لأن كل ذلك مفيد
لتيسر البعض بالاضافة إلى البعض) أي لتيسر البعض على المعير بالنسبة إلى البعض ، وهذا
لأنه ربما يكون التفكاك بالجنس الذي عينه أيسر مما لا يعينه ، فالرضى بجنس لا يكون
برضى بآخر (وتفاوت الأشخاص في الامانة والحفظ) فالرضى بالوضع عند رجل
لا يكون رضى بالوضع عند آخر ، والرضى أيضاً بالحفظ في موضع بعينه لا يكون رضى
بالحفظ في موضع آخر ، لأن الأماكن ربما تتفاوت في معنى الحفظ والصيانة .

(وإذا خالف) أي المستعير (كان ضامناً) أي قيمة الشيء الذي استعاره للرهن ،
لأنه صار غاصباً حيث تصرف فيه بغير إذن صاحبه في غير ما سمى المعير من الجنس
والمرتئن والبلد وللمعير أن يأخذه من المرتئن ، لأن الرهن لم يصح (ثم إن شاء المعير ضمن
المستعير) يعني بعد وجوب الضمان ، بخلاف المستعير (فيتم عقد الرهن فيما بينه) أي

المستعير ، ويتم عقد الرهن فيما بينه وبين المرتهن ، لانه ملكه بأداء الضمان ، فتبين أنه رهن ملك نفسه ، وان شاء ضمن المرتهن ويرجع المرتهن بما ضمن وبالدین علی الراهن ، وقد بيناه في الاستحقاق . وإن وافق بأن رهنه بمقدار ما أمره به ، إن كانت قيمته مثل الدين أو أكثر فهلك عند المرتهن يبطل المال عن الراهن لتام الإستيفاء بالهلاك ، ووجب مثله لرب الثوب على الراهن ، لأنه صار قاضياً دينه بإله هذا القدر وهو الموجب للرجوع دون القبض بذاته ،

بين المستعير الذي هو الراهن (وبين المرتهن ، لانه ملكه بأداء الضمان فتبين أنه رهن ملك نفسه) لانه ملكه بالضمان سابقاً على الراهن .

(وإن شاء ضمن المرتهن ، ويرجع المرتهن بما ضمن) لانه غيره في ذلك (وبالدین علی الراهن) أي يرجع به أيضاً وهو ظاهر (وقد بيناه في الاستحقاق) أي قد بينا ذلك قبل هذا الباب في استحقاق الرهن في يد المرتهن وتضمنه ، فانه يرجع بالدین وبما ضمن .

(وإن وافق) أي المستعير (بأن رهنه بمقدار ما أمره به إن كانت قيمته) أي قيمة الذي رهنه (مثل الدين أو أكثر فهلك عند المرتهن يبطل المال عن الراهن لتام الاستيفاء بالهلاك ووجب مثله لرب الثوب على الراهن) أي مثل ما تم به الاستيفاء ، وهو مقدار الدين لا مثل قيمة الثوب إن كانت أكبر (لانه صار قاضياً دينه بماله بهذا القدر) أي لان المستعير صار قاضياً لدينه بمال الغير بهذا القدر ، لانه لما استعاره فقد أمره بقضاء دينه من ماله والأمور بقضاء الدين يرجع على الأمر بما قضاء وهو الموجب للرجوع ، أي أمره بقضاء دينه .

(وهو الموجب للرجوع) على الأمر بما قضى . وفي الإيضاح المير بمنزلة رجل أذن لآخر ان يقضي دينه من وديعته عنده فما مضى صار مضموناً ، وما لم يقض فهو أمانة

لأنه برضاه ، وكذلك إن أصابه عيب ذهب من الدين بحسابه
ووجب مثله لرب الثوب على الراهن على ما بيناه . وإن كانت قيمته
أقل من الدين ذهب بقدر القيمة وعلى الراهن بقيمة دينه للمرتن ،
لأنه لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته وعلى الراهن لصاحب الثوب
ما حار به موفياً لما بيناه . ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المغير

(دون القبض بذاته ، لأنه برضاه) لأن قبض المستعير برضى المالك فلا يتعلق
به الضمان .

فإن قلت قبض الثوب وتسليمه برضى المغير ، فينبغي أن لا يوجب الضمان قلت ما
توجيه بالقبض بل بإبقاء الدين من مالية العين ، ومن قضى دين نفسه من مال الغير برضاه
يضمن مثل ذلك .

(وكذلك إن أصابه) أى الثوب (عيب ذهب من الدين بحسابه) أى بقدر حصة
المعيب (ووجب مثله) أى مثل ما ذهب (لرب الثوب على الراهن على ما بيناه) وهو
أنه صار قاضياً دينه بماله بهذا القدر .

(وإن كانت قيمته) أى قيمة الثوب (أقل من الدين ذهب بقدر القيمة) لأن القيمة
إذا كانت أكثر من الدين يهلك الزائد على قدر الدين أمانة (وعلى الراهن بقيمة دينه
للمرتن ، لأنه لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته وعلى الراهن لصاحب الثوب ما صار به
موفياً) بيانه إذا كان الثوب يساوي خمسة وقد رهن بعشرة فاعسر الراهن ولم يجد ما
افتكه فهلك الثوب في يد المرتن ذهب بخمسة ، وعلى الراهن خمسة للمرتن بقية دينه ،
لأن الرهن يهلك بالاقبل من قيمته ومن الدين ، وخمسة لرب الثوب على الراهن ،
لأنه صار معترضاً إياه بهذا القدر (لما بينا) وهو أنه صار قاضياً دينه بماله
بهذا القدر

(ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المغير أن يفتكه جبراً عن الراهن) قال الكاكي
أى بغير رضاه . قال الأكمل هذا ليس بظاهر وقيل معناه نيابة ولعله من الجبران ، يعنى

أن يفتكه جبراً عن الرهن لم يكن للمرتهن إذا قضى دينه أن
يمنع ، لأنه غير متبرع حيث يخلص ملكه ، ولهذا يرجع على الرهن
بأدى المير فأجبر المرتهن على الدفع بخلاف الأجنبي إذا قضى
الدين ، لأنه متبرع إذ هو لا يسعى في تخليص ملكه ولا في تفرغ
ذمته ، فكان للطالب أن لا يقبله . ولو ملك الثوب العارية عند
الرهن قبل أن يرهنه أو بعدما افتكه فلا ضمان عليه ، لأنه لا يصير

جبراً لما فات عن الرهن من القضاء بنفسه . وقال تاج الشريعة في هذا الموضع . ولفظ
محمد في المسألة فأراد المير أن يفتكه حين عسر الرهن . وفي مبسوط السرخسي والبيهقي
ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المير أن يفتكه حين عسر الرهن (لم يكن للمرتهن)
أن يمنع من دفعه إليه (إذا قضى دينه) انتهى . قلت يفهم من هذا الكلام أن جبراً هنا
من الجبران لا من الجبر الذي معناه القهر لم يكن للمرتهن أن قضى دينه (أن يمنع ،
لأنه غير متبرع حيث يخلص ملكه) لأن المير هنا بالإبقاء يقصد تخليص ملكه ، فإن كان
بمئزلة الدين حيث يقصد بالإبقاء تفرغ ذمته .

(ولهذا) أي ويكون غير متبرع (يرجع على الرهن بما أدى فأجبر المرتهن على
الدفع) قال صاحب النهاية هذا غير مجري على إطلاقه ولا بد هاهنا من قيد معناه يرجع
بما أدى إذا كان ما أداه بقدر الدين ، لأنه أكثر منه بياناً قيمة الرهن ألف ورهنه بألفين
فافتكه المير بألفين يرجع على الرهن بقدر الدين وهو ألف ، ولا يرجع بأكثر من
الألف ، لأنه لو ملك لم يضمن الرهن للمير أكثر من ذلك ، فكذلك إذا افتكه وكان
متبرعاً بالزيادة .

(بخلاف الأجنبي إذا قضى الدين ، لأنه متبرع إذ هو لا يسعى في تخليص ملكه ولا
في تفرغ ذمته) بخلاف الأجنبي إذا قضى الدين (فكان للطالب أن لا يفتكه عنه .
ولو ملك الثوب العارية عند الرهن قبل أن يرهنه أو بعدما افتكه) أي لو ملك بعد
الفكاك (فلا ضمان عليه ، لأنه لا يصير قاضياً دينه بهذا) أي بهذا الرهن ، لأن الهلاك

قاضياً بهذا ، وهو الموجب على ما بيناه . ولو اختلفا في ذلك فالقول للراهن ، لأنه ينكر الإيفاء بدعواه الهلاك في هاتين الحالتين ، كما لو اختلفا في مقدار ما أمره بالرهن به فالقول للمعير ، لأن القول قوله في إنكار أصله ، فكذا في إنكار وصفه ، ولو رهنه المستعير بدين موعود ، وهو أن يرهنه به ليقرضه

لم يوجد إلا والراهن عارية محضة فلا يوجد فيه معنى قضاء الدين ، فلا يجب الضمان (وهو الموجب) أي الموجب هو قضاء الدين أو الهلاك عند المرتن (على ما بيناه) وهو قوله لأنه صار قاضياً دينه .

(ولو اختلفا في ذلك) أي لو اختلف المعير والمستعير في ذلك فقال المعير ملك في يد المرتن ، وقال المستعير هو الراهن ملك قبل أن يرهنه أو بعدما افتكه (فالقول قول الراهن) وهو المستعير (لأنه ينكر الإيفاء بدعواه الهلاك في هاتين الحالتين) أراد بهما قبل الرهن وما بعد الفسك (كما لو اختلفا في مقدار ما أمره بالرهن به) أي ولو اختلف المعير والمستعير في رد ما أمر المستعير المعير بالرهن بالثوب بأن قال رب الثوب أمرتك أن ترهنه بخمسة ، وقال المعير بعشرة (فالقول للمعير) وفي بعض النسخ وقع هذا كما لو اختلفا في مقدار ما أمره بالرهن به ، وهذا ليس بصحيح ، والصحيح ما ذكر ، وهو ولو اختلفا ، لأن الغرض مختلف ، لأن في الأول القول قول الراهن وهو المستعير ، وفي الثاني القول قول المعير لا المستعير ، فكيف يصح التشبه به (لأن القول قوله) أي قول المعير (في إنكار أصله) أي في العارية بتأويل عقد العارية (فكذا) أي فكذا القول قوله (في إنكار وصفه) أي وصف عقد العارية من الزيادة والنقصان .

(ولو رهنه المستعير بدين موعود وهو أن يرهنه ليقرضه ، كذا) صورته ما قال الحاكم الشهيد في الكافي استعار عبداً يساوي ألف درهم ليرهنه بألف درهم فلم يقبضها حتى صار العبد في يد المرتن فعلى المرتن ألف درهم للراهن ، لأنه صار مستوفياً لمالية الرهن عند الهلاك من قبل الراهن ، وعلى الراهن ألف درهم لصاحبه وهو المعير ، لأن

كذا فهلك في يد المرتهن قبل الاقراض والمسمى والقيمة سواء
يضمن قدر الموعود المسمى لما بينا أنه كالموجود ، ويرجع المعير
على الراهن بمثله ، لأن سلامة مالية الرهن باستيفائه من المرتهن
كسلامته ببراءة ذمته عنه . ولو كانت العارية عبداً فأعتقه المعير
جاز ، لقيام ملك الرقبة . ثم المرتهن بالخيار إن شاء رجع بالدين
على الراهن ، لأنه لم يستوفه ، وإن شاء ضمن المعير قيمته ، لأن
الحق قد تعلق برقبته برضاه وقد ألتفه بالاعتاق ، وتكون رهناً

صار مقرضاً إياه هذا القدر (فهلك) أي الراهن (في يد المرتهن قبل الإقراض والمسمى
والقيمة سواء) أي والحال أن المسمى وهو الرهن وقيمته سواء (يضمن) أي المرتهن
الراهن (قدر الموعود المسمى لما بينا أنه) أي الموعود (كالموجود) أشار به إلى ما
ذكر في باب ما يجوز ارتهانه عند قوله والرهن بالدرك باطل بقوله لأن الموعود
جعل كالموجود .

(ويرجع المعير على الراهن بمثله) أي بمثل قدر الموعود المسمى الذي أخذه الراهن
من المرتهن (لأن سلامة مالية الرهن باستيفائه) أي باستيفاء الراهن (من المرتهن
كسلامته) أي كسلامة الراهن (ببراءة ذمته عنه) أي عن الدين ، يعني لو سلم الرهن
للراهن بأن تبرأ ذمته من الدين بأن كانت ذمته مشغولة بالدين فهلك الرهن عند المرتهن
كان يرجع معير الرهن على الراهن المستعير ، فكذا يرجع عليه بأن يسلم الرهن للراهن
باستيفاء الراهن مالية الرهن من المرتهن .

(ولو كانت العارية عبداً فأعتقه المعير جاز ، لقيام ملك الرقبة ، ثم المرتهن بالخيار
إن شاء رجع بالدين على الراهن لأنه لم يستوفه) لأن الدين عليه (وإن شاء ضمن المعير
قيمته) أي قيمة العبد (لأن الحق قد تعلق برقبته برضاه ، وقد ألتفه) أي وقد ألتف
المعتق حق المرتهن (بالاعتاق ، وتكون) أي قيمة العبد (رهناً عنه) أي عند

عنده إلى أن يقبض دينه فيردهما إلى المعير لأن استرداد القيمة
كاسترداد العين . ولو استعار عبداً أو دابة ليرهنه فاستخدم العبد
أو ركب الدابة قبل أن يرهنها ثم رهنها بمال مثل قيمتهما ثم
قضى المال فلم يقبضهما حتى هلكا عند المرتهن فلا ضمان على الراهن ،
لأنه قد برىء من الضمان حين رهنها ، فإنه كل أميناً خالف ثم
عاد إلى الوفاق . وكذا إذا أفتك الرهن ثم ركب الدابة واستخدم
العبد فلم يعطب ثم عطب بعد ذلك من غير صنعه لا يضمن ، لأنه

المرتهن (إلى أن يقبض دينه فيردهما) أى إلى أن يقبض المرتهن دينه فيرد القيمة للرهن
عنده (إلى المعير ، لأن استرداد القيمة كاسترداد العين) لأن المرتهن استرد قيمة الرهن من
المعير ، واسترداد القيمة كاسترداد العين .

(ولو استعار عبداً أو دابة ليرهنه فاستخدم العبد أو ركب الدابة قبل أن يرهنها ثم
رهنها بمثل قيمتهما ثم قضى المال فلم يقبضهما) أى العبد والدابة (حتى هلكا) أى
واحد من العبد والدابة (عند المرتهن فلا ضمان على الراهن) وفي البسوط
لا ضمان على الراهن ، والمرتهن ضامن للألف يرد على مولى العبد ، وهو رواية
أبي حفص .

وقال عيسى هذا خطأ ، ولكن الصحيح أن الراهن ضامن للألف للمعير صاحب العبد
والمرتحن ضامن للألف للراهن ، لأن المالك في يد المرتحن ثم الاستيفاء ، وعلى المرتحن رد
ما استوفى ، وإنما استوفاه من الراهن فيرد عليه ، والراهن صار قاضياً دينه بمالك الغير
فيغرم مثله .

(لأنه قد برىء من الضمان حين رهنها ، وإنه كان أميناً خالف) أى بالاستخدام
والركوب (ثم عاد إلى الوفاق) بالرهن برىء من الضمان (وكذلك إذا أفتك الرهن ثم
ركب الدابة واستخدم العبد فلم يعطب) يعنى بالركوب أو الاستخدام (ثم عطب
بعد ذلك من غير صنعه لا يضمن ، لأنه بعد التفكك بمترة المودع لا بمترة المستعير لانتهاه

بعد الفكك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير لانتفاء حكم الاستعارة
بالفكك وقد عاد إلى الوفاق ، فيبرأ عن الضمان . وهذا بخلاف
المستعير ، لأن يده يد نفسه فلا بد من الوصول يد المالك ، أما
المستعير في الرهن فيحصل مقصود الأمر وهو الرجوع عليه عند
الهلاك ، وتحقيق الاستيفاء . قال وجناية الراهن على الرهن
مضمونة ، لأنه تقويت حق لازم محترم وتعلق مثله بالمال يجعل المالك
كالأجنبي في حق الضمان كتعلق حق الورثة بمال المريض مرض
الموت يمنع نفاذ تبرعه فيما وراء الثلث والعبد الموصى بخدمته
إذا أتلّفه الورثة ضمنوا قيمته ليشتري بها عبد يقوم مقامه .

حكم الاستعارة بالفكك وقد عاد إلى الوفاق فيبرأ عن الضمان) .

(وهذا بخلاف المستعير) غير الراهن حيث لا يبرأ عن الضمان إذا خالف ثم عاد إلى
الوفاق ما لم يرد العين إلى مالكها (لأن يده) أي يد المستعير (يد نفسه فلا بد من
الوصول إلى يد المالك ، أما المستعير في الرهن فيحصل مقصود الأمر وهو الرجوع عليه
عند الهلاك وتحقيق الاستيفاء) أي وعند تحقق الاستيفاء ، وهذا الذي اختاره المصنف
هو مختار شمس الأئمة السرخسي وأما اختيار شيخ الإسلام خواهر زاده وهو أن
المستعير يبرأ عن الضمان بالعود إلى الوفاق واستدلالاً بمسألة مستعير الرهن .

(قال) أي القدوري (وجناية الراهن على الرهن مضمونة ، لأنه تقويت حق لازم)
يعني باللازم ما لا يقدر على إسقاطه بانفراده (محترم) يعني بالمحترم أن يكون العين ممنوعاً
عن إبطاله ، ولا نعلم فيه خلافاً (وتعلق مثله) أي تعلق مثل الحق اللازم (بالمال يحمل
المالك) أي مالك المال (كالأجنبي في حق الضمان) وأوضح ذلك بقوله (كتعلق
حق الورثة بمال المريض مرض الموت يمنع نفاذ تبرعه) أي تبرع المريض (فيما وراء
الثلث) لأن ما وراء الثلث حق الورثة (والعبد الموصى بخدمته إذا أتلّفه الورثة ضمنوا

قال وجناية المرتهن عليه تسقط من دينه بقدرها ، ومعناه أن يكون الضمان على صفة الدين ، وهنا لأن العين ملك المالك وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه لمالكه . قال وجناية الرهن على الراهن والمرتن وعلى مالها هدر ، وهذا عند أبي حنيفة وقالوا جنابته على المرتهن معتبرة ، والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال ، أما الوفاقية فلأنها جناية المملوك على المالك ، ألا ترى أنه لو مات كان الكفن عليه ،

قيمته ليشترى بها عبد يقوم مقامه (لتعلق الحق اللازم به .
(قال) أي القدوري (وجناية المرتهن عليه) أي على الراهن (تسقط من دينه بقدرها) أي بقدر الجناية (ومعناه) أي معنى قول القدوري (أن يكون الضمان على صفة الدين) يعني من جنسه جودة ورداءة ويسقط من الدين بقدرها . ولو كان بخلاف الجنس يكون رهناً مع الأصل ، قاله تاج الشريعة .

(وهذا) أي السقوط من دين المرتهن بقدرها (لأن العين ملك المالك) وهو الراهن (وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه لمالكه) لأن دينه إتلاف ملك الغير .

(قال) أي القدوري (وجناية الرهن على الراهن والمرتن وعلى مالها هدر) أي ساقط لا يعتبر به (وهذا) أي كونها هدرأ (عند أبي حنيفة ، وقالوا) أبو يوسف ومحمد « رح » (جنابته) أي جناية الرهن (على المرتهن معتبرة ، والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال) وهي ما إذا كان خطأ في النفس أو فيما دونها ، أما ما يوجب القصاص فيعتبر بالإجماع ، ولا نعلم فيه خلاف .

(أما الوفاقية) وهي المسألة الوفاقية وهي الجناية على الراهن (فلأنها جناية المملوك على المالك ، ألا ترى أنه لو مات) أي العبد الرهن (لكان الكفن عليه) أي على مولاه ، وكل ما كان كذلك فهو هدر ، لأنه لو جنى على غيره وجب

بخلاف جناية المصوب على المصوب منه ، لأن الملك عند أداء الضمان يثبت للغاصب مستنداً حتى يكون الكفن عليه ، فكانت جناية على غير المالك فاعتبرت . ولهما في الخلافية أن الجناية حصلت على غير مالكة ، وفي الاعتبار فائدة ، وهو دفع العبد إليه بالجناية فتعتبر ثم إن شاء الراهن والمرتهن أبطلا الرهن ودفعاه بالجناية إلى المرتهن .

على مولاه من ماله ، فإذا جنى عليه فلو وجب عليه شيء لكان واجباً له عليه وذلك باطل .

(بخلاف جناية المصوب على المصوب منه) هذا جواب عن نقض يرد بالمصوب إذا جنى على مالكة المصوب منه ، فإنها توجب الضمان . وتقرير الجواب به ما قاله بقوله (لأن الملك عند أداء الضمان يثبت للغاصب مستنداً) من وقت الغصب ، وأوضح ذلك بقوله (حتى يكون الكفن عليه) أى على الغاصب (فكان جناية على غير المالك فاعتبرت) أى جنائته .

(ولهما) أى لأبي يوسف ومحمد « رح » (في الخلافية) أى في المسألة الخلافية (ان الجناية حصلت على غير مالكة) لأن العبد في الحال ملك المصوب منه وقد جنى غير المالك فيعتبر (وفي الاعتبار فائدة) جواب عما يقال أن ماليته تحتبسه بدينه فلا فائدة في إيجاب الضمان ، وتقرير الجواب أن في الاعتبار فائدة (وهو دفع العبد إليه بالجناية) أى المرتهن (فتعتبر) وإن كان يسقط حقه في الدين ، فإن أبقاه رهناً وجمعه بالدين لم يثبت له ملك العين ، وربما يكون له غرض في ملك العين فيحصل له باعتبار الجناية ، وإن لم يكن له غرض في ذلك يترك طلب الجناية ويستبقه رهناً كما كان .

(ثم إن شاء الراهن والمرتهن أبطلا الرهن) بالدفع ، وهذا التفريع على قولهما (ودفعاه) فيه تسامح ، لأن المرتهن لا يلفس العبد إلى نفسه ويخلصه المشاكلة ، فإنه وإن كان قابلاً ذكره بلفظ الدافع لوقوعه في ضمنه ، أو لتعليقه سماء دافعاً وبناء (بالجناية إلى المرتهن . وإن قال المرتهن لا أطلب الجناية فهو رهن على حاله) .

وإن قال المرتهن لا أطلب الجناية فهو رهن على حاله . وله أن هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية ، لأنها حصلت في ضمانه فلا يفيد وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه وجنابته على مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق إذا كانت قيمته ، والدين سواء ، لأنه لا فائدة في اعتبارها ، لأنه لا يملك العبد وهو الفائدة . وإن كانت القيمة أكثر من الدين فعن أبي حنيفة أنه يعتبر بقدر الأمانة ، لأن الفضل ليس في ضمانه فأشبهه جناية العبد الوديعة على المستودع . وعنه أنها لا تعتبر ، لأن حكم الرهن

(وله) أي لأي حنيفة « رح » ، (أن هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه) أي على المرتهن (التطهير من الجناية) يعني هو مخاطب أيضاً بالدفع أو الفداء (لأنها) أي لأن الجناية (حصلت في ضمانه ، فلا يفيد وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه) ولا فائدة فيه (وجنابته) أي وجنابة الرهن (على مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق إذا كانت قيمته والدين سواء ، لأنه لا فائدة في اعتبارها ، لأنه لا يملك العبد) أي لا منفعة للمرتهن في اعتبار تلك الجناية ، فإنه لا يستحق بها الملك ولكن يستحق بالدين مالية العبد يباع فيه ، وذلك يستحق له بدينه (وهو الفائدة) أي تلك العبد هو الفائدة .

(وإن كانت القيمة أكثر من الدين) بأن كانت القيمة ألفين والدين ألفاً (فعند أبي حنيفة أنه يعتبر بقدر الأمانة) أي إن حكم الجناية يثبت في مقدار الأمانة (لأن الفضل ليس في ضمانه فأشبهه جناية العبد الوديعة على المستودع) فإن جنابته على المودع معتبرة .

(وعنه) أي وعن أبي حنيفة رواء عنه أبو يوسف (أنها لا تعتبر) أي أن حكم الجناية لا يعتبر (لأن حكم الرهن وهو الحبس فيها ثابت ، فصار كالضمون) لأن مقدار

وهو الحبس فيه ثابت ، فصار كالمضمون ، وهذا بخلاف جنابة
الراهن على ابن الراهن أو ابن المرتن ، لان الاملاك حقيقة متباينة ،
فصار كالجنابة على الاجنبي . قال ومن رهن عبداً يساوي ألفاً بألف
إلى أجل فنقص في السعر فرجعت قيمته إلى مائة ثم قتله رجل
وغرم قيمته مائة ثم حل الاجل ، فإن ارتن يقبض المائة قضاء
عن حقه ، ولا يرجع على الراهن بشيء . وأصله أن النقصان من
حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا خلافاً للزفر ، هو يقول

الامانة رهن في يده ، فصار لتقدير المضمون (وهذا) اى ما ذكرنا من كون الجنابة على
الراهن والمترن هدر .

(بخلاف جنابة الرهن على ابن الراهن او على ابن المرتن) فانها معتبرة بالاتفاق
(لان الاملاك حقيقة متباينة) اى بين الاب والابن (فصار) حكم الجنابة (كالجنابة على الاجنبي)
وروى الحسن عن أبي حنيفة « رح » أنه لا يعتبر جنابته على ابن الراهن ولا على
ابن المرتن .

(قال) اى قال محمد في الجامع الصغير (ومن رهن عبداً يساوي ألفاً بدرهم إلى
أجل فنقص) اى المبد (في السعر فرجعت قيمته إلى مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة
ثم حل الاجل فان المرتن يقبض المائة قضاء عن حقه ، ولا يرجع على الراهن بشيء)
اى من تسع مائة .

(وأصله) اى أصل حكم هذه المسألة (ان النقصان) اى ان نقصان الرهن (من حيث
السعر لا يوجب سقوط الدين) يعنى لا يذهب به شيء من الدين (عندنا) وهنا ثلاث
فصول . الاول : هو المذكور وفيه خلاف زفر ، أشار إليه بقوله (خلافاً للزفر « رح »)
الفصل الثاني : هو قوله وإن أمره الراهن ان يبيعه . والفصل الثالث هو قوله وهو ما
إذا قتله عبد قيمته مائة وفيه خلاف على ما يأتي إن شاء الله تعالى خلافاً للزفر (هو)

إن المالية قد انتقصت فأشبه انتقاص العين ولنا أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس ، وذلك لا يعتبر في البيع ، حتى لا يثبت به الخيار ولا في الغصب ، حتى لا يجب الضمان . بخلاف نقصان العين ، لأن بفوات جزء منه يتقرر الاستيفاء فيه إذ اليد يد الاستيفاء ، وإذا لم يسقط شيء من الدين بنقصان السعر بقي مرهوناً بكل الدين ، فإذا قتله حر غرم قيمته مائة ، لأنه تعتبر قيمته يوم الاتلاف في ضمان الاتلاف ، لأن الجابر بقدر الفائت وأخذه المرتهن ، لأنه بدل المالية في حق المستحق . وإن كان مقابلاً بالدم على أصلنا

أي زفره روح ، (يقول أن المالية قد انتقصت ، فأشبه انتقاص العين) فإذا انتقص من عينه شيء ذهب قسطه من الدين اتفاقاً .

(ولنا أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس ، وذلك لا يعتبر في المبيع حتى لا يثبت به الخيار ، ولا في الغصب حتى لا يجب الضمان) ونقصان السعر لا تعلق له بالمرهن ، لأن ذلك شيء يحدث في قلوب المباد بقلّة الرغبات ، وتحدث زيادة السعر بكثرة الرغبات ، ولهذا لم يعتبر نقصان السعر في المبيع إذا انتقص قبل قبض المشتري ، حتى لا يكون له خيار الرد . وكذلك لا يعتبر في الغصب أيضاً حتى إذا رده الفاسد إلى المالك لا يضمن نقصان السعر .

(بخلاف نقصان العين ، لأن بفوات جزء منه يتقرر الاستيفاء فيه ، إذ اليد يد الاستيفاء ، وإذا لم يسقط شيء من الدين بنقصان السعر بقي) أي العبد (مرهوناً بكل الدين ، فإذا قتله حر غرم قيمته مائة ، لأنه تعتبر قيمته يوم الإتلاف في ضمان الاتلاف ، لأن الجابر بقدر الفائت ، وأخذه المرتهن لأنه بدل المالية) أي لأن حقه متعلق بالمالية المرتهن (في حق المستحق) أي المرتهن (وإن كان مقابلاً بالدم على أصلنا) أي وإن كان

حتى لا يزداد على دية الحر ، لان المولى استحقه بسبب المالية
 وحق المرتن متعلق بالمالية ، فكذا فيما قام مقامه ، ثم لا يرجع على
 الراهن بشيء ، لأن يد الرهن يد الاستيفاء من الابتداء وبالهلاك
 يتقرر ، وقيمته كانت في الابتداء ألفاً فيصير مستوفياً للكل من
 الابتداء . أو نقول لا يمكن أن يجعل مستوفياً الألف بمائة ، لأنه
 يؤدي إلى الربا ، فيصير مستوفياً المائة وبقي تسعمائة في العين ، فإذا
 هلك يصير مستوفياً تسعمائة بالهلاك . بخلاف ما إذا مات من غير

البدل مقابلاً بالدم ، وأوضح ذلك بقوله (حتى لا يزداد) أي البدل (على دية الحر) لأنه
 إذا زيد ينتفي المقابلة (لأن المولى استحقه بسبب المالية) هذا دليل قوله لأنه بدل المالية
 في حق المستحق .

(وحق المرتن متعلق بالمالية ، فكذا فيما قام مقامه) أي فكذا يتعلق حقه فيما يقوم
 مقام حقه بالمالية ، حتى لا يرجع على الراهن بشيء من التسعمائة ، وهو معنى قوله (ثم
 لا يرجع على الراهن بشيء) أي شيء زائد على المالية (لأن يد الرهن يد الاستيفاء من
 الابتداء) أي من أول الأمر (وبالهلاك يتقرر) أي وبهلاك الرهن يتقرر أن الاستيفاء
 من الابتداء ، أي من أول الأمر (وقيمته كانت في الابتداء ألفاً فيصير) أي المرتن
 (مستوفياً للكل من الابتداء) أي من الرهن فلا يأخذ شيئاً غير المالية .

(أو نقول) هذا دليل آخر (لا يمكن أن يجعل) أي المرتن (مستوفياً الألف بمائة ،
 لأنه يؤدي إلى الربا ، فيصير مستوفياً المائة وبقي تسعمائة في العين) أي في عين الرهن
 قبل الهلاك (فإذا هلك) أي الباقي وهو التسعمائة (يصير) أي المرتن (مستوفياً
 تسعمائة بالهلاك) لأن بالهلاك يصير مساوياً ويسقط بقية الدين .

(بخلاف ما إذا مات) أي العبد الموهون (من غير فعل ^(١) احد لانه) أي لان

(١) قتل - هامش .

قتل أحد ، لأنه يصير مستوفياً الكل بالعبد ، لأنه يؤدي إلى الربا ، قال وإن أمره الراهن أن يبيعه فباعه بمائة وقبض المائة قضاء من حقه فيرجع بتسعمائة ، لأنه لما باعه بإذن الراهن صار كأن الراهن استرده وباعه بنفسه . ولو كان كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين إلا بقدر ما استوفى ، وكذا هذا قال وإن قتله عبد قيمته مائة فدفع مكانه أفتكه بجميع الدين ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد هو بالخيار إن شاء أفتكه بجميع الدين ، وإن شاء سلم العبد المدفوع إلى المرتن بماله . وقال زفر يصير رهناً

المرتن (يصير مستوفياً الكل) أي كل الدين (بالعبد) أي الناقص في السعر (لأنه لا يؤدي إلى الربا) لأنه لا يتحقق الربا من العبد والدين .

(قال) أي قال محمد في الجامع الصغير (وإذا^(٢) أمره الراهن أن يبيعه) أي إذا أمر الراهن المرتن ببيع العبد الرهن المذكور (فباعه بمائة وقبض المائة قضاء من حقه) أي لأجل القضاء من حقه ، أي الدين (فيرجع بتسعمائة ، لأنه لما باعه) أي لأن المرتن لما باع العبد (بإذن الراهن صار كأن الراهن استرده) أي العبد (وباعه بنفسه . ولو كان كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين إلا بقدر ما استوفى كذلك هاهنا) وفي بعض النسخ كذلك هذا .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (وإن قتله عبد) أي فإن قتل العبد المرهون الذي كان يساوي القابل في ابتداء الرهن ثم نقص سعره فرجعت قيمته إلى مائة فقتله عبد مثله (قيمته مائة فدفع) السيد (مكانه أفتكه) أي الراهن (بجميع الدين) من غير خيار (وهذا) أي هذا الحكم (عند أبي حنيفة وأبي يوسف «رح» . وقال محمد «رح» هو بالخيار) أي الراهن غير (أن شاء أفتكه بجميع الدين ، وإن شاء سلم العبد

(١) في المتن بدون لا .

(٢) وإن كان - هامش .

بمائة له أن يد الرهن يد استيفاء وقد تقرر بالهلاك ، إلا أنه
أخلف بدلاً بقدر العشر فبقي الدين بقدره . ولأصحابنا على زفر
أن العبد الثاني قائم مقام الأول لحماً ودماً . ولو كان الأول قائماً
وانتقص السعر لا يسقط إلا بشيء من الدين عندنا لما ذكرنا ،
فكذلك إذا قام المدفوع مكانه . ولحمد في الخيار أن المرهون تغير
في ضمان المرتن فيخير الرهن كالمبيع إذا قتل قبل القبض والمغصوب
إذا قتل في يد الغاصب يخير المشتري والمغصوب منه ، كذا هذا .

المدفوع الى المرتن بماله . وقال زفر يصير رهناً بمائة) ويفتك بمائة ويسقط تسعة
اعشار الدين .

(له) أي لزفر (ان يد الرهن يد استيفاء وقد تقرر بالهلاك) أي قد تقرر الإستيفاء
بهلاك الرهن وهو العبد المقتول (الا انه) أي ان العبد المقتول (اخلف بدلاً بقدر العشر ،
فبقي الدين بقدره) أي بقدر عشر الدين .

(ولأصحابنا على زفر ان العبد الثاني قائم مقام الاول) أي مقام العبد الاول (لحماً
ودماً) يعني صورة ومعنى ، اما صورة فظاهر ، واما معنى فلان القاتل كالمقتول في
الآدمية ، والشرع اعتبره حراماً من حيث الآدمية دون المالية . ألا ترى الى استوائهما في
حق القصاص ، فكذا في الرفع أيضاً .

(ولو كان الاول قائماً وانتقص السعر لا يسقط شيء من الدين عندنا لما ذكرنا) أشار
إلى قوله ان نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس إلى آخره (فكذلك إذا قام
المدفوع) أي العبد المدفوع (مكانه) أي مكان العبد الأول .

(ولحمد في الخيار أن المرهون تغير في ضمان المرتن) لأنه غيره في الحقيقة والتغير لا
يد من أن يوجب الخيار ، فإذا كان كذلك (فيخير الرهن كالمبيع) أي في العبد المبيع
(إذا قتل قبل القبض) فدفع به العبد القاتل مكانه . (والمغصوب) أي وكان المغصوب
(إذا قتل في يد الغاصب) يعني إذا غصب عبداً قيمته الف فقتله عبد قيمته مائة فدفع .

ولهما ان التغير لم يظهر في نفس العبد لقيام الثاني مقام الأول لحماً
ودماً كما ذكرناه مع زفر ، وعين الرهن أمانة عندنا ، فلا يجوز
تمليكه منه بغير رضاه . ولأن جعل الرهن بالدين حكم جاهلي
وأنه منسوخ ، بخلاف البيع لأن الخيار فيه حكمه الفسخ وهو
مشروع . بخلاف النصب ، لأن تملكه بأداء الضمان مشروع ،
ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله عبد يساوي
مائة فدفعت به فهو على هذا الخلاف . وإذا قتل العبد الرهن قتيلاً

(ينجى المشتري) في مسألة البيع (والمقصود منه) في مسألة النصب والمشتري يتخير
بين أن يأخذ المدفوع وبين أن يفسخ البيع لتغير المبيع ، وإن شاء أخذ المدفوع مكانه
(كذا هذا) أي أن ينجى الراهن في مسألة الرهن إذا تغير في ضمان المرتهن .

(ولهما) أي لابي حنيفة وأبي يوسف « رح » (أن التغير لم يظهر في نفس العبد لقيام
الثاني مقام الأول لحماً ودماً كما ذكرناه مع زفر « رح ») فلو كان الأول قائماً وتراجع
سعره لم يكن له خيار كذلك هنا (وعين الرهن أمانة عندنا) كما مر في أول كتاب الرهن
(فلا يجوز تملكه منه بغير رضاه) أي بغير رضى المرتهن .

(ولأن جعل الرهن بالدين حكم جاهلي) رواه النبي ﷺ بقوله لا يفلق الرهن (وأنه
منسوخ) أي الشرع نسخ ذلك ، فلا يجوز المصير إليه (بخلاف البيع) هذا جواب عن
قياس محمد بالبيع ، بيانه أن القياس بالبيع في الخيار لا يصح (لأن الخيار فيه حكمه
الفسخ ، وهو مشروع ، وبخلافه النصب ، لأن تملكه من الفاسد بأداء الضمان مشروع)
بخلاف ما نحن فيه .

(ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله عبد يساوي مائة فدفعت
به فهو على هذا الخلاف المذكور) وقال الاترازي هذا تكرار لا محالة ، لأن وضع المسألة
في الفصل الثالث ، وهو قوله فان قتله عبد قيمته مائة فدفعت مكانه افتكه بجميع الدين

خطأ فضمان الجناية على المرتهن وليس له أن يدفع ، لأنه لا يملك التمليك . ولو فدى طهر المحل فبقي الدين على حاله ، ولا يرجع على الراهن بشيء من الفداء ، لأن الجناية حصلت في ضمانه ، فكأن عليه إصلاحها . ولو أبى المرتهن أن يفدي قيل للراهن ادفع العبد أو أفده بالدية ، لأن الملك في الرقبة قائم له ، وإتباع أبي المرتهن الفداء لقيام حقه . فإذا امتنع عن الفداء يطالب الراهن بحكم الجناية ، ومن حكمها

فلا حاجة بعد ذلك بعينه فهو على الخلاف . وقال الأكل رحمه الله قيل في بعض الشروح هذا تكرار لا محالة . قلت أراد به الاترازي ، ثم ذكرنا إلى قوله فهو على الخلاف ، ثم قال وكذلك قال صاحب النهاية جمل الصورة الثالثة فيما إذا تراجع السعر ، لكنه لم يتعرض لوقوع التكرار ، وهو لازم عليه أيضاً ، وفي ذلك سوء ظن بمثل صاحب الهداية الذي جاز قصبات السبق في التحقيق ، وإنما الصورة الثالثة في غير تراجع السعر كما ذكرنا ، وهذه المسألة في صورة التراجع ولا تكرار به .

(وإذا قتل العبد الرهن قتيلاً خطأ فضمان الجناية على المرتهن) لأن للعبد كله في ضمانه ودينه مستغرق لرقبته ، لأن المسألة فيما إذا كانت قيمته والدين سواء لأن قيمته لو كانت أكثر من الدين بعدها (وليس له أن يدفع) أي وليس للمرتهن دفع العبد (لأنه) أي لأن الرهن (لا يملك التمليك) لأن الدفع عليك الرقبة وهو لا يملك تمليكها .

(ولو فدى) أي لو فدى المرتهن (طهر المحل) بالطهارة المهمة ، أي طهر العبد عن الجناية (فبقي الدين) في الرهن (على حاله) ولا يرجع على الراهن بشيء من الفداء ، لأن الجناية حصلت في ضمانه ، فكان عليه إصلاحها . ولو أبى المرتهن أن يفدي ، قيل للراهن ادفع العبد أو أفده بالدية ، لأن الملك في الرقبة قائم له (أي للراهن) وإتباع أبي المرتهن للفداء لقيام حقه ، فإذا امتنع عن الفداء يطالب الراهن بحكم الجناية ومن

التخيير بين الدفع والفداء ، فإن اختلر للدفع سقط الدين ، لانه
استحق المعنى في ضمان المرتهن ، فصار كالهلاك ، وكذلك إن فدى
لان العبد كالحاصل له بعوض كمان على المرتهن وهو الفداء .
بخلاف ولد الرهن اذا قتل انساناً أو استهلك مالا حيث يخاطب
الراهن بالدفع أو الفداء في الابتداء ، لانه غير مضمون على المرتهن
فإن دفع خرج من الرهن ولم يسقط شيء من الدين ، كما لو هلك
في الابتداء ، وإن فدى فهو رهن مع أمه على حالهما . ولو استهلك
العبد المرهون مالا يستغرق رقبته ، فإذا أدى المرتهن الذي لزم العبد

(حكمها) أي من حكم الجنابة (التخيير بين الدفع والفداء ، فإن اختار الدفع سقط الدين ،
لانه) أي لان العبد (استحق المعنى) وهو الجنابة (في ضمان المرتهن ، فصار كالهلاك)
أي كهلاك العبد ، والجامع زوال ملك الراهن عن الرهن في ضمان المرتهن .
(وكذلك إن فدى) أي وكذلك يسقط الدين إن فدى (لان العبد كالحاصل له
بعوض كان على المرتهن وهو الفداء) يعني إذا كان على المرتهن دين وقد أداه الراهن
وجب على المرتهن مثل ما أدى إلى ولي الجنابة ، وللمرتهن على الراهن دين فالتقيا قصاصاً
فيسلم الرهن للراهن ، ولا يكون متبرعاً في أداء الفداء ، لانه يسمى في تخليص ملكه
كغير الرهن .

(بخلاف ولد الرهن إذا قتل إنساناً أو استهلك مالا حيث يخاطب الراهن بالدفع أو
الفداء في الابتداء) أي في أول الامر (لانه غير مضمون على المرتهن ، فإن دفع) أي
الراهن إلى المرتهن (خرج من الرهن ولم يسقط شيء من الدين ، كما لو هلك في الابتداء)
أي في أول الامر هلك بدون الجنابة يخرج من الرهن ولم يسقط شيء من الدين (وإن
فدى) أي الراهن (فهو) أي الابن (رهن مع أمه على حالهما) تبعاً لها .

(ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته ، فإن أدى المرتهن الذي لزم العبد

فدينه على حاله كما في القداء ، وان أبى قيل للراهن به في الدين
الا أن يختار أن يؤدي عنه ، فان أدى بطل دين المرتهن كما ذكرنا
في القداء . وان لم يؤدي ويبيع العبد فيه يأخذ صاحب دين العبد
دينه ، لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولي الجناية

فدينه على حاله كما في القداء (أي كما ينبغي الدين على حاله إذا فداء (وإن أبى) أي
المرتهن (قيل للراهن به) أي العبد (في الدين ، إلا أن يختار أن يؤدي شيئاً عنه)
الدين (فإن أدى بطل دين المرتهن) على الراهن (كما ذكرنا في القداء) وهو قوله وكذلك
إن قدى .

(وإن لم يؤدي) أي للراهن (ويبيع العبد فيه) أي في الدين (يأخذ صاحب دين
العبد دينه ، لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولي الجناية) وعلى حق
ولي الجناية أيضاً ، حق لو جنى وعليه دين يدفع إلى ولي الجناية ولقظه وحق الجناية
مجرور ، لانه عطف على دين المرتهن . وحاصل المعنى دين العبد مقدم على حق ولي
الجناية أيضاً ، حق لو جنى وعليه دين يدفع إلى ولي الجناية ثم يباع للفرماء على ما يأتي
في جنابة المملوك في الديات ، قاله الكاكي . وكذا قاله الاكل وتأج الشريعة .

وقال الاترازي قوله وحق ولي الجناية بالنصب أو بالرفع عطفاً على لفظ الدين
وعمله ، معناه أن دين العبد مقدم على دين المرتهن ، وكذلك حق ولي الجناية أيضاً مقدم
على دين المرتهن ، لان كل واحد منهما مقدم على حق الولي فلانه مقدم على حق المرتهن
أولى ، لان حق المالك أقوى ، ثم قال وقال بعضهم في شرحه قوله وحق ولي الجنابة بالحر ،
أي دين العبد مقدم على دين المرتهن ، ويقدم أيضاً على حق ولي الجنابة ، حق لو جنى
وعليه دين يدفع إلى ولي الجنابة ، ثم يباع للفرماء فالقول هذا في غاية الضعف ، لان
المسألة التي استشهد بها يدفع كلامه ، لانه قال دين العبد مقدم على حق ولي الجنابة ،
وفي المسألة قدم حق ولي الجنابة ثم رتب عليه حق الفرماء ، فانه مناقضة لأعماله .
قلت لاراد بقوله وقال بعضهم في شرح الكاكي كما ذكر كلامه في اعراب وحق غير

لتقدمه على حق المولى، فإن فضل شيء ودين غريم العبد مثل دين المرتهن أو أكثر فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن ، لأن الرقبة استحققت لمعنى هو في ضمان المرتهن فأشبهه الهلاك ، وإن كان دين العبد أقل سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد وما فضل من دين العبد يبقى رهناً كما كان . ثم إن كان دين المرتهن قد حل أخذه به ، لأنه من جنس حقه . وإن كان لم يحل أمسكه حتى يحل . وإن كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم أخذ الثمن ولم يرجع بما بقي على أحد

موجه يعرف بالتأمل ، وأما اعتراضه عليه في المسألة المستشهد بها فلا وجه لانه يبي .
(لتقدمه على حق المولى) أي لتقدم كل واحد منها من دين العبد ومن حق ولي الجناية على حق الولي ، كذا فسرہ الاترازي . وقال الكاكي أي لتقدم حق العبد على حق الولي يكون مقدماً على حق من يقوم مقامه وهو المرتهن وولي الجناية ، لأن المرتهن يقوم مقام الولي في المالية وولي الجناية مقام الولي في ملك العين ، وكذا فسرہ الاكمل « رح » ، والفرق بين التفسيرين بحسب تفسيرهم قوله وحق الجناية .

(فإن فضل شيء) أي من ثمن العبد الذي بيع (ودين غريم العبد) الواو فيه للحال (مثل دين المرتهن أو أكثر فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن ، لأن الرقبة استحققت لمعنى هو في ضمان المرتهن فأشبهه الهلاك) أي هلاك العبد حيث يبطل دين المرتهن به .
(وإن كان دين العبد أقل) من دين المرتهن (سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد) لأن ذلك استحق بسبب كان في يد المرتهن (وما فضل من دين العبد يبقى رهناً كما كان) رهناً أو لا .

(ثم إن كان دين المرتهن قد حل أخذه به) أي بدينه (لأنه من جنس حقه) فلا معنى لحسن الدرهم بالدرهم فيستوفيه (وإن كان) أي دينه (لم يحل أمسكه) أي أمسك الباقي (حتى يحل) دينه (فإن كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم أخذ الثمن ولم يرجع بما بقي)

حتى يعتق العبد ، لأن الحق في دين الاستهلاك يتعلق برقبته ،
وقد استوفيت فيتاخر إلى ما بعد العتق . ثم إذا أدى بعده لا يرجع
على أحد ، لأنه وجب عليه بفعله . وإن كانت قيمة العبد ألفين
وهو رهن بألف وقد جنى العبد ، يقال لها أفياءه ، لأن النصف منه
مضمون ، والنصف أمانة ، والفداء في المضمون على المرتهن .
وفي الأمانة على الراهن ، فإن أجمعا على الدفع دفعا وبطل دين
المرتهن والدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتهن لما بينا ، وإنما منه

من دينه (على أحد حتى يعتق العبد) فإذا اعتق رجع عليه (لأن الحق في دين الاستهلاك
يتعلق برقبته وقد استوفيت) أي الرقبة قد استعقت بسبب كان في يده (فيتاخر) أي
الدين الباقي (إلى ما بعد العتق ، ثم إذا أدى بعده) أي ثم إذا أدى العبد الباقي بعد العتق
(لا يرجع) أي العبد (على أحد) بما أدى (لأنه وجب عليه بفعله) لأن الباقي وجب
عليه بفعل نفسه .

(وإن كانت قيمة العبد ألفين وهو) أي العبد (رهن بألف وقد جنى العبد) جناية
على النفس (يقال لها) أي للراهن والمرتهن (أفياءه ، لأن النصف منه مضمون والنصف
أمانة والفداء في المضمون على المرتهن وفي الأمانة على الراهن) لأن النصف الجناية في الأمانة
يلزم المالك للرقبة كما يلزم المودع وحكمها في المضمون يتعلق بالراهن ، فلذلك قيل لها
أفياءه .

(فإن أجمعا على الدفع دفعا) ولفظ دفعا يجوز ، لأنه لدفع تملك لا يملك المرتهن
ذلك ، وإنما معنى أن المرتهن رضي بالدفع حين امتنع من الفداء فدفع إلى الراهن وأضاف
الدفع إليها ، لأنه تم باختيارهما ، وإن لم يرقم بفعله كذا ذكر القدوري في شرحه (وبطل
دين المرتهن والدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتهن لما بيناه) إشارة إلى قوله لأنه لا يملك
التمليك . وفي بعض النسخ لما ذكرناه (وإنما منه الرضى به) أي من المرتهن الرضى بالدفع
وقد ذكرناه هذا من شرح القدوري آنفا .

الرضا به . فإن تشاحا فالقول لمن قال أنا أفدي راهناً كان أو مرتتهناً .
أما المرتهن فلأنه ليس في القصداء إبطال حق الرامن ، وفي الدفع
الذي يختاره الرامن إبطال حق المرتهن ، وكذا في جناية ولد الرهن إذا
قال المرتهن أنا أفدي له ذلك . وإن كان المالك يختار الدفع ،
لأنه إن لم يكن مضموناً فهو محبوس بدينه ، وله في القداء عوض
صحيح ، ولا ضرر على الرامن ، فكان له أن يفدي . وأما الرامن
فلأنه ليس للمرتن ولاية الدفع لما بينا ، فكيف يختاره . ويكون
المرتن في القداء متطوعاً في حصة الأمانة ، حتى لا يرجع على

(فإن تشاحا) أي الرامن والمرتن فقال المرتن أنا أفدي ، وقال الرامن أنا ادفع
(فالقول لمن قال أنا أفدي راهناً كان أو مرتتهناً . أما المرتن فلأنه ليس في القداء إبطال
حق الرامن ، وفي الدفع الذي يختاره الرامن إبطال حق المرتن ، وكذا في جناية ولد
الرهن) أي وكذا الحكم في جناية ولد الرهن (إذا قال المرتن أنا أفدي له ذلك وإن
كان المالك يختار الدفع) كلمة إن واصله بما قبلها (لأنه) أي لأن الولد (إن لم يكن مضموناً
فهو محبوس بدينه) أي بدين المرتن ، أي والمرتن (وله في القداء عوض صحيح) وهو
أن يكون الولد رهنأ كأصله ، وكذا قاله شيخنا الملا . وقال تاج الشريعة عوض صحيح ،
أي حبس الرقبة بجانب الاستيفاء .

(ولا ضرر على الرامن) لأن المرتن لم يرجع عليه بشيء (فكان له أن يفدي ،
وأما الرامن فلأنه ليس للمرتن ولاية الدفع لما بينا) يعني به أن الرقبة ليست له ، فكيف
يملكها من غيره وهو معنى قوله (فكيف يختاره ويكون المرتن في القداء متطوعاً في
حصة الأمانة حتى لا يرجع على الرامن) يعني إن كان الذي يختار القداء هو المرتن كان
متطوعاً في حصة الأمانة ، لأن اختار مع تمكينه من الامتناع لحصول الرامن ، فكان
كالاجنبي (لأنه) أي لأن المرتن (يمكنه أن لا يختاره) أي القداء (فيخاطب الرامن)

الراهن ، لأنه يمكنه أن يختاره فيخاطب الراهن فلما التزمه والحالة هذه كان متبرعاً ، وهذا على ما روي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يرجع مع الحضور ، وسنين القولين إن شاء الله تعالى . ولو أبى المرتهن أن يفدي وفداء الراهن ، فإنه يجب على المرتهن نصف الفداء من دينه ، لأن سقوط الدين أمر لازم فدى أو دفع فلم يجعل الراهن في الفداء متطوعاً ، ثم ينظر إن كان نصف الفداء مثل الدين أو أكثر بطل الدين وإن كان أقل سقط من الدين بقدر نصف الفداء ، وكان العبد رهناً بما بقي ، لأن الفداء في النصف كان عليه ، فإذا أداه الراهن وهو ليس بمتطوع كان له الرجوع عليه ، فيصير قصاصاً بدينه ،

لأنه بعدما التزم المرتهن الفداء لا يتمكن الراهن من الدفع ، فتغير الفداء يخاطب به (فلما التزمه والحالة هذه كان متبرعاً) أي فلما التزم الفداء المرتهن مع تمكنه الفداء يكون متبرعاً .

(وهذا) أي المذكور (على ما روي عن أبي حنيفة أنه) أي أن المرتهن (لا يرجع مع الحضور) أي مع حضور الراهن أو كان غائباً (وسنين القولين إن شاء الله تعالى) والقولان وهما قول أبي حنيفة وقول مخالفيه ، لأنه المذكور بعد هذا ، فافهم ، أي بعد هذا بخطوط عند قوله (ولو أبى المرتهن أن يفدي وفداء الراهن) حاضر ، ولو أبى المرتهن أن يفدي وفداء الراهن (فإنه) يجب على المرتهن نصف الفداء من دينه ، لأن سقوط الدين أمر لازم فدى أو دفع ، فلم يجعل الراهن في الفداء متطوعاً ، ثم ينظر إن كان نصف الفداء مثل الدين أو أكثر بطل الدين (يعني أن موجب الجناية الدفع أو الفداء أو على التقديرين .

(وإن كان أقل سقط من الدين بقدر نصف الفداء ، وكان العبد رهناً بما بقي ، لأن الفداء في النصف كان عليه ، فإذا أداه الراهن وهو ليس بمتطوع كان له الرجوع عليه ،

كانه أوفى نصفه ، فيبقى العبد رهناً يا بقي . ولو كان المرتهن فدى والراهن حاضر فهو متطوع ، وإن كان غائباً لم يكن متطوعاً ، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله . وقال أبو يوسف ومحمد والحسن وزفر رحمهم الله المرتهن متطوع في الوجهين ، لأنه فدى ملك غيره بغير أمره ، فأشبه الأجنيبي . وله أنه إذا كان الراهن حاضراً أمكنه مخاطبته ، فإذا فداه المرتهن فقد تبرع كالأجنيبي . فأما إذا كان الراهن غائباً تعذر مخاطبته ، والمرتحن يحتاج إلى إصلاح المضمون ، ولا يمكنه ذلك إلا بإصلاح الأمانة ، فلا يكون متبرعاً . قال وإذا مات الراهن باع وصية الرهن وقضى الدين ، لأن الوصي قائم مقامه . ولو تولى الموصى حياً بنفسه كان له ولاية البيع ياذن

فيصير قصاصاً بدينه ، كأنه أوفى نصفه ، فيبقى العبد رهناً يا بقي ، ولو كان المرتهن فدى والراهن حاضر فهو متطوع ، وإن كان غائباً أي غيبة منقطعة ، ذكره في الاسرار (لم يكن متطوعاً ، وهذا قول أبي حنيفة « رح » . وقال أبو يوسف ومحمد والحسن وزفر « رح » المرتحن متطوع في الوجهين) أي الحضور والغيبة ، وبه قالت الاثمة الثلاثة . وروي عن أبي حنيفة عكس هذا ، وهو الراهن إذا كان حاضراً لا يكون متطوعاً ، وإن كان غائباً يكون متطوعاً (لأنه فدى ملك غيره بغير أمره ، فأشبه الأجنيبي) . (وله) أي ولا يبي حنيفة (انه إذا كان الراهن حاضراً أمكنه مخاطبته ، فإذا فداه المرتحن فقد تبرع كالأجنيبي ، فأما إذا كان الراهن غائباً تعذر مخاطبته ، والمرتحن يحتاج إلى إصلاح المضمون) وهو تظهير الرهن عند الجنائية (ولا يمكنه ذلك إلا بإصلاح الأمانة) لأن الفداء للمرتحن لا يجزئ له كونه غائباً (فلا يكون متبرعاً حينئذ) . (قال) أي القدوري (وإذا مات الراهن باع وصية الرهن وقضى الدين ، لأن الوصي قائم مقامه . ولو تولى الموصى حياً أي حال كونه حياً بنفسه كان له ولاية

المرتبن ، فكذا الوصية . وإن لم يكن له وصي نصب القاضي له وصياً وأمره ببيعه ، لأن القاضي نصب ناظراً لحقوق المسلمين إذا عجزوا عن النظر لأنفسهم ، والنظر في نصب الوصي يؤدي ما عليه لغيره ويستوفي ماله من غيره . وإن كان على الميت دين فـرهن الوصي بعض التركة عند غريم من غرمائه لم يجز ، وللآخرين أن يردوه ، لأنه أثر بعض الغرماء بالإيفاء الحكمي فأشبه الإيثار بالإيفاء الحقيقي . فإن قضى دينهم قبل أن يردوه جاز ، لزوال المانع بوصول حقهم إليهم . ولو لم يكن للميت غريم آخر جاز

البيع باذن المرتن ، فكذا الوصية) أن يبيع باذن المرتن وبلا إذنه لا يجوز ، لأنه ولاء للوصي .

(وإن لم يكن له) أي للراهن الميت (وصي نصب القاضي له وصياً وأمره ببيعه ، لأن القاضي نصب ناظراً لحقوق المسلمين إذا عجزوا عن النظر لأنفسهم في نصب الوصي يؤدي ما عليه لغيره ويستوفي ماله من غيره . وإن كان على الميت دين فـرهن الوصي بعض التركة عند غريم من غرمائه لم يجز وللآخرين) أي ولبقية الغرماء (أن يردوه ، لأنه) أي لأن الولي (أثر) أي اختار (بعض الغرماء بالإيفاء الحكمي) يعني أن موجب عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتن ، وليس للوصي أن يخص بعض الغرماء بذلك ، كذا قاله تاج الشريعة . وقال الحاكم الشهيد في الكافي لأن في الرهن معنى إيفاء الدين من وجه على وجه طلب الحقيقة عند الهلاك ، والوصي لا يكون يعمل من إيفاء حق بعض الغرماء دون البعض لتعلق حقهم على السواء في التركة ، إلا إذا قضى دينهم قبل أن يردوه كما في الإيفاء الحقيقي ، وهذا الشرح لكلام المصنف قوله (فأشبه الإيثار بالإيفاء الحقيقي) فلا يجوز .

(فإن قضى) أي الوصي (دينهم) أي دين الغرماء قبل أن يردوه (جاز لزوال المانع) وهو إيثارهم بالإيفاء الحكمي (بوصول حقهم إليهم ، فلو لم يكن للميت غريم

الرهن اعتباراً بالإيفاء الحقيقي ويبيع في دينه ، لأنه يباع فيه قبل
الرهن فكذا بعده . وإذا ارتهن الوصي بدين للميت على رجل
جاز ، لأنه استيفاء وهو يملكه ، قال رضي الله عنه وفي رهن الوصي
تفصيلات نذكرها في كتاب الوصايا إن شاء الله تعالى .

آخر (غير الغرماء المذكورين) جاز الرهن اعتباراً بالإيفاء الحقيقي ، ويبع في دينه ،
لأنه يباع فيه قبل الرهن ، فكذا بعده) لأنه لا مزاحم له .

(وإذا ارتهن الوصي بدين للميت على رجل جاز ، لأنه استيفاء) أي لأن ارتهان
الوصي من باب استيفاء الحقوق (وهو يملكه) أي الوصي بملك الإستيفاء ، لأنه نصب
لإستيفاء الحقوق وإيفائها .

(قال) أي المصنف (في رهن الوصي تفصيلات ، نذكرها في كتاب الوصايا إن
شاء الله تعالى) قال الاترازي هذه حوالة غير رائجة ، لأن رهن الوصي لم يذكره في
كتاب الوصايا فضلاً عن تفصيلاته ، ثم طول الكلام فيه ، وملخصه أن الورثة إذا كانوا
كلهم كباراً حضوراً لا يجوز ، وإن كانوا صفاراً وكباراً كان الكبار حضوراً ملك بدين
على الميت في قول أبي حنيفة . وعندهما لا يصح . وإن كان بدين استدانه عليهم
وعلى الصفار لم يصح في حق الكل بالإجماع ، سواء كان الكبار حضوراً أو غيباً . وإن
كان بدين على الميت فلا يكون للنظر واقعا للميت ، بل يقع للوارث فلا يستقيم اثبات
الولاية على غيره بتقدير النظر في حقه . ولو كان الرهن بدين استدانه في بقية الرقيق
فالجواب فيه كالجواب فيما إذا كان الرهن بدين على الميت .

* * *

(فصل)

قال ومن رهن عصيراً بعشرة قيمته عشرة فتخمر ثم صار خلاً يساوي عشرة فهو رهن بعشرة ، لأن ما يكون محلاً للبيع يكون محلاً للرهن ، اذ المحلية بالمالية فيها ، والخمر وإن لم يكن محلاً للبيع ابتداء فهو محل له بقاء ، حتى أن من اشترى عصيراً فتخمر قبل القبض يبقى العقد ، إلا أنه يتخير في البيع لتغير وصف المبيع ، بمنزلة ما اذا تعيب

(فصل)

أى هذا فصل في بيان المسائل المتفرقة التي نذكرها في اواخر الكتب .
(قال) أى قال محمد في الجامع الصغير (ومن رهن عصيراً بعشرة قيمته عشرة فتخمر) أى صار خراً (ثم صار خلاً يساوي عشرة فهو رهن بعشرة) لكن هذا إذا انقص من مقداره بالتخمر ، والغالب النقصان ، فإذا انتقص سقط من الدين بقدره ، وإذا انتقص سعره لا مقداره لا يسقط شيء من الدين ، ولكن الراهن يتخير ، كما إذا انكسر القلب إن شاء افتكه فاقصاً بجميع الدين ، وإن شاء ضمنه قيمته ، ويكون قيمته رهناً عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . وعند محمد إن شاء افتكه فاقصاً ، وإن شاء افتكه بالدين ، وإن لم ينقص قيمته لا يتخير فيه ، فيبقى رهناً كما كان ، لأنه لا ضرر في الجبر على الفكاك (لأن ما يكون محلاً للبيع يكون محلاً للرهن إذ المحلية بالمالية فيهما) أى في البيع والرهن .

(والخمر وإن لم يكن محلاً للبيع ابتداء فهو محل له بقاء ، حتى أن من اشترى عصيراً فتخمر قبل القبض يبقى المقدار) أى لا ينقص (إلا أنه) أى إن المشتري (يتخير في البيع لتغير وصف المبيع ، بمنزلة ما إذا تعيب) المبيع قبل القبض .

والحاصل هنا أن رهن المصير جائز لبيع بلا خلاف ، فإذا تخمر وهما مسلمان يفسد الرهن بلا خلاف ، فإذا فسد الرهن فللمرتن أن يخلها وليس للراهن أن يبيعه بالاسترداد

ولو رهن شاة قيمتها عشرة عشرة فماتت فدبغ جلدھا
فصار يساوي درهماً فهو رهن بدرهم ، لأن الرهن يتقرر بالهلاك ،
فإذا حيي بعض المحل يعود حكمه بقدره ، بخلاف ما إذا ماتت
الشاة انبثقت قبل القبض فدبغ جلدھا ، حيث لا يعود البيع ، لأن
المبيع ينتقض بالهلاك قبل القبض والمنتقض لا يعود . أما الرهن
يتقرر بالهلاك على ما بيناه . ومن مشايخنا من يمنع مسألة البيع
ويقول يعود البيع .

فان خلاها المرتن أو صارت خلا فقد عادت المالية ويعود حكم الرهن عندنا ، وبه قال
مالك . وعند الشافعي وأحمد لا يجوز بالتخليل ، ويعود بأن صارت خلا بنفسه . ولو
كافراً فبقى الرهن بتخمره لبقاء ماليته عندهما . ولو كان الراهن مسلماً أو المرتن
كافراً فتخمر يفسد الرهن . ولو كان الراهن كافراً والمرتن مسلماً فله أن يأخذ الرهن
والدين على حاله ، وليس للمسلم أن يخلها لبقاء المالية في حق الراهن .

(ولو رهن شاة قيمتها عشرة عشرة فماتت فدبغ جلدھا فصار يساوي درهماً فهو
رهن بدرهم ، لأن الرهن يتقرر بالهلاك) لأن المرتن يصير مستوفياً بالهلاك وبالإستيفاء
تأكد عقد الرهن . وقوله فهو رهن بدرهم معناه إن كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهماً .
وأما إذا كانت قيمته يومئذ درهمين فهو رهن بدرهمين ، ويعرف ذلك بأن ينظر إلى
قيمة الشاة حية ومسلوخة ، فان كانت قيمتها حية عشرة ، وقيمتها مسلوخة تسعة كانت
قيمة الجلد يوم الإرتهان درهماً . وإن كانت قيمتها مسلوخة ثمانية كانت درهمين .

(فإذا حيي بعض المحل) بأن عادت المالية بالدباغ (فيعود حكمه بقدره) يعني
يسقطه (بخلاف ما إذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدھا حيث لا يعود البيع ،
لأن المبيع ينتقض بالهلاك) أى يهلك المبيع (قبل القبض ، والمنتقض لا يعود ، أما الرهن
يتقرر بالهلاك على ما بيناه) أشار به إلى قوله لأن الرهن يتقرر بالهلاك فيما مضى بسطرين .
(ومن مشايخنا من يمنع مسألة البيع ويقول يعود البيع) كالرهن .

قال ونماء الرهن للراهن وهو مثل الولد والثمر واللبن والصوف ،
لأنه متولد من ملكه ، ويكون رهناً مع الأصل لأنه تبع له والرهن
حق لازم فيسري إليه فإن هلك يهلك بغير شيء

(قال) أى القدوري (ونماء الرهن للراهن) أى الزيادة الحاصلة في الرهن للراهن
وقد بين المصنف ذلك بقوله (وهو مثل الولد) أى بأن كان الرهن أمة فولدت ولداً
(والثمر) بأن كان الرهن شجراً فظهرت فيه ثمرة (واللبن) بأن كان الرهن حيواناً من
ذوات الالبان (والصوف) بأن كان الرهن غنماً فنمى فيه صوف ، أو جلاً فنمى فيه
وبر ونحو ذلك ، فذلك كله رهن مع الأصل (لأنه متولد من ملكه) أى من ملك الراهن
(ويكون رهناً مع الأصل ، لأنه) أى لأن المتولد (تبع للأصل ، والرهن حق لازم)
يعني مستنفر في العين (فيسري إليه) أى فيسري التبع إلى الأصل .

(فإن هلك) أى النماء (يهلك بغير شيء) والرهن على حاله بجميع الدين . وفي
الحيط والمبسوط الأصل عندنا أن كل ما يتولد من عين الرهن كالولد والثمر يسري حكم
الرهن اليهم . وكذا كل ما كان بدل جزء منه وما كان بدل المنفعة أو به لا يتولد منه
كالعلة ، والكسب لا يسري حكم الرهن اليه ، ويقولنا قال الثوري . وقال أحمد المتولد
منه وما حدث منه بسبب حادث كالعلة والكسب يدخل الكل ، وهو قول النخعي
والشعبي . وقال مالك يدخل الولد خاصة دون غيره . وقال الشافعي وأبو ثور وابن
المنذر لا يدخل شيء في الرهن من النماء المنفصل ولا من الكسب لحق الجناية ، حق قال
الشافعي « رج » لو رهنه ماشية غاضاً فنتجت فالنتاج خارج من الرهن ، وخالف أبو
ثور وابن المنذر .

فان قلت احتجوا بقوله ﷺ لا يخلق الرهن من رهنه له غنمه وعليه غرمه ، والنماء
غنم فيكون من الراهن . قلت قد ذكرنا تأويله فيما مضى ، ولئن سلم فنقول به إن للنماء
ملكه ، لكن حق المرتهن متعلق به وله حبسه ، حق يستوفي جميع حقه من الدين ولا
سبيل للراهن عليه قبل ذلك ، ولهذا قالت الفقهاء الاوصاف القارة في الامهات تسري إلى
الاولاد والرهن من الاوصاف القارة في الامهات ، فتسرى إلى الاولاد .

ولا يلزم على هذا الأصل ولد المفصوية وولد المشاجرة وولده المنكوح وولد الموصى بها

لان الاتباع لا قسط لها مما يقابل بالاصل ، لانها لم تدخل تحت العقد مقصوداً ، إذ اللفظ لا يتناولها . وإن هلك الأصل وبقي النماء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض وقيمة النماء يوم الفكك ، لأن الرهن يصير مضموناً بالقبض والزيادة تصير مقصودة بالفكك إذا بقي إلى وقته والتبع يقابله شيء إذا صار

بالخدمة وولد الجانية وولد التي تثبت حق الزكاة بعد الحول . وكذا ولد التي كفلت حيث لا تسرى هذه الاحكام إلى الولد ، لأن المراد من الاوصاف الاوصاف الزانية في الام لكونها بقيمة وحررة وقنومديرة ومكاتبه ومرهونة لا الاوصاف التي تثبت في ذمتها كما في كفالة الحر ولا في ذمة مالك الام كما في الزكاة وأن يكون الولد هنا ^(١) لكان حكم ذلك الوصف كالبيع والتحرير والكتابة والتدبير والرهن ، أما الولد لا يثبت فيه حكم النصب عندنا ، وكذا لا يقبل حكم الإجارة ، لأن حكم المتاجر في المنفعة لا في العين ، وكذا ولد المتكوجة لا يقبل الحل في حق الزوج ، وكذا ولد الموصى بخدمتها لا يكون صالحاً للخدمة حتى ينفصل ، وكذا ولد الجانية والدفع به غير لازم .

(لأن الاتباع لا قسط لها مما يقابل بالاصل ، لأنها لم تدخل تحت العقد مقصوداً) أى بلفظ العقد (إذ اللفظ لا يتناولها) أى الاتباع ، وذلك كولد المبيع فإنها تصير مبيعاً تبعاً ، فلا يكون له حصة في الثمن ، إلا إذا صار مقصوداً بالنص ، فكذا في الرهن إذا صار مقصوداً بالفكك ، فلا يكون له حصة من الضمان قبله . كذا في الإيضاح وغيره .

(وإن هلك الأصل وبقي النماء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض ، وقيمة النماء يوم الفكك ، لأن الرهن يصير مضموناً بالقبض ، والزيادة تصير مقصوداً بالفكك إذا بقي إلى وقته) أى وقت الفكك (والتبع يقابله شيء إذا صار مقصوداً كولد المبيع) صورته المبيعة إذا ولدت ولداً في يد البائع قبل التسليم إلى المشتري ثم

(١) هنا صالحاً فعلمكم - هامش .

مقصوداً كولد المبيع ، فما أصاب الأصل يسقط من الدين ، لأنه يقابله الأصل مقصوداً ، وما أصاب النماء أفتكه الراهن لما ذكرنا ، وصور المسائل على هذا الأصل تخرج وقد ذكرنا بعضها في كفاية المنتهى وتماه في الجامع والزيادات .

قبضها المشتري يكون الولد مقصوداً بالقبض ، ويقسم الثمن على الام والولد وفائدته لو هلك الام أو الولد قبل التسليم يسقط بحصته من الثمن .

(فما أصاب الأصل يسقط من الدين لأنه يقابله الأصل مقصوداً ، وما أصاب النماء أفتكه الراهن) أى بما أصاب النماء (لما ذكرنا) أشار به إلى قوله تصير مقصودة بالفكاك . وقال الكرخي ويقسم الدين على قيمة الرهن يوم وقع عليه العقد ، وعلى ما غنى منه يوم يفتكه هذه حقيقة القسمة ، وما وقع من القسمة قبل ذلك فإنما هو على الظاهر إلى أن ينظر ما يؤول إليه قيمة النماء يوم الفكاك . فإن كانت قيمته زائدة يوم الفكاك ، فصارت العين سعراً وبدين كان في الولد ثلث الدين وفي الام ثلث ، فلو كانت لما ولدت الولد قيمته مثل قيمتها وإن كانت أعورت بعد الولادة ، أو كانت أعورت قبلها ذهب من الدين بعورها ربعة مائتان وخسون .

فإن مات الولد وقد أعورت الام قبل الولادة أو بعدها ذهب نصف الدين ، فإن أعور الولد لم يذهب بعوره شيء ، فإن كانت الام أعورت قبل الولادة أو بعدها أو قبل أعورار الولد أو بعده ذهب بعورها أيضاً ثلث الدين ، لأن قيمتها يوم العقد ألف وقيمة الولد يوم الفكاك وهو أعور خمسمائة وفيه ثلث الدين وفيها ثلث الدين ، فلما أعورت ذهب نصف ما فيها وهو ثلث الدين ويفتكها وولدها بثلث الدين .

(وصور المسائل على هذا الأصل) يعني ما ذكرنا من قسمة الدين على قيمتها يوم القبض والفكاك (تخرج وقد ذكرنا بعضها في كفاية المنتهى ، وتماه في الجامع والزيادات) وفي ذلك كثرة وتطويل ، فأعرض عنها المصنف هاهنا . قال الاكل وقابضه في ذلك . قلت نحن أيضاً قابضه ، لأن المقصود من شرح هذا الكتاب حل ألفاظه وبيان صورة مسائله ،

ولو رهن شاة بعشرة وقيمتها عشرة ، وقال الراهن للمرتهن احلب الشاة
فما حلبت فهو لك حلال فحلب وشرب فلا ضمان عليه في شيء من ذلك
أما الإباحة فيصح تعليقها بالشرط والخطر ، لأنها إطلاق وليس بتعليك
فتصح مع الخطر . ولا يسقط بشيء من الدين ، لأنه أتلفه بإذن المالك
فإن لم يفتك الشاة حتى ماتت في يد المرتهن قسم الدين على قيمة
اللبن الذي شرب وعلى قيمة الشاة . فما أصاب الشاة سقط ،
وما أصاب اللبن أخذه المرتهن من الراهن ، لأن اللبن
تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن ، والفعل حصل بتسليط من
قبله ، فصار كأن الراهن أخذه وأتلفه فكان مضموناً عليه ،

وليس المقصود أن يذكر فيه ما ذكره المتقدمون من الجمل والمفصل .

(ولو رهن شاة بعشرة وقيمتها عشرة ، وقال الراهن للمرتهن احلب الشاة فما حلبت
فهو لك حلال فحلب وشرب فلا ضمان عليه في شيء من ذلك . أما الإباحة فيصح تعليقها
بالشرط والخطر) أراد بالشرط قوله فما حلبت فإن كلمة ما تضمنت معنى الشرط ، ولهذا
دخلت الفاء في جرهما ، كما في قوله تعالى ﴿ وما بكم من نعمة فمن الله ﴾ ٥٣ النحل (لأنها)
أى الإباحة (إطلاق ، وليس بتعليك فتصح مع الخطر ، ولا يسقط بشيء من الدين ،
لأنه أتلفه بإذن المالك) وفيه إشارة إلى أنه لو أتلفه بغير إذنه ضمن ، وكانت القيمة
رهنًا مع الشاة . وكذلك لو فعل الراهن ذلك بدون إجازة المرتهن ، وبه قالت الأئمة
الثلاثة إلا أحمد في رواية عنه أنه لو حلبه بعوض فنقصه فإنه لا يحتسب عليه .

(فإن لم يفتك الشاة حتى ماتت في يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذي شرب
وعلى قيمة الشاة فما أصاب الشاة سقط ، وما أصاب اللبن أخذه المرتهن من الراهن ،
لأن اللبن تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن ، والفعل حصل بتسليط من قبله) أى من
قبل الراهن (فصار كأن الراهن أخذه وأتلفه فكان مضموناً عليه ، فيكون رخصة من

فيكون له حصته من الدين فبقي بحصته ، وكذلك ولد الشاة إذا
أذن له الراهن في أكله ، وكذلك جميع النماء الذي يحدث على هذا
القياس . قال وتجوز الزيادة في الرهن ، ولا تجوز في الدين عند
أبي حنيفة ومحمد ، ولا يصير الرهن رهناً بها . وقال أبو يوسف تجوز
الزيادة في الدين أيضاً . وقال زفر والشافعي لا تجوز فيهما . والخلاف
معهما في الرهن والضمن والمثلث والمهر والمنكوحة سواء ، وقد

الدين ، فبقي بحصته) فان كانت قيمة الدين خمسة صار بإضافة ثلث الدين ، فيسقط ثلث
الدين بهلاك الشاة ، ويؤدي ثلثه .

(وكذلك ولد الشاة إذا أذن له الراهن في أكله ، وكذلك جميع النماء الذي يحدث
على هذا القياس) يعني إن كان باذن الراهن لا يضمن ، وإن كان بغير إذنه يضمن ، ولا
يعلم فيه خلاف ، ويكون ضمانه رهناً عندها .

(وقال) أي القدوري (وتجوز للزيادة في الرهن) صورته أن يرهن ثوباً بعشرة قيمته
عشرة ، ثم زاد الراهن ثوباً ليكون رهناً مع الأول بعشرة ، وبه قالت الأئمة الثلاثة (ولا
تجوز في الدين عند أبي حنيفة ومحمد د رح)) وبه قال الشافعي في الجديد (ولا يصير
الرهن رهناً بها) أي بالدين .

(وقال أبو يوسف د رح ، تجوز الزيادة في الدين أيضاً) بأن رهن عبداً بألف ثم حدث
للراهن دين آخر بالشراء والاستقراض ، فيجعلان المبد رهناً بالدين القديم والحادث ،
وبه قال مالك والشافعي رحمهما الله في القديم ، واختاره المزني . وعن بعض اصحابه أن
لشافعي قولين كالقديم .

(وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا تجوز فيهما) أي زيادة الرهن في الرهن وزيادة
الدين في الدين (والخلاف معهما) أي مع زفر والشافعي رحمهما الله (في الرهن والضمن
والمثلث) أما الخلاف في الرهن ، أي في الزيادة في الدين فيه الخلاف أيضاً (والمهر

ذكرناه في البيوع . ولأبي يوسف في الخلافية الأخرى أن الدين في باب الرهن كالثمن في البيع ، والرهن كالثمن فتجوز الزيادة فيهما كما في البيع . والجامع بينهما الإلتحاق بأصل العقد للحاجة والإمكان . ولهما وهو القياس أن الزيادة في الدين توجب الشئوع في الرهن ، وهو غير مشروع ، والزيادة في الرهن توجب الشئوع

والمنكوحة سواء) قوله سواء خبر ، أعنى قوله والخلاف بينهما ، أى وفي المهر والمنكوحة الخلاف أيضا ، صورة زيادة المنكوحة رجل زوج أمته من رجل بمهر مقدر ، ثم زوجه أمة أخرى بذلك المهر وقبل الزوج يصح ، ويقسم الالف عليهما عندنا . وقال الكاكي ولو قال المولى زوجتك أمة أخرى تلك الالف لا يجوز ، كذا وجد بخط العلامة حافظ الدين . وفي النهاية وفي الاسرار ما يدل على جوازه . وقال الاكمل عن حميد الدين الضرير أنه قال يجوز أن يكون مرادهم من قولهم لا يجوز الزيادة في المنكوحة أن يقول المولى رددت لك أمة أخرى بذلك المهر . أما لو قال زوجتك هذه الامة الأخرى بذلك المهر لزم أن يصح (وقد ذكرناه في البيوع) أى في الفصل الذي ذكره في المراجعة والتولية .

(ولأبي يوسف « رح » في الخلافية الأخرى) أي مسألة الزيادة في الدين (أن الدين في باب الرهن كالثمن في البيع والرهن كالثمن ، فتجوز الزيادة فيهما) أي في الدين والرهن . (كما في البيع) أي كما تجوز الزيادة في الثمن والمبيع في البيع (والجامع بينهما) أي بين الرهن والبيع في الزيادة فيهما (الإلتحاق بأصل العقد للحاجة) فيهما إلى مال آخر فيأخذه من المرتن فيجعلانه رهنا (والامكان) أي ولالإمكان في الإلتحاق بأصل العقد ، لأن العقد بعد الإلتحاق مغير إلى اصل مشروع بأن يصير قيمة الرهن مثل الدين أو اقل ، فانه مشروع في الابتداء ، فكذا إذا تغير في الانتهاء .

(ولهما) أي ولأبي حنيفة ومحمد « رح » (وهو القياس) أي وقولهما القياس (أن الزيادة في الدين توجب الشئوع في الرهن وهو غير مشروع عندنا والزيادة في الرهن توجب

في الدين ، وهو غير مانع من صحة الرهن . ألا ترى أنه لو رهن عبداً
بخمسمائة من الدين جاز . وإن كان الدين ألفاً وهذا شيوع في
الدين ، والإلتحاق بأصل العقد غير ممكن في طرف الدين ، لأنه
غير معقود عليه ، ولا معقود به ، بل وجوبه سابق على الرهن .
وكذا يبقى بعد انقضاؤه ، والإلتحاق بأصل العقد في بدلي العقد ،
بخلاف البيع ، لأن الثمن بدل يجب بالعقد ، ثم إذا صحت الزيادة
في الرهن وتسمى هذه زيادة قصدية يقسم الدين على قيمة الأول

الشيوع في الدين ، وهو غير مانع من صحة الرهن . ألا ترى أنه لو رهن عبداً بخمسمائة
من الدين (الذي هو الف جاز ، ولو رهن ثوباً بمشرين ، نصفه بعشرة ونصفه بعشرة لم
يصح ، وهنا شيوع في الدين (جاز) .

(وإن كان الدين ألفاً وهذا شيوع في الدين والإلتحاق بأصل العقد) هذا افساد
للجامع الذي ذكره أبو يوسف ، بيانه أن الإلتحاق بأصل العقد (غير ممكن في طرف
الدين ، لأنه) أي لأن الدين (غير معقود عليه ، ولا معقود به ، بل وجوبه) أي وحبوب
الدين (سابق على الرهن . وكذا يبقى بعد انقضاؤه) أي الرهن (والإلتحاق بأصل
العقد في بدلي العقد) هذا جواب عن قول أبي يوسف « رح » ، يعني أن الإلتحاق بأصل
العقد إنما يكون فيها هو المعقود عليه كالبيع ، أو معقود به كالثمرة ، ولهذا جازت
الزيادات في الرهن إلحاقاً بأصل العقد ، لأنه معقود عليه ، والدين غير معقود ، وعليه
عقد الرهن . ولهذا لا يسقط بفسخ الرهن ، ولهذا لم يجز الزيادات في الدين .

(بخلاف البيع ، لأن الثمن بدل يجب بالعقد ، ثم إذا صحت الزيادة في الرهن ،
وتسمى هذه زيادة قصدية) أي بخلاف تمام الرهن ، فإنه ليس بزيادة قصدية ، بل قيمته ،
فلهذا اختلفا حكماً ، وقوله (يقسم الدين) جواب ، أما قوله وتسمى هذه زيادة قصدية
معارضة بينهما ، أي يقسم الدين (على قيمة الأول) وفي بعض النسخ على قيمة الأصل

يوم القبض ، وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت ، حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خمسمائة ، وقيمة الأول يوم القبض ألفاً ، والدين ألفاً يقسم الدين أثلاثاً في الزيادة ثلث الدين . وفي الأصل ثلثا الدين اعتباراً بقيمتها في وقتي الإعتبار ، وهذا لأن الضمان في كل واحد منهما يثبت بالقبض ، فتعتبر قيمة كل واحد منهما وقت القبض . وإذا ولدت المرهونة ولداً ثم أن الرهن زاد مع الولد عبداً وقيمة كل واحد ألف ، فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم ما في الولد عليه ، وعلى العبد الزيادة ، لأنه جعله زيادة مع الولد دون الأم . ولو كانت الزيادة مع الأم يقسم الدين على قيمة الأم يوم العقد ، وعلى قيمة الزيادة يوم القبض ، فما أصاب الأم قسم عليها وعلى ولدها ، لأن الزيادة دخلت على الأم . قال فإن رهن عبداً يساوي

(يوم القبض ، وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت ، حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خمسمائة ، وقيمة الأول يوم القبض ألفاً والدين ألفاً يقسم الدين أثلاثاً في الزيادة ثلث الدين . وفي الأصل ثلثا الدين اعتباراً بقيمتها في وقتي الإعتبار) وهما وقت القبض .

(وهذا) توضيح لما قبله (لأن الضمان في كل واحد منها يثبت بالقبض ، فتعتبر قيمة كل واحد منها وقت القبض) ثم ذكر على سبيل التفريع . قوله (وإذا ولدت المرهونة ولداً ثم أن الرهن زاد مع الولد عبداً وقيمة كل واحد ألف فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم ما في الولد عليه وعلى العبد الزيادة ، لأنه جعله زيادة مع الولد دون الأم . ولو كانت الزيادة مع الأم) أن قال رهنك هذا العبد مع الأم (يقسم الدين على قيمة الأم يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض ، فما أصاب الأم قسم عليها وعلى ولدها ، لأن الزيادة دخلت على الأم) قال الكرخي ولم يزد الغلام مع الأم وزاده مع ولده هذه زيادة في الولد

ألفاً بألف ثم أعطاه عبداً آخر قيمته ألف رهناً مكان الأول فالأول
رهن حتى يرده إلى الراهن والمرتهن في الآخر أمين حتى يجعله مكان
الأول ، لأن الأول إنما دخل في ضمانه بالقبض والدين ، وهما
باقيان فلا يخرج عن الضمان إلا بنقض القبض ما دام الدين باقياً ،
وإذا بقي الأول في ضمانه لا يدخل الثاني في ضمانه ، لأنهما رضا
بدخول أحدهما فيه لا بدخولهما ، فإذا رد الأول دخل الثاني في
ضمانه . ثم قيل يشترط تجديد القبض ، لأن يد المرتهن على الثاني
يد أمانة ويد الرهن يد استيفاء وضمان ، فلا ينوب عنه ، كمن له

بهاء في عتق الولد من الرهن ، ثم زاد الولد حتى صار يساوي الفين كان هو والغلام رهناً
بثلثي ألف . فإن مات الولد صار الغلام رهناً بغير شيء ورده على الراهن .
ولو ماتت الأم وبقي ولدها وقيمته ألف مثل قيمة الأم فإن الأم تذهب ببائتين
وخمسين ، وذلك لأن الدين انقسم فيها ، وفي الزيادة نصفين فاصحابها خمسة فأنقسمت
فيها وفي ولدها نصفين . ولو زادت قيمة الأم ثم يعتبر ما في الزيادة ولم ينقص ذلك ،
ولم يزد .

(قال) أي قال محمد « رح » في الجامع الصغير (فإن رهن عبداً يساوي ألفاً بألف ثم
أعطاه عبداً آخر قيمته ألف رهناً مكان الأول فالأول رهن حتى يرده إلى الراهن والمرتهن
في الآخر أمين حتى يجعله مكان الأول ، لأن الأول إنما دخل في ضمانه بالقبض والدين ،
وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان إلا بنقض القبض) وهذا احتراز عن الإبراء على ما
يجيء ، فإن الإبراء يرتفع بالضمان ، وإن لم ينقض القبض بالرد إلى الراهن (ما دام الدين
باقياً ، وإذا بقي الأول في ضمانه لا يدخل الثاني في ضمانه ، لأنهما رضا بدخول أحدهما
فيه لا بدخولهما ، فإذا رد الأول دخل الثاني في ضمانه) .

(ثم قيل يشترط تجديد القبض ، لأن يد المرتهن على الثاني يد أمانة ، ويد الرهن يد

على آخر جياذ فاستوفى زيوفاً ظنّها جياذاً ثم علم بالزيافة وطالبه بالجياذ وأخذها ، فإن الجياذ أمانة في يده ما لم يرد الزيوف ويجدد القبض ، وقيل لا يشترط ، لأن الرهن تبرع كالهبة على ما بيناه من قبل وقبض الامانة ينوب عن قبض الهبة . ولأن الرهن عينه أمانة ، والقبض يرد على العين فينوب قبض الامانة عن قبض العين ولو أبرأ المرتهن الراهن عن الدين أو وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن يهلك بغير شيء استحساناً خلافاً للزفر ، لأن الرهن مضمون بالدين أو بجهته عند توهم الوجود ، كما في الدين الموعود .

استيفاء وضمان ، فلا ينوب عنه ، كمن له على آخر جياذ فاستوفى زيوفاً ظنّها جياذاً ثم علم بالزيافة وطالبه بالجياذ وأخذها فإن الجياذ أمانة في يده ما لم يرد الزيوف ويجدد القبض ، وقيل لا يشترط) أي تجديد القبض (لأن الرهن تبرع كالهبة على ما بيناه من قبل) أي في صدر الكتاب (وقبض الامانة ينوب عن قبض الهبة . ولأن الرهن عينه أمانة والقبض يرد على العين) أي قصداً ، وعلى المالية ضمناً (فينوب قبض الامانة عن قبض العين) .

وقوله أي (ولو أبرأ المرتهن الراهن) إلى آخر كتاب الرهن ، ذكرت على سبيل التفريع (عن الدين أو وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن يهلك بغير شيء استحساناً خلافاً للزفر « رح ») هو القياس لأن الضمان في باب الرهن إنما يجب باعتبار القبض وهو قائم ، فلأن ما بعد الإبراء وقبله سواء ، ولهذا كان مضموناً بعد الاستيفاء . وإن لم يبق الدين بعد قوله (لأن الرهن مضمون بالدين) دليل أصحابنا وبه قالت الاثثة للثلاثة ، بيانه انه لما كان مضموناً بالدين فإبراء .

(أو يجهته) دليل آخر ، أي أو الرهن مضمون بعهدة الدين (عند قوم الوجود كما في الدين الموعود) أي عند وجود الدين ، كما إذا قبض الرهن ليقرضه فهلك قبل الإقراض

ولم يبق الدين بالإبراء أو الهبة ولا جهته لسقوطه ، إلا إذا أحدث منعاً ، لأنه يصير به غاصباً إذا لم تبق له ولاية المنع . وكذا إذا ارتهنت المرأة رهناً بالصدّاق فأبرأته أو وهبته أو ارتدت والعياذ بالله قبل الدخول ، أو اختلعت منه على صدّاقها ثم هلك الرهن في يدها يهلك بغير شيء في هذا كله ولم تضمن شيئاً لسقوط الدين كما في الإبراء . ولو استوفى المرتهن الدين بإيفاء الراهن أو بإيفاء متطوع ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين ، ويجب عليه رد ما استوفى إلى ما استوفى منه ، وهو من عليه أو المتطوع ، بخلاف الإبراء . ووجه الفرق

هلك مضموناً (ولم يبق الدين بالإبراء أو الهبة) أي بسببها (ولا جهته) أي في جهة الدين (لسقوطه) أي لسقوط الدين ، قيد به لأن الدين بالإستيفاء ينتهي ولا يسقط كما يجب .

(إلا إذا أحدث) جواب عما يقال سقوط الدين لا يوجب سقوط الضمان ، فانه إذا طالبه الراهن ومنع المرتهن بعد الإبراء فانه يضمن وقد سقط الدين ، وبيان الجواب بقوله إلا إذا أحدث (منعاً ، لأنه يصير به غاصباً إذا لم تبق ولاية المنع ، وكذا) أي الحكم (إذا ارتهنت المرأة رهناً بالصدّاق فأبرأته أو وهبته أو ارتدت والعياذ بالله قبل الدخول ، أو اختلعت منه على صدّاقها ثم هلك الرهن في يدها يهلك بغير شيء في هذا كله) أي في هذا المذكور كله (ولم تضمن) أي المرأة (شيئاً لسقوط الدين ، كما في الإبراء) أي كما لا تضمن في الإبراء .

(ولو استوفى المرتهن الدين بإيفاء الراهن أو بإيفاء متطوع ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين ويجب عليه) أي على المرتهن (رد ما استوفى إلى ما استوفى منه ، وهو من عليه أو المتطوع) وقال زفر « رح » والائمة الثلاثة لا يجب عليه ذلك ، لأن الرهن بعد الإستيفاء أمانة في يده (بخلاف الإبراء) يعني في صورة الإبراء يهلك بغير شيء .

أن بالإبراء يسقط الدين أصلاً كما ذكرنا ، وبالإستيفاء لا يسقط لقيام الموجب ، إلا أنه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة ، لأنه يعقب مطالبة مثله فأما هو في نفسه فقائم ، فإذا هلك يتقرر الاستيفاء الأول فانتقض الاستيفاء الثاني . وكذا إذا اشترى بالدين عيناً أو صالح عنه على عين ، لأنه استيفاء . وكذلك إذا أحال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة ويهلك بالدين ، لأنه في معنى البراءة بطريق الأداء ، لأنه يزول به عن ملك المحيل

(ووجه الفرق) أي بين هلاك الرهن بعد استيفاء الدين حيث يهلك بالدين ، وبين هلاكه بعد الإبراء حيث يهلك بغير شيء (أن بالإبراء يسقط الدين أصلاً كما ذكرنا ، وبالإستيفاء لا يسقط لقيام الموجب) للضمان ، وهو قبض الرهن (إلا أنه) أي غير أنه (يتعذر الإستيفاء) أي الإستيفاء المرتهن (لعدم الفائدة) لأنه لما استوفى ثانياً يطالبه الراهن بمثله ، وهو معنى قوله (لأنه يعقب مطالبة مثله ، فأما هو) يعني تعدد الإستيفاء (في نفسه فقائم ، فإذا هلك) يعني الرهن (يتقرر الإستيفاء الأول) وهو الإستيفاء الحكمي ، فأما هو ، أي الدين باستيفاء حكم الإستيفاء إلى وقت قبض الرهن (فانتقض الإستيفاء الثاني) وهو الإستيفاء الحقيقي لئلا يتكرر الإستيفاء .

(وكذا إذا اشترى بالدين عيناً أو صالح عنه على عين) هذا معطوف على قوله ولو استوفى المرتهن الدين ، إلى قوله ويجب عليه رد ما استوفى ، يعني إذا اشترى المرتهن بالدين عيناً من الراهن سقط الدين عن المرتهن بطريق المقاصة ، ويجب على المرتهن رد الرهن على الراهن ، فلو هلك قبل أن يرده يجب عليه رد قيمته وكذا إذا صالح المرتهن مع الراهن عن الدين على عين يجب عليه رد الرهن إن كان قائماً وقيمته إن هلك بعد الصلح (لأنه) أي لأن الصلح عن الدين على العين (استيفاء) للدين .

(وكذا إذا أحال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة ويهلك بالدين ، لأنه في معنى البراءة) أي لأن الحوالة على تأويل عقد الحوالة ، وإنما قال في

مثل ما كان له على المحتال عليه ، أو ما يرجع عليه به إن لم يكن للمحيل عليه دين ، لأنه بمنزلة الوكيل . وكذا لو تصادقا على أن لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه فتكون الجهة باقية ، بخلاف الإبراء ، والله أعلم .

معنى الإبراء إشارة إلى الجواب عما يقال ذمة المحيل تبرأ بالحوالة عما عليه ، فكان ينبغي أن يكون معنى الإبراء فيهلك أمانة . ووجه ذلك ما اشار اليه أن الحوالة وإن كانت إبراء لكنها (بطريق الاداء) دون الإسقاط (لأنه يزول به) أي بمقد الحوالة (عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه أو ما يرجع عليه) أي أو يزول ما يرجع ، أي المحتال (به إن لم يكن المحيل على المحتال عليه دين) أي على المحيل في المال (لأنه) أي لان المحتال عليه (بمنزلة الوكيل) بقضاء الدين عن المحيل .

(وكذا لو تصادقا على أن لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه) يعني بعد التصديق على عدمه يجوز أن يتذاكرا ، ووجوبه بعد التصديق على انتفائه (فتكون الجهة باقية) وضمان الرهن يتحقق بتوهم الوجوب (بخلاف الإبراء ، والله أعلم) هذا راجع إلى قوله ولو استوفى في ذلك ، لأنه من ثمة إلى هاهنا بعوض على جواب الإستحسان في صورة الإبراء ، والاولى أن يرجع إلى قوله فتكون الجهة باقية .

وقال الاترازي قوله بخلاف الإبراء يتصل بقوله يهلك بالدين ، يعني أن المرتهن إذا أبرأ الراهن عن الدين ثم هلك الرهن في يده هلك بغير شيء .

فروع : اختلفا في قيمة الرهن بعد الهلاك فالقول للمرتهن ، وبه قالت الاثمة الثلاثة في صورة ضمان الرهن أن يفدي المرتهن في الرهن . ولو اختلفا في قدر الدين بأن يقول الراهن رهن بألف ، ويقول المرتهن بألفين فالقول للراهن ، وبه قال الشافعي وأبو ثور والنخعي والثوري والبستي « رح » . وقال مالك رحمه الله القول للراهن ما لم يجاوز الثمن الرهن أو قيمته ، وبه قال الحسن وقتادة . ولو اختلفا في قدر الرهن بأن يقول

المرتهن الرهن بهذا المبدأ ، وقال الراهن : أحدهما بعينه فالقول للراهن ، ولا نعلم فيه خلاف .

وكذلك لو اختلفا في رد الرهن فالقول للمرتهن بلا خلاف ، لأنه ينكر ، والقول له مع اليمين . ولو اعتق الراهن المرهون وادعى أنه اعتقه باذن المرتهن ، والراهن ينكر ، فالقول للمرتهن . ولو قال الراهن رهن بالدين المؤجل وقال المرتهن بل للحال فالقول للراهن ، كما لو أنكر أصل الدين . ولو كان لأحدهما بينة حكم بها بلا خلاف في جميع هذه المسائل .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الجنایات

(مکتب الجنایات)

أي هذا كتاب بيان أحكام الجنایات ، وهي جمع جنایة ، وهي لغة إسم لما یحنيه من شر أي یکسبه ، تسميته بالمصدر إذ هي في الأصل مصدر جنى علیه شرا ، واصله من جنى الثمر وهو أخذه من الثمر ، وهو عام ، إلا أنه خص بما یحرم من الفعل شرعاً سواء جنى بنفس ، أو بمال .

ويراد بإطلاق الجنایة عند الفقهاء ، فعل حل في النفس أو الطرف . وقال شیخ الإسلام : الجنایة علی النفس یمى قتلاً ، وفيما دون النفس قطعاً وجرحاً .

والقتل فعل مضاف إلى العباد یحیث یزول به الحیاة ، وزوال الحیاة بدون قتل العباد یمى موقاً . وسیبها سبب الحدود ، وشرطها كون المحل حیواناً ، ولما كان ملاك الولاية الدينية والدنیوية والریاسة الإحسان أتى إلى العدل والسیاسة . فإن بالإحسان یستعید الإنسان وترفع التباغض والعدوان . وبالسیاسية تجر السفهاء عن الطقیان ، وبالعدل یستقیم الملك وتعمر البلدان .

كان شرع أحكام الجنایات من معظم معاهد الأمور ، فاتبعها المصنف «رح» بالعبادات والمعاملات وأخرجها لأنها ترجع إلى العارض . فأوردھا عقیب الرهن إذ كل واحد للوقایة والصیانة ، فإن الرهن وثيقة لصیانة المال عن الهلاك ، فكذا حکم الجنایة مشروعة لصیانة المكلف عن الهلاك .

قال القتل على خمسة أوجه عمد، وشبه عمد، وخطأ، وما أجري مجرى الخطأ، والقتل بسبب. والمراد بيان قتل تتعلق به الأحكام قال فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح أو ما أجري مجرى السلاح كالمحدود من الخشب وليطة القصب والمروة المحددة والنار

(قال) أي القدوري (القتل على خمسة أوجه ، عمد ، وشبه عمد ، وخطأ ، وما أجرى مجرى الخطأ ، والقتل بسبب) إلى هنا لفظ القدوري ، وقال المصنف (والمراد) أي مراد القدوري (بيان قتل تتعلق به الأحكام) قيد به لأن أنواع القتل أكثر من خمسة ، وقد ذكر في مبسوط شيخ الإسلام : أنواع القتل أكثر من خمسة ، من رجم ، وقصاص ، وقتل حربي ، وقتل لقطع الطريق ، وقتل المرتد .

فعل أن المراد به القتل الموجب للضمان وهو خمسة ، وفي الأصل : القتل على ثلاثة أوجه : عمد ، وشبه عمد ، وخطأ . ونقل الطحاوي والكرخي في مختصرهما هذه العبارة . وقال صاحب النافع : القتل على أربعة أوجه ، عمد ، وشبه عمد ، وخطأ ، والقتل بسبب .

قيل وجه الإحصار أن القتل لا يخلو إما أن يكون بسلاح أو بغيره . فإن صدر بسلاح فلا يخلو إما أن يكون به قصد القتل أو لا ، فالأول عمد ، والثاني خطأ . وإن صدر بغير سلاح ، فإما إن كان معه قصد التأديب أو الضرب أم لا ، فإن كان فهو شبه العمد وإلا فلا يخلو إما أن يكون جارياً مجرى الخطأ أو لا فإن كان فهو ، وإن لم يكن فهو القتل بالسبب وقيل وجه الإحصار الاستقراء التام ، ونسب هذا إلى أبي بكر الرازي رحمه الله . (قال) أي القدوري (فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح أو ما أجرى مجرى السلاح) يعني في تفريق الأجزاء (كالمحدود من الخشب وليطة القصب) الليطة بكسر اللام قشر القصب (والمروة المحددة) وهي القطعة من الحجر الصوان ، يكون لها أطراف تقطع ما أصابته .

(والنار) التي هي أسرع للهلاك ، وفي المغنى : المحددة ليست بشرط إذا كانت الآلة

لأن العمد هو القصد ولا يوقف عليه إلا بدليله ، وهو استعمال
الآلة القاتلة فكان متعمداً فيه عند ذلك . وموجب ذلك المأثم لقوله
تعالى ﴿ ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم ﴾ الآية

من الحديد . فقال : العمد ، أن يتعمد الإنسان في قتل من لا يحل قتله بالحديد سواء كان
سلاحاً نحو السيف ، والسكين ، والرمح أو لم يكن سلاحاً كالإبرة والأشعار ، سواء كان
له حد ينصع أو لا ، كالعمود وصنجة الميزان ، وسواء كان الغالب منه الهلاك أو لم يكن ،
هذا كله على رواية الأصل .

وذكر الطحاوي عن أبي حنيفة «رح» لو قتله بصنجة عمود أو حديد لا حد له فهو
ليس بعمد محض ، فلا يجب القصاص ، بل هو خطأ وعمد .

وفي فتاوى قاضي خان «رح» في ظاهر الرواية في الحديد وما يشبه الحديد كالتحاس
والصقر ، والرصاص ، والذهب والفضة ، والإبريز لا يشترط الجرح لوجوب القصاص .

وفي المبسوط عن أبي حنيفة «رح» قتله بعمود أو صنجة حديد لا حد له فليس بعمد
عنده ، بل هو خطأ وعمد عندهما ، إن كان الغالب منه الهلاك ، فعمد محض وإلا فخطأ عمد .

(لأن العمد هو القصد ولا يوقف عليه إلا بدليله) أي بدليل العموم (وهو) أي
دليله (استعمال الآلة القاتلة فكان متعمداً فيه) أي في عمده باستعمال الآلة القاتلة .

(عند ذلك) أي عند وجود العمد باستعمال الآلة القاتلة ، لأن القاتلة إرقاق للحياة ،
وهو غير محسوس . فيكون القصد إلى إرقاق الحياة بالضرب بالسلاح الذي هو خارج
عامل في الظاهر والباطن جميعاً .

(وموجب ذلك) أي مقتضى العمد الموصوف بتلك الأوصاف (المأثم) أي حصول
الإثم العظيم . وروى عنه عليه السلام لزوال الدنيا أهون عند الله من قتل امرئ مسلم . هذا

حديث ذكره غالب الشراح . ولم يذكروا من رواه ، ولا من أخرجه . قلت هذا أخرجه
الترمذي والنسائي «رح» من حديث عبد الله بن عمر رضي الله تعالى عنها : أن النبي ﷺ

قال « لزوال الدنيا ، الحديث .

(لقوله تعالى : ﴿ ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم ﴾ الآية ٩٣ النساء) ويكفي هذه

وقد نطق به غير واحد من السنة وعليه انعقد إجماع الأمة . قال
والقود لقوله تعالى ﴿ كتب عليكم القصاص في القتلى ﴾ الآية . إلا
إلا أنه تقيد بوصف العمدية

الآية موعظة في قتل النفس بغير حق (وقد نطق به غير واحد من السنة) أي السنة
فيه أكثر من أن يحصى ، وأظهر من أن يخفى منها ما رواه الترمذي «رح» عن أبي
الحكم ، عن أبي سعيد الخدري ، وأبي هريرة رضي الله تعالى عنها ، يذكران عن النبي
صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وسلم قال : « لو أن أهل السماء وأهل الأرض اشتركوا
في دم مؤمن لا كبهم الله في النار » .

ومنها ما رواه البخاري «رح» عن ابن عمر رضي الله تعالى عنها قال : قال رسول الله
صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وسلم : لا يزال المؤمن في فسحة من دينه ما لم
يصب دماً حراماً .

ومنها ما رواه النسائي عن أبي إدريس الخولاني عابد الله ، عن معاوية : سمعت
رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وسلم يقول : « كل ذنب عسى الله أن يفره
إلا الرجل يموت كافراً ، والرجل يقتل مؤمناً متعمداً .

ومنها ما رواه ابن ماجه من حديث سعيد بن المسيب «رح» عن أبي هريرة رضي الله
تعالى عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وسلم من أعان على
قتل مؤمن بشطر كلمة لقي الله تعالى مكتوب بين عينيه آيس من رحمة الله عز وجل .
والأحاديث في هذا الباب كثيرة جداً .

(وعليه انعقد إجماع الأمة) أي وعلى التعريم إجماع أمة النبي صلى الله عليه وآله
وأصحابه وسلم على الوجه المذكور .

(قال والقود) عطف على قوله المأثم أي وموجبة أيضاً وجوب القود أي القصاص .

(لقوله تعالى : ﴿ كتب عليكم القصاص في القتلى ﴾ الآية ١٧٨ البقرة) وما كتب على عباده

فهو فرض . (إلا أنه تقيد بوصف العمدية) يعني أن الآية بظاهرها ما لم تفرق بين العمد

لقوله عليه السلام العمد قود أي موجبة ، ولأن الجناية بها تتكامل
وحكمة الزجر عليها تتوفر ، والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون
ذلك . قال إلا أن يعفو الأولياء

والخطأ ، إلا أنه ، أي غير أن القتل تقيد بوصف العمدية . (لقوله عليه السلام) أي لقول
النبي صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وسلم («العمد قود») هذا الحديث رواه ابن أبي
شيبه في مسنده من حديث طاووس ، عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما قال : قال
رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وسلم : «العمد قود إلا أن يغفر ولي المقتول» .
ورواه أبو داود والنسائي وابن ماجه من حديث ابن عباس رضي الله عنهما أيضاً
طويلاً ، وفيه من قتل عمداً فهو قود . والحديث مشهور زيد به على الكتاب ، فما بقى
الكتاب على إطلاقه فصار كالجمل ، فيجوز عندنا أن يكون الحديث بياناً له وإن كان خيراً
واحداً كما في بيان قدر مسح الرأس .

وفسر المصنف رحمه الله قوله عليه السلام : «العمد قود» بقوله (أي موجبة) أي موجب
العمد أي الذي يقتضيه قود . أي قصاص لأن غير العمد ليس بقصاص .
(ولأن الجناية بها) أي بالعمدية (تتكامل) ليجب القصاص لأن قتل الخطأ ليس
بجناية محضة . (وحكمة الزجر) مبتدأ (عليهما) أي على الجناية ، (تتوفر) خبر
مبتدأ من توفر على الشيء إذا دعى حرماؤه ووفر عليه حقه توفيراً ، واستوفره إذا
استوفاه كاملاً ، وحاصل المعنى : أن العمدية تحصل بالجناية الكاملة ، كل ما تتكامل
به الجناية كانت حكمة الزجر عليها أكمل ، لأن حكمة الزجر المنع عن الإقدام على
الجنايات لمراعاة حرمتها لا للمجاراة المحضة إذ الدنيا ليست بدار الجزاء ودار
الجزاء هي الآخرة

(والعقوبة المتناهية لا شرع لها) هذه حجة أخرى ، وأراد بالعقوبة المتناهية القصاص .
قوله (دون ذلك) أي دون قيد العمدية ، وقال تاج الشريعة «رح» : العقوبة المتناهية
إزالة حياة لا تشرع بدون تكامل الجناية .

(قال) أي القدوري (إلا أن يعفو الأولياء) هذا لفظ القدوري «رح» وقوله

أو يصالحوا لأن الحق لهم ، ثم هو واجب علينا ، وليس للولي أخذ
الدية إلا برضاء القاتل ، وهو أخذ قول الشافعي «رح» ، إلا أن له حق
العدول إلى المال من غير مرضاة القاتل لأنه تعين مدفعاً للهلاك فيجوز
بدون رضاه وفي قول: الواجب أحدهما لا يعينه ويتعين باختياره لأن
حق العبد شرع جابراً وفي كل واحد نوع جبر فيتخير ،

(أو يصالحوا) لفظ المصنف رحمه الله يعني إذا عفا الأولياء عن القصاص أو يصالحوا على
مال فيسقط القصاص (لأن الحق لهم) أي للأولياء . (ثم هو) أي القصاص (واجب
علينا) أي من حيث التعين من الشارع . ونتيجته تظهر من قوله (وليس للولي أخذ
الدية إلا برضاء القاتل) لأن حقه القصاص بتعين الشارع ، وليس هو الخيار بين أخذ
الدية والقصاص .

(وهو أحد قول الشافعي «رح») وبه قال مالك «رح» في رواية . وهو قول
إبراهيم النخعي ، وسفيان الثوري ، والحسن بن حي ، وابن شبرمة «رح» .
(إلا أن له) أي للولي (حق العدول إلى المال من غير مرضاة القاتل لأنه) أي المال
(تعين مدفعاً للهلاك) وصيانة النفس عن الهلاك فرض بقدر الإمكان .

وقال تاج الشريعة : قوله من غير مرضاة القاتل (فيجوز بدون رضاه) أي يجوز بغير
رضاه لأنه ملكه ما يحیی به نفسه ، فيلزم هذا التملك شاء القاتل أو أبى ، كمن أصابته
مخمصة ، فبذل له إنسان طعاماً بثمن المثل ، يلزمه هذا التملك . وهذا لأن إحياء النفس
فرض على الإنسان ما أمكن .

(وفي قول) أي للشافعي «رح» : (الواجب أحدهما) أي إما القصاص أو أخذ
المال (لا يعينه) يعني من غير تعيين (ويتعين) أي أحدهما (باختياره) أي باختيار القاتل .
(لأن حق العبد شرع جابراً) يعني النظر للولي تشريعه لا يبقی الضمان الأصلي ولم
يمكن الجمع بينهما .

(وفي كل واحد) من القصاص وأخذ المال (نوع جبر فيتخير) . وقال مالك «رح»

ولنا ما تلونا من الكتاب ، وروينا من السنة ولان المال لا يصلح
موجباً لعدم المماثلة . والقصاص يصلح للتماثل وفيه مصلحة الأحياء
زجراً وجبراً ، فيتعين وفي الخطأ وجوب المال ضرورة صون
الدم عن الإهدار ،

في رواية ، وأبو ثور وإسحاق ومحمد بن سيرين وسعيد بن المسيب والأوزاعي وأبو سليمان
وجهور أصحاب الحديث «رح» واحتجوا بقوله عنه : « من قتل قتيلاً فأهله بين
خيرتين إن أحبوا قتلوا ، وإن أحبوا أخذوا العقل أى الدية ، وهذا تنصيص على أن كل
واحد منها يوجب القتل .

قال الكاكي «رح» هذا الحديث رواه شريح والكمي ، قلت : الجواب عنه أنه خبر واحد
فلا يمارض الكتاب ، والسنة المشهورة . وأيضاً هو محمول على الرضاء . وللشافعي «رح»
قول آخر ذكره تاج الشريعة حيث قال : في المسألة ثلاثة أقاويل ، يمني للشافعي في قول
الواجب هو القصاص إلا أن يعفو الولي ، وفي قول : الواجب أحدهما والتعيين إلى الولي ،
وفي قول بالعكس .

ر (ولنا ما تلونا من الكتاب) وهو قوله تعالى : ﴿ كتب عليكم القصاص في القتلى ﴾
﴿ ولكم في القصاص حياة ﴾ .

✓ (وروينا من السنة) وهو قوله عليه السلام : « العمد قود » .

(ولأن المال) دليل عقلي وبيانه أن المال (لا يصلح موجباً) في القتل العمد .
(لعدم المماثلة) ، أي لعدم المماثلة بين المال وال آدمي ، لأن المال مملوك مبتذل ، وال آدمي
مالك يتبدل فأنى يتماثلان .

(والقصاص يصلح للتماثل) لأنه لغة روح بازاء روح مثله . (وفيه) أي وفي القصاص —
(مصلحة الأحياء زجراً) للغير عن وقوعه فيه ، (وجبراً) للورثة ، (فيتعين) أي القصاص .
(وفي الخطأ) هذا جواب عما يقال كيف يصلح موجباً في الخطأ ، والفائت فيه
مثل الفائت في العمد ، وتقرير الجواب أن (وجوب المال ضرورة صون الدم عن الإهدار) .

ولا يتعين بعدم قصد الولي بعد أخذ المال، فلا يتعين مدفعاً للهلاك . ولا كفارة فيه عندنا وعند الشافعي «رح» تجب، لان الحاجة إلى التكفير في العمد أمس منها إليه في الخطأ، فكان أدعى إلى إيجابها ولنا أنها كبيرة محضة

والأدمى مكرم لا يجوز إهدار دمه وأنه لما لم يكن الإقتصاص فيه هدر الدم لو لم يجب المال (ولا يتعين بعدم قصد الولي بعد أخذ المال) هذا جواب عن قوله (فلا يتعين مدفعاً للهلاك) تقريره أنه متعين بعدم قصد الولي القتل بعد أخذ المال ، لأنه يجوز أن يأخذ المال ، ثم تهيج الضغينة وتحركه العداوة على ارتكاب قتله وإن لم يكن له ذلك شرعاً ، فإذا كان كذلك فلا يتعين مدفعاً للهلاك .

فان قيل هذا الوهم موجود فيما إذا أخذ المال صلحاً ، وقد جاز ، أجيب بأن في الصلح المراضاة ، والقتل بعده ظاهر العدم .

(ولا كفارة فيه) أي في القتل العمد سواء كان عمداً يجب فيه القصاص ، أو لا يجب كالأب إذا قتل ابنه عمداً ، ومسلم قتل من أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا عمداً . (عندنا) وبه قال مالك وأحمد في المشهور عنه ، وبه قال الثوري وأبو ثور وابن المنذر (وعند الشافعي «رح» تجب) .

وبه قال أحمد «رح» في رواية . ولا خلاف في وجوب الكفارة في الخطأ . إلا ما حكى عن مالك أنه قال : لا تجب الكفارة في القتل العمد أو الكفارة خطأ .

وللشافعي وجهان في سقوط الكفارة عن القاتل إذا قتل قصاصاً ، والأصح أنه لا يسقط ويؤدي من تركه .

(لأن الحاجة إلى التكفير في العمد أمس منها إليه) أي إلى التكفير (في الخطأ) لأنها لستر الذنب ، والذنب في العمد أعظم .

(فكان أدعى إلى إيجابها) أي فكان الذنب أدعى إلى إيجاب الكفارة (ولنا أنه) أي القتل أو العمد (كبيرة محضة) أي ليس فيه جهة الإباحة .

وفي الكفارة معنى العبادة ، فلا تناط بمثلها ، ولأن الكفارة
من المقادير ، وتعينها في الشرع لدفع الأدنى لا يعينها لدفع الأعلى .
ومن حكمه حرمان الميراث لقوله عليه السلام لا ميراث لقاتل .
قال وشبه العمد عند أبي حنيفة أن يتعمد الضرب

(وفي الكفارة معنى العبادة) يعني دائرة بين العبادة والعقوبة فلا بد أن يكون سببها
دائريين الخطر والإباحة كما في الغموس . (فلا تناط) أي الكفارة (بمثلها) أي
بمثل الكبيرة المحضة .

(ولأن الكفارة) جواب عن قياس الشافعي «رح» يعني إلحاقه العمد بالخطأ . تقديره
أن الكفارة (من المقادير وتعينها في الشرع لدفع الأدنى لا يعينها لدفع الأعلى) وهو القصاص ،
فلا يمكن إلحاق العمد بالخطأ ، لأنه لا مدخل للرأي في تقدير العقوبات والجناية . فإن
قلت يشكل بكفارة قتل صيد الحرم ، فانه كبيرة محضة ، ومع هذا يجب فيه الكفارة .
قلت هو جناية على المحل ، ولهذا لو اشترك حلالان في قتل صيد الحرم يلزم جزاء واحد .
ولو كان جناية الفعل ، لوجب جزاء . والجناية على المحل يستوي فيه العمد والخطأ

(ومن حكمه) أي حكم القتل العمد (حرمان الميراث لقوله ﷺ) أي لقول النبي
صلى الله عليه وعلى آله وسلم (لا ميراث لقاتل) . هذا أخرجه ابن ماجة ، من حديث عمر
رضي الله تعالى عنه مطولاً ، وفيه : سمعت رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم يقول :
« ليس لقاتل ميراث » .

ورواه مالك في الموطأ ، وعن مالك رواه الشافعي في مسنده ، وعبد الرزاق في
مصنفه ، وأخرجه الترمذي من حديث أبي هريرة ، عن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم
قال : « القاتل لا يرث » . وقال الترمذي «رح» هذا حديث لا يصح لا نعرفه إلا من هذا
الوجه . وفيه إسحاق عن عبد الله بن أبي فروة تركه بعض أهل العلم ، منهم أحمد
ابن حنبل رضي الله عنه .

(قال) أي القدوري رحمه الله (وشبه العمد عند أبي حنيفة «رح» أن يتعمد الضرب

بما ليس بسلاح ولا ما أجري مجرى السلاح وقال أبو يوسف
ومحمد وهو قول الشافعي «رح» إذا ضربه بحجر عظيم أو بنخشة
عظيمة ، فهو عمد ، وشبه العمد أن يتعمد ضربه بما لا يقتل
به غالباً ، لأنه يتقاصر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة لا يقتل بها
غالباً لما أنه يقصد بها غيره كالتأديب ونحوه ، فكان شبه العمد لا
يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث ، لأنه لا يقصد به إلا القتل كالسيف
فكان عمداً موجباً للقود .

بما ليس بسلاح ولا ما أجري مجرى السلاح (سواء كان الدلالة به غالباً كالحجر والمصا
الكبيرين ومدقة القصار أو لم يكن كالمصا الصغيرة .

وفي المبسوط سمي به هذا الفعل الذي لا يوجب القود ويشبه العمد أي خطأ يشبه العمد
لما فيه من معنى العمد بالنظر إلى قصد الفاعل إلى الضرب . ومعنى الخطأ باعتبار انعدام
قصد القتل وبالنظر إلى الآلة التي استعملها هي آلة الضرب للتأديب دون القتل والعامل
إنما يقصد إلى كل فعل بآلته ، فكان ذلك خطأ يشبه العمد بلا خلاف ،

وعن مالك «رح» في رواية إن قصد القتل يجب القود ، والخلاف في تفسير شبه
العمد . وفي الأوضح شبه العمد عند أبي حنيفة «رح» ان يتعمده بكل آلة لم
توضع للقتل .

(وقال أبو يوسف «رح» ومحمد وهو قول الشافعي إذا ضربه بحجر عظيم أو بنخشة
عظيمة فهو عمد . وشبه العمد أن يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالباً لأنه يتقاصر معنى
العمدية باستعمال آلة صغيرة لا يقتل بها غالباً لما أنه يقصد بها غيره) أي غير القتل
(كالتأديب ونحوه) كالتهريق (فكان شبه العمد لا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث لأنه
لا يقصد به إلا القتل كالسيف ، فكان عمداً موجباً للقود) أي القصاص .

وقال صاحب المجتبى يشترط عند أبي حنيفة «رح» أن يقصد التأديب دون الإتلاف ،
وعندهما إن كان متعمداً بما كان الإتلاف غالباً فعمد محض . وعند الشافعي ومالك وأحمد

وله قوله عليه السلام إلا أن قتيل خطأ العمد ، قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الإبل

بكل آلة لا تصلح للقتل ، فلو ضربه بسوط صغير ، سوطاً أو سوطين فمات فهو شبه العمد عند الكل ، ولو والى في الضربات إلى أن مات . فإن كان جملة ما والى بحيث يقتل مثله غالباً ، فهو عمد محض عندهما . وبه قالت الأئمة الثلاثة «رح» وقال بعضهم هو شبه العمد على قولها ، كقول أبي حنيفة «رح» ولو خيفة فمات ، فهو شبه عمد لا قصاص فيه ، إلا أن يكون معروفاً بذلك .

وعند الأئمة الثلاثة «رح» يجب القود . وقال بعضهم شبه العمد عند أبي حنيفة «رح» ان يتممه بكل آلة لم توضع للقتل . وعندهما بكل آلة لا تقتل غالباً . وقد ذكرنا هذا .

(وله) أي ولأبي حنيفة «رح» (قوله بإحدى) أي قول النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم (إلا أن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا ، وفيه مائة من الإبل) . هذا الحديث رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص «رض» أن النبي ﷺ قال : « إلا أن دية الخطأ شبه العمد ما كان بالعصا مائة من الإبل منها أربعون في بطونها أولادها .

وروي أيضاً عن عبد الله بن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنهما ، أخرجهم الثلاثة المذكورون عنه : أن رسول الله ﷺ خطب يوم الفتح بمكة ، الحديث . وفيه : « إلا أن دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط أو العصا مائة من الإبل ، منها أربعون في بطونها أولادها .

ورواه أحمد والشافعي وإسحاق في مسانيدهم . ورواه ابن أبي شيبة وعبد الرزاق في مصنفهما والتمسك به أنه ﷺ لم يقصد بين الصغير والكبير ، وعليها عملاً بالإطلاق . وقال تاج الشريعة «رح» في إعراب حديث الباب روى قتله بالنصب على البدل . وخبر أن فيه مائة من الإبل . وروي بالرفع فيكون هو خبر المبتدأ . ويكون قوله : فيه مائة كلاماً مستأنفاً .

ولأن الآلة غير موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه إذ لا يمكن استعمالها على غرة من المقصود قتله وبه يحصل القتل غالباً فقصرت العمدية، نظراً إلى الآلة فكان شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة. قال وموجب ذلك على القولين الإثم لأنه قتل وهو قاصد في الضرب والكفارة لشبهه بالخطأ والدية مغلظة على العاقلة والاصل

(ولأن الآلة) سواء كانت كبيرة أو صغيرة (غير موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه، إذ لا يمكن استعمالها) أى في القتل لأنه لا يمكن استعمال هذه الآلة (على غرة) بكسر الفين المعجمة، وتشديد الراء على غفلة. (من المقصود قتله وبه) أى وبالإستعمال على غرة (يحصل القتل غالباً فقصرت العمدية نظراً إلى الآلة). يعني القصد إلى القتل أمر باطن لا يوقف الأمر عليه، فأقام الشرع الضرب بآلة وضعت للقتل مقام القصد إلى القتل، وأقام الضرب بآلة وضعت للتأديب مقام عدم القصد، فسقط اعتبار حقيقة القصد، واعتبر السبب القائم مقامه. كذا في مبسوط شيخ الإسلام.

(فكان شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة) لأن تقتصر الآلة بتقاصر معنى العمدية، فيكون شبه العمد (قال وموجب ذلك) أى موجب شبه العمد (على القولين) أى على قول أبي حنيفة «رح» وقولها. (الإثم لأنه قتل وهو قاصد في الضرب). قتل على صيغة فعل الماضي، والواو في وهو: حال.

(والكفارة) بالرفع عطفاً على قوله الإثم. أى وموجبه أيضاً وجوب الكفارة (لشبهه بالخطأ) أى بالنظر إلى الآلة. وبه قالت الأئمة الثلاثة. وفي الإيضاح: وجدت في كتب أصحابنا أن لا كفارة في شبه العمد عند أبي حنيفة «رح»، لأن الإثم كامل متناه. وتناهي يمنع شرع الكفارة لأن ذلك من باب التخفيف.

وفي الكافي: والصحيح أنها تجب عنده. ذكره الطحاوى والجصاص.

(والدية) بالرفع أيضاً. أى وموجب ذلك أيضاً، وجوب الدية حال كونها (مغلظة) أى دية مغلظة وسيجيء تفسيرها إن شاء الله تعالى (على العاقلة والاصل)

أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتباراً بالخطأ ونجب في ثلاث سنين لقضية عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، ونجب مغلظة وسنين صفة التغليظ من بعد إن شاء الله تعالى . ويتعلق به حرمان الميراث لأنه جزاء القتل والشبهة تؤثر في سقوط القصاص دون حرمان الميراث ، ومالك وإن أنكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه ما أسلفناه .

أى في هذا الباب (أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء) يعني كل دية يوجبها القتل من الابتداء (لا بمعنى يحدث من بعد) احتراز به بما يصلحوا فيه على الدية ، وعن قتل الوالد ولده عمداً ، وعن إقرار القاتل بالقتل خطأ ، وقد كان قتله عمداً . فإن في هذه الصور تجب الدية على القاتل في ماله .

وقوله من بعد بضم الدال لأنه لما بعد من الكسر بالاضافة بنى على الضم . وقوله (فهي على العاقلة) خبر أن . وسيجيء تفسير العاقلة في باب مستقبل (اعتباراً بالخطأ) أى قياساً عليه .

(ونجب في ثلاث سنين لقضية عمر بن الخطاب «رض» ونجب المغلظة) أى الدية حال كونها مغلظة . (وسنين صفة التغليظ من بعد إن شاء الله تعالى) في كتاب الديات . (ويتعلق به) أى شبه العمد (حرمان الميراث لأنه) أى لأن حرمان الميراث (في سقوط القصاص) كان ينبغي أن يؤثر أيضاً في حرمان الميراث ، وتقرير الجواب أن شبه العمد تؤثر في سقوط القصاص للشبهة (دون حرمان الميراث) لأن الحرمان جزاء القتل بالنص وهو قوله عليه السلام : « لا ميراث للقاتل » .

(ومالك «رح» وإن أنكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه ما أسلفناه) وفي المبسوط : وكان مالك «رح» يقول : لا أدري ما شبه العمد وأن القتل عمد وخطأ . وقال المصنف رحمه الله : فالحجة عليه ، أى على مالك «رح» ، ما أسلفناه .

وقال الأكمل «رح» : قيل أراد به قوله عليه السلام إلا أن قتل العمد ، قتيل

قال والخطأ على نوعين خطأ في القصد وهو أن يرمي شخصاً بظنه
 صيداً ، فإذا هو آدمي ، أو بظنه حربياً فإذا هو مسلم . وخطأ في
 الفعل وهو أن يرمي غرضاً فيصيب آدمياً . وموجب ذلك الكفارة
 والدية على العاقلة لقوله تعالى ﴿ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى
 أهله ﴾ الآية وهي على عاقلته في ثلاث سنين لما بيناه . ولا إثم فيه
 يعني في الوجهين قالوا المراد إثم القتل فإما في نفسه فلا يعرى عن
 الإثم من حيث

السوط والعصا ، ولكن المهود من المصنف « رح » في مثله ان يقول ما روينا والحق
 ان يقال إنما قال أسلفنا نظراً إلى الحديث والمعنى المتقول . قلت كان الالوجه أن
 يقول لما ذكرنا على ما لا يخفى .

(قال) أى القدوري « رح » (والخطأ على نوعين : خطأ في القصد ، وهو أن
 يرمي شخصاً بظنه صيداً فإذا هو آدمي ، أو بظنه حربياً فإذا هو مسلم) .
 قوله بظنه : جملة حالية ، والفاء في فإذا في الموضعين للفتايات .

(وخطأ في الفعل ، وهو أن يرمي غرضاً) بفتح الغين المعجمة والراء ، وبالضاد
 المعجمة وهو الهدف . (فيصيب آدمياً وموجب ذلك) أى ما يقتضيه الخطأ بنوعيه
 (الكفارة والدية على العاقلة لقوله تعالى : ﴿ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله ﴾ .
 الآية ٩٢ النساء . وهي على ما قلته في ثلاث سنين لما بيناه) أراد به قوله : ويجب في
 ثلاث سنين بقضية عمر رضي الله تعالى عنه .

(ولا إثم فيه) من كلام القدوري « رح » . وقال المصنف « رح » (يعني في
 الوجهين) يعني عدم وجوب الإثم في الوجهين المذكورين لقوله عليه السلام : « رفع عن
 امتي الخطأ والنسيان » .

(قالوا) أى المشايخ (المراد إثم القتل) أى إثم قصد القتل ، بخلاف المضاف لأن
 إثم القتل غير منفي وهو معنى قوله : (فأما في نفسه فلا يعرى عن الإثم من حيث

ترك العزيمة والمبالغة في التثبت في حال الرمي إذا شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى ، ويحرم من الميراث لانه فيه إنما فيصح تعليق الحرمان به بخلاف ما إذا تعدد الضرب موضعاً من جسده فأخطأ ، فأصاب موضعاً آخر فمات حيث يجب القصاص . لان القتل قد وجد بالقصد إلى بعض بدنه ، وجميع البدن كالحل الواحد . وقال وما أجرى مجرى الخطاء مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله ، فحكمه حكم الخطأ في الشرع .

ترك العزيمة والمبالغة في التثبت في حال الرمي إذا شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى (الإثم إنه لم يباشر الرخصة بطريق السلامة والمباح مفيد بهذا كالمروء في الطريق ، وإذا كان فيه نوع إثم يستقيم تعليق حرمان الميراث به ، وهو معنى قوله (ويحرم من الميراث لانه فيه إنما فيصح تعليق الحرمان به) أى بالقتل الخطأ بنوعيه .

(بخلاف ما إذا تعدد الضرب) هذا متصل بقوله ويوجب ذلك الكفارة والدية ، وصورة ذلك أن يتعد الرجل أن يضرب (موضعاً) بأن قصد ضرب يده (من جسده فأخطأ فأصاب موضعاً آخر) بأن أصاب عنقه (فمات حيث يجب فيه القصاص ، لأن القتل قد وجد بالقصد إلى بعض بدنه وجميع البدن كالحل الواحد) حتى إذا أصاب عنق غيره فهو خطأ .

(قال) أى القدوري « رح » (وما أجرى مجرى الخطأ مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله ، فحكمه حكم الخطأ في الشرع) لكنه دون الخطأ حقيقة ، فإنه ليس من أهل القصد أصلاً ، وإنما وجبت الكفارة لتحرك التحرز عن نومه في موضع يتوهم أن يصير قاتلاً ، والكفارة في قتل الخطأ إنما تجب لترك التحرك أيضاً . وإنما جعل محروماً عن الميراث لجواز أن يكون تقاوم ولم يكن قائماً حقيقة . وهذا معتبر في حق الحرمان . وفي الأوضح : لو وقع من سطح على إنسان فقتله ، أو كان على دابة فأوطأت

وأما القتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه وموجبه إذا تلف فيه آدمي الدية على العاقلة لأنه سبب التلف وهو متعدد فيه ، فأنزل موقعا دافعا فوجبت الدية ، ولا كفارة فيه ولا يتعلق به حرمان الميراث . وقال الشافعي يلحق بالخطأ في أحكامه لأن الشرع أنزله قاتلا ولنا أن القتل معدوم منه حقيقة فألحق به في حق الضمان فبقي في حق غيره على الأصل ، وهو إن كان يائمه بالحفر في غير ملكه ، لا يائمه

إنسانا فمات ، أو كان في يده لبنة أو خشبة فسقط على إنسان فقتله ، فهذا مثل النائم ينقلب لكونه قتلا معصوما فأجرى مجرى الخطأ .

(وأما القتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه ، وموجبه إذا تلف فيه آدمي ، الدية على العاقلة لأنه سبب التلف وهو متعدد فيه فأنزل موقعا) يعني في البئر (دافعا) يعني في الحجر (فوجبت الدية ، ولا كفارة فيه ولا يتعلق به حرمان الميراث . وقال الشافعي « رح » يلحق بالخطأ في أحكامه) أي في أحكام الخطأ . فيجب الكفارة ويحرم عن الميراث . وبه قال مالك « رح » ، وأحمد « رح » (لأن الشرع أنزله قاتلا) يعني في الضمان فكان كالمباشرة فنعدم المسبب كالمباشر .

(ولنا أن القتل معدوم فيه حقيقة) لأنه ليس بمباشر للقتل حقيقة لأن مباشرة القتل إيصال فعل من القاتل بالمقتول ولم يوجد (فألحق به) أي بالمباشر (في حق الضمان) صيانة للدم عن الهدر على خلاف الأصل (فبقي في حق غيره) وهو حق الكفارة وحرمان الميراث .

(على الأصل) وهو عدم القتل ، وهو إن كان يائمه ، هذا جواب عما يقال : الحافر في غير ملكه يائمه . وما فيه إثم من الفعل يصح تعليق الحرمان به ، كما ذكرتم في الخطأ ، وتقرير الجواب هو أنه (وهو إن كان يائمه بالحفر في غير ملكه لا يائمه

بالموت على ما قالوه هذه الكفارة ذنب القتل ، وكذا الحرمان
بسيبه ، وما يكون شبه عمد في النفس فهو عمد فيما سواها ، لأن
إتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة ، وما صورها لا يختص بإتلافه
بآلة دون آلة والله أعلم .

بالموت على ما قالوا (أى النتائج) وهذه الكفارة (أى الكفارة التي ينالها فيها
كفارة) ذنب القتل ولا قتل (منا ولا كفارة .) (وكذا الحرمان) عن الميراث
(بسببه) أى بسبب القتل ولا قتل منا فلا حرمان .

(وما يكون شبه عمد في النفس فهو عمد فيما سواها) يعني ليس فيما دون النفس
شبه عمد وإنما هو عمد أو خطأ (لأن إتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة) فإن إتلاف
النفس لا يقصد إلا بالسلح وما يجري مجراه (وما دونها) أى ما دون النفس (لا
يختص إتلافه بآلة دون آلة والله أعلم) ألا ترى أن هذا المين كما يقصد بالسكين ،
يقصد بالحوط والعصا الصغيرة .

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه

قال القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأييد إذا قتل عمداً
أما العمدية فلما بيناه ، وأما حقن الدم على التأييد فلتنتفي شبهة
الإباحة ويتحقق المساواة

(باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه)

أى هذا باب في بيان ما يوجب القصاص ، وفي بيان ما لا يوجب القصاص . ولما
فرغ من بيان أقسام القتل وكان من جملتها العمد : وهو قد يوجب القصاص ، وقد لا
يوجبه ، احتاج إلى تفصيل ذلك في باب على حدة .

(قال) أى القدوري « رح » (القصاص واجب بقتل كل محقون الدم) من حقن
دمه : إذا منعه أن يسفك من وجهه دخل على التأييد احتراز به عن المستأمن ، ولا
يشكل بقتل الأب ابنه ، فإنه قتل مسلم لمسلم محقون الدم ، مع أنه لا يجب القصاص لان
ذلك من الموارض فلا يدخل تحت القواعد والكلام في الأصول .

(على التأييد إذا قتل عمداً) قيد به لانه إذا قتل خطأ لا يجب القصاص .
(أما العمدية فلما بيناه) في أوائل كتاب الجنايات من قوله عليه السلام : « العمد
قود » وأن الجناية شامل بها .

(وأما حقن الدم على التأييد) احتراز به عن المستأمن ، لأن فيه شبهة الإباحة .
والعود إلى دار الحرب أشار إليه بقوله (فلتنتفي شبهة الإباحة وتحقق المساواة) بين
القاتل والمقتول .

قال ويقتل الحر ، بالحر ، والحر بالعبد للعمومات . وقال الشافعي

الثاني : أن حقن الدم على التأبيد غير متصور لأنه انتهى ما يتصور منه أن يكون المسلم في دار الإسلام ، وهو يزول بالارتداد والعياذ بالله .

الثالث : أنها منقوضة مسلم قتل ابنه المسلم ، فإنها موجودة فيه ولا قصاص .

الرابع : أن قيد التأبيد لثبوت المساواة ، وإذا قتل المستأمن مسلماً وجب القصاص ولا مساواة بينها .

والجواب عن الأول : أن المراد بالوجوب ثبوت حق الاستيفاء . ولا منافاة بينه وبين المفو .

وعن الثاني : أن المراد بالحقن على التأبيد ، ما هو بحسب الأصل والارتداد عارض لا يعتبر به ، ورجوع الحربي إلى داره أصل لا عارض .

وعن الثالث : بأن القصاص ثابت ، ولكنه انقلب ما لا شبهة الأبوة .

وعن الرابع : بأن التفاوت إلى نقصان غير مانع من الاستيفاء بخلاف العكس .

(قال) أي القنوري « رح » (ويقتل الحر بالحر ، والحر بالعبد للعمومات) يريد به قوله : ﴿ كتب عليكم القصاص في القتلى ﴾ ، وقوله : ﴿ ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً ﴾ ، وقوله : ﴿ وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس ﴾ ، وقوله ﷺ : « العمد قود » .

وقال السكاكي « رح » . والحر بالعبد ، وكذا بالامة . ولكن لا يقتل بعبد نفسه عندما .

وقال النخعي وداود : يقتل بعبد نفسه أيضاً . لما روى الحسن « رح » عن سمرة « رض » : أنه ﷺ ، قال : من قتل عبده قتلناه ، ومن خدعه خدعناه .

قلنا : الحسن ما سمع « من قتل » من سمرة « رض » ، ولئن صح كان محمولاً على الزجر دون إرادة الإيقاع . وقيل هذا منسوخ بدليل سقوط القصاص بين الحر والعبد بالإجماع .

(وقال الشافعي « رح » لا يقتل الحر بالعبد) وبه قال مالك « رح » وأحمد : بل يضمن قيمته .

لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى ﴿الحر بالحر، والعبد بالعبد﴾ ومن ضرورة هذه المقابلة أن لا يقتل حر بعبد ولأن مبنى القصاص على المساواة وهي متفية بين المالك والمملوك، ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرفه بخلاف العبد بالعبد، لأنها يستويان، وبخلاف العبد حيث يقتل بالحر لأنه تفاوت إلى نقصان. ولنا أن القصاص يعتمد المساواة في العصمة، وهي بالدين والدار ويستويان فيهما، وجريان القصاص بين العبدین يؤذن

(لقوله تعالى : ﴿ الحر بالحر والعبد بالعبد ﴾ ، ومن ضرورة هذه المقابلة) وهي مقابلة : الحر بالحر والعبد بالعبد (أن لا يقتل الحر بالعبد ولأنه بنى القصاص على المساواة) بين القاتل والمقتول (وهي) أي المساواة (متفية بين المالك والمملوك ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرفه) أي بطرف العبد (بخلاف العبد بالعبد لأنها يستويان) في الملوكة .

(وبخلاف العبد حيث يقتل بالحر لأنه تفاوت إلى نقصان) أي لأن التفاوت بين العبد والحر تفاوت إلى نقصان ، فيجوز أن يستوفى بالكل دون عكسه كما في الطرف .
(ولنا أن القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي) أي العصمة (بالدين) يعني عند الشافعي « رح » (أو بالدار) يعني عندنا ، (ويستويان) أي الحر والعبد (فيهما) أي في الدين والدار فيجري القصاص بينهما (وجريان القصاص بين العبدین) هذا جواب عما يقال للرق أثر الكفر ، وحقيقة الكفر يورث شبهة الإباحة ، ولهذا لا يقتل المسلم بالكافر مطلقاً عند الشافعي « رح » ، فكذا أثره يورث شبهة الإباحة ، وتقدير الجواب أن يقال : لا يورث شبهة الإباحة ، وهو معنى قوله : وجريان القصاص بين العبدین .

(يؤذن) أي يعلم بإيضاح شبهة الإباحة ، والدليل على ذلك : أنه لو كان كما قلتم

بانتفاء شبهة الإباحة . والنص تخصيص بالذكر فلا ينفي ما عداه قال والمسلم بالذمي خلاف للشافعي

لما جاز جريان القصاص بين المبددين ، ولهذا لا يجري بين المستأمنين .
(بانتفاء شبهة الإباحة والنص تخصيص بالذكر) هذا جواب عما استدل من المقابلة في الآية ، وجهه ان النص الذي فيه المقابلة تخصيص بذكرها .
(فلا ينفي ما عداه) أي ماعدا المنصوص ، كما في قوله : ﴿ والأنتى بالآنتى ﴾ فإنه لا ينفي الذكر بالآنتى ولا العكس بالإجماع .

وفائدة التخصيص الرد على من أراد قتل غير القاتل بالمقتول ، ذلك أن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما روى أن قبيلتين من العرب تدعى إحداهما مقتلا على الأخرى اقتتلتا فقالت مدعية الفضل : لا نرضى إلا بقتل الذكر منهم بالآنتى ، والحر منهم بقتل العبد منا . فأنزل الله تعالى هذه الآية ردأ عليهم .

ولم يذكر الجواب عن الأطراف وقد أجيب بأن القصاص في الأطراف معتمد المساواة في الجزاء . فإنه لا يقطع اليد الصحيحة بالسلاء ولا مساواة بينها في ذلك لأن الرق ثابت في أجزاء الجسم بخلاف النفوس ، فإن القصاص فيها يقمدها في العصمة ، وقد تساوى فيها .

(قال) أي القدوري « رح » (والمسلم بالذمي) أي بقتل المسلم بالذمي . وبه قال النخعي والشمي « رح » (خلافاً للشافعي « رح ») ومالك « رح » ، وأحمد « رح » ، وأبي ثور ، والثوري ، والأوزاعي ، وزفر ، وأصحاب الظواهر « رح » ، وهو قول عطاء والحسن البصري « رح » .

وفي المبسوط : الخلاف فيما إذا كان القاتل حال القتل مسلماً ، أما لو قتل ذمياً ثم أسلم القاتل يقتص بالإجماع .

وعن مالك « رح » : إذا قتل المسلم الذمي غيلة يقتل به ، لما روي أن عثمان رضي الله تعالى عنه أمر به في هذه الصورة . والغيلة : أن ينجذع الرجل حتى يدخل بيته أو نحوه ، فيقتله أو يأخذ ماله إن كان معه .

له قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر ، ولأنه لا مساواة بينهما
وقت الجنابة . وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة . ولنا ما روي
أن النبي عليه السلام قتل مسلماً بذمي

(له) أى للشافعي « رح » (قوله عليه السلام) أى قول النبي ﷺ : (لا يقتل مؤمن
بكافر) هذا الحديث رواه البخاري « رح » ، عن أبي حنيفة « رح » قال : سألت علياً
رضي الله تعالى عنه هل عندكم مما ليس في القرآن ؟ فقال : « العقل وفكاك الأسير ، وإن
لا يقتل مسلم بكافر » .

وأخرجه أبو داود « رح » والنسائي « رح » مطولاً وفيه : ألا لا يقتل مؤمن
بكافر . وروى أبو داود وابن ماجه أيضاً ، عن عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن
جده ، عن النبي ﷺ قال : « لا يقتل مؤمن بكافر » .

(ولأنه لا مساواة بينهما) أى بين المسلم والذمي (وقت الجنابة) قيد به لأن القاتل
إذا كان ذمياً وقت القتل ثم أسلم ، فإنه يقتص منه بالإجماع ، وقد ذكرناه .

(وكذا الكفر مبيح) لقوله تعالى ﴿ وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ﴾ أى فتنة الكفر .
(فيورث الشبهة) أى كون الكفر مبيحاً يورث الشبهة في عدم المساواة .

(ولنا ما روي أن النبي ﷺ قتل مسلماً بذمي) ، هذا روي مسنداً ومرسلاً . أما
المسند فأخرجه الدارقطني ، وفي سننه عن عمار بن مطر ، حدثنا إبراهيم بن محمد الأسلمي
عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن بن السلمي ، عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما : أن رسول
الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم قتل مسلماً بمعاهد ، وقال : أنا أكرم من وفى ذمته .

وأما المرسـل : فأخرجه من طريق عبد الرزاق ، وأما الثوري عن ربيعة بن أبي عبد
الرحمن عن عبد الرحمن بن السلمي « رح » أن النبي ﷺ فذكره .

فإن قلت قال الدارقطني : ابن السلمي ضعيف لا تقوم به حجة إذا وصل الحديث
فكيف عما يرسله . وقال : عمار بن مطر الزهاوي يقلب الأسانيد ، ويسرق الأحاديث
حتى كثر ذلك في رواياته فسقط من حد الاحتجاج به .

ولأن المساواة في العصمة ثابتة نظراً إلى التكليف أو الدار . والمبيح كفر المحارب دون المسلم ،

قلت : ابن السلمي أوثقه ابن حبان وذكره في الثقات . وهو رجل معروف من التابعين ، فإذا كان كذلك يكون حديثه صحيحاً ، والمرسل حجة عندنا ، ومالك وأحمد وأكثر العلماء حتى قال محمد بن جرير الطبري : أجمع التابعون على قبول المرسل . ولم يزل الأمر كذلك إلى رأس المائتين فحدث رد المرسل حتى قيل رد المرسل بدعة .

وقال ابن عبد البر : من رد المرسل فقد رد أكثر السنن . ولنا ما رواه الشافعي «رح» في مسنده أيضاً : أخبرنا محمد بن الحسن الشيباني «رح» أنا قيس بن الربيع الأسدي ، عن إبان بن ثعلب ، عن الحسين بن ميمون ، عن عبد الله بن عبد الله مولى بني هاشم ، عن أبي الجنوب الأسدي «رح» قال : أتى علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه برجل من المسلمين قتل رجلاً من أهل الذمة قال : فقامت عليه البيعة فأمر بقتله فجاء أخوه فقال : قد عفوت ، فقال لعلهم فزعوك أو هددوك ، قال : لا ولكن قتله لا يرد علي أخي وعوضوني فقال : أنت أعرف من كان له ذمتنا قدمه كدمنا وديته كديتنا .

فإن ذكره صاحب التنقيح أن حسين بن ميمون هو الختدي ، قال ابن المديني : ليس بمعروف قل من روى عنه . وقال ابن حاتم «رح» : ليس بالقوي في الحديث ، يكتب حديثه .

وذكره البخاري في الضعفاء ، قلت ذكره ابن حبان في الثقات قال وربما يحظى . (ولأن المساواة) أي بين المسلم والذمي (في العصمة ثابتة نظراً إلى التكليف أو الدار) ، يعني عندنا . فإن كان كذلك يثبت العصمة حاصلة أنه يستحق البقاء لإقامة التكاليف ، ولا يمكن من إقامتها إلا بأن تكون محرم القرض مرفوع أسباب الهلاك .

(والمبيح كفر المحارب) هذا جواب عن قول الشافعي «رح» وكذا الكفر مبيح ، وتقريره أن لا نسلم أن مطلق الكفر بل المبيح كفر المحاربة . قال الله تعالى ﴿ قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ ﴾ إلى قوله : ﴿ حَتَّى يَعْطُوا الْجِزْيَةَ ﴾ .

(دون المسلم) أي دون كفر المسلم لأنه يعقد الكفر الذمة صار من أهل دارنا ، فلم

والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة. والمراد بما روى الحربي لسياقه ولا

ذو عهد في عهده ، والعطف للمغايرة

يبقى كفره مبيحاً . ولهذا كفر المرأة لا يبيح القتل ، لأن كفرها غير ثابت على الحرب لأنها بنفسها غير صالحة له ، والمصمة بالدار تؤثر في النفس والمال جميعاً حتى يجب القطع بسرقة مال الذمي ، وحقق دمه أيضاً لمعد الذمة .

(والقتل بمثله) هذا دفع لقول الشافعي «رح» فيورث الشبهة ، بيانه أن القتل بمثله ، أى قتل الذمي بالذمي (يؤذن بانتفاء الشبهة) يعني بأن كفر الذي لا يورث الشبهة إذا ورد لما جرى القصاص بينهما كما لا يجري بين الحربين ، فإن قيل يورث الشبهة إذا قتله مسلم ، قلنا يكون قبل قتله المسلم معصوماً كالمسلم فيجب القصاص .

(والمراد بما روى) هذا جواب عما استدل به الشافعي «رح» من حديث علي رضي الله تعالى عنه . أى المراد عما روى الشافعي من قوله : لا يقتل المؤمن بكافر (الحربي) أى الكافر الحربي (لسياقه) أى لسياق الحديث .

وقوله (ولا ذو عهد في عهده) بيانه ما ذكره الطحاوي «رح» في شرح الآثار : أن الذي حكاه أبو جعيفة عن علي رضي الله تعالى عنه لم يكن مفرداً ، ولو كان مفرداً لا احتمل ما قالوا ، ولكن موصلاً بغيره ، وهو قوله : ولا ذو عهد في عهده . ووجه ذلك أنه عطف هذا على الأول . (والعطف للمغايرة) لأن المعطوف غير المعطوف عليه .

وفي المبسوط والأسرار : الواو للعطف حقيقة خصوصاً فيما لا يكون مستقلاً بنفسه ، ووجه الأول بقى القتل قصاصاً لا بقى مطلق القتل . فيكون الثاني نفى القتل قصاصاً ، وإلا فلا مناسبة بين الجملتين ، فيصير كقوله في حسن الديات محوط وكذا الحليفة في غاية الطول فيكون وكلاً .

وفي مبسوط شيخ الإسلام «رح» : ولا ذو عهد في عهده ، جلته ناقصة ، فيكون خبره خبر الجملة الكاملة ، وخبر الكاملة في القتل قصاصاً ، فيكون معناه : ولا يقتل ذو عهد في عهده بكافر ، فلو كان الكافر في الكاملة مطلقاً لا يضح هذا ، لأنه يصير معناه : لا يقتل ذو عهد مطلق بالكافر . وليس كذلك بالإجماع ، فإن الذمي يقتل بالذمي بالإجماع .

قال ولا يقتل بالمستأمن لأنه غير محقون الدم على التأييد ، وكذلك كفره باعث على الحراب لأنه على قصد الرجوع ، ولا يقتل الذمي بالمستأمن لما بينا . ويقتل المستأمن بالمستأمن قياساً للمساواة ولا يقتل استحساناً لقيام المبيع ، ويقتل الرجل بالمرأة ، والكبير بالصغير ،

فإن قيل : قد روى في بعض الروايات : ولا بذى عهد في عهده أى ولا يقتل مسلم بكافر ولا ذمى عهد .

قلنا : هى رواية شاذة مجهولة . ولئن صح فنقول أنه معطوف على المؤمن لا على الكافر ، والجبر على الجواز كما فى حبر صب حرب . والمرد بذى عهد مستأمن وبه نقول ، أى المستأمن لا يقتل بالمستأمن .

(ولا يقتل بالمستأمن) أى لا يقتل المسلم بالمستأمن . (لأنه غير محقون الدم على التأييد وكذلك كفره باعث على الحراب لأنه على قصد الرجوع) إلى داره ، فكان الحربي . (ولا يقتل الذمي بالمستأمن لما بينا) لأنه غير محقون الدم على التأييد . قال الأكل درج ، قتله هو إشارة إلى قوله يقتل : ولا ذو عهد فى عهده وليس بواضح لأن المهود منه فى مثله لما رويناه ، ولأننا قدرنا ذلك بكافر حربي إلا اذا أريد هناك بالحربي أعم من أن يكون مستأمناً أو محارباً ، وهو الحق ، وبغنينا عن السؤال عن كيفية قتل المسلم الحربي ، والجواب عنه بقوله : لما بينا لأن التقدير المذكور ليس بمبرور ، وإنما هو تأويل فلم يقل لما روى (١) .

(ويقتل المستأمن بالمستأمن قياساً) لأنها حقنا دمها بالأمان (للمساواة) بينهما من حيث حقن دمها ، فصارا متكافئين . وبه قالت الأئمة الثلاثة . (ولا يقتل استحساناً لقيام المبيع) وهو الكفر الباعث على الحراب ، لما قلنا انه على قصد الرجوع .

(ويقتل الرجل بالمرأة ، والكبير بالصغير ، والصحيح بالاعمى ، والزمن ، ويناقص

(١) لما رويناه .

والصحيح بالأعمى والزمن ، وبنساقص الأطراف ، وبالمجنون
 للعمومات ، ولأن في اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة امتناع
 القصاص وظهور التقاتل والتفاني قال ولا يقتل الرجل يابنه لقوله
 عليه السلام لا يقاد الوالد بولده وهو بإطلاقه حجة على مالك
 «رح» في قوله يقاد

الاطراف ، وبالمجنون للعمومات (أراد بها قوله ﴿ من قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً ﴾ وغير ذلك من الآيات الدالة بعمومها على وجوب القصاص . وهذا الذي ذكرناه
 من قوله : ويقتل الرجل إلى آخره قول أكثر أهل العلم .

وعن عطاء عن الحسن البصري «رح» : إذا قتل الرجل امرأة فوليها إن شاء أخذ
 بديتها ستة آلاف درهم ، وإن شاء دفع إلى ولي القاتل ستة آلاف وقتله . هكذا روي
 عن علي رضي الله تعالى عنه .

وذكر في الكشف في تفسير قوله : والائتي بالائتي ، قال مالك والشافعي «رح» :
 لا يقتل الذكر بالائتي . لكن هذا يخالف لعامة كتب الشافعي ومالك .

(ولان في اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة امتناع القصاص وظهور التقاتل والتفاني)
 وهذا كله يصلح لجميع ما خالفنا فيه الشافعي «رح» .

(قال) أي القدوري (ولا يقتل الرجل يابنه لقوله ﴿ يابنه ﴾) أي لقول النبي صلى الله
 عليه وعلى آله وسلم (لا يقاد الوالد بولده) . هذا الحديث رواه الترمذي ، وابن ماجه ،
 من حديث عمر بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده ، عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه
 قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « لا يقاد الوالد بولده » .

وروي الترمذي ، وابن ماجه أيضاً من حديث طاووس ، عن ابن عباس رضي الله
 تعالى عنها أن النبي ﷺ قال : لا تقام الحدود في المساجد ، ولا يقتل الوالد بالولد . وفي
 مسنده اسماعيل بن مسلم وهو ضعيف .

(وهو) أي هذا الحديث (بإطلاقه حجة على مالك «رح» في قوله يقاد) أي الوالد

إذا ذبحه ذبحاً ولأنه سبب لإحيائه ، فمن المحال أن يستحق له
إفناؤه ، ولهذا لا يجوز له قتله ، وإن وجدته في صف الأعداء
مقاتلاً أو زانياً وهو محصن . والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه
وارثه ، والجد من قبل الرجال أو النساء ، وإن علا في هذا بمنزلة
الأب ، وكذا

(إذا ذبحه) أي الإبن (ذبحاً) يعني إذا قصد قتله . أما لو رماه بالسيف أو السكين ولم
يرد قتله ، فلا قصاص .

وفي الجواهر للمالكية قال أشهب « رح » : لا يقتل الأب بالإبن بكل حال للشبهة ،
وهو قوله ~~بأنه~~ : « أنت ومالك لأبيك » .

وقال الليثي وداود وابن المنذر ، وابن الحكم « رح » يقتل بإبنيه للعمومات والأم كالأب ،
وكذا الأجداد والجدات . وبه قال الشافعي وأحمد « رح » .

(ولأنه) أي ولأن الأب (سبب لإحيائه) أي لإحياء الولد . (فمن المحال أن
يستحق له إفناؤه ولهذا) أي ولأجل ذلك ، (لا يجوز له) أي للإبن (قتله) أي قتل الأب .
(وإن وجدته في صف الأعداء) حال كونه (مقاتلاً أو زانياً) أي ووجدته زانياً
(وهو محصن) أي والحال أنه محصن .

وكذا لو وجدته مرتدّاً ليس له أن يقتله شرعاً . وقال تاج الشريعة « رح » ، أو رامياً
موضع قوله زانياً . ثم قال : يعني لا يجوز للإبن أن يرمي بالحجر نحو أبيه .

(والقصاص يستحقه المقتول) هذا جواب عما يقال : لو استوفى القصاص منه لا
يكون استيفاء من الولد ، فإن إستيفاء القصاص يمنع من وارث الوالد . وتقدير الجواب أن
القصاص يستحقه المقتول أولاً ، ولهذا لو عفى بصبغ .

(ثم يخلفه وارثه) أي ثم يخلف المقتول وارثه ، والإبن ليس من يستوجب ذلك على
أبيه ، وبدون الأهلية لا يثبت الحكم .

(والجد من قبل الرجال أو النساء وإن علا في هذا) الحكم (بمنزلة الأب ، وكذا

الوالدة والمجدة من قبل الأب أو الأم قريت أم بعدت لما ينسأه
ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط . قال ولا يقتل الرجل بعبد ،
ولا مدبره ، ولا مكاتبه ، ولا بعبد ولده ، لأنه لا يستوجب لنفسه
على نفسه القصاص ، ولا ولده عليه ، وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه
لأن القصاص لا يتجزأ قال ومن وراث قصاصاً على أبيه سقط الحرمة
الأبوة قال ولا يستوفي القصاص إلا بالسيف . وقال الشافعي «روح»

الوالدة والمجدة من قبل الأم والأب قريت أم بعدت لما ينسأه (أشار به إلى قوله لأنه سبب
للإحياء) ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط (أي لعدم مسقط القصاص ، وهو قيام الواجب
وهو سبب الإحياء . وحكي عن أحمد «روح» في رواية شاذة أنه لا يقتل .

(ولا يقتل الرجل بعبد ، ولا مدبره ، ولا مكاتبه ، ولا بعبد ولده) ولا يعلم فيه
خلاف (لأنه لا يستوجب لنفسه على نفسه) أي لأن الرجل لا يستحق لأجل نفسه
(القصاص ، ولا ولده عليه) بالرفع مبطونة على الضمير المستكن في يستوجب . ويجاز
ذلك بلا تأكيد للفصل لوقوع الفصل يعني : ولا يستوجب ولده على أبيه إذا قتل الأب
عبد ولده ، كذا قال الأكل «روح» قلت العطف على الضمير المستكن فيه خلاف بين
الكوفيين والبصريين على ما لا يخفى على من له يد في علم النحو .

(وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه) أي إذا كان عبد بين شركتين ، فقتله أحدهما لا
يقتل به (لأن القصاص لا يتجزأ) فيضمن لشريكه قيمته وما يخصه من العبد .

(قال) أي القدر «روح» (ومن وراث قصاصاً على أبيه) مثل أن يقتل الرجل أم
إبنته مثلاً (سقط) أي القصاص (لحرمة الأبوة) . لقوله «روح» : «أنت ومالك لأبيك»
فظاهره موجب كونه مملوكاً لأبيه . فحقيقة الملك يمنع القصاص كما في المولى إذا قتل عبده .
وكذا شبهة الملك باعتبار الظاهر .

(قال : ولا يستوفي القصاص إلا بالسيف) للحديث الذي يأتي (وقال الشافعي
«روح» : يفعل به مثل ما فعل إن كان فعلاً مشروعاً) . مثل أن يقطع يد رجل فإت منه

يفعل به مثل ما فعل إن كان فعلاً مشروعاً ، فإن مات وإلا تحز رقبته
لأن مبنى القصاص على المساواة .

فعل به وذلك ويمثل مثل تلك المدة . (فإن مات وإلا تحز رقبته) .
وبه قال مالك وأحمد «رح» وأصحاب الظاهر ولو كان ذلك الفعل غير مشروع ، بأن
لاط بصبي أو وطىء صغيرة حتى قتلها أو سقاء خراً حتى مات ، اختلف أصحابه . قيل
يحز رقبته ، وقيل في اللواطة يشحد آلة على مثل هذا الذكر فيقتل به مثل ما فعل . وقيل
في الخمر يسقى الماء حتى يموت ، في الحلية . فالمذهب أنه يحز رقبته .
وكذا نهشته حية يقتل بمثله . وإذا حبسه في بيت فيه سبع فافتروه ففيا يقتص به
وجهان : ولو فعل به ما فعل ولم يمت ففيه قولان : أحدهما أنه يكرر عليه ذلك الفعل
حتى يموت ، وبه قال مالك «رح» والثاني أنه يعدل إلى السيف .
(لأن مبنى القصاص على المساواة) وذلك فيما ذكرنا لأن فيه مساواة في الأصل
والوصف ، أي الفعل والمقصود به . فان قيل قد احتج الشافعي «رح» ومن معه بقوله
تعالى ﴿ وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ﴾ . وقوله تعالى ﴿ فاعتدوا عليه بمثل
ما اعتدى عليكم ﴾ .

وبما روى عن أنس بن مالك «رض» أنه قال أن جارية وجدوا رأسها قد رضى بين
الحجرين ، فسألوها من فعل بك هذا فلان وفلان ؟ حتى ذكروا يهودياً فأومت برأسها .
فأخذوا اليهودي ، فأمر رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وسلم أن يرض رأسه
بالججارة . ويحدث العراقيين فانهم سملوا أعين الرعاة فسمل النبي صلى الله عليه وعلى آله
وأصحابه وسلم أعينهم .

قلت أما قوله تعالى : ﴿ فعاقبوا ﴾ الآية . فروى الطحاوى رحمه الله عن مقسم ، عن
ابن عباس ، وعن أبي هريرة رضي الله تعالى عنهم : أنه عليه السلام قال لما قتل حمزة
رضي الله تعالى عنه ومثله به : « لئن ظفرت بهم لأمثلن بسبعين رجلاً » . وفي رواية :
« والله لأمثلن بسبعين رجلاً منهم » . فأنزل الله تعالى : ﴿ وإن عاقبتم ﴾ الآية . فصبر
رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وسلم وكفر عن يمينه ، فلم أن الآية نزلت في
هذا المعنى لا فيما ذكروا .

ولنا قوله عليه السلام لا قود إلا بالسيف والمراد به السلاح

وأما قوله تعالى : ﴿ فاعتدوا ﴾ الآية ، فانهزت على المائة لا على الزيادة . وفيما قالوا الزيادة في الاستيفاء ، فلا يجوز .

وأما حديث اليهودي فكان بطريق السياسة لأنه كان مشهور بذلك ، فأمر برضه ~~بأن~~ لكونه ساعياً في الأرض بالفساد . لا بطريق القصص إذ إشارة الجارية برأسها لا يجب القصص . فان قيل اليهودي أقر بذلك ، قلنا ولئن سلمنا فقد نسخ ، ونسخ المثل كما في حديث العراقيين .

(ولنا قوله عليه السلام) أى قول النبي صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وسلم (لا قود إلا بالسيف) هذا الحديث رواه جماعة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم ، منهم أبو بكر ، أخرج حديثه ابن ماجه عنه ، عن النبي صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وسلم أنه قال : « لا قود إلا بالسيف » .

ومنهم نعمان بن بشير « رض » أخرج حديثه ابن ماجه « رح » أيضاً عنه ~~بأن~~ مثله . وفيه جابر الجعفي « رح » وهو ضعيف . قاله ابن الجوزي وفي موضع آخر قال وقد وثقه الثوري وشعبة .

ومنهم ابن مسعود رضي الله تعالى عنها ، أخرج حديثه الطبراني « رح » في معجمه عنه مرفوعاً نحوه سواء ، وفيه عبد الكريم ضعفه .

ومنهم أبو هريرة « رض » أخرج حديثه الدارقطني « رح » أيضاً عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وسلم نحوه . وفيه سلمان بن أرقم « رض » قال الدارقطني : هو متروك .

ومنهم علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه ، أخرج حديثه الدارقطني أيضاً عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وسلم : لا قود في النفس وغيرها إلا بمجديدة . وفعل فعل ابن هلال . قال الدارقطني : متروك .

(والمراد به السلاح) أى المراد بقوله ~~بأن~~ : إلا بالسيف ، إلا بالسلاح ، ويؤيده حديث علي رضي الله تعالى عنه المذكور آنفاً .

ولأن فيما ذهب إليه استيفاء الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل فيحز ، فيجب التحرز عنه كما في كسر العظم . قال وإذا قتل المكاتب عمداً وليس له وارث إلا المولى ، وترك وفاء فله القصاص عند أبي حنيفة رح وأبي يوسف رح . وقال محمد لا أرى في هذا

وقال تاج الشريعة قوله ، والمراد به السلاح هكذا فهمت الصحابة بالمعنى المفهوم دلالة وهو الحز والقطع . كما يقال المراد من نهي الاستيفاء حرمة الإيذاء . وأصحاب عبد الله بن مسعود ، كانوا يقولون : لا قود إلا بالسلاح لفهمهم من اللفظ المظهر النبوى . وذلك لأن المراد من السلاح في الاستيفاء الحديد المحدد كالخنجر والسكين . وإنما كنى بالسيف عن السلاح لأن المد للقتال على الخصوص من بين الأسلحة السيف . فانه لا يراد به شيء آخر سوى القتال . وقد يراد بسائر الأسلحة منافع سواء . وهو معنى قوله بفتح السين : « بعثت بالسيف بين يدى الساعة » يعني السلاح الذى هو آلة القتال .

(ولأن فيما ذهب إليه) أى الشافعي «رح» (استيفاء الزيادة) وهو دليل معقول يتضمن الجواب عن قوله : ولأن مبنى القصاص على المساواة . ووجهه لا نسلم وجود المساواة فيما ذهب إليه لأن فيه الزيادة .

(لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل فيحز) بمد فعل ما فعل به فيجب التحرز عنه لأنه أدى إلى انتفاء القصاص (فيجب التحرز عنه كما في كسر العظم) فان من كسر عظم إنسان سوى الصن عمداً ، فانه لا تقبض منه فاذا جاز ترك القصاص كله عند قوم الزيادة ، فلكن يجوز ترك البعض أولى .

(قال) أى القدوري «رح» (وإذا قتل المكاتب عمداً وليس له وارث إلا المولى وترك وفاء فله) أى للمولى (القصاص عند أبي حنيفة وأبي يوسف «رح») وبه قالت الأئمة الثلاثة . إذا كان قاتله عبداً ، أما لو كان قاتله حراً لا يجب القصاص على الحر ، يقتل العبد عندهم ، وسواء ترك وفاء عندهم أو لا ، وعندنا إذا لم يترك وفاء لا يجب القصاص كما يجبي .

(وقال محمد «رح» لا أرى في هذا قصاصاً لانه أشبه بسبب الإستيفاء فانه) أى فان سبب

قصاصاً لأنه أشبه سبب الاستيفاء ، فإنه الولاء إن مات حراً والمملك
إن مات عبداً . وصار كمن قال لغيره بعثني هذه الجارية بكذا
وقال المولى زوجها منك لا يحل له وطئها لإختلاف السبب كذا
هذا ولها أن حق الإستيفاء للمولى بيقين على التقديرين وهو معلوم
والحكم متحد ، واختلاف السبب لا يفضي إلى المنازعة ، ولا إلى
اختلاف حكم ، فلا يبالى به بخلاف تلك المسألة ، لأن حكم اليمين
يغايّر حكم النكاح ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص

الإستيفاء (الولاء إن مات حراً ، والمملك إن مات عبداً وصار) هذا (كمن قال
لغيره بعثني هذه الجارية بكذا ، وقال المولى زوجها منك ، لا يحل له وطئها لاختلاف
السبب فكذا هذا) .

وقال الاكمل كأنه حام حول الدرء بالشبهات (ولها) أى ولا يبي حنيفة وأبي يوسف
«رح» (أن حق الاستيفاء للمولى بيقين على التقديرين) أى على تقدير أن يموت حراً وعلى
تقدير أن يموت عبداً .

(وهو) أى المولى (معلوم والحكم متحد) وهو استيفاء القصاص (واختلاف السبب
لا يفضي إلى المنازعة ولا إلى اختلاف حكم فلا يبالى به) أى باختلاف السبب كما لو قال
المهر لك على ألف من ثمن عبد ، وقال المهر له من قرص يجب الألف على المهر ولا
يبالى اختلاف السبب .

(بخلاف تلك المسألة) أى مسألة الجارية (لان حكم ملك اليمين يغايّر حكم النكاح)
لان ملك اليمين يثبت الحل تبعاً ، والنكاح مقصوداً فالحل الثابت مقصود غير الحل
الثابت تبعاً ويختلف أحكامهما . ولما لم يتفقا على أحد الحكمين لم يثبت الحل (ولو ترك
وفاء وله وارث غير المولى) أى ولو ترك المكاتب المقتول وفاء والحال أن له
وارثاً غير مولاة .

(فلا قصاص) أى عند أصحابنا بلا خلاف خلافاً للأئمة الثلاثة «رح» .

فإن اجتمعوا مع المولى لأنه اشتبه من له الحق لأنه المولى إن مات
 عبداً والوارث إن مات حراً إذ ظهر الاختلاف بين الصحابة
 رضي الله عنهم في موته على نعت الحرية أو الرق بخلاف الأولى لأن
 المولى متعين فيها وإن لم يترك وفاء وله ورة أحرار وجب القصاص
 للمولى في قولهم جميعاً لأنه مات عبداً بلا ريب لا تضاعف الكتابة
 بخلاف متق البعض إذا مات ولم يترك وفاء لأن العتق في بعض
 لا ينفخ بالعجز ،

(وإن اجتمعوا مع المولى لأنه اشتبه من له الحق لأنه) أي لأن من له الحق (المولى
 إن مات عبداً والوارث) أي من له الحق الوارث (إن مات حراً إذ ظهر الاختلاف)
 أي لأنه ظهر الاختلاف (بين الصحابة رضي الله عنهم في موته على نعت الحرية أو الرق)
 أي على وصف الحرية ، فإن مات حراً أو على وصف الرقة ، بأن مات عبداً فعند علي
 (رضي) وعبد الله بن مسعود « رح » يموت حراً إذا أميت كتابته . فيكون
 الاستيفاء لورثه .

وعند زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه يموت عبداً . وبه قال الشافعي « رح » ،
 وأحمد ، فيكون الاستيفاء للمولى ، فلهذا الاختلاف لا يجب القصاص (بخلاف الأولى)
 أي المسألة الأولى (لأن الأولى متعين فيها) فيجب القصاص على الاختلاف .
 (وإن لم يترك وفاء وله ورة أحرار وجب القصاص للمولى في قولهم جميعاً لأنه مات
 عبداً بلا ريب لا تضاعف الكتابة) بموته . ولم يذكر ما إذا مات ولم يترك وفاء له
 ورة أرقاء لعدم الفائدة في ذكره لأن حكمه حكم المذكور في الكتاب .
 (بخلاف متق البعض إذا مات ولم يترك وفاء) أي لا يجب القصاص للمولى (١)
 (لأن المتق في البعض لا ينفخ بالعجز) لأن ملك المولى لا يموت بموته ، ولا ينفخ

وإذا قتل عبد الرهن في يد المرتن لم يجب القصاص حتى يجتمع الراهن
والمرتن لأن المرتن لا ملك له فلا يليه ، والراهن لو تولاه لبطل حق
المرتن في الدين فيشترط اجتماعهما ليسقط حق المرتن برضاه
قال وإذا قتل ولي المعتوه فلا يبيح أن يقتل لأنه ليس له من الولاية على
النفس شرع لأمر راجع إليها ، وهو تشفي الصدر فيليه كالإتكاح

بالمعجز ما عتق عنه ، وهذا على قول من قال يتجزأ الاعتاق .

(وإذا قتل عبد الرهن في يد المرتن لم يجب القصاص حتى يجتمع الراهن والمرتن لأن
المرتن لا ملك له فلا يليه) أى القصاص (والراهن لو تولاه) أى القصاص (لبطل
حق المرتن في الدين فيشترط اجتماعهما ليسقط حق المرتن برضاه) وفي المغني والجامع
الصغير لفخر الإسلام وغيرهما لا يثبت لهما القصاص وإن اجتماعهما كما إذا قتل عبد
المكاتب ، فاجتمع المولى مع المكاتب ويجب الدية في مال القاتل في ثلاث سنين . وفي
الإيضاح إذا اجتمع للراهن أن تقبل عند أبي حنيفة « رح » وعندهما لا .

وقال الشافعي « رح » وأحمد « رح » : استيفاء القصاص للراهن لأنه هو المالك ، فإذا
استوفى لم يجب للمرتن عليه شيء عند الشافعي « رح » ، وأحمد « رح » في رواية .
وقال أحمد « رح » في رواية يجب عليه قيمته فيكون رهناً مكانه .

(قال) أى محمد « رح » في الجامع الصغير (وإذا قتل ولي المعتوه) يعني قريبه
وهو ابنه (فلا يبيح) أى فلاب المعتوه وهو جسد المقتول (أن يقتل) وبه قال
مالك « رح » ، وأحمد « رح » .

وقال الشافعي « رح » : لم يكن لوليه استيفاء لأن فيه بطلان حق الصغير والمعتوه ،
بل ينتظر بلوغ الصغير ، وإفاقة الجنون ويحبس القاتل (لأنه) ، أى لأن استيفاء
القصاص (ليس له من الولاية على النفس شرع لأمر راجع إليها) أى إلى النفس (وهو
تشفي الصدر فيليه كالإتكاح) .

ولا يتوهم أن كل من ملك الإتكاح ملك استيفاء القصاص كالأخ ، فإنه يملك

وله أن يصلح لأنه نظر في حق المعتوه ، وليس له أن يعفو لأن فيه إبطال حقه ، وكذلك إن قطعت يد المعتوه عمداً لما ذكرنا .

الإنكاح دون القصاص لأنه شرع للتشفي . وللأب شفقة كاملة بعد ضرر الولد ضرر نفسه . فجعل ما يحصل له من التشفي كالحاصل للأب بخلاف الأخ .

وقال الأترابي « رح » ، قال بعض الشارحين في هذا الموضع : كل من ملك الإنكاح لا يملك استيفاء القصاص ، فإن الأخ يملك الإنكاح ، ولا يملك استيفاء القصاص . فأقول هذا ليس بشيء لأن الأخ يملك استيفاء القصاص إذا لم يكن ثمة ولي أقرب منه انتهى .

قلت أراد ببعض الشارحين السكاكي والأكل « رح » ، فإنها اللذان ذكر ذلك فيمن ذكرناه مثل ما ذكرنا امرأة أمعن نظره فيها أن رده غير موجه .

(وله) أي وللأب (أن يصلح) أي القاتل (لأنه أنظر في حق المعتوه) . لكن هذا فيما إذا صالح على قدر الدين ، ولو صالح بأقل منه لم يحسب الخطأ وإن قل . ويجب كمال الدية .

وقال الأترابي (رض) : قال بعضهم في شرحه هذا إذا صالح على مثل الدية فذكر ما ذكرناه الآن فأقلا عن السكاكي « رح » : ثم قال : ولنا فيه نظر ، لأن لفظ محمد « رح » في الجامع الصغير مطلق حيث جوز صلح أب المعتوه عن دم قريبه مطلقاً لأنه قال : وله أن يصلح من غير قيد بقدر الدية انتهى .

قلت : في نظره نظر ، لأنه يجوز أن يكون مراد محمد « رح » : وله أن يصلح ، مقيداً بهذا القيد على ما لا يخفى .

وقال الشافعي « رح » في النصوص ، وأحمد « رح » في رواية : لا يجوز ، لأنه لا يملك إسقاط قصاصه .

وقال الشافعي في قول ، وأحمد « رح » في رواية : يجوز إذا كان الصغير والمجنون محتاجين إلى النفقة ، ولا مال لهما لحاجته إلى المال للحفظ .

(وليس له أن يعفو لأن فيه إبطال حقه وكذلك) أي الحكم (إن قطعت يد

والوصي بمنزلة الأب في جميع ذلك ، إلا أنه لا يقتل لأنه ليس له ولاية على نفسه ، وهذا من قبيله ويندرج تحت هذا الإطلاق الصلح عن النفس ، واستيفاء القصاص في الطرف ، فإنه لا يستثنى إلا القتل وفي كتاب الصلح أن الوصي لا يملك الصلح لأنه تصرف بالنفس بالإعتياض عنه ، فينزل منزلة الاستيفاء ووجه المذكور ههنا أن المقصود من الصلح المال ، وأنه يجب بعهده كما يجب بعهده الأب بخلاف القصاص لأن المقصود

المعتوه عمداً لا ذكرنا) أى من قوله لأنه من باب الولاية على النفس على تأويل المذكور ويندرج تحت هذا الإطلاق وهو قوله : (والوصي بمنزلة الأب في جميع ذلك) أى فيما ذكر من الأحكام (إلا أنه) أى إلا أن الوصي (لا يقتل لأنه ليس) لأن ليس له ولاية على نفسه (أى على نفس المعتوه .

(وهذا) أى استيفاء القصاص (من قبيله) أى من قبيل الولاية على النفس على تأويل المذكور .

(ويندرج تحت هذا الإطلاق) وهو قوله : والوصي بمنزلة الأب . (الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف ، فإنه لم يستثن إلا القتل) .
أى فإن عمداً « رح » لم يستثن إلا القتل ، والسألة المذكورة في الجامع الصغير كما ذكرنا .

(وفي كتاب الصلح) أى ذكر في كتاب الصلح من الأصل (أن الوصي لا يملك الصلح لأنه تصرف في النفس بالإعتياض عنه) . ملحقاً به وهو معنى قوله (فينزل منزلة لاستيفاء) فلا يجوز حينئذ صلح الوصي .

(ووجه للمذكور ههنا) أى في الجامع الصغير (أن المقصود من الصلح : المال وأنه يجب بعهده) أى بعهده الوصي . (كما يجب بعهده الأب) فوجب القول بصحته (بخلاف القصاص) حيث لا يملك الوصي استيفاءه في النفس (لأن المقصود) من القصاص

التشفي وهو مختص بالآب ، ولا يملك العفو لان الآب لا يملكه لما فيه من الإبطال ، فهو أولى ، وقالوا القياس أن لا يملك الوصي الإستيفاء في الطرف ، كما لا يملكه في النفس ، لان المقصود متحد ، وهو التشفي وفي الاستحسان يملكه لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال ، فإنها خلقت وقاية للأنفس كالمال على ما عرف ، فكان استيفاءه بمنزلة التصرف في المال

(التشفي وهو) أى التشفي (مختص بالآب) لقربه وكمال شفقتة ، وهذا أمر معهود من الآب ، والوصي لا ينزل منزلته في التشفي ودرك الثار .

(ولا يملك) أي الوصي (العفو لان الآب لا يملكه لما فيه من الإبطال) أى لما في العفو من إبطال حقه فإذا كان كذلك (فهو أولى) أى فالعفو من الوصي أولى الإبطال . حاصل الروايات أن الروايات اتفقت في الآب أنه يستوفى القصاص في النفس وما دونها . وأنه يصلح في البابين جميعاً ، ولا يصح عفو في البابين . واتفقت الروايات في الوصي أنه لا يملك استيفاء النفس ، وأنه يملك استيفاء ما دونها . وأنه يملك الصلح فيما دونها ، ولا يملك العفو في البابين . وإنما اختلفت الروايات في الوصي في فصل واحد وهو صلحه في النفس على مال . فقال في الجامع الصغير : يصح صلحه .

وقال في كتاب الصلح لا يصح (وقالوا) أى المشائخ « رح » (القياس أن لا يملك الوصي الاستيفاء في الطرف كما لا يملكه في النفس لأن المقصود متحد وهو التشفي . وفي الإستحسان يملكه لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال فإنها) أي فإن الأطراف (خلقت وقاية للنفس^(١) كالمال على ما عرف) في الأصول (فكان استيفاءه) أي استيفاء الوصي . (بمنزلة التصرف في المال) فيجوز .

وفي المحيط القياس هو قول أبي حنيفة « رح » في رواية وهو الأظهر على قولها لأنها يجعلان الطرف كالنفس في حكم القصاص فالتكول .

(١) للأنفس .

والصبي بمنزلة المعتوه في هذا ، والقاضي بمنزلة الاب في الصحيح .
ألا ترى أن من قتل ولا ولي له يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلته
فيه وقال من قتل وله أولياء صغار وكبار فلكبار أن يقتلوا القاتل عند

وهو قول الشافعي « رح » لما لا يملكه في النفس ، وفي الاستحسان يملكه . وبه
قال مالك « رح » وأحمد « رح » ، وفي جامع أبي الليث « رح » ، هذا إذا أدرك
معتوها ، فإن أدرك عاقلاً . ثم عنه : لا ولاية للوصي في ماله ولا في نفسه في قول
زفر « رح » ، وعند أبي يوسف « رح » : حكمه حكم الذي أدرك معتوها سواء .

وفي المبسوط : لو كان يحن ويفنى فهو كالصحيح ، ولو جن بعد القتل إن كان
هذا الجنون الحادث مطبقاً يسقط القود وعن محمد « رح » : ولو جن بعد القتل لا بعد .
وكذا لو عته بعد القتل ولو قضى عليه بالقتل لا يقتل قياساً .

قال : في موضع آخر : وعن أبي يوسف « رح » ، قبل الرفع إلى الوالي لا يقتل قياساً ،
وبعد الرفع يقتل استحساناً .

(والصبي بمنزلة المعتوه في هذا) أى في القتل والصلح وعدم جواز المعتوه . وقال
تاج الشريعة « رح » ، أي في هذا المعنى للأب أن يستوفي القصاص الواجب للصغير في
النفس وما دونها . وقال الشافعي ليس له ذلك .

(والقاضي بمنزلة الأب في الصحيح) يملك الاستيفاء في النفس ، وفيها دون
النفس ، لأن له ولاية في النفس والمال جميعاً .

(ألا ترى أن من قتل ولا ولي له يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلته فيه) أي
بمنزلة السلطان . وفي المحيط قال أبو يوسف « رح » ، ليس للسلطان أن يقتص إذا كان
المقتول من أهل دار الإسلام كما للقيط ، كما ليس له أن يعفو بغير مال . وقال
الأتراسي رحمه الله للسلطان أن يقتل قاتل من لا ولي له أن يصالح وكذلك إذا قتل
اللقيط في قول أبي حنيفة « رح » ، ومحمد « رح » .

(قال :) محمد « رح » ، في الجامع الصغير (ومن قتل وله أولياء صغار وكبار ،

أي حنيفة . وقالوا ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار ، لان القصاص
مشارك بينهم ، ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزيء ، وفي
استيفائهم الكل إبطال حق الصغار ، فيؤخر إلى إدراكهم كما إذا كان
بين الكبيرين وأحدهما غائب ، أو كان بين المولين وله أنه حق لا
يتجزأ لثبوته بسبب لا يتجزأ وهو القرابة واحتمال العفو من الصغير

فلكبار أن يقتلوا القاتل عند أبي حنيفة « رح » (أي قبل بلوغ الصغار . وبه قال
مالك « رح » وأحمد « رح » في رواية ، والليث بن سعد ، وحامد بن سليمان ، والأوزاعي
وزاد مالك « رح » وقال : إن كان للمقتول ولد صغير وأخ كبير أو أخت كبيرة
فالأخ اختان يقتصان قبل بلوغ الصغير .

(وقالوا) أي أبو يوسف « رح » ومحمد « رح » (ليس لهم ذلك) أي ليس للكبار
أن يقتصوا (حتى يدرك الصغار) وبه قال الشافعي « رح » وأحمد « رح » في الأظهر ،
وإسحاق ، وعمر بن عبد العزيز ، وابن شبرمة ، وابن أبي ليلى « رح » .
(لأن القصاص مشترك بينهم) أي بين الصغار والكبار .

(ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزيء) لانه تصرف في الروح ، وذا لا يقبل
الوصف بالتجزيء .

(وفي استيفائهم الكل إبطال حق الصغار فيؤخر) أي القصاص (إلى إدراكهم)
أي إلى بلوغهم (كما إذا كان) أي القصاص (بين الكبيرين وأحدهما غائب) فإنه لا
يقتص حق يحضر الغائب (أو كان) أي القصاص (بين المولين) صورته معتق رجلين
قتل واحد مولييه غائب ، فليس للحاضر استيفاء القصاص حتى يحضر الغائب .

وفي المبسوط صورته عبد مشترك بين الصغير والكبير ، فقتل ، ليس للكبير استيفاء
القصاص قبل أن يدرك الصغير بالاجماع .

(وله) أي ولأبي حنيفة (رح) ، (أنه) أي أن القصاص (حتى لا يتجزأ لثبوته
بسبب لا يتجزأ وهو القرابة واحتمال العفو من الصغير منقطع) أي والحال ولايته
والشبهة في المال .

منقطع . فثبت لكل واحد كمالاً ، كما في ولاية الإنكاح ، بخلاف
الكبيرين لأن احتمال العفو من الغائب ثابت ومسألة المولين ممنوعة
قال : ومن ضرب رجلاً بمر فقتله فإن أصابه بالحديد قتل به ،

(فثبت) أى حق القصاص (لكل واحد كمالاً) أى على الكمال . (كما في ولاية
الإنكاح) حيث يجوز لأحد أولياء الصغير أن يزوجه لأن لكل واحد منهم ذلك (بخلاف
الكبيرين) إذا كان أحدهما غائباً فليس للحاضر أن يقبض (لأن احتمال العفو من الغائب
ثابت) بلا شبهة .

(ومسألة المولين ممنوعة) ، هذا جواب عن قوله : أو كان بين المولين قالوا : أنه
لا ولاية في هذا فيمنع . ونقول : لا نسلم أن لا ينفرد أحدهما للاستيفاء ، ولئن سلمنا فتقول :
إن أحد المولين إنما لم ينفرد بالاستيفاء لأن السبب لم يكمل في حقه لأن بعض الملك ،
وبعض الولاية ليس بسبب أصلاً ، فصارا جميعاً كشخص واحد . فثبت ملك قصاص واحد
لشخص واحد ، بخلاف السعاية ، فإنها سبب كامل لإستحقاق كل القصاص .

وفي المبسوط احتج أبو حنيفة « رح » أيضاً بما روى أن الحسن بن علي رضي الله تعالى
عنها قتل عبد الرحمن بن ملجم حين قتل علياً « رض » ، وفي أولاد علي « رض » صفار
ولم ينتظر بلوغهم .

وفي الأسرار : روى عن علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه أنه لما أصابه ابن ملجم
قال في وصيته : « أما أنت يا حسن فإني شئت أن تقتص فاققص بضربة واحدة
وإياك والمسألة » .

فلما مات علي رضي الله تعالى عنه قتل به وفي ورثة علي صفار منهم العباس « رض »
ابن علي « رض » وكان له أربع سنين وذلك بحضرة الصحابة « رض » من غير تكبير .

(قال) محمد « رح » في الجامع الصغير : (ومن ضرب رجلاً) ، بفتح الميم وتشديد
الراء ، قال صاحب المغرب هو الذي يعمل به في الطين . (فقتله فإن أصابه بالحديد) أي
بالحديد الذي في أحد طرفي المر ، (قتل به) بخلاف لوجود القتل على
وجه الكمال .

وإن أصابه بالعود فعليه الدية . قال رضي الله عنه ، وهذا إذا أصابه بجد الحديد لوجود الجرح ، فكمل السبب . وإن أصابه بظهر الحديد فعندهما ويجب ، وهو رواية عن أبي حنيفة « رح » اعتباراً منه للآلة وهو الحديد وعنه إنما يجب إذا جرح وهو الأصح على ما نبينه إن شاء الله تعالى وعلى هذا الضرب بسنجات الميزان . ولأما إذا ضربه بالعود فإنما تجب الدية لوجود قتل النفس المعصومة وامتناع القصاص حتى لا يهدر الدم .

(وإن أصابه بالعود) الذي هو أحد طرفي المر (فعليه الدية . قال رضي الله عنه)
أى المصنف رحمه الله (وهذا) أى وجوب القصاص (إذا أصابه بجد الحديد لوجود الجرح فكمل) أى الجرح هو (السبب) أى سبب القصاص .
(وإن أصابه بظهر الحديد فعندهما) أى عند أبي يوسف وعبد رحمهما الله (يجب) أى القصاص . وبه قالت الأئمة الثلاثة « رح » .

(وهو) أى قولها (رواية عن أبي حنيفة « رح » اعتباراً منه للآلة وهو الحديد) لأن الحديد سلاح كله حدة وعرضه في ذلك سواء .
(وعنه) أى وعن أبي حنيفة رحمه الله (إنما يجب) أى القصاص (إذا جرح) كذا ذكره الطحاوي رحمه الله (وهو الأصح على ما نبينه إن شاء الله تعالى) .
قال الأتزازي « رح » : في هذه الحوالة نظر . وقال السكاكي رحمه الله : هو قوله بعد ذلك ، ولا يماثل بين الجرح والدق ، لقصور الثاني عن تخريب الظاهر إلى آخره .

(وعلى هذا) أى وعلى هذا الاختلاف (الضرب بسنجات الميزان) يعني إذا كانت من حديد (وأما إذا ضربه بالعود ، فإنما تجب الدية لوجود قتل النفس المعصومة ، وامتناع القصاص حتى لا يهدر الدم) يعني لما وجد قتل النفس المعصومة وامتناع وجوب القصاص ، وجبت الدية حتى لا يهدر دم المقتول .

ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة ، فيكون قتلا بالمثل ، وفيه خلاف أبي حنيفة «رح» ، على ما نبين . وقيل هو بمنزلة السوط وفيه خلاف الشافعي «رح» ، وهي مسألة الموالاة . له أن الموالاة في الضربات إلى أن مات دليل العمدية فيتحقق الموجب ، ولنا ما رويناه إلا أن قتل خطأ العمد ويروي شبه العمد الحديث ولأن فيه شبهة عدم العمدية لأن الموالاة قد تستعمل للتأديب

(ثم قيل هو) أى عود المر إذا كان لا يلبث (بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلا بالمثل) كمدقة القصابين وحجر الرمح ، لا يجب القصاص عند أبي حنيفة رحمه الله ، وإليه أشار بقوله (وفيه خلاف أبي حنيفة رحمه الله على ما نبين) إن شاء الله تعالى ، فتجب الدية في ماله في ثلاث سنين ، لأنه عمد . وعندهما يجب القصاص لأنه قتل عمد . وبه قالت الأئمة الثلاثة «رح» .

(قيل هو بمنزلة السوط) يعني إذا كان العود مما يثبت . (وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وهي مسألة الموالاة) ، يعني في الضرب بالعصا الصغيرة أو الحجر الصغير ، إذا والى الضربات ، لا يجب القصاص به . وقال الشافعي رحمه الله : إذا والى الضربات على وجه لا تحمله النفس عادة لأنه دلالة القصد إلى القتل . وبه قال مالك «رح» ، وأحمد رحمه الله وهو معنى قوله .

(له) أى للشافعي رحمه الله (أن الموالاة في الضربات إلى أن مات دليل العمدية فيتحقق الموجب) للقصاص . (ولنا ما رويناه إلا أن قتل خطأ العمد) قتل السوط والعصا ، ولم يفصل بين الموالاة وغيرها .

(ويروي شبه العمد الحديث) وقد مضى من حديث عبد الله بن عمر رضي الله تعالى عنها : «إلا أن دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا» الحديث .

(ولأن فيه شبهة عدم العمدية لأن الموالاة قد تستعمل للتأديب) لأنه قد يشرع حداً وتعزيراً في مواضع لا يكون القتل مشروعاً ، فلو كان ذلك دلالة القصد لم يشرع في موضع لا يكون القتل مشروعاً .

لعله اعتراه القصد في خلال الضربات ، فيعزى ، أول الفعل عنه ، وعساه أصاب المقتل والشبهة دائرة للقود ، فوجبت الدية قال ومن غرق صبيّاً أو بالغاً في البحر ، فلا قصاص عند أبي حنيفة . وقالوا يقتص منه ، وهو قول الشافعي . غير أن عندهما يستوفى حزاً .
وعنده يغرق كما بيناه من قبل . لهم

(أو لعله اعتراه القصد في خلال الضربات) أى أو لعل الضارب شبه القصد في أثناء الضربات (فيعزى أول الفعل عنه) أى فيخلوا أول الضرب عن القصد ، فيتمكن الخلل في العمدية . (وعساه أصاب المقتل) أى لعل أول الفعل ، وهو الضربة ، أصاب المقتل ، فالشبهة إلى القتل فلا يبدل ذلك على العمد .

(والشبهة دائرة للقود) فلا يجب القصاص . (فوجبت الدية) في ثلاث سنين .
(قال) أى محمد « رح » في الجامع الصغير : (ومن غرق صبيّاً أو بالغاً في البحر فلا قصاص عليه عند أبي حنيفة « رح » ، وقالوا يقتص منه ، وهو قول الشافعي « رح » غير أن عندهما) أى عند أبي يوسف « رح » ومحمد « رح » (يستوفى حزاً) أى تحز الرقبة بالسيف .

(وعنده) أى وعند الشافعي « رح » (يغرق كما بيناه من قبل) وهو أنه يفعل به بمثل ما فعل .

(لهم) قال شيخنا العلماء للشافعي « رح » ولهما ، لكن استدلال الشافعي « رح » بالحديث المذكور واستدلّاهما بالقول .

وقال تاج الشريعة « رح » : النص يقتضي التفريق ، وهو مذهب الشافعي « رح » ،

قوله عليه السلام من غرق غرقناه ولأن الآلة قاتلة فاستعمالها أمانة
العمدية ولا مراة في العصمة وله قوله عليه السلام إلا أن قتل خطأ
العمد قتل السوط والعصا . وفيه وفي كل خطأ أروش . ولأن الآلة
غير معدة للقتل ولا مستعملة فيه لتعذر استعمالها فتمكنت شبهة علم
العمدية ، ولأن القصاص يبنى عن المماثلة .

الحديث غير موصول إلى النبي ﷺ ، ولئن صح ، فهو محمول على السياسة ، بإضافة التعريق
إلى النبي ﷺ حيث (قوله ﷺ : من غرق غرقناه) ولم يقل من غرق . قلت : الحديث
مرفوع ولكنه ضعيف على ما يحيى عن قريب في الجامع الصغير .

ولو أسمى توراً قائماً في النار ولا يستطيع الخروج منها ، فأحرقت فيه القود .
وفيه إشارة إلى أن الإسماء يكفي للقود وإن لم تكن فيه النار . وفي جمع التفاريق : هو
الصحيح ، ولو ألقاه في نار ثم أخرج وبه رمق فمكث مضى منه حتى مات فيه القود ،
وإن كان يحيى ويذهب فلا . ولو أوجره سماً كراماً أو نأويله ، أو أكرهه على شربه
فلا قود فيه .

(ولأن الآلة قاتلة) هذا استدلالها ، بيانه أن الماء الذي لا ينجى منه عادة قاتل ،
قبل هذا الماء أدى القتل (فاستعمالها إشارة العمدية) أى باستعمال هذه الآلة
علامة العمدية .

(ولا مراة) أى ولا شك (في العصمة) أى عصمة الحل لأن كلامنا فيما إذا كان
القتول مخفون على التأييد وقد وجد فيجب القصاص .

(وله) أى ولأبى حنيفة « رح » (قوله ﷺ : إلا أن قتل خطأ العمد قتل السوط

ومنه يقال اقتصر أثره ، ومنه المقصة للجلدين . ولا تماثل بين الجرح والدق لقصور الثاني عن تخريب الظاهر ، وكذا لا يتماثلان في حكمة الزجر لأن القتل بالسلاح غالب ، وبالثقل نادرة ، وما رواه غير مرفوع أو هو محمول على السياسة ،

بقوله (ومنه يقال اقتصر أثره) أى تبعه (ومنه المقصة) وهو المقرض يقال (للجلدين) : الجلم الذي يحزبه وهما جلدان يعني سميت المقصة : مقصة لأن كل واحد من الجلدين يماثل الآخر ، وقال شيخنا العلاء رحمة الله عليه : قوله للحكمين ، هكذا بتصحيح شيخنا رحمة الله عليه . ووقع في النسخ : للحكمين . ولا وجه له لأن الحكم الذي يحزبه كما ذكرناه .

(ولا تماثل بين الجرح والدق) لأن الدق يعمل في الباطن دون الظاهر ، والجرح بالسيف يعمل في الظاهر والباطن والتفريق لا يعمل في الظاهر والباطن جميعاً أشار إليه بقوله (لقصور الثاني) أى الدق (عن تخريب الظاهر ، وكذا لا يتماثلان) أى الجرح والدق .

(في حكمة الزجر لأن القتل بالسلاح غالب وبالثقل نادر) وشرعية الزجر في الغالب لأن في النادر ، ولهذا شرع الحد في شرب الخمر لا في شرب البول .

(وما رواه) أى ما رواه الشافعي رحمه الله من قوله : من غرق غرقناه (غير مرفوع) أى غير مرفوع إلى النبي ﷺ . وقال السكاكي « رض » أى غير ثابت ، وإنما هو من كلام راوية : ولا يلزم التحريق ، وهو منهي . قال ~~عنه~~ : لا يعذب بالنار إلا رب النار .

قلت : قد ذكرنا أن البيهقي رواه مرفوعاً ولكنه ضعيف لا تقوم به الحجة ، وأجاب عنه المصنف بجواب آخر وهو قوله (أو هو محمول على السياسة) .

هذا ... جواب بطريق التسليم ، يعني ولئن سلمنا أنه مرفوع ، ولكنه محمول على السياسة وقد مر الكلام فيه عن قريب .

وقد أومت إليه إضافته إلى نفسه فيه وإذا امتنع القصاص وجبت الدية ،
وهي على العاقلة ، وقد ذكرناه ، واختلاف الروایتين في الكفارة .
قال ومن جرح رجلاً عمداً فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه
القصاص لوجود السبب وعدم ما يبطل حكمه في الظاهر ، فأضيف
إليه . قال وإذا التقى الصنفان من المسلمين والمشرکین

(وقد أومت إليه اضافته إلى نفسه فيه) أى إشارة إلى الحمل على السياسة إضافة
النبي ﷺ فعل التفريق إلى نفسه بإسناد الفعل حيث قال : غرقناه . وقد مر الكلام فيه ،
وقيل هو منسوخ بقوله عنه : « لا يمتدب بالنار إلا رب النار » وقد ذكرنا أن تمام
الحديث : « من حرق حرقناه » . ولا يقال أن بعض حديث واحد منسوخ
دون البعض .

(وإذا امتنع القصاص) أى في التفريق (وجبت الدية وهي على العاقلة) أى عاقلة
الذي غرق في ثلاث سنين ، لأنه شبه العمد ، وقد مر حكم شبه العمد أشار إليه بقوله
(قد ذكرناه) أى فيما مضى عند ذكر شبه العمد .

(واختلاف الروایتين في الكفارة) اختلاف الروایتين بالرفع لأنه مبتدأ ، وقوله في
الكفارة خبره يعني اختلاف الروایتين عن أبي حنيفة « رح » لا في شبه العمد في الكفارة
في القتل في الثقل . في رواية تجب ، وفي رواية لا تجب لا في الدية فإن الدية تجب بلا
تردد ، ورواية وجوب الكفارة هي الصحيح .

(قال) أى القدورى رحمه (ومن جرح رجلاً عمداً فلم يزل صاحب فراش حتى مات
فعليه القصاص) إلى هذا كلام القدورى « رح » . وقال المصنف رحمه الله : (لوجود
السبب) وهو سفك دم محقون على التأييد عمداً (وعدم ما يبطل حكمه) أى
ولعدم ما يبطل حكمه ، أى حكم الدم المحقون على التأييد من العفو أو الشبهة (في الظاهر
فأضيف إليه) أى إلى الظاهر ، لأن الظاهر أنه مات بذلك الكسب لعدم تحمل البرء ،
فأضيف إليه ، فوجب القصاص .

(قال) أى محمد رحمه الله في الجامع الصغير (وإذا التقى الصنفان من المسلمين والمشرکین

فقتل مسلم مسلماً ظن أنه مشرك ، فلا قود عليه ، وعليه الكفارة لأن
هذا أحد نوعي الخطأ على ما بيناه والخطأ بنوعيه لا يوجب القود ،
ويوجب الكفارة وكذا الدية على ما نطق به نص الكتاب ،
ولما اختلفت سيوف المسلمين على اليمان أبي حذيفة رضي الله تعالى عنه

فقتل مسلم مسلماً ظن أنه مشرك فلا قود عليه (أى فلا قصاص عليه) وعليه الكفارة
لأن هذا أحد نوعي الخطأ (، وهو الخطأ في القصد ، (على ما بيناه) فيما مضى في بيان
تقسيم القتل في أول كتاب الجنایات .

(والخطأ بنوعيه) أي الخطأ في القصد والخطأ في الفعل ، وقد مر فيما مضى . وقوله :
والخطأ ، مبتدأ . وقوله : (لا يوجب القود) خبره ، أى القصاص . (ويوجب الكفارة
وكذا الدية) بالنصب عطفاً على قوله الكفارة ، وكذا يوجب الدية . (على ما نطق به
نص الكتاب) وهو قوله عز وجل ، « ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة فدية
مسلمة إلى أهله » .

(ولما ^(١) اختلفت سيوف المسلمين على اليمان) بفتح الياء أو الحروف ، وتخفيف الميم ،
وفي آخره نون ، وهو اسم لوالد (أبي حذيفة « رض ») ولهذا بينه بقوله أبي حذيفة
رضي الله تعالى عنه وهذا بحسب انظار على ألسنة الناس . وفي نفس الأمر على ما قال
ابن شاهين في المعجم حدثنا عبد الله بن محمد « رح » قال : حدثني عمر « رض » عن أبي
عبيدة « رح » قال : حذيفة بن حنبل « رح » بن جابوس ربيعة بن عمرو بن اليمان « رض »
وإنما قيل حذيفة « رض » بن اليمان لأنه من بلد اليمان من خرذة ابن الحارث بن قطيعه بن
عبس . مات حذيفة بالمدائن سنة ست وثلاثين ..

فاليمان أنه كان اسماً موضوعاً له يجب أن يجري بوجوب الإعراب . وإن كان مستوياً
إلى اليمن يجب كسرونه لأنه حذفت منه ياء النسبة ، وعوض منها الألف ، وبقيت
النون على حالها .

وأما قصته فإنه قتل في غزوة الخندق ، قتله المسلمون وهم يظنون انه مشرك .

(١) ولما اختلفت

قضى رسول عليه السلام بالدية ، قالوا إنما تجب الدية إذا كانوا محتاطين
فإن كان في صف المشركين لا تجب لسقوط عصمته بتكثير سوادهم
قال عليه السلام من كثر سواد قوم فهو منهم . قال : ومن شج
نفسه وشجه رجل وعقره أسد وأصابته حية فمات من ذلك كله ، فعلى
الأجنبي ثلث الدية لأن فعل الأسد والحية جنس واحد لكونه
هدراً في الدنيا والآخرة وفعله بنفسه هدر في الدنيا معتبر في الآخرة

(قضى رسول الله ﷺ بالدية) فوهبها حذيفة لهم .

(قالوا) أي المشايخ (إنما تجب الدية إذا كانوا محتاطين) أي المسلمون والكفار (فإن
كان) أي المسلم (في صف المشركين لا تجب الدية لسقوط عصمته بتكثير سوادهم ، قال
عليه الصلاة والسلام) ، أي قال النبي ﷺ : (من كثر سواد قوم فهو منهم) هذا
الحديث رواه أبو يعلى الموصلي في مسنده ، حدثنا أبو همام ، حدثنا ابن وهب ، أخبرني
بكر بن بصر ، عن عمرو بن الحارث : أن رجلاً دعى عبد الله بن مسعود رضي الله تعالى
عنها إلى وليمة ، فلما جاء ليدخل سمع لهواً ، فلم يدخل . فقال له : لم رجعت ؟ قال :
إني سمعت رسول الله ﷺ يقول : « من كثر سواد قوم فهو منهم ، ومن رضي عمل قوم
كان شريك من عمل » .

وفي المجتبى : وهذا حال من كثر سوادهم ولم يقرن بزيهم ولم يخلق بأخلاقهم ،
فكيف حال المتزين بزيهم والمتخلق بأخلاقهم في زماننا . وأخرج أبو داود في سننه من
حديث ابن عمر رضي الله عنهما قال ، قال رسول الله ﷺ : « من تشبه بقوم
فهم منهم » .

(قال) أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير (ومن شج نفسه وشجه رجل وعقره
أسد وأصابته حية فمات من ذلك كله ، فعلى الأجنبي ثلث الدية ، لأن فعل الأسد والحية
جنس واحد ، لكونه هدراً في الدنيا والآخرة وفعله بنفسه هدر في الدنيا معتبر في
الآخرة) . وفعله بنفسه هدر في الدنيا معتبر في الآخرة (حتى يؤثم عليه) قال

حتى يؤثم عليه ، وفي النوادر أن عند أبي حنيفة « رح »
 ومحمد « رح » يغسل ويصلي عليه وعند أبي يوسف « رح »
 يغسل ولا يصلي عليه ، وفي شرح السير الكبير ذكر في الصلاة عليه
 اختلاف المشائخ على ما كتبناه في كتاب التجنيس والمزيد ، فلم
 يكن هدراً مطلقاً وكان جنساً آخر وفعل الأجنبي معتبر في
 الدنيا والآخرة . فصارت ثلاثة أجناس ، فكان النفس تلفت
 بثلاثة أفعال ، فيكون التآلف بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه
 ثلث الدية والله أعلم .

الشافعي « رح » ، وأحمد « رح » ، في قول يجب على الأجنبي الدية لأنه عمد محض .
 (وفي النوادر أن عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى) يعني هذا الرجل الذي شج
 نفسه (يغسل ويصلي عليه ، وعند أبي يوسف « رح » : يغسل ولا يصلي عليه) لأنه
 باغ على نفسه .
 (وفي شرح السير الكبير ذكر في الصلاة عليه اختلاف المشائخ على ما كتبناه في كتاب
 التجنيس والمزيد) وهما كتابان من جهة مصنفات المصنف ، وفي بعض النسخ :
 على ما كتبناه .
 وفي تجنيس المصنف قال الحلواني : يصلي عليه لأنه لو تاب قبلت قوته . وقال
 السعدي : لا يصلي عليه لأنه لا تقبل قوته لما أنه باغ على نفسه .
 (فلم يكن) أي دم الرجل المذكور (هدراً مطلقاً) يعني في أحكام الدنيا (وكان
 جنساً آخر وفعل الأجنبي معتبر في الدنيا والآخرة فصارت) أي الجناية (ثلاثة أجناس
 فكان النفس تلفت بثلاثة أفعال) فعل نفسه ، وفعل الأجنبي وفعل الأسد والحية (فيكون
 التآلف بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث الدية والله أعلم) .

فصل

قال : ومن شهر على المسلمين سيفاً فعليهم أن يقتلوه لقوله عليه السلام :
« من شهر على المسلمين سيفاً فقد أحل دمه » ، ولأنه باغ فتسقط
عصمته ببغيه ولأنه تعين طريقاً لدفع القتل عن نفسه فله قتله . وقوله

(فصل)

أي هذا فصل في بيان ما هو بمنزلة التبع للقصاص ، وهو القصاص في الأطراف .
(قال) أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير ، (ومن شهر على المسلمين سيفاً فعليهم أن
يقتلوه لقوله ﷺ من شهر على المسلمين سيفاً فقد أحل دمه) هذا الحديث غريب بهذا
اللفظ ، وروى النسائي في سننه من حديث طاووس عن ابن الزبير « رض » قال : قال
رسول الله ﷺ : « من شهر سيفه ثم وضعه فهو هدر » .
ومن طريقه رواه الطبراني في معجمه وزاد يعني وصعد : ضرب به . وروى أحمد
« رح » في مسنده والحاكم في المستدرک من حديث عائشة « رض » قالت : سمعت رسول
الله ﷺ يقول : « من أشار بحديدة إلى أحد من المسلمين يريد قتله
وجب دمه » .

قوله أحل دمه : أي أهدر دمه ، إذا هدره صار دمه مباحاً .
(ولأنه باغ) أي ولأنه شاهر السيف ، باغ لأنه شهر سيفه عليهم وقصد قتلهم . صار
حرباً عليهم فكان باغياً .

(فتسقط عصمته ببغيه) أي فبطلت عصمة دمه للمحاربة . قال الله تعالى : ﴿ فقاتلوا
التي تبغى حتى تفيء إلى أمر الله ﴾ .

(ولأنه) أي ولأن القتل (تعين طريقاً لدفع القتل عن نفسه) أي عن نفس المشهور
عليه فإذا كان كذلك (فله قتله) أي قتل الشاهر حتى لو أمكنه بطريق آخر لا يسمه
قتله ولا يعلم فيه خلاف .

(وقوله) ، قال السكاكي : أي قال صاحب المختصر . قلت : إن أراد بالختصر

فعلهم ، وقول محمد « رح » ، في الجامع الصغير فحق على المسلمين أن يقتلوه إشارة إلى الوجوب ، والمعنى وجوب دفع الضرر . وفي سرقة الجامع الصغير ومن شهر على رجل سلاحاً ليلاً أو نهاراً ، أو شهر عليه عصاً ليلاً في مصر أو نهاراً في طريق ، في غير مصر ، فقتله المشهور عليه عمداً ، فلا شيء عليه لما بينا . وهذا لأن السلاح لا يلبث فيحتاج إلى دفعه بالقتل والعصا الصغيرة . وإن كان يلبث ولكن في الليل ، لا يلحقه الغوث

مختصر القدوري ، فالقدوري لم يذكر هذه المسألة ، وإنما ذكرها في الجامع الصغير . والصواب ما ذكره تاج الشريعة « رح » أي قول محمد « رح » في المبسوط . (فعلهم . وقول محمد « رح » في الجامع الصغير فحق على المسلمين أن يقتلوه) والحاصل في هذا أن لمحمد « رح » عبارتان : أحدهما التي ذكرها في المبسوط بقوله : فعلهم . والأخرى التي ذكرها في الجامع الصغير بقوله : فحق على المسلمين . والعبارتان تدلان على معنى واحد وهو وجوب قتل الشاهر الباغي المذكور .

وقول المصنف : وقوله ، أي قول محمد : مبتدأ ، وقول محمد عطف عليه . وقوله (إشارة) خبر المبتدأ . أي يشير القولان بأن قتله واجب (إلى الوجوب والمعنى) من كلام المصنف ، أي معنى الوجوب (وجوب دفع الضرر) لأن دفع الضرر واجب لا أن يكون غير القتل واجباً . وهذا قتل الحربي لا بعينه ، بل لدفع كلمة الله عز وجل .

(وفي سرقة الجامع الصغير : ومن شهر على رجل سلاحاً ليلاً أو نهاراً ، أو شهر عليه عصاً ليلاً في مصر ، أو نهاراً في طريق في غير مصر ، فقتله المشهور عليه عمداً فلا شيء عليه لما بينا) إشارة إلى الحديث المذكور وإلى المعنى المعقول .

(وهذا) أي عدم شيء عليه (لأن السلاح لا يلبث) يعني ليس فيه مهلة للرفع بغير قتل (فيحتاج إلى دفعه بالقتل والعصا الصغيرة ، وإن كان يلبث ، ولكن في الليل لا

فيضطر إلى دفعه بالقتل . وكذا في النهار في غير المصر ، في الطريق لا يلحقه الغوث ، فإذا قتله كان دمه هدرأ . قالوا فإن كان عصا لا تلبث يحتمل أن تكون مثل السلاح عندهما . قال : وإن شهر المجنون على غيره سلاحاً فقتله المشهور عليه عمداً فعليه الدية في ماله . وقال الشافعي « رح » لا شيء عليه وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة . وعن أبي يوسف « رح » أنه يجب الضمان في الدابة ، ولا يجب في الصبي والمجنون للشافعي « رح » أنه قتله دافعاً عن نفسه فيعتبر بالبالغ الشاهر ، ولأنه

يلحقه الغوث) يعني لا يلحقه من يخلصه منه (فيضطر إلى دفعه بالقتل ، وكذا في النهار في غير المصر في الطريق لا يلحقه الغوث ، فإذا قتله كان دمه هدرأ) يعني لا يلزمه شيء . (قالوا) أي المشايخ (فإن كان عصا لا تلبث يحتمل أن يكون مثل السلاح عندهما) إذا ضربه بجحر عظيم أو بخشبة عظيمة فهو عمد (قال) أي قال محمد « رح » في الجامع الصغير (وإن شهر المجنون على غيره سلاحاً فقتله المشهور عليه عمداً فعليه الدية في ماله ، وقال الشافعي « رح » : لا شيء عليه) .

وكذا الصبي والدابة على ما يجيء الآن . وبه قال مالك وأحمد « رح » وأكثر أهل العلم ، وعند مالك « رح » في المضطر كذلك . أما لو كان العامل عبداً أو صيد الحرم لا يضمن بلا خلاف .

(وعلى هذا الخلاف) المذكور بيننا وبين الشافعي « رح » (الصبي) إذا مال على إنسان (والدابة) أي للحمل مثلاً أو لغيره صال على إنسان فقتله الموصول عليه ، لا يضمن عندنا خلافاً للشافعي .

(وعن أبي يوسف « رح » أنه يجب الضمان في الدابة ، ولا يجب في الصبي والمجنون) . وقال الطحاوي في مختصره : وقال أبو يوسف : اتى استقبح في هذا ان أضنه قيمته ، يعني في البعير إذا صال على إنسان .

(للشافعي أنه قتله دافعاً) أي للشر (عن نفسه فيعتبر بالبالغ الشاهر ولأنه) أي

يصير محمولاً على قتله بفعله فأشبهه المكره . ولأبي يوسف « رح »
أن فعل الدابة غير معتبر أصلاً حتى لو تحقق لا يوجب الضمان .
أما فعلهما معتبر في الجملة حتى لو حققاه يجب عليهما الضمان وكذا
عصمتهما لحقهما وعصمة الدابة لحق مالكها ، فكان فعلهما
مسقطاً للعصمة دون فعل الدابة . ولنا انه قتل شخصاً معصوماً
أو أتلف مالا معصوماً حقاً للمالك وفعل الدابة لا يصلح مسقطاً .

ولأن المشهور عليه (يصير محمولاً على قتله) أى قتل الشاهر (بفعله) أى يفعل الشاهر
(فأشبهه المكره) يعني مع علمه أن هذا الفعل يسقط عصمة دمه ، صار كأنه أكرمه على
قتله ، فيكون المشهور عليه مكرماً بهذا الطريق . هكذا ذكره الرغوي .

وقال الأكمل « رح » قوله : فأشبهه المكره ، يعني أن المكره لما صار مسلوب
الاختيار من جهة المكره ، أضيف التلف إلى المكره ، فكذلك الموصول عليه . وقيل
معناه فأشبهه المكره يعود على المكره فيقتله .

(ولأبي يوسف « رح » أن فعل الدابة غير معتبر أصلاً حتى لو تحقق) أى فعل الدابة
(لا يوجب الضمان) لقوله وإن كان : جرح العجاء جبار .

(أما فعلهما) أى فعل الصبي والمجنون (معتبر في الجملة حتى لو حققاه) ، أى الفعل
وأتلفا مالا أو نفساً ، (يجب عليهما الضمان وكذا عصمتها) أى عصمة الصبي والمجنون
(لحقهما) أى لأنفسهما لا لحق الغير .

(وعصمة الدابة لحق مالكها فكان فعلهما مسقطاً للعصمة دون فعل الدابة . ولنا
أنه) أى أن المشهور عليه (قتل شخصاً معصوماً) بالعصمة الأبدية (أو أتلف مالا
معصوماً حقاً للمالك) فيجب الضمان . (وفعل الدابة لا يصلح مسقطاً) للعصمة الثابتة
حقاً للمالك ، والأذى وجد في الدابة لا من المالك ، فلا يجب بطلان العصمة الثابتة للمالك
ولا يرد عليه العبد الصائل ، لأن عصمة دم العمد تثبت حقاً له ، ولهذا ليس للمولى سفك دمه
وأما صيد الحرم فلأن عصمته إنما تثبت بالشرع لحرمته أو لحرمه مؤقتاً ، أى إلى

وكذا فعلهما وإن كانت عصمتها حقهما لعدم اختيار صحيح ، ولهذا لا يجب القصاص بتحقيق الفعل منها بخلاف العاقل البالغ لأن له اختياراً صحيحاً . وإنما لا يجب القصاص لوجود المبيع ، وهو دفع الشر فتجب الدية . قال : ومن شهر على غيره سلاحاً في المصر فضربه ثم قتله الآخر ، فعلى القاتل القصاص . معناه إذا ضربه فانصرف لأنه خرج من أن يكون محارباً بالإنصراف فعادت عصمته . قال : ومن دخل عليه غيره ليلاً وأخرج السرقة

غاية الأذى ، فإذا وجد الأذى من جهته لم يبق معصوماً .

(وكذا فعلهما) أي وكذا فعل الصبي والمجنون لا يصلح مسقطاً (وإن كانت عصمتها حقها) يعني لأنفسهما لا لحق الغير (لعدم اختيار صحيح ولهذا) أي ولأجل عدم الاختيار الصحيح منها (لا يجب القصاص بتحقيق الفعل منها) أي من الصبي والمجنون . (بخلاف العاقل البالغ لأن له اختياراً صحيحاً) فيجب القتل بتحقيق الفعل منه (وإنما لا يجب القصاص) على المشهور عليه (لوجود المبيع وهو دفع الشر) فإذا لم يجب القصاص (فتجب الدية) فصار كأكل مال الغير حال الخمصة ، فانه يحل ويجب الضمان فكذا هنا .

(قال) أي قال محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن شهر على غيره سلاحاً في المصر فضربه) أي الشاهر (ثم قتله الآخر فعلى القاتل القصاص) . وقال المصنف رحمه الله (معناه) أي معنى هذا (ضربه فانصرف) يعني أشهر سيفه وضربه ، ثم انصرف وترك الضرب ثم قتله المشهور عليه ، فعليه القصاص ولا قصاص على الشاهر (لأنه خرج من أن يكون محارباً بالإنصراف فعادت عصمته) لأنه لما شهر حل دمه دفعاً لشره فلما لم يقتله وكف عنه ، اندفع شره وعادت عصمته فعلى القاتل القصاص .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن دخل عليه غيره ليلاً وأخرج السرقة) أي

فاتبعه وقتله فلا شيء عليه لقوله عليه السلام : قاتل دون مالك .
ولأنه يباح له القتل دفعاً في الإبتداء ، فكذا استرداداً في الإنتهاء .
وتأويل المسألة إذا كان لا يتمكن من الاسترداد إلا بالقتل والله أعلم .

التي سرقها (فاتبعه وقتله فلا شيء عليه لقوله عليه السلام « قاتل دون مالك ») هذا جواب
من حديث طويل أخرجه البخاري «رح» في تاريخه الوسط ، عن أبي هريرة «رض» قال :
أتى رجل إلى النبي ﷺ ، الحديث ، وفيه « قاتل دون مالك » . روى مسلم عن أبي هريرة
«رض» قال جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال أرأيت إن جاء رجل يريد أن يأخذ
مالي ؟ قال فلا لفظ مالك . قال أرأيت إن قاتلني ؟ قال قاتله . قال أرأيت إن قتلني ؟
قال أنت شهيد . قال أرأيت إن قتلته ؟ قال هو في النار .

(ولأنه) أي ولأن المدخل عليه ليل (يباح له القتل أي قتل الداخل) (دفعاً في
الابتداء) أي دفعاً لشره في ابتداء الأمر (فكذا استرداداً) أي فكذا له القتل لأجل
استرداد ما أخذه (في الإنتهاء) لأنه أسهل في الإبتداء .

وقال المصنف «رح» (وتأويل المسألة إذا كان لا يتمكن من الإسترداد إلا بالقتل والله
أعلم) يعني فحينئذ يباح له القتل ، وأما إذا علم أنه لو صاح به يترك ما أخذه ويذهب فلم
يفعل هكذا ، ولكن إن قتله كان عليه القصاص لأنه قتله بغير حق ، كالمالك إذا قتل
الغاصب لأنه يتمكن من استرداد المال من يده بدون القتل ، كذا ذكره فخر الدين
قاضي خان .

والعجب من الأترابي أنه قال الأصل في هذا ما روى الترمذي في جامعه بإسناده إلى
سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل ، عن النبي ﷺ قال « من قتل دون ماله فهو شهيد » الحديث
قال وذكر مسلم أيضاً بإسناده إلى عبد الله بن عمر «رض» عن رسول الله ﷺ قال من قتل
دون ماله فهو شهيد . فمن أين يؤخذ من هذا الحديث جواز قتل من دخل عليه ليل
وأخرج ما أخذه ؟ فالمصنف استدل بالحديث الذي ذكرناه ، وكان ينبغي أن يستدل
بالحديث المذكور من المتن ، وبين وجهه فالظاهر أنه لم يقف عليه واستدل بالحديث الذي
ذكره بالحرف الثقيل ، وهذا ينافي دعواه الطويلة العريضة في هذا الباب والله أعلم .

باب القصاص فيما دون النفس

قال : ومن قطع يد غيره عمداً من المفصل قطعت يده ، وإن كانت يده أكبر من اليد المقطوعة ، لقوله تعالى ﴿ والجروح قصاص ﴾ وهو ينبيء عن المائلة ، فكل ما أمكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص وما لا فلا .

(باب القصاص فيما دون النفس)

أي هذا باب في بيان أحكام القصاص فيما دون النفس وهو الأطراف لأنه لما ذكر أحكام النفس أعقبها ببيان حكم ما دون النفس ، والجزء يتبع الكل .
(قال) أي القدوري (ومن قطع يد غيره عمداً من المفصل قطعت يده) هذا كلام القدوري « رح » وقال المصنف (وإن كانت يده أكبر من اليد المقطوعة) أي وإن كانت يد القاطع أكبر من يد المقطوع ، وقال الكرخي في مختصره وكل عمد بآلة جارحة من مفصل ففيه القصاص ، وما كان من غير المفصل فلا قصاص فيه . فإذا بان الكف من الزند ومن مفصل الذراع أو القدم من مفصل القدم أو إصبعاً في الكف من المفصل ، أو مفصلاً من مفصل الإصبع ، ففيه القصاص وسواء كانت الجناية فيما دون النفس بسلح أو غيره وذلك سواء ، وفيه القصاص إذا اعتمد ذلك (لقوله تعالى ﴿ والجروح قصاص ﴾) وفي الإيضاح وغيره فيما دون النفس مشروع بهذه الآية ويحدث ربيع عن أنس بن مالك أنها كسرت سن جارية من الانصار فأتوا النبي ﷺ فأمر بالقصاص وهو مشهور وبإجماع الائمة « رض » .

(وهو) أي القصاص (ينبيء عن المائلة فكل ما أمكن رعايتها فيه) أي في رعاية المائلة فيه (يجب فيه القصاص وما لا فلا) أي وما لم يكن فيه رعاية المائلة فلا يجب

وقد أمكن في القطع من المفصل فاعتبر ولا معتبر بكبير اليد
وصغرها ، لأن منفعة اليد لا تختلف بذلك ، وكذلك الرجل ومارن
الأنف والأذن لإمكان زعاية المائلة . قال ومن ضرب عين رجل
فقلعها لا قصاص عليه لامتناع

القصاص كما إذا كسر عظماً أو ساعداً أو كسر ضلعاً أو ترقوة أو ما أشبه ذلك ففيه
حكومة عدل ، وإذا أجرى الأطراف مجرى الأموال ، اعتبرت المائلة ، ولأنهم اجمعوا
أن الصحيحة لا تؤخذ بالسلاء ولا بالنشاء قصة الأصابع لعدم المائلة ، وأجمعوا أيضاً أن
اليمنى لا تؤخذ اليسرى ، ولا اليسرى باليمنى ، ولا يؤخذ شيء من الاعضاء إلا بمثل
من القاطع : الإبهام بالإبهام ، والسبابة بالسبابة ، والوسطى بالوسطى ، والخنصر بالخنصر
والبنصر بالبنصر . وكذلك الاسنان الثنية بالثنية ، والتاب بالتاب ، والضرس بالضرس .
ولا يؤخذ الأعلى بالأسفل ، ولا الأسفل بالأعلى .

وكذلك الشجاج والجراحات لا تقتضى فيما يجب القصاص منه إلا في موضع الشجة
والجراحة في المشجوج والمجروح .

(وقد أمكن في القطع) أي في قطع اليد (من المفصل فاعتبر) لإمكان (ولا معتبر
بكبير اليد وصغرها لأن منفعة اليد لا تختلف بذلك) أي بكونها صغيرة أو كبيرة لأن
منفعة اليد وهو البطش لا يختلف بالصغر والكبير ، ولا يعلم فيه خلاف .

قال القدوري (وكذلك الرجل) أي وكذلك يجب القصاص إذا قطع رجل إنسان
عمداً من مفصل (ومارن الأنف) وهو ما لان منه (والأذن لإمكان زعاية المائلة) وإنما
قيد بالمارن لأنه إذا قطع قسبة الأنف لا يجب القصاص لأنها عظم ، ولا قصاص في العظم
سوى السن ، وأما الأذن إذا قطع كلها وجب القصاص لإمكان المائلة ، وإن قطع بعضها .
والقطع حد يعرف أمكنه المائلة فيجب القصاص ، وإن لم يكن يعرف سقط للقصاص
كذا ذكر القدوري في شرحه .

(قال) أي القدوري «رح» (ومن ضرب عين رجل فقلعها لا قصاص عليه لامتناع

المماثلة في القلع ، وإن كانت قائمة فذهب ضوءها فعليه القصاص
لإمكان المماثلة على ما قال في الكتاب تحمى له المرأة
ويجعل على وجهه قطن رطب وتقابل عينه بالمرأة فيذهب ضوءها
وهو مأثور عن جماعة من الصحابة «رض» . قال وفي السنن القصاص
لقوله تعالى ﴿والسن بالسن﴾ ، وإن كانت سن من يقتص منه أكبر

المماثلة في القلع ، وإن كانت قائمة فذهب ضوءها فعليه القصاص لإمكان المماثلة على ما قال
في الكتاب (أى القدوري «رح») تحمى له المرأة ويحمل على وجهه قطن رطب وتقابل
عينه بالمرأة فيذهب ضوءها ، وهو مأثور عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم (هذا
الحكم بهذه الصورة نقلت عن جماعة من الصحابة «رض» . قال القدوري «رح» في شرحه
روى أن علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه حكم بذلك بحضرة الصحابة من غير خلاف
لأن هذا حدث في زمن عثمان رضي الله تعالى عنه ، فسأل عنه الصحابة «رض» فلم يكن
عندهم فيه شيء حتى جاز علي رضي الله تعالى عنه ، ففضى بذلك ، وعمل عليه عثمان
رضي الله تعالى عنه .

وروى عبد الرزاق في مصنفه ، أخبرنا معمر عن رجل ، عن الحكم بن علية ، قال
لهم رجل رجلا فذهب بصره وعينه قائمة ، فأرادوا أن يقيدوا منه ما عليه وعليهم وعلى
الناس كيف يقيدونه ، وجعلوا لا يدرون كيف يصنعون ، فأتاهم علي رضي الله تعالى عنه
فأمر أن يحمل على عينه كرسف ثم استقبل به الشمس وأدنى من عينه امرأة ، فقطع
بصره وعينه قائمة .

وفي المحيط لا قصاص في العين إذا قورت وانخسفت ، ولو كانت قائمة ذهب ضوءها
يجب القصاص .

وعن أبي يوسف رحمه الله لا يجب القصاص . وقالت الأئمة الثلاثة تعلق عينه لقوله
تعالى ﴿العين بالعين﴾ .

(قال) أي القدوري «رح» (وفي السنن القصاص لقوله تعالى ﴿والسن بالسن﴾ وإن

من سن الآخر لأن منفعة السن لا تتفاوت بالصغر والكبر . قال
وفي كل شجة تتحقق فيها المماثلة القصاص لما تلواناه . قال
ولا قصاص في عظم إلا في السن ، وهذا اللفظ مروى عن عمر
رضي الله تعالى عنه وابن مسعود رضي الله تعالى عنهما .

كانت (حكم إن واصله بما قبله (سن من يقتص منه أكبر من سن الآخر لأن منفعة السن
لا تتفاوت بالصغر والكبر) ومنفعة السن القطع في الشنابا ، والطحن في الاضراس لا يختلف .
(قال) أي القدوري « رح » (وفي كل شجة تتحقق فيها المماثلة القصاص لما تلواناه)
إشارة إلى قوله تعالى ﴿ والجروح قصاص ﴾ .

وفي بعض النسخ لما ذكرنا إشارة إلى قوله وهي تنبئ عن المماثلة . وقال الكرخي
« رح » في مختصره : والشجاج كلها لا قصاص فيها إلا الموضحة ، والسمحاق إن أمكن
القصاص في السمحاق ، وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة « رح » والسمحاق هي التي
بينها وبين العظم وجلده .

وقال محمد « رح » في الأصل أن القصاص يجب في الموضحة والسمحاق والرامية
والباضعة وما فوق الموضحة وهي الهاشمة والمثقلة والأمة ولا قصاص فيها عند أحمد « رح »
من أهل العلم .

(قال) القدوري « رح » (لا قصاص في عظم إلا في السن وهذا اللفظ) أي قولهم :
ولا قصاص في عظم إلا في السن (مروى عن عمر « رض » وابن مسعود رضي الله تعالى
عنهما) هذا اللفظ غريب .

وقال الأتزازي « رح » قال القدوري « رح » في شرحه المروى عن ابن مسعود
رضي الله تعالى عنهما أنه قال لا قصاص في عظم إلا في السن ، وعن عمر « رض » أنه قال
لا قصاص في عظم .

قلت روى ابن أبي شيبة « رض » في قصة حدثنا حفص عن أشعث ، عن الشعبي
والحسن قال ليس في العظام قصاص ما خلا السن والرأس انتهى ، فإن كان السن عظماً
فالاستثناء ، ولا بد من فرق بينها وبين غيرها من العظام ، وهو إمكان القصاص فيها بأن
يبرد بالمبرد بقدر ما كسر منها ، أو إلى أصلها إن قلعها ، ولا يقلع لتعذر المماثلة ، فربما
يفسد به لسانه ، كذا في المبسوط .

وقال عليه السلام لا قصاص في عظم ، والمراد غير السن . ولأن اعتبار المماثلة في غير السن متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان بخلاف السن لأنه يبرد بالمبرد ، ولو قلع من أصله يقطع الثاني فيتمثالان . قال وليس فيما دون النفس شبه عمد إنما هو عمد أو خطأ ، لأن شبه العمد يعود إلى الآلة ، والقتل هو الذي يختلف باختلافها دون ما دون النفس ، لأنه لا يختلف إتلافه باختلاف الآلة

وان كان غير عظم كما أشار إليه بقوله عليه السلام لا قصاص في عظم حيث لم يستثن السن ، فالاستثناء منقطع .

وقد اختلف الأطباء في ذلك فمنهم من قال هو طرف عصب يابس لأنه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة ، ومنهم من قال هو عظم وكأنه وقع ، عند المصنف أنه عظم حق قال المراد منه غير السن .

(وقال عليه السلام لا قصاص في العظم) هذا غريب ولم يثبت . وروى ابن أبي شيبة « رح » في مصنفه ، حدثنا حفص بن غياث عن حجاج عن ابن أبي مليكة عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما قال ليس في العظام قصاص وأخرج نحوه عن الشعبي والحسن « رح » . (والمراد غير السن) أي المراد من قوله عليه السلام لا قصاص في العظم غير السن ، لقوله تعالى ﴿ والسن بالسن ﴾ . (ولأن اعتبار المماثلة في غير السن متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان ، بخلاف السن لأنه يبرد بالمبرد ، ولو قلع من أصله يقطع الثاني فيتمثالان) فيبرد من سن الجاني بقدر ذلك ولا يقطع لما ذكرنا .

(قال) أي القديري « رح » (وليس فيما دون النفس شبه عمد ، إنما هو عمد أو خطأ لأن شبه العمد يعود إلى الآلة) أي لأن شبه العمد في النفس إنما يثبت بالنظر إلى الآلة ، لأن الآلة لم توضع للقتل ، فلم يجب القصاص ، بل تجب الدية المخلطة نظراً إلى المتعمد .

(والقتل هو الذي يختلف باختلافها) أي باختلاف الآلة (دون ما دون النفس ، لأنه لا يختلف إتلافه) أي إتلاف ما دون النفس (باختلاف الآلة) يعني يستوى السلاح وغير

فلم يبق إلا العمد والخطأ . ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ، ولا بين الحر والعبد ، ولا بين العبدین ، خلافاً للشافعي في جميع ذلك إلا في الحر يقطع طرف العبد ، ويعتبر الأطراف بالأنفس لكونها تابعة لها . ولنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الاموال ، فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة ، وهو معلوم قطعاً بتقويم الشرع ،

السلاح في اتلافه ، فإذا تعمد بأي شيء كان سلاحاً أو غير سلاح ، فما بان من المفصل يجب القصاص ، فإذا كانت الإبانة من غير تعمد الأرض ، ولكن لا يجب القصاص فيما دون النفس حتى يبرأ منه أو يموت ، ولا يجعل بل يترقب خلافاً للشافعي « رح » ، ذكره في الأسرار وغيره .

فإذا كان الأمر كذلك (فلم يبق إلا العمد والخطأ) ، وكان المصنف رحمه الله قد ذكر هذا فيما مضى ، لكنه ذكر هناك انه عمد ، وهنا انه عمد أو خطأ ، فيحمل الأول على أن المراد به إن أمكن القصاص ، وذلك لأنه شبه العمد إذا حصل فيما دون النفس . وإن أمكن القصاص جملة عمداً وإن لم يمكن جعل خطأ ، ووجب الارش .

(ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ، ولا بين الحر والعبد ، ولا بين العبدین) أي في حق الطرف ، لا في حق النفس . (خلافاً للشافعي « رح » في جميع ذلك) وبه قال مالك وأحمد وإسحاق « رح » .

(إلا في الحر يقطع طرف العبد) فانه لا يجري القصاص على الحر عنده أيضاً هو أي الشافعي « رح » (ويعتبر الأطراف بالأنفس لكونها) أي لكون الأطراف (تابعة لها) أي للأنفس .

(ولنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الاموال) لكونها وقاية للأنفس كالأموال (فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة) يعني في العبد ، ومبنى القصاص على المساواة ، ولا مساواة في الأطراف بين العبد .

(وهو) أي التفاوت (معلوم قطعاً بتقويم الشرع) فإن الشرع قوم اليد الواحدة

فامكن اعتباره بخلاف التفاوت في البطش، لأنه لا ضابط له، فاعتبر أصله وبخلاف الأنفس، لأن المتلف^(١) إزهاق الروح ولا تفاوت فيه . ويجب القصاص في الأطراف بين المسلم والكافر للتساوي بينهما في الأرض . قال ومن قطع يد رجل من نصف الساعد، أو جرحه جائفة فبرء منها فلا قصاص عليه، لأنه لا يمكن اعتبار المائلة فيه إذ الأول كسر العظم،

للحر بخمسمائة دينار قطعاً وبقيناً، لا تبلغ قيمة العبد إلى ذلك، فإن بلغت كان بالحرز والظن فلا تكون مساوية ليد الحريتين، فإذا كان التفاوت معلوماً قطعاً (فأمكن اعتباره بخلاف التفاوت في البطش) لأن التفاوت بين طرفي المرأة وطرف الرجل ظاهر لأن يد المرأة تصلح لنوع من المتافع لا يصلح ليد الرجل، فصارت كاليمين واليسار . (لأنه لا ضابط له فاعتبر أصله) أي أصل البطش، فإن قيل إن استقام في الحر والعبد لم يستقم بين العبدتين لإمكان التساوي في قيمتها بتقويم المقومين، وأجيب بأن التساوي إنما يكون بالحرز والظن والمائلة المشروطة شرعاً لا تثبت بذلك كالمائلة في الأموال الربوية عند المقابلة يحنسها .

(وبخلاف الأنفس) حيث لا يسلك بها مسلك الأموال (لأن المتلف) ، وفي نسخة شيخني الملاء رحمة الله عليه ، لأن المتعلق ، (إزهاق الروح ولا تفاوت فيه) أي في إزهاق الروح .

(ويجب القصاص في الأطراف بين المسلم والكافر للتساوي بينهما) أي في المسلم والكافر (في الأرض) أي في أرض الطرف فصار كالحرين المسلمين .

(قال) أي القدوري «رح» (ومن قطع يد رجل من نصف الساعد أو في جرحه حائفة فبرء منها فلا قصاص عليه) بل يجب حكومة عدل (لأنه لا يمكن اعتبار المائلة فيه إذ الأول) أي لأن الأول وهو القطع من نصف الساعد (كسر العظم) لأن الفعل

ولا ضابط فيه . وكذا البرء نادر فيفضى الثاني إلى الهلاك
ظاهراً . قال وإذا كانت يد المقتوع صحيحة ، ويد القاطع
شلاء أو ناقصة الأصابع ، فالمقتوع بالخيار إن شاء قطع اليد المعيبة ،
ولا شيء له غيرها . وإن شاء أخذ الأرض كاملاً ، لأن استيفاء
الحق متعذر ، فله أن يتجاوز بدون حقه . وله أن يعدل إلى العوض

وقع فيه ليس له حد معلوم وينتهى إليه القطع .

(ولا ضابط فيه) أى في كسر العظم ، وفي بعض النسخ ، ولا ضابط في الثاني وهو
الجرح الجائفة ، لأنها تصل إلى البطن من الصدر والظهر (وكذا البرء نادر) أى في الجائفة
والهلاك فيها غالب ، فلا يمكن المائلة بين الثانية والأولى لوجوب البرء في الأول دون
الثانية ، فإذا اقتصر (فيفضى الثاني) وهو الجرح الجائفة (إلى الهلاك ظاهراً) فلا يجب
القصاص لانتفاء شروط القصاص ، بل يجب ثلث الدية في ماله ، ولا تكون الجائفة إلا فيما
يصل إلى البطن ، ولا يكون في الرقبة ، ولا في الحلق ، ولا في اليدين ،
ولا في الرجلين . فإن كانت الجراحة بين الاثنين والمدينة فهي جائفة ، ذكره القدوري
«رح» في شرحه .

(قال) أى القدوري «رح» ، (وإذا كانت يد المقتوع صحيحة ويد القاطع شلاء أو
ناقصة الأصابع ، فالمقتوع بالخيار إن شاء قطع اليد المعيبة ، ولا شيء له غيرها ، وإن
شاء أخذ الأرض كاملاً) ولا يعلم فيه خلاف في الشلاء ، وفي ناقصة الأصابع ليس له مع
القطع أرض أو كروية .

قال أبو بكر الحنبلي ، وقال الشافعي ومالك وأحمد «رح» ، فالمقتوع يجوز له أن
يختص ويأخذ أرض المعقود ، وله أن يعفو ويأخذ دية اليد كاملة ، وذكر في المبسوط .
وقال الشافعي «رح» له الأرض مطلقاً ، ولم يفرق بين الشلل ونقصان الأصابع .

(لأن استيفاء الحق كاملاً متعذر فله أن يتجاوز بدون حقه) ويرضى بقطع المعيبة .
(وله أن يعدل إلى العوض) وهو الأرض ومثله في ذلك (كالمثلي إذا انصرم) أى

كالمثلّي إذا انصرم عن أيدي الناس بعد الإتلاف. ثم إذا استوفّاها
ناقصاً فقد رضي به فيسقط حقه كما إذا رضي بالردّيء مكان الجيد،
ولو سقطت المؤقّة قبل اختيار المجني عليه أو قطعت ظالماً فلا شيء له
عندنا لأن حقه متعين في القصاص وإنما ينتقل إلى المال باختياره
فيسقط بفواته بخلاف ما إذا قطعت بحق عليه من قصاص أو سرقة،
حيث يجب عليه الأرش، لأنه أوفى به حقاً مستحقاً فصارت
سألة له معنى.

إذا انقطع (عن أيدي الناس بعد الإتلاف) صورته رجل أتلّف على رجل ما له مثل
فانقطع عن أيدي الناس فلم يبق منه إلا هو ناقص الصفة عن المتلف، فصاحب الحق
بالخيار إن شاء أخذ الموجود، وإن شاء عدل إلى القيمة، لأنه لم يقدر على استيفاء جنس
حقه بكماله فكذا هذا.

(ثم إذا استوفّاها ناقصاً فقد رضي به) أي ثم إذا استوفى المقطوع قطع اليد الناقصة
فقد رضي بحقه (فيسقط حقه كما إذا رضي بالردّيء مكان الجيد) في المثلّي إذا انقطع .
(ولو سقطت المؤقّة) أي اليد التي أصابتها الإصابة وهي الشلاء (قبل اختيار المجني
عليه) أخذها (أو قطعت ظالماً) أي أو قطعت المعروفة ، أي الشلاء ، من جهة الظلم
(فلا شيء له عندنا) احتراز به عن قول الشافعي واحمد «رح» لان عندهما تجب الدية .
(لان حقه متعين في القصاص) فيه لانه متعين باليد بدلالة ليس له العدول إلى الارش
مع القدرة (وإنما ينتقل) أي حقه (إلى المال باختياره) لاجل العيب (فيسقط بفواته)
يعني إذا لم يحترز حتى تلف ، فتسقط بفواته ، لأن ما تعلق به حقه قد هلك ، فيسقط
بفواته وصار كالصحيحة إذا تلفت .

(بخلاف ما إذا قطعت) اليد الشلاء (بحق عليه) أي بحق (من قصاص أو سرقة
حيث يجب عليه الأرش ، لأنه أوفى به حقاً مستحقاً فصارت) أي بد القاطع (سألة
له معنى) من حيث المعنى ، لأن من حيث الصورة إيضاح هذا : إذا ذهبت الجارية

قال ومن شج رجلا فاستوعبت الشجة ما بين قرنيه ، وهي لا تستوعب
ما بين قرني الشاج ، فالشجوج بالخيار إن شاء اقتص بمقدار شجته
يبتدىء من أي الجانبين شاء ، وإن شاء أخذ الأرض . لأن الشجة
موجبة لكونها مشينة فيزداد الشين بزيادتها .

مقيبة قبل أن يختار الجني عليه أخذا ، فالكلام فيه على وجهين :
- فإن قطعت يده بحق عليه مثل أن يقتص منها ، أو يقطع في سرقة فليطه أرض
اليد المقطوعة .

- ولئن تلفت يده بغير حق عليه سقط حق صاحب القصاص مثل أن يقطعها رجل
ظلماً أو تلف بأفة سماية .

وقال الشافعي « رح » يجب الأرض في الوجهين . لا يقال أنه كان غيراً بين أمرين ،
فإذا مات أحدهما تعين على الآخر لأن حقه لم يثبت إلا في اليد ، وكان له أن يعدل عن هذا
الحق أي يد له فإذا أتلّف لم يحز له المطالبة بالسّر له عنه مع تلفه ، كذا في شرح
مختصر الكرخي « رح » .

وقال صاحب المجتبى : وعلى هذا المن والأطراف التي يجب فيها القصاص إذا كان
طرف الضارب والمقاطع معيبة ، بتخير الجني عليه بين أخذ الدية كاملة ، وبين
استيفاء المعيبة .

وقال برهان الأئمة والد الصدر الشهيد « رح » : هذا إذا كانت الشلاء لا ينتفع بها ، لا
يكون عملاً للقصاص ، فله دية كاملة من غير خيار ، وعليه الفتوى .

(قال) أي القدوري « رح » (ومن شج رجلاً فاستوعبت الشجة ما بين قرنيه) أي
ما بين ناحيته (وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاج ، فالشجوج بالخيار إن شاء اقتص
بمقدار شجته يبتدىء من أي الجانبين شاء ، وإن شاء أخذ الأرض) أي هذا لفظ
القدوري « رح » . وقال المصنف : (لأن الشجة موجبة) للقصاص (لكونها مشينة)
أي مقبحة ، من الشين وهو التقييح . (فيزداد الشين بزيادتها) أي بزيادة الشجة .

وفي استيفائه ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعل ، ولا يلحقه من الشين باستيفائه قدر حقه ما يلحق المشجوج فينتقص فيخير كما في الشلاء والصحيحة ، وفي عكسه يخير أيضاً ، لأنه يتعذر الإستيفاء كمالاً للتعدي إلى غير حقه . وكذا إذا كانت الشجة في طول الرأس وهي تأخذ من جبهته إلى قفاه ولا تبلغ إلى قفا الشاج ، فهو بالخيار لأن المعنى لا يختلف . قال ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر .
وعن أبي يوسف « رح » أنه إذا قطع من أصله يجب

(وفي استيفائه) أى وفي استيعاب المشجوج (ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعل) ، يعني إذا كان رأس الشاج كبيراً (ولا يلحقه من الشين باستيفائه قدر حقه ما يلحق المشجوج فينتقص) يعني ينتقص حق المشجوج إذا لم تستوعب الشجة ما بين قرني الشاج إذا كان رأسه صغيراً ، فإذا كان كذلك (فيخير) أى المشجوج رأسه بين الإقتصاص بمقدار شجته وبين أخذ الأرش ، (كما في الشلاء والصحيحة . وفي عكسه) أى وفيما إذا كان رأس المشجوج أكبر من رأس الشاج ، (يخير أيضاً لأنه يتعذر الاستيفاء كمالاً للتعدي إلى غير حقه) لأنه يكون الشين في الثانية أزيد من الأولى .

(وكذا) أى بالخيار (إذا كانت الشجة في طول الرأس ، وهي تأخذ من جبهته إلى قفاه ، ولا تبلغ إلى قفاه الشاج فهو بالخيار) أى المشجوج بالخيار (لأن المعنى لا يختلف) أى المعنى الموجب للتخير بين أرش الموضحة وبين الإقتصاص بالشجة لا يختلف . وقال السكاكي « رح » : قوله لأن المعنى لا يختلف : وهو أن بلوغه إلى قفاه زيادة على ما فعل ، وباستيفائه حقه لا يلحق الشين .

(قال) أى قال « رح » (ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر) هذا الذي ذكره القدوري « رح » في رواية الأصل .

(وعن أبي يوسف « رح ») رواه بشرعته (أنه إذا قطع من أصله يجب) أى

لأنه يمكن اعتبار المساواة . ولنا أنه ينقبض وينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة . إلا أن تقطع الحشفة لأن موضع القطع معلوم كالمفصل ، ولو قطع بعض الحشفة أو بعض الذكر فلا قصاص فيه لأن البعض لا يعلم مقداره بخلاف الأذن إذا قطع كله أو بعضه لأنه لا ينقبض ولا ينبسط ، وله حد يعرف فيمكن اعتبار المساواة والحشفة إذا استقصاها بالقطع يجب القصاص لإمكان اعتبار المساواة بخلاف ما إذا قطع بعضها لأنه يتعذر اعتبارها .

القصاص (لأنه يمكن اعتبار المساواة) . ويقول أبي حنيفة ومحمد « رح » . وقال مالك « رح » في رواية ، وأبو اسحاق من أصحاب الشافعي « رح » في اللسان ، وقال الشافعي ومالك « رح » في رواية ، وأحمد « رح » في رواية : يجب القود في الكل وفي البعض بقدره .

(ولنا أنه) أي أن اللسان (ينقبض وينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة ، إلا أن تقطع الحشفة لأن موضع القطع معلوم) لأن هناك حد يقع فيه القصاص (كالمفصل) لأن موضع القطع فيه معلوم (ولو قطع بعض الحشفة أو بعض الذكر فلا قصاص فيه لأن البعض لا يعلم مقداره) فتبقى المساواة .

وعند الأئمة الثلاثة : يؤخذ بعضه ببعض ، ويعتبر ذلك بالأجزاء دون المساحة ، فيؤخذ النصف بالنصف ، والربع بالربع ، وما زاد ونقص في حساب ذلك كما في الأذن والأنف .

(بخلاف الأذن إذا قطع بعضه أو كله لأنه لا ينقبض ولا ينبسط ، وله حد يعرف ، فيمكن اعتبار المساواة) . عن بعض أصحاب الشافعي « رح » : لا يجب القود في بعض الأذن . وحكي عن مالك « رح » أنه لا تؤخذ أذن السمع بأذن الأصم . ولو قطع الختان أو بعض الحشفة في الصبي أو في العبد ، فمليه حكومة عدل . وإن قطع الحشفة كلها فإن

فصل

قال وإذا اصططح^(١) القتاتل وأولياء القتيل على مال سقط القصاص
ووجب المال قليلا كان أو كثيرا لقوله تعالى ﴿ فمن عفي له
من أخيه شيء ﴾ الآية ، على ما قيل نزلت الآية في الصلح .

برأ فعلية في العبد كمال القيمة ، والصبي كمال الدية . فإذا مات ففي الصبي نصف الدية . وفي
العبد نصف القيمة .

(والحشفة إذا استقصاها بالقطع يجب القصاص لإمكان اعتبار المساواة بخلاف ما
إذا قطع بعضها لأنه يتعذر اعتبارها) أي اعتبار المساواة . وبه قالت الأئمة الثلاثة «رح» ،
واختار أبو حامد «رح» من أصحاب الشافعي «رح» : أنه لا يجب القود . في شرح
الطحاوي : إذا قطع حشفة رجل ، وكان يستطيع أن يقتص منه فعليه القصاص السفلى
بالسفل ، والعليا بالعليا ، ولا تؤخذ السفلى بالعليا ولا العليا بالسفلى .

(فصل)

أي هذا فصل في بيان أحكام الصلح في القصاص ، وفي بيان العفو عنه ، وآخر
ذكرهما عن بيان القصاص لأنها لا يتبعانه إلا بعد وجوب القصاص .

(قال : وإذا اصططح القتاتل وأولياء القتيل على مال سقط القصاص ، ووجب المال
قليلا كان أو كثيرا) هذا لفظ القدوري «رح» . وقال المصنف «رح» (لقوله تعالى
﴿ فمن عفي له من أخيه شيء ﴾ الآية ، على ما قيل نزلت الآية في الصلح) يعني الآية
نزلت على قول ابن عباس «رض» ، والحسن البصري ، والضحاك «رح» ، وبجاءد
في الصلح أي فمن أعطى على سهولة ويريد به ولي القتيل يقال : خذ ما أباك عفواً أي
سهلاً . وقوله من أخيه شيء : أي من جهة أخيه المقتول . وقوله شيء : أي شيء من المال

(١) صالح - هامش .

وقوله عليه السلام من قتل له قتيل الحديث والمراد والله أعلم الاخذ

بطريق الصلح وتكره لأنه بحصول القدر فإنه يتعذر بما تراضيا عليه .
وقوله تعالى ﴿ فاتباع بالمعروف ﴾ أى فله اتباع ، أى فلولي القتل اتباع المصالح بالمعروف ، أى مطالبة بدل الصلح على مائة وحسن معاملة .
وقوله تعالى ﴿ وأداء اليه باحسان ﴾ أى على المصالح إذا أدى إلى ولي القتل باحسان في الأداء ، أو قال جماعة وهو مروى عن عمر وابن مسعود رضي الله تعالى عنهم : الآية نزلت في عفو بعض الأولياء .

ويدل عليه قوله شيء ، فإنه يراد به البعض ، وتقديره : فمن عفى عنه وهو القاتل من أخيه في الدين ، وهو المقتول شيء من القصاص ، بأن كان للقتيل أولياء فعفى بعضهم فقد بقي نصيب الباقيين مالا ، وهو الدية على قدر حصصهم في الميراث . وهو قوله ﴿ فاتباع بالمعروف ﴾ أى فليتبع الذين لم يعفوا عن القاتل بطلب حصصهم بالمعروف أى بقدر حقوقهم من غير زيادة .
وقوله : ﴿ وأداء اليه باحسان ﴾ أى القاتل إلى غير الموفى حقه وافيًا غير ناقص .

(وقوله عليه السلام) أى وقول النبي ﷺ : (من قتل له قتيل ، الحديث) هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة « رح » في كتبهم ، عن يحيى بن كثير « رح » ، عن أبي سلمة « رض » ، عن أبي هريرة « رض » ، قال : لما فتح الله على رسوله ﷺ مكة ، قام في الناس فحمد الله وأثنى عليه ، الحديث بطوله ، وفي آخره : « ومن قتل له قتيل ، فهو بخير النظرين إما أن يعطى الدية ، وإما أن يقاد أهل القتل ، هذا لفظ مسلم في كتاب الحج . ولفظ البخاري في كتاب العلم إما أن يعقل ، وإما أن يقاد لأهل القتل ، ولفظه في اللفظ : إما أن يفدى وإما أن يقيد . ولفظه في الديات : إما أن يؤدي ، وإما أن يقاد .

ولفظ للترمذي : وإما أن يعفو ، وإما أن يقتل . ولفظ النسائي في القود : إما أن يقاد وإما أن يفدي . ولفظ ابن ماجة : إما أن يقتل وإما أن يفدي .

(والمراد والله أعلم الأخذ بالرضا) أي برضا القاتل (على ما بيناه) أي في أول

بالرضا على ما بيناه ، وهو الصلح بعينه ، ولأنه حق ثابت للورثة يجري فيه الإسقاط عفواً فكذا تعويضاً لاشتاله على إحسان الأولياء وإحياء القتاتل فيجوز بالتراضي والقليل والكثير فيه سواء لأنه ليس فيه نص مقدر فيفوض إلى اصطلاحهما كالخلع

الكتاب ، أى عندهما ليس لولي القتيل أخذ الدية إلا برضاء القتاتل .

(وهو الصلح بعينه) أى أخذ الدية هو الصلح بعينه ، لأن الصلح عبارة عن قطع النزاع ، ففي أخذ الدية قطع النزاع (ولأنه) أى ولأن القصاص (حق ثابت للورثة يجري فيه الإسقاط عفواً فكذا تعويضاً) من حيث أخذ العوض وهو الدية (لاشتاله على إحسان الأولياء وإحياء القتاتل) أى الاشتراك بأخذ العوض على شيئين : أولهما الإحسان إلى أولياء المقتول ، والثاني فيه إحياء القتاتل لأنه كان قد تعين للقتل وأشرف عليه في الصلح ، استمرت فيه الحياة ، وإلا ضاف في كل من قوله على إحسان الأولياء ، وإحياء القتاتل إضافة المصدر إلى المفعول .

(فيجوز بالتراضي) أى فإذا كان الأمر كذلك ، فيجوز الصلح وأخذ المال بالتراضي من الجانبين (والقليل والكثير فيه) أى في أخذ العوض (سواء) يعني يجوز أخذ العوض سواء كان قليلاً أو كثيراً ، لكن الصلح على مال يجوز على أكثر من الدية في القصاص في النفس وفيما دونها ، وهو حال في حال الجاني ، ولا يكون ذلك على العاقلة . وأما الصلح على أكثر من الدية في القتل الخطأ ، لا يجوز إذا كان الصلح على جنس ما تعرضت فيه الدية ، وإذا كان الصلح خلاف على الجنس يجوز ، وإن جاز زاد على قدر الدية ، نص عليه الكرخي « رح » في كتاب الصلح .

(لأنه ليس فيه) أى في أخذ الموضع (نص مقدر) بكسر الدال من التقدير ، فإذا كان كذلك (فيفوض) أى التقدير (إلى اصطلاحهما) أى اصطلاح القتاتل وولي المقتول (كالخلع) على مال فإنه ليس فيه شيء مقدر ، بل يرجع ذلك إلى رضى الزوجين عن القليل والكثير .

وغيره . وإن لم يذكروا حالاً ولا مؤجلاً فهو حال لأنه مال واجب بالعقد ، والأصل في أمثاله الحلول نحو المهر والثلث بخلاف الدية لأنها ما وجبت بالعقد . قال وإن كان القاتل حراً وعبداً فأمر الحر ومولى العبد رجلاً بأن يصالح عن دمهما على ألف درهم ، ففعل فالألف على الحر والمولى نصفان لأن عقد الصلح أضيف إليهما . وإذا عفى أحد الشركاء من الدم أو صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقيين عن القصاص ، وكان لهم نصيبهم من الدية ، وأصل هذا أن القصاص حق جميع الورثة .

(وغيره) أي وغير الخلع وهو الاعتاق على مال الكتابة (وإن لم يذكروا) أي أولياء المقتول والقاتل ، وإن لم يذكروا مالا (حالاً ولا مؤجلاً فهو حال لأنه مال واجب بالعقد) أي بعقد الصلح (والأصل في أمثاله) أي أمثال الصلح (الحلول نحو المهر والثلث) فإن الأصل فيها حلول الحال ، وإن كان التأجيل جائزاً .
(بخلاف الدية) في قتل الخطأ حيث لا تجب حالة (لأنها) أي لأن الدية والتذكير على تأويل المال (ما وجبت بالعقد) العارض على القتل ، بل وجب القتل ابتداءً ، فوجبت مؤجلة إلى ثلاث سنين .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (وإن كان القاتل حراً وعبداً) يعني اشترك حر وعبد في قتل شخص . (فأمر الحر ومولى العبد رجلاً بأن يصالح عن دمهما على ألف درهم ففعل فالألف على الحر والمولى نصفان لأن عقد الصلح أضيف إليهما) أي إلى الحر والعبد فيجب على الحر خمسمائة وعلى مولى العبد خمسمائة .

(وإذا عفى أحد الشركاء من الدم أو صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقيين عن القصاص ، وكان لهم نصيبهم من الدية) هذا لفظ القدوري « رح » في مختصره .

وقال المصنف رحمه الله (وأصل هذا) أي أصل هذا الحكم الذي ذكره القدوري في هذه المسألة (أن القصاص حق جميع الورثة) من الذكر والأنثى ، والزوج والزوجة ،

وكذا الدية خلافاً لمالك «رح» ، والشافعي «رح» ، في الزوجين .
لهما أن الوراثة خلافة وهي بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت .
ولنا أنه عليه السلام أمر بتوريث امرأة أشيم الضبائي من عقل
زوجها أشيم .

نص عليه الكرخي «رح» في مختصره .
(وكذا الدية) حق الورثة (خلافاً لمالك والشافعي في الزوجين) هذا اللفظ يدل على
أنه ليس للزوجين حق في القصاص والدية ، والمشهور عن مالك «رح» أن القصاص
موروث للمصبات خاصة . وبه قال بعض أصحاب الشافعي . وقال بعض أصحابه لذوي
الانساب دون الزوجين . وقال الليث ، والزهري ، وابن سيرين ، والأوزاعي ، والحسن
وقتادة : ليس للنساء عفو .

وقال بعض أهل المدينة : القصاص لا يسقط بعفو بعض الورثة . وقيل : هو رواية
عن مالك «رح» ، وفي شرح الكافي : القصاص والدية تصير ميراثاً لكل الورثة عندنا
بالسبب والنسب جميعاً .

وقال الشافعي ، وهو قول ابن أبي ليلى : يورث بالنسب ولا يورث بالسبب ، هو
الزوجية ، حتى لا يورث الزوج من قصاص زوجته لو قتلت ، وكذا من ديتها . وكذا
الزوجة من قصاص زوجها ولا من ديته .

(لهما) أي لمالك والشافعي «رح» ، (أن الوراثة خلافة وهي بالنسب دون السبب
لانقطاعه) أي لانقطاع السبب (بالموت) لأن الزوجية تقطع بالموت .

(ولنا أنه عليه السلام) أي أن النبي ﷺ (أمر بتوريث امرأة أشيم الضبائي من عقل
زوجها أشيم) هذا الحديث أخرجه أصحاب السنن الأربعة ، عن سفيان بن عيينة ، عن
الزهري ، عن سعيد بن المسيب ، عن عمر رضي الله تعالى عنه أنه كان يقول : الدية
للعاقلة ، لا ترث المرأة من دية زوجها شيء ، حتى قال الضعّاك بن سفيان : كذب فإن رسول
الله ﷺ ورث امرأة أشيم الضبائي من دية زوجها . فرجع عمر رضي الله
تعالى عنه .

ولأنه حق يجري فيه الإرث حتى أن من قتل وله إبنان ، فمات
أحدهما عن إبن ، كان القصاص بين الصبي وإبن الإبن ، فيثبت كسائر
الورثة . والزوجية تبقى بعد الموت حكماً في حق الإرث أو
يثبت بعد الموت مستنداً إلى سببه وهو الجرح .

وقال الترمذى : حديث حسن صحيح . وأخرجه الدارقطني في سننه عن محمد بن
عبد الله الشعبي ، عن زفر بن وهمة ، عن المغيرة بن شعبة ، أن سعد بن زرارة الأنصاري
قال لعمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ كتب إلى الضحاك بن شعبان
أن يورث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها .
وقال الطبراني : وسعد بن زرارة صحابي يكنى أبا أمامة ، توفي على عهد رسول الله
ﷺ في السنة الأولى من الهجرة .

قلت قد ذكره الذهبي في تجريد الصحابة رضي الله تعالى عنهم . وقال أشيم الضبابي
الذي قتل فورث النبي ﷺ زوجته من دية . وذكر عليه علامة أحمد بن حنبل : يعني
أخرجه في مسنده .

والضبابي بكسر الصاد ، وبالبائين الموحدين ، نسبة إلى ضباب ، بطن من العرب
ذكره ابن حزم .

(ولأنه) أي ولأن القصاص (حق يجري فيه الإرث إن قتل وله إبنان ، فمات أحدهما
عن إبن ، كان القصاص بين الصبي) وهو ابن الميت وبين (وإبن الإبن فيثبت كسائر
الورثة) . فمن كان وارثاً فله حق في القصاص .

(والزوجية تبقى) هذا جواب عما قال مالك والشافعي من قولهما . لانقطاعه
بالموت ، تقريره أن الزوجية تبقى (بعد الموت حكماً) أي من حيث الحكم (في حق
الإرث) . فإذا كانت الزوجية باقية في حق الإرث كموت أحدهما لكل من الزوجين حق من
قصاص الميت . (أو يثبت بعد الموت) الإرث دليل آخر ، أي ويثبت الإرث حال
كونه (مستنداً إلى سببه وهو الجرح) فصار له كالآخر في ثبوته قبل الموت .

وإذا ثبت للجميع فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والإسقاط عفواً
وصلحاً . ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص ، سقوط حق
الباقين فيه لأنه لا يتجزأ ، بخلاف ما إذا قتل رجلين ، وعفى أحد
الوليّين لأن الواجب هناك قصاصان من غير شبهة ، لاختلاف
القتل والمقتول وههنا واحد لاتحادهما وإذا سقط القصاص ينقلب
نصيب الباقيين مالا ، لأنه امتنع بمعنى راجع إلى القاتل وليس
للعافي شيء من المال ، لأنه أسقط حقه بفعله ورضاه . ثم يجب ما
يجب من المال في ثلاث سنين . وقال زفر « رح » يجب في سنتين

ألا ترى لو أنه أوصى بثلث ماله دخلت ديبته في الوصية وقضى من ديونه .
(وإذا ثبت ذلك للجميع) أي جميع الورثة (فكل منهم يتمكن من الاستيفاء
والإسقاط عفواً وصلحاً) فقوله عفواً : يرجع إلى الإسقاط . وقوله : صلحاً ،
يرجع إلى الاستيفاء .
(ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقيين فيه) يعني في
القصاص (لأنه) أي لأن القصاص (لا يتجزأ) استيفاء وينقل حق الباقيين إلى المالك .
(بخلاف ما إذا قتل رجلين وعفى أحد الوليّين) أي ولي القصاص حيث لا يسقط
حق الآخر في القصاص .
(لأن الواجب هناك قصاصان من غير شبهة لاختلاف القتل والمقتول ، وههنا) أي في
مسألة ما إذا قتل وله إبنان واحد أي القصاص (واحد لاتحادهما) أي لاتحاد القتل والمقتول .
(وإذا سقط القصاص ينقلب نصيب الباقيين مالا لأنه امتنع بمعنى راجع إلى القاتل)
وهو المعجز عن استيفاء قصاص من نفسه لأن من قسمه أن ازهاق الروح لا يتجزأ .
(وليس للعافي) حقه في القصاص (شيء من المال لأنه أسقط حقه بفعله ورضاه ، ثم
يجب ما يجب من المال من ثلاث سنين ، وقال زفر « رح » يجب في سنتين فيما إذا كان

فإذا كان بين الشريكين ، وعفى أحدهما لان الواجب نصف الدية ، فيعتبر بما إذا قطعت يده خطأ . ولنا أن هذا بعض بدل الدم ، وكله مؤجل إلى ثلاث سنين ، فكذلك بعضه ، والواجب في اليد كل بدل الطرف وهو في سنتين في الشرع ويجب في ماله لانه عمد . قال وإذا قتل جماعة واحداً عمداً اقتص من جميعهم لقول عمر رضي الله تعالى عنه فيه لو تمالأ أهل صنعاء لقتلتهم .

بين الشريكين ، وعفى أحدهما ، لان الواجب نصف الدية ، فيعتبر بما إذا قطعت يده خطأ (لان الواجب فيها نصف الدية مؤجلاً إلى ثلاث سنين . (ولنا أن هذا) أى بعض ما يجب من المال (بعض بدل الدم وكله) أى وكل الدم (مؤجلاً إلى ثلاث سنين فكذلك بعضه) يؤجل إلى ثلاث سنين . (والواجب في اليد) جواب عن اعتبار زفر « رح » بما إذا قطعت يده خطأ ، تقديره أن الواجب في اليد ، أى في قطع اليد خطأ (كل بدل الطرف وهو في سنتين في الشرع ، ويجب في ماله) أى يجب المال في المال القاتل في المسألة المذكورة أولاً . (لانه عمد) والمعاقلة لا يتحمل العمد .

(قال) أى القدورى « رح » (وإذا قتل جماعة واحداً عمداً اقتص من جميعهم) . وبه قال الشافعي « رح » ، ومالك « رح » ، وأحمد « رح » ، وأكثر أهل العلم من الصعابة والتابعين « رض » . وقال ابن الزبير « رح » ، والزهري ، وابن سيرين ، وابن أبي ليلى ، وعبد الملك ، وربيعه ، وداود ، وابن المنذر ، وأحمد في رواية : لا يقتلون به ويجب عليهم الدية . وهذا الذى ذكره القدورى استحسان .

والقياس أن لا تقتل الجماعة بالواحد لان القصاص يبنى عن المساواة ، ولا مساواة بين الواحد والجماعة ، وجه الإستحسان ما أشار اليه المصنف « رح » بقوله (لقول عمر رضي الله تعالى عنه فيه : لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم) هذا رواه مالك في الموطأ ، أخبر به يحيى بن سعيد بن المسيب : أن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه قتل نفرأ خمسة أو

ولأن القتل بطريق التغالب غالب ، والقصاص مزجرة للسفهاء
فيجب تحقيقاً لحكمة الأحياء . وإذا قتل واحداً جماعة ، فحضر أولياء
المقتولين قتل لجماعتهم ولا شيء لهم غير ذلك . فإن حضر واحد منهم
قتل له وسقط حق الباقيين . وقال الشافعي « رح » يقتل بالأول منهم
ويجب للباقيين المال ، وإن اجتمعوا ولم يعرف الأول قتل لهم وقسمت
الديات بينهم . وقيل يقرع بينهم فيقتل لمن خرجت قرعته .

سبعة برجل قتلوه قتل غيلة . وقال : لو تمالى عليه أهل صنعاء لقتلتهم . ورواه محمد بن
الحسن أيضاً عن مالك .

قوله : تمالى أصله المعاونة في ملأ الدلو ثم عم تعاونوا تمالوا أى تعاونوا وصنعاء
قصة باليمن .

والغيلة بكسر الفين المعجمة ، وسكون الياء آخر الحروف ، فإذا صار معه قتل ،
وقوله قتل غيلة مضاف ومضاف إليه .

(ولأن القتل بطريق التغالب غالب) أراد أن القتل بغير حق لا يكون في المادة
إلا بالتغالب والإجماع لأن الواحد يقاوم الواحد غالباً . (والقصاص مزجرة للسفهاء
فيجب تحقيقاً لحكمة الأحياء) أراد أن الحكمة الموضوعة في القصاص إحياء النفس ،
فلو لم يجب القصاص على الجماعة بقتل الواحد أدى إلى سد باب القصاص ، وفيه إبطال
الحكمة المذكورة .

(وإذا قتل واحد جماعة فحضر أولياء المقتولين قتل لجماعتهم ولا شيء لهم غير ذلك ،
فإن حضر واحد منهم قتل له وسقط حق الباقيين) هذا كله لفظ القدوري . قال
أصحابنا : الواحد يقتل بالجماعة اكتفاء بالقصاص .

(وقال الشافعي يقتل بالأول منهم ويجب للباقيين المال) يعني إذا كان قتلهم على
التعاقب (وإن اجتمعوا ولم يعرف الأول قتل لهم وقسمت الديات بينهم) وقيل : يقرع
بينهم فيقتل لمن خرجت قرعته (ويجب للباقيين المال ، وقد أوضح هذه في الطريقة :

له أن الوجود من الواحد قتلات ، والذي تحقق في حقه قتل واحد
فلا تماثل ، وهو القياس في الفصل الأول إلا أنه عرف بالشرع
ولنا أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال ، فجاء التماثل أصله
الفصل الأول إذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص ، ولأنه وجد
من كل واحد منهم خرج صالح للإنزهاق

العلانية حيث قال : وقال الشافعي : لا يقتل اكتفاء ، غير أن الواحد إن قتلهم على
التعاقب يقتل بالاول اكتفاء ، ويجب دية الباقيين . وإن قتلهم على المقارنة له فيه
قولان : في قول يقتل بالواحد عبر عين ويجب دية الباقيين مشتركة بينهم ، وفي قول
يقرع فيقتل لمن خرجت قرعته ، ويجب الديات للباقيين .

وقال السكاكي : وبقولنا قال مالك ، وقال الشافعي ، واستوفى الباقيون بالديات
من تركه . وقال أحمد : إن طلبوا القصاص يجماعهم فلا شيء للواحد الذي قتل له ،
وإن طلب بعضهم القصاص والبعض الدية ، قتل لمن طلب القود ، وللآخرين الدية . وعن
مالك رواية كقول أحمد .

(له) أي للشافعي (أن الوجود من الواحد قتلات) لأنه قتل جماعة (والذي
تحقق في حقه) أي في حق الواحد (قتل واحد فلا تماثل) أي بين قتل واحد وبين قتلات .
(وهو القياس في الفصل الاول) وهو أن لا تقتل الجماعة بالواحد إلا أنهم قتلوا به .
(إلا أنه) أي إلا أن الجماعة تقتل بالواحد اتفاقاً (عرف بالشرع) على
خلاف القياس .

(ولنا أن كل واحد منهم) أي من الاولياء (قاتل بوصف الكمال) يعني قاتل
للقاتل قصاصاً (فجاء التماثل) في قتل الواحد بالجماعة فصح القياس . (أصله الفصل
الاول) وهو أنه تقتل الجماعة بالواحد اتفاقاً ، فلو لم يكن التماثل لما قتلوا به وهو معنى
قوله (إذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص) لان التماثل شرط (ولأنه وجد من كل
واحد منهم) أي من الاولياء (خرج صالح للإنزهاق) يعني أن القتل صالح لإنزهاق

فيضاف إلى كل منهم إذ هو لا يتجزأ ولأن القصاص شرع مع
المنافي لتحقيق الإحياء قد حصل بقتله ، فاكتمى به . قال ومن وجب
عليه القصاص إذا مات سقط القصاص لفوات محل الاستيفاء ، فأشبه
موت العبد الجاني ، ويتأتى فيه خلاف الشافعي إذ الواجب أحدهما
عنده . قال وإذا قطع رجلان يد رجل فلا قصاص على واحد منها ،
وعليهما نصف الدية . وقال الشافعي تقطع يد أحدهما والمفروض

الروح ، وقد وجد من كل واحد منهم (فيضاف إلى كل واحد منهم إذ هو) أي ازهاق
الروح ، (لا يتجزأ) فيضاف إلى كل منهم كمالاً لأن ما لا يتجزأ إذا أضيف يضاف
كمالاً (ولأن القصاص شرع مع المنافي) أي شرع بالكتاب والسنة مع وجود المنافي ،
وهو أن الآدمي بنيان الرب ، فلا يجوز تجزئته . قال رحمه الله : « الآدمي بنيان الرب ،
ملعون من بدله » .

وإنما شرع (لتحقيق الإحياء) أي المعنى الإحياء (وقد حصل) أي تحقيق الإحياء
(بقتله) أي بقتل القاتل (فاكتمى به) ولا شيء لهم غير ذلك .
(قال) أي القدوري (ومن وجب عليه القصاص إذا مات سقط القصاص لفوات
محل الاستيفاء فأشبه موت العبد الجاني) إذا مات لا يلزمه شيء على أحد (ويتأتى فيه)
أي في هذا الحكم (خلاف الشافعي « رح ») فعنده تجب الدية في ماله (إذ الواجب
أحدهما عنده) أي لأن الواجب القصاص أو الدية عنده ، أي عند الشافعي « رح » ،
وهذا مردود بقوله تعالى : ﴿ كتب عليكم القصاص ﴾ وقد مر بيانه في أول
كتاب الجنائيات .

(قال) أي القدوري « رح » (وإذا قطع رجلان يد رجل واحد فلا قصاص على
واحد منها ، وعليهما نصف الدية) . وبه قال الثوري « رح » ، والحسن والزهري « رح » ،
وابن المنذر .

(وقال الشافعي « رح » يقطع يد أحدهما والمفروض) أي وموضع فرض المسألة

إذا أخذنا سكيناً وأمرأه على يده حتى انقطعت له الاعتبار
بالأنفس ، والأيدي تابعة لها ، فأخذت حكمها . أو يجمع بينهما
بجامع الزجر . ولنا أن كل واحد منهما قاطع بعض اليد لأن
الانقطاع حصل باعتماديهما والمحل متجزئ فيضاف إلى كل
واحد منهما البعض ، فلا مماثلة بخلاف النفس لأن الإزهاق
لا يتجزأ ، ولأن القتل بطريق الإجتماع غالب حذر الغوث
والاجتماع على قطع اليد

الخلافية (إذا أخذنا) أي الإنسان المذكور (سكيناً وأمرأه) بتشديد الراء (على يده
حتى انقطعت) يعني إذا وضعنا السكين من جانب من المفضل ، والآخر من جانب الحر ،
وأمر كل واحد سكينه حتى التقيا وانقطعت اليد ، لا قصاص عنده أيضاً .
(له) أي للشافعي (الاعتبار بالأنفس) لأن طريق جريان القصاص على الأنفس إن
جعل كل واحد منهم منفرداً بالقتل لزجر القاتل سد باب العدوان فيجب القصاص عليهم
(والأيدي تابعة لها) أي للأنفس (فأخذت حكمها) أي حكم الأنفس (أو يجمع بينهما)
أي بين الطرف والنفس (بجامع الزجر) سد لباب العدوان . ويقول له قال مالك « رح ،
وأحمد وإسحاق وأبو ثور « رح » .

(ولنا : أن كل واحد منهما قاطع بعض اليد لأن الانقطاع حصل باعتماديهما والمحل
متجزئ .) المحل هو اليد ، وهي تتجزأ ، فإذا كان كذلك (فيضاف إلى كل واحد
منها البعض) أي بعض القطع (فلا مماثلة) بين قطع اليدين واليد الواحدة .
(بخلاف النفس لأن الإزهاق لا يتجزأ) أي بخلاف قتل الأنفس بالنفس الواحدة ،
لأن قتل النفس يضاف إلى كل واحد منهم ، كما يتحلل كل منهم قاتلاً على الكمال .
فحصلت المماثلة بين الأنفس والنفس الواحدة (ولأن القتل بطريق الإجتماع غالب) هذا
جواب عما جمع الشافعي « رح » بين النفس والطرف ، بيانه أن القتل بوصف الإجتماع
غالب . (حذر الغوث) أي لأجل الحذر عن لحق الغوث . (والاجتماع على قطع اليد

من المفصل في حيز الندرة لافتقاره إلى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث .
قال وعليهما نصف الدية ، لأنه دية اليد الواحدة وهما قطعاهما وإن
قطع واحد يميني رجلين فحضرا فلهما أن يقطعا يده ويأخذا منه
نصف الدية يقتسمانها نصفين سواء قطعهما معاً أو على التعاقب .
وقال الشافعي رحمه الله في التعاقب يقطع بالأول ، وفي القران يقرع
وفي القران اليد الواحدة لا تفي بالحقين فترجح بالقرعة .

من المفصل في حيز الندرة لإفتقاره إلى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث (من أخذ السكين
والإمرار على المفصل إلى أن ينقطع ، والثاني فيه من الجانبين فيلحقه الغوث لأنه لا يقدر .
(قال) أي القدوري « رح » (وعليها) أي على الرجلين القاطمين (نصف الدية
لأنه) أي نصف الدية (دية اليد الواحدة وهما قطعاهما) ويجب في مالها لأنه عمد .
وكذلك الحكم في بيان الأطراف كالعين والسن والرجل ونحوها .
(وإن قطع واحد يميني رجلين فحضرا فلها أن يقطعا يده ويأخذا منه نصف الدية
يقتسمانها نصفين ، سواء قطعهما معاً أو على التعاقب) هذا لفظ القدوري .

(وقال الشافعي رحمه الله في التعاقب يقطع بالأول ، وفي القران يقرع) وفي
شرح الكافي للحاكم الشهيد . وقال الشافعي « رح » عنه : إن قطع اليمين على التعاقب
يقتص للأول ويفرم الدية للآخر ، وإن قطعهما معاً فالقاضي يقرع بينها أيأخرجت
قرعته يقتص له ، والدية للآخر .

وقال الكاكي : قوله يميني رجلين ، وكذا الحكم لو قطع يسار رجلين وقيد به لأنه
لو قطع يمين رجل ويسار آخر قطعت يده في الكل ، والمحل موجودة ، ذكره في
المبسوط ولا يعلم فيه خلاف لأن اليد استحقها الأول ، فلا يثبت الاستحقاق فيها للثاني
كالرهن من بعد الرهن ، فإن المرتهن الثاني لا يستحقه .

(وفي القران اليد الواحدة لا تفي بالحقين فترجح بالقرعة) طيبا لكليهما لأن أحدهما
ليس بأولى من الآخر في تعيين القصاص له ، ولا الدية للآخر ولا يأتي الترجيح إلا بالقرعة

ولنا أنها استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في حكمه ، كالغريمين في
التركة والقصاص ملك الفعل يثبت مع المتأني فلا يظهر إلا في حق الاستيفاء
أما المحل فخلو منه فلا يمنع ثبوت الثاني بخلاف الرهن لأن الحق ثابت في
المحل وصار كما إذا قطع العبد يمينها على التعاقب ، فتستحق رقبته لهما .
وإن حضر واحد منهما فقطع يده فلا آخر عليهم نصف الدية لأن

(ولنا أنها استويا في سبب الإستهقاق) وهو قطع معصوم (فيستويان في حكمه
كالغريمين في التركة) ، وهو القصاص لأن الإستهواء في العلة يوجب الإستهواء في الحكم ،
كالشريكين في التركة ، وإن كان دين أحدهما أقدم . وفي بعض النسخ كالشفيعين في
الشفعة ، فلا يتقدم أحدهما على الآخر .

(والقصاص ملك الفعل) هذا جواب عن قوله لأن اليد استحقها الأول ، تقريره
أن يقال أن القصاص ملك الفعل ، والإطلاق في الفعل لا يقتضي حقا في المحل ، كما في
الإصطباد والإحتشاش ، فإن للفعل مملوك والمحل خلو عن الملك ، ولهذا لا يجب القصاص
على قاتل من وجب عليه القصاص (يثبت مع المتأني) يعني أن من عليه القصاص جن
(فلا يظهر إلا في حق الاستيفاء) لأنه ثابت بطريق الضرورة (أما المحل فخلو منه) أي
من ذلك الفعل (فلا يمنع ثبوت الثاني) أي حق الثاني وذلك لأن ملك الفعل لما ثبت
ضرورة الاستيفاء لا يتعدى إلى شغل المحل الحالي مجرمته عنه فإن لم يكن المحل مشغولا
لم يمنع عن ثبوت الثاني (بخلاف الرهن لأن الحق ثابت في المحل) لكونه مملوكا ، فإذا
ثبت للأول استحقاق ثبوته الثاني كما في الاستيفاء الحقيقي .

(وصار) أي هذا (كما إذا قطع العبد يمينها) أي صار الرجلين (على التعاقب
فتستحق رقبته لهما) جميعا ولا يكون الأول بها (وإن حضر واحد منها) أي من
الرجلين الذين قطع واحد يمينها (فقطع يده) أي يد القاطع (فلا آخر) أي الذي لم
يحضر (عليه) أي على القاطع (نصف الدية لأن الحاضر أن يستوفي حقه ^(١) لثبوت حقه

(١) حذف من الحاشية .

الحاضر أن يستوفي لثبوت حقه وتردد حق الغائب . وإذا استوفى لم
 يبق محل الاستيفاء فيتعين حق الآخر في الدية لأنه أوفى به
 حقاً مستحقاً . قال : وإذا أقر العبد بقتل العمد لزمه القود ، وقال
 زفر « رح » : لا يصح إقراره لأنه يلاقي حق المولى بالابطال ،
 فصار كما إذا أقر بالمال . ولنا أنه غير متهم فيه لأنه مضر به فيقبل .
 ولأن العبد يبقى على أصل الحرية في حق الدم ، عملاً بالأدمية

وتردد حق الغائب (أي في العقود في الاستيفاء) (وإذا استوفى) أي الحاضر (لم يبق
 محل الاستيفاء فيتعين حق الآخر في الدية لأنه أوفى به حقاً مستحقاً) يعني إن قضى
 جميع طرفه حقاً مستحقاً عليه فيقضى للآخر بالأرض ، بخلاف النفس فإن هناك لو
 استوفى أحدهما القصاص ثم حضر الآخر لا يقضي بشيء لأن حقه في الاستيفاء فات
 لغيبته ، فإنها إذا اجتمعا واستوفيا صار كل واحد مستوفياً على الكمال ، فلا يجب مع
 الدية ، وليس في الطرف الواحد وفاء لحقها ، فإذا استوفى الحاضر لم يبق للغائب
 إلا الأرض .

(قال) أي القدوري (فإذا أقر العبد بقتل العمد لزمه القود) أي القصاص ، وبه
 قالت الأئمة الثلاثة « رح » ، وقيد بالعمد لأنه إذا أقر بالخطأ ، لا يصح إقراره بالإتفاق سواء كان
 أذنوا أو محجوزاً لأن إقراره بالخطأ ليس من باب التجارة ، فكان إقراره على مولاه ،
 لا يصح ، ذكره في المبسوط .

(وقال زفر رحمه الله : لا يصح إقراره لأنه يلاقي حق المولى بالإبطال فصار) أي
 إقراره به (كما إذا أقر بالمال) فإنه لا يصح اتفاقاً .

(ولنا أنه) أي أن العبد (غير متهم فيه) أي في إقراره بالقتل العمد (لأنه مضر
 به) أي لأن إقراره ذاك يضر بنفسه ، لأنه إقرار بالمعقوبة على نفسه فلا يتهم ، فإذا كان
 كذلك (فيقبل) أي إقراره (ولأن العبد يبقى على أصل الحرية في حق الدم عملاً بالأدمية

حتى لا يصح إقرار المولى عليه بالحدود والقصاص ، وبطلان حق
المولى بطريق الضمن فلا يبالي به ومن رمى رجلاً عمداً فنفذ السهم
منه إلى آخر فماتاً فعليه القصاص للأول والدية للثاني على عاقلته ،
لأن الأول عمد والثاني أحد نوعي الخطأ ، كأنه رمى إلى صيد
فأصاب آدمياً ، والفعل يتعدد بتعدد الاثر .

حتى لا يصح إقرار المولى عليه بالحدود والقصاص (.

قوله حتى إلى آخره : توضيح لبقائه على الحرية ، وكل ما لا يصح إقرار المولى على العبد
فيه فهو بمنزلة الحرية ، ولهذا وقع طلاق زوجته بالإقرار لوقوعه بالإيقاع ، وإذا أقرب بسبب
يوجب الحد يحد به .

(وبطلان حق المولى) هذا جواب عن قول زفر رحمه الله ، تقريره أن بطلان حق
المولى في إقراره بقتل العمد (بطريق الضمن) يعني ضمني (فلا يبالي به) لأن الضمنيات
لا تعتبر ، كما إذا تزوج رجل في مرض الموت على مهر معين ، ومات فهو أسوة للفرماء
والتزام المهر يضر بهم ، إلا إن ثبت ضمناً للنكاح فلا يبالي به بخلاف إقراره بالمال ، لأنه
يتضرر به المولى لا في ضمن شيء فيهم في إقراره ولا يضرهم . أما هنا مضر هو به
فلا يقبل منه .

(ومن رمى رجلاً عمداً فنفذ السهم منه إلى آخر فماتاً ، فعليه القصاص للأول ، والدية
لِلثاني على عاقلته لأن الأول عمد) لأنه قصد بالرمي فمات منه (والثاني أحد نوعي الخطأ)
لأنه لم يقصد بالرمي ، حيث قصد الرامي غيره ، ولكنه أصاب بالنفاد من الأول فصار
قتله خطأ . (كأنه رمى إلى صيد فأصاب آدمياً) فوجب الدية على عاقلته (والفعل
يتعدد بتعدد الأثر) أي الفعل الواحد يتعدد بتعدد أثره ، فإن الرمي إذا أصاب حيواناً
ومزق جلده يسمى جرحاً ، وإذا قتل يسمى قتلاً وإن أصاب كوزاً أو خرق أجزاءه سمي
كسراً باعتبار اختلاف المحل ، فجاز أن يكون الفعل الواحد عمداً بالعينة لا محلاً ، وخطأً
بنسبة محل آخر .

فصل

قال : ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمداً قبل أن تبرأ يده
أو قطع يده عمداً ثم قتله خطأ ، أو قطع يده خطأ فبرأت
يده ثم قتله خطأ أو قطع يده عمداً فبرأت ثم قتله عمداً ، فإنه يؤخذ
بالأمرين جميعاً . والأصل فيه أن الجمع بين الجراحات واجب ما
أمكن تسميماً للأول ، لأن القتل في الأعم

(فصل)

أي هذا فصل في بيان حكم القتلين ، وذكر هذا بعد الفراغ من بيان القتل الواحد ،
والإثنان يذكر بعد الواحد .

(قال) أي محمد (رح) في الجامع الصغير (ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمداً قبل أن تبرأ
يده ، أو قطع يده عمداً ثم قتله خطأ ، أو قطع يده خطأ فبرأت يده ثم قتله خطأ أو قطع يده
عمداً فبرأت ثم قتله عمداً فإنه يؤخذ بالأمرين جميعاً) القطع والقتل إذا حصل في شخص واحد
كنا على وجوه أربعة مثل ما ذكر في الكتاب ، ثم أن كل واحد منها إما أن يكون قبل البراءة ويعد ،
فذلك ثمانية أوجه ، وكل ذلك إما أن يتحقق من شخص واحد أو شخصين ، فذلك
سنة عشر وجهاً ، فإن كان من شخصين يفعل بكل واحد منهما موجب فعله من القصاص
وأخذ الأرش مطلقاً ، لأن التداخل إنما يكون عند اتحاد المحل لا غير . وإن كانا من
شخص واحد فإيجاب موجب القصاص أو إهدار أحدهما أمين على أصل ذكره
المصنف بقوله :

(والأصل فيه) أي في الحكم المذكور (أن الجمع بين الجراحات واجب) فيعني
الاكتفاء بموجب أحدهما واجب (ما أمكن) أي مهما أمكن ، (تسميماً للأول) لأن
الأصل في العقوبات التداخل ، ويحل الآخر متمماً للأول ، لأن القتل عادة لا يحصل
بضربة واحدة ظاهراً ، بل بأكثر من ذلك ، وهو معنى قوله (لأن القتل في الأعم) أي

يقع بضربات متعاقبة ، وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الجرح ،
إلا ان لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه . وقد تعذر الجمع
في هذه الفصول في الاولين لاختلاف حكم الفعلين ، وفي الآخرين
لتخلل البرء ، وهو قاطع للسراية حتى لو لم يتخلل ، وقد تجانسا بأن
كانا خطأين يجمع بالاجماع لامكان الجمع . واكتفى بدية وإن كان
قطع يده عمداً ثم قتله عمداً قبل أن تبرأ يده ، فإن شاء الامام قال
اقطعوه ثم اقتلوه ، وإن شاء قال اقتلوه . وهذا عند أبي حنيفة
«رح» . وقالوا : يقتل ولا تقطع يده لان الجمع ممكن لتجانس

في أعم الأحوال (يقع بضربات متعاقبة) فيجعل الثاني متمماً للأول ويجعل الكل
قتلاً واحداً .

(وفي اعتبار كل ضربه بنفسها بعض الجرح إلا أن لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم
نفسه وقد تعذر الجمع في هذه الفصول) المذكورة (في الأولين) أي في الفصلين الآخرين
وعدم امكان الجمع (لاختلاف حكم الفعلين) كما إذا كان القطع خطأ ، والقتل عمداً أو على
المكس (وفي الآخرين) أي وفي الفصلين الآخرين عدم إمكان الجمع (لتخلل البرء لهو هو)
أي تخلل البرء (قاطع للسراية حتى لو لم يتخلل) لأن بتخلل البرء ينتهي الفعل الأول لانتهاه
أثره فلا يمكن جعل الثاني متمماً للأول (وقد تجانسا) أي الفعلان (بأن كان خطأين يجمع
بالإجماع لإمكان الجمع واكتفى بدية واحدة ، وإن كان قطع يده عمداً ثم قتله عمداً قبل أن
تبرأ يده ، فإن شاء الإمام قال اقطعوه ثم اقتلوه ، وإن شاء قال اقتلوه ، وهذا عند
أبي حنيفة) «رح» وبه قال الشافعي «رح» ، ومالك «رح» ، وأحمد «رح» في رواية
وأبو ثور .

(وقالوا) أي أبو يوسف «رح» ومحمد «رح» مقتله (يقتل ولا تقطع يده) وبه قال
أحمد «رح» في رواية . وبه قال الثوري «رح» ، وعطاء «رح» (لأن الجمع ممكن لتجانس

الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما . وله : أن الجمع متعذر
 إما للاختلاف بين الفعلين هذين لأن الموجب القود وهو
 يعتمد المساواة في الفعل وذلك بأن يكون القتل بالقتل ،
 والقطع بالقطع ، وهو متعذر ، ولأن الحز يقطع إضافة السراية إلى
 القطع حتى لو صدرا من شخصين ، يجب القود على الحاز . فصار
 كتخلل البرء بخلاف ما إذا قطع وسرى لأن الفعل واحد ،
 بخلاف ما إذا كانا خطئين . لأن الموجب الدية وهي بدل النفس من
 غير اعتبار المساواة ،

الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما) لأن الثاني يصبح متمماً للأول لأن القطع يصلح
 مزهقاً للروح بالسراية ، والقتل متمماً له قبل تخلل البرء .

(وله) أي ولأي حنيفة « رح » (أن الجمع متعذر) معنى الجمع هنا الاكتفاء بالقتل
 (إما للاختلاف بين الفعلين هذين) أي القتل والقطع يعني بالنظر إلى صورتها ، وإن كان
 عمدين ، وإنما قلنا بالنظر إلى صورتها لأن القطع إبانة لتجزأته عن الجملة ويسلك مسلك
 الأموال . والقتل إزهاق الروح (لأن الموجب) الفعلين (القود وهو) أي القود (يعتمد
 المساواة في الفعل) قال الله تعالى ﴿ وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ﴾ وقال
 ﴿ فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ .

(وذلك) أي اعتماد المساواة (بأن يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو) أي
 القود الذي يعتمد المساواة (متعذر) لأنه يكون استيفاء الفعلين في فعل واحد ، والتعذر
 فيه ظاهر (أو لأن الحز) أي حز الرقبة (يقطع إضافة السراية إلى القطع حتى لو
 صدرا من شخصين يجب القود على الحاز فصار كتخلل البرء) ولا جمع فيه بالاتفاق
 (بخلاف ما إذا قطع وسرى لأن الفعل واحد بخلاف ما إذا كانا) أي القتل والقطع
 (خطئين لأن الموجب الدية وهو بدل النفس من غير اعتبار المساواة) بدليل أن عشرة

ولأن أرش اليد إنما يجب عند استحكام أثر الفعل . وذلك بالحز
القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل ، ضمان الجزء في حالة واحدة ،
ولا يجتمعان ، أما القطع والقتل قصاصاً يجتمعان . قال : ومن
ضرب رجلاً مائة سوط فبرأ عن تسعين ومات عن عشرة ففيه دية
واحدة لأنه لما برأ منها لا تبقى معتبرة في حق الإرش وإن بقيت
معتبرة في حق التعزير فبقي الاعتبار للعشرة . وكذلك كل جراحة
اندملت ولم يبق لها أثر على أصل أبي حنيفة .

لو قتلوا رجلاً خطأ يجب عليهم دية واحدة .

(ولأن أرش اليد إنما يجب عند استحكام أثر الفعل) يعني القطع بانقطاع توم السراية
(وذلك) إنما يكون (بالحز القاطع للسراية) وبه يجب ضمان الكل (فيجتمع ضمان
الكل وضمنان الجزء في حالة واحدة) وهي حالة الجزء .

(ولا يجتمعان) أي والحال أنها لا يجتمعان (أما القتل والقطع قصاصاً يجتمعان)
لأن مبنى العمد على التغليظ والتشديد ، ولهذا تقتل الجماعة بالواحد ، وليس كذلك الخطأ
لأن مبناه على التحقيق ، وهذا لا تتعدد الدية بتعدد القاتلين .

(قال) أي محمد «رح» في الجامع الصغير (ومن ضرب رجلاً مائة سوط فبرأ من
تسعين ومات من عشرة ففيه دية واحدة) ومعنى هذا ضربه في موضع تسعين ، وفي
موضع آخر عشرة فبرأ موضع التسعين ولم يبرأ موضع العشرة (لأنه لما برأ منها) أي من
التسعين (لا تبقى معتبرة في حق الأرش) لأنه لما لم يبق أثر جعل كأنها لم توجد في حق
الضمان . (وإن بقيت معتبرة في حق التعزير فبقي الاعتبار للعشرة) فلا يجب
إلا دية واحدة .

(وكذلك) أي الجواب في (كل جراحة اندملت ولم يبق لها أثر) مثل إن كانت
شجرة فالتحمت ونبت الشعر ، فإنها لا تبقى معتبرة لأن حق الأرش ولا في حكومة عدل
وإنما تبقى في حق التعزير ، (على أصل أبي حنيفة) إنما قيد بقوله ، ولم يبق لها أثر حتى

وعن أبو يوسف «رح» في مثل حكومة عدل . وعن محمد «رح»
أنه يجب أجرة الطبيب . وإن ضرب رجلا مائة سوط وجرحه وبقي
له أثر تجب حكومة العدل

لو بقي أثر الجراحة من نقصان أو غيره ، تجب حكومة العدل بلا خلاف لأحد ، إما إذا
لم يبق أثر لأنه لا قيمة بمجرد الألم ، وبه قالت الأئمة الثلاثة «رح» .
ألا ترى أنه لو ضربه ، أو لطمه ، أو وكزه فتالم ، ولم يؤثر فيه ، لا يجب شيء ،
ذكره المحبوبي وهو ظاهر الجواب وعليه التقرير .
(وعن أبي يوسف «رح» : في مثل حكومة عدل) وتفسير حكومة العدل يجيء
في آخر فصل الشجاج .

(وعن محمد : أنه يجب أجرة الطبيب) وثمن الأدوية ، وذكر بكر الاختصاص
في الضربة واللطم بالسوط لأنه لا يمكن اعتبار المساواة إلا إذا رضي الضارب به فيستوي ،
لأن الإمتناع لحقه كيلا يكون يستوفي منه بأكثر مما جنى عليه ، فإذا رضي فقد
أسقط حقه من الزيادة .

وفي النوازل : قال الآخر خبيث جاز له أن يقول بل أنت ، لقوله تعالى ﴿ لا يجب
الله الجهر بالسوء من القول إلا من ظلم ﴾ ، وكذا في كل كلمة لا يجب الحد . وقيل معنى
الآية : هو الرجل يشتمك فتشتمه ، ولكن إن افتدى عليك فلا تقتر عليه . كذا
ذكره التمرقاشي .

(وإن ضرب رجل مائة سوط وجرحه وبقي له أثر تجب حكومة العدل) هذه من
مسائل الجامع الصغير ، وصورتها فيه : محمد «رح» ، عن يعقوب «رح» ، عن أبي
حنيفة رحمه الله : في الرجل يضرب الرجل مائة سوط فيجرحه ويبرأ منها قال : على
الضارب أرش الضرب إنتهى .

وقال الصدر الشهيد «رح» وغيره : وهذا إذا بقي أثر الضرب ، فإن لم يبق ، لا
يجب شيء عند أبي حنيفة كما في المسألة المتقدمة ، وهذا إذا جرح ثم برأ ، فأما إذا لم
يجرح في الإبتداء لا يجب شيء بالإتفاق .

لبقاء الأثر والأرش إنما يجب باعتبار الأثر في النفس . قال :
ومن قطع يد رجل فعفا المقطوعة يده عن القطع ثم مات من
ذلك فعلى القاطع الدية في ماله ، وإن عفا عن القطع وما
يحدث منه ، ثم مات من ذلك ، فهو عفو عن النفس . ثم إن كان خطأ
فهو من الثلث ، وإن كان عمداً فهو من جميع المال . وهذا عند أبي
حنيفة ، وقالوا : إذا عفا عن القطع فهو عفو عن النفس أيضاً .
وعلى هذا الخلاف إذا عفا عن الشجة ثم سرى النفس ومات ،

وقال أبو الليث رحمه الله يعرف بالضرب بأنه لو كان عبداً لم ينقص من قيمته ،
فيجب عليه الدية ذلك المقدار (لبقاء الأثر والأرش إنما يجب باعتبار الأثر في النفس)
إذا لم يبرأ وليس بموجود . وهذا يشير إلى أنه إذا لم يخرج في الابتداء لا يجب شيء
بالاتفاق ، وإن جرح ، وأن دمل ولم يبق لها أثر فكذلك كما هو أصل أبي حنيفة «رح»
لأنه لم يكن إلا بمجرد الألم وهو لا يجب شيئاً ، كما لو ضربه ضرباً مؤلماً .

(قال) أي محمد «رح» في الجامع الصغير (ومن قطع يد رجل فعفا المقطوعة يده
عن القطع ثم مات من ذلك ، فعلى القاطع الدية في ماله ، وإن عفا عن القطع وما يحدث منه
ثم مات من ذلك فهو عفو) أي عفو (عن النفس) سواء عفى بلفظ العفو أو الوصية .
وبه قال مالك «رح» وأحمد ، وطاوس «رح» ، والحسن «رح» ، وقتادة
«رح» ، والأوزاعي «رح» .

وقال أصحاب الشافعي رحمه الله : إذا قال عفوت عن الجناية وما يحدث منها ، ففيها
قولان : أحدهما ، لا يصح فيجب دية النفس إلا دية الجرح . والثاني : أنه يصح فإن جرحت
من الثلث سقط وإلا سقط منها ما يخرج من الثلث ، ووجه الباقي والقول الثاني ليس بوصية
لأنه إسقاط في حق الجناية ، فلا يصح ، ويلزمه دية النفس إلا دية الجرح .

(ثم إن كان خطأ فهو من الثلث ، وإن كان عمداً فهو من جميع المال وهذا) قوله (عند
أبي حنيفة ، وقالوا إذا عفا عن القطع فهو عفو عن النفس أيضاً ، وعلى هذا الخلاف إذا عفا

لها أن العفو عن القطع عفو عن موجب ، وموجب : القطع لو اقتصر ،
والقتل إذا سرى . فكان العفو عنه عفواً عن أحد موجبيه أيها كان .
ولأن اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فيكون العفو عن
القطع عفواً عن نوعيه ، وصار كما إذا عفا عن الجناية ، فإنه يتناول
الجناية السارية والمقتصرة ، كذا هذا . وله : أن سبب الضمان
قد تحقق وهو قتل نفس معصومة متقومة ، والعفو لم يتناوله بصريحه
لأنه عفا عن القطع وهو غير القتل . وبالسراية تبين أن الواقع قتل
وحقه فيه ، ونحن نوجب ضمانه ، وكان ينبغي أن يجب القصاص
وهو القياس لأنه هو الموجب للعمد إلا أن في الاستحسان يجب

عن الشجة ثم سرى إلى النفس ومات) ، وكذلك الاختلاف في الضرب والشجة والجراحة
وما أشبه ذلك ، وكذلك الاختلاف في الصلح والتزوج .

(لها) أي لأبي يوسف ومحمد «رح» (أن العفو عن القطع عفو عن موجب) لأن نفس
الفعل لا تحمل العفو ، وموجب أحد الشئين : ضمان النفس إن سرى ، وضمان الطرف
عن اقتصر ، وهو معنى قوله (وموجب القطع لو اقتصر والقتل إذا سرى ، فكان العفو
عنه) أي عن القطع (عفواً عن أحد موجبيه أيها كان) أي أيهما وجد .

(ولأن اسم القطع يتناول) والمقتصر فيكون العفو عن القطع عفواً عن أحد نوعيه ،
أي أحد نوعي القطع وهما : (الساري والمقتصر فيكون العفو عن القطع عفواً عن نوعيه ،
وصار كما إذا عفى عن الجناية السارية والمقتصرة) بلا خلاف .

(كذا هذا ، وله) أي ولأبي حنيفة «رح» : (أن سبب الضمان قد تحقق وهو قتل
نفس معصومة متقومة والعفو لم يتناوله بصريحه ، لأنه عفا عن القطع ، وهو غير القتل .
وبالسراية تبين أن الواقع قتل وحقه فيه ، ونحن نوجب ضمانه) أي ضمان القتل .
(وكان ينبغي أن يجب القصاص وهو القياس لأنه هو الموجب للعمد إلا أن في

الدية ، لان صورة العفو أورثت شبهة وهو درأته للقود . ولا نسلم
أن الساري نوع من القطع ، أن السراية صفة له ، بل الساري قتل من
الابتداء ، وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعاً ، فلا يتناوله
العفو . بخلاف العفو عن الجناية لانه اسم جنس ، وبخلاف العفو
عن الشجة وما يحدث منها لانه صريح في العفو عن السراية والقتل .
ولو كان القتل خطأ فقد أجراه مجرى العمد في هذه الوجوه

الإستحسان تجب الدية ، لأن صورة العفو أورثت شبهة وهي درأته للقود (أي الشبهة
مسقطة للقصاص .

(ولا نسلم) هذا جواب عن قولهما : فيكون العفو عفواً عنه ، أي لا نسلم
(أن الساري نوع من القطع ، وأن السراية صفة له) قيل فيه نظر ، فإنه منع كون السراية
صفة له ، يقال : سرى القطع وقطع سار ، فكيف يصح ؟
ففي ذلك أجيب عنه بأن المراد صفة منوعة وهي ليست كذلك ، بل هي مخرجة عن
حقيقتها ، كما يقال : عصير مسكر .

(بل الساري قتل من الابتداء) هذا لإضراب عن قوله : نوع من القطع ، وذلك أن
القتيل فعل مزهق للروح ، وبه عرفنا أنه كان قتلاً .

(وكذا لا موجب له) أي للقطع الساري (من حيث كونه قطعاً) لأنه إذا سرى
ومات تبين أن هذا القطع لم يكن له موجب أصلاً ، إنما الثابت موجب القتل وهو الدية
فكان العفو المضاف إلى القطع ، مضاف إلى غير محله فلا يصح . وإذا لم يصح العفو عن
القتل ، لا يكون عفواً عن القطع ، وهو معنى قوله : (فلا يتناوله العفو بخلاف العفو عن
الجناية لأنه) أي لأن لفظ الجناية (اسم جنس) يتناول الساري وغيره .

(وبخلاف العفو عن الشجة وما يحدث منها لأنه صريح في العفو عن السراية والقتل)
وهذا ظاهر (ولو كان القتل خطأ فقد أجراه) أي فقد أجراه محمد رحمه الله (مجرى
العمد في هذه الوجوه) وهو العفو عن القطع ومطلقاً وما يحدث منه ، والعفو عن الشجة

وفاقاً وخلافاً آذن بذلك إطلاقه إلا أنه إن كان خطأ فهو من الثلث ،
وإن كان عمداً فهو من جميع المال ، لأن موجب العمد القود ، ولم
يتعلق به حق الورثة لما أنه ليس بمال فصار كما إذا أوصى بإعارة
أرضه . أما الخطأ فموجبه المال ، وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث

والعفو عن الجنابة (وفاقاً) أى من حيث الوفاق أى الإتفاق وهو في موضعين أحدهما أن
العفو عن القطع وما يحدث منه عفو عن الدية بالإتفاق فيها إذا كان القتل خطأ ، والثاني
العفو عن الجنابة فإنه عفو عن الدية أيضاً (وخلافاً) أى من حيث الخلاف بين أبي
حنيفة «رح» وبين صاحبيه ، وهو أيضاً في موضعين أحدهما : أن العفو عن القطع مطلقاً
عفو عن الدية عندهما إذا كان خطأ ، وعند أبي حنيفة يكون عفواً عن أرض اليد لا غيره
والثاني أن العفو عن الشجة عفو عن الدية إذا سرت عندهما .

وعن أبي حنيفة «رح» عن أرض الشجة لا غير (آذن) بالمد أى أعلم وهو فعل ماض
من الايذان (بذلك إطلاقه) أى إطلاق محمد «رح» في الجامع حيث قال : ومن قطع يد
رجل فعفا المقطوعة يده ، لأنه ذكره مطلقاً من غير وصف العمدية والخطأ .

وقال تاج الشريعة «رح» : فإن قلت الوضع في القتل العمدية بدليل قوله : فعلى القاطع
الدية في ماله ، فلا يكون مطلقاً .

قلت : الوضع مطلق إلا أن قوله : فعلى القاطع الدية في ماله جواب لأحد نوعيه ، أى
عليه الدية في ماله إن كان عمداً .

(إلا أنه إن كان خطأ فهو من الثلث ، فإن كان عمداً فهو من جميع المال لأن موجب
العمد القود ، ولم يتعلق به حق الورثة لما أنه ليس بمال ، فصار كما إذا أوصى بإعارة
أرضه . أما الخطأ فموجبه المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث) يعني أنه إذا
تبرع بمنافع أرضه في مرضه بالعارية وانتفع بها المستعير ثم مات المعير ، ذلك من جميع
المال لأن المنافع ليست بأموال .

قال الأكل «رح» : وفيه بحث من أوجه :

قال : وإذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها وعلى عاقلتها الدية إن كان خطأ ، وإن كان عمداً ففي مالها .

الأول : أن القصاص مورث بالاتفاق فكيف لم يتعلق به حق الورثة ؟
الثاني : أن الوصية بإعارة أرضه باطلة ولئن صحت . فحكمه الثاني يسكن الموصى له يوماً والورثة يومين إن لم يقبل القسمة ، وإن قبلها تقرر بالثلث للموصى له .

والثالث : أن المنافع أموال فكيف صارت نظير المالكين بمال ؟
الجواب عن الاول : أن المصنف «رح» نفى تعلق حق الورثة به لالكونه موروثاً ولا ينافى بينها لان حق الورثة إنما يثبت بطريق الخلافة ، وحكم الخلف لا يثبت مع وجود الاصل ، والقياس في المال أيضاً أن لا يثبت فيه تعلق حقهم إلا يتكففون الناس وتركهم أغنياء ، إنما يتحقق تعلق حقهم بما يتعلق التي وهو المال ، فلم يتعلق به لتصرف فيه فتركهم بماله يتكففون الناس . والقصاص ليس بمال ، فلا يتعلق به لكنه مورث لان الارث خلافة ذي نسب الميت الحقيقي أو الحكمي أو نكاحه أو ولاية حقيقة أو حكماً في ماله أو حق قابل له بعد موته .

وعن الثاني : بأن المراد من قوله : أوصى ، تبرع كما عبرنا عنه آنفاً والوصية تبرع خاص ، فيجوز أن يستمار لمطلقه .

وعن الثالث : أن المنافع أموال إذا كانت في عقد فيه معاوضة .
وقوله : فيعتبر من الثلث فيه إشكال وهو أنه إذا اعتبره من الثلث كان وصية . والقابل من العاقلة ، والوصية للقابل باطلة ، فيجب أن لا يصح في حصته .

وأجيب بأن المبروح لم يقل أوصيته بثلث الدية ، وإنما عفا عنه المال بعد سبب الوجوب فكان تبرعاً مبتدأ ولا مانع عنه ألا ترى أنه لو وهب له شيئاً وسلم جاز .

(قال) أى قال محمد في الجامع الصغير (فإذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها ، وعلى عاقلتها الدية إن كان خطأ ، وإن كان عمداً ففي مالها)

قوله على يده : أى على موجب يده وقيد بقوله ثم مات الزوج في وجوب مهر المثل لانه إذا لم يمت فتزوجها على اليد صحت التسمية ويصير الارش اليد مهرأ لها بالاجماع سواء

وهذا عند أبي حنيفة «رح» ، لان العفو عن اليد إذا لم يكن عفواً عما يحدث منه عنده ، فالتزوج على اليد لا يكون تزواً على ما يحدث منه . ثم القطع إذا كان عمداً يكون هذا تزواً على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهراً لا سيما على تقدير السقوط فيجب مهر المثل ، وعليها الدية في مالها لان التزوج ، وإن كان يتضمن العفو على ما تبين إن شاء الله تعالى ، لكن عن القصاص في الطرف في هذه الصورة . وإذا سرى تبين أنه قتل النفس ولم يتناوله العفو ، فتجب الدية ، وتجب في مالها لانه عمد ، والقياس أن يجب القصاص

كان القطع عمداً أو خطأ ، فتزوجها على القطع أو على القطع وما يحدث منه أو على الجنابة لان الماء برأ تبين أن موجبها الارش دون القصاص ، لان القصاص لا يجري في الاطراف بين الرجل والمرأة عندها ، والارش يصلح صداقاً كذا ذكره المحبوبي وقاضي خان «رح» . (وهذا عند أبي حنيفة «رح») أي هذا الحكم عنده (لان العفو عن اليد إذا لم يكن عفواً عما يحدث منه عنده فالتزوج على اليد لا يكون تزواً على ما يحدث منه) فيكون ما لها من المهر غير ما عليها مما يحدث منه (ثم القطع إذا كان عمداً يكون هذا تزواً على القصاص في الطرف ، وهو ليس بمال فلا يصلح مهراً لا سيما على تقدير السقوط) أي سقوط القصاص (فيجب مهراً لمثل وعليها الدية في مالها) فإن قبل قبولها التزوج يتضمن العفو ، والعفو لا يتضمن ، فلا يجب عليها الدية فأجاب المصنف «رح» بقوله (لأن التزوج وإن كان يتضمن العفو على ما تبين إن شاء الله تعالى) إشارة إلى قوله : وقد رضي بسقوط حقه (لكن عن القصاص) أي لكن يتضمن العفو عن القصاص (في الطرف في هذه الصورة) أي فيما نحن فيه (وإذا سرى تبين أنه قتل النفس ولم يتناوله العفو) بمعنى العفو لم يتعرض لذلك (فتجب الدية ونجب في مالها لأنه عمد) والعاقل لا يتحمل العمد (والقياس أن يجب القصاص على ما بيناه) يريد به قوله لأنه هو الموجب العمد .

على ما بيناه وإذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة إن كان على السواء وإن كان في الدية فضل ترده على الورثة ، وإن كان في المهر ترده الورثة عليها ، وإذا كان القطع خطأ يكون هذا تزوجاً على أرش اليد ، وإذا سرى إلى النفس تبين أنه لا أرش لليد ، وإن المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما إذا تزوجها على ما في اليد ولا شيء فيها . ولا يتقاصن لأن الدية تجب على العاقلة في الخطأ والمهر لها . قال : ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها أو على الجنابة ثم مات من ذلك ،

(وإذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية) أي والحال أن عليها الدية (تقع المقاصة إن كان) أي مهر المثل والدية (على السواء فإن كان في الدية فضل ترده) أي ترده المرأة (على الورثة) أي على ورثة الميت (وإن كان) أي الفضل (في المهر ترده الورثة عليها) أي على المرأة (وإن كان ^(١) القطع خطأ يكون هذا) أي التزوج (تزوجاً على أرش اليد وإذا سرى إلى النفس تبين أنه لا أرش لليد وأن المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما إذا تزوجها على ما في اليد ولا شيء فيها) أي والحال أنه لا شيء في اليد . (ولا يتقاصن) أي لا يتقاص ما على الزوج من مهر المثل ، وما على المرأة من الدية لاختلاف النعم . (لأن الدية تجب على العاقلة في الخطأ) والقتل هنا خطأ . (والمهر لها) أي ويجب مهر المثل هنا ، ولا يتقاصن وإنما تكون المقاصة إذا اتحدت النمة في الوجوب لها وعليها كما إذا قطعت عمداً أو سرى إلى النفس لأن الدية تجب عليها لا على العاقلة لأنه عمد ، والمهر لها أيضاً فاتحدت النمة فوقعت المقاصة .

(قال) أي قال محمد «رح» في الجامع الصغير (ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها أو على الجنابة) أي أو تزوجها على الجنابة أو على الجراحة ، (ثم مات من ذلك ،

(١) وإذا كان - هامش .

والقطع عمداً فلها مهر مثلها لأن هذا تزوج على القصاص وهو لا يصلح مهرأ فيجب مهر المثل على ما بيناه . وصار كما إذا تزوجها على خمر أو خنزير ولا شيء عليها لأنه لما جعل القصاص مهرأ فقد رضي بسقوطه لجهة المهر فيسقط القصاص بشرط أن يصير مالا فإنه يسقط أصلاً ، وإن كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها . ولهم ثلث ما ترك وصية لأن هذا تزوج على الدية وهي تصلح

والقطع عمداً فلها مهر المثل) .

وفي بعض النسخ : فلها مهر مثلها (لأن هذا تزوج على القصاص وهو) أى القصاص (لا يصلح مهرأ) فإذا كان كذلك (فيجب مهر المثل على ما بيناه) وفي بعض النسخ فلها مهر مثلها لأن هذا تزوج على القصاص ، وهو أى القصاص لا يصلح مهرأ فإذا كان كذلك فيجب مهر المثل لأنه سمي ما لا يصلح مهرأ . (وصار) أى هذا (كما إذا تزوجها على خمر أو خنزير) حيث يجب مهر المثل في هذا (ولا شيء عليها) أى على المرأة ، لا القصاص ولا الدية ، وهذا هو فائدة التعميم بقوله : ولا شيء .

(لأنه لما جعل القصاص مهرأ فقد رضي بسقوطه لجهة المهر) هذا كان جواب لما قال ينبغي أن يجب القصاص لأنه ما رضي بسقوطه مطلقاً بل بسقوطه من جهة المهر ، وحاصل الجواب أنه جعل القصاص مهرأ فقد سمي ما لا يصلح مهرأ . (فيسقط أصلاً كما إذا سقط القصاص بشرط أن يصير مالا) أى بشرط أن يصير القصاص مالا بأن يقول أسقطت القصاص بشرط أن يصير مالا (فإنه يسقط) أن يكون (أصلاً) إن مضى كلامه (بشرط أن يصير الدم مالا) والدم ليس بمال في دين سماوي ، فكان شرطاً باطلاً فصار إسقاطاً مطلقاً . (وإن كان) أى القطع (خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها) أى قدر مهر مثلها . (وإن كان) أى القطع (خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها) أى قدر مهر مثلها .

(ولهم) أى وللعاقلة (ثلث ما ترك) أى الميت من الدية (وصية) أى من حيث الوصية لهم ، (لأن هذا) أى التزوج على اليد وما يحدث منها (تزوج على الدية وهي)

مهرأ إلا إنه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال لأنه مريض مرض الموت والتزوج من الحوائج الأصلية ، ولا يصح في حق الزيادة على مهر المثل لأنه محابة ، فتكون وصية . ويرفع عن العاقلة لانهم يتحملون عنها ، فمن المحال أن ترجع عليهم بموجب جنابتها ، وهذه الزيادة وصية لهم لانهم من أهل الوصية لما أنهم ليسوا بقتلة ، فإن كانت تخرج من الثلث تسقط ، وإن لم تخرج يسقط ثلثه . وقال أبو يوسف «رح» ومحمد «رح» : كذلك الجواب فيما إذا تزوجها على اليد لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما . فاتفق جوابهما في الفصلين .

أى الدية (تصلح مهرأ إلا أنه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال لأنه مريض مرض الموت والتزوج من الحوائج الأصلية) والمريض إذا تزوج امرأة بمال كان لها مقدار مهر مثلها (ولا يصح في حق الزيادة على مهر المثل لأنه محابة فتكون وصية) لها والوصية للقاتل لا تصح (ويرفع عن العاقلة) أى قدر مهر مثلها .
(لأنهم) أى لأن العاقلة (يتحملون عنها) ولا يتحملون لها (فمن المحال أن ترجع) أى المرأة (عليهم بموجب جنابتها وهذه الزيادة وصية لهم) أى للعاقلة (لأنهم من أهل الوصية لما أنهم ليسوا بقتلة فإن كانت) أى الزيادة (تخرج من الثلث تسقط) عنهم (وإن لم تخرج) من الثلث (يسقط ثلثه) أى ثلث ما زاد وعلى مهر المثل إلى تمام الدية ويردون ما بقي إلى الورثة واعلم أن هذا كله من قوله : وإذا قطعت المرأة يد رجل ، إلى هنا قول أبي حنيفة «رح» .

وأما قول أبي يوسف ومحمد «رح» ، فهو ما أشار إليه بقوله : (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله) فهو ما أشار إليه بقوله (كذلك الجواب) أى كجواب أبي حنيفة «رح» (فيما إذا تزوجها على اليد) أى موجب اليد (لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما ، فاتفق جوابهما في الفصلين) أى فيما بزوجها على اليد إذا كان القطع خطأ وفيما إذا تزوجها

قال : ومن قطعت يده فاقتص له من اليد ثم مات فإنه يقتل المقتص منه لانه تبين أن الجناية كانت قتل عمد ، وحق المقتص له القود . واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود كمن له القود إذا استوفى طرف من عليه القصاص . وعن أبي يوسف : أنه يسقط حقه في القصاص لانه لما أقدم على القطع فقد أبرأه عما وراءه . ونحن نقول : إنما أقدم على القطع ظناً منه أن حقه فيه ، وبعد السراية تبين أنه في القود فلم يكن مبرئاً عنه بدون العلم به . قال : ومن قتل وليه عمداً فقطع يده قاتله ثم عفا وقد قضى له بالقصاص أو لم يقض فعلى قاطع اليد دية اليد عند أبي حنيفة «رح» .

على اليد وما يحدث منها أو على الجناية وعبر بالفصلين باعتبار المتفق والمختلف وإلا فالفصول ثلاثة .

(قال) أي محمد «رح» في الجامع الصغير (ومن قطعت يده فاقتص له من اليد ثم مات) أي المقتوعة يده (فإنه يقتل المقتص منه) وبه قالت الثلاثة (لانه تبين أن الجناية كانت قتل عمد وحق المقتص له القود واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود كمن له القود) أي حق القصاص (إذا استوفى طرف من عليه القصاص) فإنه لا يسقط حقه من القصاص .

(وعن أبي يوسف «رح» انه يسقط حقه في القصاص لانه لما أقدم على القطع فقد أبرأه عما وراءه ونحن نقول) أي في الجواب عما قاله أبو يوسف (إنما أقدم على القطع ظناً منه أن حقه فيه) يعني في حق اليد (وبعد السراية) أي بعد سراية القطع إلى الموت (تبين أنه) أي أن حقه (في القود فلم يكن مبرئاً عنه) أي عن القود (بدون العلم به) أي بأن حقه في القود .

(وقال) أي محمد «رح» في الجامع الصغير (ومن قتل وليه عمداً فقطع يده قاتله ثم عفى وقد قضى له بالقصاص أو لم يقض فعلى قاطع اليد دية اليد عند أبي حنيفة «رح») وبه

وقالا: لا شيء عليه لانه استوفى حقه ، فلا يضمنه ، وهذا لانه
استحق إتلاف النفس بجميع أجزائها ولهذا لو لم يعف لا يضمنه .
وكذا إذا سرى وما برأ ، أو ما عفا وما سرى ، أو قطع ثم حز
رقبته قبل البرء أو بعده . وصار كما إذا كان له قصاص في الطرف
فقطع أصابعه ، ثم عفا ، لا يضمن الاصابع . وله أنه استوفى غير
حقه ، لأن حقه في القتل وهذا قطع وإبانة ،

قال أحمد ولو قتله لا شيء عليه عنده . وعند أحمد عليه الدية . وعند مالك «رح»
عليه القصاص .

(وقالا) أي قال أبو يوسف ومحمد «رح» (لا شيء عليه) لا القصاص ولا الدية . وبه قال
الشافعي (لأنه استوفى حقه فلا يضمنه وهذا) توضيح لما قبله (لأنه استحق إتلاف النفس
بجميع أجزائه) لأن اليد كانت جميعاً للولي تبعاً للنفس فبطل حقه بالنفس مما بقي
لا مما استوفى .

(ولهذا) أي ولأجل استحقاقه إتلاف النفس بجميع أجزائه (لو لم يعف لا يضمنه)
أي لو لم يعف وسرى لا يجب الضمان عليه . هذا إلزام على أبي حنيفة لا على أحمد ومالك
لأنها قالا بضمان اليد بعد الإستيفاء ، ويدل عليه أحكام منها قوله :
(وكذا إذا سرى) أي بعد العفو (وما برأ) تأكيد لقوله : إذا سرى ، أي
لم يعف . وسرى .

ومنها قوله : (أو ما عفا) يعني قطع وما عفا (وما سرى) يعني ما ظهر
حاله بعد القطع .

ومنها قوله : (أو قطع ثم حز رقبته قبل البرء أو بعده) لا يضمن (وصار كما إذا
كان له قصاص في الطرف فقطع أصابعه ثم عفا) عن الكف (لا يضمن الأصابع) فكذا
في الطرف مع النفس . وهذا لأن حقه ثابت في النفس ، وكل حق ظهر في النفس يظهر في
حق الأطراف طبعاً لأنها من جملة النفس .

(وله) أي لأبي حنيفة (أنه استوفى غير حقه ، لأن حقه في القتل وهذا قطع وإبانة)

وكان القياس أن يجب القصاص إلا أنه سقط للشبهة فإن له أن يتلفه تبعاً . وإذا سقط وجب المال ، وإنما لا يجب في الحال لأنه يحتمل أن يصير قتلاً بالسراية فيكون مستوفياً حقه . وملك القصاص في النفس ضروري لا يظهر إلا عند الاستيفاء أو العفو والاعتياض لما أنه تصرف فيه . فأما قبل ذلك لم يظهر لعدم الضرورة

القطع هو الإبانة ، والقتل إزهاق بينهما مغايرة .

(وكان القياس أن يجب القصاص) يعني في اليد (إلا أنه سقط للشبهة) أي غير أن القصاص سقط للشبهة ، وعلل الشبهة بقوله : (فإن له أن يتلفه تبعاً) أي يتلف الطرف تبعاً للنفس .

(وإذا سقط) أي القصاص (وجب المال وإنما لا يجب) أي المال (في الحال) هذا جواب عما يقال لما سقط القصاص ووجب المال كان ينبغي أن يثبت المال في الحال ولا يتوقف على البرء كما في الجنايات .

فأجاب بقوله (لأنه يحتمل أن يصير قتلاً بالسراية فيكون مستوفياً حقه) فلا يبقى له شيء (وملك القصاص في النفس ضروري) هذا جواب عن قولها أنه استوفى حقه فقال : ليس كذلك لأن ثبوت القصاص لما كان ضرورياً لثبوته مع المتأني ، وهو الحرمة لأن الآدمي بنيان الرب ، فلا يحل تخريبه .

فإذا كان كذلك (لا يظهر) إلا في أحوال ثلاثة أشار إليها بقوله (إلا عند الاستيفاء) وهو استيفاء النفس بالقصاص . (أو العفو والاعتياض) عنه وهو عفو من وجه (لما أنه تصرف فيه) أي لما أن كل واحد من هذه الأشياء الثلاثة تصرف في القاتل ، فلا يجوز التصرف بغيرها .

(فأما قبل ذلك) أي قبل التصرف بهذه الأشياء الثلاثة (لم يظهر) أي ملك القصاص (لعدم الضرورة) أي إظهاره . فإذا كان الملك عدماً قبل الاستيفاء في حق المحل ، فلا يظهر في الأطراف قبل الاستيفاء . ماذا القتل به الاستيفاء بحكم إلا أن بظهوره في حق الأطراف فلم يكن هذا الاستيفاء لحقه .

بخلاف ما إذا سري لأنه استيفاء لحقه . وأما إذا لم يعف وما سري .
قلنا : إنما تبين كونه قطعاً بغير حق بالبرء حتى لو قطع وما عفا ،
وبرء الصحيح أنه على هذا الخلاف . وإذا قطع ثم حزر رقبته
قبل البرء فهو استيفاء ولو حزر بعد البرء ، فهو على هذا الخلاف
هو الصحيح . والأصابع وإن كانت تابعة قياماً بالكف ، فالكف
تابعة لها عرضاً

(بخلاف ما إذا سري) جواب عن قولها : وكذا إذا سري أي القطع .
(لأنه استيفاء لحقه وأما إذا لم يعف وما سري) جواب عن قولها أو ما عفا وما سري .
(قلنا إنما تبين كونه قطعاً بغير حق بالبرء حتى لو قطع وما عفا وبرء الصحيح أنه على
هذا الخلاف) فلا يكون لشهدا به . وقال الإمام علاء الدين «رح» لو قطع وما عفا وبرأ
اختلف المشايخ فيه ، والصحيح أنه على الخلاف .
(وإذا قطع ثم حزر رقبته) جواب عن قولها : أو قطع ثم حزر رقبته إلى آخره ،
تقرير الجواب .

إن حزر الرقبة إن كان (قبل البرء فهو استيفاء) فلا يضمن لأن الطرف صار مستحقاً
في حق القتل وهذا الفعل صار قتلاً . (ولو حزر بعد البرء فهو على هذا الخلاف هو الصحيح)
أي كونه على الخلاف هو الصحيح فلا يكون مستشهداً به .

(والأصابع وإن كانت تابعة) جواب عن قولها : وصار كما إذا كان له قصاص في
الطرف ، إلى آخره . تقديره أن الأصابع وإن كانت تابعة ، يعني للكف حال كونها
(قياماً بالكف) من حيث أنها تقوم بالكف (فالكف تابع لها) أي للأصابع (عرضاً)
أي من حيث العرض لأن منفعة البطش تقوم بالأصابع ، والكف كالشرط له . وهو اختيار
بعض المشايخ ، فإنهم تبرعوا بالفرق .

ومنعه صاحب الأسرار وقال لا نسلم أنه لا يلزمه ضمان الأصابع ، بل يلزمه إذا
عفى عن الكف .

بخلاف الطرف لأنها تابعة للنفس من كل وجه . قال : ومن له القصاص في الطرف إذا استوفاه ثم سرى إلى النفس ومات ، يضمن دية النفس عند أبي حنيفة «رح» . وقالوا : لا يضمن لأنه استوفى حقه وهو القطع ، ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب القصاص ، إذ الإحتراز عن السراية ليس في وسعه ، فصار كالإمام والبزاغ والحجام والمأمور يقطع اليد . وله : إنه قتل بغير حق لأن حقه في القطع ، وهذا وقع قتلا ، ولهذا الوقع ظالماً

(بخلاف الطرف) مع النفس (لأنها تابعة للنفس من كل وجه) فلم يكن مستحقاً أصلاً فكان قطع اليد قطعاً بغير حق ، فوجب الضمان .
قال : أي في الأصل ، لأن هذه من مسائل الاصل ذكرها تقريباً . وليست بمذكورة في البداية ، فعلى هذا لم يقع لفظ .

(قال) في أول المسألة مناسباً (ومن له القصاص في الطرف إذا استوفاه ثم سرى إلى النفس ومات يضمن دية النفس ، عند أبي حنيفة «رح» وقالوا : لا يضمن) .
وبه قال الشافعي ومالك «رح» وأحمد (لأنه استوفى حقه وهو القطع ، ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب القصاص ، إذ الإحتراز عن السراية ليس في وسعه فصار كالإمام) أي القاضي ، إذا قطع يد السارق ومات من ذلك .

(والبزاغ) من بزغ البيطار الدابة شقها بالمبزغ ، وهو مثل شرط الحجام (والحجام) هو الذي يحجم (والمأمور يقطع اليد) إذا مات المقطوع . لأن كل واحد من هؤلاء مأنون بما فعله فلا يوصف بالتعدي ، فلا يضمن .

(وله) أي ولأبي حنيفة «رح» (أنه) أي أن القاطع (قتل بغير حق لأن حقه في القطع وهذا وقع قتلا ولهذا الوقع ظالماً) أي ولكونه قطعاً بغير حق لو وقع هذا القطع

كان قتلا . ولأنه جرح أفضى إلى فوات الحياة في مجرى
العادة ، وهو مسمى القتل . إلا أن القصاص سقط للشبهة فوجب
المال بخلاف ما استشهد به من المسائل لأنه مكلف فيها بالفعل إما
تقلداً كالإمام أو عقداً كما في غيره منها ، والواجبات لا تنقيد
بوصف السلامة كالرمي إلى الحربي . وفي مانحن فيه لا إلزام
ولا وجوب . إذ هو مندوب إلى العفو فيكون من باب الاطلاق
فأشبه الاصطياد .

ظلماً من غير قصاص ، وسرى إلى النفس (كان قتلا) موجباً للقصاص أو الدية
في حق النفس .

(ولأنه) أي ولأن هذا الفعل (جرح أفضى إلى فوات الحياة في مجرى العادة) يعني
أن الموت من الجرح ليس على خلاف العادة .

(إلا أن القصاص سقط للشبهة فوجب المال بخلاف ما استشهد به من المسائل لانه) أي
لأن الذي باشر فكان فيها أي في المسائل (مكلف فيها بالفعل إما تقلداً) أي من حيث
التقليد (كالإمام) فانه إذا تقلد وجب عليه أن يحكم . (أو عقداً) أي من حيث العقد
(كما في غيره) أي غير الإمام وهو البزاع والحجام والختان (منها) أي المسائل
(والواجبات) أي الامور التي يجب فعلها (لا تنقيد بوصف السلامة ، كالرمي إلى الحربي)
فإنه إذا رمى إلى الحربي فأصاب أسيراً مسلماً لم يضمن .

(وفيما نحن فيه) بأن الإستيفاء (لا إلزام) من الذي فعل (ولا وجوب) من حيث
الشرع (إذ هو مندوب إلى العفو) قال الله تعالى ﴿ وأن تعفو أقرب للتقوى ﴾ .

(فيكون من باب الاطلاق) أي الاباحة (فأشبه الاصطياد) فانه إذا رمى إلى صيد
فأصاب إنساناً ضمن كذا هذا فان قيل ما الفرق بين هذه وبين المستعير والمستأجر ، ويعلم
ضرب الصبي باذن الاب ، فهات .

وقاطع يد حربي أو مرتد أسلم بعد القطع ، فإنه لا يجب على المستعير والمستاجر الركوب إذا ثققت الدابة منه وعلى المعلم والقاطع ضمان وهامنا إذا سرى . وأجيب بأن في الثلاثة الاول حصل سبب الهلاك بأذن فنقل إلى الأذن ، ولو أهلك المالك دابته لم يجب عليه شيء ، فكذا إذا أذن بسبب الهلاك .

والاب إذا قتل ابنه يجب عليه الدية ، فكذلك هنا بخلاف القصاص فإنه يقع بالملك دون الأذن .

ولما قطع وسرى كان القطع قتلا وليس له ملك القتل ، فكان متصرفاً في غير ملكه وهو يوجب الضمان .

وأما الرابع : فلأن للقطع مع السراية بصير قتلا من الابتداء ، ولو وقع ابتداء وقع القتل قبل الاسلام في مباح الدم ، وذلك لا يوجب الضمان ، فكذا إذا صار قتلا في الانتهاه لأنه مستند إلى ابتداء القطع .

* * *

باب الشهادة في القتل

قال : ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب ، فأقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فإنه يعيد البينة عند أبي حنيفة . وقال لا يعيد البينة ، وإن كان خطأ لم يعدها بالاجماع ، وكذلك الدين يكون لأبيهما على آخر . لهما في الخلافية أن القصاص طريقه طريق الوارثة كالدين

(باب الشهادة في القتل)

أي هذا باب في بيان حكم الشهادة في القتل ، ولما كانت الشهادة فيه متعلقاً بالقتل ذكرها بعد ذكر حكم القتل لأنه لما تعلق به صار كالتابع له .

(قال) أي محمد «رح» في الجامع الصغير (ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فأقام الحاضر البينة على القتل، ثم قدم الغائب فإنه يعيد البينة عند أبي حنيفة) يعني إذا أقام الحاضر البينة أنه قتل أباه عمداً ، قبلت البينة وحبس القاتل ، فإذا حضر الغائب كلفا جميعاً إعادة البينة

(وقال لا يعيد) وهو قياس الأئمة الثلاثة «رح» (وإن كان) أي القتل (خطأ لم يعدها) أي البينة (بالاجماع . وكذلك الدين يكون لأبيهما على آخر) لا يكلف بإقامة البينة بالاجماع ، ويكون الحاضر خصماً عن نفسه وعن أخيه الغائب .

(لهما) أي لأبي يوسف ومحمد «رح» (في الخلافية) أي في المسألة الخلافية (أن القصاص طريقه طريق الوارثة) أي على معنى أنه يشب للميت أولاً ، ثم ينتقل عنه إلى الوارث قصار (كالدين) وثمة أحد الورثة ينتصب خصماً عن الميت في إثباته . ولهذا يجبس القاتل بهذه البينة لأن الوارث خصم في إثباته .

(وهذا) توضيح لما قبله ، أي كونه بطريق الوارثة (لأنه) أي لأن القصاص (عوض

وهذا لأنه عوض عن نفسه فيكون الملك فيه لمن له الملك في العوض
كما في الدية . ولهذا لو انقلب مالا يكون للميت ، ولهذا يسقط بعفوه
بعد الجرح قبل الموت فينتصب أحد الورثة خصماً عن الباقيين . وله أن
القصاص طريقه طريق الخلافة دون الوراثة . ألا ترى أن ملك القصاص
يثبت بعد الموت ، والميت ليس من أهله بخلاف الدين والدية لأنه
من أهل الملك في الأموال كما إذا نصب شبكة تعلق بها صيد بعد
موته فإنه يملكه .

عن نفسه (أي نفس الميت ، لأن النفس نفس (فيكون الملك فيه) أي في العوض (لمن
له الملك في العوض) وهو النفس . (كما في الدية) إذا ادعى الحاضر الدية لم يكلف إعادة
البينة بالاتفاق وإذا حضر الغائب .

(ولهذا) أي ولأجل كون طريق القصاص طريق الوراثة (لو انقلب) أي القصاص
(مالا يكون للميت) يقضى به دينه وينفذ منه وصاياه . (ولهذا) أي ولأجل ذلك
(يسقط) أي القصاص (بعفوه) أي بعفو المجروح (بعد الجرح قبل الموت) فإذا كان
كذلك (فينتصب أحد الورثة خصماً عن الباقيين) لأنهم كالوكلاء عن الميت فينفر كل
منهم بإثبات حقوقه .

(وله) أي ولأبي حنيفة «رح» (أن القصاص طريقه طريق الخلافة دون الوراثة)
وهو أن يثبت الملك ابتداء للوارث دون المورث لقوله تعالى ﴿ من قتل مظلوماً فقد جعلنا
لوليّه سلطاناً ﴾ ثم أوضح ذلك بقوله (ألا ترى أن ملك القصاص يثبت بعد الموت والميت
ليس من أهله) أي من أهل القصاص لأنه شرع للتشفي ودرك الثأر كالعبد إذا نصب فإنه
يثبت الملك للمولى ابتداء بطريق الخلافة لأن العبد ليس بأهل للملك .

(بخلاف الدين والدية) هذا جواب عن قولهما كالدين (لأنه) أي لأن الميت (من
أهل الملك في الأموال ، كما إذا نصب شبكة وتعلق بها صيد بعد موته ، فإنه يملكه

وإذا كان طريقه الإثبات ابتداء لا ينتصب أحدهم خصماً
عن الباقيين فيعيد البينة بعد حضوره . فإن كان أقام القاتل
البينة أن الغائب قد عفا ، فالشاهد خصم . ويسقط القصاص لأنه
ادعى على الحاضر سقوط حقه في القصاص إلى مال ولا يمكنه إثباته
إلا بآثبات العفو من الغائب فينتصب الحاضر خصماً عن الغائب .
وكذلك عبد بين رجلين قتل عمداً وأحد الرجلين غائب فهو على
هذا لما بيناه . قال : فإن كانت الأولياء ثلاثة فشهد إثنان منهم على
الآخر أنه قد عفا فشهادتهما باطالة وهو عفو منها لأنهما يجبران

وإذا كان طريقه الإثبات ابتداء لا ينتصب أحدهم خصماً عن الباقيين فيعيد (أى الغائب
(البينة بعد حضوره فان كان أقام القاتل البينة أن الغائب قد عفى فالشاهد خصم) أى
الحاضر خصم في ذلك .

(ويسقط القصاص لأنه ادعى على الحاضر سقوط حقه في القصاص إلى مال ولا يمكنه
إثباته إلا بآثبات العفو من الغائب ، فينتصب الحاضر خصماً عن الغائب . وكذلك عبد
بين رجلين قتل عمداً وأحد الرجلين غائب فهو على هذا) الحكم المذكور (لما بينا) وهو
أن القود مشترك بينهما ، فالقاتل يدعى بطلان حق الحاضر واتباعاً له ، ولا يمكنه إثبات
ذلك إلا بآثبات العفو عن الغائب ، فصار الغائب مقضياً عليه ويحتمل أن يكون قوله على
ما بيناه من أن ملك القود يثبت عندهما بطريق الوراثة لأن العفو تبقى في حق الدم على
أصل الحرية وعنده بطريق الخلافة .

(قال) أى محمد «رح» في الجامع الصغير (فان كانت الأولياء ثلاثة) أى وإن كان
أولياء المقتول عمداً ثلثة النفس . (فشهد إثنان منهم على الآخر أنه قد عفى) أى عن
القصاص (فشهادتهما باطلة وهو عفو) لأنها زعموا أن القود قد سقط وزعمها معتبر فيه .
(منها لأنها يجبران) هذا تعليل لقوله تعالى ﴿ فشهادتهما باطلة ﴾ ولم يذكر تعليل قوله :

بشهادتهما إلى أنفسهما مغنماً وهو انقلاب القود مالا فإن صدقهما القاتل فالدية بينهما أثلاثاً . معناه إذا صدقهما وحده لأنه لما صدقهما فقد أقر بثلاثي الدية لهما فصح إقراره إلا أنه يدعى سقوط حق المشهود عليه وهو منكر فلا يصدق ويغرم نصيبه وإن كذبهما فلا شيء لهما وللآخر ثلث الدية ، معناه إذا كذبهما القاتل أيضاً وهذا لأنهما أقرّا على أنفسهما بسقوط القصاص فقبل وادعيا انقلاب نصيبهما مالا فلا يقبل إلا بحجة ، وينقلب نصيب المشهود عليه مالا لأن دعواهما

وزعمها معتبر في حقها ، ونحن ذكرناه الآن أن الوليين من الأولياء الثلاثة يحران : (بشهادتهما إلى أنفسهما مغنماً وهو انقلاب القود مالا فإن صدقها القاتل فالدية بينهما أثلاثاً) هذا لفظ محمد « رح » في الجامع الصغير أن جميع الدية للأولياء الثلاثة أثلاثاً وتأتى فيه القسمة الفعلية لانه إما أن يصدقهم القاتل ، والمشهود عليه جميعاً أو يكذبها أو يصدقها القاتل دون المشهود عليه أو بالعكس ، والمذكور في الكتاب أولاً أن يصدقها القاتل وحده وفيه الدية بينهم أثلاثاً .

وقال المصنف « رح » (معناه إذا صدقها وحده) يعني إذا صدق القاتل الشاهدين وحده ولم يصدق المشهود عليه بل كذبها قيد به لانه إذا صدق المشهود عليه مع القاتل أيضاً سقط حقه في الدية لاقراره بالعفو . (لانه لما صدقها فقد أقر بثلاثي الدية لهما فصح إقراره ، إلا أنه يدعى سقوط حق المشهود عليه وهو ينكر فلا يصدق ويغرم نصيبه . وإن كذبها) أى وإن كذبها القاتل (فلا شيء لهما) أى للشاهدين (وللآخر) وهو المشهود عليه (ثلث الدية ، معناه إذا كذبها القاتل) والمشهود عليه (أيضاً) . وفي بعض النسخ معناه : إذا كذبها القاتل أيضاً ، فعلى تلك النسخة يكون تقدير قوله وإن كذبها أى المشهود عليه والاول أصح .

(وهذا) وهذا توضيح لما قبله (لأنها أقرّا من أنفسهما بسقوط القصاص فقبل وادعيا انقلاب نصيبهما مالا ولا يقبل إلا بحجة ، وينقلب نصيب المشهود عليه مالا لأن دعواهما

العفو عليه وهو منكر بمنزلة ابتداء العفو منهما في حق المشهود عليه
لأن سقوط القود مضاف إليهما وإن صدقهما المشهود عليه وحده
غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه لإقراره له بذلك . قال : وإذا
شهد الشهود أنه ضربه فلم يزل

العفو عليه وهو منكر بمنزلة ابتداء العفو منها في حق المشهود عليه ، لأن سقوط القود
مضاف إليهما وإن صدقهما المشهود عليه وحده (يعني وكذبها القاتل) غرم القاتل ثلث
الدية للمشهود عليه لإقراره له بذلك (أي لإقرار القاتل للمشهود عليه بذلك : أي بثلث
الدية إذا أنكر عفو المشهود عليه بعد انقلاب القصاص مالا بشهادة صاحب ، ولكنه
يصرف إلى الشاهد في بعض النسخ : ولكنه يصرف ذلك إلى الشاهدين
وهذا استحسان .

والقياس أن لا يلزمه شيء ، لأن ما ادعاه الشاهد أن على القاتل لم يثبت لإنكاره ،
وما أقر به القاتل للمشهود عليه قد بطل بتكذيبه ، أي بتكذيب المشهود عليه القاتل في
إنكاره العفو ، يعني لما صدق المشهود عليه الشاهدين ، صار تصديقه تكذيباً منه للقاتل
في إنكاره العفو بعدد بالقياس .

قال زفر «رح» : وجه الاستحسان أن القاتل بتكذيبه الشاهدين أقر للمشهود عليه
بثلث الدية ، لزعمه أن القصاص سقط بدعواهما العفو على الغائب ، وانقلب نصيبه مالا .
والغائب لما صدق الشاهدين في العفو فقد زعم أن نصيبهما انقلب مالا فصار مقرأ لهما ،
أي صار الغائب وهو المشهود عليه بالعفو مقرأ للشاهدين بما أقر به القاتل ، وهو ثلث الدية
له ، أي للغائب ، فيجوز إقراره بذلك بمنزلة ما لو أقر رجل لرجل بألف درهم ، فقال
المقر له هذه الألف ليست لي ولكنها لفلان . جاز وصار الألف لفلان ، وكذا هذا حاصله أن
من أقر لإنسان بشيء فأقر المقر له لغيره لا يصير رداً للإقرار ، ولكن يتحول الحق
إلى المقر له الثاني .

(قال) أي محمد «رح» في الجامع الصغير (وإذا شهد الشهود أنه ضربه فلم يزل) أي

صاحب فراش حتى مات فعليه القود إذا كان عمداً لأن الثابت بالشهادة كالثابت معاينة ، وفي ذلك القصاص على ما بيناه والشهادة على قتل العمد تتحقق على هذا الوجه ، لأن الموت بسبب الضرب إنما يعرف إذا صار بالضرب صاحب فراش حتى مات ، وتأويله إذا شهدوا أنه ضربه بشيء جرح . قال : وإذا اختلف شاهدوا القتل في الأيام أو في البلد أو في الذي كان فيه القتل فهو باطل لأن القتل لا يعاد

المضروب (صاحب فراش) يعني لم يحصل له البرء أصلاً (حتى مات فعليه القود) أي القصاص إلى هنا لفظ محمد في الجامع .

وقال المصنف (إن كان عمداً) احتارز به عن الخطأ وتفسير العمد أن يضربه عمداً فيموت بسبب ذلك الضرب ، حتى لو كان يوم ويذهب في حوائجه بعد الضرب لا يقبل ، وإن كان صاحب فراش بذلك الضرب ومات ، فقد مات بذلك السبب فوجب الحكم به .

(لأن الثابت بالشهادة كالثابت معاينة ، وفي ذلك القصاص على ما بيناه) في القتل العمد (والشهادة على قتل العمد تتحقق على هذا الوجه لأن الموت بسبب الضرب إنما يعرف إذا صار بالضرب صاحب فراش حتى مات . وتأويله) أي وتأويل قول محمد «رح» (إذا شهدوا) الشهود أنه ضربه إلى آخره (أنه ضربه بشيء جرح) يعني مثل للسيف وما يجري مجراه في تفريق الأجزاء لأن في غير ذلك لا يجب القود عند أبي حنيفة . وإنما أول بذلك لتكون المسألة مجمعة عليها لا يقال الضرب بسلاح قد يكون خطأ ، فكيف يجب القود ؟ لأننا نقول : لما شهدوا أنه ضربه بسلاح ثبت العمد لا محالة لأنه كان خطأ لقالوا أنه قصد غيره فأصابه .

(قال) أي قال محمد في الجامع الصغير (وإذا اختلف شاهدوا القتل في الأيام) بأن قال أحد الشاهدين أنه قتل يوم الخميس ، وقال الآخر يوم الجمعة (أو في البلد) بأن قال أحدهما قتله بالبصرة ، وقال الآخر بالكوفة (أو في الذي كان به القتل) أي واختلف في شيء الذي كان به القتل أحدهما بالمصا . وقال الآخر بالسيف (فهو باطل) أي لا تسمع هذه الشهادة (لأن القتل لا يعاد) ولا يكون ، وهذا ظاهر .
القتل لا يعاد) ولا يكون ، وهذا ظاهر .

ولا يكرر والقتل في زمان أو في مكان غير القتل في زمان أو في مكان آخر والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لأن الثاني عمد والأول شبه العمد وتختلف أحكامهما ، فكان على كل قتل شهادة فرد . وكذا إذا قال أحدهما : قتله بعضا ، وقال الآخر : لا أدري بأي شيء قتله ، فهو باطل لأن المطلق يغير المقيد قال : وإن شهدا أنه قتله وقالوا : لا ندري بأي شيء قتله ففيه الدية استحساناً . والقياس أن لا تقبل هذه الشهادة لأن القتل يختلف باختلاف الآلة ، فجعل المشهود به وجه الاستحسان أنهم شهدوا بقتل مطلق ، والمطلق ليس بمجمل ،

(والقتل في زمان أو في مكان غير القتل في زمان أو مكان آخر . والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لأن الثاني) أي القتل بالسلاح (عمد ، والأول) أي القتل بالعصا (شبه عمد ، وتختلف أحكامهما فكان على كل قتل شهادة فرد) ولم يوجد الاتفاق من الشاهدين على قتل واحد فلم يقبل شهادتهما .

(وكذا) الحكم (إذا قال أحدهما) أي أحد الشاهدين (قتله بعضا ، وقال الآخر : لا أدري بأي شيء قتله ، فهو باطل لأن المطلق يغير المقيد) . لأن المقتضى به إن كان القتل بعضا فالدية على العاقلة ، وإن كان المقتضى به لا يعلم فالدية في ماله . كذا ذكره شيخ الإسلام خواهر زاده «رح» .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (وإن شهدا أنه قتله ، وقالوا لا ندري بأي شيء قتله ، ففيه الدية) لأن أحدهما شهد بقتل معلوم لا يوجب القصاص ، والآخر بقتل محمول فلم يتفقا على قتل واحد ، فإذا كان كذلك فعليه الدية ، (استحساناً والقياس أن لا تقبل هذه الشهادة لأن القتل يختلف باختلاف الآلة فجعل المشهود به) لأنه غفلة من الشاهدين (وجه الاستحسان أنهم شهدوا بقتل مطلق ، والمطلق ليس بمجمل) .

ولهذا وجب التحرير في التكثير بقوله فتحرير رقبة ، ولو كان مجمل لما وجب الكل

فيجب أقل موجبيه وهو الدية . ولأنه يحمل إجمالهم في الشهادة على إجمالهم بالمشهود عليه سترأ عليه . وأولوا كذبهم في نفي العلم بظاهر ما ورد بإطلاقه

فإذا كان كذلك (فيجب أقل موجبيه) أى أقل موجبي القتل وهو القصاص والدية . قال شيخنا العلاء أدنى موجبيه وفيه صفة التجنيس التام كما في قوله تعالى ﴿ و يوم تقوم الساعة يقسم المجرمون ما لبثوا غير ساعة ﴾ .

الأول : بمعنى الإيهام ، والثاني : بمعنى الإحسان . وصرح في المبسوط بأحد موجبيه (وهو الدية ، ولأنه يحمل إجمالهم) أى إجمال المشهود (في الشهادة على إجمالهم) أى إحسانهم (بالمشهود عليه سترأ عليه) ، أى لأجل الستر عليه حتى لا يجب عليه القصاص . وهذا في الحقيقة جواب عما يرد على وجه الاستعسان ، وهو أن يقول المشهود في قولهم : لا ندري بأى شيء قتله . إما صادقون وإما كاذبون لعدم الوساطة بين الصدق والكذب . وعلى كل التقدير يجب أن لا تقبل شهادتهم لأنهم إن صدقوا امتنع المعصية لاختلاف موجب السيف والمعصية . وإن كذبوا فكذلك لأنهم صاروا فسقة .

وقال في جوابه : جعلوا عالين بأنه قتله بالسيف لكنهم بقولهم لا ندري سترأ عليه . (وأولوا كذبهم) أى المشائخ أولوا كذب الشهود (في نفي العلم) أى في قولهم : لا ندري (بظاهر ما ورد) نصب بنزع الخافض أى بظاهر ما ورد (بإطلاقه) أى بإطلاق الكذب أى تجويزه على ما ورد في الحديث من قوله ﷺ « ليس بكذاب من أصلح الوصل وأنه البين الوصل » . قاله الجوهري والشرح ، كلهم ذكروا هذا الحديث ، ولم يعترض أحد منهم من أخرجه ولا من رواه عن النبي ﷺ .

قلت الحديث رواه ابن أبي شيبه «رح» ، ولفظه : حدثنا يزيد بن هارون حدثنا شعبان بن حسين عن الزهري ، عن عبد الرحمن عن أبيه قال : قال رسول الله ﷺ « لم يكذب من قال خبراً أو أصلح بين اثنين » .

وروى أبو داود والترمذي «رح» من حديث أبو الدرداء «رح» قال : قال رسول الله ﷺ : « ألا أخبركم بأفضل من درجة الصيام والصلاة والصدقة ؟ » قالوا : بلى . قال : « إصلاح ذات البين » .

في إصلاح ذات البين ، وهذا في معناه فلا يثبت الاختلاف بالشك ، وتجب الدية في ماله لأن الأصل في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة . قال وإذا أقر رجلان كل واحد منهما أنه قتل فلانا ، فقال الولي : قتلناه جميعاً ، فله أن يقتلها ، وإن شهدوا على رجل أنه قتل فلانا وشهد آخرون على آخر بقتله ، وقال الولي : قتلناه جميعاً بطل ذلك كله . والفرق أن الاقرار والشهادة يتناول كل واحد منهما وجود كل القتل ووجوب القصاص . وقد حصل

التكذيب في الاول

وروى البيهقي في شعب الإيمان من حديث أبي هريرة «رض» عن النبي ﷺ قال : قال « ما عمل ابن آدم شيئاً أفضل من الصلاة » .

(في إصلاح ذات البين وهذا في معناه) أى ستر الشاهد على المشهود عليه ما يوجب القتل في معنى إصلاح ذات البين ، لأن العفو مندوب هنا لقوله تعالى ﴿ وإن تعفوا أقرب للتقوى ﴾ . كما أن الإصلاح مندوب ثمة فكان تجويز الكذب ثمة تجويزاً هنا .

(فلا يثبت الاختلاف بالشك) يعني إذا احتمل أن يكونوا عالين وأجلوا ، واحتمل أن لا يكونوا كذلك وقع الشك ، والاختلاف لا يثبت بالشك .

(وتجب الدية في ماله لأن الأصل في الفعل العمد ، فلا يلزم العاقلة) لأن العاقلة لا تتحمل العمد .

(قال) أى محمد في الجامع الصغير (وإذا أقر رجلان كل واحد منهما أنه قتل فلانا ، فقال الولي قتلناه جميعاً فله أن يقتلها) أما لو قال صدقتهما في هذه الصورة لا يقتل واحد منهما . ذكره التمرغاشي «رح» .

(وإن شهدوا على رجل أنه قتل فلانا وشهد آخرون على آخر بقتله ، وقال الولي : قتلناه جميعاً بطل ذلك كله . والفرق أن الاقرار والشهادة يتناول كل واحد منهما) أى من الاقرار والشهادة ، (وجود كل القتل ، ووجوب القصاص ، وقد حصل التكذيب في الأول)

من المقر له . وفي الثاني من المشهود له غير أن تكذيب المقر له
المقر في بعض ما أقر به لا يبطل إقراره في الباقي ، وتكذيب
المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته أصلاً لأن
التكذيب تفسيق ، وفسق الشاهد يمنع القبول إما فسق المقر لا يمنع
صحة الإقرار .

أى في الوجه الأول (من المقر له ، وفي الثاني من المشهود له غير أن تكذيب المقر
له في بعض ما أقر به) قيد به لأن تكذيب المقر له في كل ما أقر به المقر يبطل لإقراره
(لا يبطل إقراره بالباقي) ، فإن من أقر بألف فصدق المقر له في النصف وكذب في
النصف صح الإقرار فيما صدقه .
(وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته أصلاً لأن التكذيب
تفسيق) للشاهد (وفسق الشاهد يمنع القبول ، أما فسق المقر لا يمنع صحة الإقرار)
فافترقا أى الوجهان المذكوران .

* * *

باب اعتبار حالة القتل

قال : ومن رمى مسلماً فارتد المرمى إليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية عند أبي حنيفة «رح» . وقالوا : لا شيء عليه لأنه بالارتداد اسقط تقوم نفسه فيكون مبرئاً للرامي عن موجبته كما إذا أبرأه بعد الجرح قبل الموت وله أن الضمان يجب بفعله وهو الرمي إذ لا فعل منه بعده ، فيعتبر حالة الرمي ، والرمي إليه فيها متقوم .

(باب اعتبار حالة القتل)

أي هذا باب في اعتبار حالة القتل والحالة من الصفات لزومها فلذلك ذكرها بعد ذكر نفس القتل وما يتعلق .

(قال) أي محمد «رح» في الجامع الصغير (ومن رمى مسلماً فارتد المرمى إني والعياذ بالله ثم وقع به السهم) هو مرتد (فعلى الرامي الدية عند أبي حنيفة) أي لورثة المرتد . (وقالوا) أي أبو يوسف ومحمد «رح» (لاشيء عليه) من الدية والقصاص . وبه قالت الأئمة الثلاثة «رح» (لأنه بالارتداد أسقط تقوم نفسه فيكون مبرئاً للرامي عن موجبته) أي عن موجب القتل سقوط عصمة نفسه (كما إذا أبرأه بعد الجرح قبل الموت) أي كما أبرأ الرامي بعد جرحه إياه حقه أي بعد انقضاء سببه وهو الرمي قبل أن يصيبه السهم كما لو أعتق المالك عبد المصوب يصير مبرئاً القاصب عن الضمان كذا ذكره صدر الاسلام «رح» .

(وله) أي لأبي حنيفة «رح» (أن الضمان يجب بفعله وهو الرمي إذ لا فعل منه بعده) وما هو كذلك (فيعتبر حالة الرمي والرمي إليه فيها) أي في حالة الرمي (متقوم)

ولهذا يعتبر حالة في حق الحل حتى لا يحرم برده الرامي بعد الرمي . وكذا في حق التكفير حتى جاز بعد الجرح قبل الموت والفعل وإن كان عمداً ، فالقود سقط للشبهة ووجبت الدية . ولو رمى إليه وهو مرتد فأسلم ثم وقع به السهم فلا شيء عليه في قولهم جميعاً . وكذا إذا رمى حربياً فأسلم لأن الرمي ما انعقد موجباً للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجباً لصيرورته متقوماً بعد ذلك .

ثم استوضح ذلك بقوله (ولهذا) أى ولأجل اعتبار حالة الرمي (يعتبر حالة الرمي في حق الحل) أى حل الصيد (حتى لا يحرم برده الرامي بعد الرمي) إيضاحه لو رمى مسلم إلى صيد قد ارتد والعياذ بالله وأصاب الصيد وهو مرتد فجرحه ومات لا يحل أكله لأن المعتبر وقت الرمي وذمة الرامي إن كان مجوسياً وكذلك إرسال الكلب على هذا التفضيل . (وكذا في حق التكفير) يعني لو كانت الجنابة خطأ فكفر بعد الرمي قبل الإصابة (حتى جاز) أى التكفير (بعد الجرح قبل الموت) لأن الاعتبار حالة الفعل (والفعل وإن كان عمداً) هذا جواب عما يقال إن كان ما ذكرتم صحيحاً بجميع مقدماته ، والفعل عمد فالواجب القصاص .

وأجاب بقوله : والفعل وإن كان عمداً يقع وإن وقع على جهة العمد والقصد (فالقود سقط للشبهة) الناشئة عن اعتبار حالة الإصابة (ووجبت الدية) أى في ماله . (ولو رمى إليه وهو مرتد) أى الحال أنه مرتد وقت الرمي (فأسلم ثم وقع به السهم فلا شيء عليه في قولهم جميعاً) أى في قول أصحابنا ، وقال الشافعي وأحمد « رح » يجب عليه في المرتد ، والحربى إذا أصابها الرمية بعد إسلامها الدية ، لأن الاعتبار لحالة الإصابة . (وكذا إذا رمى حربياً فأسلم) ثم وقع به السهم لا يجب شيء . (لأن الرمي ما انعقد موجباً للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجباً لصيرورته متقوماً بعد ذلك) لأن للفعل واحد .

قال : وإن رمى عبداً فاعتقه مولاه ثم وقع السهم به فعليه قيمته للمولى عند أبي حنيفة . وقال محمد «رح» : عليه فضل ما بين قيمته مرمياً إلى غير مرمي . وقول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة «رح» : له أن العتق قاطع للسراية وإذا انقطعت بقي مجرد الرمي وهو جناية ينقص بها قيمة الرمي اليه بالإضافة إلى ما قبل الرمي فيجب ذلك ولهما أنه يصير قاتلاً من وقت الرمي لأن فعله الرمي وهو

فإن قلت يشكل بما إذا رمى إلى صيد الحل فدخل الحرم ثم أصابه السهم فقتله يجب الجزاء على الرامي ، قلت جزاء صيد الحرم لا يختص بالفعل ولهذا يجب بدالة الحرم وإشارته . (قال) أى قال محمد «رح» في الجامع الصغير (وإن رمى عبداً فاعتقه مولاه ثم وقع السهم به فعليه قيمته للمولى عند أبي حنيفة) .

فقال الشافعي وأحمد «رح» يجب عليه دية حر لورثته لأن الاعتبار الضمان عندهما حالة الإصابة ، ويقولها قال زفر «رح» .

(وقال محمد «رح» عليه فضل ما بين قيمته مرمياً إلى غير مرمي) .

قالوا في تفسير قول محمد «رح» أنه ينظر بكم يشتري لو لم يكن ذلك الرأي ، وبكم يشتري في تلك الحالة فيجب فصل ما بينها بيانه أن قيمته إن كانت قبل الرمي ألف درهم وبعد الرمي ثمانمائة درهم يلزمه مائتا درهم .

(وقول أبي يوسف «رح» مع قول أبي حنيفة) روى حسن كذا قاله فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير .

(له) أى محمد «رح» (أن العتق قاطع للسراية) لاشتباه من له الحق لأن المستحق حال ابتداء الجناية للمولى وحال الإصابة للعبد لحريته فصار العتق بمنزلة البرء (وإذا انقطعت) أى السراية بالعتق (بقي مجرد الرمي وهو جناية ينقص بها قيمة الرمي إليه بالإضافة إلى ما قبل الرمي فيجب ذلك) أى فصل ما بين قيمته مرمياً إلى غير مرمي . ولأبي حنيفة وأبي يوسف «رح» (ولهما أنه يصير قاتلاً من وقت الرمي لأن فعله الرمي وهو

مملوك في تلك الحالة فتجب قيمته ، بخلاف القطع والجرح لأنه إتلاف بعض المحل ، وانه يوجب الضمان للمولى وبعد السراية لو وجب لوجب للعبد فتصير النهاية مخالفة للبداية . أما الرمي قبل الإصابة ليس بإتلاف شيء لأنه لا أثر له في المحل . وإنما قلت الرغبات فيه فلا يجب به ضمان فلا تتخالف البداية والنهاية ، فتجب قيمته للمولى . وزفر رحمه الله وإن كان يخالفنا في وجوب القيمة نظر إلى حالة الإصابة فالحجة عليه ما حققناه . قال ومن قضى عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع

مملوك في تلك الحالة فتجب قيمته (وقت الرمي للمولى .
 ألا ترى أن رجلا لو كان مولى لرجل بالموالاة فرمى رجلا ثم تحول ولاؤه إلى غيره ،
 فالضمان على مولاه الأول ، ولا يجب على الآخر شيء ، فكذلك هاهنا .
 (بخلاف القطع والجرح) جواب عما ذكر لمحمد من صورة القطع والجرح استشهاده
 على قطع السراية فأجاب بقوله : (لأنه) أى لأن كل واحد من القطع والجرح (إتلاف
 بعض المحل وأنه يوجب الضمان للمولى ، وبعد السراية لو وجب شيء يوجب للعبد فتصير
 النهاية مخالفة للبداية) فيعتبر ذلك كتبدل المحل وعند تبدله لا تتحقق السراية كذا هاهنا .
 (أما الرمي قبل الإصابة ليس بإتلاف شيء منه) أى من الرمي إليه ، (لأنه)
 الرمي (لا أثر له) أى الرمي (في المحل) لعدم إصابته إلى المحل (وإنما قلت الرغبات
 فيه فلا يجب به الضمان فلا تتخالف البداية والنهاية فيجب قيمته للمولى) بخلاف الجرح فإن هناك
 اتصال بالمحل ووجب الجرح للمولى في الحال وعند السراية لو قلت بوجوب ضمان النفس
 كان ذلك للعبد الميت فخالفت النهاية البداية . فكذلك قطع العتق السراية .
 (وزفر «رح» وإن كان يخالفنا في وجوب القيمة نظر إلى حالة الإصابة) وهو الجرح
 في تلك الحالة فتجب الدية عنده لا القيمة . (فالحجة عليه) أى على زفر (ما حققناه)
 أراد به قوله من الدلائل لأصحابنا الثلاثة .
 (قال) أى محمد في الجامع الصغير (ومن قضى عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع

أحد الشهود ثم وقع به السهم فلا شيء على الرامي لأن المعتبر حالة الرمي وهو مباح الدم فيها. وإذا رمى المجوسي صيداً ثم أسلم ثم وقع الرمية بالصيد لم يؤكل ، وإن رماه وهو مسلم ثم تمجس والعياذ بالله أكل لأن المعتبر حال الرمي في حق الحل والحرم إذ الرمي هو الزكاة فتعتبر الأهلية وانسلاها عنده ، ولو رمى المحرم صيداً ثم حل فوقع الرمية بالصيد فعليه الجزاء وإن رمى حال صيداً ثم أحرم فلا شيء عليه لأن الضمان إنما يجب بالتعدي وهو رميه في حالة الإحرام وفي الأول هو محرم وقت الرمي ، وفي الثاني حال فلهذا افرقا والله أعلم .

أحد الشهود ثم وقع به السهم فلا شيء على الرامي لأن المعتبر حالة الرمي وهو مباح الدم فيها) أى في حالة الرمي هكذا هو عند أبي حنيفة ، ولكن يجب الضمان على الراجع إن رجعا جميعاً يجب عليهم الدية ، وإن رجع واحد ترجع الدية ، وأما عندهما فلأن هذا الفعل لما وقع هدرأ لم ينقلب معتبراً لأن الأصل عندهما أنه إذا وقع معتبراً ثم طلب عصمته يبطل الضمان ، وإذا وقع هدرأ ثم صار متقوماً لا ينقلب معتبراً .

(وإذا رمى المجوسي صيداً ثم أسلم ثم وقع الرمية بالصيد لم يؤكل وإن رماه وهو مسلم ثم تمجس والعياذ بالله أكل ، لأن المعتبر حال الرمي في حق الحل والحرم إذ الرمي هو الذكاة فتعتبر الأهلية وانسلاها) أي سقوط الأهلية (عنده) أي عند الرمي (ولو رمى المحرم صيداً ثم حل فوقع الرمية بالصيد فعليه الجزاء ، وإن رمى حال صيداً ثم أحرم فلا شيء عليه لأن الضمان إنما يجب بالتعدي وهو رميه في حالة الإحرام وفي الأول) وهو رمي المحرم صيداً (هو محرم وقت الرمي وفي الثاني) وهو رميه حلالاً هو (حال فلهذا افرقا) أي الوجهان بالتعليل المذكور وفي هذا الفعل اعتبر حالة الرمي بالإجماع .

* * *

كتاب الديات

قال : وفي شبه العمدية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل ، وقد بيناه
في أول الجنايات . قال : وكفارته عتق رقبة مؤمنة ، لقوله تعالى :
﴿ فتحرير رقبة مؤمنة ﴾ الآية .

(كتاب الديات)

أي هذا كتاب في بيان أحكام الديات ، وهي جمع دية ، وأصلها ودية ، لأنها من
وديت القتل أدبه دية إذا أعطيت ديته . وحذفت الواو تبعاً ليدي لأن أصله يودي ،
فحذفت الواو منه لوقوعها بين الكسرة والياء ، كما في يعدي ونحوه . ولما حذفت الواو من
ودية عوضت عنها الهاء كما في عدة ونحوها . وإذا أمرت منه قلت : ديا ، دوا .
وأما الدية إسم لضمان تجب بمقابلة الآدمي أو طرف منه ، سمي بها لأنها يودي عادة
لأنه قدر ما يجري فيه العفو العظيم حرمة الآدمي . ولم يسم قيمته لأن قيمة إسم لما يقام
مقام النائب . وفي قيامه مقام الفائن قصوراً لعدم المائلة بينهما وضمان المال سمي قيمة ،
ولا يسمى دية ، لأن معنى القيام فيه أكمل لوجود المائلة المطلقة .
وأما وجه المناسبة في ذكر الديات بعد الجنايات ، فطالما أن الدية إحدى موجبي
الجناية لدفع الشر وعين الصيانة ، لكن القصاص أشد صيانة تقدم .
(قال) أي القدوري (وفي شبه العمدية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل وقد
بيناه في أول الجناية) وهي الكلام فيه مستوفياً .

(قال) أي القدوري (وكفارته) أي كفارة شبه العمد (عتق رقبة مؤمنة لقوله عز
وجل : ﴿ فتحرير رقبة مؤمنة ﴾ الآية .) وشرط الإيمان في كفارة القتل دون سائر

﴿فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين﴾ . بهذا النص ولا يجوز فيه الإطعام لأنه لم يرد به نص ، والمقادير تعرف بالتوقيف ، ولأنه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء ، أو لكونه كل المذكور على ما عرف ، ويجزئه رضيع . أحد أبويه مسلم لأنه مسلم به ،

الكفارات لأنه منصوص عليه بالآية المذكورة ، وإن كان ورد في الخطأ ، ولكن لما كان شبه فيه معنى الخطأ ثبت فيه حكم الخطأ (﴿فإن لم يجد﴾) أي فإن لم يقدر على إعتاق الرقبة المؤمنة (﴿فصيام شهرين متتابعين﴾) أي فعليه صوم شهرين على التابع .

(بهذا النص) أي النص المذكور (ولا يجوز فيه) أي في شبه العمد (الإطعام لأنه لم يرد فيه نص) قال الشافعي في قول مالك وأحمد في رواية ، وقال الشافعي في قول أحمد في رواية : فإن لم يقدر على الصيام يجب إطعام ستين مسكيناً عند عدمها (والمقادير) أي المقدرات الشرعية (تعرف بالتوقيف) على ورود النص بخلاف كفارة اليمين وكفارة الظهار وكفارة الصوم ، فإن النص ورد فيها بالإطعام ، ولأن استدلاله من الآية بوجهين أحدهما هو قوله :

(ولأنه) أي ولأن النص (جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء) بيانه أن الواقع بعد فاء الجزاء يجب أن يكون كل الجزاء ، إذ لو لم يكن كذلك للقياس ، فلا يعلم أنه هو نحو الجزاء ، وبقي منه شيء ومثله محل . ألا ترى أنه لو قال إن رمت الدار فانت طالق ، وفي نية أن يقول : وزينب طالق وعبد حر .

ولكن لم يقله يحمله قوله : فانت طالق جزاء كاملاً من غير أن يقدر فيه وزينب طالق أيضاً ، وعبد حر أيضاً .

الوجه الثاني هو قوله (أو لكونه) أي لكون الصيام (كل المذكور) لا غير (على ما عرف) يعني في أصول الفقه .

(ويجزئه) أي يجزي الذي عليه عتق رقبة اعتاق (رضيع أحد أبويه مسلم) قيد به لأنه لو كانا كافرين لم يجزه (لأنه) أي لأن الرضيع (مسلم به) أي بأحد أبويه لأن شرط هذا

والظاهر سلامة أطرافه ، ولا يجزىء ما في البطن لأنه لم تعرف
حياته ولا سلامته . قال : وهو الكفارة في الخطأ لما تلوثاه ، وديته
عند أبي حنيفة وأبي يوسف مائة من الإبل أربعاً : خمس وعشرون
بنت مخاض ، وخمس وعشرون بنت لبون ،

الإعتاق الإسلام وسلامة الأطراف ، والأول يحصل بإسلام أحد الأبوين ، والثاني بالظاهر ،
وأشار إليه بقوله (والظاهر سلامة أطرافه) أى أطراف الصغير ، لأن الأصل هو السلامة .
وتأويل المسألة أنه أعتق ، ثم عاش حتى ظهرت سلامة أعضائه وأطرافه حتى أنه
لو مات قبل أن يظهر ذلك لم تتأد به الكفارة .

كذا قال فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير .
(ولا يجزى) أى لا يجزىء اعتناق (ما في البطن لأنه لم يعرف حياته ولا سلامته) ظاهر .
(قال) المصنف : (وهو الكفارة) أى تحرير رقبة مؤمنة هو الكفارة .
(في الخطأ لما تلوثاه) وهو قوله تعالى ﴿ فتحريرو رقبة مؤمنة ﴾ .

(وديته) أى ودية شبه العمد (عند أبي حنيفة وأبي يوسف) كذا في نسخة شيخ
العلاء « أبي يوسف » مذكور مع أبي حنيفة . وفي الهداية فقال الاترازي وغيره لم يذكر أبو
يوسف سهو القلم من صاحب الهداية أو عن الكاتب . وقال الكافي : الإقتصار على قول أبي
حنيفة مخالف لعامة روايات الكتب من المبسوط والجوامع والأسرار والايضاح ، فإن
المذكور فيها عن أبي حنيفة وأبي يوسف . وثبت في بعض النسخ عند أبي حنيفة وأبي
يوسف موافقاً لعامة الروايات .

(مائة من الإبل أربعاً) أى من حيث الأرباع ، وبين ذلك بقوله : (خمس وعشرون
بنت مخاض) بنت متصوب لأنه يميز أحد عشر إلى تسعة وتسعين يحىء منصوباً . وبنت
مخاض هي التي طعنت في السنة الثانية . سميت بها لأن أمها صارت ذات مخاض باخرى .
(وخمس وعشرون بنت لبون) وهي التي طعنت في السنة الثالثة ، سميت بها لأن أمها
تلد أخرى ، وللبون : ذات لبن .

وخمس وعشرون حقة ، وخمس وعشرون جذعة . وقال محمد والشافعي أثلاثاً : ثلاثون جذعة وثلاثون حقة وأربعون ثنية كلها خلفات في بطونها أولادها ، لقوله عليه السلام : « ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا ، وفيه مائة من الإبل أربعون منها في بطونها أولادها ، وعن عمر وزيد ثلاثون حقة وثلاثون جذعة . ولأن دية شبه العمد أغلظ ، وذلك فيما قلنا ، ولما قوله عليه السلام :

(وخمس وعشرون حقة) وهي التي طعنت في السنة الرابعة ، وحق لها أن تتركب وتحمل .
(وخمس وعشرون جذعة) وهي التي طعنت في السنة الخامسة ، سميت به لعنى في أسنانها يعرفه أرباب الإبل ، وهي أكبر سن يؤخذ في الزكاة .

(وقال محمد والشافعي أثلاثاً : ثلاثون جذعة ، وثلاثون حقة ، وأربعون ثنية) وهي التي طعنت في السادسة ، والذكر ثني . (كلها) أي كل الثنايا (خلفات) جمع خلفنة وهي الحامل من النوق . (في بطونها أولادها) صفة كاملة قاله الاكمل .

وقال السكاكي : الخلفة الحامل من النوق وجمعها مخاض من غير لفظها ، وقد يقال خلفات . فعل هذا التفسير يكون قوله في بطونها أولادها صفة مقدرة ، كما في قوله ﷺ « ما ألقته الفرائض فلاول رجل ذكر » ويقول محمد رحمه الله قال أحمد في رواية ويقول أبي حنيفة قال مالك وأحمد في رواية ، وهو قول الزهري وربيعه وسليمان بن يسار (لقوله ﷺ) أي لقول النبي ﷺ (ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا فيه مائة من الإبل أربعون منها في بطونها أولادها ، وعن عمر وزيد ثلاثون حقة وثلاثون جذعة) هذا الحديث رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه ، وقد تقدم في الجنايات .

(ولأن دية شبه العمد أغلظ وذلك فيما قلنا) يعني أغلظ من حرمة الخطأ المحض ، فإن الإبل يجب فيه أخماساً ، وذلك أي كونه أغلظ من دية الخطأ المحض لأننا نقول أثلاثاً ، وأنتم تقولون أرباعاً .

(ولهما) أي لابي حنيفة وأبي يوسف (قوله ﷺ) أي قول النبي ﷺ (في نفس

« في نفس المؤمن مائة من الإبل » وما رواه غير ثابت لاختلاف الصحابة في صفة التغليظ ، وابن مسعود قال بالتغليظ أربعاً كما ذكرنا ،

المؤمن مائة من الإبل) تقدم في الزكاة في كتاب عمرو بن حزم قال: وأن في نفس المؤمن مائة من الإبل في الزكاة ، ورواه ابن حبان في صحيحه . ووجه الاستدلال به أن الثابت عنه ~~في نسخة~~ هذا وليس فيه دلالة على صفة من التغليظ (وما رواه) أي محمد والشافعي (غير ثابت) احتج المصنف على عدم ثبوت هذا الحديث بقوله : (لاختلاف الصحابة في صفة التغليظ) فإن عمر وزيد والمنيرة بن شعبة وأبا موسى الأشعري قالوا مثل ما قال أبو حنيفة وأبو يوسف (وابن مسعود) أي وعبد الله بن مسعود (قال بالتغليظ أربعاً كما ذكرنا) يعني أربعاً . وأخرج حديثه أبو داود عن علقمة والاسود قال : قال عبد الله في شبه العمدة خمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وخمس وعشرون بنات لبون وخمس وعشرون بنات مخاض . وسكت عنه أبو داود ثم المنذري بعده .

وروى مرفوعاً أخرجه الأربعة عن حجاج بن أرطاة عن زيد بن جبير عن خشف بن مالك الطباثي عن عبد الله بن مسعود قال : قال رسول الله ﷺ في دية الخطأ عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون بنو مخاض ذكر . قال الترمذي لا يعرفه مرفوعاً إلا من هذا الوجه . وقد روى عن عبد الله موقوفاً . وقال الدارقطني : هذا حديث ضعيف غير ثابت عن أهل المعرفة بالحديث من وجوه : الاول أنه مخالف لما رواه ابن عبيدة بن عبيد الله بن مسعود عن أبيه بالسند الصحيح أنه قال : دية الخطأ عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنات لبون وعشرون بنو لبون ولم يذكر فيه بني مخاض .

الثاني أن خشف بن مالك مجهول لم يروه عنه إلا زيد بن جبير بن جريد الحسي . وأهل العلم بالحديث لا يحتجون بما ينفرد بروايته رجل غير معروف .

والثالث أنه روي عن أحمد أن خبر خشف بن مالك لا يعلم أحد رواه زيد بن جبير إلا الحجاج بن أرطاة ، وهو رجل مشهور بالتدليس . وقال ابن الجوزي في التحقيق : أبو عبيدة لم يسمع من أبيه ، فكيف جاز للدارقطني أن يسقط ذكر هذا . وخشف وثقه

وهو كالمرفوع فيعارض . قال : ولا يثبت التغليظ إلا في الإبل
خاصة لأن التوقيف فيه ، فإن قضى في الدية بغير الإبل لم يتغلط لما قلنا
قال : وقتل الخطأ تجب به الدية على العاقلة ، والكفارة على القاتل

النسائي وابن حبان وزيد بن جبير وثقه ابن معين وغيره ، وأخرجاه له في الصحيحين .
(وهو) أي الذي قال ابن مسعود (كالمرفوع) لأن الرأي لا مدخل له في المقادير
(فيعارض) ما رواه (به) أي بقول ابن مسعود ، فإذا تعارضا كان الأخذ بالمتيقن أولى .
ثم على قول محمد والشافعي : لو اختلف في حملها يرجع إلى أهل الخبرة كما يرجع في حل
المرأة إلى قول القوابل . ولو اختلف الولي والجاني بعد أخذ قول أهل الخبرة فقال الولي :
لم يكن حوامل ، وقال الجاني : ولدت هنالك ، فالقول للجاني ، وإن أخذنا بغير قولهم
فالقول للولي .

(قال) أي القدوري (ولا يثبت التغليظ إلا في الإبل خاصة) يعني لا يزداد في
الدرهم والدنانير على عشرة آلاف درهم وألف دينار .

وقال الثوري والحسن بن صالح فيغلظ في النوعين الآخرين أي الدرهم والدنانير بأن
ينظر إلى قيمة أسنان الإبل في دية الخطأ فما زاد على أسنان دية الخطأ زاد على عشرة
آلاف درهم إن كان الرجل من أهل الورق ، وإن كان من أهل الذهب .

ونحن قلنا بما ذكر في الكتاب وهو أن التغليظ في الإبل ثبت توقيفاً ولا يثبت في
غيره قياساً . (لأن التوقيف فيه) أي لأن الشرع ورد فيه ، وعليه الاجماع والمقدرات
لا نعرف إلا سماعاً فلم تتغلظ بغيره حتى لو قضى القاضي به لا ينفذ قضاؤه .

(فإن قضى بالدية في غير الإبل لم يتلغظ لما قلنا) إشارة إلى قوله لأن التوقيف منه .

(قال) أي القدوري (وقتل الخطأ تجب به الدية على العاقلة والكفارة على القاتل)
وبه قال الشافعي وأحمد في الظاهر ، وهو قول الثوري وإسحق والنخعي والحكم وحماد
والشعبي . وقال ابن سيرين وابن شبرمة وأبو ثور وقتادة والزهري والحارث النقاشي وأحمد في
رواية : على القاتل .

لما بينا من قبل . قال : والدية في الخطأ مائة من الإبل أخماساً
عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض
وعشرون حقة وعشرون جذعة ، وهذا قول ابن مسعود وإنما أخذنا
نحن والشافعي به لروايته ان النبي ﷺ قضى في قتل خطأ
أخماساً على نحو ما قال ، ولأن ما قلناه أخف فكان أليق بحالة الخطأ ،
لأن الخطأ معذور .

وهكذا يجب أن يكون قول مالك لأن شبه العمد عنده من باب العمد (لما بينا من
قبل) يعني في أول كتاب الجنائيات .

(قال) أى قال القدرى (والدية في الخطأ مائة من الإبل أخماساً) قيل هو
منصوب باضمار « كان » وقال الأكليل يجوز أن يكون حالاً من الضمير الذى في قوله
« في الخطأ » قالت : يحمل أن يكون تمييزاً على ما لا يخفى .

(عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة .
وعشرون جذعة وهذا قول ابن مسعود رضى الله عنه) .

أجمعت الصحابة على المائة ولكنهم اختلفوا في منها : خمس وعشرون حقة وخمس
وعشرون جذعة وخمس وعشرون ابن لبون وخمس وعشرون ابنة مخاض .

وقال عثمان وزيد بن ثابت رضى الله عنها في دية الخطأ ثلاثون جذعة وثلاثون بنات
لبون وعشرون بنو لبون وعشرون بنات مخاض ذكر . ذكر ذلك كله أبو يوسف
في كتاب الخراج .

(وإنما أخذنا نحن والشافعي به) أى بقول ابن مسعود (لروايته) أى لرواية ابن
مسعود (ان النبي ﷺ قضى في قتل خطأ أخماساً على نحو ما قال) قد ذكرنا هذا
عن الاربعة أصحاب السنن عن قريب . ولفظ النسائي وابن ماجة بلفظ المصنف على نحو
ما قال ابن مسعود .

(ولأن ما قلناه أخف فكان أليق بحالة الخطأ ، لأن الخطأ معذور) فيعذر في
فعله . ولهذا لا تجب الدية الخطأ إلا على العاقلة .

غير ان الشافعي يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض . والحجة عليه ما رويناه . قال : ومن العين ألف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم . وقال الشافعي : من الورق اثنا عشر ألفاً لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قضى بذلك .

(غير أن عند الشافعي) استثناء من قوله أخذنا نحن والشافعي به . (يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض ، والحجة عليه) أى على الشافعي . (ما ذكرناه) من قول ابن مسعود رضي الله عنه وقضاه رسول الله ﷺ .

(قال) أى القدورى (ومن العين) إن دية الخطأ من الذهب (ألف دينار ومن الورق) أى الفضة (عشرة آلاف درهم ، وقال الشافعي : من الورق اثنا عشر ألفاً) وبه قال مالك وأحمد وإسحاق (لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قضى بذلك) أى باثني عشر ألفاً . خرج هذا أصحاب السنن الأربعة عن محمد بن مسلم عن عروة بن دينار عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رجلاً من بني عدى قتل فجعل النبي ﷺ دية اثني عشر ألفاً .

وقال أبو داود رواه ابن عيينة عن عكرمة ، ولم يذكر ابن عباس . وقال الترمذى : لا نعلم أحداً يذكر في هذا الاسناد ابن عباس رضي الله عنهما غير محمد ابن مسلم أخبرنا سعيد بن عبد الرحمن عن سفيان عن عمر عن عكرمة عن النبي ﷺ نحوه . ورواه النسائي أخبرنا محمد بن ميمون المكي عن سفيان عن عمرو بن دينار عن عكرمة سمعناه مرة يقول عن ابن عباس أن النبي ﷺ قضى باثني عشر ألفاً في الدية . قال محمد ابن ميمون ليس بقوى ، وكذا رواه الدارقطني في سننه قال أبو حاتم : كان محمد بن ميمون أبو عبد الملك الحياطي أميناً نبيلاً . وذكره ابن حبان في الثقات ، قال : وربما وم . وقال النسائي صالح . ومحمد بن مسلم هذا الطائفي أخرج له البخارى في المتابعة ومسلم في الاستشهاد وضعفه أحمد . وقال النسائي الصواب أنه مرسل ، وقال ابن حبان المرسل أصح .

ولنا ما روى عن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قضى بالدية
في قتييل بعشرة آلاف درهم . وتأويل ما روى أنه قضى من
دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت كذلك

(ولنا ما روى عن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قضى بالدية في قتييل بعشرة
آلاف درهم) هذا الحديث غريب . وروى محمد بن الحسن في كتاب الآثار وقال : أخبرنا
أبو حنيفة عن الهيثم عن عامر الشعبي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال : على أهل
الورق من الدية عشرة آلاف درهم ، وعلى أهل الذهب ألف دينار .
وجه الاستدلال به أن عمر رضي الله عنه قضى بذلك بمحض من الصحابة « رض »
من غير تكبير ، فحل بمحل الإجماع .

(وتأويل ما روى) أي الشافعي (أنه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة) أي
أي وزن ستة مثاقيل . فإن في ابتداء عهد رسول الله ﷺ كان وزن الدراهم وزن ستة ،
ثم صار وزن سبعة . (وقد كانت) أي الدراهم . (كذلك) أي وزن ستة إلى عهد عمر
رضي الله عنه ، ثم صار وزن سبعة كما ذكرنا .

وقال تاج الشريعة : وتأويل ما روى أنه أوجب اثني عشر محمول على أنه أوجب من
دراهم كانت توزن ستة واثني عشر بوزن ستة تبلغ عشرة آلاف بوزن سبعة .

والدليل على صحة ما ذكرنا من التأويل ما روي عن عثمان رضي الله عنه أنه أوجب
في دية القتييل اثني عشر ألفاً . وكانت الدراهم يومئذ وزن خمسة أو ستة .

فإن قيل إثنا عشر بوزن الستة يكون أكثر من عشرة آلاف فكيف يفيد هذا
التأويل الجواب ؟

إن شيخ الإسلام قال في مبسوطه : يحتمل أن الدراهم كانت وزن ستة الأشياء إلا أنه
أضيف الوزن إلى ستة تقريباً ، فإن قيل : احتج الشافعي ومن معه بما روى يزيد الرقاشي
رضي الله عنه قال : لئن أحبس مع قوم يذكرون الله بعد صلاة العصر إلى أن تغيب الشمس أحب
إلي من أن أعتق ثمانية من ولد اسماعيل رضي الله عنه دية كل واحد منهم إثنا عشر ألفاً .

قال : ولا تثبت الدية إلا من هذه الأنواع الثلاثة عند أبي حنيفة .
وقالا : منها من البقر مائتا بقرة ، ومن الغنم ألف شاة ، ومن الحلل
مائتا حلة كل حلة ثوبان ، لأن عمر رضي الله عنه هكذا جعل على
أهل كل مال منها ، وله أن التقدير إنما يستقيم بشيء معلوم المالية ،

وعن الحسن رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ من قرأ بخمسمائة إلى الغاية
أصبح له قنطار في الآخرة ، والقنطار دية أحدكم إثنا عشر ألف درهم .
وأجيب بأن حديث الرقاشي ضعيف عند الثقات ، وحديث الحسن مرسل ، والعجب
من الشافعي أنه لا يعمل بالمرسل ثم يحتج به .

(قال) أي القدوري (ولا تثبت الدية إلا من هذه الأنواع الثلاثة) وهي الإبل
والذهب والفضة (عند أبي حنيفة) وبه قال أحمد والشافعي ، وقال السكاكي : يختلف
العلماء في الأصل في الدية ، فقال الشافعي وأحمد في رواية محمد بن المنذر : الإبل فقط
فتجب قيمة الإبل بالغة ما بلغت .

(وقالوا) أي أبو يوسف ومحمد (منها) أي من هذه الثلاثة . (من البقر مائتا بقرة
ومن الغنم ألف شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان) وبه قال أحمد في رواية وقال
الكروخي في مختصره : والحلة ثوبان إزار ورداء والإزار المنزر ، وقيل في زماننا قميص
وسراويل . وقال الإمام الأسيباني قيمة كل حلة خمسون درهماً وقيمة كل بقرة خمسون
درهماً وقيمة كل شاة خمسة دراهم (لأن عمر رضي الله تعالى عنه هكذا جعل على أهل
كل مال منها) أي من المذكورة .

وروى أبو يوسف في كتاب الحراج وقال : حدثنا ابن أبي ليلى عن الشعبي رضي الله
عنه عن عبيدة السلماني قال وضع قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه : على أهل الذهب
ألف دينار وعلى أهل الورق عشرة آلاف وعلى أهل الإبل مائة من الإبل وعلى أهل البقر
مائة بقرة وعلى أهل الشاة ألف شاة وعلى أهل الحلل مائتا حلة .

(وله) أي ولأبي حنيفة (أن التقدير إنما يستقيم بشيء معلوم المالية وهذه الأشياء

وهذه الأشياء مجهولة المالية ، ولهذا لا يقدر بها ضمان ، والتقدير بالإبل عرف بالآثار المشهورة عدمناها في غيرها . وذكر في المعامل أنه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة أو مائتي بقرة لا يجوز ، وهذا آية التقدير بذلك . ثم قيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف ، وقيل هو قولها

مجهولة المالية) وأوضح ذلك بقوله : (ولهذا لا يقدر بها ضمان) أي ضمان المدوان . وفائدة هذا الخلاف في اختيار القاتل ، فعند أبي حنيفة فله الخيار من أنواع الثلاثة . وفي الصلح فإن عنده يجوز الصلح على أكثر من مائتي بقرة في رواية ، وفي رواية لا يجوز ، كقولها : كما لو صالح على أكثر من مائة من الإبل وألف دينار .

(والتقدير بالإبل) جواب عما يقال : فالإبل كذلك . وتقدير الجواب أن التقدير بالإبل ليس كذلك لأنه (عرف بالآثار المشهورة) كما ذكرت فيما مضى . (عدمناها في غيرها) أي عدمها بالآثار المشهورة في غير الإبل .

(وذكر في المعامل) أي ذكر محمد في كتاب معادل المبسوط ، ورد هذا شبهة على ما روى عن أبي حنيفة رحمه الله من قوله : ولا تثبت الدية إلا من هذه الأمور الثلاثة ووجه وروده أن محمداً ذكر في المعامل (أنه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة أو مائتي بقرة لا يجوز وهذا آية التقدير بذلك) أي وهذا الصلح علامة التقدير بذلك . وأجاب بوجهين أحدهما هو قوله (ثم قيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف) أي قوله لا يجوز الصلح على الزيادة قول الكل لأنه ذكر في المعامل أن الولي لو صالح على أكثر من مائة فالفضل باطل بالاجماع .

وقال الأكمل وذكر الجواب على وجهين :

أحدهما تقدير الشبهة ورفع الخلاف . ولا أرى صحتة لأنه يناقض رواية كتاب الديات . الوجه الثاني : هو قوله (وقيل هو قولها) أي ما ذكر في كتاب المعامل قولها .

أما عند أبي حنيفة فينبغي أن يجوز الصلح على أكثر من ذلك وإليه ذهب شيخ الاسلام علاء الدين الأسديعاجي في شرح الكافي .

قال : ودية المرأة النصف من دية الرجل ، وقد ورد هذا اللفظ
موقوفاً على علي رضي الله عنه ، ومرفوعاً إلى النبي ﷺ وقال
الشافعي : ما دون الثلث لا يتنصف

وقال تاج الشريعة : فكان الخلاف ثابتاً . وقال الأكل : والوجه الثاني برفع الشبهة
بحمله رواية المعامل على أنه قولها ، وحمل بعض مشايخنا على أن المسألة عنده روايتان .
(قال) أي محمد في الأصل ، ولم يذكر في الجامع ولا ذكره القدوري رحمه الله .
(ودية المرأة على النصف من دية الرجل) وقال ابن عبد البر وابن المنذر أجمع أهل العلم على
أن ديتها نصف دية الرجل .

وحكى غيرهما عن ابن عليه والأصم أنها قالاهما سواء (وقد ورد هذا اللفظ) أي قوله
دية المرأة على النصف من دية الرجل (موقوفاً على علي رضي الله تعالى عنه ومرفوعاً إلى
النبي ﷺ) أما الموقوف فأخرجه البيهقي عن إبراهيم النخعي عن علي بن أبي طالب
رضي الله تعالى عنه قال : عقل المرأة على النصف من عقل الرجل في النفس وفيما دونها .
قلت : هذا منقطع لأن إبراهيم لم يحدث عن أحد من الصحابة مع أنه أدرك
جماعة منهم .

وأما المرفوع فأخرجه البيهقي أيضاً عن معاذ بن جبل رضي الله تعالى عنه قال :
قال رسول الله ﷺ « دية المرأة على النصف من دية الرجل » .

(وقال الشافعي ما دون الثلث لا يتنصف) يعني إذا كان جناية أرشها ما دون الثلث
لا تنصف وفي غيره تنصف . وقال السكاكي رحمه الله . وقال الشافعي ما دون الثلث
لا يتنصف وكذلك الثلث قاله في القديم وبه قال مالك وأحمد وهو قول الفقهاء السبعة
وابن المسيب وعمر بن عبد العزيز وعروة بن الزبير والزهري وقتادة والأعرج وربيعه ،
وهكذا روي عن عمر وإبنة وزيد بن ثابت .

وعندنا والشافعي رحمه الله في ظاهر مذهبه واختاره ابن المنذر وأبو ثور على التنصيف
فيما قل وكثر ، وبه قال الثوري والليث وابن أبي ليلى وابن شبرمة وابن سيرين وفي

وإمامه فيه زيد بن ثابت رضي الله عنه ، والحجة عليه ما رويناه
بعمومه ولأن حالها أنقص من حال الرجل ومنفعتها أقل وقد ظهر
أثر النقصان في التنصيف في النفس ، فكذا في أطرافها وأجزائها
اعتباراً بها . وبالثالث وما فوقه ، قال : ودية المسلم والنمي سواء ،

النهاية . والصواب أن يقال : الثالث وما دونه لا يتنصف عند الشافعي رحمه الله في
القديم كما ذكرنا .

(وإمامه فيه) أي إمام الشافعي في هذا (زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه) .
أخرجه البيهقي عن الشعبي عن زيد بن ثابت قال : جراحات الرجال والنساء سواء
إلى الثالث ، فما زاد فملى النصف . وهو منقطع .

وذكر السكاكي في حجة الشافعي ما روى عن عمر رضي الله عنه ابن شبة عن أبيه
عن جده قال : قال رسول الله ﷺ « عقل المرأة عقل الرجل حتى تبلغ الثلث من دينها »
أخرجه النسائي . قلت : هذا رواه النسائي وفي أسناده اسماعيل بن عياش عن ابن جريج .
قال صاحب التنقيح : ابن جريج حجازي واسماعيل بن عياش ضعيف في
رواية الحجازيين .

(والحجة عليه) أي على الشافعي (ما رويناه بعمومه) أشار به إلى قوله : وقد يروي
بهذا اللفظ موقوفاً عن علي رضي الله تعالى عنه ومرفوعاً (ولأن حالها أنقص من حال
الرجل) قال الله تعالى ﴿ وللرجال عليهن درجة ﴾ (ومنفعتها أقل) لأنها لا تتمكن من
التزوج ما دامت زوجت لرجل .

(وقد ظهر أثر النقصان بالتنصيف في النفس فكذا في أطرافها وأجزائها اعتباراً بها)
أي بالنفس (وبالثالث وما فوقه) أي اعتباراً بتنصيف الثلث وما فوقه لثلاثين
بخلاف الفرع للأصل .

(قال) أي القدوري (ودية المسلم والنمي سواء) وقال الكرخي في مختصره هو المسلم والنمي
الكتابي وغير الكتابي والحربي المستامن وكل من كانت نفسه محظورة فإن قدر دينهم سواء . وفي

وقال الشافعي ودية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم، ودية
المجوسي ثمانمائة درهم. وقال مالك: دية اليهودي والنصراني ستة آلاف
درهم لقوله عليه السلام: عقل الكافر نصف عقل المسلم والكل عنده
اثنا عشر ألفاً. وللشافعي ما روي أن النبي ﷺ جعل دية النصراني
واليهودي أربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم، ولنا قوله
عليه السلام: دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار

الاثاث في جميعهن على النصف مما يجب في المذكور .

(وقال الشافعي : دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة
درهم) وبه قال أحمد ، وهو قول سعيد بن المسيب وعطاء والحسن وعكرمة وعمرو بن
دينار وإسحاق وأبو ثور ، وروي عن عمر وعثمان أيضاً .

(وقال مالك : دية اليهودي والنصراني ستة آلاف درهم) وبه قال عمر بن عبد
العزیز وعروة وعمرو بن شعيب (لقوله ﷺ) أي لقول النبي ﷺ (عقل الكافر
نصف عقل المسلم) هذا الحديث رواه أصحاب السنن الأربعة من حديث عمرو بن شعيب
عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: دية المعاهد نصف دية المسلم، هذا لفظ أبي داود،
ولفظ الترمذي : دية عقل الكافر نصف عقل المسلم، وقال حديث حسن . ولفظ النسائي
عقل أهل الذمة نصف عقل المسلمين ، وم اليهود والنصارى .

(والكل عنده اثنا عشر ألفاً) أي كل الدية عند مالك اثنا عشر ألف درهم . فلذلك

قال : دية اليهودي والنصراني ستة آلاف درهم .

(وللشافعي ما روى أن النبي ﷺ جعل دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم
ودية المجوسي ثمانمائة درهم) هذا ذكره عبد الرزاق في مصنفه . أخبرنا ابن جريج أخبرني
عمر وسفيان أن رسول الله ﷺ فرض على كل مسلم قتل رجلاً من أهل الكتاب أربعة
آلاف . لفظ أحد من أهل التخريج وقع هذا مفصلاً .

(ولنا قوله ﷺ) أي قول النبي ﷺ (دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار)

وكذلك قضى أبو بكر وعمر رضي الله عنهما ، وما رواه الشافعي
لم يعرف راويه ولم يذكر في كتب الحديث ، وما رويناه أشهر مما
رواه مالك فإنه ظهر به عمل الصحابة رضي الله عنهم .

هذا أخرجه أبو داود في المراسيل عن سعيد بن المسيب قال : قال رسول الله ﷺ : دية
كل ذي عهد في عهده ألف دينار ، ووافقه الشافعي في مسنده على سعيد قال : أخبرنا
محمد بن الحسن الشيباني ، أخبرنا محمد بن زيد ، أخبرنا سفيان بن حسين عن الزهيري
عن سعيد بن المسيب قال : دية كل معاهد في عهده ألف دينار .

(وكذلك قضى أبو بكر وعمر رضي الله تعالى عنهما) روى محمد بن الحسن في كتاب
الآثار وقال أخبرنا أبو حنيفة عن الهيثم بن أبي الهيثم أن النبي ﷺ وأبا بكر وعمر وعثمان
رضي الله عنهم قالوا : دية المعاهد دية الحر المسلم . قال محمد : وبهذا قالوا .

(وما رواه الشافعي لم يعرف له راويه ولم يذكر في كتب الحديث) وفيه نظر لأننا
ذكرنا عن عبد الرزاق أخرجه ورواه الدارقطني في سننه وأراد أن رسول الله ﷺ جعل
عقد أهل الكتاب من اليهود والنصارى على النصف من عقل المسلمين (وما رويناه) وهو
قوله ﷺ : « وكل ذي عهد في عهده ألف دينار » (أشهر مما رواه مالك) وهو قوله :
عقل الكافر نصف عقل المسلم (فإنه) أي فإن الذي رويناه (ظهر به عمل الصحابة
رضي الله عنهم) وقد ذكرنا عن محمد بن أبي حنيفة عن الهيثم عن أبي الهيثم أن النبي
ﷺ وأبا بكر وعمر وعثمان قالوا : دية المعاهد دية الحر المسلم .

وروى عبد الرزاق في مصنفه عن مجاهد عن ابن مسعود قال : دية المعاهد مثل
دية المسلم . وقال ذلك علي رضي الله عنه أيضاً .

وروى عبد الرزاق أخبرنا أبو حنيفة عن الحكم بن عتبة عن علي رضي الله عنه قال :
دية كل ذمي مثل دية المسلم . قال أبو حنيفة هو قولي .

وروى عبد الرزاق أيضاً عن ابن جريج عن يعقوب بن عتبة وإسماعيل بن محمد
وصالح قالوا : عقل كل معاهد من أهل الكفر كمقل المسلمين ، جرت بذلك السنة في
أهل رسول الله ﷺ .

فصل فيما دون النفس

قال: في النفس الدية وقد ذكرناه . قال : وفي المارن الدية وفي
اللسان الدية وفي الذكر الدية . والأصل فيه ما روى سعيد بن
المسيب رضي الله عنه أن النبي عليه السلام قال : في النفس الدية

(فصل)

أي هذا فصل في بيان الأحكام (فيما دون النفس) وأعقب ذكر النفس بذكر ما هو
تبع لها وهو ما دون النفس .

(قال) أي القدوري (في النفس الدية) أي تجب الدية في النفس بسبب إتلافها
كما يقال في النكاح سل وكلمة في يمين النظر فيه فيما كان معناه الإحتواء ومعنى على في ما
كان معناه الإستعلاء لقوله : في جذوع النخل . ومعنى السببية كقوله يؤمّن في أربعين
شاة وهو قليل قادر (وقد ذكرناه) أي في أول الجنايات بقوله : والدية متغلظة على القاتل .
(قال) أي القدوري (وفي المارن الدية) وهو قصبة الأنف (وفي اللسان الدية وفي
الذكر الدية) أي وتجب كما ذكرنا .

والأصل أن ما في الإنسان من الأعضاء إن كان واحداً ففيه الدية كاملة ، وإن كان
اثنين فيها الدية وفي إحداهما نصف الدية ، وإن كان أربعة ففيها الدية وفي أحدها
ربع الدية ، وإن كان عشرة ففيها الدية وفي أحد الدية . وما فوت جنس المتفعة
ففيه الدية لأن بفواته يفوت الأدمي من وجه ذكره في المبسوط ، ولا نعلم فيه خلاف .
وذكر الكرخي في مختصره الأعضاء التي يجب بكل عضو فيها دية هي ثلاثة أعضاء:
اللسان والأنف والذكر . فإذا استوعب الأنف جذعاً أو قطع منه المارن وحده وهو
مالان من الأنف عن العظم ففيه الدية كاملة . وكذلك إذا استوعب اللسان أو قطع منه
ما يذهب بالكلام كله . وكذلك الذكر إذا استوعب أو لم يستوعب بالكلام
أي أو قطع الحشفة وحدها ففيه الدية (والأصل فيه) أي في هذا الباب
(ما روى سعيد بن المسيب أن النبي ﷺ قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي
المارن الدية) هذا غريب .

وفي اللسان الدية وفي المارن الدية . وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله عليه السلام لعمر بن حزم رضي الله عنه . والأصل في الأطراف انه إذا فوت جنس منفعة على الكمال أو أزال جمالا مقصوداً في الآدمي على الكمال يجب كل الدية لإتلافه النفس من وجه وهو ملحق بالإتلاف ، ومن كل وجه تعظيماً للآدمي

(وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله ﷺ لعمر بن حزم) .

هذا أخرجه النسائي في سننه وأبو داود في مراسيله عن سليمان بن أرقم عن الزهري عن أبي بكر بن محمد بن حزم عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ كتب كتاباً إلى أهل اليمن فيه الفرائض والسنن والديات وبعث به مع عمرو بن حزم المكنى أبا الضحاك استعمله رسول الله ﷺ على نجران اليمن وهو يومئذ ابن سبع عشرة سنة وتوفي رسول الله ﷺ وهو على نجران ، وبقي إلى أن أدرك بيعة معاوية بن أبي سفيان لابنه يزيد . ومات بعد ذلك بالمدينة .

(والأصل في الأطراف أنه إذا فوت جنس منفعة على الكمال أو أزال جمالا مقصوداً في الآدمي على الكمال) قيد بالكمال فيها احترازاً بما ليس بكامل منهما حيث لا يجب كل الدية . فإن كان بفوت عضواً مقصوداً كقطع لسان أخرس فإنه لا تجب فيه الدية لأنه لم يفت جنس منفعته ولا فوت جمالا على الكمال . ذكره في الذخيرة .

وكذلك في آلة الخصي والعنين واليد الشلاء والرجل المرجاء والعين الموراء والسن السوداء لا يجب القصاص في العبد ولا في الدية في الخطأ وإنما فيه حكومة عدل . فإن قيل : يشكل على قوله فوت جمالا على الكمال كما لو سلخ جلد الوجه فإنه لا يجب كمال الدية وقد فوت جمالا على الكمال ، قلنا : ذكر شيخ الإسلام في شرحه لا رواية في هذا ولكن مذهبنا وجوب الدية فإن قيل يشكل بما لو قطع الأظفار حيث لا تجب الدية وقد فوت الجمال على الكمال قلت لا رواية في هذا ، فقد اختلف المشايخ فيه .

(يجب كل الدية لإتلافه النفس من وجه ، وهو ملحق بالإتلاف من كل وجه تعظيماً للآدمي)

أصله قضاء رسول الله بالدية كلها في اللسان والأنف ، وعلى هذا
ينسحب فروع كثيرة ، فنقول في الأنف الدية لأنه أزال الجمال
على الكمال وهو مقصود ، وكذا إذا قطع المارن أو الأرنبة
لما ذكرنا ، ولو قطع المارن مع القصبة لا يزداد على دية واحدة
لأنه عضو واحد ، وكذا اللسان لفوات منفعة مقصودة وهو
النطق ، وكذا في قطع بعضه إذا منع الكلام لتفويت منفعة
مقصودة وإن كانت الآلة قائمة ولو قدر على التكلم ببعض الحروف ،
فيل يقسم على عدد الحروف

والشرع ألحق الإتلاف من وجه بالإتلاف من كل وجه (أصله قضاء رسول الله ﷺ) أي
حكمه عرفنا هذا لقضاء رسول الله ﷺ (بالدية كلها في اللسان والأنف) فقسنا غيره عليه .
(وعلى هذا) أي على هذا الأصل (ينسحب فروع كثيرة) بين منها بقوله (فنقول
في الأنف الدية لأنه أزال الجمال على الكمال وهو مقصود) لأنه يعني مطلوب في الأدمي
سواء قطع المارن دون القصبة أو قطع الأرنبة ، ولو قطعها لا يزداد على دية واحدة لأنها
عضو واحد (وكذا إذا قطع المارن أو الأرنبة) أي أو قطع الأرنبة (لما ذكرنا) وهو
قوله : وقد فوت الجمال على الكمال . وقال الشافعي : في المارن الدية وفي القصبة حكومة
عدل . (ولو قطع المارن مع القصبة لا يزداد على دية واحدة لأنه عضو واحد) وقد ذكرناه ،
لو قطع أنفه فذهب شمه فعليه ديتان لأن الشم في غير الأنف ، فلا يدخل أحدهما إلى
الأخر ، كالسمع مع الأذن (وكذا اللسان) يعني فيه الدية بلا خلاف لاحد (لفوات منفعة
مقصودة وهو النطق) والتكلم ، والأدمي لا يفارق بهيمته إلا بالنطق . (وكذا في
قطع بعضه) يعني قيمة الدية . (إذا منع الكلام لتفويت منفعة مقصودة ، وإن كانت
الآلة قائمة) ، لأن الدية تجب بتفويت البعض فتجب الدية كاملة (ولو قدر على التكلم
ببعض الحروف) يختلف المشايخ فيه . (قيل يقسم) الدية (على عدد الحروف) أي

وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فيقدر ما لا يقدر يجب ، وقيل ان
قدر على أداء أكثرها يجب حكومة عدل لحصول الإفهام مع الاختلاف
وإن عجز عن أداء الأكثر يجب كل الدية لأن الظاهر انه لا تحصل
منفعة الكلام ، وكذا الذكر لأنه يفوت به منفعة الوطء والإيلاد
واستمسك البول والرمي به ودفق الماء والإيلاج الذي هو
طريق الاعلاق عادة ، وكذا في الحشفة الدية كاملة لأن الحشفة
أصل في منفعة الإيلاج والدفق والقصة كالتابع له .

الحروف الثمانية والعشرين من حروف المعجم ، وهو قول الاثثة الثلاثة . (وقيل على عدد
حروف تتعلق باللسان) وهي الالف والتاء والثاء والجيم والداال والذال والراء والزاي
والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون .

قيل كون الالف من ذلك فيه نظر لانه من أقصى الحلق على ما عرف . (فيقدر ما لا
يقدر يجب) أي فيقدر ما لا يمكنه إتيان حرف منها يلزمه ما يخصه من الدية . روي أن
رجلاً قطع طرف لسان رجل في زمن علي رضي الله عنه فأمره أن يقرأ ألف بـت فكلم
قرأ حرفاً أسقط من الدية بقدر ذلك ، وما لم يقرأ أوجب من الدية بحسابه .

(وقيل إن قدر على أداء أكثرها يجب حكومة عدل لحصول الافهام مع الاختلاف
وإن عجز عن أداء الاكثر يجب كل الدية لان الظاهر أنه لا تحصل منفعة الكلام وكذا
الذكر) أي تجب فيه الدية بلا خلاف . (لانه يفوت به منفعة الوطء والإيلاد
واستمسك البول والرمي به) أي رمي البول بالذكر (ودفق الماء والإيلاج الذي هو
طريق الاعلاق عادة) قيد بالعادة أو قد يحصل الاعلاق بالسحق أيضاً ، إلا أنه خلاف
العادة ، فإن البكر لو حملت بالسحق تعمس عليها الولادة فعلم أن يقطعه يفوت الإيلاد
(وكذا في الحشفة) أي وفي قطع الحشفة تجب (الدية كاملة لان الحشفة أصل في منفعة
الإيلاج والدفق والقصة كالتابع له) أي للحشفة والتذكير باعتبار المذكور . وفي شرح

قال : وفي العقل إذا ذهب بالضرب الدية لفوات منفعة الادراك إذ به ينتفع بنفسه في معاشه ومعاده ، وكذا إذا ذهب سمعه أو بصره أو شمه أو ذوقه لأن كل واحد منها منفعة مقصودة ، وقد روي أن عمر رضي الله عنه قضى بأربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر .

الكافي : وفي الانثيين مع الذكر قالوا إذا قطع الكل بدفعة يجب ديتان ، ولو قطعهما بدفعتين ، أي قطع الذكر أو لآثم الانثيين تجب ديتان أيضاً ، ولو قطع الانثيين أو لآثم الذكر تجب في الانثيين الدية وفي الذكر حكومة عدل فصار كذكر الحصى والضعيف . (قال) أي القدوري (وفي العقل إذا ذهب بالضرب الدية) يعني إذا ضرب رأسه فذهب عقله يجب فيه الدية (لفوات منفعة الادراك ، إذ به) أي بالعقل (ينتفع بنفسه في معاشه) أي في دنياه ، (ومعاده) أي وفي آخرته إذ العقل من أعظم ما يختص به الآدمي ، يدرك الأشياء وبه يمتاز عن البهائم ، فكان فيه منفعة مقصودة .

(وكذا) أي وكذا تجب الدية (إذا ذهب سمعه أو بصره أو شمه أو ذوقه لان كل واحد منها منفعة مقصودة وقد روي أن عمر رضي الله عنه قضى بأربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر) روى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا أبو خالد عن عوف الأعرابي «رض» قال : سمعت شيخاً في زمن الجاهلية ففقت فعنة فقبل ذاك أبو مهلب عم أبي قلابة قال رمى رجل رجلاً بجعر في رأسه في زمن عمر بن الخطاب رضي الله عنه فذهب سمعه وعقله ولسانه وذكره فلم يضرب النساء ، فقضى بها عمر رضي الله تعالى عنه بأربع ديات ، وهو حر ، انتهى .

واختلف في طريق التفسير في معرفة ذهاب هذه الحواس فقبل إذا صدق الجاني ، أو استعطف على الثبات ونكل ثبت فواتها وقيل يعتبر فيه للدلائل الموصلة إلى ذلك ، فإن لم يحصل العلم بذلك يعتبر فيه الدعوى والانكار طريق معرفة السمع أن يتغافل وينادي فإن أجاب علم أنه يسمع .

قال : وفي اللحية إذا حلقت فلم تنبت الدية لأنه يفوت به منفعة الجمال .
قالوا في شعر الرأس الدية لما قلنا ، وقال مالك وهو قول الشافعي «رض»
تجب فيها حكومة عدل ، لأن ذلك زيادة في الآدمي ولهذا
يخلق شعر الرأس كله واللحية بعضها في بعض البلاد ،

وحكى الناطقي عن أبي حازم القاضي والقُدوري عن إسماعيل بن حماد أن رجلاً
ضرب على رأس امرأته ، فزعمت أن سمعها ذهب ، فاشتغل إسماعيل بالقضاء ثم التفت
إليها وهي غافلة فقال : استري عورتك ، فجعلت تلم ثيابها فلمل أنها سامعة ، وقال أبو
يوسف في المنتقى : لا نعرف ذهاب السمع والقول فيه للجاني ، وأما طريق معرفة ذهاب
البصر قال محمد بن مقاتل الرازي يستقبل الشمس مفتوح العين فان دمت عينه علم أن
البصر باق فان لم تدمع علم أن البصر ذاهب ، وذكر الطحاوي رحمه الله أنه يلقى بين
يديه حية ، فان هرب من الحية علم أنه لم يذهب بصره ، وقال محمد في الاصل : إن لم
يعلم بها ذكرنا يعتبر فيه الدعوى والقول للجاني مع يمينه على الثبات .

وفي شرح الكافي يدخل أرض الامة في الدية لان هذا جنابة واحدة في موضع
واحد فاذا وجب في العقل الدية لم يجب فيها شيء وطريق معرفة ذهاب الشم أن يوضع
بين يديه ماله رائحة كريهة ، فان اتقى من ذلك علم أنه لم يذهب شمه ،
قاله في شرح الطحاوي .

(قال) أي القُدوري (وفي اللحية إذا حلقت فلم تنبت) أي عرضها يجب (الدية
لأنه يفوت به منفعة الجمال قال وفي شعر الرأس الدية) سواء كان شعر رجل أو امرأة أو
كبير أو صغير ، ويؤجل سنة فان نبت لم تجب الدية ، وإن مات قبل مضي السنة لا
شيء فيه ، وبه قال الثوري وأحمد . (لما قلنا) وهو أنه يفوت به الجمال . (وقال مالك
وهو قول الشافعي تجب فيها) أي في اللحية وشعر الرأس . (حكومة عدل) إذا
حلقوا ولم ينبتا (لان ذلك زيادة في الآدمي ، ولهذا يخلق شعر الرأس كله واللحية بعضها)
أي يخلق بعض اللحية (في بعض البلاد) لو كان جمالاً لم يخلقوا . وقد يكون عدم اللحية جمالاً

وصار كشعر الصدر والساق ، ولهذا يجب في شعر العبد نقصان القيمة
ولنا أن اللحية في وقتها جمال وفي حلقها تقويته على الكمال
فتجب الدية كما في الأذنين الشاخصين ، وكذا شعر الرأس جمال .
الأتري أن من عدمه خلقة يتكلف في ستره بخلاف شعر الصدر
والساق لأنه لا يتعلق به جمال . وأما لحية العبد فعن أبي حنيفة «رح»
أنه يجب فيها كمال القيمة

فى بعض الاحوال ، وأهل الجنة كلهم أمرد . فلو كان ذلك من جملة الجمال الاصلى لكان
أهل الجنة أولى به .

(وصار) أى حكم هذا (كشعر الصدر والساق) إذ ليس فيه الجمال .
(ولهذا) أى ولاجل كون شعر الرأس زيادة فى الأدمى (يجب فى شعر العبد
نقصان القيمة) يعنى إذا حلق شعره يجب فيه ما ينقص من قيمته .
(ولنا أن اللحية فى وقتها جمال وفى حلقها تقويت الجمال على الكمال فتجب الدية)
وروى أن الله تعالى ملائكة يسبحون سبحان من زين الرجال باللعى والنساء بالذوائب
والدليل على ان اللحية جمال ، أن الرجل إذا بلغ حد الكهولة والشيخوخة ولم يثبت له لحية
يسمح فى الاعين ، وإنما لا يسمح فى حالة الطراوة والصغر ، وأما فى حالة الضمور والكبر
فلا شك أنه بعد شيئاً .

والرأس إذا حلق ولم يثبت يظهر فيه القرع بعد زمن عليه ، فان القرع عيب فى الناس
ولهذا يتكلف الأقرع فى ستر رأسه كما يتكلف بستر سائر عيوبه .

(كما فى الأذنين الشاخصين) أى المرتفعتين من شخص بالفتح : ارتفع ، فإن فيه تقويت
منفعة الجمال مع بقاء السمع ، وتجب الدية كاملة .

(وكذا شعر الرأس جمال ألا ترى ان من عدمه) أى من عدم شعر الرأس (خلقة) أى
من حيث الخلقة (يتكلف فى ستره بخلاف شعر الصدر والساق لأنه لا يتعلق به جمال) أى
وقد ذكرناه الآن (وأما لحية العبد فعن أبي حنيفة أنه يجب فيها كمال القيمة) .

والتخريج على الظاهر أن المقصود بالعبد المنفعة بالاستعمال دون
الجمال بخلاف الحر . قال : وفي الشارب حكومة عدل وهو
الأصح لأنه تابع للحية فصار كبعض أطرافها

وهي رواية الحسن «رح» عن أبي حنيفة رحمه الله اعتباراً بالدبة في الحر لفوات الجمال .
(والتخريج على الظاهر) أي ظاهر الرواية (أن المقصود في العبد المنفعة بالاستعمال
دون الجمال) فيجب نقصان القيمة (بخلاف الحر) فإن المقصود فيه الجمال ولو حلق بعض
الliche ولم ينبت قيل يجب فيه حكومة عدل .

وفي شرح الكافي والصحيح أنه يجب فيه كل الدبة لأن هذا في الشين فوق ما لا لحية
له أصلاً .

وكان أبو جعفر المندواني يقول في اللحية : إنما يجب بها كمال الدبة إذا كانت لحيته كاملة
يتجمل بها ، وأما إذا كانت طاقات متفرقة لا يتجمل بها فلا شيء فيها وإن كانت غير
متوفرة ، ولا يقع بها جمال كامل وليست مما يشين ففيها حكومة عدل ، ولو حلق فنبئت
أبيض إن كان في أوانه لا يجب شيء ، وإن كان في غير أوانه اختلف مشايخنا فيه .
والصحيح أنه يجب فيه حكومة عدل .

وقال في شرح الطحاوي : ولو حلق رأسه فنبت أبيض والرجل شاب .
قال أبو حنيفة رحمه الله في الحر لا يجب شيء وفي العبد يجب النقصان ، وقال يجب
حكومة العدل في الحر والعبد وفي الواقعات رجل حلق لحية رجل ، فإن كانت لحية
متصلة أو خفيفة أو رقيقة أو كثيفة ففيه الدبة إن لم تنبت ، وإن كان كوسجاً فعليه فيها
حكومة عدل بعدما ينتظر منه فلم تنبت ، فإن كان عمداً ففي ماله لأن المساكلة لا تعمل
العبد ، وإن كان خطأ فعلى عاقلته كما في قتل الخطأ والعمد .

(قال) أي المصنف (وفي الشارب حكومة عدل) ناقله الناطقي «رح» في الأجناس
(وهو الأصح) احتريزه عن قول بعض المشايخ أنه يجب فيه كمال الدبة لأنه عضو على حدة .
قال المصنف (لأنه) أي لأن الشارب (تابع للحية فصار كبعض أطرافها) أي
كبعض أطراف اللحية فإذا حلق بعض أطراف اللحية يجب حكومة عدل فكذا هذا .

ولحية الكوسج إن كان على ذقنه شعرات معدودة فلا شيء
في حلقه لأن وجوده يشينه ولا يزينه ، وإن كان أكثر من
ذلك وكان على الخد والذقن جميعاً لكنه غير متصل ففيه
حكومة عدل ، لأن فيه بعض الجمال ، وإن كان متصلاً ففيه
كالالدية لأنه ليس بكوسج ، وفيه معنى الجمال ، وهذا كله إذا
فسد المنبت ، فإن نبتت حتى استوى كما كان لا يجب شيء ، لأنه
لم يبق أثر الجناية ويؤدب على ارتكابه ما لا يحل وإن نبتت بيضاء
فمن أبي حنيفة أنه لا يجب شيء في الحر لأنه يزيد جمالاً وفي
العبد تجب حكومة عدل ، لأنه ينقص قيمته ، وعندهما تجب
حكومة عدل لأنه في غير أوانه يشينه ولا يزينه ، ويستوي العمد
والخطأ ، على هذا الجمهور .

(ولحية الكوسج إن كان على ذقنه شعرات معدودة فلا شيء في حلقه لأن وجوده يشينه
ولا يزينه ، وإن كان أكثر من ذلك وكان على الذقن والخد جميعاً لكنه غير متصل ففيه
حكومة عدل لأن فيه بعض الجمال ، وإن كان متصلاً ففيه كالالدية لأنه ليس بكوسج
وفيه معنى الجمال وهذا كله إذا فسد المنبت فإن نبتت حتى استوت كما كانت لا يجب شيء
لأنه لم يبق أثر الجناية ويؤدب) أي الخالق (على ارتكابه ما لا يحل وإن نبتت بيضاء
فمن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجب شيء في الحر لأنه يزيد جمالاً ، وفي العبد تجب
حكومة عدل لأنه ينقص قيمته ، وعندهما تجب حكومة عدل (في الحر أيضاً) لأنه في غير
أوانه يشينه ولا يزينه ، ويستوي الخطأ والعمد) يعني في شعر الرأس والحية ، وكذا
في شعر الحاجب .

(على هذا الجمهور) احتارز به عن رواية النوادر ، وقاله الاترازي ، وقال الكاكي

وفي الحاجبين الدية ، وفي أحدهما نصف الدية وعند مالك والشافعي رحمهما الله تجب حكومة عدل ، وقد مر الكلام فيه في اللحية .
 قال : وفي العينين الدية وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية وفي الشفتين الدية وفي الأذنين الدية وفي الاثنين الدية ، كذا روي في حديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه عن النبي عليه السلام قال : وفي كل واحد من هذه الأشياء نصف الدية ، وفيما كتبه النبي عليه السلام لعمر بن حزم : وفي العينين الدية وفي إحداهما نصف الدية .
 ولأن في تقويت الاثنين من هذه الأشياء تقويت جنس المنفعة

وقال بعض الناس وم أصحاب الظاهر : يجب في شعر الحاجب واللحية في العمد القصاص .
 قيل : صورة حلق شعر الرأس واللحية خطأ هي أن يظنه مباح الدم فعلق ثم ظهر أنه غير مباح .

(وفي الحاجبين الدية وفي أحدهما نصف الدية) يعني إذا حلق الحاجبين أو تبعاً فلم يثبتنا تجب الدية لأنه أزال الجمال على الكمال . (وعند الشافعي ومالك تجب حكومة عدل) لأنهما لا يوجبان أنه في الشعر ولا يجب القصاص بالاتفاق (وقد مر الكلام من قبل فيه وفي اللحية) أي عند قوله : وفي اللحية إذا حلقت فلم تثبت الدية .

(قال) أي القدوري (وفي العينين الدية ، وفي اليدين الدية ، وفي الرجلين الدية ، وفي الشفتين الدية ، وفي الأذنين الدية ، وفي الاثنين الدية ، كذا روي عن سعيد بن المسيب رضي الله عنه عن النبي ﷺ) هذا غريب .

(قال) أي القدوري (وفي كل واحد من هذه الأشياء نصف الدية فيما كتبه النبي ﷺ لعمر بن حزم : « وفي العينين الدية وفي إحداهما نصف الدية ») تقدير هذا في الفصل المذكور وفيما كتب لعمر بن حزم ، « وفي العين الواحدة نصف الدية ، وفي اليد الواحدة نصف الدية ، وفي الرجل الواحدة نصف الدية .

(ولأن في تقويت الاثنين من هذه الأشياء تقويت جنس المنفعة أو كمال الجمال ، فيجب

أو كال الجمال فيجب كل الدية ، وفي تقويت أحدهما تقويت النصف
فيجب نصف الدية . قال : وفي ثديي المرأة الدية لما فيه من تقويت
جنس المنفعة وفي أحدهما نصف دية المرأة لما بينا بخلاف
ثديي الرجل حيث تجب حكومة عدل لأنه ليس فيه تقويت
جنس المنفعة والجمال ، وفي حلمتي المرأة الدية كاملة لفوات جنس
منفعة الإرضاع وإمساك اللبن ، وفي احدهما نصفها لما بيناه .
قال : وفي أشفار العينين الدية ،

كل الدية ، وفي تقويت أحدهما تقويت النصف ، فيجب نصف الدية) .
(قال) أي القدوري (وفي ثديي المرأة الدية لما فيه من تقويت جنس المنفعة ، وفي
احدهما نصف دية المرأة لما بينا) أشار به إلى قوله : لأن في تقويت الاثنين من هذه
الاشياء إلى قوله : فيجب نصف الدية .
(بخلاف ثديي الرجل) بضم التاء المثلثة وكسر الدال وتشديد الباء جمع ثدي حيث
تجب حكومة عدل لأنه ليس فيه تقويت جنس المنفعة والجمال (وفي حلمتي المرأة الدية
كاملة لفوات جنس منفعة الإرضاع وإمساك اللبن) وبه قال الشافعي « رح » وأحمد
رحم الله ، وقال الثوري ومالك : ان نهب اللبن وجبت الدية وإلا تجب حكومة عدل .
(وفي احدهما) أي في احدي الحلمتين (نصفها) أي نصف الدية (لما بيناه) أي عند
قوله : لأن في تقويت الاثنين إلى آخره .
وقال الكرخي : وإن قطع الحلمة من ثدي المرأة وحدها أو قطع الثدي وفيه الحلمة
فيه نصف الدية للحلمة والثدي ، وسواء كان ذلك بضربة أو ضربتين إذا كان ذلك قبل
البراءة من الأول .

وفي الجمهرة حلطنا للثدي التابقتان وفي طرفة وهما اول الحياة .
(قال) أي القدوري (وفي أشفار العينين) الأشفار جمع الشفر بالضم وهو منبت
الاهلاب ، وهو جمع هذب ، وهو الشعر الذي على الأجفان (الدية) أي تجب الدية .

وفي أحدها ربع الدية. قال رضي الله عنه: يحتمل أن مراده الأهداب مجازاً كما ذكر محمد «رح» في الأصل للمجاورة كالرواية للقربة وهي حقيقة في البعير. وهذا لأنه يفوت به الجمال على الكمال وجنس المنفعة، وهي منفعة دفع الأذى والقذى عن العين إذ هو يندفع بالهدب. وإذا كان الواجب في الكل كل الدية وهي أربعة كان في أحدها ربع الدية وفي ثلاثة منها ثلاثة أرباعها. ويحتمل أن يكون

(وفي أحدها) أي في أحد الأشفار (ربع الدية) هذا عند أكثر أهل العلم .
(قال) أي المصنف (يحتمل أن مراده) أي مراد القدوري من الأشفار (الأهداب مجازاً) أي من حيث المجاز (كما ذكر محمد في الأصل) حيث جعل الأشفار اسماً للشعر الذي ينبت على حروف العين ، وقد خطأه أهل اللغة في هذا كما لو استعار منابت الشعور والشعر تسمى أهداباً .

وقال أبو حنيفة رضي الله عنه دفعاً لتخطيئتهم محمداً بقول يحتمل أن يكون بطريق المجاز (للمجاورة) من طريق إطلاق اسم المحل على الحال ، والمجاز تتابع في كلام العرب لا ينكره إلا من لا معرفة له من العلوم .

وذكر المصنف رحمه الله نظيراً لهذا المجاز بقوله : (كالرواية للقربة وهي حقيقة في البعير) أي الرواية حقيقة في البعير لأن البعير الذي يحمل عليه الماء الرواية وكثر ذلك حتى سموا القربة رواية مجازاً للمجاورة كما سمى المطر سماء .

(وهذا) أي هذا الذي ذكرنا من وجوب الدية في أشفار العينين وفي أحدهما ربع الدية (لأنه يفوت به الجمال على الكمال وجنس المنفعة وهي منفعة دفع الأذى والقذى) وهو الذي يقع في العين . (عن العين إذ هو يندفع بالهدب ، وإذا كان الواجب في الكل) أي في كل الأشفار (كل الدية وهي أربعة كان في أحدها ربع الدية ، وفي ثلاثة منها ثلاثة أرباعها) أي ثلاثة أرباع الدية .

(ويحتمل أن يكون مراده منبت الشعر) هذا عطف على قوله : يحتمل مراده

مراده منبت الشعر والحكم فيه هكذا، ولو قطع الجفون بأهدابها
ففيه دية واحدة لأن الكل كشيء واحد، وصار كاللارن مع القصبة.
قال : وفي كل اصبع من أصابع اليدين والرجلين عشر الدية
لقوله ﷺ : في كل اصبع عشر من الإبل ولأن في قطع الكل
تقويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشر فتقسم الدية عليها .

الأهداب مجازاً أي ويحتمل أن يكون مراد القدوري من الاشفار الحقيقة وهو منبت
الشعر (والحكم فيه هكذا) والحاصل كلام القدوري يحتمل الحقيقة والمجاز جميعاً ،
والحكم في الكل واحد .

قال المصنف رحمه الله عنه (ولو قطع الجفون بأهدابها ففيه دية واحدة لأن الكل
كشيء واحد وصار كاللارن مع القصبة) أي قصبة الأنف ، وفي التحفة إذا قطع
الاجفان التي لا اشفار لها تجب حكومة العدل .

(قال) أي القدوري رحمه الله (وفي كل اصبع من أصابع اليدين والرجلين عشر الدية
لقوله ﷺ) أي قول النبي ﷺ (في كل أصبع عشر من الإبل) هذا روي عن جماعة
من الصحابة رضي الله تعالى عنهم ، منهم أبو موسى الأشعري رضي الله تعالى عنه ،
أخرجه أبو داود والنسائي « رح » عن النبي ﷺ قال : « الأصابع سواء في كل أصبع
عشر من الإبل » ومنهم ابن عباس رضي الله تعالى عنها أخرجه عنه الترمذي قال : قال
رسول الله ﷺ : « دية أصابع اليدين والرجلين سواء عشرة من الإبل في كل اصبع » ،
وقال حديث حسن صحيح غريب .

ومنهم عبد الله بن عمرو بن العاص أخرجه ابن ماجه من حديث عمرو بن شعيب عن
أبيه عن جده ان النبي ﷺ قال : « الأصابع كلها سواء في كل أصبع واحد عشر من
الإبل » ، (ولأن في قطع الكل تقويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشر فتقسم
الدية عليها) اعشاراً أي على الأصابع عشراً في كل أصبع عشر من الإبل .

(قال) أي القدوري (والأصابع كلها سواء) أي أصابع اليدين وأصابع الرجلين

قال : والأصابع كلها سواء لإطلاق الحديث ، ولأنها سواء في أصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة فيه كاليمين مع الشمال ، وكذا أصابع الرجلين لأنه يفوت بقطع كلها منفعة الشيء فتجب الدية كاملة ثم فيها عشر أصابع فتقسم الدية عليها أعشاراً . قال : وفي كل اصبع فيها ثلاثة مفاصل ففي أحدها ثلث دية الاصبع وما فيها مفصلات ففي أحدها نصف دية الاصبع وهو نظير انقسام دية اليد على الأصابع . قال : وفي كل سن خمس من الإبل لقوله عليه السلام

كلها سواء (لإطلاق الحديث) المذكور ، وهو مذهب علي وعبد الله بن عباس رضي الله عنهم . ولا نعلم فيه خلاف إلا رواية عن عمر رضي الله عنه أنه قضى في الإهام بثلاثة عشر ابلاً ، وفي التي تليها اثني عشرة . وفي الوسطى بعشرة وفي التي تليها تسع وفي المختصر ست . وروى عنه كقول العامة « رح » .

(ولأنها) أي ولأن الأصابع (سواء في أصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة فيه) أي في البعض (كاليمين مع الشمال) يعني هما سواء في إيجاب الحكم حيث تجب الدية فيها على سواء ، وإن كانت منفعة اليمين أكثر (وكذا أصابع الرجلين لأنه يفوت بقطع كلها منفعة المشي فتجب الدية كاملة ثم فيها) أي في الرجلين (عشر أصابع فتقسم الدية عليها أعشاراً) أي عشر في كل أصبع .

(قال) أي القدوري رحمه الله (وفي كل أصبع فيها ثلاثة مفاصل ، ففي أحدها ثلث دية الإصبع ، وما فيها مفصلات ففي أحدها نصف دية الإصبع ، وهو نظير انقسام دية اليد على الأصابع) هذا ليس فيه خلاف إلا ما حكى عن مالك أنه قال : للإهام أيضاً ثلاثة أحدها بباطنه ، وليس بصحيح لأن الاعتبار يقتضي وجوب العشر في الظاهر لا ما بطن منها ، وأصابع اليدين والرجلين سواء بلا خلاف .

(قال) أي القدوري (وفي كل سن خمس من الإبل ، لقوله عليه السلام) أي لقول النبي

في حديث أبي موسى الأشعري رضي الله عنه : وفي كل سن خمس
من الإبل ، والاسنان والاضراس سواء لإطلاق ما روينا ، ولما
روي في بعض الروايات . والاسنان كلها سواء

ﷺ (في حديث أبي موسى الأشعري رضي الله عنه : « وفي كل سن خمس من الإبل »)
وأخرج ابن ماجة من حديث عكرمة عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قضى في السن
خمس من الإبل .

(والاسنان والاضراس سواء لإطلاق ما روينا) أشار به إلى حديث عمرو بن
حزم « رض » قال فيه « وفي السن خمس من الإبل . » (ولما روي في بعض الروايات :
والأسنان كلها سواء) هذا رواه البزار في مسنده من حديث عكرمة عن ابن عباس
رضي الله عنها عن النبي ﷺ قال : « الثنية والضرس سواء والأسنان كلها سواء وهذه
سواء ، وقال الأترابي : قال القدوري : والأسنان والاضراس كلها سواء وكان من حق
الكلام أن يقال : والأسنان كلها سواء بلا ذكر الأضراس ، ويقال : والأنياب والاضراس
سواء ، لأن للضرس دخل تحت السن لأن السن يشمله والعطف يوم المغابرة بين السن
والضرس انتهى .

وقال الأكل : قوله : والاسنان والاضراس كلها سواء . قالوا : فيه نظر ، والصواب
أن يقال : وفي الاسنان كلها سواء ، ويقال : والأنياب والاضراس كلها سواء لأن السن
اسم جنس يدخل تحته اثنان وثلاثون أربع منها ثنانياً وهي الاسنان المتقدمة اثنان فوق
واثنان أسفل ، ومثلها رباعيات ، وهي ما يلي الثنايا ومثلها أنياب تلي الرباعيات ومثلها
أضراس تلي الأنياب ، واثنان عشرة سناً تسمى الطواحين من كل جانب ثلاث فوق وثلاث
أسفل وبعدهن اثنان أخريان ، وهي آخر الاسنان ، وتسمى النواجذ ، وهي في
أقصى الاسنان وهي جمع ناجذ ، وتسمى سن الحلم لأنه ينبت بعد البلوغ وقت كمال العقل ،
فلا يصح أن يقال : الاسنان والاضراس سواء لعوده إلى معنى الاسنان وبعضها
سواء انتهى .

قلت : يمكن منع النظر من حيث المغابرة بين الاضراس والاسنان خاصة من جهة

ولان كلها في أصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاضل كالايدي والاصابع
وهذا إذا كان خطأ فإن كان عمداً ففيه القصاص، وقد مر في الجنائيات .
قال ومن ضرب عضواً فأذهب منفعته ففيه دية كاملة كاليد إذا شلت
والعين إذا ذهب ضوءها لان المتعلق تقويت جنس المنفعة
لا فوات الصورة ،

التسمية ، لان غير الضرس من الاسنان ، فمن هذه الحيشية لا تتوم المفارقة . وفي الخلاصة :
لو ضرب سن رجل حتى تحولت وسقطت ان كان خطأ تجب خمسمائة . على العاقلة ، وإن
كان عمداً يقتص وفي التساوي الصغير إذا قلع سن البالغ لا يستأني لان النبات بعد البلوغ
نادر ، ولو قطع سن الصبي يستأني حولا لان النبات ليس بنادر . ومع هذا لو قلع سن
البالغ ثم نبت لا شيء عليه ، وفي الخلاصة إشارة إلى أنه يؤجل في البالغ . وفي نسخة
الإمام السرخسي رحمه الله : يستأني حولا في الكبير الذي لا يرجو نباته في الكسر
والقطع ، وهكذا في شرح الشافعي ، وهكذا في المنتقى قال : وبالأول، يقضى أنه لا يؤجل
ولو قطع جميع أسنانه يجب ستة عشر ألفاً ، لأن أسنانه تكون ثمانية وعشرين .

حكى عن امرأة قالت لزوجها : يا كوسج ، فقال : إن كنت كوسجاً فأنت طالتي .
سئل أبو حنيفة رحمه الله عن ذلك فقال : تعد أسنانه إن كانت ثمانية وعشرين فهو كوسج
(ولان كلها) أي كل الاسنان (في أصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاضل كالايدي
والاصابع) أي كما لا يعتبر التفاوت في الايدي والاصابع لان كلها سواء في
جنس المنفعة .

(وهذا) أي الذي ذكره كله (إذا كان خطأ فإن كان عمداً ففيه القصاص وقد
مر في الجنائيات) .

(قال) أي القدوري (ومن ضرب عضواً فأذهب منفعته ففيه دية كاملة كاليد إذا
شلت والعين إذا ذهب ضوءها بالضرب لان المتعلق) أي الموضع الذي يتعلق به وجوب
كل الدية (تقويت جنس المنفعة لا فوات الصورة) لان الصورة قائمة فإن قيل : ذكر في

ومن ضرب صلب غيره فانقطع ماؤه يجب الدية لتفويت جنس
المنفعة . وكذا لو أحده لانه فوت جمالاً على الكمال وهو استواء
القامة ، فلو زالت الحدوبة لا شيء عليه ، لزوالها لا عن أثر .

فصل في الشجاج

قال : الشجاج عشرة الحارصة وهي التي تحرص الجلد أي تخدشه ،

المبسوط ان في اليد الشلاء وفقاء العين العوراء حكومة عدل ، وذكر هنا ان في اذهاب
منفعة اليدين مع بقاء الصورة كمال الدية فعلم أن الصورة والمعنى كل واحد متعين بوجوب
شيئاً يحق له . فينبغي أن يجب بقطع اليدين الصحيحتين الدية مع الحكومة ، فالدية لإزالة
المنفعة والحكومة لإزالة الصورة قلنا نعم ، كذلك ، إلا أنه أدخل الأقل في الأكثر لما لو
شج فذهب العقل دخل أرش الموضحة في الدية .

(ومن ضرب صلب غيره فانقطع ماؤه تجب الدية لتفويت جنس المنفعة) وهو النسل
(وكذا) أي تجب الدية (لو أحده) أي ضرب ظهره فحدث من ذلك (لأنه فوت
الجمال على الكمال ، وهو استواء القامة ولو زالت الحدوبة لا شيء عليه لزوالها لا عن أثر)
ولو بقي أثر الضربة بعد زوال الحدبة ويلزم حكومة عدل لأنه زال به النفع الذي تجب
به كل الدية .

(فصل في الشجاج)

أي هذا فصل في بيان أحكام الشجاج وهو جمع شجة ، ولما كان الشجاج نوعاً من أنواع
ما دون النفس وتكاثر مسألة ذكرها في فصل .

(قال) أي القدوري (الشجاج عشرة) أي عشرة أنواع وجه المحصارها في العشرة
يظهر بحسب على تعاقب آثارها الأولى (الحارصة) بالحاء والصاد المهملتين ومنه قولهم
حرص القصار الثوب ، إذا خرقة في الدق (وهي التي تحرص الجلد أي تخدشه) من الخدش
بالحاء والشين المعجمتين وهو قطع الجلد (ولا تخرج) أي الحارصة لا يخرج (الدم والدائمة)

ولا تخرج الدم ، والدامعة وهي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع
في العين ، والدامية وهي التي تسيل الدم والباضعة وهي التي
تبضع الجلد أي تقطعه والمتلاحة وهي التي تأخذ في اللحم ، والسمحاق
وهي التي تصل إلى السمحاق وهي جلدة رقيقة رقيقة بين اللحم
وعظم الرأس ،

أي الثانية من الشجاج بين التي تسمى بالدامعة (وهي التي تظهر الدم ولا تسيله) بضم التاء
من الاسالة فهي لا تسيل الدم ولكن يظهر (كالدمع في العين) يظهر ولا يسيل .
(والدامية) أي الثالثة : الشجة الدامية دمي يدمى دماً ودمياً .
وأصله دم : وهو بالتحريك .

وقال سيبويه دمي : بالتسكين . وقال المبرد بالتحريك . وقال الجوهر :
يقال دمي الشيء يدمى دمي ودمياً فهو دم مثل فرق يفرق فرقاً فهو فرق . قلت لم
يقول فهو دام فدل على أن الفاعل منه لا يحىء إلا على وزن الصفة المشبهة وعلى ما ذكره
الفقهاء يكون دام وأصله دامى فاعل لإعلال ماض .

وللتأنيث يقال : دامية (وهي التي تسيل الدم) بضم التاء من الاسالة (والباضعة)
أي الشجة الرابعة هي التي تسمى بالباضعة (وهي التي تبضع الجلد أي تقطعه) من البضع
وهو الشق والقطع . وفي المغرب الباضعة هي التي جرحت الجلد وشقت اللحم .

(والمتلاحة) أي الشجة الخامسة التي تسمى بالمتلاحة (وهي التي تأخذ في اللحم) وفي
المغرب المتلاحة من الشجاج التي تشق اللحم دون العظم ثم يتلاحم بعد شقها أي
تتلاحم وتتلاصق .

وقال الأزهرى :

الوجه أن يقال : اللاحه ، أي القاطعة اللحم ، وإنما سميت بذلك على التأول إليه ،
أي على التأول . وعن محمد «رح» هي قبل الباضعة ، وهي التي تتلاحم فيها الدم وتسود .
الأحمر ولا يبيض اللحم . (والسمحاق) أي الشجة السادسة هي التي تسمى بالسمحاق
(وهي التي تصل إلى السمحاق ، وهي جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الرأس) .

والموضحة وهي التي توضح العظم أي تبينه ، والهاشمة به وهي التي
تكسر العظم والمنقلة وهي التي تنقل العظم بعد الكسر أي تحوله
والآمة ، وهي التي تصل إلى أم الرأس ، وهو الذي فيه الدماغ
قال فقي الموضحة القصاص ، إن كانت عمداً ، لما روي أنه عليه السلام

وفي المغرب السمحاق ، جلدة رقيقة فوق عظم الرأس إذا انتهت إليه الشجة يسمى سمحاق
ومنه قيل للعظم الرقيق سمحاق (والموضحة) أي الشجة السابعة تسمى بالموضحة (وهي
التي توضح العظم أي تبينه) وفي المغرب يقال أوضحت الشجة في رأسه وأوضح فلان
في رأس فلان إذا شح هذه الشجة ، وإما قول أبي يوسف « رح » أنه شج فأوضحه فلم
أجده إلا في رسالته (والهاشمة) أي الشجة الثامنة هي التي تسمى بالهاشمة (وهي التي
تكسر العظم) من الهشم ، وهو كسر الشيء الرخو من باب ضرب . (والمنقلة) أي
الشجة التاسعة ، هي التي تسمى بالمنقلة (وهي التي تنقل العظم بعد الكسر ، أي تحوله)
من موضع إلى موضع آخر .

(والآمة) بالمد وتشديد الميم ، وهي الشجة العاشرة (وهي التي تصل إلى أم الرأس ،
وهو الذي فيه الدماغ) وفي المغرب . وإنما قيل للشجة آمة ، ومأمومة ، على معنى ذات
أم كعيشة راضية . وجمعها : أوام ومأمومات .

وقال القدوري في شرحه ثم الدامنة وهي التي تجرح الجلد وتصل إلى الدماغ . فهذه
إحدى عشرة شجة . ولم يذكر فيها محل الحارصة ولا الدامية ، لأن الحارصة لم يبق
لها أثر في الغالب .

والشجة التي لا أثر لها في الغالب لا حكم لها . ولم يذكر الدامنة ، لأن الإنسان لا
يعيش معها ، فلا معنى لإثبات حكم الشجاج فيها .

وما سوى ذلك فالحكم فيه يختلف على ما يجيء ، إن شاء الله تعالى .

(قال) أي القدوري رحمه الله :

(فقي الموضحة القصاص إن كانت عمداً لما روي إنه ~~يقول~~) أي أن النبي ﷺ

قضى بالقصاص في الموضحة، ولأنه يمكن أن ينتهي السكين إلى العظم
فيتساويان ، فيتحقق القصاص . قال : ولا قصاص في بقية الشجاج ،
لأنه لا يمكن اعتبار المساواة فيها لأنه لا حد ينتهي السكين إليه ،
ولأن فيما فوق الموضحة كسر العظم . ولا قصاص فيه . وهذه رواية
عن أبي حنيفة . وقال محمد « روح » في الأصل وهو ظاهر الرواية : يجب
القصاص فيما قبل الموضحة ،

(قضى بالقصاص في الموضحة) . هذا حديث غريب .

وأخرج البيهقي ، عن عطاء قال :

قال رسول الله ﷺ : لا طلاق قبل ملك ولا قصاص فيما دون الموضحة من
الجراحات . وهو مرسل .

وأخرج عبد الرزاق في مصنفه عن الحسن وعمر بن عبد العزيز رضي الله تعالى عنهم
أن النبي ﷺ ، لم يقض فيما دون الموضحة بشيء . (ولأنه يمكن أن ينتهي السكين إلى
العظم فيتساويان ، فيتحقق القصاص) .

لأن عند المساواة تتحقق المائلة ، فيتحقق القصاص لأن عند المساواة تتحقق المائلة ،
فيتحقق الاستيفاء .

(قال) أى القدورى :

(ولا قصاص في بقية الشجاج لأنه لا يمكن اعتبار المساواة فيها) أى في بقية الشجاج
(لأنه لا حد ينتهي السكين إليه) فلا يوجد المساواة (ولأن فيما فوق الموضحة كسر العظم
ولا قصاص فيه) أى في العظم .

(وهذه) أى المذكور . (رواية عن أبي حنيفة) رواها الحسن عنه وبه قال الشافعي
وأحمد رحمهما الله .

(وقال محمد « روح » في الأصل) أى المبسوط . (وهو ظاهر الرواية . أنه يجب
القصاص فيما قبل الموضحة) أى دون الموضحة في الأثر كالسمحاق ونحوه .

لأنه يمكن اعتبار المساواة فيه ، إذ ليس كسر العظم ، ولا خوف هلاك غالب فيسبر غورها بمسبار ، ثم يتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص . قال : وفيما دون الموضحة حكومة العدل ، لأنه ليس فيها إرش مقدر ، ولا يمكن إهداره ، فوجب إعتباره بحكم العدل . وهو مأثور عن النخعي وعمر بن عبد العزيز « رح » . قال : وفي الموضحة ، إن كانت خطأ نصف عشر الدية ، وفي الهاشمة عشر الدية ،

وفي الكافي : هذا هو الصحيح ، لظاهر قوله تعالى ﴿ والجروح قصاص ﴾ . ويمكن اعتبار المساواة كما ذكره في المتن ، وهو قول مالك (لأنه يمكن اعتبار المساواة فيه إذ ليس فيه كسر العظم ، ولا خوف هلاك غالب فيسبر غورها بمسبار) . يقال : سبوت الجرح أسبره إذا نظرت ما غوره . والمسبار ، بكسر الميم ما يسبر به الجرح . والتسبار مثله . وكل أمر رزوقه فقد سبرته واستبرته . كذا في الصحاح قوله : رزوقه بالراء ثم بالزاي قاله الجوهري رزوقه أروزه روزا أي خبرته وخبرته (ثم يتخذ حديدة بقدر ذلك ، فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص) .

(قال) أي القدوري :

(وفيما دون الموضحة حكومة العدل) أي فيما دون الموضحة من حيث الأثر . وقيل : الموضحة من حيث الذكر ، وهي من الحارصة إلى السمحاق .

(لأنه ليس فيها أرش مقدر ، ولا يمكن إهداره ، فوجب إعتباره بحكم للعدل ، وهو مأثور عن إبراهيم النخعي وعمر بن عبد العزيز رضي الله تعالى عنها) .

أما إبراهيم النخعي ، فرواه عبد الرزاق في مصنفه : أخبرنا سفيان الثوري ، عن حماد عن إبراهيم ، قال : فيما دون الموضحة حكومة . ورواه ابن أبي شيبة حدثنا وكيع عن سفيان به وأما أثر عمر بن عبد العزيز فقريب (قال) أي القدوري « رح » ، (وفي الموضحة ، إن كانت خطأ ، نصف عشر الدية . وفي الهاشمة عشر الدية .

وفي المنقلة عشر الدية ونصف عشر الدية ، وفي الآمة ثلث الدية .
وفي الجائفة ثلث الدية ، فإن نفذت فيها جائفتان ففيها ثلثا الدية
لما روي في كتاب عمرو بن حزم رضي الله عنه أن النبي عليه السلام
قال في الموضحة : خمس من الإبل ، وفي الهاشمة عشر ، في المنقلة
خمس عشرة ، وفي الآمة . وروى المأمومة ثلث الدية . وقال
عليه السلام : وفي الجائفة ثلث الدية . وعن أبي بكر رضي الله عنه
أنه حكم في جائفة نفذت إلى الجانب الآخر بثلثي الدية ،

وفي المنقلة عشر الدية ونصف عشر الدية . وفي الآمة ثلث الدية . وفي الجائفة ثلث
الدية ، فإن نفذت فيها جائفتان ، ففيها ثلث الدية لما روى في كتاب عمرو بن حزم أن
النبي ﷺ قال :

في الموضحة خمس من الإبل ، وفي الهاشمة عشر ، وفي المنقلة خمسة عشر ، وفي
الآمة ، وروى المأمومة ، ثلث الدية) .

قد تقدم هذا في كتاب عمرو بن حزم .

(وقال أبو بصير) أي قال النبي ﷺ (في الجائفة ثلث الدية) . هذا أيضاً تقدم في

حديث عمرو بن حزم . وروى ابن أبي شيبه في مصنفه :

حدثنا عبد الرحيم بن سليمان ، عن محمد بن إسحاق عن مكحول عن أشعث عن

الزهرى ، أن النبي ﷺ قضى في الجائفة بثلث الدية .

(وعن أبي بكر الصديق رضي الله تعالى عنه أنه حكم في جائفة نفذت إلى الجانب

الآخر بثلثي الدية) .

رواه عبد الرزاق في مصنفه . أخبرنا ابن جريج عن داود بن أبي عاصم قال :

سمعت ابن المسيب قال : قضى أبو بكر رضي الله تعالى عنه في الجائفة تكون نافذة

بثلثي الدية . وقال : إنها جائفتان . قال سفيان : ولا تكون الجائفة إلا في الجوف ،

ولأنها إذا نفذت نزلت منزلة جائفتين إحداهما من جانب البطن والأخرى من جانب الظهر وفي كل جائفة ثلث الدية ، فلهذا وجب في النافذة ثلثا الدية : وعن محمد أنه جعل المتلاحة قبل الباضعة وقال : هي التي يتلاحم فيها الدم ويسود ، وما ذكرناه بدأ فروى عن أبي يوسف . وهذا اختلاف عبارة لا يعود إلى معنى وحكم

(ولانها) أى ولان الجائفة (إذا نفذت نزلت منزلة الجائفتين إحداهما من جانب البطن والأخرى من جانب الظهر ، وفي كل جائفة ثلث الدية ، فلهذا وجب في النافذة ثلثا الدية) وبه قال الشافعي ومالك وأحمد وأكثر أهل العلم ، وقال ابن عبد البر : لا أعلمهم يختلفون في ذلك . وحكى سن بعض أصحاب الشافعي وعن أبي حنيفة في رواية أنه جائفة واحدة . (وعن محمد أنه جعل المتلاحة قبل الباضعة) أى في الذكر (وقال) أى محمد (هي التي يتلاحم فيها الدم ويسود) وقال تاج الشريعة : وليس معناه أنها قبل الباضعة من حيث أن تحته دونه ، بل من حيث أن المتلاحة عند محمد ما يظهر اللحم ولا تقطعه من قولهم : إلتحم السنان إذا اتصل أحدهما بالآخر والباطضة بعدها . وفي ظاهر الرواية : المتلاحة ما يعمل في قطع أكثر اللحم وهي بقدر الباضعة وهي تقطع بعض اللحم .

(وما ذكرناه بدأ) أى أولاً . قال الجوهري : البدء والبدء أيضاً الأول ، ومنه قولهم أفعله بآدى على وزن فعل ، وبآدى بدى على وزن فعمل ، أى أول شيء . (فروى عن أبي يوسف) وهو ظاهر الرواية .

(وهذا) أى هذا المذكور من رواية أبي يوسف ومحمد (اختلاف عبارة لا تعود إلى معنى وحكم) أى الذي روى عن محمد أن المتلاحة قبل الباضعة ، والذي روى عن أبي يوسف الباضعة قبل المتلاحة ، اختلاف في الاسم لا في المعنى والحكم لأن محمداً رحمه الله لا يمنع أن تكون الشجة التي ذهب فيها اللحم لبرشها ، وكذلك أبو يوسف رحمه الله لا يمنع أن تكون الشجة التي قبل الباضعة أقل منها أرشاً ، وإنما الخلاف في الاسم . قال محمد

وبعد هذا شجة أخرى تسمى الدامغة وهي التي تصل إلى الدماغ ، وإنما لم يذكرها لأنها تقع قتلا في الغالب لا جناية مقتصرة مفردة بحكم على حدة ، ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة ، وما كان في غير الوجه والرأس يسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة في الصحيح حتى لو تحققت في غيرهما نحو الساق واليد لا يكون لها أرش مقدر ، وإنما تجب حكومة العدل لأن التقدير بالتوقيف ، وهو إنما ورد فيما يختص بهما ولأنه إنما ورد الحكم فيها

المتلاحة مأخوذة من الإجتماع ، يقال : التعم الحيان إذا اجتمعما ، وقال أبو يوسف : إنما مأخوذة من الذهاب في اللحم ، كذا ذكره القدوري «رح» في شرحه .

(وبعد هذا) أي بعد ذكر الأمة التي هي عشرة الشجاج (شجة أخرى تسمى الدامغة) بالغين المعجمة (وهي التي تصل إلى الدماغ ، وإنما لم يذكرها) يعني محمد «رح» في الأصل (لأنها تقع قتلا في الغالب لا جناية مقتصرة مفردة بحكم على حدة) وقد مر بيان هذا عن قريب (ثم هذه الشجاج) لما ذكر قبل هذا حكم الشجاج شرع بذكر مواضع الشجاج (تختص بالوجه والرأس لغة) وبه قالت الأئمة الثلاثة وأكثر أهل العلم ، وعلى ما ذكر في الإيضاح تختص بالوجنتين والرأس أيضا ، وقال أبو الليث : يثبت حكم هذه الشجاج في كل البدن . (وما كان في غير الوجه والرأس يسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة) أي حكم الشجاج يثبت في الوجه والرأس على ما هو حقيقة اللغة (في الصحيح) احترازاً عن قول أبي الليث ، ثم أوضح ذلك بقوله : (حتى لو تحققت) .

وقال تاج الشريعة : حتى لو تحققت الموضعة والهاشمة والمثقلة (في غيرهما) أي في غير الرأس والوجه (نحو الساق واليد لا يكون لها أرش مقدر وإنما تجب حكومة العدل لأن التقدير بالتوقيف) يعني لأن التقدير من أمرين والأمور لا تكون إلا بالتوقيف على الشرع (وهو) أي التوقيف (إنما ورد فيما يختص بهما) أي بالوجه والرأس (ولأنه إنما ورد الحكم فيها

لمعنى الشين الذي يلحقه ببقاء أثر الجراحة ، والشين يختص بما يظهر منها في الغالب ، وهو العضوان هذان لا سواهما ، وأما اللحيان فقد قيل ليسا من الوجه وهو قول مالك حتى لو وجد فيها ما فيه أرش مقدر لا يجب المقدر ، وهذا لأن الوجه مشتق من المواجهة ، ولا مواجهة للناظر فيهما إلا أن عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة أيضاً ، وقالوا : الجائفة تختص بالجوف ، جوف الرأس

لمعنى الشين الذي يلحقه ببقاء أثر الجراحة ، والشين يختص بما يظهر منها (أي من الأعضاء (في الغالب وهو العضوان هذان) أي الوجه والرأس . (لا سواهما) أي لأن ما سواهما يغطى في العادة فلا يلحقه الشين كما يلحق في الوجه والرأس (وأما اللحيان) بفتح اللام تثنية اللحي ، وهو الذي عليه اللحية . (فقد قيل ليسا من الوجه ، وهو قول مالك) .

وقال صاحب الذخيرة : والذقن من الوجه بلا خلاف ، والعظم الذي تحت الذقن ، وهو اللحيان من الوجه عنده ، حتى لو وجدت الشجاج الثلاث الموضحة والمهاشمة والمثقلة في اللحيين كان لها أرش مقدر عندنا خلافاً لمالك رحمه الله وهو معنى قوله (حتى لو وجد فيها) أي في اللحيين (ما فيه أرش مقدر) وهو الشجاج الثلاثة المذكورة (لا يجب المقدر وهذا) أي عدم الأرش المقدر فيها (لأن الوجه مشتق من المواجهة ، ولا مواجهة للناظر فيهما) أي في اللحيين .

(إلا أن عندنا هما من الوجه لاتصالهما به) أي لاتصال اللحيين بالوجه (من غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة أيضاً) أي في اللحم يعني المواجهة أيضاً ، فيكون من الوجه حقيقة ، قيل عليه بجران [كذا] أن يكون غسلها فرضاً في الطهارة وأجيب بأنه ترك هذه الحقيقة بالإجماع والإجماع هنا بقيت العبارة للحقيقة .

(وقالوا) أي المشايخ : (الجائفة تختص بالجوف : جوف الرأس أو جوف البطن)

أو جوف البطن ، وتفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوي
ان يقوم مملوكاً بدون هذا الأثر ويقوم به الأثر ثم ينظر إلى تفاوت
ما بين القيمتين ، فإن كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر
الدية ، وإن كان ربع عشر فربع عشره ، وقال الكرخي ينظر كم
مقدار هذه الشجة من الموضحة ، فيجب بقدر ذلك من نصف عشر
الدية لأن ما لا نص فيه يرد إلى المنصوص عليه .

وفي الأجناس الجائفة وإن نفذت من رواية ففيها ثلث الدية إن كان عمداً ففي ماله ، وإن
كان خطأ فعلى عاقلته . والجائفة تكون ما بين اللبة والعانة ولا يكون فوق الذقن ، ولا
يكون تحت العانة بين الفخذين والرجلين .

وقال الكرخي في مختصره : ولا تكون الجائفة في الرقبة ولا في الحلق ، ولا تكون
إلا فيما يصل إلى الجوف من الصدر والظهر والبطن والجبين وكل ما وصل إلى القم ففيه
حكومة عدل وليس بجائفة ، ولا يكون في اليدين ولا في الرجلين ، ثم في الشجاج كلها
إذا برأت ولم يبق لها أثر بعد البرء لا يجب شيء في العمد والخطأ ولا رواية عن أبي حنيفة
«رح» أنه قال : يجب مقدار أجر الطبيب .

كذا في شرح الطحاوي وأما إذا بقي لها أثر بعد البرء في الخطأ في الموضحة وما فوقها
أروش مقدرة وقبلها حكومة عدل ، أما في العمد فلا يجب القصاص إلا في الموضحة وفيما
قبلها حكومة عدل وفيما فوقها الأروش . (وتفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوي
أن يقوم مملوكاً بدون هذا الأثر ويقوم به هذا الأثر ثم ينظر إلى تفاوت ما بين القيمتين
فإن كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية وإن كان ربع عشر فربع عشره) .
(وقال الكرخي ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف
عشر الدية لأن ما لا نص فيه يرد إلى المنصوص عليه) بيان قوله كم مقدار هذه الشجة إن هذه
الشجة لو كانت باضعة مثلاً فإنه ينظر كم مقدار الباضعة من الموضحة ، فإن كان مقدارها ثلث
الموضحة يجب ثلث أرش الموضحة وإن كان ربع الموضحة يجب ربع أرش الموضحة ، وإن

فصل

وفي أصابع اليد نصف الدية لأن في كل اصبع عشر الدية على ما
روينا فكان في الخمس نصف الدية ولأن في قطع الأصابع تقويت
جنس منفعة البطش وهو الموجب على ما مر فإن قطعها مع الكف
ففيه أيضاً نصف الدية لقوله عليه السلام : وفي اليدين الدية وفي
إحدهما نصف الدية ، ولأن الكف تبع للأصابع لأن البطش
بهما ، وإن قطعهما مع نصف الساعد ففي الأصابع والكف نصف

كان ثلاثة أرباع الموضحة يجب ثلاثة أرباع أرض الموضحة . قال شيخ الإسلام : هذا هو
الأصح وفي فتاوى قاضي خان . وعلى قول الطحاوي الفتوى وبه أخذ الحلواني وبه قالت
الأئمة الثلاثة وأهل العلم ، وقال ابن المنذر ، وهو قول كل من يحفظ عنه .

(فصل)

أى هذا فصل في بيان مسائل الجراح التي فيما دون النفس فيما دون الرأس (وفي
أصابع اليد نصف الدية) هذا قول القدوري في مختصره لما روينا ، وفي بعض النسخ على
ما روينا في فصل في الشجاج في حديث عمرو بن حزم : في كل اصبع عشر من الإبل فإذا
وجب (لأن في كل اصبع عشر الدية) من الإبل وهو عشر الدية (على ما روينا) يكون
في أصابع اليد الواحدة إذا قطعت خطأ نصف الدية لأن فيها خمس أصابع (فكان في الخمس)
أى في خمس الأصابع (نصف الدية ولأن في قطع الأصابع تقويت جنس منفعة البطش وهو
الموجب) أى الموجب للدية تقويت جنس المنفعة (على ما مر) أى في فصل مما
دون النفس (فإن قطعها) أى الأصابع (مع الكف ففيه أيضاً نصف
الدية لقوله عليه السلام) أى لقول النبي ﷺ . (وفي اليدين الدية) تقدم من ذلك
فيه الكفاية (وفي أحدهما) أى في إحدى اليدين (نصف الدية) هو أيضاً لفظ الحديث
(ولأن الكف تبع للأصابع لأن البطش بهما) أى بالأصابع (وإن قطعها) أى اليد (مع
نصف الساعد ففي الأصابع والكف نصف الدية ، وفي الزيادة حكومة عدل ، وهو

الدية ، وفي الزيادة حكومة عدل ، وهو رواية عن أبي يوسف ،
وعنه ما زاد على أصابع اليد والرجل فهو تبع إلى المنكب وإلى
الفخذ لأن الشرع أوجب في اليد الواحدة نصف الدية ، واليد
اسم لهذه الجارحة إلى المنكب ، فلا يزداد على تقدير الشرع
ولهما أن اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والأصابع دون
الذراع فلم يجعل الذراع تبعاً في حق التضمين ، ولأن لا وجه
إلى أن يكون تبعاً للأصابع لأن بينهما عضواً كاملاً ولا إلى أن يكون
تبعاً للكف لأنه تابع ، ولا تبع للتابع .

رواية عن أبي يوسف) وبه قال الشافعي ظاهر مذهبه والقاضي الحنبلي . (وعنه) أي
وعن أبي يوسف (ان ما زاد على أصابع اليد والرجل فهو تبع إلى المنكب وإلى الفخذ
لأن الشرع أوجب في اليد الواحدة نصف الدية ، واليد اسم لهذه الجارحة إلى المنكب فلا
يزاد على تقدير الشرع) وبه قال مالك وأحمد وابن أبي ليلى رحمهم الله وأصحاب الشافعي
وهو قول النخعي وقتادة وعطاء لأن الشرع أوجب في اليد الواحدة نصف الدية ،
واليد اسم لهذه الجارحة إلى المنكب فلا يزداد على تقدير الشرع .

(ولهما) أي ولا ي حنيفة ومحمد (أن اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والأصابع
دون الذراع ، فلم يجعل الذراع تبعاً في حق التضمين) بيان هذا أن اليد آلة باطشة بمعنى
أرشد اليد يجب باعتبار إزالة البطش ، والاصل في البطش الأصابع والكف تبع لها ،
وأما الساعد فلا يتبعها لأنه غير متصل بها فلم يجعل تبعاً لها في التضمين (ولأنه) أي ولأن
الذراع (لا وجه إلى أن يكون تبعاً للأصابع لأن بينهما) أي بين الذراع والأصابع
(عضواً كاملاً) وهو الكف (ولا إلى أن يكون) أي لا وجه إلى أن يكون (تبعاً للكف
لأنه) أي لأن الكف (تابع ولا تبع للتابع) بيانه أن الذراع لا يجوز أن يتبع
الأصابع لأنه يفصل بينها عضو فلا يكون تبعاً ، ولا يجوز أن يستتبع الكف لأنه تبع
في نفسه فلا يثبت له تبع .

قال : وإن قطع الكف من المفصل وفيها اصبع واحدة ففيه عشر
الدية وإن كان اصبعان فالخمس ولا شيء في الكف ، وهذا عند
أبي حنيفة ، فلا ينظر إلى أرش الكف والاصبع فيكون عليه
الأكثر ، ويدخل القليل في الكثير لأنه لا وجه إلى الجمع بين الأرشرين
لأن الكل شيء واحد ، ولا إلى إهدار أحدهما لأن كل واحد أصل
من وجه فرجنا بالكثرة ، وله أن الأصابع أصل والكف تابع
حقيقة وشرعاً لأن البطش يقوم بها . وأوجب الشرع في اصبع
واحدة عشرًا من الإبل ،

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (وإن قطع الكف من المفصل وفيها اصبع واحدة
ففيه) أي في الاصبع الواحدة (عشر الدية) وفي بعض النسخ ففيها ، فالاصبع يذكر
ويؤنث (وإن كان اصبعان فالخمس) أي الواجب خمس الدية (ولا شيء في الكف وهذا)
أي وهذا الحكم (عند أبي حنيفة رحمه) فلا ينظر إلى أرش الكف وأرش الاصبع (أي
حكومة العدل في الكف والاصبع) فيكون عليه الأكثر ويدخل القليل في الكثير لأنه
لا وجه إلى الجمع بين الأرشرين (أي أرش الكف وأرش الاصبع يعني الجمع بين هذين
الأرشرين جمع اتفاق) لأن الكل شيء واحد (لأن ضمان الأصابع ضمان الكف والأصابع
فهذا شيء واحد ، (ولا إلى إهدار أحدهما) أي ولا وجه أيضاً إلى إهدار أحدهما (لأن
كل واحد) من الكف والأصابع (أصل من وجه) .

أما الاصابع فظاهر وأما الكف فأصل من حيث إن قيام الاصابع به (فرجعنا
بالكثرة) كما قلنا فيمن شج رأس شخص وتناثر بعض شعره حيث يدخل هناك الأقل في
الأكثر (وله) أي ولا يبي حنيفة (أن الاصابع أصل والكف تبع حقيقة) أي من حيث
الحقيقة (وشرعاً) أي من حيث الشرع وبين وجه الحقيقة بقوله : (لأن البطش يقوم بها)
أي بالاصابع ، وبين وجه الشرع بقوله : (وأوجب الشرع في اصبع واحدة عشرًا من

والترجيح من حيث الذات والحكم أولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب ، ولو كان في الكف ثلاثة أصابع يجب أرش الأصابع ، ولا شيء في الكف بالاجماع لأن الأصابع أصول في التقوم وللأكثر حكم الكل فاستتبع الكف كما إذا كانت الأصابع قائمة بأسرها .

قال : وفي الاصبع الزائدة حكومة عدل

الإبل ، والترجيح من حيث الذات والحكم (أي من حيث الحقيقة والشرع) أولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب (كما أن التقدير الشرعي ثابت بالنص ، وما لم يثبت فيه تقدير يكون تقديره بالرأي ، والرأي لا يعارض النص ، وأما قولهما إن الأكثر أولى نقلنا إنما يصار إلى الترجيح عند المساواة في القوة ولا مساواة بين النص والرأي .

وأما مسألة الشعر فلا يكون تبعاً للآخر وفيما نحن فيه الكف تبع . كذا ذكره قاضي خان ، فلما كان الاعتبار عند أبي حنيفة للنص وتقدير الشرع لا يتفاوت بين أن يكون الباقي أصبغاً أكثر . ولهذا قال أبو حنيفة : إذا لم يبق من الاصبع إلا مفصل واحد ففي ظاهر الرواية عنده أرش ذلك المفصل أو يجعل الكف تبعاً له لأن أرش المفصل مقدر شرعاً ، وما بقي شيء من الأصل ، وإن قل لا حكم للتبع كما إذا بقي واحد من أصحاب الخطر في الحل لا يعتبر المكان ، وروى الحسن عن أبي حنيفة إذا كان الباقي دون أصبع يعتبر فيه الأقل والأكثر كقولهما فيدخل الأقل في الأكثر والأول أصح .

(ولو كان في الكف ثلاثة أصابع يجب أرش الأصابع ولا شيء في الكف بالاجماع لأن الأصابع أصول في التقوم وللأكثر حكم الكل فاستتبع الكف كما إذا كانت الأصابع قائمة بأسرها) ثم قطعت مع الكف .

ويقال هذا الشيء بأسره أي يجمعه ، كما يقال يومئذ .

(وفي الاصبع الزائدة) أي وفي قطع الاصبع الزائدة (يجب حكومة عدل) وبه قال الشافعي وأحمد والثوري ، ولا يعلم لهم مخالف . وعن زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه قال : فيها ثلث دية الاصبع . وفي الذخيرة : فيها الحكومة سواء كان في العمد أو

تشريعاً للآدمي لانه جزء من يده لكن لا منفعة فيه ولا زينة ، وكذلك السن الشاغية لما قلنا ، وفي عين الصبي وذكره ولسانه إذا لم يعلم صحته حكومة عدل . وقال الشافعي : تجب فيه دية كاملة لان الغالب فيه الصحة فأشبهه قطع المارن والاذن ، ولنا أن المقصود من هذه الاعضاء المنفعة فإذا لم تعلم صحتها لا يجب الارش الكامل

في الخطأ ، وسواء كان للقاطع اصبع زائد ام لا .

(تشريعاً للآدمي) اي لاجل تشريفه لانه مكرم (لانه) اي لان الاصبع الزائدة (جزء من يده ولكن لا منفعة فيه ولا زينة) اي ولا جمال فيه قيل عليه انه منقوص بما إذا كان من ذقن رجل شعراته منفرة وازالها رجل ، ولم ينبت مثلها فإنه لم يجب فيه حكومة عدل ، وإن كان الشعر جزءاً من الآدمي بدليل انه لا يحل الانتفاع به ، واجيب بأن إزالة جزء الآدمي إنما يوجب حكومة عدل إذا بقي من اثره ما يشينه كما في قطع الاصبع الزائدة وإزالة الشعرات تزينه ولا تشينه ، فلا يوجبها ، كما لو قص ظفر غيره بغير إذنه (وكذلك السن الشاغية) بالشين والغين المعجمة ، اي الزائدة . يقال : شبت اسنانه إذا اختلف بينها وتراكبت . وقيل الشغى ان تقع الاسنان العليا على السفلى ورجل اشقى وامرأة شغباء ومنه سميت العقاب شغباء لان مقدم مسيرها مطبق على الآخر جزءاً منها بكسر الميم لسباع الطير بمنزلة المستعار لغيرها (لما قلنا) إشارة الى قوله : لانه جزء من يده ، يعني كما ان الاصبع الزائدة جزء من المجني عليه ، كذلك السن الشاغية جزء فلا تجب الحكومة ، فكذا هنا .

(وفي عين الصبي ولسانه وذكره إذا لم يعلم صحته حكومة عدل) هذا لفظ القدوري (روح) في مختصرة . وقال المصنف « روح » (وقال الشافعي يجب دية كاملة) وبه قال أحمد ، وهو قول الثوري (لأن الغالب فيه الصحة فأشبهه قطع المارن والاذن) من الصبي (ولنا أن المقصود من هذه الأعضاء المنفعة ، فإذا لم يعلم صحتها لا يجب الارش الكامل بالشك) لأن السلامة بالدليل وبالظاهر تثبت السلامة . (والظاهر لا يصلح حجة للالزام) إنما قيد

بالشك والظاهر لا يصلح حجة للإلزام بخلاف المارن والاذن
الشاخصة لان المقصود هو الجمال وقد فوته على الكمال ، وكذلك
لو استهل الصبي لانه ليس بكلام وإنما هو مجرد صوت ومعرفة
الصحة فيه بالكلام ، وفي الذكر بالحركة ، وفي العين بما يستدل
به على النظر فيكون بعد ذلك حكمه حكم البالغ في العمد والخطأ .
قال : ومن شج رجلاً فذهب عقله أو شعر رأسه دخل أرش

بالإلزام لأن مثل هذا الظاهر يصلح حجة لغير الإلزام حتى أنه لو أعتق صغيراً لا يعلم صحة
هذه الأعضاء منه يقيناً يخرج عن عهدة الكفارة لان الغالب هو السلامة ، وقد تقدم من
قبل في قوله ويميزه رضيع وفي ذكر الخصى والعنين حكومة عدل عنده . وبه قال أحمد
ففي رواية قال الشافعي فيها دية كاملة ، وبه قال مالك وأحمد في رواية في ذكر الخصى
مثل قولنا ، وهو قول الثوري وقتادة وإسحاق (بخلاف المارن والاذن الشاخصة لان
المقصود هو الجمال وقد فوته على الكمال) ومعنى الشاخصة المرتفعة عن شخص بالفتح
شخصاً . وقال في الجهرة : شخص من مكان إلى مكان إذا سار في ارتفاع .

(وكذلك لو استهل الصبي) يعني يكون في لسان الصبي حكومة عدل ما لم يتكلم ،
وإن استهل (لانه) أي لان استهلال الصبي (ليس بكلام وإنما هو مجرد صوت) بالبكاء
(معرفة الصحة فيه بالكلام) أي في الصوت .

(وفي الذكر بالحركة) أي ومعرفة الصحة في الذكر بالحركة عند البول .

(وفي العين) أي ومعرفة الصحة في العين (بما يستدل به على النظر ويكون بعد
ذلك) أي بعد ما ذكر من الاشياء المذكورة (حكمه) أي حكم الصبي (حكم البالغ في
العمد والخطأ) لانه حينئذ يتبين أنه أتلّف منفعة العضو كاملة فيترتب للصبي على الجاني
مثل ما يترتب للبالغ في حالة العمد وحالة الخطأ .

(قال) أي القدوري (ومن شج رجلاً فذهب عقله أو شعر رأسه دخل أرش
الموضحة في الدية) وبه قال الشافعي في القديم وقال في الجديد لا يدخل . وبه قال مالك

الموضحة في الدية لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء ،
فصار كما إذا أوضحه فمات ، وأرش الموضحة يجب بفوات جزء
من الشعر حتى لو نبت يسقط والدية تجب بفوات كل الشعر وقد
تعلقا بسبب واحد فدخل الجزء في الجملة كما إذا قطع أصبع رجل فشلت
يده . وقال زفر رحمه الله : لا يدخل لان كل واحد جنابة فيما دون
النفس فلا يتداخلان كسائر الجنائيات ، وجوابه ما ذكرنا .
قال : وإن ذهب سمعه أو بصره أو كلامه فعليه أرش الموضحة مع
الدية . قالوا هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ،

وأحمد والحسن وزفر في رواية . قال القدوري : فإن قيل من أين يعرف ذهاب السمع
والشم والبصر قيل له : يعرف ذلك باعتراف الجاني وتصديقه للمجنى عليه أو بنكوله عن
اليمين وغير ذلك من الوجوه . (لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء) لانه
يكون كاليت والملحق بالبهايم (فصار هذا كما إذا أوضحه فمات . وأرش الموضحة يجب
بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط) أى لو نبت الشعر في موضع الشجة يسقط
الارش (والدية تجب بفوات كل الشعر ، وقد تعلقا بسبب واحد) أى تعلق أرش الموضحة
والدية جميعاً بسبب واحد وهو فوات الشعر لكن سبب الموضحة البعض وسبب الدية
الكل (فدخل الجزء في الجملة كما إذا قطع اصبع رجل فشلت يده) فيجب أرش
اليدين لا أرش الاصبع ، والاصل فيه وما أشبهه أن الجزء يدخل في الكل .

(وقال زفر رحمه الله لا يدخل) أرش الموضحة في الدية (لان كل واحد جنابة فيما
دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنائيات وجوابه ما ذكرنا) قيل يعنى به قوله لان
بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء ، وقيل قوله : وقد تعلقا بسبب واحد ، وهو
أشمل من الاول .

(وإن ذهب سمعه أو بصره أو كلامه فعليه أرش الموضحة مع الدية . قالوا) : أى

وعن أبي يوسف أن الشجة تدخل في دية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر . وجه الاول أن كلا منهما جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فأشبهه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لان منفعته عائدة إلى جميع الاعضاء على ما بينا ، وجه الثاني أن السمع والكلام مبطن فيعتبر بالعقل والبصر ظاهر فلا يلحق به .

المشايع (هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله) قال في النهاية : ذكر أبي يوسف مع أبي حنيفة وقع سهواً لكونه مخالفاً لجميع روايات الكتب المتداولة فينبغي أن يذكر محمد «رح» مكان أبي يوسف (وعن أبي يوسف أن الشجة تدخل في دية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر) روى هذه الرواية عن أبي يوسف الحسن بن زياد فإن قيل : من أين يعلم ذهاب البصر والسمع والكلام قيل له : يعرف ذلك باعتراف الجاني وتصديقه للمجنى عليه أو بنكوله عن اليمين وغير ذلك من الوجوه في معرفة ذلك .

(وجه الاول) هو أن أرش الموضحة لا يدخل في الدية الواجبة بذهاب السمع والبصر والكلام (أن كلا منهما جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فأشبهه الاعضاء المختلفة) فلا يدخل بعضه في بعض (بخلاف العقل) يعني أن العقل ليس كذلك . (لان منفعته عائدة إلى جميع الاعضاء) فصار كالروح ولزوال الروح في الشجة دخل أرشها في دية الروح فكذا إذا ذهب العقل (على ما بينا) أراد به قوله : لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء .

(وجه الثاني) يعني قوله : وعن أبي يوسف (أن السمع والكلام مبطن) يعني كل واحد منهما باطن (فيعتبر بالعقل) فيدخل أرش الموضحة في ديته (والبصر ظاهر فلا يلحق به) أي بالعقل فلا يدخل أرش الموضحة كاليد والرجل .

وقال الأكل «رح» في قوله : والكلام مبطن . قيل : يريد به الكلام النفسي بحيث لا يفهم منها المعاني ولا يقدر على نظم المتكلم وإن كان المراد ذلك كان الفرق بينه وبين ذهاب العقل عسير جداً وإن كان المراد به التكلم بالحروف والأصوات نفى جملة مبطناً وظاهراً .

قال في الجامع الصغير : ومن شج رجلاً موضحة فذهبت عيناه فلا قصاص في ذلك عند أبي حنيفة . قالوا وينبغي أن تجب الدية فيهما . وقالوا : في الموضحة القصاص . قالوا : وينبغي أن تجب الدية في العينين قال : وإن قطع أصبع رجل من المفصل الأعلى فثل ما بقي من الأصبع أو اليد كلها لا قصاص عليه في شيء من ذلك وينبغي أن تجب الدية في المفصل الأعلى وفيما بقي حكومة عدل ، وكذلك لو كسر بعض سن رجل فاسود ما بقي ولم يحك خلافاً ،

(وفي الجامع الصغير من شج رجلاً موضحة فذهبت عيناه فلا قصاص في ذلك عند أبي حنيفة) قال أبو الليث ولكن يجب عليه أرش الموضحة ودية العينين (قالوا) أي المشايخ (وينبغي أن تجب الدية فيهما) أي في الموضحة والعينين يعني أنه يجب أرش الموضحة ودية العينين .

(وقالوا) أي أبو يوسف ومحمد (في الموضحة القصاص قالوا) أي المشايخ في شروهم (وينبغي أن تجب الدية في العينين) أي على قولهما ، وإنما كرر لفظ قالوا لأن الأول في قول أبي حنيفة والثاني في قولهما .

(قال) أي قال محمد في الجامع الصغير (وإن قطع أصبع رجل من المفصل الأعلى فثل ما بقي من الأصبع أو اليد كلها) أي أو شلت اليد كلها ، والثلل فساد في اليد من باب علم (لا قصاص عليه في شيء من ذلك) أي باتفاق أصحابنا . وقال الأئمة الثلاثة رحمهم الله : لا يسقط القود عن الأصبع لأنه عمد يمكن اعتماد المساواة فيه ، ولا يجب القصاص في الثاني في قول عن الشافعي ، وفي رواية عن أحمد (وينبغي أن تجب الدية في المفصل الأعلى ، وفيما بقي حكومة عدل) وإنما قال ينبغي لأن محمد لم يذكر هذا في الجامع ، والمشايخ رحمهم الله قالوا هذا .

(وكذلك) أي الحكم وهو عدم القصاص (لو كسر بعض سن رجل فاسود ما بقي) من السن المكسورة (ولم يحك) أي محمد (خلافاً) في المسألين وأحمد في رواية والشافعي

وينبغي أن تجب الدية في السن كله ولو قال : اقطع المفصل و اترك ما
يلبس أو اكسر القدر المكسور أو اترك الباقي لم يكن له ذلك
لأن الفعل في نفسه ما وقع موجباً للقود فصار كما لو شجّه منقّلة
فقال أشجّه موضحة و اترك الزيادة لهما في الخلافية أن الفعل في محلين .
فيكون جنايتين مبتدأتين ، فالشبهة في إحداها لا تتعدى إلى
الآخرى كمن رمى إلى الرجل عمداً فأصابه ونفذ منه إلى غيره
فقتله يجب القود

في قول إن لم يذهب نفعها وهو المختار عند أصحاب الشافعي (وينبغي أن تجب الدية في
السن كله ولو قال) أي الجنى عليه (اقطع المفصل و اترك ما يلبس) من أرض اليد أو
السن أو قال (أو اكسر القدر المكسور) من السن (و اترك الباقي لم يكن له ذلك لأن
الفعل في نفسه ما وقع موجباً للقود فصار) حكم هذا (كما إذا شجّه) أي كما إذا شج
رجل رجلاً شجّه (منقّلة فقال أشجّه) شجّة (موضحة و اترك الزيادة) ليس له ذلك
لأن الجناية الأولى كانت سارية وهي ليست في وسع الجنى عليه والمائة شرط وجوب
القصاص فلم تتعد تلك الجناية موجبة للقصاص في الابتداء ، وإنما انعقدت موجبة للمال
ولا يكون له على القصاص سبيل (لهما) أي لأبي يوسف ومحمد (في الخلافية) أي في
المسألة الخلافية وهي ما إذا شج موضحة فذهبت عيناه (أن الفعل) وقع (في
محلين) مختلفين حقيقة .

(فيكون جنايتين مبتدأتين ، فالشبهة في إحداها) أي في أحد الجنايتين (لا
تتعدى إلى الأخرى) أي إلى الجناية الأخرى ، والأصل في هذا أن الجناية إذا وقعت
في مجلسين متباينين حقيقة فوجوب المال في أحدهما لا يمنع وجوب القود في الآخر
وهو قول الاثنية الثلاثة أيضاً ، ومتى وقعت في محل واحد وأتلف شيئين ، أحدهما
يوجب القود والآخر يوجب المال ويجب بلا خلاف بين أصحابنا خلافاً للأئمة الثلاثة .
(كمن رمى إلى رجل عمداً فأصابه ونفذ) أي رميه (منه إلى غيره فقتله يجب القود

في الاول ، وله أن الجراحة الاولى سارية والجزاء بالمثل ،
وليس في وسعه الساري فيجب المال ، ولأن الفعل واحد
حقيقة وهو الحركة القائمة . وكذا المحل متحد من وجه لاتصال
أحدهما بالآخر ، فأورثت نهايته شبيهة الخطأ في البداية ، بخلاف
النفسين ، لأن أحدهما ليس من سراية صاحبه . وبخلاف ما
إذا وقع السكين على الاصبع لانه ليس فعلاً مقصوداً .

في الاول (دون الثاني ، وتجب الدية في الثاني . وكذا إذا قطع اصبعاً فاضطرب
السكين فأصاب اصبعاً آخر خطأ منه فإنه يقتص في الأولى بالإجماع دون الثانيه .
(وله) أي ولا يبي حنيفة «رح» (أن الجراحة الاولى سارية والجزاء بالمثل وليس في
وسعه الساري فيجب المال) لأن الجراحة التي يعمل القصاص قد لا تكون سارية ، إذ
ليس في وسعه فعلي ذلك لا يكون مثلاً للأولى ولا قصاص بـدون المماثلة (ولأن الفعل
واحد حقيقة وهو الحركة القائمة) أي الثابتة حالة الشج (وكذا المحل) أي محل الجنائتين
(متحد من وجه لاتصال أحدهما بالآخر فأورثت نهايته شبهة الخطأ في البداية) والشبهة
تعمل على الحقيقة فيما يندرى بالشبهة أن لا يعمل في المال ، لانه يثبت مع الشبهة فكيف
يسقط بها فيجب ديتان .

(بخلاف النفسين) هذا جواب عن قولها كمن رمى إلى رجل عمداً فأصابه ونفذت
إلى غيره فقتله ، ووجه ذلك هو قوله (لأن أحدهما ليس من سراية صاحبه) ولا يتصور
سراية الفعل من شخص إلى شخص ويتصور ذلك في شخص واحد .

(وبخلاف ما إذا وقع السكين على الاصبع) هذا جواب عما قال إذا قطع أصبع
رجل عمداً فاضطرب السكين فوقع على اصبع آخر فقطعها يقتص للأولى دون الثانية ،
فما بال مسألتنا لم تكن كذلك ، ووجهه أن القطع الثاني إنما لم يورث الشبهة في القصاص ،
لانه فعل مقصود . وأما ذهب المين بالسراية فليس بفعل مقصود ، وهو معنى قوله (لانه
ليس فعلاً مقصوداً) وهو معنى قوله لانه ليس فعلاً مقصوداً في مسألتنا ، وفيها إذا وقع

قال وإن قطع إصبعاً فشلت إلى جنبها أخرى فلا قصاص في شيء
من ذلك عند أبي حنيفة «رح» . وقالوا وزفر والحسن .

سكين على الاصبع قد صار فعلاً مقصوداً . وقال الاكمل «رح» الضمير في لانه عائد إلى
ذهاب العين بالسراية ، وبهذا التوجيه يندفع ما قال في النهاية أن في قوله لانه ليس فعلاً
مقصوداً نظر ، وإن الصواب ما ذكره في الذخيرة انه مقصود ، ولكن ليس من أمره ،
فإنه رجع الضمير إلى الفعل الثاني فاختلف الكلام ، وقد ذكر المصنف فرقين بناء على ما
ذكر من الدليل الاول بالنسبة إلى الاول ، والثاني إلى الثاني .

وقال السكاكي قوله وبخلاف السكين إذا اتصل بالآخرى لان القطع في الاصبع
الآخرى ليس من أثر الفعل الاول ، بل الفعل وقع عليه مقصوداً ، فيتقرر بحكمه ، يعني
أن القطع في الاصبع الآخرى لا يقصد من الأولى ، إذ الخطأ لا تصل من العمد ولا يمكن
أن يجعل القطع الثاني تنمة الأول ، فلا يورث شبهة ، وكذا قال فخر الإسلام وصاحب
الإيضاح . وذكر في النهاية وبهذا يعلم أن فيما قاله في الكتاب ليس مقصوداً نظراً ، وأن
الصواب فيما ذكره فخر الإسلام وصاحب الإيضاح . أجيب عن كلامه بما ذكره في الكتاب
من حيث المعنى ، والتأويل ما قاله فيكون صحيحاً لما قلنا أن الضمير في لانه يرجع إلى
القطع في اصبع أخرى .

وقال الأتزازي قوله بخلاف السكين إذا انسل إلى الاصبع الآخرى فقطعها ، لان قطع
الآخرى حصل ابتداء بالإنسلال لا بالسراية ، فلم يكن ذلك شبهة بالاصبع الاولى لعدم
اتحاد الفعل ، وهذا هو الفرق الصحيح . وما قال صاحب الهداية بقوله وبخلاف ما إذا
وقع السكين على الاصبع لانه ليس فعلاً مقصوداً فيه نظر انتهى . قلت قد أجيب عن
النظر فيما ذكرنا يعلم بالإمعان في التأمل .

(قال) أي القدوري (وإن قطع اصبعاً فشلت إلى جنبها أخرى ، فلا قصاص في
شيء من ذلك) وعليه دية الاصبعين (عند أبي حنيفة «رح» . وقال أبو يوسف ومحمد
وزفر والحسن «رح») يعني إن زياد نقله عنه الاكمل وقالوا وزفر فكذلك قال ، ولو
قال وقالوا فيها وزفر كان صواباً وذلك انه لا يجوز أن يعطف على الضمير المرفوع إلا إذا

يقتص من الاولى ، وفي الثانية إرشها ، والوجه من الجانبين قد ذكرناه . وروى ابن سماعة عن محمد في المسألة الاولى ، وهو ما إذا شج موضحة فذهب بصره أنه يجب القصاص فيهما ، لأن الحاصل بالسراية مباشرة كما في النفس والبصر يجري فيه القصاص ، بخلاف الخلافية الأخيرة ، لأن الشلل لا قصاص فيه ، فصار الأصل عند محمد « رح » على هذه الرواية إن سراية ما يجب فيه القصاص إلى ما تمكن فيه القصاص يوجب الاقتصاص ، كما لو آلت إلى النفس وقد وقع الأول ظلماً .

أما إلا في صورة الشعر (يقتص من الاولى) في الأصبع الاول (وفي الثانية) أي وفي الأصبع الثانية يجب (أرشها والوجه من الجانبين) أي من جانب أبي حنيفة وجانب هـ : لا (قد ذكرناه) يريد به قوله ومن شج رجلاً موضحة فذهبت عيناه ... إلى آخره . (وروى ابن سماعة عن محمد في المسألة الأولى وهو ما إذا شج موضحة فذهب بصره أنه يجب القصاص فيهما) أي في الموضحة والبصر جميعاً (لأن الحاصل بالسراية مباشرة) يعني بمنزلة المباشرة ثم نظر ذلك بقوله (كما في النفس) يعني ألا ترى أنه لو قطع يد إنسان فسرى إلى نفسه يجب القصاص (والبصر يجري فيه القصاص) ألا ترى أنه لو شجه موضحة وبأش سبب ذهاب البصر يجب القصاص فيها كذلك هنا .

(بخلاف الخلافية الأخيرة) وهي قوله فإن قطع إصبعاً فشلت إلى جنبها أخرى (لأن الشلل لا قصاص فيه) ويجب الإرش (فصار الأصل عند محمد « رح » على هذه الرواية) أي رواية ابن سماعة (أن سراية ما يجب فيه القصاص إلى ما يمكن فيه القصاص يوجب الاقتصاص كما لو آلت إلى النفس) قال شيخنا العلامة رحمه الله أي كما لو آلت الجراحة ووصلت إلى النفس ، فإن قطع أصبع رجل عمداً فسرى ومات يجب القصاص (وقد وقع الأول ظلماً) أي محمد « رح » فيكون موجباً للقصاص .

ووجه المشهور أن ذهاب البصر بطريق التسبيب، ألا ترى أن الشجة بقيت
موجبة في نفسها ولا قود في التسبيب . بخلاف السراية إلى النفس ،
لأنه لا تبقى الأولى فانقلبت الثانية مباشرة . قال ولو كسر بعض
السن فسقطت فلا قصاص إلا على رواية ابن سماعة ، ولو أوضحه
موضحين فتأكلتا فهو على الروایتين هاتين . قال ولو قلع سن
رجل فنبئت مكانها أخرى سقط الإرش في قول أبي حنيفة «رح»

(ووجه المشهور) أي القول المشهور عن محمد (أن ذهاب البصر بطريق التسبيب ،
ألا ترى أن الشجة بقيت موجبة في نفسها ولا قود في التسبيب) عندنا وأكثر أهل العلم
إلا في رواية عن مالك ، وعن الشافعي في قول (بخلاف السراية إلى النفس لأنه لا تبقى
الأولى) أي لا تبقى الجنابة الأولى معتبرة ، فإذا كان كذلك (فانقلبت الثانية مباشرة)
أي فانقلبت الجنابة الثانية بطريق المباشرة ، فيجب القصاص .

(قال) أي المصنف ذكر هذه المسألة والتي تليها أيضاً على سبيل التفريع (ولو كسر
بعض السن فسقطت فلا قصاص إلا على رواية ابن سماعة ، ولو أوضحه موضحين) أي
ولو شجه شجتين موضحتين (فتأكلتا) أي صارتا واحدة بالأكـل (فهو على الروایتين
هاتين) أي الرواية المشهورة ورواية ابن سماعة عن محمد يعني لا قصاص على المشهور وفيها
القصاص على رواية ابن سماعة . وقال الكرخي «رح» في مختصره وقال محمد «رح» إذا
ضربه بعضاً فأوضحه ثم عاد فضربه إلى جانبها ثم تأكلتا حتى صارتا واحدة منها
موضحتان يقتص منه . وفي السير وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة «رح» فمن ضرب
سن رجل عمداً فكسر بعضها وحركت ما بقي فإنه يؤجل سنة ، فإن سقطت أو اسودت
فلا قصاص فيه . وقال أبو يوسف إن سقطت فيه القصاص .

(قال) أي القدوري «رح» (ولو قلع سن رجل فنبئت مكانها أخرى سقط الإرش)
أي هاهنا لفظ القدوري ولم يذكر خلاف أصحابنا عنه . وقال المصنف سقط الإرش (في
قول أبي حنيفة) وإن كان أخذها ردها ، وبه قال أحمد والشافعي رحمهما الله في قول .

وقالا عليه الإرش كاملاً ، لأن الجناية قد تحققت ، والحادث
نعمة مبتدأة من الله تعالى . وله أن الجناية انعدمت معنى ، فصار
كما إذا قلع سن صبي فنبتت لا يجب الإرش بالإجماع ، لأنه لم يفت
عليه منفعة ولا زينة . وعن أبي يوسف «رح» أنه تجب حكومة
عدل لمكان الألم الحاصل . ولو قلع سن غيره فردها صاحبها في
مكانها ونبت عليه اللحم ، فعلى القالع الإرش بكماله لأن هذا مما
لا يعتد ، إذ العروق لا تعود ،

(وقالوا عليه الإرش كاملاً) ولا يردها لو أخذها ، وبه قال مالك والشافعي «رح»
في قول (لأن الجناية قد تحققت) والعادة عدم العود (والحادث نعمة مبتدأة من الله
تعالى) بخلاف سن الصبي ، فإنها معرضة للنبات ، ولهذا قيل يستأنى في سن الصبي حولا
دون البالغ .

(وله) أي ولأبي حنيفة (أن الجناية انعدمت معنى) لأنه عاد مكانها مثل الذي
تلفت فلم يجب شيء (فصار كما إذا قلع سن صبي ونبتت لا يجب الإرش بالإجماع)
قيد بالإرش لأنه روى في مختصر الكرخي عن أبي يوسف أنه يجب فيه حكومة العدل
وفي الأجناس عن المبرد قال أبو حنيفة لو نزع سن رجل فنبت نصف السن كان عليه نصف
قيمتها (لأنه لم يفت عليه) أي على المزروع سنة (منفعة ولا زينة) .

(وعن أبي يوسف «رح») هذا متعلق بقوله وقالوا عليه الإرش كاملاً ، أي روى عن
أبي يوسف (أنه تجب حكومة عدل لمكان الألم الحاصل) أي يقوم بالألم وبدون الألم
فيجب ما انتقص .

(قال) أي المصنف (ولو قلع سن غيره فردها صاحبها في مكانها ونبت عليه اللحم
فعلى للقالع الإرش بكماله) وبه قال الشافعي وأحمد رحمهما الله في رواية القاضي . وقال
أحمد في رواية تجب الدية ، وعليه الحكومة لنقصانها (لأن هذا مما لا يعتد به ، إذ

وكذا إذا قطع أذنه فالصقها فالتحمت ، لأنها لا تعود إلى ما كانت عليه ، ومن نزع سن رجل فانتزع المزروعة سنه سن النازع فثبت سن الأول ، فعلى الأول لصاحبه خمسمائة درهم لأنه تبين أنه استوفى بغير حق ، لأن الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبتت مكانها أخرى فانعدمت الجناية ، ولهذا يستأنى حوالاً بالإجماع ،

العروق لا تعود) لأن هذا السن يكون في حكم الميت . قال محمد إن كانت أكثر من قدر الدرهم لم يجز الصلاة فيها ولم يكن عوضاً عن الغائت . وقال أبو يوسف إذا أعادها إلى موضعها يجوز الصلاة فيها ، وفي سن غيره لا يجوز ذلك (وكذا) أي وكذا يجب الإرش بكماله (إذا قطع أذنه) أي أذن غيره . (فالصقها) بأن خاطها (فالتحمت) وبه قال الشافعي في قول وأحمد في رواية . وقال الشافعي في قول وأحمد في رواية تجب الحكومة ولا تجب الدبة (لأنها) أي لان الأذن (لا تعود إلى ما كانت عليه) وهذا ظاهر .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن نزع سن رجل فانتزع المزروعة سنه سن النازع فثبت سن الأول ، فعلى الأول لصاحبه خمسمائة درهم) أي المزروع منه (لأنه تبين أنه استوفى بغير حق) وبه قال الشافعي في قول وأحمد ربح ، في قول هو مبة مبتدأة فلا تجب عليه شيء . فهو قياس قول مالك في جامع المحبوبي ، هذا إذا نبت السن المزروعة كالاول ، فإن نبت معوجاً يجب حكومة العدل (لأن الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبتت مكانها أخرى فانعدمت الجناية ، ولهذا يستأنى حوالاً) أي يؤجل سنة لاستيناء الانتظار ، يقال استيناء نبتة ، أي انتظرت ، ومنه يستأن الجراحات ، أي ينظر ما لها ، واصله من أتى يأتي (بالإجماع) قال السكاكي قوله بالإجماع يخالفه رواية التتمة فإنه ذكر فيها أن سن البالغ إذا سقط ينتظر حتى يبرأ موضع السن لا الحول هو الصحيح لأن نبات سن البالغ نادر فلا يقدر التأجيل إلا أن قبل البرء لا يقتص ولا يؤخذ الإرش لأنه لا يدري عاقبته .

وكان ينبغي أن ينتظر اليأس في ذلك للقصاص ، إلا
أن في اعتبار ذلك تضييع الحقوق فاكفينا بالحوال ، لأنه ثبتت
فيه ظاهراً ، فإذا مضى الحوال ولم تثبت قضينا بالقصاص ، وإذا
ثبتت تبين أننا أخطأنا فيه ، والاستيفاء كان بغير حق ، إلا أنه
لا يجب القصاص للشبهة فيجب المال . قال ولو ضرب إنسان سن
إنسان فتحركت يستأنى حوالاً ليظهر أثر فعله ، فلو أجله القاضي
سنة ثم جاء المضروب وقد سقطت سنة فاختلفا

(وكان ينبغي أن ينتظر اليأس في ذلك للقصاص ، إلا أن في اعتبار ذلك تضييع
الحقوق ، فاكفينا بالحوال) لأنه مشتمل على الفصول الأربعة التي تشمل على الطباع الأربعة
الحرارة والبرودة والرطوبة واليبوسة ، فلعل فصلاً منها وافق طبع المجني عليه فتبرأ
جراحته وتلتئم (لأنه ثبتت فيه ظاهراً ، فإذا مضى الحوال ولم تثبت قضينا بالقصاص ،
وإذا ثبتت تبين أننا أخطأنا فيه ، والاستيفاء كان بغير حق ، إلا أنه لا يجب القصاص
للشبهة) لأن فعله في الظاهر حين استوفى القصاص كان حقاً فصار ذلك شبهة في سقوط
القصاص (فيجب المال) حينئذ . وقول الناطقي في الاجناس من نوادر أبي يوسف رواية
ابن سماعه قال أبو يوسف رجل قلع سن رجل فانتظر بها حوالاً ، أي انتظر بسن الصغير
وقضى عليه بإرشها ، وإلى هذه الرواية قال بعض أصحابنا مثل خواهر زاده وغيره .
وقال الناطقي أيضاً قال في المجرّد ولو قلع سن رجل ينبغي للقاضي أن يأخذ ضمينا
من النازع للمزروع سنة ويؤجل سنة منذ يوم نزع سنّه ، فإذا مضت سنة ولم تثبت اقتص
له ، وعلى هذه الرواية لم يفرق كثير من مشايخنا بين سن البالغ وسن الصغير ، بل قالوا
بالاستيناء فيهما جميعاً ، وإلى ذهب القدوري والمرخسي وغيرهما .

(قال) أي المصنف ذكره على سبيل التفريع وهو من مسائل الاصل إلى قوله ومن
شج رجلاً فالتحمت (ولو ضرب إنسان سن إنسان فتحركت يستأنى) أي ينتظر (حوالاً
ليظهر أثر فعله ، فلو أجله القاضي سنة ثم جاء المضروب وقد سقط سنّه فاختلفا) أي

قبل السنة فيما سقط بضربه فالقول للمضروب ليكون التأجيل مفيداً ، وهذا بخلاف ما إذا شجه موضحة فجاء وقد صارت منقلة فاختلفا حيث يكون القول قول الضارب ، لأن الموضحة لا تورث المنقلة . أما التحريك فيؤثر في السقوط فافترقا ، وإن اختلفا في ذلك بعد السنة فالقول للضارب ، لأنه ينكر أثر فعله وقد مضى الأجل الذي وقته القاضي لظهور الأثر ، فكان القول للمنكر ، ولو لم تسقط

الضارب والمضروب (قبل السنة فيما سقط بضربه) فقال الضارب سقطت بضربة غيري وقال المجني عليه بضربك (فالقول للمضروب) وبه قال الشافعي في الأصح وأحمد (ليكون التأجيل مفيداً) يعني لو لم يقبل قوله كان التأجيل وعدمه سواء ، إذ التأجيل لظهور عاقبة الامر .

(وهذا) أي وهذا الذي ذكرناه (بخلاف ما إذا شجه موضحة فجاء وقد صارت) أي الموضحة (منقلة فاختلفا) أي وقال المشجوج صارت منقلة من ضربك ، وانكر الضارب (حيث يكون القول قول الضارب ، لأن الموضحة لا تورث المنقلة) لأن الشجة الموضحة بعدما وقعت موضحة لا يكون سبباً لنقله العظم عادة ، بل يكون ذلك أو بسبب حادث فلا يبقى الظاهر شاهداً للمضروب ، فلا يكون القول قوله .

(أما التحريك فيؤثر في السقوط) أي أما تحريك السن فله تأثير في سقوطه فيكون القول قول المضروب ، وبهذا حصل الفرق بين المسألتين ، أشار بقوله (فافترقا) أي الحكم المذكور في المسألة الأولى والحكم المذكور في الثانية ، وكان القياس ان يكون القول للضارب فيهما ، لأنه منكر ، ولكن في الاستحسان فرق بينهما في الوجه الذي ذكره المصنف .

(وإن اختلفا في ذلك) أي وإن اختلف الضارب والمضروب في سقوط السن (بعد السنة) فقال المضروب سقطت بضربك ، وقال الضارب بل سقطت بأمر حادث (فالقول للضارب ، لأنه ينكر أثر فعله وقد مضى الأجل الذي وقته القاضي لظهور الأثر ، فكان

لا شيء على الضارب . وعن أبي يوسف «رح» أنه تجب حكومة
الأم وسنين الوجهين بعد هذا إن شاء الله تعالى ولو لم تسقط
ولكنها اسودت يجب الإرش في الخطأ على العاقلة ، وفي العمد
في ماله ولا يجب القصاص ، لأنه لا يمكنه أن يضربه ضرباً تسود
منه ، وكذا إذا كسر بعضه واسود الباقي لا قصاص لما ذكرنا .
وكذا لو احمر أو اخضر .

القول للنكر ، ولو لم تسقط (يعني إذا تحركت السن ، ولو لم تسقط ولم يحصل فيها عيب
كالأسود أو نحوه) لا شيء على الضارب . وعن أبي يوسف «رح» أنه تجب حكومة الأم
وفي بعض النسخ وعن أبي حنيفة «رح» مكان أبي يوسف ، والأول أصح ، لأنه ذكر في
الذخيرة وغيرها قول أبي يوسف في هذا الموضع (وسنين الوجهين بعد هذا إن شاء الله
تعالى) والوجهان هما قوله ولا شيء على الضارب ، وقوله حكومة الأم والموعود فيما بعد
هذا هو قوله سقط الإرش عند أبي حنيفة ... إلى آخره .

(ولو لم تسقط) أي السن (ولكنها اسودت يجب الإرش في الخطأ على العاقلة ، وفي
العمد في ماله ولا يجب القصاص ، لأنه لا يمكنه أن يضربه ضرباً تسود منه ، وكذا إذا
كسر بعضه اسود الباقي لا قصاص عليه لما ذكرنا) أراد به قاله لأنه لا يمكنه أن يضربه
ضرباً يسود منه .

(وكذا) أي وكذا لا قصاص (لو احمر) أي السن (أو اخضر) بل يجب الإرش
في الخطأ على العاقلة ، وفي العمد في ماله . وقالت الائمة الثلاثة يجب الحكومة في الاصفرار
وفي الإحمرار وفي الإخضرار كذلك عند الشافعي ومالك وأحمد في رواية عن أحمد
يكون كالأسوداد ، ولو اصفر فيه روايتان روى أبو يوسف عن أبي حنيفة أن فيه
الحكومة ، وذكرها من محمد عن أبي حنيفة قال لا يجب شيء ، وفي الملوكة يجب
الحكومة . وقال محمد ففيها إذا اصفرت حكومة حراً كان المضروب أو عبداً . وقال
أبو يوسف أيضاً فيها حكومة . وقال أبو يوسف إن كثرت الصفرة حتى يكون عيباً

قال ومن شج رجلاً فالتحمت ولم يبق لها أثر ونبت الشعر سقط
الإرش عند أبي حنيفة «رح» لزوال الشين الموجب. وقال أبو
يوسف «رح» يجب عليه إرش الألم وهو حكومة عدل ، لأن الشين
إن زال فالألم الحاصل ما زال فيجب تقويمه . وقال محمد «رح» عليه
أجرة الطبيب وثمان الدواء ، لأنه إنما لزمه أجرة الطبيب وثمان
الدواء بفعله ، فصار كأنه أخذ ذلك من ماله ، إلا أن أبا حنيفة
يقول إن المنافع على أصلنا لا تقوم إلا بعقد أو بشبهة ولم يوجد في
حق الجاني ، فلا يغرم شيئاً . قال ومن ضرب رجلاً مائة سوط

كسب الحضرة والحرمة فقيها يمثلها تماماً . وقال زفر إذا اصفرت فقيها إرشها تماماً ، الكل
ذكره الكرخي رحمه الله .

(قال) أي القدوري (ومن شج رجلاً فالتحمت ولم يبق لها أثر ونبت الشعر سقط
الإرش عند أبي حنيفة لزوال الشين الموجب . وقال أبو يوسف يجب عليه إرش الألم وهو
حكومة عدل ، لأن الشين) أي لأن الشين الموجب (إن زال فالألم الحاصل ما زال ،
فيجب تقويمه) (١)

(وقال محمد عليه أجرة الطبيب) لأنه إنما لزمه أجرة الطبيب (وثمان الدواء ، لأنه
إنما لزمه أجرة الطبيب وثمان الدواء بفعله ، فصار كأنه أخذ ذلك من ماله) أي من مال
الجاني عليه ، لأنه ألباه إلى هذا (إلا أن أبا حنيفة «رح» يقول إن المنافع على أصلنا لا تقوم
إلا بعقد) أي مطلق الشبهة للعقد كالإجارة للصحيحة والمضاربة للصحيحة (أو بشبهة) أي بشبهة
العقد المطلق كالإجارة الفاسدة والمضاربة الفاسدة (ولم يوجد في حق الجاني) عقد ولا شبهة
(فلا يغرم شيئاً) كما لو لطمه والهله .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن ضرب رجلاً مائة سوط فبحرجه فبرى منها

(١) وجد هذا البياض في النسخة وسببه لا يفهم ، والله أعلم .

فجرحه فبرىء منها فعليه إرش الضرب ، معناه إذا بقي أثر الضرب
فأما إذا لم يبق أثره فهو على اختلاف قد مضى في الشجة الملتحمة .
قال ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله قبل البراء فعليه الدية وسقط
إرش اليد ، لأن الجناية من جنس واحد ، والموجب واحد وهو
الدية ، وإنها بدل النفس بجميع أجزائها فدخل الطرف في
النفس كأنه قتل ابتداء . قال ومن جرح رجلاً جراحة لم يقتص
منه حتى يبرأ .

فعليه إرش الضرب ، معناه إذا بقي أثر الضرب) قال الاترازي وقع بيانها مكرراً في
الهداية ، لأنه استوفى بيانها في فصل قبل الشهادة في القتل . وأراد بالإرش إرش الضرب
وهو حكومة العدل . قال الصدر الشهيد هذا إذا بقي أثر الضرب (فأما إذا لم يبق أثره
فهو على اختلاف قد مضى في الشجة الملتحمة) والذي مضى هناك انه لا يلزمه شيء عند
أبي حنيفة «رح» ويجب إرش الالم عند أبي يوسف وأجرة الطبيب عند محمد ، وإنما قيد
بقوله جرحه لأنه إذا لم يجرحه في الابتداء لا يجب شيء بالاتفاق .

(قال) أي القدوري (ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله قبل البراء) أي قتله خطأ
ايضاً ، لأنه إذا كان القتل عمداً يؤخذ بالأمرين جميعاً ، وقيد بما قبل البراء ، لأنه بعد البراء
يؤخذ بالأمرين جميعاً (فعليه الدية وسقط إرش اليد ، لأن الجناية من جنس واحد) لأن
الجنایات المتفقة بمنزلة الجناية الواحدة ، لأن كل واحد منها خطأ (والموجب واحد وهو
الدية ، وإنها) أي وإن الدية (بدل النفس بجميع أجزائها فدخل الطرف في النفس
كأنه قتله ابتداء) فلو قتله ابتداء لم يكن الواجب إلا دية لا غير ، فكذا هذا ، ولا
شبهة هنا إذا قطع يده خطأ ثم قتله عمداً ، لأنها جنايتان مختلفتان ، واختلاف الجنائين
كاختلاف الجانين .

(قال) أي القدوري (ومن جرح رجلاً جراحة لم يقتص) من الجراح حتى يبرأ ،
وبه قال مالك وأحمد وأكثر أهل العلم ، وقال ابن المنذر كل من يحفظ (منه حتى يبرأ)

وقال الشافعي يقتص منه في الحال اعتباراً بالقصاص في النفس ، وهذا لأن الموجب قد تحقق فلا يعطل . ولنا قوله عليه السلام يستأنى في الجراحات سنة ، ولأن الجراحات يعتبر فيها ماها لا حالها ، لأن حكمها في الحال غير معلوم ، فلعلها تسري إلى النفس فيظهر أنه قتل ، وإنما يستقر الأمر بالبرء . قال وكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة فالدية في مال القاتل ،

العلم يرى الانتظار (وقال الشافعي يقتص منه في الحال اعتباراً بالقصاص في النفس) أي قياساً عليه (وهذا) أي وجوب القصاص في الحال (لأن الموجب قد تحقق فلا يعطل) أي بعد التحقق .

(ولنا قوله عليه السلام) أي قول النبي ﷺ (يستأنى في الجراحات سنة) هذا أخرجه الدارقطني في سننه عن يزيد عن ابن عباس عن أبي الزبير عن جابر رضي الله تعالى عنه قال ، قال رسول الله ﷺ تقاس الجراحات ثم يستأنى بها سنة ، ثم يقضى بها بقدر ما أبهت . قال الدارقطني يزيد بن عياض ضعيف متروك ، وأخرجه البيهقي عن ابن لهيعة عن أبي الزبير عن جابر مرفوعاً ، وأعله ابن لهيعة ، وقال الاترازي ولنا ما روى أصحابنا في كتبهم عن جابر ، ثم ذكر الحديث الذي ذكره المصنف ، قلت الخصم لا يرضى بهذا وهو يعلم بذلك ، لكنه كان لم يقف على من أخرجه .

(ولأن الجراحات يعتبر فيها ماها لا حالها) أي لا يعتبر حالها (لأن حكمها في الحال غير معلوم ، فلعلها تسري إلى النفس ، فظهر أنه قتل ، وإنما يستقر الأمر بالبرء) أو بالسراية ، فإذا استوفينا القصاص في الحال استوفينا ما ليس يستقر فلا يجوز ذلك . وقوله إن الملة تحققت فلا نسلم ذلك ، لأن الجراحة علة لوجوب القصاص فيما دون النفس بعد البرء أو علة لوجوب القصاص في النفس بعد السراية إلى النفس فلا ينعقد علة لأحد الأمرين قبل أن يظهر الحال أنه قتل لم يقطع ، فينبغي أن ينتظر ليعلم الواجب فيه .

(قال) أي القدوري (وكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة فالدية في مال القاتل ،

وكل إرش وجب بالصلح فهو في مال القاتل لقوله عليه السلام
لا تعقل العواقل عمداً، الحديث، وهذا عمد غير ان الاول يجب
فيه ثلاث سنين ، لانه مال وجب بالقتل ابتداء فأشبه شبهة العمد ،
والثاني يجب حالاً لانه مال وجب بالعقد فأشبه الثمن في البيع .
قال وإذا قتل الأب ابنه عمداً فالدية في ماله في ثلاث سنين .

وكل إرش وجب بالصلح فهو في مال القاتل لقوله عليه السلام (أى لقول النبي ﷺ) (لا تعقل
العواقل عمداً) هذا الحديث غريب مرفوع . وأخرجه البيهقي عن الشعبي عن عمر
رضي الله تعالى عنه قال العمد والعبد والصلح والاعتراف لا تفعله العاقلة . وأخرجه
أبو عبيد القاسم بن سلام في آخر كتابه غريب الحديث كذلك من قول الشعبي .

واختلفوا في تأويل العمد فقال محمد بن الحسن الشيباني معناه أن يقتل العبد حراً
فليس على عاقلة مولاه شيء من جنائنه ، وإنما هي في رقبتة ، وقال ابن أبي ليلى معناه
ان يكون العبد مجني عليه فيقتله حر أو جرحه فليس على عاقلة الجاني إنما عنه في ماله
خاصة (الحديث) أى الحديث بتمامه ، وأقر الحديث ... إلى آخره ، وقامه لا تفعل
العواقل عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً (وهذا عمد) أشار به إلى قوله أو كل عمد
سقط فيه القصاص ... إلى آخره .

(غير أن الاول) أراد به دية العمد الذي سقط القصاص فيه شبهة (يجب في ثلاث
سنين ، لانه قال وجب بالقتل ابتداء) يعني لا يفعل يحدث بعد القتل كالصلح (فأشبه
شبهة العمد ، والثاني) أى الإرش الواجب بالصلح (يجب حالاً ، لانه مال وجب بالعقد)
أى بالصلح فأشبه الثمن في البيع ، فإن شرط فيه أجل كان مؤجلاً ، وان لم يشترط كان
حالاً (فأشبه الثمن في البيع) فان شرط فيه أجل كان مؤجلاً وإن لم يشترط كان حالاً .
والحاصل أن كل ذلك في مال العاقل في الوجهين ، غير ان في الأول مؤجل في ثلاث سنين
وفي الثاني حال في مال العاقل ايضاً .

(قال) أي القدوري (وإذا قتل الاب ابنه عمداً فالدية في ماله في ثلاث سنين .

وقال الشافعي تجب حالة ، لان الاصل أن ما يجب بالإتلاف
يجب حالاً ، والتأجيل للتخفيف في الخاطئ ، وهذا عامد
فلا يستحقه ، ولأن المال وجب جبراً لحقه ، وحقه في نفسه حال
فلا ينجر بالمؤجل . ولنا أنه مال واجب بالقتل ، فيكون
مؤجلاً كدية الخطأ وشبه العمد ، وهذا لان القياس يأبى تقوم الأدمي
بالمال لعدم التماثل ، والتقوم ثبت بالشرع ، وقد ورد به مؤجلاً
لا معجلاً فلا يعدل عنه لاسيما إلى زيادة ، ولما لم يجز التغليظ
باعتبار العمدية قدراً لا يجوز وصفاً .

وقال الشافعي تجب حالة) وبه قال مالك وأحمد (لان الاصل أن ما يجب بالإتلاف يجب
حالاً ، والتأجيل للتخفيف في الخاطئ ، وهذا عامد فلا يستحقه) أى فلا يستحق
التخفيف (ولان المال) دليل آخر للشافعي ، أى ولان المال فيما ذكر (وجب جبراً لحقه)
أى لحق المقتول الجبر إن لم يسمع ، بل المسموع الجبر . قال الجوهري الجبر أن يبيد الرجل
من نقر أو يصلح عظمها من كسر وقال جبرت العظم جبراً وجبر العظم بنفسه جبوراً ،
أى يجبر (وحقه) أى وحق المقتول (فى نفسه حال فلا ينجر بالمؤجل) أى فلا ينجر
الحال بالمؤجل لعدم المماثلة .

(ولنا أنه) أى المال الذي وجب بقتل الاب ابنه (مال واجب بالقتل) أى بنفسه
اختل ابتداء (فيكون مؤجلاً كدية الخطأ وشبه العمد) حيث يجب مؤجلاً (وهذا)
يشير به إلى بيان هذا بقوله (لان القياس يأبى تقوم الأدمي بالمال لعدم التماثل) لان
الأدمي والمال (والتقوم ثبت بالشرع وقد ورد به مؤجلاً لا معجلاً ، فلا يعدل عنه لاسيما
إلى زيادة) حيث سقط القصاص بشبهة الايوة وليس فى الإسلام دم هدر ، والمال إن وجب
ابتداء وجب من حيث الوصف فى المالية (ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدراً) أى
من حيث القدر (لا يجوز وصفاً) أى من حيث الوصف .

وكل جنابة اعترف بها الجاني فهي في ماله ولا يصدق على عاقلته
لما روينا . ولأن الإقرار لا يتعدى المقر لقصور ولايته عن غيره
فلا يظهر في حق العاقلة . قال وعمد الصبي والمجنون خطأ وفيه الدية
على العاقلة ، وكذلك كل جنابة موجبها خمسمائة فصاعداً ، والمعنوة

بيانه لم يجز العدول في التغليظ بزيادة القدر بأن يزداد على مائة بعير فكذلك لا يجوز
العدول فيه بزيادة الوصف وهو صفة الحلول ، لأن وجوب المال بخلاف القياس ، فيقتصر
على ما ورد الشرع به وهو التأجيل ، ثم اعلم أنه لا يجب القصاص على الأب لا يجب أيضاً
على الأجداد والجدات في قتل الولد وجرحه ، ولكن تجب الدية عليهم في ما لهم في
ثلاث سنين ، وفي الخطأ الدية على العاقلة وعلى القاتل الكفارة ، كذا ذكره الحاشم
الشهيد في الكافي .

(وكل جنابة اعترف بها الجاني فهي في ماله) أراد بقوله كل جنابة ما يوجب الدية ،
لأنه إذا اعترف العمد يقتص به إذا لم يكن ثمة ما يمنع القصاص (ولا يصدق على عاقلته)
لأنه يصدق على نفسه غيره ، معترف على عاقلته ، فإذا لم يصدق عليهم بقيت الدية في ذمته
كما كانت ، وتكون مؤجلة يؤدي عنه انقضاء كل سنة ثلثها ، لأنه مال يؤجل بالحول كالدين
يؤجل والزكاة (لما روينا) أشار به إلى قوله ~~يعتد~~ لا يعقل العاقلة عمداً ... الحديث .
وفيه ولا اعترافاً .

(ولأن الإقرار لا يتعدى المقر) لأنه حجة قاصرة (لقصور ولايته عن غيره فلا
يظهر في حق العاقلة) لعدم ما يحارزه عنه .

(قال) أي القدوري (وعمد الصبي والمجنون خطأ ، وفيه الدية على العاقلة ، وكذلك
كل جنابة موجبها خمسمائة فصاعداً) وهو منصوب على الحال والحال محذوف ، تقديره
ولو زاد خمسمائة حال كونه الزائد فصاعداً (والمعنوة كالمجنون) أي حكمهما واحد .
وفي المغرب المعنوة الناقص المسائل ، وقيل المدهوش من غير جنون وقرئ عتاهيه
وعتاهيه وعنها .

كالمجنون . وقال الشافعي عمده عمد حتى تجب الدية في ماله ،
لأنه عمد حقيقة ، إذ العمد هو القصد ، غير أنه تخلف عنه أحد
حكميه وهو القصاص ، فينسحب عليه حكمه الآخر وهو الوجوب
في ماله . ولهذا تجب الكفارة ويحرم عن الميراث على أصله ،
لأنها يتعلقان بالقتل ، ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه أنه جعل
عقل المجنون على عاقلته وقال عمده وخطأه سواء ، ولأن الصبي
مظنة المرحمة والعاقل الخاطئ لما استحق التخفيف حتى وجبت
الدية على العاقلة فالصبي وهو أعذر أولى بهذا التخفيف ، ولا نسلم

(وقال الشافعي «رح» عمده) أي عمد كل واحد من الصبي والمجنون والمعتوه (عمد
حتى تجب الدية في ماله ، لأنه عمد حقيقة إذ العمد هو القصد) أي لأن العمد في اللغة
القصد ، فمن تحقق منه الخطأ ويحقق منه القصد وقصده معتبر شرعاً في الجملة ، ولهذا
يؤدب ويعذر (غير أنه تخلف عنه أحد حكميه) أي أحد حكمي القتل وعما القصاص
وجوب المال (وهو القصاص فينسحب عليه حكمه الآخر وهو الوجوب في ماله ، ولهذا)
أي ولأجل ذلك (تجب الكفارة به) أي بالمال ، قيد به لأنه يجب الصوم بالإجماع ،
وجوب الكفارة على الصبي والمجنون على أصل الشافعي «رح» ، وكذلك (ويحرم عن
الميراث على أصله) أي على أصل الشافعي «رح» (لأنها) أي لأن وجوب الكفارة بالمال
والحرمان من الميراث (يتعلقان بالقتل) ومذهب مالك وأحمد كمنعنا ، وفي قول
الشافعي أيضاً كقولنا .

(ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه جعل عقل المجنون على عاقلته ، وقسأل عمده
وخطأه سواء) هذا أخرجه البيهقي ، قال روى أن مجنوناً سعى على رجل بسيف وضربه
فبلغ ذلك إلى علي رضي الله تعالى عنه فجعل عقله على عاقلته وقال عمده وخطأه سواء
(ولأن الصبي مظنة المرحمة والعاقل الخاطئ لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على

تحقق العمدية فإنها تترتب على العلم ، والعلم بالعقل والمجنون عديم العقل والصبي قاصر العقل ، فأنى يتحقق منها القصد ، وصار كالنائم .
وحرمان الميراث عقوبة وهما ليسا من أهل العقوبة والكفارة
كاسمها ستارة ولا ذنب تستره لأنها مرفوعا القلم .

(فصل في الجنين)

العاقله فالصبي وهو أعذر (أي والحال ان الصبي أقوى عذراً (أولى بهذا التخفيف ولا نسلم) جواب عن قول الشافعي «رح» لأنه عمداً حقيقة ، أي يمنع (تحقق العمدية فإنها) أي فالعمدية (تترتب على العلم والعلم بالعقل والمجنون عديم العقل والصبي قاصر العقل ، فأنى يتحقق منها القصد) أي من أين يتحقق من المجنون والصبي القصد (وصار كالنائم) الذي يرفع عنه القلم ما دام قائماً .

(وحرمان الميراث) جواب عن قوله ويحرم الميراث ، بيانه أن حرمان الميراث من مورثها (عقوبة) أي الصبي والمجنون (وهما ليسا من أهل العقوبة) فلا يحرمان (والكفارة) جواب عن قوله والكفارة به بيانه أن الكفارة (كاسمها ستارة) لأنها مشتقة من الكفر وهو السر (ولا ذنب تستره) أي ولا ذنب لها حتى تسترهما الكفارة (لأنها مرفوعا القلم) لقوله ~~فيها~~ رفع القلم عن ثلاث ... الحديث .

(فصل في الجنين)

أي هذا فصل في أحكام الجنين هو على وزن فاعيل بمعنى مفعول مجنون ، أي مستور من جنه إذا استره من باب طلب ، والجنين اسم الولد في بطن الأم ما دام فيه ، والجمع أجنة ، فاذا ولد يسمى ولداً ، ثم رضيعاً إلى غير ذلك على ما عرف في موضعه ، ولما ذكر أحكام القتل المتعلقة بالآدمي من كل وجه شرع في بيانها في الآدمي من وجه دون وجه وهو الجنين . وقال السرخسي الجنين ما دام في بطن أمه ليست له ذمة صالحة لكونه في حكم جزء من الأم ، ولكنه منفرد بالحياة بعد ليكون نفساً له ذمة ، فباعتبار هذا الوجه

قال وإذا ضرب بطن امرأة فألقت جنيناً ميتاً ففيه غرة وهي نصف
عشر الدية . قال رضي الله عنه معناه دية الرجل ، وهذا في الذكر
وفي الأنثى عشر دية المرأة ، وكل منهما خمسمائة درهم ، والقياس
أن لا يجب شيء لأنه لم يتيقن بحياته ، والظاهر لا يصلح حجة

يكون أهلاً لوجوب الحق له من عتق أو إرث أو نسب أو وصية ولا اعتبار للوجه الأول
يكون أصلاً لوجوب الحق عليه ، فأما بعدما يولد فله ذمة صالحة ، ولهذا لو انقلب
على مال إنسان فأنقلبه كان ضامناً له ويلزمه مهر امرأته بعقد الولي عليه .

(قال) أي القدوري (وإذا ضرب بطن امرأة فألقت جنيناً ميتاً ففيه غرة وهي
نصف عشر الدية) إلى هنا لفظ القدوري (قال رضي الله عنه معناه دية الرجل ، وهذا في الذكر)
أي في الجنين الذكر (في الأنثى عشر دية المرأة وكل منها خمسمائة درهم) لأن كل واحد من نصف
عشر دية الرجل ومن عشر دية المرأة خمسمائة درهم أو بغرة بضم الفين المعجمة وتشديد
الراء وهو خيار المال كالفرس والبعير النجيب والعبد والأمة الفارمة ، كذا في المغرب .
وفي مبسوط شيخ الإسلام سمي بدل الجنين غرة لأن الواجب عبد والعبد يسمى غرة .
وقيل لأنه أول مقدار ظهر في باب الدية ، وغرة الشيء أوله كما سمي أول الشهر غرة ،
وسمى وجه الإنسان غرة لأنه أول شيء يظهر منه الوجه

(والقياس أن لا يجب شيء) أي في الجنين (لأنه لم يتيقن بحياته) لأنه يحتمل أنه
مات في بطن أمه بفعله ، ويحتمل أنه كان ميتاً قبل ذلك فلا يجب الضمان بالشك ، ولهذا
لا يجب شيء في اجنة البهائم ، ألا ترى أنه من ضرب شاة فألقت جنيناً ميتاً كان عليه
تقصاتها ولا شيء عليه في الجنين (والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق) هذا جواب عما
يقال الظاهر أنه حي أو معد للحياة ، فأجاب بقوله والظاهر لا يصلح أن يكون حجة
لاستحقاق شيء كما في جنين البهيمة كما ذكره ، يعني لا يصلح حجة للإلزام على الغير ، وإنما
قيد به لأن الظاهر يعتبر إذا لم يكن فيه إلزام الغير كما في رضيع أحد أبويه مسلم أعتقه
عن كفارة القتل ، فأجاب لأن الظاهر به سلامة الأعضاء من ذلك في أول كتاب الديات
وبالقياس قال زفر ذكره في الدخيرة .

للإستحقاق . وجه الإستحسان ما روي عن النبي عليه السلام
انه قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة ، ويروى أو خمسمائة
فتركنا القياس بالأثر ، وهو حجة على من قدرها بستمئة نحو مالك
والشافعي «رح» . وهو على العاقلة عندنا إذا كانت خمسمائة درهم .

(وجه الاستحسان ما روى أن النبي ﷺ أنه قال في الجنين غرة عبد أو أمة
قيمه خمسمائة) هذا غريب (ويروى أو خمسمائة) هذا رواه الطبراني في معجمه من
حديث أبي المليح عن أبيه مطولاً وفيه غرة عبد أو أمة أو خمسمائة ، والحديث في
الصحيحين عن أبي بكر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قضى في جنين امرأة من بني لحيان
بغرة عبد أو أمة وليس فيه ذكر الخمسمائة . وروى محمد بن الحسن في موطأه عن مالك
عن ابن شهاب عن معبد بن المسيب عن رسول الله ﷺ قضى في الجنين يقتل في بطن أمه
بغرة عبد أو وليدة ، فقال الذي قضى عليه كيف أغرم من لا شرب ولا أكل ولا استهل
ومثل ذلك بطل ، فقال رسول الله ﷺ إنما هذا من أخوان الكفار . قوله غرة عبد أو
أمة بالرفع ، لانه صفة الغرة وتغيرها ، ويروى بالإضافة والاول أحسن (فتركنا القياس
بالأثر) أي بالحديث من النبي ﷺ وبالأثر من غيره .

وروى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا اسماعيل بن عباس عن زيد بن أسلم أن عمر بن
الخطاب رضي الله عنه قوم الغرة خمسمائة دينار . وأخرج أبو داود في سننه عن إبراهيم
النخعي رضي الله تعالى عنه قال الغرة خمسمائة ، يعني وأخرجها (وهو) أي الحديث
المذكور (حجة على من قدرها) عشر الدية لا اختلاف فيه بيننا وبينهم في ذلك بحسب
الاختلاف في الدية ، فندم أن الدية اثني عشر ألفاً ، فالغرة (بستمئة نحو مالك
والشافعي) عندنا عشرة آلاف بغرة خمسمائة .

(وهي) أي الغرة (على العاقلة) أي على عاقلة الضارب (عندنا إذا كانت خمسمائة درهم)
يحتز به عن جنين الأمة إذا كان لا يبلغ خمسمائة ، ولكن هذا لا يصلح لأنها تجب
في جنين الأمة في مال الضارب ، ذكره في الإيضاح والذخيرة وغيرهما .

وقال مالك تجب في ماله لأنه بدل الجزء . ولنا أنه عليه السلام
قضى بالغرة على العاقلة ، ولأنه بدل النفس ، ولهذا سماه عليه السلام
دية ، حيث قال دوه ، وقالوا أندي من لا صاح ولا استهل . الحديث

وقال الاترازي وقوله إذا كان خمسمائة كأنه سهو القلم ، وينبغي أن يكون إذا
بسكون الدال بلا الف بعدها ، يعني انها انما تجب على العاقلة ، لانها مقدرة بخمسمائة ،
والعاقلة تعقل بخمسمائة ولا تعقل ما دونها ، ثم قال ويكلف بعضهم في توجيه ذلك ،
وقال انه احتراز عن جنين الامة إذا لم يبلغ خمسمائة فذاك ليس بشيء ، لان ما يجب في
جنين الامة فهو في مال الضارب حالاً ولا تتحمله العاقلة ، وبه صرح الكرخي في مختصره
وقال الكرخي ايضاً ولا كفارة على الضارب والغرة ورثة الجنين ولا يرث الضارب منها
شيئاً إن كان من ورثة الجنين ، ونقل الاكمل كلام الاثنين في شرحه . (وقال مالك
تجب) أي الغرة (في ماله لانه بدل الجزء) أي الجزء الآدمي ، فصار كقطع اصبع
من أصابعه .

(ولنا أنه عليه السلام قضى بالغرة على العاقلة) أي النبي ﷺ حكم بوجوب الغرة على
عاقلة الضارب ، رواه ابن أبي شيبة في مصنفه من حديث الشعبي عن جابر رضى الله عنه
أن النبي ﷺ جمل الجنين غرة على عاقلة القاتل (ولأنه بدل النفس) أي ولأن الغرة بدل
النفس ، وذكر الضمير باعتبار المذكور (ولهذا) أي ولكونه بدل النفس (سماه عليه السلام
دية حيث قال دوه) أي أدوا ديته ، وهو أمر للجماعة ، وأصله اريدوه ، لأنه من راده
بدية إذا أدى ديته ، وأصل بدية يوديه ، فحذفت الواو لوقوعها بين الياء والكسرة كما
حذف في يمد ، أصله يوعد حذف منه الواو ، ولذلك حذفت من الأمر تبعاً لفعله ، فلما
حذفت استغنت عن الهمزة ، فحذفت منها فصار دون على وزن همزة .

(وقالوا أندي) أي قال الذي أمره النبي ﷺ بالدية أندي (من لا صاح ولا استهل ..
الحديث) أي اقر الحديث بتمامه ، وتمامه ما رواه الطبراني في معجمه حدثنا محمد بن
عبدالله الحضرمي حدثنا محمد بن أبي عبدالله بن أبي ليلى حدثني ابن أبي ليلى عن الحكم

إلا أن العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة وتجب في سنة . وقال الشافعي
في ثلاث سنين لأنه بدل النفس ، ولهذا يكون موروثاً بين ورثته .
ولنا ما روي عن محمد بن الحسن أنه قال بلغنا أن رسول الله عليه
السلام جعل على العاقلة في سنة ،

عن مجاهد عن حمل بن مالك بن النابغة الهذلي كانت عنده امرأة فتزوج عليها أخرى
فتغابرتا ، فضربت أحدهما الأخرى بعمود فسطاط فطرحته ولداً ميتاً ، فقال لهم
رسول الله ﷺ دوه ، فجاء وليها فقال أندي من لا شرب ولا أكل ولا استهل ، ففعل
ذلك بطل ، فقال زجر الأعراب نعم دوه ، فيه غرة عبد أو وليدة ، انتهى . وحمل
بفتح الحاء المهملة وبفتح الميم واللام اسم إحدى المراتين مليكة ، والأخرى أم غطيف ،
وقال أبو موسى المدنية الحافظ في كتاب الامالي في باب الغين المعجمة أم غطيف القدلية
هي التي ضربتها أم مليكة فأسقطت .

(إلا أن العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة) قال الاترازي هذا يتعلق بقوله وهي على
العاقلة عندنا إذا كانت خمسمائة ، وكأنه يقول إذا كانت الغرة أقل من خمسمائة درهم لا تعقل
العاقلة كما في جنين الأمة ، وقال الأكل قوله إلا أن العواقل جواب عما يقال الحديث يدل
على أن الدية على العاقلة قليلة كانت أو كثيرة ، وأنتم قيدتم بقولكم إذا كان خمسمائة درهم
وقد علمتم ما يرد عليه من النظر ، انتهى . قلت أراد به ما نقلناه عن السكاكي وعن
الاترازي أنها (وتجب في سنته) أي تجب الغرة على العاقلة في سنته .

(وقال الشافعي «رح» في ثلاث سنين) أي تجب في ثلاث سنين ، فان قلت ذكر في
وجيزهم إن غرة الجنين تجب في سنته كمنهنا . وأجيب بأنه يحتمل أن يكون عن
الشافعي «رح» روايتان فليتأمل (لانه) أي لان الغرة (بدل النفس) أي نفس الجنين ،
وما وجب في قتل النفس مؤجل إلى ثلاث سنين (ولهذا) أي ولكونها بدل النفس
(يكون موروثاً بين ورثته) أي ورثة الجنين سوى الضارب .

(ولنا ما روي عن محمد بن الحسن أنه قال بلغنا أن رسول الله ﷺ جعل على العاقلة في

ولأنه إن كان بدل النفس من حيث أنه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الإتصال بالأم ، فعملنا بالشبه الأول في حق التوريث ، وبالثاني في حق التأجيل إلى سنة ، لأنه بدل العضو إذا كان ثلث الدية أو أقل أكثر من نصف العشر يجب في سنة ، بخلاف أجزاء الدية ، لأن كل جزء منها على من وجب يجب في ثلاث

(سنة) هذا غريب (ولأنه إن كان بدل النفس من حيث أنه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الإتصال بالأم) حاصل الكلام أن الجنين له شبهان بالنفس وبالعضو من حيث أنه حي ب حياة ونفسه نفس على حدة ، ومن حيث أنه متصل بالأم فهو كمضو من أعضائها (فعملنا بالشبه الأول في حق التوريث ، وبالثاني أي وعملنا بالشبه الثاني (في حق التأجيل إلى سنة ، لأنه بدل العضو إذا كان ثلث الدية أو أقل أو أكثر من نصف العشر يجب في سنة) أي تجب الغرة في سنة واحدة ، وقوله بدون الواو العاطفة في أوله هو الصحيح من النسخ ، وفي بعضها أو أكثر وكلاهما غير صحيح ، لان المراد أن يكون الاقل من ثلث الدية أكثر من نصف العشر ، وإنما يكون إذا كان أكثر صفة لاقل أو بدلا منه .

وقال الاكمل وهل المطف بالواو وبقيد ذلك ايضاً ، ولكن لم يبين وجهه . وقال الاترازي ولنا التقييد بالاكثر نظر ، لانه إذا لم يكن أكثر من نصف عشر الدية بل كانت قدر نصف عشر الدية تجب في سنة ، وكان ينبغي أن يقول إذا كان بدل العضو نصف عشر الدية ، أي ثلثها تجب في سنة .

(بخلاف أجزاء الدية ، لان كل جزء منها على من وجب يجب في ثلاث سنين) صورته أن يشترك عشرون رجلا في قتل رجل خطأ ، فإنه يجب على كل واحد منهم نصف عشر الدية في ثلاث سنين (ويستوى فيه) أي في وجوب قدر الغرة (الذكر والانثى) وهو قوله ~~في الجنين غرة عبد أو أمة~~ ، وبه قال الشافعي وأحمد وعامة أهل العلم.

سنين . ويستوي فيه الذكر والأنثى لإطلاق ما روينا ، ولأن في
الحين إنما ظهر التفاوت لتفاوت معاني الآدمية ، ولا تفاوت في
الجنينين فيقدر بمقدار واحد وهو خمسمائة ، فإن ألفت حياً ثم مات
ففيه دية كاملة ، لأنه ألفت حياً بالضرب السابق وإن ألفت ميتاً
ثم ماتت الأم فعليه دية بقتل الأم وغرة بإلقائها وقد صرح أنه عليه

(ولان في الحين) هذا دليل معقول على التساوى بين الذكر والانثى في الغرة ، وقوله
الحين بالحاء المهملة تثنية حي وإرادتهما للذكرين المنفصلين الحين أو أحدهما ذكر والاخرى انثى
(إنما ظهر التفاوت لتفاوت معاني الآدمية) بأن كان دية الذكر ألف دينار ، ودية الانثى
خمسمائة دينار (ولا تفاوت في الجنينين) تثنية جنين بالجيم ومالكية التصرفات والشهادة
وغيرها في الذكر ولا وجود هذا في الجنين حتى يتصور فيه معنى التفصيل ، فينبغي
وصف الآدمية فحسب ، فإذا كان كذلك (فيقدر بمقدار واحد وهو خمسمائة) لانهما سواء
في وصف الآدمية فقط به .

قال أي القدوري (فإن ألفت حياً ثم مات ففيه دية كاملة لانه) أى لان الضارب
(ألفت حياً بالضرب السابق) ولا خلاف لاهل العلم فيه ، قاله ابن المنذر ، ولكنهم
اختلفوا في هذه المسألة في ثلاث فصول ، أحدها أنه أثبتت جناية بكل أمانة قتل
عليها من الاستهلال والإرضاع أو النفس أو العطاس أو غيره ، وهو قولنا وقول الشافعي
واحد . وقال مالك وأحمد في رواية والزهري وقتادة واسحاق ولا يثبت له حكم الحياة
إلا بالاستهلال وهو الصياح وهو قول ابن عباس والحسن بن علي وجابر وعمر في رواية
عنه للشافعي وقال أحمد والمزني لو كان سقوطه لسنة أشهر فصاعداً تجب الدية الثالثة قال أحمد
إنما تجب دية إذا علم موته بسبب الضربة لسقوطه في الحال وبقائه سالماً إلى أن يموت
أو بقاء امه متألماً إلى أن تسقطه .

(وإن ألفت ميتاً ثم ماتت الأم فعليه دية بقتل الأم وغرة بإلقائها) هذا أيضاً من
القدوري (وقد صرح أنه عليه السلام قضى في هذا بالدية والغرة) لم يذكر أحد من

السلام قضى في هذا بالدية والغرة . وإن ماتت الأم من الضربة
ثم خرج الجنين بعد ذلك حياً ثم مات فعليه دية في الأم
ودية في الجنين ، لأنه قاتل شخصين . وإن ماتت ثم ألفت ميتاً
فعليه دية في الأم ولا شيء في الجنين . وقال الشافعي تجب الغرة
في الجنين ، لأن الظاهر موته بالضرب فصار كما إذا ألقته ميتاً وهي
حية . ولنا أن موت الأم أحد سببي موته ، لأنه يَحْتَقِق بموتها إذا
تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك .

الشراح هذا الحديث حتى قال المخرج نظرت في الكتب الستة فلم أجد بهذا المعنى والذي
فيها عن أبي هريرة رضى الله تعالى عنه أن النبي ﷺ قضى في جنين امرأة من بني لحيان
بغرة عبد أو أمة ، ثم إن المرأة التي قضى عليها بالغرة توفيت فقضى رسول الله ﷺ أن
ميراثها لها ولزوجها ، وأن العقل على عصمتها .

(وإن ماتت الأم من الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حياً ثم مات فعليه دية في
الأم ودية في الجنين) ذكر هذا تقريراً على مسألة القدوري (لأنه قاتل شخصين) وذلك
لأنه لما انفصل عنها حياً اعتبر حكمه بنفسه بدلالة أنه يجب فيه إرث كامل فصار قاتلاً
للإثنين (وإن ماتت ثم ألفت ميتاً فعليه دية في الأم ولا شيء في الجنين) هذا لفظ
القدوري وبه قال مالك .

(وقال الشافعي «رح» تجب الغرة في الجنين) وبه قال أحمد «رح» (لأن الظاهر
موته) أى موت الجنين (بالضرب فصار كما إذا ألقته) حال كونه (ميتاً وهي حية)
أى والحال أن الأم بالحياة .

(ولنا أن موت الأم أحد سببي موته) أى موت الجنين ، والسبب الآخر الضرب
(لأنه يَحْتَقِق بموتها ، إذا تنفسه بتنفسها) فيتمكن الاشتباه (ولا يجب الضمان بالشك)
في سببه هلاكه حين الانفصال ، وقال تاج الشريعة فإن قلت عموم قوله عليه السلام غرة

قال وما يجب في الجنين موروث عنه لأنه بدل نفسه فيرثه ورثته
ولا يرثه الضارب ، حتى لو ضرب بطن امرأة فألقت ابنه ميتاً فعلى
عاقلة الأب غرة ولا يرث منها ، لأنه قاتل بغير حق مباشرة ولا
ميراث للقاتل . قال وفي جنين الأمة إذا كان ذكراً نصف عشر قيمته
لو كان حياً وعشر قيمته لو كان أنثى . وقال الشافعي «رح» فيه
عشر قيمة الأم ، لأنه جزء من وجه ، وضمان الأجزاء يؤخذ

عبد أو أمة يتناول المتنازع فيه . قلت لا بد من إضماره فيصير كأنه قال في اتلاف
الجنين والشك وقع في ذلك

(قال) أى القدورى (وما يجب في الجنين موروث عنه) يعني غرة الجنين بين
ورثته . وقال الليث غرة الجنين لام الجنين (لأنه بدل نفسه فيرثه ورثته ولا يرثه الضارب
حتى لو ضرب بطن امرأته فألقت ابنه ميتاً فعلى عاقلة الأب غرة ولا يرث منها) أى ولا
يرث الأب من الغرة (لأنه قاتل بغير حق مباشرة) أى من حيث المباشرة لا من حيث
التسبب (ولا ميراث للقاتل) بالنص .

(قال) أى القدورى (وفي جنين الأمة إذا كان ذكراً نصف عشر قيمته لو كان
حياً وعشر قيمته لو كان أنثى) بيانه انه يقوم الجنين بعد انفصاله ميتاً على لونه . وهياته
لو كان حياً ينظر كم قيمته بهذا المكان ، فإذا ظهر فيعد هذا إذا كان ذكراً أو جـب نصف
عشر قيمته ، وإن كان أنثى وجب عشر قيمته ، ولو لم يعلم ذكورة الجنين ولا أنوثته
يؤخذ بالمتيقن كالحنثى المشكل كمن قتل عمداً خطأ والمقتول خنثى مشكل فانه يجب
المتيقن ، كذا هاهنا ولو ضاع الجنين ولا يمكننا تقويمه باعتبار لونه وهياته لو كان حياً
ووقع التنازع في قيمته كان القول للضارب ، لأنه منكر للزيادة كما لو قتل عبداً خطأ
ووقع في قيمته التنازع وعجز القاضي عن تقويمه باعتبار حاله وهياته لو كان حياً كان
القول للقاتل مع اليمين ، كذا هنا الكل من الذخيرة .

(وقال الشافعي «رح» فيه عشر قيمة الأم لأنه جزء من وجه وضمان الأجزاء يؤخذ

مقدارها من الأصل. ولنا أنه بدل نفسه، لأن ضمان الطرف لا يجب إلا عند ظهور النقصان من الأصل، ولا معتبر به في ضمان الجنين، فكان بدل نفسه فيقدر بها. وقال أبو يوسف «رح» يجب ضمان النقصان لو انتقصت الأم اعتباراً بجنين البهائم، وهذا لأن الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده على ما نذكره إن شاء الله تعالى

مقدارها من الأصل) لأنه جنين مات بالجنابة في بطن الأم فلم يختلف ضمانه بالذكر والآنثة كجنين الحرة لإطلاق النصوص وبه قال مالك وأحمد وابن المنذر وهو قول الحسن والنخعي والزهري وقتادة وإسحاق. وعن بعض أصحاب الشافعي يعتبر قيمته يوم أسقطت.

(ولنا أنه بدل نفسه) أي أن الغرة بدل نفس الجنين ويذكر الضمير على معنى وجوب الغرة (لأن ضمان الطرف لا يجب إلا عند ظهور النقصان في الأصل) حتى لو قطع سناً ثم نبت مكانه أخرى لم يجب شيء (ولا معتبر به) أي بظهور النقصان في الأم (في ضمان الجنين، فكان) أي ضمان الجنين (بدل نفسه فيقدر بها) أي بقيمة نفس الجنين ولا بقيمة الأم، لأن وجوبه باعتبار معنى النفسية الخيرية.

(وقال أبو يوسف «رح» يجب ضمان النقصان) أي ضمان نقصان الأم (لو انتقصت الأم اعتباراً بجنين البهائم) أي قياساً على جنين البهائم، فإن النقصان يجب فيها بلا خلاف لأحد، هذا غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف قال في المبسوط ثم وجوب البدن في وجوب الأمة قول أبي حنيفة ومحمد، وهو ظاهر من قول أبي يوسف. وعن أبي يوسف في رواية أنه لا يجب القصاص... الأم أن تمكن فيها نقص، وإن لم يتمكن لا يجب شيء كما في البهيمة.

(وهذا) أي هذا الخلاف (لأن الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده) أي عند أبي يوسف «رح»، وعندهما ضمان الجنائيات (على ما نذكره إن شاء الله تعالى) أشار به إلى ما ذكره في باب جنائيات المملوك في أول الفصل الذي بعده في مسألة قتل العبد خطأ بقوله لها إن الضمان بدل المالبة.

فصح الإعتبار على أصله . قال فإن ضربت فأعتق المولى ما في بطنها
ثم ألقته حياً ثم مات ففيه قيمته حياً ولا تجب الدية ، وإن
مات بعد العتق لأنه قتله بالضرب السابق وقد كان في حالة
الرق ، فلماذا تجب القيمة دون الدية وتجب قيمته حياً ، لأنه
صار قاتلاً إياه وهو حي ، فنظرنا إلى حالتي السبب والتلف .
وقيل هذا عندهما وعند محمد «رح» تجب قيمته ما بين كونه
مضروباً إلى كونه غير مضروب ،

وقال السكاكي وهذا بناء على اختلافهم في ضمان الجنابة على المالك ، فعند أبي يوسف
هو بمنزلة ضمان المال حتى يجب بالغا ما بلغ ، وعندهما بدل النفس . ولهذا لا يزداد على
مقدار المالبسة ، كذا في المبسوط (فصح اعتباراً على أصله) أي صح اعتبار البهائم على
أصل أبي يوسف .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (فإن ضربت) أي فإن ضرب بطن أمه . وفي
بعض النسخ فإن ضربت بصيفة المجهول ، أي الأمة . وكذا في نسخة شيخنا العلماء «رحمه
الله» (فأعتق المولى ما في بطنها ، ثم ألقته حياً ثم مات ففيه قيمته حياً ، ولا تجب الدية
وإن مات بعد العتق لأنه قتله بالضرب السابق ، وقد كان في حالة الرق ، فلماذا تجب
القيمة دون الدية وتجب قيمته حياً ، لأنه صار قاتلاً إياه وهو حي . فنظرنا إلى حالتي
السبب والتلف) يعني أوجبنا للقيمة دون الدية اعتباراً لحالة الضرب ، وأوجبنا قيمته
حياً لامشكوكاً في حياته اعتباراً بحالة التلف ، ولا يقال إن هذا اعتبار بحالة الضرب
فمحسب ، لأن الواجب في تلك الحال قيمته حياً أيضاً ، لأن نقول جاز أن يكون حياً
فلا يجب قيمته حياً هناك ، بل تجب القرة .

(وقيل هذا عندهما) يعني قول محمد في الجامع الصغير ضمنه قيمته حياً عند أبي حنيفة
وأبي يوسف (وعند محمد تجب قيمته ما بين كونه مضروباً إلى كونه غير مضروب) أي

لأن الإعتاق قاطع للسراية على ما يأتيك من بعد إن شاء الله تعالى .
قال ولا كفارة في الجنين وعند الشافعي تجب لأنه نفس من وجه
فتجب الكفارة احتياطاً . ولنا أن الكفارة فيها معنى العقوبة وقد
عرفت في النفوس المطلقة فلا تتعدها ، ولهذا لم يجب كل البدل ،
قالوا إلا أن يشاء ذلك ، لأنه ارتكب محظوراً فإذا تقرب إلى الله
تعالى كان أفضل له ويستغفر بما صنع .

تجب تفاوت ما بينهما ، حتى لو كانت قيمته غير مضروب ألف درهم وقيمه مضروباً ثمان
مائة تجب على الضارب مائتا درهم (لأن الإعتاق قاطع للسراية على ما يأتيك من بعد إن
شاء الله تعالى) أي في باب جنابة المملوك في مسألة من قطع يد عبد فأعتقه المولى ثم مات
من ذلك .

(قال) أي القدوري (ولا كفارة في الجنين) قال الكرخي في مختصره ولا كفارة
على الضارب وإن سقط كامل الخلق ميتاً ولا كفارة فيه ، إلا إن شاء ذلك ، فإن فعل
ذلك فهو فصل وليس ذلك عليه عندنا بواجب ولتقرب إلى الله تعالى بما استطاع من خير
وليستغفر الله تعالى بما صنع .

(وعند الشافعي رحمه الله ، تجب) الكفارة ، وبه قال مالك وأحمد وأكثر أهل
العلم (لأنه نفس من وجه فتجب الكفارة احتياطاً . ولنا أن الكفارة فيها معنى العقوبة ،
وقد عرفت في النفوس المطلقة) أي الكاملة ، والشرع قدر بإيجابها فيها (فلا تتعدها)
أي فلا يتمدى وجوبها النفوس المطلقة ، ولأن الجنين جزء من وجه ، بدليل أنه يعتق
بعق الأم يتغذى بغذائها ، ويتنفس بنفسها ، ولا يكمل إرثه كسائر الأعضاء ، حيث لا
يجب فيه دية كاملة . أشار إليه بقوله (ولهذا لم يجب كل البدل قالوا) أي المشايخ (إلا
أن يشاء ذلك) أي الضارب إذا شاء إعطاء الكفارة (لأنه) أي لأن الضارب (ارتكب
محظوراً ، فإذا تقرب إلى الله تعالى كان أفضل له ويستغفر الله بما صنع) وقد ذكرنا هذا
عن الكرخي عن قريب .

والجنين الذي قد استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام في جميع هذه الأحكام لإطلاق ما رويناه . ولأنه ولد في حق أمومية الولد وانقضاء العدة والنفاس وغير ذلك ، فكذا في حق هذا الحكم . ولأن بهذا القدر يتميز عن العلقه والدم ، فكان نفساً والله أعلم .

(والجنين الذي قد استبان بعض خلقه) قيد به لأنه لو لم يستبين شيء من خلقه لا يكون بمنزلة الولد هو إن كان علقه فلا حكم لها في حق هذه الأحكام ولا يعلم فيه خلاف . أما لو ألفت مضغة ولم يبين فيه شيء من خلقه فشهدت نقاة من القوايل أنه مبتدأ خلق آدمي ، ولو بقى التصور فلا غرة فيه ، وبه قال الشافعي « رحمه الله » في الأصح وأحمد في رواية ، لأنه كالعلقه والنطفة ، وعندنا فيه حكومة . وقال الشافعي « رحمه الله » في قول وأحمد في رواية فيه الغرة ، وبه قال مالك (بمنزلة الجنين التام في جميع هذه الأحكام) نحو انقضاء العمد ، وكون المرأة نفساً ، وكون الأمة أم ولد إذا ادعاه المولى وانقطاع الرجعة وعدم جواز الوطء في نفاسها (لإطلاق ما رويناه) وهو أن النبي ﷺ قضى في الغرة في الجنين ولم يفصل حيث قال وفي الجنين غرة .

(ولأنه) أي ولأن الجنين (ولد في حق أمومية الولد وانقضاء العدة والنفاس وغير ذلك) ما ذكرناه الآن (فكذا في حق هذا الحكم) أي في وجوب العدة .

(ولأن بهذا القدر) أي باستبان بعض خلقه (يتميز عن العلقه والدم ، فكان نفساً والله أعلم) لأنه ليس بعد العلقه إلا أن يكون نفساً . وفي الفتاوى الصغرى المرأة إذا ضربت بطن نفسها متمعدة أو شربت دواء يسقط ولدها فسقط يضمن عاقلتها الغرة ، ونقله عن الزيادات . وفي الواقعات على عاقلتها الدية في ثلاث سنين ، أما إن كانت لها عاقلة وإن لم تكن فذاك من مالها ولا ترث منها شيئاً وعليها الكفارة . ولو ألفت جنيناً ميتاً تجب الغرة على العاقلة في سنة واحدة . ولو كان الشرب لإصلاح البدن فلا شيء عليها فلا ترث منه شيئاً .

وفي الذخيرة شربت أو حملت حملاً ثقيلاً أو وضعت في قبلها شيئاً حتى ألفت جنيناً فعلى عاقلتها الغرة خمسمائة في سنة ، أو قبلت متمممة بغير إذن الزوج ، وإن قبلت بإذنه فلا ضمان ، وعند الأئمة الثلاثة وأكثر أهل العلم تجب الغرة على عاقلتها بالإذن وبغير الإذن ، ويحبب الكفارة أيضاً كما في غيره . وفي الذخيرة اشترى جارية فحبلت منه ثم ضربت بطن نفسها أو شربت دواء أو عاجلت قبلها متمممة فسقط الجنين ميتاً ثم استحقت وقضى المستحق بالجارية وعقرها على المشتري . ويقال للمستحق لقد قتلت ولدها وإنه ولد هذا المشتري لأنه ولد المبرور جريباً بالقيمة فالجنين مضمون بالغرة فادفع امتك أو ردها الغرة الجنين الحر ، ولا يعلم فيه خلاف .



باب ما يحدثه الرجل في الطريق

قال ومن أخرج إلى الطريق الأعظم كنيفاً أو ميزاباً أو جرسنا
أو بنى دكاناً فلرجل من عرض الناس

(باب ما يحدثه الرجل في الطريق)

أي هذا باب في بيان حكم ما يحدثه الرجل في طريق الناس من أنواع الأشياء التي ذكرها المصنف .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن أخرج إلى الطريق الأعظم كنيفاً) وهو المستراح وهو بيت الماء (أو ميزاباً) ذكره الجوهري في مادة وزب ، وقال الميزاب النقب فارسي معرب ، وقد عرب بالهمزة وربما لم يهمز ، والجمع الممازيب إذا همزت ، وميازيب إذا لم تهمز . وذكر أيضاً في باب أزب وقال الميزاب ، وربما لم يهمز . وقال في مادة رزب بالراء ثم الزاي المزراب لفة في الميزاب ، وليست بالفصيحة . وقال المنقب بالفتح واحد مناقب لحياض ، والمثعب بالميم مسيل الماء في الوادي وجمعه ثعبان .

(أو جرسنا) بضم الجيم وسكون الراء وضم الصاد والتون الحقيقية . وفي المغرب الجرسنا دخیل ، أي ليس بعربي أصلي وهو الجزع يخرج الإنسان من الحائط إلى الطريق ليبنى عليه ، وفسره الفقيه أبو الليث « رحمه الله » بالبرج الذي يكون في الحائط . وقال فخر الإسلام اختلف فيه فقال بعضهم هو البرج . وقال بعضهم هو مجرى ماء مركب في حائط ما في فكيف ما كان فهو بعد حق المسلمين وهو فارسي معرب إذ ليس في العربية كلام على هذا التركيب ، أعني الجيم والراء والصاد ، بل مهمل في كلامهم .

(أو بنى دكاناً) قال الجوهري الدكان واحد الدكاكين وهي الحوانيت فارسي معرب (فلرجل من عرض الناس) العرض بالضم الجانب وفلان من عرض المشيرة أي من

أن ينزعه ، لأن كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوابه فكان له حق النقض كما في الملك المشترك ، فإن لكل واحد حق النقض لو أحدث غيرهم فيه شيئاً ، فكذا في الحق المشترك . قال ويسع للذي عمله أن يتنفع به ما لم يضر بالمسلمين ، لأن له حق المرور ولا ضرر فيه ، فيلحق ما في معناه به ،

شقها لا من صميمها . وقيل المراد من العرض هنا أبعد الناس منزلة ، أي أضعفهم وأرذلهم (أن ينزعه ، لأن كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوابه فكان له) أي لعرض الناس (حق النقض) سواء كان فيه ضرراً ولا إذا وضع بغير إذن الإمام ، لأن اليد فيما يكون للعامة للأمر ، وله ولاية المنع قبل الوضع أيضاً . وقال أبو يوسف لكل أحد المنع قبل الوضع . وقال محمد ليس له أن يمنع ابتداء ولا أن يخاصم بالدفع بعد الوضع إذا لم يكن فيه ضرر ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد والنخعي والأوزاعي وإسحاق « رح » ، وفيما يضر لا يجوز بلا خلاف أذن الإمام أو لم يأذن .

واختلف فيما لا يضر ، قيل إن كان شارعاً يمر فيه الجيوش والأحمال فيكون بحيث إذا سار فيه الفارس ورحله منصوب لا يبلغه . وقال الأكثر لا يقدر بذلك ، بل يكون لا يضر بالمعارات والمحامل . وفي المبسوط لا يقضي عليه بالهدم بخصومة العبيد والصبيان والمهجورين وينقص لخاصته الذمي فإن له حقاً في الطريق ، فإن بنى مشعباً للعامة لا يضر المسلمين لا ينقص ، كذا روي عن محمد . وكذا لو قعد بالبيع والشراء لا يضر بالمسلمين لا يمنع ، وإن كان يضر يمنع . وأما الضمان فالذي أخرجه ضامن لما تلف به ، لكن التلف إن كان آدمياً فالضمان على عاقلته .

(كما في الملك المشترك ، فإن لكل واحد حق النقض لو أحدث غيرهم فيه شيئاً ، فكذا في الحق المشترك) لكل واحد منعه (ويسع للذي عمله أن يتنفع به ما لم يضر بالمسلمين ، لأن حق المرور ولا ضرر فيه ، فيلحق به) أي بالمرور (ما في معناه) أي فيلحق ما في معنى المرور . قال الأتزازي يعني يجوز له الانتفاع بالحرص ونحوه ما لم يضر

إذا المانع متعنت . فإذا أضر بالمسلمين كره له ذلك لقوله عليه السلام
لا ضرر ولا ضرار في الإسلام . قال وليس لأحد من أهل الدرب
الذي ليس بنافذ

بغيره كالمرور (إذا المانع متعنت) أي المانع من الانتفاع بما لا ضرر فيه لأحد متعنت وهو
الذي يخاصم فيما لا ضرر فيه لنفسه أو لغيره .

(فإذا أضر بالمسلمين كره له ذلك لقوله ﷺ) أي لقول النبي ﷺ (لا ضرر ولا
ضرار في الإسلام) هذا الحديث روي عن جماعة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم منهم
جابر رضي الله تعالى عنه ، وروى حديثه الطبراني قال ، قال رسول الله ﷺ لا ضرر ولا
ضرار في الإسلام ، ومنهم عبادة بن الصامت روى حديثه ابن ماجه عن عبادة أن رسول
الله ﷺ قضى أن لا ضرر ولا ضرار . ومنهم ابن عباس روى حديثه ابن ماجه أيضاً .
ومنهم أبو سعيد الخدري روى حديثه الحاكم في المستدرک ولفظه لا ضرر ولا ضرار ، من
ضر ضره الله ، ومن شق شق الله عليه .

ومنهم أبو هريرة روى حديثه الدارقطني في سننه ولفظه لا ضرر ولا ضرورة . ومنهم
عائشة رضي الله تعالى عنها وروى حديثها الدارقطني نحو لفظ المصنف . وقال ابن الأثير
الضر ضد النفع ضره يضره أو أضر به يضره إضراراً . معنى قوله لا ضرر ، أي لا يضر
الرجل أخاه فينقص من حقه شيئاً ، والضرار فعال من الضرار أي يحازيه على إضراره
بإدخال للضرر عليه . وقيل الضرر ما تضر به صاحبك ، وتتفع به أنت ، والضرار أن
تضره من غير أن تتفع . وقيل هما بمعنى واحد ، والتكرار للتأكيد . وقيل الضرر
يكون من واحد ، والضرار بمعنى المضارة وهو يكون من اثنين (وليس لأحد من أهل
الدرب) وهو الباب الواسع ، والمراد هنا السكة الواسعة (الذي ليس بنافذ) قال فخر
الإسلام والمراد بغير النافذة المملوكة وليس ذلك بعة الملك ، وقد تنفذ وهي المملوكة وقد
يسبل منقذها ، وهي للعامة ، لكن ذلك دليل على الملك غالباً ، فأقيم مقامه ووجب

أن يشرع كنيفاً ولا ميزاباً إلا بإذنهم لأنها مملوكة لهم ، ولهذا وجبت
الشفعة لهم على كل حال ، فلا يجوز التصرف أضربهم أو لم يضرب إلا
بإذنهم وفي الطريق النافذ له التصرف إلا إذا أضرب لأنه يتعذر الوصول
إلى إذن الكل ، فجعل في حق كل واحد كأنه هو المالك وحده حكماً
كيلا يتعطل عليه طريق الانتفاع ، ولا كذلك غير النافذ ، لأن
الوصول إلى إرضائهم ممكن ، فبقي على الشركة حقيقة وحكماً .
قال وإذا أشرع في الطريق روشناً أو ميزاباً أو نحوه فسقط على
إنسان فعطب فالدية على عاقلته ، لأنه مسبب لتلفه متعدد بشغله
هواء الطريق ، وهذا

المعمل به حق يقوم الدليل على خلافه (أن يشرع كنيفاً ولا ميزاباً إلا بإذنهم ، لأنها
مملوكة لهم ، ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال) يعني سواء كانوا متلازقين أو لم
يكونوا (فلا يجوز التصرف أضربهم أو لم يضرب إلا بإذنهم ، وفي الطريق النافذ له
التصرف إلا إذا أضرب لأنه يتعذر الوصول إلى إذن الكل ، فيجعل في حق كل واحد كأنه
هو المالك وحده حكماً كيلا يتعطل عليه طريق الانتفاع ولا كذلك غير النافذ ، لأن
الوصول إلى إرضائهم ممكن ، فبقي على الشركة حقيقة وحكماً) أي من حيث الحقيقة
والحكم ، وهو ظاهر .

(قال) أي القدوري (وإذا أشرع) يقال أشرع باباً في الطريق ، أي فتحه وأشرع
رسمه أي رسمه (في الطريق روشناً) هو المرعى على العلو ، وقيل هو مثل الرف ، وقيل
الروشن هو أن يضع الخشبة على جداري السطحين ليتمكن من المرور . وقال الجوهري
الروشن الكوة ، ذكره في باب روشن فيدل على أن الوار زائدة (أو ميزاباً أو نحوه)
مثل إن وضع جزءاً أو صغيرة شاخصة ، أو وضع جناحاً (فسقط على إنسان فعطب
فالدية على عاقلته ، لأنه مسبب لتلفه متعدد بشغله هواء الطريق ، وهذا) أي التسبب

من أسباب الضمان وهو الأصل . وكذلك إذا سقط شيء مما ذكرنا في أول الباب ، وكذا إذا تعثر بنقضه إنسان ، أو عطبت به دابة ، وإن عثر بذلك رجل فوقع على آخر فماتا فالضمان على الذي أحدثه فيهما ، لأنه يصير كالمدافع إياه عليه . وإن سقط الميزاب نظر ، فإن أصاب ما كان منه في الحائط رجلاً فقتله فلا ضمان عليه لأنه غير متعد فيه لما أنه وضعه في ملكه . وإن أصابه ما كان خارجاً من الحائط فالضمان على الذي وضعه لكونه متعدياً

بطريق التعدي (من أسباب الضمان) ولا خلاف لأحد فيه (وهو الأصل) أي التعدي أصل في باب الضمان .

(وكذلك) أي وكذا تجب الدية على العاقلة (إذا تعثر بنقضه) بضمن النون وسكون اللب (وهي الكنيف والميزاب والجرصين والدكان المبني على الطريق .
(وكذا) أي وكذا تجب الدية على العاقلة (إذا تعثر بنقضه) بضمن النون وسكون القاف ، وهو اسم البناء المنقوض ، كذا في ديوان الأدب ، وروي عن بعضهم بكسر النون (إنسان أو عطبت به دابة) ففي عطوب الدابة يجب ضمانها في ماله (وإن عثر بذلك رجل فوقع على آخر فماتا فالضمان على الذي أحدثه فيهما) أي في الرجلين ، يعني ضمان الرجلين على الحادث في الطريق (لأنه يصير كالمدافع إياه عليه) وإذا نحر رجل شيئاً من ذلك عن موضعه فعطب به آخر فالضمان على الذي نحره وقد خرج الأول من الضمان .

فإن قيل هذا احتساب حيث أطاق الأذى عن الطريق . أجيب بلى ولكنه أخطأ الحسنة حيث شغل موضعاً آخر من الطريق .

(وإن سقط الميزاب) أي ميزاب رجل سقط على رجل فقتله (نظر ، فإن أصاب ما كان منه في الحائط رجلاً فقتله فلا ضمان عليه ، لأنه غير متعد فيه ، لما أنه وضعه في ملكه . وإن أصابه ما كان خارجاً من الحائط فالضمان على الذي وضعه لكونه متعدياً

فيه ولا ضرورة ، لأنه يمكنه أن يركبه في الحائط ولا كفارة عليه ولا يحرم عن الميراث ، لأنه ليس بقاتل حقيقة . ولو أصابه الطرفان جميعاً وعلم ذلك وجب النصف وهدر النصف ، كما إذا جرحه سبع وإنسان ولو لم يعلم أي طرف أصابه يضمن النصف اعتباراً للأحوال ، ولو أشرع جناحاً إلى الطريق ثم باع الدار فأصاب الجناح رجلاً وقتله أو وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وبرىء إليه منها فتركها المشتري حتى عطب بها إنسان فالضمان على البائع ، لأن فعله وهو الوضع لم يفسخ بزوال ملكه وهو الموجب .

فيه ولا ضروره ، لأنه يمكنه أن يركبه في الحائط ، ولا كفارة عليه (أى على محدث الميزاب ويضره في الطريق إذا مات به إنسان) ولا يحرم عن الميراث لأنه ليس بقاتل حقيقة (وتندفع الضرورة من غير شغل طريق المسلمين ، والكفارة وحرمان الميراث مسببان بالقتل حقيقة ولم يوجد .

(ولو أصابه الطرفان جميعاً) أى الطرفان الداخل في الحائط والخارج عنه (وعلم ذلك وجب النصف وهدر النصف) أى سقط النصف (كما إذا جرحه سبع وإنسان) يجب النصف وهدر النصف (ولو لم يعلم أي طرف أصابه يضمن النصف اعتباراً للأحوال) يعني يضمن في حال بالنظر إلى الخارج عن الحائط ولا يضمن في حال بالنظر إلى الداخل فيضمن نصف الضمان .

(ولو أشرع جناحاً إلى الطريق ثم باع الدار فأصاب الجناح رجلاً فقتله ، أو وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وبرىء إليه منها) أى برىء البائع بتسليمه للمشتري مما يحدث من الخشبة (وتركها المشتري حتى عطب بها إنسان فالضمان على البائع ، لأن فعله) أى فعل الواضع (وهو الوضع لم يفسخ بزوال ملكه وهو الموجب) أى الموجب الضمان هو الوضع .

ولو وضع في الطريق جمرأ فأحرق شيئاً بضمنه ، لأنه متعدد فيه . ولو حركته الريح إلى موضع آخر ثم أحرق شيئاً لم يضمنه لفسخ الريح فعله . وقيل إذا كان اليوم ريحاً بضمنه ، لأنه فعله مع علمه بعاقبته وقد أفضى إليها فجعل كمباشرة ولو استأجر رب الدار الفعلة لإخراج الجناح أو الظلة فوق فقتل إنساناً قبل أن يفرغوا من العمل فالضمان عليهم ، لأن التلف بفعلهم ، وما لم يفرغوا لم يكن العمل مسلماً إلى رب الدار ، وهذا لأنه انقلب فعلهم قتلًا حتى وجبت عليهم الكفارة والقتل غير

(ولو وضع في الطريق جمرأ فأحرق شيئاً بضمنه ، لأنه متعدد فيه ، ولو حركته الريح إلى موضع آخر ثم أحرق شيئاً لم يضمنه لفسخ الريح فعله ، وقيل إن كان يوم ريحاً بضمنه) يعني إذا كانت الريح متحركة حين وضع الجمر على الطريق ثم حرك الريح الجمر بضمنه (لأنه فعله مع علمه بعاقبته) وهي الحريق بواسطة الريح (وقد أفضى إليها) أي إلى العاقبة (فجعل كمباشرة) أي كمباشرة ذلك بنفسه ، وهو اختيار الإمام السرخسي ، وكان شمس الأئمة الحلواني لا يقول بالضمان إذا حركه الريح عن مكانه من غير تفصيل ، وهو قياس قول الأئمة الثلاثة .

(ولو استأجر رب الدار الفعلة) وهو جمع فاعل كالقتل جمع قاتل (لإخراج الجناح أو الظلة فوق فقتل إنساناً قبل أن يفرغوا من العمل فالضمان عليهم) أي على الفعلة لا على المستأجر الذي هو رب الدار (لأن التلف بفعلهم ، وما لم يفرغوا لم يكن العمل مسلماً إلى رب الدار ، وهذا) أي وجوب الضمان على الفعلة (لأنه انقلب فعلهم) أي فعل الفعلة (قتلًا) حقيقة لظهور أثر فعلهم وهو التلف بالسقوط عليه (حتى وجبت عليهم الكفارة والقتل غير داخل في عقده) أي في عقد المستأجر (فلم ينتقل فعلهم إليه فاقترصر) أي الضمان (عليهم) أي على الفعلة .

داخل في عقده ، فلم ينتقل فعلهم إليه فاقصر عليهم . وإن سقط
 بعد فراغهم فالضمان على رب الدار استحساناً ، لأنه صح
 الإستبجار حتى استحقوا الأجر وقع فعلهم عمارة وإصلاحاً فانتقل
 فعلهم إليه ، فكأنه فعل بنفسه ، فلهذا يضمنه . وكذا إذا صب الماء
 في الطريق فمطب به إنسان أو دابة ، وكذا إذا رش الماء أو توضأ
 لأنه متعدد فيه بإلحاق الضرر بالمارة . بخلاف ما إذا فعل ذلك في
 سكة خير نافذة وهو من أهلها أو قعد أو وضع متاعه ، لأن لكل
 واحد أن يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى كما في
 الدار المشتة . قالوا هذا إذا رش ماء كثيراً بحيث يزلق به عادة ،
 أما إذا رش ماء قليلاً كما هو المعتاد ، والظاهر أنه لا يزلق به

(وإن سقط بعد فراغهم فالضمان على رب الدار استحساناً ، لأنه صح الاستبجار
 حتى استحقوا) أى الفعلة (الأجر ووقع فعلهم عمارة وإصلاحاً فانتقل فعلهم إليه فكأنه
 فعل بنفسه ، فلهذا يضمنه) أى رب الدار استحساناً للأثر الذى جاء في مثله عن شريح
 أنه قضى بالضمان على رب الدار .

(وكذا) يضمن الفاعل (إذا صب الماء في الطريق فمطب به إنسان أو دابة ، وكذا
 إذا رش الماء أو توضأ لأنه متعدد فيه بإلحاق الضرر بالمارة ، بخلاف ما إذا فعل ذلك) أى
 صب الماء أو رشه أو وضعه (في سكة خير نافذة) فإنه لا يضمن (وهو من أهلها) أى
 والحال أنه من أهل السكة (أو قعد أو وضع متاعه ، لأن لكل واحد أن يفعل ذلك
 فيها لكونه من ضرورات السكنى كما في الدار المشتركة) فإن لكل واحد من الشركاء أن
 يفعل ذلك .

(قالوا) أى المشايخ (هذا) أى وجوب الضمان (إذا رش ماء كثيراً بحيث يزلق به
 عادة ، أما إذا رش ماء قليلاً كما هو المعتاد ، والظاهر أنه لا يزلق به لا يضمن) لأنه إذا

عادة لا يضمن . ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش لأنه صاحب علة . وقيل هذا إذا رش بعض الطريق لأنه يجد موضعاً للمرور ، ولا أثر للماء فيه ، فإذا تعمد المرور على موضع صب الماء مع علمه بذلك لم يكن على الراش شيء . وإن رش جميع الطريق يضمن ، لأنه مضطر في المرور . وكذا الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق في أخذها جميعه أو بعضه ، ولو رش فناء حانوت يآذن صاحبه فضمان ما عطب على الأمر استحساناً ،

زلق يكون ذلك من خوفه (ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش ، لأنه) أى لأن الذى تعمد المرور (صاحب علة) لأن السقوط من فعله وهو متعمد ، كالذى رش الماء وإضافة الحكم إلى العلة المحضة أولاً فلا يوجد به صاحب الشرط .

(وقيل هذا) أى عدم وجوب الضمان على الراش (إذا رش بعض الطريق لأنه يجد موضعاً للمرور ولا أثر للماء فيه ، فإذا تعمد المرور على موضع صب الماء مع علمه بذلك لم يكن على الراش شيء ، وإن رش جميع الطريق يضمن لأنه) أى لأن الماء (مضطر في المرور) وفي الواقعات وإذا رأى سائق الدابة أن الماء قد رش في الطريق فساق وكذلك فعطب به فلا ضمان على الذى رش ، وإن لم يره بأن كان ذلك في الليل فالراش ضامن .

(وكذا الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق) أى مثل حكم رش الماء في بعض الطريق وحكم رشه في كل الطريق (فى أخذها) أى فى أخذ الخشبة (جميعه) أى جميع الطريق (أو بعضه) أى فى أخذها بعض الطريق ، فإن كانت موضوعة فى جميع الطريق ففيه الضمان ، وإن كانت فى بعض الطريق فلا ضمان فيه ، لأن المار يجد موضعاً للمرور .

(ولو رش فناء حانوت) الفناء كسر الفاء أعد لحوائح الدار كريط الدابة وكسر الخنطة وهو سعة أمام الدار (يآذن صاحبه ، فضمان ما عطب على الأمر استحساناً) لأن أمره

وإذا استأجر أجيراً ليبني له في فناء حانوته فتعقل به إنسان بعد فراغه من العمل فمات يجب الضمان على الأمر استحساناً . ولو كان أمره بالبناء في وسط الطريق فالضمان على الأجير بفساد الامر قال ومن حفر بئراً في طريق المسلمين أو وضع حجراً فتلف بذلك إنسان فديته على عاقلته ، وإن تلفت بهيمة فضمانها في ماله لأنه متعد فيه فيضمن ما يتولد منه ، غير أن العاقلة تتحمل النفس دون المال ، فكان ضمان البهيمة في ماله وإلقاء التراب واتخاذ

قد صرح لما له من زيادة انتقال الفعل إليه . وفي الفتاوى الصغرى ولو أمر الأجير فرش فناء وكان الأمر ضمن الأمر دون الراش ، والحارث يضمن كيفما كان إذا رش الماء . وفي الخلاصة لو أمره بالوضع في الطريق فتوضاً في الطريق فالضمان على المتوضى .

(وإذا استأجر أجيراً ليبني له في فناء حانوته فتعقل به) أي تشبك وتعقل ويكن بالبناء (إنسان بعد فراغه من العمل فمات يجب الضمان على الأمر استحساناً ، ولو كان أمره بالبناء في وسط الطريق) وفي الجامع المحبوبي والذي ذكر في الكتاب فيما إذا لم يعلم الأجير أن الفناء للغير ، أما إذا علم فالضمان على الأجير ، وبه قالت الأئمة الثلاثة . وقال شيخ الإسلام إن كان الطريق معروفاً للعامة (فالضمان على الأجير لفساد الأمر) لأنه لاحق للأمر في وسط الطريق نفسه أمره فلذلك لم ينقل فعل الأجير إليه ، فكان الأجير هو المتعدي في البناء فوجب عليه ضمانه .

(قال) أي القدوري (ومن حفر بئراً في طريق المسلمين أو وضع حجراً فتلف بذلك إنسان فديته على عاقلته ، وإن تلفت بهيمة فضمانها في ماله ، لأنه متعد فيه فيضمن ما يتولد منه ، غير أن العاقلة تتحمل النفس دون المال ، فكان ضمان البهيمة في ماله) وقال الحاكم في الكافي الحر والعبد سواء فالضمان على عاقلة الحافر ، ولا كفارة عليه ولا يحرم من الميراث .

الطين في الطريق بمنزلة إلقاء الحجر والخشبة لما ذكرنا . بخلاف ما إذا كس الطريق فعطب بموضع كسه إنسان حيث لم يضمن لانه ليس بمتعد ، فإنه ما أحدث شيئاً فيه إنما قصد رفع الأذى عن الطريق ، حتى لو جمع الكناسه في الطريق وتعقل به إنسان كان ضامناً لتعديده بشغله . ولو وضع حجراً فتحاه غيره عن موضعه فعطب به إنسان فالضمان على الذي نحاه ، لأن حكم فعله قد انفسخ لفراغ ما يشغله ، وإنما اشتغل بالفعل الثاني موضع آخر . وفي الجامع الصغير في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق ، فإن أمره السلطان بذلك أو أجبره عليه لم يضمن ، لأنه غير متعد حيث فعل بأمر من له الولاية في حقوق العامة ، وإن كان بغير أمره فهو

(وإلقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة إلقاء الحجر والخشبة) يعني في وجوب الضمان (لما ذكرنا) أي لأنه متعد فيه (بخلاف ما إذا كس الطريق فعطب بموضع كسه إنسان حيث لم يضمن ، لأنه ليس بمتعد فإنه ما أحدث فيه شيئاً ، إنما قصد رفع الأذى عن الطريق ، حتى لو جمع الكناسه في الطريق وتعقل به إنسان) أي تعلق به (كان ضامناً لتعديده بشغله) لأنه شغل طريق المسلمين .

(ولو وضع حجراً فتحاه غيره عن موضعه فعطب به إنسان فالضمان على الذي نحاه ، لأن حكم فعله قد انفسخ لفراغ ما يشغله ، وإنما اشتغل بالفعل الثاني موضع آخر . وفي الجامع الصغير في البالوعة) وهو ما يحفر في وسط الدار ليجمع ماء الوضوء وماء المطر . وفي الصحاح البالوعة نقب في وسط الدار (يحفرها الرجل في الطريق فإن أمره السلطان بذلك أو أجبره عليه) أي على حفر البالوعة (لم يضمن ، لأنه غير متعد ، حيث فعل ما فعل بأمر من له الولاية في حقوق العامة . وإن كان بغير أمره فهو متعد

متعد إما بالتصرف في حق غيره أو بالافتيات على رأي الإمام أو هو مباح مقيد بشرط السلامة . وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره ، لأن المعنى لا يختلف . وكذا إن حفره في ملكه لا يضمن لأنه غير متعد . وكذا إذا حفره في فناء داره ، لأن له ذلك لمصلحة داره والفناء في تصرفه . قيل هذا إذا كان الفناء مملوكاً له أو كان له حق الحفر فيه ، لأنه غير متعد ، أما إذا كان لجماعة المسلمين أو مشتركاً

فيه إما بالتصرف في حق غيره أو بالافتيات على رأي الإمام) وهو الاستعداد بالذي وهو اقتعال من القوت وهو السبق (أو هو) أي حفر البالوعة (مباح مقيد بشرط السلامة) قال في شرح الأقطع وقالوا لو تعدى في الطريق يستريح أو لمرض أو ضعفه فمثر به إنسان يضمن ، لأن المشي في الطريق مباح بشرط السلامة ، كما أن الله تعالى أباح الرمي إلى الصيد ، فلورمي صيداً أو أصاب إنساناً أو شاة ضمن ، واعتبر فيه السلامة ، فكذلك ما هنا .

(وكذا الجواب على هذا التفصيل) وهو أنه لو قطع بأمر من له الولاية في الأمر لا يضمن وبغير أمره ضمن ، ويحل للإمام أن يأمر بذلك إذا لم يضر بالعامة إذا كان الطريق واسعاً ، وإن كان الطريق ضيقاً لا يحل له ذلك (في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه) أي من أول الباب إلى هاهنا من شراع الجناح وإحداث الكتيف أو الميزاب والحرص أو حفر البئر في طريق المسلمين (وغيره) كبناء الظلة وغرس الأشجار ورمي الثلج والجلوس للبيع (لأن المعنى لا يختلف) أي فصار مالك (ولذلك لو حفره في ملكه لم يضمن ، لأنه غير متعد ، وكذا إذا حفر في فناء داره ، لأن له ذلك لمصلحة داره ، والفناء في تصرفه ، وقيل هذا) أي عدم الضمان (إذا كان الفناء مملوكاً له أو كان له حق الحفر فيه ، لأنه غير متعد ، أما إذا كان لجماعة المسلمين أو مشتركاً) أي

بأن كان في سكة غير نافذة فإنه يضمنه ، لأنه مسبب متعدد ، وهذا صحيح . ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعاً أو غماً لا ضمان على الحافر عند أبي حنيفة رحمه الله ، لأنه مات لمعنى في نفسه فلا يضاف إلى الحفر ، والضمان إنما يجب إذا مات من الوقوع . وقال أبو يوسف رحمه الله إن مات جوعاً فكذلك وإن مات غماً فالحافر ضامن له ، لأنه لا سبب للغم سوى الوقوع ، أما الجوع فلا يختص بالبشر . وقال محمد هو ضامن في الوجوه كلها لأنه إنما حدث بسبب الوقوع ، إذ لولاه لكان الطعام قريباً منه .

أو كان البناء مشتركاً (بأن كان في سكة غير نافذة فإنه يضمنه ، لأنه مسبب متعدد ، وهذا صحيح) أى التفصيل صحيح . وقال شيخ الإسلام علاء الدين الأسيبجاوي في شرح الكافي ، وإذا احتقر الرجل بشراً في طريق مكة أو غير ذلك من الفياقي فلا ضمان عليه في ذلك ، وليس هذا كالأمصار ، لأنه غير متعدد فيما فعل ، ألا ترى أنه لو ضرب هناك فسطاطاً أو اتخذ تنوراً يخبز فيه ، أو ربط دابة لم يضمن ما اثباته ذلك ، وقالوا هذا إذا حفر في غير ممر المسلمين ، أما إذا حفر في ممر ينبغي أن يضمن لأنه متعدد فيه . (ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعاً) أى من أجل الجوع (أو غماً) أى اختناقاً من المفونة . قال الجوهري يوم غم إذا كان يأخذ النفس من شدة الحر (لا ضمان على الحافر عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه لأنه مات لمعنى في نفسه ، والضمان إنما يجب إذا مات من الوقوع ، وقال أبو يوسف إن مات جوعاً فكذلك) أى لأن الضمان على الحافر (وإن مات غماً فالحافر ضامن له ، لأنه لا سبب للغم سوى الوقوع ، أما الجوع لا يختص بالبشر . وقال محمد هو ضامن في الوجوه كلها ، لأنه إنما حدث بسبب الوقوع ، إذ لولاه) أى الوقوع (لكان الطعام قريباً منه) وهو قياس قول الأئمة الثلاثة ، ولا يتوهم من تقديم قول أبي حنيفة « رح » على عادة تأخر الراجع ، فإن النفقة معه . ألا ترى أنه

قال وإن استأجر أجرا فحفروها له في غير فئاته فذلك على المستأجر ولا شيء على الاجراء إن لم يعلموا أنها في غير فئاته ، لان الإجارة صحت ظاهرة إذا لم يعلموا ، فنقل فعلهم إليه لانهم كانوا مغرورين ، فصار كما إذا أمر آخر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر أن الشاة لغيره ، إلا أن هناك يضمن المأمور ويرجع على الأمر ، لان الذابح مباشر ، والأمر مسبب ، والترجيح للمباشرة فيضمن المأمور ويرجع المغرور ، وهنا يجب الضمان على المستأجر ابتداء ، لان كل واحد منهما مسبب والاجر غير متعدد والمستأجر متعدد فيرجح جانبه . وإن علموا ذلك فالضمان على الاجراء ، لانه لم يصح أمره بما ليس بمملوك له ولا غرور ، فبقي الفعل مضافاً

لو حبس رجلاً في بئر حتى مات غماً فإنه لا ضمان عليه ، بخلاف ما لو مات فيه من الوقوع ، لأن أثر فعله وهو العمق أثر في نفس الواقع فلا بد من أثر الوقوع لوجوب الضمان .

(قال) أي المصنف وليس لفظه قال في غالب النسخ (وإن استأجر أجرا فحفروها له في غير فئاته فذلك على المستأجر ولا شيء على الاجراء إن لم يعلموا أنها في غير فئاته ، لأن الإجارة صحت ظاهرة إذا لم يعلموا ، فنقل فعلهم إليه) أي فنقل فعل الأجر إلى المستأجر (لأنهم كانوا مغرورين ، فصار) حكم هذا (كما إذا أمر آخر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر أن الشاة لغيره) أي لا يغير الأمر .

(إلا أن هناك) أي في الأمر بذبح الشاة (يضمن المأمور ويرجع على الأمر ، لأن الذابح مباشر ، والأمر مسبب ، والترجيح للمباشرة فيضمن المأمور ، فيرجع على الأمر للمغرور ، وهنا يجب الضمان على المستأجر ابتداء) أي من أول الأمر (لأن كل واحد منهما مسبب ، والاجر غير متعدد ، والمستأجر متعدد فيرجح جانبه) في التعدد المستأجر فيه الضمان . (وإن علموا بذلك فالضمان على الاجراء ، لأنه لم يصح أمره بما ليس بمملوك له ، ولا

إليهم . وإن قال لهم هذا فنائي وليس لي فيه حق الحفر فحفروا
ومات فيه إنسان فالضمان على الاجراء قياساً ، لانهم علموا بفساد
الامر فما غرم . وفي الإستحسان الضمان على المستأجر لان كونه
فناء له بمنزلة كونه مملوكاً له لانطلاق يده في التصرف فيه من
إلقاء الطين والخطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان ، فكان
الامر بالحفر في ملكه ظاهراً بالنظر إلى ما ذكرنا ، فكفى ذلك
لنقل الفعل إليه . قال ومن جعل قنطرة بغير إذن الإمام فتعمد
رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان على الذي عمل القنطرة ،
وكذلك إذا وضع خشبة في الطريق فتعمد رجل المرور عليها ،
لان الاول تعد هو تسبب ، والثاني تعد هو مباشرة ، فكانت

غرور فبقى مضافاً إليهم ، وإن قال لهم هذا فنائي وليس لي فيه حق الحفر فحفروا
ومات فيه إنسان فالضمان على الاجراء قياساً ، لانهم علموا بفساد الامر ، فما غرم .
في الاستحسان الضمان على المستأجر ، لان كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكاً له لانطلاق يده
في التصرف فيه من إلقاء الطين والخطب وربط الدابة وركوب فيها وبناء الدكان ، فكان
الامر بالحفر في ملكه ظاهراً بالنظر إلى ما ذكرنا (أى باعتبار ظاهر اليد من إلقاء الطين
ونحوه) فكفى ذلك لنقل الفعل إليه (أى إلى المستأجر .

(قال) أى محمد في الجامع الصغير (ومن جعل قنطرة) القنطرة ما أحكم بناؤه
ولا يرفع ، والجسر ما يوضع ويرفع (بغير إذن الإمام ، فتعمد رجل المرور عليها فعطب
فلا ضمان على الذي جعل قنطرة ، وكذلك إذا وضع خشبة في الطريق فتعمد رجل
المرور عليها ، لأن الاول) يعني جعل القنطرة (تعد وهو تسبب ، والثاني) يعني وضع الخشبة
(تعد هو مباشرة ، فكانت الإضافة إلى المباشرة أولى) لان الحكم إنما يضاف إلى صاحب

الإضافة إلى المباشر أولى ، ولأن تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة كما في الحافر مع الملقى . قال ومن حمل شيئاً في الطريق فسقط على إنسان فعطب به إنسان فهو ضامن ، وكذا إذا سقط فتعثر به إنسان . وإن كان رداء قد لبسه فسقط عنه فعطب به إنسان لم يضمن ، وهذا اللفظ يشمل الوجهين ، والفرق أن حامل الشيء قاصد حفظه ، فلا حرج في التقييد بوصف السلامة ، واللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه ، فيخرج بالتقييد بما ذكرنا ، فجعلناه مباحاً مطلقاً .

السبب إذا لم يكن صاحب العلة صالحاً لإضافة الحكم إليه ، فإن كانت مباحة فأما إذا استويا في المدوانية فالإضافة إلى صاحب العلة ، لأنها بالإضافة أولى لكونها أقوى .

(ولأن تخلل فعل فاعل مختار) بين السبب والحكم (يقطع النسبة) أى نسبة الحكم إلى السبب (كما في الحافر مع الملقى) أى كما في حافر البشر على قارعة الطريق مع الذي القاه ، أى دفعه إلى البشر حيث يضاف الضمان إلى الدافع لا إلى الحافر .

(قال) أى محمد في الجامع الصغير (ومن حمل شيئاً في الطريق فسقط على إنسان فعطب فهو ضامن ، وكذا إذا سقط) أى من الحامل شيء (فتعثر به إنسان . وإن كان رداء قد لبسه فسقط فعطب به إنسان لم يضمن ، وهذا اللفظ يشمل الوجهين) وهما تلف الإنسان بسقوط اللباس عليه أو بعثوره عليه .

(والفرق) أى بين الشيء المحمول حيث يجب الضمان به فيما إذا هلك إنسان وبين الثوب الملبوس حيث لا يجب الضمان فيه وإن هلك إنسان بوقوعه عليه (أن حامل الشيء قاصد حفظه ، فلا حرج بالتقييد بوصف السلامة) فإذا أضيف إليه التلف كان ضامناً (واللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه فيخرج بالتقييد بما ذكرناه) يعني وصف السلامة (فجعلناه مباحاً مطلقاً) يعني من غير شرط السلامة .

(وعن محمد أنه إذا لبس ما لا يلبسه) عادة للبدو والجوالق ودرع الحرب في غير موضع

وعن محمد أنه إذا لبس ما لا يليسه عادة فهو كالحامل لأن الحاجة لا تدعو إلى لبسه قال : وإذا كان المسجد العشيرة فعلق رجل منهم فيه قنديلاً أو جعل فيه يوارى أو حصة فطب به رجل لم يضمن وإن كان فعل ذلك من غير العشيرة ضمن قالوا لهذا عن أبي حنيفة وقال لا يضمن في الوجهين

الحرب ، والتوب الذي لا يحتاج إليه من حيث الزينة ، أو من حيث دفع الحر والبرد (فهو كالحامل) شيئاً في الطريق حيث يضمن إذا سقط على إنسان فطب به (لأن الحاجة لا تدعو إلى لبسه) وذكر المحبوبي لو لبس ثوباً زيادة على قدر الحاجة لم يذكره محمد في الكتاب . وروى ابن سماعة أنه قال يضمن إذا سقط وعطب به إنسان لأنه لا يعلم به البلوى ، وقياس الأئمة الثلاثة لا يضمن بعدم التعدي .

(قال) أي محمد «رح» في الجامع الصغير (وإذا كان المسجد للعشيرة) العشيرة : القبية ذكره في الصحاح ، والمراد منها أهل المسجد (فعلق رجل منهم) أي من العشيرة (فيه قنديلاً) أي في المسجد (أو جعل فيه يوارى) جمع يوريا قال الأصمعي البوريا بالقارية وهو بالعربية جاري ويورى . وقال الجوهري :

الباريا والبوريا التي من القصب وكذلك السبارية (أو حصة) أي أو جعل فيه حصة (فطب به) أي بواحد من هذه الأشياء (رجل لم يضمن) يعني وإن كان بغير إذن الإمام وبه قال أحمد والشافعي رحمهما الله في وجهه وقال الشافعي في وجهه بغير إذن الإمام يضمن .

وقال الحاكم الشهيد في الكافي : وإذا حفر أهل المسجد فيه يرباً لماء المطر ووضعوا فيه جياً نصب فيه الماء أو طرحوا فيه يوارى أو حصاً أو ركبوا باباً أو علقوا فيه قنديلاً أو ظلوه فلا ضمان فيمن عطب بذلك عليهم (وإن كان الذي فعل ذلك من غير العشيرة ضمن قالوا) أي المشايخ (هذا) يعني هذا التفصيل (عند أبي حنيفة وقال لا يضمن في الوجهين) وهما إذن الإمام أو إذن العشيرة أو عدم ادتهما ، وبه قال مالك وأحمد والشافعي رحمهم الله في وجهه .

لأن هذه من القرب كل أحد مأذون في إقامتها فلا يتقيد بشرط السلامة كما إذا فعله يأذن واحد من أهل المسجد ولأبي حنيفة وهو الفرق أن التدبير فيما يتعلق بالمسجد لأهله دون غيرهم كنصب الامام واختيار المتولي وفتح بابه وإغلاقه وتكرار الجماعة إذا سبقهم بها غير أهله فكان فعلهم مباحاً مطلقاً غير مقيد بشرط السلامة . وفعل غيرهم تعدياً أو مباحاً مقيداً بشرط السلامة . وقصد القرية

وقال الحلواني أكثر مشايخنا اخذوا بقولهما في هذه المسألة وعليه الفتوى كذا في الذخيرة ، وفيها وضع الجب لشرب الماء على هذا الاختلاف (لان هذه) أى المذكور من الاشياء (من القرب) بضم القاف وفتح الراء جمع قرية . (وكل أحد) من أهل المسجد (مأذون في إقامتها) أي بإقامة هذه الاشياء (ولا يتقيد بشرط السلامة كما إذا فعله بأذن واحد من أهل المسجد) يأذن واحد من أهل المسجد حيث لا يضمن .

(ولأبي حنيفة وهو الفرق) بين الوجهين (ان التدبير فيما يتعلق بالمسجد لأهله دون غيرهم) أى غير أهل المسجد (كنصب الإمام) . أى غير أهل المسجد يعني لو صلى فيه غير أهل المسجد يجماعة لا يكون لغير أهله أن يصلوا فيه يجماعة .

(واختيار المتولى وفتح بابه وإغلاقه وتكرار الجماعة إذا سبقهم بها) أى بالصلاة بالجماعة (غير أهله) يعني : إذا لم يكن الثاني موجوداً ، وأما إذا كان موجوداً فنصب الإمام إليه وهو مختار الاسكاف .

قال ابو الليث : وبه نأخذ إلا أن ينصب الإمام شخصاً والقوم يريدون من هو اصلح منه فيجوز ان يكون المصنف اختار قول ابن سلام ان القوم اولى بنصب إمام ، والمؤذن والباقي اولى بالعمارة (فكان فعلهم مباحاً مطلقاً غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم تعدياً أو مباحاً مقيداً بشرط السلامة ، وقصد القرية لا بنافي الغرامة) .

لا ينافي الغرامة إذا أخطأ الطريق كما إذا تفرد بالشهادة على الزنا والطريق فيما نحن فيه الاستئذان من أهله قال إن جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل لم يضمن إن كان في الصلاة وإن كان في غير الصلاة ضمن وهذا عند أبي حنيفة .

هذا جواب عن قولها لأن هذا من القرب بيانه إن قصد القربة لا ينافي الضمان (إذا أخطأ الطريق) أي في طريق القربة (كما أن إذا تفرد بالشهادة على الزنا) .

يعني إذا شهد وحده بالزنا يحده حد القذف ، وإن كان بادء شهادته حسبه الله تعالى متقرباً ولكن لما لم يكن ذهاب الشهادة في الزنا ، وهي شهادة الأربعة اعتبر ذلك قذفاً (والطريق فيما نحن فيه أو استئذان من أهله) أي من أهل المسجد لأنه لا يجتمع أن يكون المسجد لجماعة المسلمين ، ويختص بتدبيره بأهله .

ألا ترى أن رسول الله ﷺ أخذ مفاتيح الكعبة من بني شيبه فأمره الله تعالى بردها عليهم بقوله تعالى :

﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا ﴾ والكعبة حق لجميع المسلمين وإن اختصر قوم بتدبيره وقال التمرتاشي : لو ضاق المسجد بأهله لأهله أن يمنعوا من ليس من أهل الصلاة فيه .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (وإن جلس فيه رجل منهم) أي من أهل المسجد (فعطب به) أي بالجالس (رجل لم يضمن إن كان في الصلاة) سواء كانت الصلاة فرضاً أو نفلاً . ذكر شيخ الإسلام (وإن كان في غير الصلاة ضمن ، وهذا عند أبي حنيفة) أي هذا التفصيل الذي ذكرنا ، وكونه في غير الصلاة يضمن عنده مطلقاً ليس بصحيح على إطلاقه فإن شمس الأئمة قال في جامعه : لو جلس لانتظار الصلاة لا يضمن لقوله عليه السلام المنتظر الصلاة في الصلاة ، وإنما الخلاف فيمن جلس لعمل ليس له اختصاص بالمسجد كدرس وقراءة القرآن وفي الذخيرة لو جلس للدرس أو لقراءة القرآن أو للذكر والتسبيح أو الاعتكاف لا رواية لهذا في الكتاب . واختلف المتأخرون قال أبو بكر الرازي :

وقالا لا يضمن على كل حال ولو كان جالساً لقراءة القرآن أو
للتعليم أو للصلاة أو ثام فيه في أثناء الصلاة أو ثام في غير الصلاة ،
أو مر فيه ماراً أو قد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف .

يضمن عنده وقال أبو بكر البلخي إن جلس لقراءة القرآن أو معتكف في المسجد
لا يضمن بالأجماع . وذكر فخر الإسلام والصدر الشهيد لو جلس للحديث يضمن بالأجماع
لأنه غير مباح له وفي النهاية هذا ما ذكره في المتن ولو كان جالساً لقراءة القرآن
أو للتعليم أو للصلاة إلى قوله فهو على الاختلاف مخالف لهذه الروايات اجيب يمكن أن
يكون مختار أبي بكر الرازي ولكن فيه بعد كما ترى .
(وقالوا لا يضمن على كل حال) .

وبه قالت الثلاثة (ولو كان جالساً لقراءة القرآن أو للتعليم) أي تعليم الفقهاء
والحديث (أو للصلاة أو ثام فيه في أثناء الصلاة أو ثام في غير الصلاة ، أو مر فيه ماراً) .
قال شيخنا العلامة رحمه الله : الأول خاص ، والثاني خاص : يعني حال كونه ماراً
لأجل أمر آخر سوى أمر الصلاة بأن مر لأخذ الماء من غير بئر المسجد .
(أو قد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف) وهو اختيار بعض أصحابنا ، واختاره
أبو بكر الرازي .

وقال بعضهم : وهو اختيار أبي عبد الله الجرجاني ليس فيها خلاف بل لا ضمان
فيه بالاتفاق ، ولقاتل أن يقول في عبارة الكتاب تكرار ، لأنه قال : وإن كان في غير الصلاة
تضمن ، وغير الصلاة يشمل هذا المذكور كله .
والجواب :

أن قوله : وإن كان في غير الصلاة ضمن لفظ الجامع الصغير . وقوله : ولو كان حاله
قراءة القرآن من لفظ المصنف رحمه الله بيان كذلك ، لكن قوله فهو على هذا الاختلاف
يفيد اتفاق المشائخ على ذلك وليس كذلك ، بل هو على الاختلاف كما رأيت وكان من
حق الكلام أن يقول فقد قيل على هذا الاختلاف ، وقيل لا يضمن بلا خلاف كما قال
في الاعتكاف .

وأما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بالإتفاق
لهما أن المسجد إنما بني للصلاة والذكر ، ولا يمكنه أداء الصلاة
بالجماعة إلا بانتظارها فكان الجلوس فيه مباحاً لأنه من ضرورات
الصلاة أو لأن المنتظر للصلاة في الصلاة حكماً بالحديث فلا
يضمن كما إذا كان في الصلاة وله أن المسجد بني للصلاة وهذه
الأمور ملحقة بها فلا بد من إظهار التفاوت فجعلنا الجلوس للأصل
مباحاً مطلقاً ،

(وأما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل : لا يضمن بالاتفاق) .
وقال فخر الإسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير وإن قعد معتكفاً ، قال مشايخنا
اختلفوا فيه فقال بعضهم عند أبي حنيفة «رح» يضمن لأنه جلس بغير الصلاة ، وقال
بعضهم : لا يضمن لأنه متقرب به (لها) أي لأبي يوسف وعمر ورحمهما الله ، (إن المسجد
إنما بني للصلاة والذكر) .

قال الله تعالى : ﴿ في بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه يسبح له فيها بالغدو
والأصال رجال ﴾ . وقال ﴿ ومن أظلم ممن منع مساجد الله أن يذكر فيها اسمه ﴾ (ولا
يمكنه أداء الصلاة بالجماعة إلا بانتظارها فكان الجلوس فيه مباحاً لأنه من ضرورات
الصلاة ، أو لأن المنتظر للصلاة في الصلاة حكماً بالحديث) وقد مر الحديث عن قريب
(فلا يضمن كما إذا كان في الصلاة وله) أي ولأبي حنيفة (أن المسجد بني للصلاة وهذه
الأمور) أشار به إلى ما ذكره من قوله كقراءة القرآن إلى آخر (ملحقة بها) أي بالصلاة
يعني يؤتى بها في المسجد بطريق التبعية للصلاة ، والصلاة هي المقصودة في بناء المسجد .
(فلا بد من إظهار التفاوت) بين الملحق والملحق به (فجعلنا الجلوس للأصل) الذي هو
الصلاة (مباحاً مطلقاً) يعني من غير قيد بشرط السلامة ألا ترى أن المسجد إذا ضاق على
المصل كان له إزعاج القاعد فيه المشتغل بالذكر والقراءة والتدريس ، لأنه يطلب
موضعه الأصلي .

والجلوس لما يلحق به مباحاً مقيداً شرط السلامة . ولا غرو
أن يكون الفعل مباحاً أو مندوباً إليه . وهو مقيد بشرط
السلامة كالرمي إلى الكافر أو إلى الصيد والمشى في الطريق والمشى
في المسجد إذا وطئ غيره والنوم فيه إذا انقلب على غيره وإن جلس
رجل من غير العشرة فيه في الصلاة فتضمن به إنسان ينبغي ألا
يضمن لأن المسجد بني للصلاة وأمر الصلاة بالجماعة إن كان مفوضاً إلى
أهل المسجد فلكل واحد من المسلمين أن يصلي فيه وحده .

وقال الترمذى : لو ضاق المسجد بأهله أن ينعوا من ليس بأهله عن الصلاة فيه
(والجلوس لما يلحق به) أي جعلنا الجلوس لما يلحق به (مباحاً ، مقيداً بشرط السلامة
ولا غرو) أى ولا عجب . قال القائل :

ولا غرو إن حرق نار الهوى كبدي فالتار حق على من يعبد الوثنا
(أن يكون الفعل مباحاً ، أو مندوباً إليه ، وهو مقيد بشرط السلامة) أى والحال
انه مقيد بشرط السلامة ، ونظر لذلك بقوله (كالرمي إلى الكافر أو إلى الصيد والمشى
في الطريق والمشى في المسجد إذا وطئ غيره والنوم فيه إذا انقلب إلى غيره) فكل
ذلك يقيد بشرط السلامة .

وقال تاج الشريعة «رج» قوله كالرمي إلى الكافر ، نظير المندوب ، وإلى الصيد نظير
المباح ، ومع ذلك ، إذا أصاب مسلماً يضمن (وإن جلس رجل من غير العشرة فيه في
الصلاة فتعقل به إنسان) أى فنشب به وتعلق (ينبغي ان لا يضمن ، لأن المسجد بني
للصلاة وأمر الصلاة بالجماعة إن كان مفوضاً إلى أهل المسجد ، ولكل واحد من المسلمين أنه
يصلي فيه وحده) .

وقال فخر الإسلام : وإن كان الرجل الجالس رجلاً من غير العشرة فقوله لهما فيه
لا يشكل ، لانه بمنزلة الرجل من العشرة قالاً فيه بسط البواري والحصا ، فأما في قول
أبي حنيفة فيحتمل ان يضمن بكل حال وقال بعضهم : بل هو عنده في الصلاة بمنزلة

فصل في الحائط المائل

قال : وإذا مال الحائط إلى طريق المسلمين ، فطوب صاحب
بنقضه وأشهد عليه ، فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط
ضمن ما تلف به من نفس ، أو مال .

العشيرة ، لأن المساجد أعدت للصلاة العامة من غير خصوص ، وإنما الخصوص فيما يرجع
إلى الرأي والتدبير ولذلك لم يكن لغیرهم حق إقامة الجماعة لأنه مما يفتقر إلى الرأي
والتدبير ، وأما نفس الصلاة بمستغن عن ذلك بخلاف تعليق القناديل وبسط البوارى
والبساط والحصا . قال فخر الإسلام «رح» : وهذا القول أشبه .

(فصل في الحائط المائل)

أى هذا فصل في بيان احكام الحائط المائل ولما فرغ من بيان الاحكام التي تتعلق
بمباشرة الانسان وثنيه شرع في بيان احكام القتل الذى يتعلق بالجهاد الذى لا اعتبار له
اصلا وهو الحائط المائل ، وإنما ذكره بالفصل لأنه يلحق بالباب الذى قبله .

(قال) أى القدورى (وإذا مال الحائط الى طريق المسلمين وطولب صاحبه بنقضه وأشهد
عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به من نفس أو مال) هذا
كلام القدورى في مختصره . وقال الكرخي في مختصره : وإذا مال حائط من دار رجل
على طريق نافذ أو دار رجل فلم يطالب بنقضه ولم يشهد عليه فيه حتى سقط على رجل
فقتله أو على متاع فسد أو على حيوان فعطب به ، فلا ضمان على صاحب الحائط في
شيء من ذلك وإن تقدم اليه في هدمه وأشهد عليه ثم سقط في مدة قد امكنه نقضه
فيها بعد الاشهاد فهو ضامن ، وإن كان لم يفرط في نقضه وذهب يطلب من يدمه فكان
في طلبه ذلك حتى استأجر من يدمه فسقط الحائط فقتل انسانا أو عقر دابة أو فسد
متاعا فلا ضمان عليه .

قال محمد «ره» : والاشهاد ، أن يقول الرجل : اشهدوا اني قد تقدمت إلى هذا

والقياس أن لا يضمن لأنه لا صنع منه مباشرة ولا مباشرة شرط هو
متعد فيه لأن أصل البناء كان في ملكه والميلان ، وشغل الهواء ليس
من فعله ، فصار كما قبل الإشهاد وجه الإستحسان إن الحائط لما
مال إلى الطريق فقد اشتغل هواء طريق المسلمين

الرجل في مدم حائطه هذا فإذا فعل فقد لزمه نقضه على حال الامكان فإن اخر ذلك
وفرط عما وصفت لك ضمن ما جنى عليه الحائط فإن كانت جنايته على إنسان ، فهو على
العاقلة إذا كانت نفساً أو دونها إذا بلغ من دية الرجل نصف عشر دية إذا كان المجني عليه
رجلاً . وإن كان المجني عليه امرأة فإذا بلغ ارش جنايتها عشر ديتها وما كان أقل من ذلك
فهو في ماله . وما كان في غير بني آدم فهو في ماله حال .

(والقياس أن لا يضمن) وبه قال الشافعي وأحمد رحمهما الله في المتخصص منه ، لأنه
بناء في ملكه ولا تعدى منه (لأنه لا صنع منه مباشرة ولا مباشرة شرط هو متعد فيه
لأن أصل البناء كان في ملكه والميلان وشغل الهواء ليس من فعله فصار كما قبل الإشهاد)
أي في صنعه مباشرة أما كونه لا صنع فيه فظاهر وأما كونه لا مباشرة وهو القتل بسبب
كحفر البير ونحوه قوله : هو متعد فيه جملة وقعت صفة كمباشرة شرط المسألة مصورة
فيها إذا بناء مستويًا . ثم صار مثلاً .

وأوضح ذلك تاج الشريعة رحمه الله تعالى قبله والقياس أن لا يضمن لأن ضمان
الجناية بالمباشرة أو التسبب . ولم يوجد شيء منها . أما المباشرة : فلأنه لم يتصل بالمؤلف
فعل من صاحب الحائط . ألا ترى أنه لم يجب عليه الكفارة ، ولا يحرم عن الميراث
وإن شهد عليه . وأما التسبب : فلأنه أبطل أثر فعل ، وهو يعد من المتلف كحفر
البير والحائط .

وإن كان أثر فعل إلا أنه مباح . لأنه ، إن فعل حصل في ملكه . وفعل الإنسان
في ملكه مباح وأثر فعله المباح لا يصلح سبباً للضمان كحفر البير في ملكه غاية ما في
الباب أنه ترك معروفًا وأنه لا يوجب الضمان ، كما لو أرسل إنسان دابته في مراعي فدخل
في زرع إنسان فأخبر بذلك فلم يخرجها حتى افسد زرعه لم يضمن لهذا المعنى كذا هذا .
(وجه الاستحسان أن الحائط لما مال إلى الطريق فقد اشتغل هواء طريق المسلمين)

بملكه ودفعه في يده ، فإذا تقدم إليه وطولب بتفريغه ، يجب عليه .
 فإذا امتنع ، صار متعدياً بمنزلة ما لو وقع ثوب انسان في حجره
 يصير متعدياً بالإمتناع عن التسليم إذا طولب به كذا هذا بخلاف
 ما قبل الاشهاد لأنه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ، ولأن لو لم
 نوجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ فينقطع المارة حذراً على
 أنفسهم فيتعذرون به . ودفع الضرر العام من الواجب وله تعلق
 بالحائط فيتعين لدفع هذا الضرر وكم من ضرر خاص يتحمل
 لدفع العام منه ،

بملكه ودفعه في يده فإذا تقدم (على صيغة المجهول) إليه وطولب بتفريغه ، يجب عليه ،
 فإذا امتنع صار متعدياً بموجب الاستحسان .

قال مالك وابراهيم النخعي وسفيان الثوري رحمهم الله وغيرهم من أئمة
 التابعين كسريح والشعي « رح » وروي ذلك عن علي رضي الله تعالى عنه (بمنزلة ما لو
 وقع ثوب انسان في حجره يصير متعدياً بالإمتناع عن التسليم إذا طولب به) حتى يضمن
 إذا ملك في يده (كذا هذا بخلاف ما قبل الاشهاد) فإنه لا يضمن بالاجماع .

وعن بعض اصحاب احمد وجه : أنه يضمن قبل الاشهاد أيضاً به . قال ابن أبي ليلى ،
 وأبو ثور واسحق (لأنه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ولأن لو لم نوجب عليه الضمان يمتنع
 عن التفريغ ، فينقطع المارة حذراً على أنفسهم فيتعذرون به . ودفع الضرر العام من
 الواجب وله) .

أى ولصاحب الحائط (تعلق بالحائط) هذا جواب اشكال وهو أن يقال القواء حق
 العامة وقد اشتغل بهذا الحائط فينبغي ان يكون تفريغه عليهم ، فأجاب بقوله : وله
 تعلق بالحائط يعني تقضاً وابقاء فكانه هو اولى بذلك (فيتعين لدفع هذا الضرر) لتعلق
 الحائط به على الوجه الذي ذكرناه (وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه) أى من

ثم فيما تلف به من النفوس تجب الدية . وتحمّلها العاقلة لأنه في كونه جناية دون الخطأ فيستحق فيه التخفيف بالطريق الأول كيلا يؤدي إلى استئصاله والاحجاف به وما تلف به من الأموال كالديوب والعروض يجب ضمانها في ماله لأن العواقل لا تعقل الأموال والشرط التقدم إليه . وطلب النقض منه دون الاشهاد . وإنما ذكر الاشهاد ليتمكن من إثباته عند إنكاره فكان من

الضرر . هذا أيضاً جواب عما يقال لو وجب عليه نقض الجدار لدفع الضرر العام يتضرر صاحب الجدار أيضاً . فأجاب بقوله : وكمن ضرر إلى آخره ... كالبحر على المقي المتاجر والمتطبيب الجاهل والمكاري الفلس فإنهم يجبرون لدفع الضرر العام وإن كان أبو حنيفة « ره » لا يرى الحجر على البالغ العاقل الحر . (ثم فيما تلف به من النفوس ، تجب الدية وتحمّلها العاقلة ، لأنه في كونه جناية دون الخطأ ، فيستحق فيه التخفيف بالطريق الأول كيلا يؤدي إلى استئصاله) أي انقطاعه بالكلية .

(والاحجاف به وما تلف به من الأموال كالديوب والعروض يجب ضمانها في ماله ، لأن العواقل لا تعقل الأموال ، والشرط التقدم إليه) أي بشرط الضمان يقدم الطالب إلى صاحب الحائط وهو أن يقول له :

إن حائطك هذا مخوف . أو يقول : مائل فانقضه أو اهدمه حتى لا يسقط ولا يتلف شيئاً ولو قال ينبغي أن تهدمه فذاك مشهود ويشترط أن يكون المتقدم من صاحب حق لواحد من العامة ، مسلماً كان أو ذمياً أو صيباً أو امرأة إن مال إلى طريقهم وواحد من أصحاب السكة الخاصة إن مال إليها وصاحب الدار أو سكانها إن مال إليها وأن يكون إلى من له الولاية التفريغ حتى لو تقدم إلى من يسكن الدار بإجارة أو اعارة ، فلم ينقض حتى سقط على إنسان فلا ضمان على أحد . (وطلب النقض منه) أي وطلب نقض الحائط من صاحبه (دون الاشهاد) أي ليس بشرط (وإنما ذكر الاشهاد ليتمكن من إثباته عند إنكاره) أي إنكار المطلوب بالهدم (وكان) أي الاشهاد (من باب الاحتياط) ولهذا لو اعترف صاحبه أي طوّل بنقضه ، وجب عليه

باب الإحتياط وصورة الاشهاد أن يقول الرجل اشهدوا أني
قد تقدمت لهذا الرجل في هدم حائطه هذا . ولا يصح
الاشهاد قبل أن يميل الحائط لانعدام التعدي قال : ولو بني الحائط
مائلاً في الابتداء ... قالوا : يضمن ما تلف بسقوطه من غير
اشهاد ، لأن البناء تعد ابتداء كما في اشراع الجناح . قال : وتقبل
شهادة رجلين أو رجل وامرأتين على التقدم لأن هذه ليست بشهادة
على القتل . وشرط الترك في مدة يقدر على نقضه فيها لأنه لا بد
من امكان النقض ليصير بتركه جانياً ويستوي أن يطالبه بنقضه مسلم
أو ذمي ، لأن الناس كلهم شركاء في المرور ، فيصح التقدم اليه

الضمان وإن لم يشهد عليه ذكره في التحفة (وصورة الإشهاد أن يقول الرجل :
اشهدوا أني قد تقدمت إلى هذا الرجل في هدم حائطه هذا ولا يصح الإشهاد قبل أن
يهي الحائط) أي قبل أن يميل الحائط إلى السقوط وهو من وهي يهي اصله يوهي فحدثت
الواو فصار يهي وذلك لوقوع الواو بين الياء والكسرة كما في يمد اصله يمد (لانعدام التعدي) .
أي قيل : وهي الحائط إلى السقوط (قال ولو بني الحائط مائلاً في الابتداء قالوا)
أي المشائخ (يضمن ما تلف بسقوطه من غير اشهاد ، لأن البناء تعد ابتداء) أي في ابتداء
الأمر (كما في اشراع الجناح) أي لا يعد فيه ابتداء (قال وتقبل شهادة رجلين أو
رجل وامرأتين على التقدم لأن هذه ليست بشهادة على القتل) يعني لو كانت شهادة على
نفس القتل لم يقبل شهادة النساء بشبهة البدلية بل هي شهادة على ميلان الحائط فتقبل شهادة
رجل وامرأتين (وشرط الترك) أي بشرط التدوري ترك النقض (في مدة يقدر على
نقضه فيها لأنه لا بد من امكان النقض ليصير بتركه جانياً) لأنه ربما لا يتمكن من النقض إما
لهله بذلك أو لعدم الآلة ، فلا بد من زمان يقدر فيه على النقض حتي يكون بتركه
بعد ذلك متعمداً (ويستوي أن يطالبه بنقضه مسلم أو ذمي ، لأن الناس كلهم شركاء في
المرور فيصح التقدم إليه من كل واحد منهم رجلاً كان أو امرأة حراً كان أو مكاتباً)

من كل واحد منهم ، رجلاً كان أو امرأة ، حراً كان أو مكاتباً .
ويصح التقدم إليه عند السلطان وغيره لأنه مطالبة بالتفريغ فيتفرد
كل صاحب حق به وإن مال إلى دار رجل فالمطالبة إلى مالك الدار
خاصة لأن الحق له على الخصوص وإن كان فيها مكن لهم أن يطالبوه
لأن لهم المطالبة بإزالة ما شغل الدار فكذا بإزالة ما شغل هواها
ولو أجله صاحب الدار أو أبرأه منها أو فعل ذلك ساكتوها فذلك
جائز ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط لأن الحق لهم بخلاف ما
إذا مال إلى الطريق فأجله القاضي أو من أشهد عليه حيث لا يصح

وقال الأقطع في شرحه :

وكذلك لو طالبت به امرأة أو صبي أو غريب من بلد آخر لأن جميع هؤلاء لهم
المرور في الطريق فصحت مطالبتهم .

وفي شرح الطحاوي : والخصومة فيه إلى كل واحد من الناس ، مسلماً كان أو نعباً
بعد أن يكون حراً بالثأ عاقلاً ، أو كان صغيراً أذن له وليه في الخصومة أو كان عبداً
أذن له مولاه . (ويصح التقدم إليه) أى إلى صاحب الحائط . (عند السلطان وغيره)
أى وغير السلطان (لأنه مطالبة بالتفريغ فيتفرد كل صاحب حق به) أى بالطلب حق
إذا لم يأخذ في نقضه عند ذلك فهو ضامن لما أصاب (قال) أى القنوري (وإن مال)
أى الحائط (إلى دار رجل فالمطالبة إلى مالك الدار خاصة لأن الحق له على الخصوص
وإن كان فيها) أى في الدار (مكان لهم) كالمستأجر والمستعير لهم (أن يطالبوه لأن لهم
المطالبة بإزالة ما شغل الدار فكذا بإزالة ما شغل هواها ولو أجله صاحب الدار)
يعني إذا كان الميلان إلى دار رجل فأجله صاحب الدار (أو أبرأه منها) أى من الجناية
(أو فعل ذلك) أى التأجيل (ساكتوها فذلك) أى التأجيل أو الإبراء (جائز ولا ضمان
عليه فيما تلف بالحائط لأن الحق لهم بخلاف ما إذا مال إلى الطريق فأجله القاضي أو من

لأن الحق لجماعة المسلمين وليس إليها إبطال حقهم ولو باع الدار بعدما أشهد عليه وقبضها المشتري براء من ضمان الجناية بترك الهدم مع تمكنه وقد زال تمكنه بالبيع بخلاف إشراح الجناح لأنه كان جانباً بالوضع ولم ينفسخ بالبيع فلا يبرأ على ما ذكرنا ، ولا ضمان على المشتري لأنه لم يشهد عليه ... ولو أشهد عليه بعد شرائه فهو ضامن لتركه التفريغ مع تمكنه بعدما طوّل به والأصل أنه يصح التقدم إلى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفرغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح للتقدم إليه كالمترن والمستأجر والمودع ساكن الدار . ويصح التقدم إلى الرهن لقدرته على ذلك بواسطة الفكاك

أشهد عليه حيث لا يصح لأن الحق لجماعة المسلمين وليس إليها إبطال حقهم (أى حق جماعة المسلمين .

(ولو باع الدار بعدما أشهد عليه وقبضها المشتري براء) أى البائع (من ضمان لأن الجناية بترك الهدم مع تمكنه وقد زال تمكنه بالبيع بخلاف إشراح الجناح لأنه كان جانباً بالوضع ولم ينفسخ بالبيع فلا يبرأ على ما ذكرنا) أشار به إلى قوله في باب ما يحدثه الرجل في الطريق ولو أشرع جناحاً إلى الطريق ثم باع الدار فأصاب الجناح رجلاً فالضمان على البائع (ولا ضمان على المشتري لأنه لم يشهد عليه . ولو أشهد عليه بعد شرائه فهو ضامن لتركه التفريغ مع تمكنه بعد ما طوّل به والأسل) في هذا الباب (أنه يصح التقدم إلى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفرغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم إليه كالمستأجر والمترن والمودع وساكن الدار) وفي بعض النسخ وسكان الدار (ويصح التقدم إلى الرهن لقدرته على ذلك بواسطة الفكاك) . أي فكاك الرهن .

وإلى الوصي وإلى أب اليتيم وأمه في حائط الصبي لقيام الولاية وذكر
الام في الزيادات والضمان في مال اليتيم لأن فعل هؤلاء كفعله وإلى
المكاتب لأن الولاية له .

فإن قلت : لو كان الراهن مفلساً لا يقدر على قضاء الدين ؟ ... قلت : يبيع الدار
ويقضي الدين من ثمنها حتى ينقضى المشتري ... فإن قلت : من لم يجد من يشتري ؟ ...
قلت : سأل الجصاص عن هذه المسألة بعينها قال : يكون التقدم إليه وإلى الأجنبي سواء
ويجوز أن يتقدم إليه برفع الأمر إلى القاضي بأمر المرتهن بتمكنه من النقض إن كان المرتهن
حاضراً وإن كان غائباً يأذن له بالنقض : وإذا ترك ذلك فامكنه النقض بهذا الطريق
يكون متعدياً الكل من تاج الشريعة « ره » (وإلى الوصي) أى يصح التقدم أيضاً إلى الوصي
(وإلى أب اليتيم) قال شيخنا الملاء رحمه الله :

المراد من اليتيم الصبي لأن اليتيم لا أب له والمراد من الأب ، الجد ، لأن الجد
يسمى الأب عند عدم الأب (أو أمه) أى أو أم الصبي (في حائط الصبي لقيام الولاية)
للوصي والأب والأم (وذكر الأم في الزيادات) يعني إذا تقدم إلى أم الصبي في حائط
مال لصغير لزم الضمان .

قال الاترازي : وفيه نظر لأنه لم يذكر في الزيادات الام ، بل ذكر الاب . والوصي
كما ذكر في الاصل . فقال في الزيادات : حائط الصبي اشهد على أبيه أو على وصيه ،
فالضمان على أبيه أو عاقلة الصبي ، فإن لم يسقط حتى كبر أو مات من اشهد عليه لم
يكن فيه ضمان حتى يستأنف الاشهاد . وإن اشهد على صحيح في حائط ثم جزأ وارتد
ولحق بدار الحرب بطل الإشهاد إلى هنا لفظ زيادات محمد برواية الزعفراني « ره » عنه
(والضمان في مال اليتيم لأن فعل هؤلاء) أى فعل الوصي والاب والام (كفعله) أى
كفعل الصبي والتقدم إليهم كالتقدم إلى الصبي (وإلى المكاتب) أى يصح التقدم إلى
المكاتب في حائط له مائل (لأن الولاية له) أى للمكاتب . قال فخر الإسلام رحمه الله
في شرح الزيادات مكاتب له حائط مائل إلى الطريق الاعظم فاشهد عليه ثم سقط فأتلف
انساناً .

والى العبد التاجر سواء أ كان عليه دين أو لم يكن لأن ولاية
النقض له ثم التالف بالسقوط إن كان مالا فهو في عنق العبد وإن
كان نفساً فهو على عاقلة المولى لأن الاشهاد من وجه على المولى
وضمان المال أليق بالعبد ، وضمان النفس بالمولى ويصح التقدم إلى
أحد الورثة في نصيبه وإن كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده
لتمكنه من اصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة إلى القاضي ولو
سقط الحائط المائل على انسان بعد الاشهاد فقتله فتعثر بالقتل غيره
فعطب لا يضمنه

فعلى المكاتب الاقل من قيمته . ومن دية المقتول فان ادى المكاتب فعتق ثم سقط
فألتف انساناً ففيه دية القتل على عاقلة مولاه .

وقال : وإذا عجز المكاتب ثم سقط الحائط المائل فألتف انساناً قدمه هدر ولا شيء
على المولى لعدم الإشهاد عليه (وإلى العبد التاجر) . أي يصح التقدم إلى العبد التاجر في
حائط المائل (سواء كان عليه دين أو لم يكن ، لأن ولاية النقض له ثم التالف بالسقوط
إن كان مالا ، فهو في عنق العبد) حتى يباع فيه كديون التجارة (وإن كان) أي
التالف (نفساً فهو على عاقلة المولى ، لأن الإشهاد من وجه على المولى) لأن الحائط مملوك
المولى والعبد متصرف للمولى (وضمان المال اليق بالعبد) لأنه ملحق بالاموال (وضمان
النفس) اليق (بالمولى) لأن دية العبد غير قابلة لموجب جناية الدم لأنه يشبه الصلاة
والعبد ليس بأهل لذلك .

(ويصح التقدم إلى أحد الورثة في نصيبه وإن كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده
لتمكنه من اصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة إلى القاضي) بمطالبة شركائه . وحيث لم
يفعل ذلك ، صار مفرطاً فوجب الضمان بقسطه (ولو سقط الحائط المائل على انسان بعد
الإشهاد فقتله فتعثر بالقتل غيره فعطب ، لا يضمنه) أي لا يضمن صاحب الحائط الذي

لأن التفريغ عنه إلى الأولياء ، لا إليه .. وإن عطب
بالنقض ضمنه لأن التفريغ إليه ، إذ النقض ملكه والإشهاد
على الحائط المائل إشهاد على النقض ، لأن المقصود امتناع الشغل ولو
عطب بجرة كانت على الحائط فسقطت بسقوطه وهي ملكه ضمنه لأن
التفريغ وإن كان ملك غيره لا يضمنه لأن التفريغ إلى مالكمها .

تعتبر فهلك (لأن التفريغ عنه إلى الأولياء لا إليه) أي التفريغ عن القتل الأول مفوض
إلى الأولياء لأنهم الذين يتولون دفنه لا إلى صاحب الحائط .

(وإن عطب بالنقض ضمنه) أي صاحب الحائط (لأن التفريغ إليه) أي لأن تفريغ
الطريق عن نقض الحائط إلى صاحب الحائط (إذ النقض ملكه والإشهاد على الحائط
المائل ، إشهاد على النقض لأن المقصود امتناع الشغل) عن الهواء .

وعن أبي يوسف « ره » : أنه لا يضمن صاحب الحائط إلا إذا تقدم إليه بعد سقوط
النقض بالتفريغ .

وروي عن محمد أنه يضمن ، وإن لم يتقدم إليه التفريغ (ولو عطب بجرة كانت على
الحائط فسقطت بسقوطه) أي بسقوط الحائط (وهي) أي الجرة (ملكه ضمنه لأن
التفريغ إليه وإن كان) أي الجرة (ملك غيره لا يضمنه لأن التفريغ إلى مالكمها) .

وفي بعض النسخ : وإن كانت الجرة على تأويل المسمى قوله ، لا يضمنه . أي لا
يضمن صاحب الحائط لو عثر إنسان على الجرة ، ولا يضمن صاحب الجرة لأنه لم يوجد
الإشهاد عليه حتى لو كانت الجرة لصاحب الحائط يضمن لقدركه على رفعها كالنقض .
وفي المبسوط وضع شيئاً على حائطه فدفع ذلك الشيء فأصاب إنساناً ، فلا ضمان عليه
لأنه وضعه في ملكه فلا يكون متعمداً فيما يحدثه سواء كان الحائط مائلاً أو لم يكن : لأن
في الوضعين لا يكون ممنوعاً من وضع متاعه على ملكه ولكن ذكر في المبسوط سقوط الجرة فقط .
وفي رواية الكتاب ذكر سقوط الحائط مع سقوط الجرة (قال) أي محمد « ره » في

قال: وإذا كان الحائط بين خمسة رجال اشهد على أحدهم قتل إنساناً ضمن خمس الدية ويكون ذلك على عاقلته وإن كانت دار بين ثلاثة نفر، فحفر أحدهم فيها بيراً والحفر كان بغير رضا الشريكين الآخرين أو بنى حائطاً فخطب به إنساناً فعليه ثلث الدية على عاقلته وهذا عند أبي حنيفة وقالوا: عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين لهما أن التلف بنصيب من اشهد عليه معتبر وينصيب من لم يشهد عليه مدر فكلنا قسمين فانقسم نصفين كما مر في عقر الأسد ونهش الحية وجرح الرجل وله إن الموت حصل بعة واحدة وهو الثقل المقدر والعمق المقدر

الجامع الصغير: (وإذا كان الحائط بين خمسة رجال اشهد على أحدهم قتل إنساناً ضمن خمس الدية ويكون ذلك على العاقلة وإن كان دار بين ثلاثة نفر فحفر أحدهم فيها بيراً والحفر كان بغير رضا الشريكين الآخرين، أو بنى حائطاً فخطب به إنساناً، فعليه ثلث الدية على عاقلته. وهذا عند أبي حنيفة رضى الله تعالى عنه).

(وقالوا: عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين) أي في فصل الحائط المشترك بين خمسة وفصل دار بين ثلاثة نفر وبه قال أحد.

(لهما) أي لأبي يوسف ومحمد (أن التلف بنصيب من اشهد عليه معتبر وينصيب من لم يشهد عليه مدر فكلنا قسمين فانقسم نصفين كما مر في عقر الأسد ونهش الحية وجرح الرجل) فإنه يكون نصفين النصف على الخارج والنصف مدر (وله) أي ولأبي حنيفة (ره) (أن الموت حصل بعة واحدة وهو الثقل المقدر) أراد بالقتل المهلك (والعمق المقدر) المهلك لا مجرد الثقل ومجرد العمق لأن اليسير من ذلك لا يصلح علة للتلف.

لان أصل ذلك ليس بعلّة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علّة فيجتمع
العلل وإذا كان كذلك يضاف إلى العلّة الواحدة ثم يقسم على أربابها
بقدر الملك بخلاف الجراحات بأن كل جراحة علّة التلف بنفسها
صغرت أو كبرت على ما عرف إلا أن عند المزاخمة أضيف
إلى الكل لعدم الأولوية

(لأن أصل ذلك ليس بعلّة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علّة فتجتمع العلل وإذا
كان كذلك يضاف إلى العلّة الواحدة ثم يقيم على أربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات
فإن كل جراحة علّة التلف بنفسها صغرت) أي الجراحة (أو كبرت على ما عرف . إلا
أن عند المزاخمة أضيف إلى الكل لعدم الأولوية) في الإضافة إلى البعض .

* * *

باب جناية البهيمة والجناية عليها

قال: الراكب ضامن لما أوطأت الدابة ما أصابت بيدها أو رجلها أو رأسها أو كدمت أو خبطت وكذا إذا صدمت. ولا يضمن ما نفحت برجلها أو ذنبها. والأصل أن المرور في طريق المسلمين مباح، مقيد بشرط السلامة لأنه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركاً بين كل الناس فقلنا بالإباحة مقيداً بما ذكرنا

باب جناية البهيمة والجناية عليها

أي هذا باب في بيان أحكام جناية البهيمة وفي بيان جناية الآدمي على البهيمة وكان من حق هذا الباب أن يذكر بعد جناية المملوك لتفضيل النطق في المملوك الذي هو العبد ولكن لما كانت البهيمة ملحقة بالجملادات من حيث عدم الفعل والنطق الحق هذا الباب بباب ما يحدثه الرجل في الطريق .

(قال) أي محمد « ره » في الجامع الصغير (الراكب ضامن لما أوطأت الدابة ما أصابت بيدها أو رجلها أو رأسها أو كدمت أو خبطت) الكدم العض بمقدم الاسنان كما يكدم الحمار ، والخبط الضرب باليد .

(وكذا) أي وكذا يضمن الراكب (إذا صدمت) الصدم : الضرب بالجسد ، ومنه : إذا قتل الكلب الصيد صدماً لا يؤكل . واصطدم الفارسان يعني : ضرب أحدهما الآخر بنفسه (ولا يضمن ما نفحت برجلها أو ذنبها) . نفحت الدابة الشيء إذا ضربته بحافرها .

(والأصل) أي في هذا (أن المرور في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لأنه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركاً بين كل الناس ، فقلنا بالإباحة مقيداً بما ذكرنا) من شرط السلامة (ليعتدل النظر من الجانبين) أي من بين

لتعدل النظر من ثم انما يتقيد بشرط السلامة فيها يمكن الاحتراز عنه ولا يتقيد بها فيما لا يمكن التحرز عنه لما فيه من المنع عن التصرف وسد بابه وهو مفتوح والاحتراز عن الإبطاء وما يضاهيه ممكن فإنه ليس من ضرورات التسيير فقيدناه بشرط السلامة عنه والنفحة بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه مع السير على الدابة فلم يتقيد به ، فإن أوقفها في الطريق ، ضمن النفحة أيضاً ، لأنه يمكن التحرز عن الإيقاف ، وإن لم يمكنه عن النفحة فصار متعدداً في الإيقاف وشغل الطريق به فيضمنه

صاحب الدابة وجانب الرجل الذي جني عليه من جهة الدابة ، ولا يضمن ما كان من القبار بالمشي أو سير الدابة لأنه لا يمكن الاحتراز عنه .

وكذا ما اثارت الدابة بسنابلها من الحصى الصغار لأنه لا يمكن أن يحترز عنه في السير . فأما الحصى الكبار فإن الراكب يضمن ما تولد منه لأن ذلك لا يكون إلا بالنصف على الدابة في السير . وقالوا في شرح الجامع الصغير : وإن لوقفها في الطريق ضمن النفحة أيضاً (ثم انما يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه ، ولا يتقيد بها فيما لا يمكن التحرز عنه لما فيه من المنع عن التصرف وسد باب) أي باب التصرف (وهو مفتوح) أي والحال أنه مفتوح .

(والاحتراز عن الإبطاء وما يضاهيه) أي وما يشابهه (يمكن فإنه ليس من ضرورات التسيير فقيدناه بشرط السلامة عنه والنفحة بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه مع السير على الدابة ، فلم يتقيد به) أي بشرط السلامة .

(فإن أوقفها في الطريق ضمن النفحة أيضاً لأنه يمكنه التحرز عن الإيقاف وإن لم يمكنه عن النفحة ، فصار متعدداً في الإيقاف وشغل الطريق به فيضمنه) ولو كانت سائرة وصاحبها معها قائداً أو سائقاً أو راكباً تضمن جميع ما جنت إلا النفحة بالرجل أو

قال وإن أصابت يديها أو رجلها حصاة أو نواة، أو أثارت غباراً أو حجراً صغيراً ففقأ عين إنسان أو فسد ثوبه لم يضمن وإن كان حجراً كبيراً ضمن، لأنه في الوجه الأول لا يمكن التحرز عنه إذ سير الدواب لا يعرى عنه وفي الثاني ممكن لأنه ينفك عن السير عادة . إنما ذلك بتعنيف الراكب المرتدف فيما ذكرنا كالراكب لأن المعنى لا يختلف قال : فإن راثت أو بالث في الطريق وهي تسير ، فمطب به انسان لم يضمن لأنه من ضرورات السير فلا يمكنه الاحتراز

الذنب . وبه قال احمد « ره » في رواية وعند الشافعي واحمد رحمهما الله في رواية يضمنها أيضاً وهو قول ابن أبي ليلى « ره » وقال مالك رحمه الله : لا يضمنها .

(قال) أي محمد « ره » في الجامع الصغير (وإن أصابت يديها أو رجلها حصاة ، أو نواة ، أو أثارت غباراً أو حجراً صغيراً ففقأ عين انسان أو فسد ثوبه لم يضمن وإن كان حجراً كبيراً ضمن لأنه في الوجه الاول) وهو ما إذا كان الحجر صغيراً (لا يمكن التحرز عنه إذ سير الدواب لا يعرى عنه وفي الثاني) وهو ما إذا كان الحجر كبيراً (ممكن) أي الاحتراز (لأنه ينفك عن السير عادة إنما ذلك) لأن الظاهر أنه نشأ (بتعنيف الراكب) في أمر السوق فيوصف بالتعدي ، فيؤخذ به .

(والمرتدف فيما ذكرنا كالراكب) أراد بالمرتدف ، الرديف . وقوله فيما ذكرنا يعني في موجب الجنابة (لأن المعنى لا يختلف) لأن الدابة في أيديها ويسيرانها ويرجهاها كيف شاؤوا، هذا ويروى عن شريح : وتجب الكفارة عليها ، لأنها كذا بخلاف القائد والسائق كذا في المبسوط وبه قال مالك وقال الشافعي واحمد واسحق « ره » : لا يضمن الرديف .

وعن احمد « ره » أرجو أن لا شيء عليه إذا كان أمامه من يمسك العنان (قال) أي القدوري (فإن راثت أو بالث في الطريق وهي تسير فمطب به انسان لم يضمن لأنه من ضرورات السير ، فلا يمكن الاحتراز عنه وكذا) أي لا يضمن (إذا أوقفها) أي

عنه . وكذا إذا أوقفها لذلك لأن من الدواب ما لا يفعل ذلك إلا بالإيقاف . وإن أوقفها لغير ذلك فخطب انسان بروثها أو بولها ضمن لأنه متعد في هذا الإيقاف لأنه ليس من ضرورات السير ثم هو أكثر ضرراً بالمارة من السير لما أنه أدوم منه ، فلا يلحق به . والسائق ضامن لما أصابت يدها أو رجلها ، والقائد ضامن لما أصابت يدها دون رجلها . والمراد النفحة . قال رضي الله عنه : هكذا ذكره القدوري « رح » في مختصره ، وإليه مال بعض المشائخ ووجهه أن النفحة بمراءى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا

الدابة (لذلك) أي لأجل البول أو الروث .

(لأن من الدواب ما لا يفعل ذلك) أي البول والقاء الروث (إلا بالإيقاف وإن أوقفها لغير ذلك) أي لغير البول ورمي الروث (فخطب انسان ببولها أو روثها ضمن لأنه متعد في هذا الإيقاف لأنه ليس من ضرورات السير ثم هو) أي الإيقاف (أكثر ضرراً بالمارة من السير لما أنه أدوم منه) أي من السير (فلا يلحق به) أي بالسير والائمة الثلاثة « ره » لا يفرقون ويوجبون الضمان بالروث والبول في الطريق مطلقاً .

وقال ابن قدامة « ره » : وقياس المذهب أنه لا يضمن ما تلف بذلك لأنه لا يمكن الاحتراز عنه (والسائق ضامن لما أصابت يدها أو رجلها ، والقائد ضامن لما أصابت يدها دون رجلها) هذا لفظ القدوري « ره » . وقال المصنف رحمه الله : (والمراد النفحة) أي المراد من قوله أو رجلها النفحة بالرجل .

(قال رضي الله عنه هكذا ذكره القدوري في مختصره وإليه مال بعض المشائخ) أي بعض مشائخ الطرق (ووجهه) أي وجه ما ذكره القدوري (أن النفحة بمراءى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز منه وقال أكثر

يمكنه التحرز عنه . وقال أكثر المشائخ « رح » ، إن السائق لا يضمن
 النفحة أيضاً ، وإن كان يراها . إذ ليس على رجلها ما يمنحها به فلا
 يمكن التحرز عنه ، بخلاف الكدم لإمكانه كبجها بلبجها ،
 وبهذا ينطق أكثر النسخ وهو الاصح . قال الشافعي : يضمنون
 النفحة كلهم لأن فعلها مضاف إليهم والحجة عليه ما ذكرنا وقوله
 عليه السلام : الرجل جبار ، ومعناه النفحة بالرجل وانتقال الفعل

(المشائخ) أى مشائخ ديارنا : ذكره في الذخيرة وهم مشائخ ماوراء النهر (إن السائق لا
 يضمن النفحة أيضاً وإن كان يراها إذ ليس على رجلها ما يمنحها به فلا يمكن التحرز عنه
 بخلاف الكدم لإمكانه كبجها بلبجها) يقال . كبج الدابة بلبجها هو أن يجذبها
 إلى نفسه لتقف .

(وبهذا) أى بقول أكثر المشائخ (ينطق أكثر النسخ) أى نسخ القدوري (وهو
 الاصح . قال الشافعي : يضمنون النفحة كلهم) أى الراكب والسائق والقائد .
 وبه قال مالك واحمد وابن أبي ليل « رح » ، (لأن فعلها) أي فعل الدابة (مضاف
 إليهم) أى إلى الراكب والسائق والقائد .

(والحجة عليه) أى على الشافعي « ره » ، (١٠ ذكرناه) أشار إلى قوله وغائب عن
 بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه (وقوله ~~بجها~~) عطف على قوله ما ذكرناه أي الحجة
 عليه قوله ~~بجها~~ أي قول النبي ﷺ (الرجل جبار) هذا الحديث أخرجه أبو داود
 والنسائي « ره » ، عن سفيان بن حسين ، عن الزهري ، عن سعيد بن المسيب عن
 أبي هريرة رضي الله تعالى عنه ، عن النبي ﷺ قال : الرجل جبار .

وقال الخطابي : تكلم الناس في هذا الحديث . قيل إنه غير محفوظ وسفيان بن
 حسين معروف بسوء الحفظ قلت استشهد به البخاري « ره » ، وأخرج له مسلم « ره » ، في
 المقدمة ، ورواه محمد « ره » ، في كتاب الآثار ... أخبرنا أبو حنيفة ، حدثنا حماد ، عن
 إبراهيم النخعي رحمه الله ، عن النبي ﷺ جرح المعجماء جبار والمعدن جيسار والغنب
 جبار والرجل جبار والمعدن جبار . وفي الركاز الخمس وهو يفصل قوله جبار بياض

بتخويف القتل كما في المكره ، وهذا تخويف بالضرب ، وفي
الجامع الصغير وكل شيء ضمنه الراكب ، ضمنه السائق والقائد ،
لأنهما مسببان لمباشرتهما شرط التلف وهو تقرب الدابة إلى مكان
الجناية فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب
إلا أن على الراكب الكفارة فيما أوطأته الدابة بيدها أو برجلها .
ولا كفارة عليهما ولا على الراكب فيما وراء الإطاء لأن الراكب
مباشر فيه لأن التلف بثقله وثقل الدابة تبع له ، لأن سير الدابة

سكاري : أى هذا يعني النفعة هدر وهو معنى قوله (معناه النفعة بالرجل) .
لأن الوطء مضمون بالاجماع (وانتقال الفعل) هذا جواب عن قول الشافعي «رح»
لأن فعلها يضاف إليهم بالقياس على الأكراه بيانه أن انتقال الفعل إلى غيره إنما يكون
(بتخويف القتل كما في المكره وهذا تخويف بالضرب) لأن القتل فلا يلحق به . قال
الأكمل «رح» وفيه ضعف لأنه لم يقل بذلك قياساً على الأكراه ، وإنما قال بناء على
أصل آخر ، وهو أن سير الدابة مضاف إلى راجعها ولا كلام فيه ، وإنما الكلام في النفعة
ومع ذلك لا يخلو عن ضعف .
والجواب القوي ما ذكره بقوله والحجة عليه ما ذكرنا . وقوله عليه السلام
الرجل جبار .

(وفي الجامع الصغير) إنما أتى برواية الجامع الصغير لاشتغالها على الضابط الكلي وبيان
الكفارة (وكل شيء ضمنه الراكب ، ضمنه السائق والقائد لأنهما مسببان لمباشرتهما شرط
التلف وهو تقرب الدابة إلى مكان الجناية فيقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه
كالراكب إلا أن على الراكب الكفارة فيما أوطأته الدابة بيدها أو برجلها ولا كفارة
عليها) أى على القائد والسائق (ولا على الراكب فيما وراء الإطاء) كالنفعة بالرجل
والذنب في ذلك ، وإنما الكفارة عليه في الإطاء ، لأنه مباشر فيه ، وهو معنى قوله
(لأن الراكب مباشر فيه لأن التلف بثقله وثقل الدابة تبع له ، لأن سير الدابة مضاف

مضاف إليه وهي آلة له وهما مسييان لأنه لا يتصل منهما إلى المحل شيء. وكذا الراكب في غير الإبطاء والكفارة حكم المباشرة، لا حكم التسبب وكذا يتعلق بالإبطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد لأنه يختص بالمباشرة ولو كان راكب وسائق قيل: لا يضمن السائق ما أوطئت الدابة لأن الراكب مباشر فيه لما ذكرنا، والسائق مسبب، والإضافة إلى المباشر أولى وقيل: الضمان عليهما لأن كل ذلك سبب الضمان.

إليه) أي إلى الراكب. ألا ترى أنه يقال: سار فرسخاً، وإن كان هو جالساً في سرجه لا يتحرك؟

ولهذا، لو سار في ملكه على دابته فوطئت يدها أو رجلها وقتلت، فعليه الكفارة والدية، إذ المباشرة في الملك وغيره سواء ذكره في المبسوط (وهي آلة له) أي الدابة آلة للركب (وهما) أي السائق والقائد (مسييان لأنه لا يتصل منهما إلى المحل شيء) أي إلى محل الحلاك (وكذا الراكب في غير الإبطاء) أي لا كفارة عليه في غير الإبطاء، لأنه سبب في ذلك.

(والكفارة حكم المباشرة، لا حكم التسبب) فيجب عليه الكفارة في الإبطاء، لأنه مباشر فيه (وكذا يتعلق بالإبطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد لأنه) لأن كل واحد من حرمان الميراث والوصية (يختص بالمباشرة ولو كان راكب وسائق. قيل: لا يضمن السائق ما أوطئت الدابة لأن الراكب مباشر فيه لما ذكرنا) من قوله، لأن تلف بتقله (والسائق مسبب والاضافة إلى المباشر أولى) لأنه لا عبرة لتسبب مع المباشرة.

ألا ترى إلى الدفع مع الحفر (وقيل الضمان عليهما) أي على الراكب والسائق (لأن كل ذلك سبب الضمان) أي كل واحد منهما باتفراده عامل في الائتلاف، لأن كل واحد لو انفرد أوجب الضمان.

قال واذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر
وقال زفر والشافعي «رح» يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف
دية الآخر لما روي ذلك عن علي رضي الله عنه ولأن كل واحد منهما
مات بفعله وفعل صاحبه لأنه بصدمة ألم نفسه وصاحبه فيهدر نصفه ،
ويعتبر نصفه كما إذا كان الاصطدام عمداً أو جرح كل واحد منهما نفسه
وصاحبه جراحة أو حفراً على قارعة الطريق يبرأ فانهار عليهما
يجب على كل واحد منهما النصف . فكذا هذا ولنا أن الموت
مضاف الى فعل صاحبه ، لان فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق

وقال الكرخي «رح» في مختصره : ولو أمر بنخسها وهو يسير فوطيت إنساناً
فقتلته ، فالدية عليها نصفان ، لان هما الآن راكب وسائق يعني ان الناحس كالسائق
ولو كان ثمة سائق وراكب مشتركان في الضمان . وكذا الناحس ، يعني ان الناحس كالسائق
وقال الإمام الاسبيجاني «رح» فإن كان سائق وراكب ، أو سائق وقائد أو راكب وقائد
فالضمان عليهما جميعاً ، غير أن الكفارة على الراكب وحده .

(قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (وإذا اصطدم فارسان) تقييد بالفارسين
اتفاقي ، إلا إن الحكم في الماشين كذلك أو قيده بحسب الغالب (فماتا فعلى عاقلة كل
واحد منهما دية الآخر وقال زفر والشافعي رحمهما الله : يجب على عاقلة كل واحد
منهما نصف دية الآخر) به قال مالك «رح» (لما يروى ذلك عن علي رضي الله تعالى
عنه) هذا غريب على ما نبينه ان شاء الله تعالى .

(ولأن كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه لانه بصدمة ألم نفسه وصاحبه
فيهدر نصفه ويعتبر نصفه كما إذا كان الاصطدام عمداً أو جرح كل واحد منهما نفسه
وصاحبه جراحة أو حفراً على قارعة الطريق يبرأ فانهار) أي سقط (عليهما ، يجب على
كل واحد منهما النصف ... فكذا هذا) وهذا الذي ذكره زفر والشافعي «رح» ، هو
القياس والاستحسان ما ذكره اصحابنا وبه قال احمد «رح» وهو قوله (ولنا ان الموت

فلا يصلح مستنداً للإضافة في حق الضمان كلماشي إذا لم يعلم بالسبيل
 ووقع فيها لا يهدر شيء من دمه وفعل صاحبه وإن كان مباحاً لكن
 الفعل المباح في غيره سبب للضمان كالتائم إذا انقلب على غيره .
 وروى عن علي رضي الله عنه : أنه أوجب على كل واحد منها
 كل الدية ، فتعارضت روايتاه فرجعنا بما ذكرنا وفيما ذكر من
 المسائل الفعلان

مضاف إلى فعل صاحبه ، لأن فعله في نفسه مباح ، وهو المشي في الطريق فلا يصلح
 مستنداً للإضافة في حق الضمان كلماشي إذا لم يعلم بالسبيل ووقع فيها لا يهدر شيء من
 دمه (بأن يقال : لولا مشيه لم يقع في البئر ، فكذا هنا لا يهدر شيء من دمه أيضاً بأن
 يقال : لولا تقرب به نفسه من الصدم لم يهلك .

(وفعل صاحبه وإن كان مباحاً ، لكن الفعل المباح في غيره) أي في غير نفسه
 (سبب للضمان كالتائم إذا انقلب على غيره) فأهلكه ، يجب عليه الضمان .

(وروى عن علي رضي الله تعالى عنه أنه أوجب على كل واحد منهما كل الدية) هذا
 رواه ابن أبي شيبة «رح» في مصنفه . حدثنا عبد الرحمن بن سليمان عن اشعب ، عن حماد
 عن ابراهيم ، عن علي رضي الله عنه في فارسين اصطدما فمات أحدهما أنه ضمن الحي
 للميت (فتعارضت روايتاه) أي رواية علي رضي الله تعالى عنه (فرجعنا) أي هذه
 الرواية (بما ذكرنا) من الدليل .

وقال الكاكي «رح» ، إذ يقول : ما روى عن علي «رض» أنه أوجب النصف بمحمول
 على ما إذا كانا عامدين حيث يجب نصف دية كل منهما في العمد كما ذكر في الكتاب .
 قلت هذا كله تكلف ، وقد ذكرنا أن الذي احتج به زفر «رح» والشافعي حديث علي
 رضي الله تعالى عنه : المذكور غريب يعني لم يثبت ، فمن أين يأتي التعارض أو لم يأول
 وهذا من قلة الاطلاع في كتب الاحاديث .

(وفيما ذكر) أي الخصم (من المسائل) المذكورة (الفعلان) وهما : الاصطدام عمدًا

محظوران فوضع الفرق هذا الذي ذكرنا اذا كلا حرين
في العمد والخطأ ولو كلا عبيدين يهدر الدم في الخطأ .
ان الجناية تعلقت برقبته دفعاً وفداء وقد فأت لا الى خلف من
غير فعل المولى فهدر ضرورة وكذا في العمد ، لان كل واحد
منها هلك بعدما جنى ولم يخلف بدلاً . ولو كان أحدهما حراً

والجرح (محظوران) أى غير مشروعين إذا كان كذلك (فوضع الفرق) بين القيس
والقيس عليه .

وفي الاجناس قال أبو يوسف «رح» في نواذر هشام ، في رجلين علوا حبلاً ، فوقما
على وجههما جميعاً فماتا ، انه يضمن كل احد منهما دية صاحبه ، ولو وقع أحدهما على
قفاه والآخر على وجهه فماتا ، ضمن صاحب القفا دية صاحب الوجه ولو انقطع الجبل
فوقما جميعاً على أقفيتهما فماتا ضمن القاطع ديتهما ، وضمن الجبل .

فقبل لمحمد «رح» : إن وقما على وجههما إذا قطع الجبل ؟ ... قال محمد «رح» هذا
من قطع الجبل وقال محمد «رح» في نواذر رستم : أو وقما على أقفيتهما وماتا ، لا ضمان
على قاطع الجبل (هذا الذي ذكرنا) هو أنه يجب دية كل على عاقلة الآخر (إذا كانا
حرين في العمد والخطأ ولو كانا عبيدين يهدر الدم) أي يسقط (في الخطأ) يعني إذا اصطدم
العبدان خطأ يعني فماتا يهدر الدم .

(لان الجناية تعلقت برقبته) أي برقبة العبد الجاني (دفعاً وفداء) أى من حيث دفع المولى إياه
ومن حيث ان يفديه ، ولما مات قبل ذلك فأت محل الجناية إن خلف لا يضمن المولى شيئاً
وهو معنى قوله (وقد فأت) أى العبد (لا إلى خلف) لقوات محل الجناية (من غير
فعل المولى) في العبيدين (فهدر) أى فسقط الدم (ضرورة) وفي بعض النسخ
فهدر ضرورة .

(وكذا الحكم في العمد) يعني فيما إذا وقع الاصطدام عمداً منها (لان كل واحد
منها هلك بعدما جنى ولم يخلف بدلاً) لأن العبد لا مال له (ولو كان أحدهما) أى أحد

والآخر عبداً ففي الخطأ تجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد ويبطل
حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة ، ولأن على أصل
أبي حنيفة «رح» ومحمد «رح» تجب القيمة على العاقلة لأنه ضمان
الآدمي فقد اخلف بدلاً بهذا القدر فيأخذه ورثة الحر المقتول
ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف وفي العمدة تجب على عاقلة الحر
نصف قيمة العبد لأن المضمون هو النصف في العمدة وهذا القدر
يأخذه ولي المقتول وما على العبد في رقبة وهو نصف دية الحر
يسقط بموته الاقدر وما اخلف من البدل وهو نصف القيمة .

المصطدمين (حرأ ، والآخر عبداً ، ففي الخطأ تجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد)
لأن كل شيء من الحر فيه الدية ، ففيه القيمة من العبد ، وكل شيء من الحر فيه نصف الدية ،
ففيه من العبد نصف القيمة .

(فيأخذها) أى فيأخذ القيمة (ورثة المقتول الحر ويبطل حق الحر المقتول في
الدية فيما زاد على القيمة) أى على قيمة العبد لأنه لم يخلف شيئاً فيما زاد (لان على أصل
أبي حنيفة ومحمد «رح» تجب القيمة على العاقلة) أراد أن الاصل أن العبد المقتول خطأ ،
تجب قيمته على العاقلة عندهما .

وروى عن أبي يوسف أنه قال في مال القاتل : وإنما تجب قيمة العبد على القاتل
عندهما (لانه ضمان الآدمي فقد أخلف بدلاً بهذا القدر فيأخذه) أي بدل العبد (ورثة
الحر المقتول ، ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف) أى لعدم الخلف بموت العبد من غير خلف
(وفي العمدة تجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لان المضمون هو النصف في العمدة ،
وهذا القدر يأخذه ولي المقتول . وما على العبد في رقبة وهو نصف دية الحر يسقط
بموته الاقدر ما اخلف من البدل وهو نصف القيمة) فيأخذه الورثة من مولى العبد .

(قال) أى محمد «رح» في الجامع الصغير (ومن ساق دابة فوق السرج على رجل

قال : ومن ساق دابة فوق السرج على اجل فقتله ضمن . وكذا على هذا سائر أدواته كاللجام ونحوه وكذا ما يحمل عليها لأنه متعدد في هذا التسبب ، لأن الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد والاحكام فيه بخلاف الرداء لأنه لا يشد في العادة ولأنه قاصد لحفظ هذه الأشياء كما في المحمول على عاتقه دون اللباس على ما مر من قبل في قيد بشرط السلامة . قال : ومن قاد قطاراً ، فهو ضامن لما أوطأ فإن وطئ بعير

فقتله ضمن) هنا لفظ الجامع وقال المصنف «رح» (وكذا على هذا الحكم) يعني وصول الضمان على السائق إذا وقعت (سائر أدواته كاللجام ونحوه) مثل الركب والمهرة وغير ذلك لأن ذلك كتقصير منه لأنه لو أحكمها لم تقع .

(وكذا) الحكم في وقوع (ما يحمل عليها) أى على الدابة (لأنه متعدد) أى لأن السائق قد تمدى (في هذا التسبب لأن الوقوع) أى وقوع هذه الأشياء (بتقصير منه) أى من السائق (وهو) أى التقصير (ترك الشد وإحكام فيه) ، أى في الشرح كما لو وقع الشيء المحمول على العاتق على انسان فقتله (بخلاف الرداء) الملبوس إذا سقط فأتلف شيئاً حيث لا يجب الضمان (لأنه) أى لأن الرداء (لا يشد في العادة) ولو تعثر اللابس فسقط الرداء ، ثم تعثر به انسان ، لم يضمن فكذا إذا سقط رداءه .

(ولأنه) أى ولأن السائق (قاصد لحفظ هذه الأشياء) يعني السرج وسائر الأدوات (كما في المحمول على عاتقه) إذا وقع على شيء فأتلفه فإنه يجب الضمان (دون اللباس) يعني لا يجب الضمان فيه ، لأنه لا يقصد حفظه (على ما مر من قبل) أى في باب ما يحدثه الرجل في الطريق (فيتقيد بشرط السلامة) يعني في حكم السائق .

(قال) أى القدورى : (ومن قاد قطاراً) القطار : الإبل يقطر على نسق واحد ، والجمع قطر . (فهو) أى القائد (ضامن لما أوطأ) أى القطار (فإن وطئ بعير) أى

إنساناً ضمن به الدية على العاقلة لأن القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد أمكنه ذلك وقد صار متعدياً بالتقصير فيه والتسبب بوصف التعدي سبب الضمان إلا أن ضمان النفس على العاقلة فيه وضمن المال في ماله وإن كان معه سائق ، فالضمان عليهما لأن قائد الواحد قائد الكل وكذا سائقه لاتصال الأزمة . وهذا إذا كان السائق في جانب من الإبل . أما إذا كان توسطها وأخذ بزمام واحد يضمن

من القطار (إنساناً ضمن به الدية على العاقلة لأن القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد أمكنه ذلك وقد صار متعدياً بالتقصير فيه والتسبب بوصف التعدي سبب الضمان ، إلا أن ضمان النفس على العاقلة فيه وضمن المال في ماله وإن كان معه) أى مع القائد (سائق فالضمان عليهما لأن قائد الواحد قائد الكل وكذا سائقه) أى سائق الواحد (لا اتصال الأزمة) أى أزمة القطار وهو جمع زمام .

وفي المبسوط : السائق تعرف للإبل مما أصاب بالصدمة وغيرها . وكذا القائد مقرب في ذلك فيشتركان في الضمان لا سواهما في التسبب وإن كان بينهما سائق الإبل في وسط القطار فالضمان في جميع ذلك عليهم أثلاثاً ...

وقال الكرخي «رح» : قال محمد «رح» في إملاء الكتابي ، لو أن رجلاً كان يقود قطاراً وآخر من خلف القطار ليسوقه ويزجر الإبل مزجر يسوقه وعلى الإبل قوم في الحامل نيام أو غير نيام فوطى وبمير إنساناً فقتله فالدية على عاقلة القائد والسائق والراكبين على البعير الذى وطى جميعاً الذين قدام البعير الذى وطى على عواقلهم جميعاً عدد الرؤوس والكفارة على الراكبين خاصة .

وقال الكرخي رحمه الله ومن كان من الركبان خلف البعير الذى وطى لا يزجر الإبل ولا يسوقها راكباً على بعير فيها أو غير راكب فلا ضمان على أحد منهم ، لأنهم ليسوا بقيادة ولا ساقاة .

(وهذا) أى وجوب الضمان على السائق والقائد جميعاً فيها (إذا كان السائق في

ما عطب بما هو خلفه ويضمنان ما تلف بما بين يده لأن القائد لا يقود ما خلف السائق لانقسام الزمام والسائق يسوق ما يكون قدامه قال : وإن ربط رجل بغيراً إلى القطار والقائد لا يعلم ، فوطىء المربوط إنساناً فقتله ، فعلى عاقلة القائد الدية لأنه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره . فإذا ترك الصيانة ، صار متعدياً وفي التسبب الدية على العاقلة كما في القتل الخطأ ، ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط ، لأنه هو الذي أوقعهم في هذه العهدة ، وإنما لا يجب الضمان عليهما في الابتداء وكل منهما مسبب لأن الربط من القود بمنزلة التسبب

جانب من الإبل الأول اما اذا كان توسطها وأخذ بزمام واحد من الإبل يضمن ما عطب بما هو خلفه ويضمنان (أى القائد الأول والثاني) ما تلف بما بين يديه (أى بين يدي السائق) لأن القائد الأول لا يقود ما خلف السائق لانقسام الزمام (أى لانقطاعه .

(والسائق يسوق ما يكون قدامه) حتى لو لم يسق ما كان قدامه يكون الضمان على القائد الأول لا غير كذا ذكر في المغني .

(قال : وإن ربط رجل بغيراً إلى القطار والقائد لا يعلم) فوطىء المربوط إنساناً ، فقتله ، فعلى عاقلة القائد الدية قيد به اذ لو علم القائد بالربط ، حال السير فالدية على عاقلته ولا يرجعون بها على عاقلة الرابط لأن القائد لما علم بالربط ، فقد رضي بما يلحقه من الضمان ، فلا يرجع الحاصل ان زيل القائد بالربط لا بقى ابتداء وجوب الضمان عنه لوجود الاتلاف منه والجمل يؤيل الاثم دون الضمان كالنائم اذا انقلب على انسان .

(فوطىء المربوط إنساناً فقتله فعلى عاقلة القائد الدية لأنه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره فإذا ترك الصيانة صار متعدياً وفي التسبب الدية على العاقلة كما في القتل الخطأ ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط لأنه هو الذي أوقعهم في هذه العهدة وإنما لا يجب الضمان عليهما) أى على القائد والرابط (في الابتداء وكل منهما) أى والحال ان كل منهما (مسبب

من المباشرة لاتصال التلف بالقود دون الربط قالوا هذا إذا ربط
والقطار تسير ، لأنه أمر بالقود دلالة فإذا لم يعلم به ، لا يمكنه
التحفظ من ذلك فيكون قرار الضمان على الرابط . أما إذا ربط
والإبل قيام ثم قادها ضمنها القائد لأنه قاد بعير غيره بغير إذنه لا
صريحاً ولا دلالة ، فلا يرجع بما لحقه عليه . قال : ومن أرسل بهيمة
وكان لها سائق فأصاب في فورها يضمته ، لأن الفعل انتقل إليه
بواسطة السوق .

لأن الربط من القود بمنزلة التسبب من المباشرة) ولا شك ان المباشرة أقوى
كالخافر مع الرافع .

(لاتصال التلف بالقود دون الربط قالوا) أى المشائخ (هذا) أى رجوع عاقلة القائد
على عاقلة الرابط (إذا ربط والقطار تسير) الواو فيه للحال (لأنه) أى لان الرابط (امر
بالقود دلالة) يعنى امر للقائد بقود بعيره حين سار دلالة ، يعنى من حيث الدلالة وان لم
يكن صريحاً . وإذا لم يعلم به (فإذا لم يعلم القائد به ، لا يمكنه التحفظ من ذلك فيكون
قرار الضمان على الرابط . اما اذا ربط الإبل قيام ثم قادها، ضمنها القائد) أى بلا رجوع
(لأنه قاد بعير غيره بغير إذنه لا صريحاً ، ولا دلالة . فلا يرجع بما لحقه عليه) .

قال المحبوبي «رح» . قال الحلواني «رح» : اذا ربط حال قيام الإبل ووقوفها، لا يضمن
الرابط ، لأن ربطه قد زال هذا السبب بقود القائد فيبرأ عن موجبها . كمن وضع حجراً
وحوله من ذلك إلى موضع آخر . لم يكن على الواضع الأول ضمان ما تلف به ، لأنه لما
حوله زالت جنابة كذا وهنا .

(قال) أي محمد «رح» في الجامع الصغير :

(ومن أرسل بهيمة وكان لها سائقاً) . قال الصدر الشهيد «رح» وغيره : أراد بالبهيمة ،
الكلب . وأراد بكونه سائقاً : أن يكون خلقه (فأصاب في فورها) أي في
فور الإرسال .

قال : ولو أرسل طيراً وساقه ، فأصاب في فوره لم يضمن . والفرق أن بدن البهيمة يحتمل السوق ، فصار وجود السوق وعدمه بمنزلة . وكذا لو أرسل كلباً ولم يكن له سائق لم يضمن ولو أرسله إلى صيد ولم يكن له سائق فأخذ الصيد وقتله حل ، ووجه الفرق أن البهيمة مختارة في فعلها ولا تصلح نائبة عن المرسل فلا يضاف فعلها إلى غيرها ، هذا هو الحقيقة إلا أن الحاجة مست في الاصطیاد

فإن قتل صيداً مملوكاً (يضمنه ، لأن الفعل انتقل إليه بواسطة السوق . قال) أي محمد «رح» في الجامع الصغير : (ولو أرسل طيراً وساقه ، فأصاب في فوره ، لم يضمن . والفرق) بين المسألتين : (أن بدن البهيمة يحتمل السوق) فاعتبر سوقه والطير لا يحتمل السوق (فصار وجود السوق وعدمه سواء بمنزلة) واحد .

ولهذا ، لو أدخل بازياً في الحرم أو صقراً وأرسله فجعل يقتل حمام الحرم ، لا يلزمه شيء . لأن الباز لا يحتمل السوق . ولو أشلى كلباً على رجل حق عقره أو مزق ثيابه لا يضمن لأن يسوقه . أراد به : إذا كان خلفه لما مر وقيل إذا لم يكن خلفه ، فمقرر وتعلق بانسان إن كان غير معلم لا يضمن لأن غير المعلم إنما يذهب بطبع نفسه لا بالإرسال وإن كان معلماً ، فإن ذهب يميناً وشمالاً ومال عن الوجه الذي أرسله ثم أتلّف انساناً لا يضمن . لأنه لا يضاف إلى السائق وإن أصابه من الوجه الذي ساقه وأرسله كان ضامناً . لأنه ذهب بإرسال صاحبه ، فكان مضافاً إلى المرسل .

كذا ذكر فخر الدين قاضي خان (وكذا لو أرسل كلباً ولم يكن له سائق لم يضمن) يعني إذا كان خلفه (ولو أرسله إلى صيد ولم يكن له سائق ، فأخذ الصيد وقتله حل ووجه الفرق) بين المسألتين (أن البهيمة) أي الكلب (مختارة في فعلها) .

وفي بعض النسخ مختارة في فعله (ولا تصلح نائبة عن المرسل فلا يضاف فعلها) أي فلا يضاف فعله (إلى غيرها هذا هو الحقيقة) أي فعل أحد لا يضاف إلى غيره . (إلا أن الحاجة مست في الاصطیاد وأضيف إلى المرسل لأن الاصطیاد مشروع ولا طريق له

فأضيف إلى المرسل لأن الاصطياد مشروع ولا طريق له سواء ولا حاجة في حق ضمان العدوان . وعن أبي يوسف أنه أوجب الضمان في هذا كله احتياطاً صيانة لأموال الناس قال « رض » وذكر في المبسوط إذا أرسل دابة في طريق المسلمين فأصاب في فورها فالمرسل ضامن لأن سيرها مضاف إليه ما دامت تسير على سننها وإن انعطفت يمنة أو يسرة انقطع حكم الإرسال إلا إذا لم يكن له طريق آخر سواء وكذا إذا وقفت ثم سارت بخلاف ما إذا وقفت بعد الإرسال في الاصطياد ثم سارت فأخذت الصيد لأن تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لأنه لتمكنه من الصيد وهذه تنافي مقصود المرسل وهو السير

سواء ، ولا حاجة في حق ضمان العدوان (أي لا ضرورة في وجوب العدوان فلا تسقط عبرتها .

(وعن أبي يوسف «رح» أنه أوجب الضمان في هذا كله احتياطاً صيانة لأموال الناس) وجعل شيخه العلاء «رح» هذا نسخه يعني يوجد هذا في بعض النسخ (قال) أي المصنف (وذكر في المبسوط إذا أرسل دابة في طريق المسلمين فأصاب في فورها فالمرسل ضامن لأن سيرها يضاف إليه ما دامت تسير على سننها) فيضمن . قال الصدر الشهيد وعليه الفتوى وبه قال الشافعي وأحمد . وعند مالك فعل العجاء جبار بأي وجه كان . (ولو انعطفت) أي الدابة (يمنة أو يسرة انقطع حكم الإرسال إلا إذا لم يكن له طريق آخر سواء) أي سوى طريق اليمنة واليسرة بأن كان على الجادة ما أوصل الطريق لا ينقطع حكم الإرسال .

(وكذا) أي كذا لا ينقطع حكم الإرسال (إذا وقفت ثم سارت بخلاف ما إذا وقفت بعد الإرسال في الاصطياد ثم سارت فأخذ الصيد لأن تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لأنه لتمكنه من الصيد وهذه) أي وقفة الدابة (تنافي مقصود المرسل وهو السير)

فينقطع حكم الإرسال وبخلاف ما إذا أرسله إلى صيد فأصاب نفساً أو
مالاً في فوره لا يضمنه من أرسله وفي الإرسال في الطريق يضمنه لأن
شغل الطريق تعد فيضمن ما تولد منه اما الإرسال للاصطياد فمباح
ولا تسيب الا بوصف التعدي قال ولو أرسل بيمة فافسدت

فإن المقصود من الإرسال هو السير لا الوقوف .

فإذا كان كذلك (فينقطع حكم الإرسال وبخلاف) معطوف على قوله بخلاف ما إذا
وقفت (ما إذا أرسله إلى صيد فأصاب نفساً أو مالاً في فوره ، لا يضمنه من أرسله وفي
الإرسال في الطريق يضمنه) يريد بهذا : الفرق بين الإرسالين : الإرسال إلى الطريق ،
والإرسال إلى الصيد . ففي الأول لا ضمان عليه . وفي الثاني يجب الضمان إذا
كان على الفور .

(لأن شغل الطريق تعد . فيضمن ما تولد منه . أما الإرسال للاصطياد ، فمباح ولا
تسيب إلا بوصف التعدي) وقائوا في رجل له كلب عقور كلما مر عليه شيء عضه ،
فلأهل القرية أن يقتلوه . فإن عض ، هل يجب الضمان على صاحبه .

إن لم يتقدموا عليه قبل القبض لا ضمان عليه وإن كان تقدموا إلى صاحب الكلب
فعلية الضمان بمنزلة الحائط المائل وقال الشافعي وأحمد « رحمهم الله » يضمن وإن
لم يتقدم إليه .

وكذا في سنور معروف يأكل الطيور وفي المتقى لو طرح رجلاً قدام أسد أو سبع
فقتله ليس على الطارح قود ولا دية ولكن يعزر ويصرب وبعدهما يحبس حتى يتوب ويموت
وقال أبو يوسف أنا أرى أن يحبس حتى يموت وعند الأئمة الثلاثة إن كان الغالب القتل
يجب القود وإن كان لا يقتل غالباً فعند الشافعي «رح» قولان في قول يجب القود وفي قول
لا يجب ولكن تجب الدية وبه قال أحمد وقياس قول مالك أنه يجب القود .

(قال) أي المصنف «رح» وليس في كثير من النسخ لفظ قال (ولو أرسل بيمة
فأفست زرعاً على فوره) أي فور الإرسال والمراد بفور الإرسال أن لا يميل يميناً ولا

زرعاً على فوره ضمن المرسل وإن مالت يميناً أو شمالاً وله طريق
آخر لا يضمن لما مر ولو انفلتت دابة فأصابت مالا أو آدمياً ليلاً
أو نهاراً لضمان على صاحبها لقوله عليه السلام جرح العجماء جبار .
وقال محمد رحمه الله هي المنفلتة ولأن الفعل غير مضاف إليه لعدم

شمالاً (ضمن المرسل وإن مالت يميناً أو شمالاً وله طريق آخر لا يضمن لما مر) وفي
الفتاوى الصغرى أرسل حمارة فدخل زرع إنسان فأفسده فان ساقه إلى الزرع ضمن وإن
لم يسقها بان لم يكن خلفها وان لم تنعطف الدابة يميناً ولا شمالاً وذهب إلى الوجه الذي
أرسله صاحبه فأصاب الزرع ضمن أيضاً وان انعطف يميناً وشمالاً فأصاب الزرع إن كان
له طريق آخر لم يضمن والا يضمن في ديار شيخ الاسلام «رح» (ولو انفلتت الدابة فأصابت
مالاً أو آدمياً ليلاً أو نهاراً لضمان على صاحبها لقوله عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ (جرح
العجماء جبار) الحديث رواه أبو داود وابن ماجه عن الليث بن سعد عن الزهري عن سعيد
ابن المسيب عن أبي هريرة «رض» قال : قال رسول الله ﷺ العجماء جرحها جبار الحديث
قال أبو داود المنفلتة أي العجماء التي لا يكون معها أحد ويكون بالنهار لا بالليل وقال
ابن ماجه الجبار الهدر الذي لا يفرم وفي الموطأ عن مالك الجبار الدبة .

(وقال محمد «رح» هي المنفلتة) التي أهدر النبي ﷺ فعلها هي المنفلتة لا التي أرسلت
فان فساد المرسلة إذا كان في فور الارسال ليس يجبار وإنما ذكر التفسير لئلا يحري الحديث
على عمومها كما قال مالك «رح» وقال القدوري في شرحه وسواء كان انفلتتها في ملك
صاحبها أو في الطريق أو في ملك غيره لأنه لا صنع له في انفلتتها ولا يمكنه الاحتراز عن
فعلها فلا يضمن ما تولد منه . انتهى .

وقال الشافعي إن كانت ذهبت نهاراً لا يضمن به قال مالك وأحد وأكثر
فقهاء الحجاز .

(ولأن الفعل) أي فعل الدابة المثقلة (غير مضاف إليه) أي إلى صاحب الدابة
(لعدم ما يوجب النسبة إليه من الارسال واخواته) من السوق والقود والركوب ، وفي

ما يوجب النسبة إليه من الإرسال واخواته شاة لقصاب فقئت عينها
ففيها ما نقصها لأن المقصود منها هو اللحم فلا يعتبر النقصان .
وفي عين بقرة الجزار وجزوره ربع القيمة وكذا في عين الحمار والبغل
والفرس وقال الشافعي فيه النقصان أيضاً اعتباراً بالشاة ولنا ما
روي أنه عليه السلام قضى في عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى
عمر رضي الله عنه

بعض النسخ قال (شاة لقصاب) أى قال محمد في الجامع الصغير شاة لقصاب (فقئت عينها
ففيها ما نقصها) أى ما نقص الشاة من قيمتها (لأن المقصود منها) أى من شاة القصاب
(هو اللحم فلا يعتبر النقصان وفي عين بقرة الجزار وجزوره) بفتح الجيم وهو ما اتخذ
لنحر يقيم على الذكر والأنثى كذا في الطحاوي والجزر القطع وجزر الجزور نحوها
والجزار هو الذي يحزر البقرة أى ينحرها (ربع القيمة) الواجب ربع قيمة بقرة الجزار
وجزوره (كذا) أى يجب ربع القيمة (في عين الحمار والبغل والفرس) وفي جامع
البرذوى إنما وضع المسألة على هذا الوجه عين لم يقل في عين البقرة والجزور مطلقاً لبيان
ان البقرة والجزور وإن أعدا للحم كما في شاة لا يختلف الجواب فيها أعنى يجب ربع
قيمتها سواء كانا معدين للحم أو للحرث والحمل والركوب كما في الذي لا يؤكل لحمه كالحمار
والبغل والفرق ان الشاة لا ينتفع بها للحمل بل ينتفع بها كالامعة فيضمن النقصان من
غير تقدير وأما البهائم فانها عاملة كالادمي فينتفع بها بغير العمل أيضاً فأشبهه الأدمي من
وجه والمسألة من وجه فوجب لنصف التقدير الواجب في الانسان عملاً بها .

(وقال الشافعي «رح» فيه النقصان أيضاً اعتباراً بالشاة) وهو القياس قول مالك
وأحمد (ولنا ما روى أنه عليه السلام) أى أن النبي ﷺ (قضى في عين الدابة بربع
القيمة) هذا رواه الطبراني في معجمه من حديث زيد بن ثابت «رض» أن النبي ﷺ قضى
في عين الدابة بربع قيمتها ورواه العقيلي في الضمفاء (وهكذا قضى عمر «رض») رواه
عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا سفيان الثوري عن جابر الجعفي عن الشعبي عن شريح ان

ولأن فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة
والجمال والعمل فمن هذا الوجه تشبيه الآدمي . وقد
تمسك للأكل فمن هذا الوجه تشبه المأكولات فعملنا بالشبهين
فبشبه الآدمي في إيجاب الربع وبالشبه الآخر في نفي النصف
ولأنه إنما يمكن إقامة العمل بها بأربعة أعين عيناها وعينا المستعمل
فكانها ذات أعين أربعة فيجب الربع بفوات إحداها .

عمر «رض» كتب إليه في عين الدابة ربع ثمنها ورواه كذلك ابن أبي شبة (ولأن فيها)
دليل معقول على ذلك أى فى الدابة (مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال
والعمل فمن هذا الوجه) أى من وجه الزينة والجمال (تشبه الآدمى . وقد تمسك للأكل
فمن هذا الوجه) أى من وجه إمساكها للأكل (تشبه المأكولات فعملنا بالشبهين فبشبه
الآدمى فى إيجاب الربع وبالشبه الآخر فى نفي النصف) أى فى نفي نصف الإيجاب وفيه
إشارة إلى الجواب عن القياس على الشاة فإن المقصود منها اللحم وفقاء العين لا يفوته بل
هو عيب يسير فيلزم نقصان المالة (ولأنه) أى ولأن الشاة هذا دليل آخر أى ولأن
الشاة أيا يكن إلى آخره على ما تبين ولكن الاعتماد على الدليل الأول الأقوى أن العينين
لا يضمنان نصف القيمة كذا قال فخر الاسلام «رح» وإنما قال ذلك لأن المعمول به فى
هذا الباب النص وهو ورد فى عين واحدة فيقتصر عليه قوله (إنما يمكن إقامة العمل
بها) أى بالقيمة (بأربعة أعين عيناها) أى باعتبار الأربعة أعين وفى بعض النسخ بأربع
أعين ثم بين الأربعة الأعين بقوله عيناها ، أى عينا الدابة (وعينا المستعمل) أى مستعمل
الدابة فإذا كان كذلك (فكانها) أى فكان الدابة تكون (ذات أعين) فإذا كانت ذات
أعين (أربعة فيجب الربع) أى ربع القيمة (بفوات أحدها) أى أحد الأعين الأربعة
(قال) وإنما قلنا قال المصنف لأن هذه المسألة وما بعدها ليست مذكورة فى الهداية
وإنما هي من مسائل الأصل . ذكرها المصنف تقريرا .

قال ومن سار على دابة في الطريق فضر بها رجل أو نخسها فنفتحت رجلاً أو ضربته بيدها أو نقرت فصدمته فقتلته كان ذلك على الناحس دون الراكب هو المروي عن عمر رضي الله عنه وابن مسعود رضي الله عنهما ولأن الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناحس فأضيف فعل الدابة إليه كأنه فعله بيده ولأن الناحس متعدد في تسبيبه

(ومن سار على دابة في الطريق فضر بها رجل أو نخسها) من للنخس وهو الطعن بالعود ونحوه وهو من باب منع يمنع ومنه النخاس دلال الدواب (فنفتحت رجلاً) يقال نفعه برجله إذا ضربه بالحاء المهملة من باب منع (أو ضربته بيدها أو نقرت فصدمته فقتلته كان ذلك على الناحس) يعني إذا نخسها بغير إذن الراكب والسائق وبه صرح في المبسوط ولا يعلم فيه خلاف (دون الراكب) أي لا يلزم الراكب شيء فان قيل القياس يقتضي هو أن يكون الزمان على الراكب لكونه مباشراً فان لم يكن متعدداً لأن التعدي ليس من شرط فان لم يختص به فلا أقل من الشركة والجواب أن القياس يترك بالأثر أشار إليه بقوله (هو) أي المذكور هو الذي (المروي عن عمر وابن مسعود رضي الله تعالى عنهما) في رجل نخس دابة عليها راكب فصدمت آخر فقتلته أنه على الناحس لا على الراكب هذا غريب . وقال الأتوازي لما ذكر المسألة المذكورة الأصل قال بلغنا ذلك عن عمر وعبد الله بن مسعود (رضي) وروى عبد الرزاق في مصنفه عن معمر عن ابن مسعود وفيه إنما يضمن الناحس وروى ابن أبي شيبة في مصنفه نحوه عن شريح والشعبي ولأن الراكب دليل معقول .

(ولأن الراكب الدابة والمركب) الذي هو الدابة (مدفوعان بدفع الناحس فأضيف فعل الدابة إليه كأنه فعله بيده) أما فعل الراكب فلأنه انتقل إلى الدابة لأن الوثبة المهلكة إنما كانت منها فكان مضطراً في حركته وأما فعل الدابة فقد انتقل إلى الناحس لكونه الحامل على ذلك ملحقاً فكان الحامل الناحس يميز له . الرابع للدابة والراكب معاً على ما فعلت الدابة والمدفوع إلى الشيء وإن كان مباشراً لا يعتبر مباشراً كما في الإيضاع الإكراه

والراكب في فعله غير متعد فيترجح جانبه في التغريم للتعدي . حتى لو كان واقفا دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين لأنه متعد في الإيقاف أيضاً . قال وإن نعت الناحس كان دمه هدر لأنه بمنزلة الجاني على نفسه وإن ألت الراكب قتلته كان ديته على عاقلة الناحس لأنه متعد في تسييبه وفيه الدية على العاقلة . قال ولو وثبت بنخسة على رجل أو وطئته قتلته كان ذلك

الكامل فلا يجب عليه جزاء المباشر ان فرض مباشراً ولا التسبب أيضاً لأنه معتمد التعدي وهو منفرد (ولأن الناحس متعد) دليل آخر أي الناحس متعد (في تسييبه) لأن الدابة عادت عند النخس النخسة والوثبة (والراكب في فعله غير متعد) لعدم ضرر شيء منه . (فيترجح جانبه) أي جانب الناحس (في التغريم للتعدي) قيل فيه نظر لأن الراكب إن كان فعله معتبراً فهو مباشر والتعدي ليس من شرطه في وجوب الضمان كالتائم إذا انقلب على انسان فأهلكه يجب الضمان عليه ، والتائم ليس بوصف بالتعدي وإن لم يكن قتله معتبراً لكونه مرفوعاً فقد استغنى عن ذكره بذلك الدليل الاول .

وأجيب أن الراكب مباشر فيما إذا ألتف بالوطىء لأنه يحصل التلف بالفعل وليس الكلام هاهنا في ذلك وإنما هو في التفح بالرجل والضرب باليد والصدمة فكان شيئاً ورجح الناحس في التغريم وفي استعمال الترجيح هاهنا تسامح لأن الشرط إذا كان منفرداً لا يصلح معارضاً حتى يحتاج إلى الترجيح ، قال الاكمل ولعل معناه فاعتبر موجباً في التغريم لأن الترجيح بسبب الاعتبار فكان ذكر التسبب وإرادة المسبب .

(حتى لو كان واقفاً) أي حتى لو كان الراكب واقفاً (دابته) ودابة منصوبة بقوله واقفاً لأنه من الوقوف لا من الوقف (على الطريق يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين لأنه) أي لأن لصاحب الدابة (متعد في الإيقاف أيضاً وإن نعت الناحس كان دمه هدر لأنه بمنزلة الجاني على نفسه وإن ألت الراكب) يعني بالناخس (فقتله كانت ديته على عاقلة الناحس لأنه متعد في تسييبه وفيه الدية على العاقلة قال ولو وثبت بنخسة

على الناحس دون الراكب لما بيناه . والواقف في ملكه والذي
يسير في ذلك سواء وعن أبي يوسف أنه يجب الضمان على الناحس
والراكب نصفين لأن التلف حصل بثقل الراكب ووطيء الدابة
والثاني مضاف إلى الناحس فيجب الضمان عليهما . وإن نخسها بإذن
الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه
في نفحتها لأنه أمره بما يملكه إذ النخس في معنى السوق فصح أمره

على رجل أو وطئته فقتلته كان ذلك على الناحس دون الراكب لما بيناه (إشارة إلى قوله
لأنه متعد في تسببه كذا قاله الكاكي وقال الاكمل لما بينا إشارة إلى قوله لأنه
متعد في تسببه .

ولأن الراكب والركب مرفوعان وقال في النهاية هو قوله لأنه متعد في تسببه قلت
وهو مثل ما قاله الكاكي فكأنه نقله عن صاحب النهاية . وقال الاكمل ليس بشيء
وسكت عليه فليتأمل .

(والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء) أى في ملكه يعني يجب الضمان على
الناחס في كل حال وقيد بقوله في ملكه احترازاً عما تقدم من الإتيان من غير الملك فإنه
ينتصف الضمان هناك على ما قبلها (وعن أبي يوسف «رح») رواه ابن سماعة عنه (أنه
يجب الضمان على الناحس) في كل حال وقيد بقوله في ملكه احترازاً عما تقدم من الإتيان
في غير الملك ، فرواية ابن سماعة عنه أنه يجب الضمان على الناحس (والراكب نصفين لأن
التلف حصل بثقل الراكب ووطيء الدابة والثاني) أى وطيء الدابة (مضاف إلى الناحس
فيجب الضمان عليهما ، وإن نخسها بإذن الراكب كان ذلك) أى النخس من الناحس (بمنزلة
فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه) أى على الناحس (في نفحتها لأنه) أى لأن
الراكب (أمره) أى الناحس (بما يملكه) وهو النخس (إذ النخس في معنى السوق
فصح أمره به) أى أمر الراكب بالنخس (وانتقل) أى النخس (إليه لمعنى الأمر)
أى إلى الراكب .

به وانتقل إليه لمعنى الأمر . قال ولو وطئت رجلاً في مسيرها وقد
نخسها الناحس بإذن الراكب فالدية عليهما نصفين جميعاً إذا كانت في
فورها الذي نخسها لأن سيرها في تلك الحالة مضاف إليهما . والاذن يتناول
فعله السوق ولا يتناوله من حيث أنه إتلاف فمن هذا الوجه يقتصر
عليه والركوب وإن كان علة للوطىء فالنخس ليس بشرط لهذه
العلة بل هو شرط أو علة للسير والسير علة للوطىء وبهذا لا يرجع
صاحب العلة كمن جرح إنساناً فوقع في بير حفرها غيره على قارعة الطريق
ومات فالدية عليهما لما أن الحفر شرط علة أخرى دون علة الجرح

(ولو وطئت رجلاً في مسيرها وقد نخسها الناحس بإذن الراكب فالدية عليهما
نصفين جميعاً) أى على الراكب والناخس (إذا كانت) أى النخسة (في فورها الذي
نخسها لأن سيرها في تلك الحالة مضاف إليهما) أى إلى الراكب والناخس وفي بعض النسخ
إليهما أى إلى النخعة (والاذن يتناول فعله) أى فعل الناحس هذا جواب عن قوله ينبغي
أن لا يضمن الناحس لأنه متى أذنه بالنخس وفعله أى الراكب فلم يبق متعدياً بيان الجواب
الاذن يتناول فعل الناحس الذي هو (السوق ولا يتناوله) أى ولا يتناوله فعله (من
حيث أنه إتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه) أى على الناحس فكان متعدياً (والركوب
وإن كان علة للوطىء) هذا جواب سؤال آخر وهو أن الراكب صاحب علة إذا ركوب
علة للوطىء وإضافة الحكم إلى العلة أولى من إضافته إلى الشرط وتقرير الجواب أن يقال
أن للركوب وإن كان علة للوطىء الراكب (فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط
أو علة للسير والسير علة للوطىء فصار علة العلة) أى ويكون علة العلة .

(ولهذا لا يرجع صاحب العلة) على الشرط ونظر المصنف لذلك بقوله (كمن جرح
إنساناً فوقع) أى المجرع (في بير حفرها غيره على قارعة الطريق ومات فالدية عليهما)
أى على الجارح وحافر البئر (لما أن الحفر شرط وجود علة أخرى) وهي القتل (دون

كذا هذا . ثم قيل يرجع الناحس على الراكب بما ضمن في الإبطاء
لأنه فعل بأمره وقيل لا يرجع وهو الأصح فيما أراه لأنه لم يأمره
بالإبطاء والناحس يتفصل عنه وصار إذا أمر صبياً يستمسك على
الدابة بتسييرها فوطئت انساناً ومات حتى ضمن عاقلة الصبي فانهم
لا يرجعون على الأمر لأنه أمره بالتسيير والإبطاء يتفصل عنه وكذا
إذا ناوله سلاحاً فقتل به آخر حتى ضمن لا يرجع على الأمر ثم

علة الجرح كذا هذا) لأن الركوب وإن كان علة للوطء فالناحس ليس بشرط لهذه
علة بل هو شرط للسير والسير علة للوطء فكان للوطء ثابتاً بملتين فيجب الضمان .
(ثم قيل يرجع الناحس على الراكب بما ضمن في الإبطاء لأنه) أي لأن الناحس
(فعل بأمره) أي بأمر الراكب فيرجع عليه بما لحقه من العهدة (وقيل لا يرجع وهو
الأصح) أي عدم الرجوع هو الأصح قاله صاحب الهداية وقال (فيما أراه) بضم الهزة
أي فيما أظنه (لأنه) أي لأن الراكب (لم يأمره بالإبطاء) بل أمره بالناحس (والناحس
متفصل عنه) أي عن الإبطاء (وصار) حكم هذا (كما إذا أمر صبياً يستمسك) أي يقدر
على استمساك نفسه على فعل شيء وهو معنى قوله يستمسك (على الدابة بتسييرها فوطئت
الدابة انساناً ومات حتى ضمن عاقلة الصبي فانهم) أي فان العاقلة (لا يرجعون على الأمر
لأنه) أي لأن الأمر (أمره بالتسيير والإبطاء يتفصل عنه) أي عن التسيير .

وقيد للصبي بصفة الاستمساك لأنه إذا لم يكن مستمسكاً على الدابة وحمله رجل على
الدابة والدابة واقفة ثم سارت فأوطأت لا ضمان على عاقلة الصبي ولا على الذي حمله لأن
تسيير الدابة لا يكون مضافاً إلى الصبي لأن الصبي عليها بمنزلة المتاع ولا على الحامل لأنه
لم يسير الدابة فكانت الدابة كالتعلقة فيكون فعله مبدراً لقوله ~~يقتل~~ فعل العجاء جبار
والمراد المتقلبة كذا في التخييرة ولا نعلم فيه خلاف .

(وكذا الحكم إذا ناوله) أي الصبي (سلاحاً فقتل به آخر) أي فقتل الصبي
بالسلاح شخصاً آخر (حق ضمن لا يرجع على الأمر ثم الناحس إنما يضمن إذا كان الإبطاء

الناخس إنما يضمن إذا كان الإبطاء في فور النخس حتى يكون السوق مضافاً إليه ، وإذا لم يكن في فور ذلك فالضمان على الراكب لانقطاع أثر النخس فبقي السوق مضافاً إلى الراكب على الكمال . ومن قاد دابة فنخسها رجل فانقلبت من يد القائد فأصابته في فورها فهو على الناخس وكذا إذا كان لها سائق فنخسها غيره لأنه مضاف إليه والناخس إذا كان عبداً فالضمان في رقبته . وإن كان صبيّاً ففي ماله لأنها مؤاخذان بأفعالهما ولو نخسها شيء منصوب في الطريق فنفتحت إنساناً فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشيء لأنه متعبد بشغل الطريق فأضيف إليه كأنه نخسها بفعله والله أعلم

في فور النخس حتى يكون السوق مضافاً إليه ، وإذا لم يكن في فور ذلك فالضمان على الراكب لانقطاع أثر النخس فبقي السوق مضافاً إلى الراكب على الكمال . (ومن قاد دابة فنخسها رجل فانقلبت من يد القائد فأصابته في فورها فهو على الناخس) لا على القائد (وكذا إذا كان لها سائق فنخسها غيره) أي غير السائق فالضمان على الناخس لا على السائق (لأنه) أي لأن التلف (مضاف إليه) أي إلى الناخس إذ الإنفلات أثر فعل الناخس وهو بشرط التلف (والناخس إذا كان عبداً فالضمان في رقبته) أي في رقبة العبد يدفع بها أو يفدى هذا إذا نخسه بغير إذن الراكب أما إذا نخسه بإذنه فإن كان التلف بالنفحة فلا ضمان على الراكب والقيّد إذا كان يسير في الطريق ولو كان بالوطئة في فور النخسة فعلى عاقلة الراكب يضمن نصف الدية وعقوبة العبد نصف الدية يدفعه مولاه أو يفديه بمئزلة السائق مع الراكب لأن الولي يرجع على الأمر بالأقل من قيمة العبد ومن نصف الدية . (وإن كان) أي الناخس (صبيّاً ففي ماله) يحتمل أن يراد به إذا كانت الجنابة على المال أو فيما دون إرث الموضحة لأن الجنابة إذا كانت موجبة الدية فعلى عاقلته (لأنها) أي لأن العبد والصبي (مؤاخذان بأفعالهما ولو نخسها) أي الدابة (شيء منصوب في الطريق فنفتحت إنساناً فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشيء لأنه متعبد بشغل الطريق فأضيف إليه) أي فأضيف التلف إلى الناصب (كأنه نخسها بفعله ، والله أعلم) أي فكأن الناصب نخس الدابة بفعله .

باب جنابة المملوك والجنابة عليه

قال وإذا جنى العبد جنابة خطأ قيل لمولاه إما أن تدفعه بها أو
تقديه وقال الشافعي جنابته في رقبته يباع فيها إلا أن يقضي المولى
الإرث وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق

باب جنابة المملوك والجنابة عليه

أى هذا باب في بيان جنابة المملوك على غيره وفي بيان جنابة شخص على المملوك ولما
فرغ من جنابة الحر وهو المالك شرع في بيان العبد الذى هو المملوك (قال) أى القدرى
« رح » (وإذا جنى العبد) على حر أو على عبد (جنابة خطأ قيل لمولاه إما أن تدفعه)
أى العبد الى ولي الجاني (بها) أى بالجنابة (أو تقديه) انما قيد بالخطأ لأن في العمد في النفس
يجب القصاص عليه وفيما دون النفس تجب الدية خطأ أو عمداً لأن القصاص لا يجرى فيه
بين العبد والعبيد ولا بين العبيد والأحرار فيما دون النفس (وقال الشافعي « رح » جنابته
في رقبته يباع فيها إلا أن يقضي المولى الإرث) وذكر شيخ الإسلام علاء الدين الاسييجاني
« رح » في شرح الكافي مذهب مالك « رح » كذلك وقال مالك يجب ذلك في عتق العبد يباع فيه إلا أن
يقضي السيد وقال الحر في مختصره وإذا جنى العبد على سيده أن يدفعه أو يفديه فإن كانت
الجنابة أكثر من قيمة العبد لم يكن على سيده أن يطالب بأكثر من قيمته (وفائدة
الاختلاف) أى الخلاف بيننا وبين الشافعي « رح » تظهر (في اتباع الجاني بعد العتق)
يعني أن المجني عليه عند الشافعي رحمه الله يتبع العبد بعد العتق يعني اذا كانت قيمته غير
معادلة للإرث تبعه بعد العتق أما لو كان الإرث بقدر القيمة يكون على المولى والمولى يختار
للفداء بعد العتق وعندنا الوجوب على المولى دون العبد فلا يتبعه بعد العتق لأنه بعد العتق
صار مختاراً للفداء في مبسوط بكر والأسرار ، حاصل الخلافان موجب جنابة العبد على
الآدمي على العبد عند الشافعي .

والمسألة مختلفة بين الصحابة رضوان الله تعالى عليهم له ان الأصل في موجب الجناية أن على المتلف لأنه هو الجاني إلا أن العاقلة تتحمل عنه

وعندنا يجب على المولى الدفع والفداء إلا أن الموجب الأصلي الدفع وله أن يختار الفداء حتى لو ملك العبد قالوا برىء المولى ولو كان الواجب أحد الشيتين والخيار اليه ينبغي أن يتمين الإرش بعد هلاكه وعند الشافعي «رح» موجب جناية عليه كموجب جناية على المال ومن حكم الدين إذا وجب على العبد بخير المولى بين البيع والدفع في الدين وبه قال أحمد «رح» في رواية فعلى هذا لو كان قيمة قدر الإرش أو دونه فالسيد بخير بين الفداء والدفع وهو قول الحسن والثوري والشعبي وعطاء ومجاهد والزهري وحماة رحمهم الله وقال أحمد «رح» في رواية يلزم السيد دفعه وهو قول مالك والشافعي في قول إلا أن يفديه بالارش بالغاً ما بلغ .

(والمسألة مختلفة بين الصحابة رضوان الله تعالى عليهم) وقال الاكمل «رح» فمن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما مثل مذهبنا قال اذا جنى العبد ان شاء دفعه وان شاء فداء وهكذا روى عن علي ومعاذ بن جبل وغيرهما وروى عن علي رضى الله تعالى عنه مثل مذهبه قال عبيد الناس أموالهم جنائيتهم في قيمتهم أى في أثمانهم لان الثمن قيمة العبد وقال الكاكي والمسألة مختلفة بين الصحابة «رض» روى عن علي «رض» أنه قال عبيد الناس أموالهم جزاء جنائيتهم في رقاب الناس كذهبنا هكذا روي عن ابن عباس ومعاذ ابن جبل وأبي عبيدة بن الجراح وروى عن عمر رضى الله تعالى عنهم مثل مذهبه فذكره مثل ما ذكرنا وقال الأتزازي :

ولنا ما روى أصحابنا في كتبهم كالقudوري وغيره عن ابن عباس أنه قال عبيد الناس أموالهم وجنائيتهم في قيمتهم وعن علي «رض» مثله قلت مخرج الاحاديث لم يذكر إلا عن علي «رض» فقط فقال روى ابن أبى شبة في مصنفه حدثنا حفص عن حجاج بن حصين الحارثي عن الشعبي عن الحارث عن علي قال اذا جنى العبد ففي رقبته ويخير مولاه ان شاء فداء وان شاء دفعه (وله) أي الشافعي (أن الأصل في موجب الجناية أن على المتلف لانه هو الجاني إلا أن العاقلة تتحمل عنه) أي عن الجاني (ولا عاقلة للعبد لان

ولا عاقلة للعبد لأن العقل عنده بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه فتجب في ذمته كما في الذمي ويتعلق برقبته يباع فيه كما في الجناية على المال . ولنا أن الأصل في الجناية على الآدمي حالة الخطأ أن تتباعد عن الجاني تحرزاً عن استئصاله والاجفاف به إذ هو معذور فيه حيث لم يعتمد الجناية وتجب على عاقلة الجاني إذا كان له عاقلة والمولى عاقلته لأن العبد يستنصر به والأصل في العاقلة عندنا النصرة

العقل عنده بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه فتجب في ذمته كما في الدين) وهو ظاهر كما قلنا وفي بعض النسخ كما في الذمي يعني إذا قتل الذمي خطأ يجب دية المقتول في ذمته لا على عاقلته كما في اتلاف المال .

وقوله بعد هذا بخلاف الذمي الذي يدل على صحة هذه النسخة (ويتعلق برقبته) أي برقبة العبد (يباع فيه كما في الجناية على المال) أي كما في الضمان لاستهلاك الأموال (ولنا أن الأصل في الجناية على الآدمي حالة الخطأ أن تتباعد عن الجاني) لكونه معذوراً والخطأ موضوع شرعاً وقيل الأكمل « رح » في قوله ولنا أن الأصل ثبت وهو أن الحكم في مسألة مختلف فإن حكمها عندنا الوجوب على المولى وعندم الوجوب على العبد لما ذكر وهو بناء على الأصل ونحن على أصل فمن أين يقوم لأحدنا حجة على الآخر .

ويمكن أن يقال الشافعي « رح » جعل وجوب موجب جنائته في ذمته وكوجوب الجناية على المال فنحن إذا بينا الفرق بينهم فبقي أصله بلا أصل فيبطل وقد بين المصنف ذلك بقوله بخلاف الذمي إلى آخره (تحرزاً عن استئصاله) أي لأجل التحرز عن انقطاعه بالكلية (والإجفاف به إذ هو) أي الإضرار به إذ هو أي الجاني في حالة الخطأ (معذور فيه حيث لم يعتمد الجناية) ولكن لما وجب دفعاً لو حشته القتل عند الأولياء وصوناً للدم عن الهدر فلا يهدر (وتجب على عاقلة الجاني إذا كان له عاقلة والمولى عاقلته) أي عاقلة العبد (لأن العبد يستنصر به) أي بالمولى (والأصل في العاقلة عندنا النصرة حتى تجب على

حتى تجب على أهل اللديوان بخلاف الذمي لأنهم لا يتعاقلون فيما بينهم
فلا عاقلة فتجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر . وبخلاف الجناية
على المال لأن العواقل لا تعقل المال إلا أنه يخير بين الدفع والقداء
لأنه واحد وفي إثبات الخيرة نوع تخفيف في حقه كيلا يستأصل .
غير أن الواجب الأصلي

أهل اللديوان (وأهل اللديوان أهل الرايات وم الجيش الذين كتبت أسامهم في اللديوان على
ما يحمي بيانه في كتاب المعامل إن شاء الله تعالى (بخلاف الذمي) جواب عن قياس
الشافعي «رح» وجوب موجه جنابة العبد عليه قياساً على الذمي حيث يجب عليه بيانه
أن الذمي لا يصح أن يقاس عليه (لأنهم) أي لأن أهل الذمة (لا يتعاقلون فيما بينهم)
أي لا يتناصرون (فلا عاقلة فتجب في ذمته) أي في ذمة الذمي (صيانة للدم
عن الهدر) لأنه إذا لم يجب عليه ولا عاقلة له فيجب عليها لكون الدم هدراً فلا
يحوز إهداره .

(وبخلاف الجنابة على المال) هذا جواب عن قياس الشافعي «رح» موجب جنابة
العبد عليه قياساً على الجنابة في المال بيانه أن هذا القياس أيضاً غير صحيح (لأن العواقل
لا تعقل المال) كما مر بيانه (إلا أنه) أي أن المولى هذا إستثناء من قوله والمولى عاقلة لأن
العبد يستتصر به فإذا كان عاقلة (يخير بين الدفع والقداء) يعني إن شاء دفع العبد وإن
شاء قداء فان قبل إذا كان المولى عاقلته ينبغي أن لا يخير بين الدفع والقداء كما لا يثبت
الختيار في سائر العواقل فالجواب عنه ما قاله المصنف «رح» بقوله (لأنه واحد) أي لأن
المولى واحد هاهنا في كونه عاقلة (وفي إثبات الخيرة) للمولى (نوع تخفيف في حقه)
بخلاف سائر العواقل لأن فيهم كثرة ويثبت الخفيف بالتوزيع عليهم فلا يثبت الخيار لهم
(كيلا يستأصل) موجب الجنابة (غير أن الواجب الأصلي) هذا جواب سؤال مقدر
وهو أن يقال لو كان موجب جنابة على ذمة المولى ينبغي أن لا يسقط بموت العبد كما في
الحر الجاني إذا مات لا يسقط العقل عن عاقلته تقرير الجواب أن الواجب الأصلي في جنابة

هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الموجب وإن كان له حق النقل إلى الفداء كما في مال الزكاة بخلاف موت الجاني الحر لأن الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر. قال فان دفعه ملكه ولى الجنابة وإن فداء فداء بارشها وكل ذلك يلزمه حالا اما الدفع فلان التأجيل في الاعيان باطل وعند اختياره الواجب عين واما الفداء

العبد (هو الدفع) أي دفعه إلى ولى الجنابة وأشار بقوله (في الصحيح) أي لخلاف فيه فان البعض قالوا الواجب الأصلي هو الفداء واختاره شيخ الإسلام علاء الدين الأسيجاني في شرح الكافي لأن الأصل هو ضمان المتلف ولكن الدافع خلص عنه وأشار المصنف «رح» إلى أن الأصل هو الدفع واختاره أيضاً . (ولهذا) أي ولكون الواجب الأصلي هو الدفع (يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الموجب وإن كان له) أي للمولى (حق النقل إلى الفداء كما في مال الزكاة) فان الموجب الأصلي فيه جزء من النصاب وللمالك أن ينتقل إلى القيمة (بخلاف موت الجاني الحر) هذا جواب عما يذكر هاهنا مستشهداً به كما ذكرناه آنفاً كما في الحر الجاني ، بيانه أن الواجب لا يسقط بموت الجاني الحر (لأن الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء) أي من حيث الاستيفاء بخلاف العبد الجاني حيث يسقط الموجب بموته لأن الواجب يتعلق به استيفاء حيث يدفع في الجنابة (فصار) أي الحر (كالعبد في صدقة الفطر) أنها تجب عن العبد على المولى ولا يسقط بموت العبد (قال) أي القدوري (فان دفعه ملكه ولى الجنابة) أي فإن دفع المولى العبد في جنابة خطأ ملكه أي ملك العبد ولى الجنابة وسقطت المطالبة عن المولى (وإن فداء فداء بارشها) أي بارش الجنابة (وكل ذلك) أي الدفع والفداء (يلزمه حالا) أي يلزم المولى على وجه الحلول (اما الدفع فلان التأجيل في الاعيان باطل) .

لأن التأجيل إنما شرع للحصول ترفيه وتحصيل الحاصل محال (وعند اختياره) أي اختيار المولى الدفع (الواجب عين) أي عين العبد (وأما الفداء) عطف على قوله أما الدفع

فلأنه جعل بدلاً عن العبد في الشرع وإن كان مقدراً بالمتلف
ولهذا سمي فداء فيقوم مقامه ويأخذ حكمه فلماذا وجب
حالا كالمبدل وأيهما اختاره وفعله لا شيء لولي الجنابة
غيره أما الدفع فلأن حقه متعلق به فإذا خلى بينه وبين الرقبة
سقط حقه وأما الفداء فلأنه لاحق إلا الأرض فإذا أوفاه حقه سلم
العبد له سلم له فإن لم يختار شيئاً حتى مات العبد بطل حق المجني عليه
لفوات محل حقه على ما بيناه وإن مات بعدما اختار الفداء لم يبرأ لتحول

(فلأنه) أي فلأن الفداء (جعل بدلاً عن العبد في الشرع) فكان قائماً مقامه فإذا
كان كذلك يأخذ حكمه فلم يصح التأجيل كما لا يصح في الدفع (وإن كان مقدراً
بالمكلف) كلمة إن واصله بما قبلها يعني وإن كان الفداء مقدراً بالأرض قليلاً كان أو كثيراً
وهذا لا يمنع أن يكون بدلاً عن العبد قائماً مقامه (ولهذا) أي لكونه بدلاً عن العبد
(سمي فداء ويقوم مقامه) أي مقام العبد (ويأخذ حكمه) أي حكم العبد إذا وقع
فيكون حالاً مثله (فلماذا) أي فلكونه قائماً مقامه ويأخذ حكمه (وجب حالاً كالمبدل)
في كونه واجباً حالاً (وأيهما) أي الواحد من الدفع والفداء (اختاره) أي المولى (وفعله)
أما الدفع وإما الفداء (لا شيء لولي الجنابة غيره) أي غير الذي اختاره المولى (أما
الدفع فلأن حقه يتعلق به) أي بالدفع (فإذا خلى) أي فإذا خلى المولى بين ولي الجنابة
(بينه وبين الرقبة) أي رقبة العبد (سقط حقه) أي حقه لو صوله إليه (وأما الفداء فلأنه
لا حق له إلا الأرض فإذا أوفاه حقه سلم العبد) أي للمولى (فإن لم يختار شيئاً حتى مات
العبد بطل حق المجني عليه لفوات محل حقه) لأن حقه كان في الرقبة فإذا تلفت سقط ما
لزمه بالهلاك كهلاك المال بعد وجوب الزكاة فيه ولا الجنابة من العبد تسقط بموته كما في
العبد (على ما بيناه) إشارة إلى قوله الواجب الأصلي الدفع (وإن مات) أي العبد
(بعدما اختار الفداء لم يبرأ لتحول الحق من رقبة العبد إلى ذمة المولى) فإذا مات العبد

الحق من رقبة العبد إلى ذمة المولى قال فإن عاد فجنى كان حكم الجنابة الثانية كحكم الجنابة الأولى معناه بعد الفداء لأنه لما طهر من الجنابة بالفداء جعل كأن لم تكن وهذا ابتداء جنابة قال وإن جنى جنابتين قيل للمولى إما أن يدفعه إلى ولي الجنابتين يقتسمانه على قدر حقيهما وإما أن يفديه بإرش كل واحد منهما لأن تعلق الأولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة ألا ترى أن ملك المولى لم يمنع تعلق الجنابة فحق المجنى عليه الأول أولى

لم يسقط ما في ذمة المولى من الدين كسائر ديونه (قال) أي القدوري (فإن عاد فجنى كان حكم الجنابة الثانية كحكم الجنابة الأولى) هذا لفظ القدوري وقال المصنف (معناه بعد الفداء) يعني إذا فدى المولى عبده من جنابة فعاد العبد بعد ذلك فجنى جنابة أخرى خطأ كان حكمها حكم الأولى يعني يخاطب المولى بالدفع أو الفداء وإنما فسرهُ للمصنف بهذا لأنه إذا جنى ثانياً قبل الفداء كانت هي مثل مسألة التي قبلها (لأنه لما طهر) بالطاء المهمة (من الجنابة بالفداء جعل كأن لم يكن وهذا) أي الذي وقع ثانياً (ابتداء جنابة) فتحكمه حكم الجنابة التي وقعت أولاً .

(قال) أي القدوري (وإن جنى) أي العبد (جنابتين قبل للمولى إما أن تدفعه إلى ولي الجنابتين يقتسمانه على قدر حقيهما وإما أن يفديه بإرش كل واحد منها) أي من حقه كاملاً أي بالرقبة (لأن تعلق الأولى) أي الجنابة الأولى (برقبته) أي برقبة العبد (لا يمنع تعلق الثانية) أي الجنابة الثانية (بها) أي بالرقبة والتذكير باعتبار العتق أو باعتبار المذكور (كالديون المتلاحقة) فإن الدين الذي يلحق الدين لا يمنع أحدهما الآخر وبه قالت الثلاثة والحسن وحماد وربيعة وعن شريح يدفع إلى ولي الجنابة الأولى إلا أن يفديه مولاة ثم يدفع إلى الثاني والثالث وبه قال الشعبي وقتادة (ألا ترى) توضيح لما قبله (أن ملك المولى لم يمنع تعلق الجنابة فحق المجنى عليه الأول أولى أن لا يمنع) لأن

أن لا يمنع . ومعنى قوله على قدر حقيهما على قدر ارش جنايتهما
وإن كانوا جماعة يقسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم
وإن فداء فداء يجميع ارشهم لما ذكرنا ولو قتل واحداً وفقاً عين آخر
يقتسمانه أثلاثاً ، لأن ارش العين على النصف من ارش النفس ،
وعلى هذا حكم الشجرات . وللمولى أن يفدي من بعضهم ويدفع إلى
بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من العبد ، لأن الحقوق مختلفة

الملك أقوى من الحق (ومعنى) أى معنى (قوله) القدورى (على قدر حقيهما على قدر
إرش جنايتهما) لأن المستحق يستحقه عوضاً عما فات فلا بد أن يقسم على قدر العوض
كذا في الإيضاح (وإن كانوا جماعة) يعني إن كان أولياء القتل جماعة (يقسمون العبد
المدفوع على قدر حصصهم وإن فداء) أى وإن فدى المولى عبده لهم (فداء يجميع ارشهم)
أى مقابلاً لجميع ارشهم (لما ذكرنا) يعني قوله لأن تعلق الأولى برقبته لا يمنع تعلق
الثاني (ولو قتل) أي العبد (واحداً وفقاً عين آخر) أى شخص آخر .

(يقتسمانه) أى ولي القتل ، والذي فقىء عينه يقتسمان العبد (أثلاثاً) بيانه قتل
رجلاً خطأ وفقاً عين آخر ثم اجتماعاً ، واختار الولي الدفع فإنه يدفع العبد إليهما أثلاثاً
(لأن إرش العين) أى العين الواحدة (على النصف من إرش النفس) لأن ولي المقتول ثبت في الدية
وهي عشرة آلاف ، وثبت حق المفقوء عينه في نصف الدية وكل واحد منهما يدي بسبب
صحيح ، فيصرف يجميع حقه ، فيقتسمان أثلاثاً .

(وعلى هذا حكم الشجرات) جمع شجرة ، وفي بعض النسخ حكم الشجرات فالأول جمع
كثرة ، والثاني جمع قلة ، بيانه شج رجلاً موضحة وآخر هاشمه ، وآخر منقطة ، ثم اختار
الولي الدفع يدفع إلى صاحب الموضحة سدس العبد ، لأن له خمسمائة ، وإلى صاحب الهاشمة
ثلاثة ، لأن له إلقاء وإلى صاحب المنقطة نصفه ، لأن له ألفاً وخمسمائة فيقسمون الرقبة
هكذا (وللمولى أن يفدي من بعضهم ويدفع إلى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من العبد)
أشار لهذا إلى أن للمولى أن يخالف في الاختيار ، فيفدي من بعضهم إلى آخر ما ذكره

باختلاف أسبابها وهي الجنايات المختلفة بخلاف مقتول العبد إذا كان له وليان لم يكن له أن يفدي من أحدهما ويدفع إلى الآخر ، لأن الحق متحد لاتحاد سببه ، وهي الجناية المتحدة ، والحق يجب للمقتول ، ثم للوارث خلافاً عنه فلا يملك التفريق في موجبها . قال فإن أعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية ضمن الأقل من قيمته ، ومن إرشها وإن أعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الإرش ،

(لأن الحقوق مختلفة باختلاف أسبابها وهي الجنايات المختلفة) لأن كل واحد منهم لا يتعلق حقه بحق صاحبه ، فجاز أن يختار في أحدهم خلاف ما يختار في حق الآخر ، كالمو اتفرد كل واحد منهم .

(بخلاف مقتول العبد إذا كان له وليان لم يكن له) أي للمولى (أن يفدي من أحدهما ويدفع إلى الآخر ، لأن الحق متحد لاتحاد سببه وهي الجناية المتحدة) أي جناية واحدة خير فيها بين الدفع فلم يملكه ببعض موجبها (والحق يجب للمقتول) أو قيل هذا جواب إشكال ، وهو أن يقال الحق إن كان متحداً بالنظر إلى سببه فهو متعدد بالنظر إلى المستحقين فينبغي أن يكون حكم هذه المسألة مثل المسألة الأولى ، فأجاب بقوله أن الحق يجب للمقتول أو لا (ثم للوارث خلافاً عنه) أي عن الميت أن الأصل في الاستحقاق الميت ، وهو واحد والوارثان خلف عنه ، فكان الاعتبار الاتحاد الأصل ، فإذا كان كذلك (فلا يملك التفريق في موجبها) أي في موجب الجناية المتحدة .

(قال) أي القدوري (فإن أعتقه المولى) أي فإن أعتق العبد الجاني مولاه (وهو لا يعلم بالجناية) أي والحال أنه ما علم بالجناية (ضمن الأقل من قيمته ومن إرشها) أي ضمن المولى الأقل من قيمة العبد الجاني ومن إرش جناية أيهما كان أقل من الآخر يلزمه ذلك ، وبه قال الشافعي في قول مالك يلزمه تمام الإرش ، وبه قال أحمد في رواية ، وهو قول مالك .

(وإن أعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الإرش) قليلاً كان أو كثيراً وقال الكرخي

لأن في الاول فوت حقه فيضمنه ، وحقه في أقلهما ولا يصير مختاراً
للفداء ، لانه لا اختيار بدون العلم ، وفي الثاني صار مختاراً ،
لان الإعتاق يمنعه من الدفع فالإقدام عليه اختيار منه للآخر . وعلى
هذين الوجهين البيع والهبة والتدبير والاستيلاء ، لان كل ذلك
مما يمنع الدفع لزوال الملك به . بخلاف الإقرار على رواية الاصل ،
لانه لا يسقط به حق ولي الجناية فإن المقر له يخاطب بالدفع إليه
وليس فيه نقل الملك ، لجواز أن يكون الامر كما قاله المقر ،

وإذا قتل عبد قتيلاً خطأ فأخرجه المولى من ملكه ببيع إلى غيره أو عتقه ، أو دبره ، أو
كانت أمة فاستولدها أو أقر به لرجل وهو يعلم فعله إرث الجناية (لان في الاول) أي
فيما عتقه الولي وهو لا يعلم بالجناية (فوت حقه) أي حق المجني عليه (فيضمنه وحقه في
أقلهما) أي من الأقل من القيمة ومن الارش (ولا يصير مختاراً للفداء لانه لا اختيار
بدون العلم وفي الثاني) أي فيما إذا عتقه بعد العلم بالجناية (صار مختاراً ، لان الاعتاق
يمنعه من الدفع فالإقدام عليه) أي على العتق (اختيار منه للآخر) أي الفداء .

(وعلى هذين الوجهين) وهو العلم بالجناية وعدم العلم بها (البيع) بأن باع العبد
الجاني (والهبة) بأن وهبه لاحد (والتدبير) بأن دبره (والاستيلاء) بأن كانت أمة
فاستولدها (لان كل ذلك مما يمنع الدفع لزوال الملك به) أي بالمذكور من هذه الاشياء
(بخلاف الإقرار على رواية الاصل) يعني إذا أقر في يده العبد الجاني بأن العبد لفلان لا
يصير مختاراً للفداء ، توضيحه إذا جني العبد جناية يقال وليها هو عبدك فادفعه أو أفده
فقال هو لفلان الغائب وديمة عندي أو جارية أو أجير أو رهن لا يصير مختاراً للفداء
(لانه لا يسقطه حق ولي الجناية ، فإن المقر له يخاطب بالدفع إليه وليس فيه نقل الملك ،
لجواز أن يكون الامر كما قاله المقر) ولم يندفع عنه الخصومة حتى يقيم على ذلك بينة ،
فان أقامها آخر الامر إلى قدوم الغائب ، وان لم يقمها خوطب بالدفع أو الفداء ولا يصير
مختاراً للدية مع تمكنه من الدفع .

ولحقه الكرخي بالبيع واخواته ، لانه ملكه في الظاهر فيستحقه المقر له
ياقراره ، فأشبه البيع ، وإطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس وما
دونها ، وكذا المعنى لا يختلف ، وإطلاق البيع ينتظم البيع بشرط
الخيار للمشتري ، لانه يزيل الملك . بخلاف ما إذا كان الخيار

وقال القدوري في شرحه فان اختار الفداء ثم حضر الغائب وصدقه فهو مقطوع في
الفداء ، لانه قرأ ملك غيره بغير أمره وقد كان يمكنه أن يتخلص من الفداء بالدفع ، فإذا
اختاره كان متبرعاً ، وان اختار الدفع ثم حضر الغائب فصدقه قليل له إن شئت فافسخ
الدفع ، لان التصديق استند الى الاقرار الاول ، فصار ملكاً للعبد من ذلك الوقت وقد
دفعه من ليس بملك ، فان شاء اختار دفعه ، وان شاء فسخ وقضى .

(ولحقه الكرخي) أى الحق الاقرار أبو الحسن الكرخي (بالبيع واخواته) الهبة
والتدبير والاستيلاء ، يعني في صيرورته مختاراً (لانه ملكه في الظاهر ، فيستحقه المقر له
باقراره فأشبه البيع) وفي الايضاح رواية الكرخي خارجة عن الاصول ، وهو قول زفر
«رح» (وإطلاق الجواب في الكتاب) وهو قوله ضمن الاقل من قيمته ومن إرشها
وأراد بالكتاب القدوري (ينتظم النفس وما دونها) لان الجناية أهم من أن يكون على
النفس أو على ما دونها فيكون مختاراً للفداء من هذه الاشياء بعد العلم بالجناية على النفس
أو على ما دونها ، فان فعل قبل العلم يلزم الاقل من قيمة الجاني والارش (وكذا المعنى
لا يختلف) أي المعنى الذي يكون به مختاراً للفداء أو لا يكون مختاراً في النفس وما
دونه لانه لا يصح الاختيار بدون العلم ، فاذا علم فعل ذلك بعد الاعتاق ونحوه كان
مختاراً ، وان فعل ويعلم لم يكن مختاراً ويلزمه الاقل ، لانه لاحق لولي الجناية فيما زاد
على الارش إذا كان الارش أقل ، واذا كان قيمة الجاني أقل يلزم المولى ذلك ، لانه لم
يفوت بفعله غير ذلك .

(وإطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشتري ، لأنه يزيل الملك) البيع بشرط
الاختيار للمشتري ملك البائع بالإجماع ، وإن كانوا اختلفوا في ثبوت الملك للمشتري

للبنائع ونقضه . وبخلاف العرض على البيع ، لان الملك ما زال .
ولو باعه بيعاً فاسداً لم يصير مختاراً حتى يسلمه ، لان الزوال به ،
بخلاف الكتابة الفاسدة ، لان موجبته يثبت قبل قبض البدل ،
فيصير بنفسها مختاراً . ولو باعه مولاه من المجني عليه فهو مختار .
بخلاف ما إذا وهبه منه ، لان المستحق له أخذه بغير عوض ، وهو
متحقق في الهبة دون البيع ، وإعتاق المجني عليه بأمر المولى بمنزلة اعتاق
المولى فيما ذكرناه ،

(بخلاف ما إذا كان الخيار للبنائع ونقضه ، وبخلاف العرض على البيع) يعني لا يكون
مختاراً به (لأن الملك ما زال) فبقي الدفع ممكناً كما كان . وقال القدوري في شرحه
وقال زفر العوض اختيار لأنه يدل على سعة الملك .

(ولو باعه بيعاً فاسداً لم يصير مختاراً حتى يسلمه ، لأن الزوال به ، بخلاف الكتابة
الفاسدة) يعني إذا كاتبه بعد العلم بالجناية كتابة فاسدة بأن كاتبه على خمر أو خنزير حيث
يكون مختاراً (لأن موجبته) وهو استحقاق العتق عند أداء العوض المشروط (يثبت
قبل قبض البدل) أى بدل الكتابة (فيصير بنفسه) أى بنفس العقد (مختاراً) وفي
الإيضاح كاتبه وهو يعلم بالجناية ثم عجز ، فإن كان خوصم قبل أن يعجز وقضى بالدية
ثم عجز لم يرتفع القضاء ، لأن وجوب البدل استحكم بالقضاء ، وإن لم يحكم فيه حتى
عجز كان له أن يدفعه ، لأن الدفع بالمعز . وعن أبي يوسف يصير مختاراً بالعقد لتعذر
الدفع باعتبار قوات اليد .

(ولو باعه مولاه من المجني عليه فهو مختار ، بخلاف ما إذا وهبه منه) أى من المجني
عليه (لأن المستحق له أخذه بغير عوض ، وهو متحقق في الهبة دون البيع) حيث لا يكون
إلا بعوض ، لأنه تملك بعوض (وإعتاق المجني عليه) يعني إذا أعتق المجني عليه العبد
الجباني (بأمر المولى بمنزلة إعتاق المولى فيما ذكرناه) أى في العلم بالجناية وعدمه (لأن

لأن فعل المأمور مضاف إليه ، ولو ضربه فنقصه فهو مختار
إذا كان عالماً بالجناية ، لأنه حبس جزءاً منه ، وكذا
إذا كانت بكراً فوطئها ، وإن لم يكن معلقاً لما قلنا ، بخلاف
التزويج لأنه عيب من حيث الحكم ، وبخلاف وطئ الثيب على
ظاهر الرواية ، لأنه لا ينقص من غير اعلاق ، وبخلاف الاستخدام
لأنه لا يختص بالملك ، ولهذا لا يسقط به خيار الشرط ، ولا يصير
مختاراً بالإجارة والرهن في الأظهر .

فعل المأمور مضاف إليه (أي إلى الأمر ، فكانه أعتقه بنفسه .

(ولو ضربه) أي ولو ضرب عبده الجاني (فنقصه) بأن أثر الضرب فيه حتى
صار مهرولاً ، وقلت قيمته بتغير أثر الضرب (فهو مختار إذا كان عالماً بالجناية ، لأنه)
أي لأن المولى (حبس جزءاً منه) أي من العبد ، فصار كما لو حبس الكل (وكذا) أي
يكون مختاراً (إذا كانت بكراً فوطئها ، وإن لم يكن معلقاً لما قلنا) من الاعلاق ، وقيد
به لإثبات الفرق بين وطئ البكر والثيب ، حيث قوطأ بدون الاعلاق لا يصير مختاراً
للفداء في ظاهر الرواية ، قاله الكاكي .

(بخلاف التزويج) أي لا يكون مختاراً للفداء بالتزويج (لأنه عيب من حيث الحكم)
ولكنه ليس ينقص حقيقة وحكما ، وهو ظاهر (وبخلاف وطئ الثيب) أي لا يكون
مختاراً للفداء بوطئ الثيب (على ظاهر الرواية) وروي عن أبي يوسف أن الوطئ اختيار
كالثيب ، وبه قال زفر (لأنه) أي لأن وطئ الثيب (لا ينقص من غير اعلاق ، وبخلاف
الاستخدام) أي لا يكون مختاراً للفداء أيضاً (لأنه) أي لأن الاستخدام (لا يختص
بالملك) فلا يدل على اختيار الملك .

(ولهذا) أي ولكون الاستخدام لا يختص بالملك (لا يسقط به خيار الشرط) فبا
إذا كان العبد المشروط فيه الخيار استخدامه المشتري فخياريه باق ، حتى لو هلك في الخدمة
لا ضمان عليه ، وكذا لو كان عليه دين في استخدامه فهلك لا يضمن للفرس (ولا يصير
مختاراً بالإجارة والرهن في الأظهر) لأن الإجارة تنقص بالأعذار ، فيكون قيام حق ولي الجناية

وكذا بالإذن في التجارة وإن ركبته دين ، لأن الإذن لا يفوت
الدفع ولا ينقص الرقبة إلا أن لولي الجناية أن يمتنع من قبوله ،
لأن الدين لحقه من جهة المولى فيلزم المولى قيمته . قال ومن قال
لعبد إن قتلت فلانا أو رميته أو شججته فانت حر فهو مختاراً
للفداء إن فعل ذلك . وقال زفر «رح» لا يصير مختاراً للفداء ،
لأنه وقت لكلمة لا جناية ولا علم له بوجوده ، وبعد الجناية لم
يوجد منه فعل يصير به مختاراً ، ألا ترى أنه لو علق الطلاق أو
العناق بالشرط ثم حلف أن لا يطلق أولاً يعتق ثم وجد الشرط

فيه عذراً في نقص الإجارة والرهن يمكن من قضاء الدين واسترداد الرهن متى شاء ، فلم
يتحقق عجزه دون الدفع ، وقوله في الأظهر احتراز عما ذكر ، ذكر في بعض نسخ الأصل
أنه يكون مختاراً في الإجارة والرهن ، لأنه أثبت عليه بدأ مستحقة ، وصار كالبيع
(وكذا بالإذن في التجارة) يعني لا يكون مختاراً لأنه لا يعجزه عن الدفع (وإن ركب دين)
كلمة إن واصله بما قبلها (لأن الإذن لا يفوت الدفع) لقيام ملكه (ولا ينقص الرقبة إلا
أن لولي الجناية أن يمتنع من قبوله ، لأن الدين لحقه من جهة المولى فيلزم المولى قيمته) لأنه
لما أبطل الدفع من حين اختياره توجب القيمة .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن قال لعبد إن قتلت فلانا أو رميته أو
شججته فانت حر فهو مختار للفداء إن فعل ذلك) تلك الأفعال (وقال زفر لا يصير
مختاراً للفداء ، لأنه وقت لكلمة لا جناية ولا علم له بوجوده ، وبعد الجناية لم يوجد منه
فعل يصير به مختاراً ، ألا ترى أنه لو علق الطلاق والعناق بالشرط ثم حلف أن لا يطلق
أو لا يعتق ثم وجد الشرط وثبت المعتق والطلاق لا يحنت) ثم وجد الشرط وثبت

وثبت العتق والطلاق لا يحنث في يمينه تلك ، كذا هذا . ولنا أنه علق الإعتاق بالجنابة والمعلق بالشرط ينزل عند وجوده كالمنجز ، فصار كما إذا أعتقه بعد الجنابة ، ألا ترى أن من قال لامرأته إن دخلت الدار فوالله لا أقربك ، يصير ابتداء الإيلاء من وقت الدخول . وكذا إذا قال لها إذا مرضت فأنت طالق ثلاثاً فمرض حتى طلقت ومات من ذلك المرض يصير فاراً لأنه يصير مطلقاً بعد وجود المرض ، بخلاف ما إذا أورد لأن غرضه طلاق أو عتق يمكنه الامتناع عنه ، إذ اليمين للمنع فلا يدخل تحته ما لا يمكن الامتناع عنه ،

العتق والطلاق لا يحنث (في يمينه تلك) أي اليمين الموجودة بعد تعليق العتاق والطلاق بالشرط (كذا هذا) .

(ولنا أنه علق الإعتاق بالجنابة والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز) عند وجوده (فصار كما إذا أعتقه بعد الجنابة) أي فصار كأن العبد قتل رجلاً خطأ ، ورواه المعلق المولى فأعتقه بعد ذلك يكون مختاراً للقاء ، فكذا هذا . ثم أوضح ذلك بقوله (ألا ترى أن من قال لامرأته إن دخلت الدار فوالله لا أقربك يصير ابتداء الإيلاء من وقت الدخول) لأن من وقت القول ، فكذا هنا يصير كأنه أعتقه بعد الجنابة وهو يعلم بذلك .

(وكذا إذا قال لها إذا مرضت فأنت طالق ثلاثاً فمرض حتى طلقت ومات من ذلك المرض يصير فاراً) فترث المرأة (لأنه يصير مطلقاً بعد وجود المرض) لأنه لما أضاف الطلاق إلى المرض صار كأنه طلقها بعد مرضه (بخلاف ما إذا أورد لأن غرضه طلاق أو عتق يمكنه الامتناع عنه إذ اليمين للمنع) لأنه غرض أراد من يمينه المنع (فلا يدخل تحته ما لا يمكن الامتناع عنه) لأنه لا يقدر على الامتناع مما علقه قبل الحلف ، فلم يكن

ولأنه حرصه على مباشرة الشرط بتعليق أقوى الدواعي إليه ، والظاهر أنه يفعله ، فهذا دلالة الاختيار . قال وإذا قطع العبد يد رجل عمداً فدفع إليه بقضاء أو بغير قضاء فأعتقه ثم مات من اليد فالعبد صلح بالجناية ، وإن كان لم يعتقه رده على المولى ، وقيل للأولياء اقتلوه أو اعفوا عنه . ووجه ذلك وهو أنه إذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح وقع باطلاً ، لأن الصلح كان عن المال ، لأن أطراف العبد لا يحري القصاص بينهما وبين أطراف الحر ، فإذا سرى تبين أن المال غير واجب ، وإنما الواجب هو القود ، فكان الصلح واقعاً بغير بدل فبطل

ذلك داخلاً تحت يمينه ، ولم يكن ذلك مراداً بيمينهم ، بل كان المراد منها ما يمكن الامتناع عنهما يحدث في المستقبل فلم يرد ذلك علينا .

(ولأنه) دليل آخر، أي ولأن المولى (حرصه) أي حرص العبد (على مباشرة الشرط) الشرط وهو القتل أو الرمي أو الشج (بتعليق أقوى الدواعي إليه) أي الشرط وهو الحرية (والظاهر أنه يفعله) رغبة منه في الحرية (فهذا دلالة الاختيار) .

(قال) أي محمد في الجامع (وإذا قطع العبد يد رجل عمداً فدفع إليه بقضاء أو بغير قضاء فأعتقه) أي المجني عليه (ثم مات من اليد فالعبد صلح بالجناية وإن كان لم يعتقه رده على المولى ، وقيل للأولياء اقتلوه أو اعفوا عنه . ووجه ذلك) يريد به بيان الفرق بينهما إذا أعتق ، وبينهما إذا لم يعتق (وهو أنه إذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح) أي الدفع (وقع باطلاً) وسماه صلحاً بناء على ما اختاره بعض المشايخ ، أن الموجب الأصلي هو الفداء فكان الدفع بمنزلة الصلح لسقوط موجب الجناية به ، وإنما وقع باطلاً (لأن الصلح كان عن المال ، لأن أطراف العبد لا يحري القصاص بينهما وبين أطراف الحر ، فإذا سرى تبين أن المال غير واجب ، وإنما الواجب هو القود) أي القصاص (فكان الصلح واقعاً

والباطل لا يورث الشبهة ، كما إذا وطئ المطلقة الثلاث في عدتها مع العلم بحرمتها عليه فوجب القصاص بخلاف ما إذا أعتقه لأن إقدامه على الإعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح ، لأن الظاهر أن من أقدم على تصرف يقصد تصحيحه ، ولا صحة له الا وان يجعل صلحاً عن الجناية ، وما يحدث منها . ولهذا لو نص عليه ورضي المولى به يصح وقد رضي المولى به ، لأنه لما رضي يكون العبد عوضاً عن القليل يكون أرضى بكونه عوضاً عن الكثير ، فإذا أعتق يصح الصلح في ضمن الإعتاق ابتداء ، وإذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء ، والصلح الأول وقع باطلاً فيرد العبد إلى المولى والأولياء على في العفو والقتل . وذكر في بعض النسخ رجل قطع

يد رجل عمداً

بغير بدل فبطل (لأن الذي وقع الصلح عنه وهو المال قد زال ، والذي وجد من القتل لم يكن وقت الصلح فبطل) والباطل لا يورث الشبهة ، كما إذا وطئ المطلقة الثلاث في عدتها مع العلم بحرمتها عليه (فإنه لا يصير شبهة لدره الحد (فوجب القصاص) .

(بخلاف ما إذا أعتقه ، لأن إقدامه على الاعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح ، لأن الظاهر (من حال المعقد له (أت من أقدم منهم على تصرف يقصد تصحيحه (لاظهار الصحيح قراراً من الباطل (ولا صحة له (لهذا الصلح (إلا وأن يجعل صلحاً عن الجناية وما يحدث منها (فيجمل مصالحاً عن ذلك فبقي الاقدام على الاعتاق .

(ولهذا النص عليه) أي على أن يكون العبد صلحاً عن الجناية وما يحدث ومنها (ورضي المولى به يصح وقد رضي المولى به لأنه لما رضي يكون العبد عوضاً عن القليل) وهو اليد (يكون أرضى بكونه عوضاً عن الكثير (وهو السراية إلى النفس (فإذا أعتق يصح الصلح في ضمن الاعتاق ابتداء ، وإذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء ، والصلح الأول وقع باطلاً فيرد العبد إلى المولى ، والأولياء على خيرتهم في العفو والقتل ، وذكر في بعض النسخ (أي نسخ الجامع

فصالح القاطع المقطوعة يده على عبد ودفعه إليه فأعتقه المقطوعة
يده ثم مات من ذلك ، قال العبد صلح بالجناية الى آخر ما ذكرنا
من الرواية ، وهذا الوضع يرد اشكالا فيما اذا عفا عن اليد ثم سرى
الى النفس ، ومات حيث لا يجب القصاص هنالك ، وها هنا قال
يجب . قيل ما ذكرها هنا جواب القياس فيكون الوضعان جميعاً
على القياس والاستحسان ، وقيل بينهما فرق ، ووجهه أن العفو
عن اليد صح ظاهراً ، لأن الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فيصح

الصغير ، وبه صرح فخر الاسلام في جامعه وصاحب الكافي فيه (رجل قطع يد رجل
عدداً فصالح القاطع المقطوعة يده على عبد فدفعه اليد فأعتقه المقطوعة يده ثم مات من
ذلك ، قال) أى المصنف (العبد صلح بالجناية إلى آخر ما ذكرنا من الرواية) يعني وإن
لم يعتقه رد إلى مولاه ، ويحمل الأولياء على خيرتهم بين القتل والعفو (وهذا الوضع) قيل
إن الموضع الثاني وهو النسخة الغير المعروفة . وقال الأتازى أى وضع الجامع الصغير في
النسخة المعروفة ، وفي النسخة الأخرى جميعاً (يرد إشكالا) في هذه المسألة وهى قوله
(فيما إذا عفا عن اليد ثم سرى إلى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هنالك) يعني ثمة
هل تجب الدية لكون العفو عن اليد شبهة .

(وها هنا) أى في هذه المسألة (قال يجب) أى القصاص ، وهذا وجه الاشكال ، ثم
أشار المصنف إلى وجه دفع هذا الاشكال بقوله (قيل ما ذكر هنا) من وجوب القصاص
(جواب القياس) وما ذكر هناك جواب الاستحسان (فيكون الوضعان جميعاً على القياس
في الأول ، والاستحسان) في الثاني فاندفع التدافع ، وحصل التوافق .

(وقيل بينهما فرق) أى بين الوضعين فرق ظاهر ، يعني بين هذه المسألة ومسألة
العفو عن اليد حيث وجب القصاص هنا ولم يجب ثمة ، بل وجبت الدية .

(ووجهه) أى وجه الفرق (أن العفو عن اليد صح ظاهراً ، لأن الحق كان له في اليد

العفو ظاهراً ، فبعد ذلك وإن بطل حكماً يبقى موجوداً حقيقة
فكفى ذلك منع وجوب القصاص ما هنا الصلح لا يبطل الجناية ،
بل يقررها حيث صالح عنها على مال ، فإذا لم يبطل الجناية لم يمنع
العقوبة ، هذا إذا لم يعتقه ، أما إذا أعتقه فالتخريج ما ذكرناه من
قبل . قال فإذا جنى العبد المأذون له جناية وعليه ألف درهم فأعتقه
المولى ولم يعلم بالجناية فعليه قيمتان ، قيمة لصاحب الدين ، وقيمة
لأولياء الجناية لأنه أتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل
القيمة على الأفراد أن الدفع للأولياء ، والبيع للفرماء ، فكذا عند
الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين إيفاء من الرقبة الواحدة بأن

من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهراً) ويبطل به الجناية ، لأن العفو عنها يبطله (فبعد
ذلك وإن بطل حكماً) أي حكم العفو بالسراية (يبقى موجوداً حقيقة ، فيكفى ذلك
المنع وجوب القصاص ، أما ما هنا الصلح لا يبطل الجناية ، بل يقررها حيث صالح عنها
على مال) وجب القصاص ، ومعنى قوله (وإذا لم تبطل الجناية لم يمنع العقوبة)
يعني القصاص .

(وهذا) الذي ذكرناه (إذا لم يعتقه ، أما إذا أعتقه فالتخريج ما ذكرناه من قبل)
وهو قوله لأن إقدامه على الاعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (وإذا جنى العبد المأذون له جناية وعليه ألف
درهم فأعتقه المولى ولم يعلم بالجناية) قيد بعدم العلم ليبنى عليه (فعلية) أي فعلى المولى
(قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لأولياء الجناية) وبه قال الشافعي في قول وأحمد في
رواية ومالك (لانه) أي لأن المأذون (أتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة
على الأفراد أن الدفع للأولياء والبيع للفرماء ، فكذلك عند الاجتماع) أي اجتماع الحقين
(ويمكن الجمع بين الحقين) هذا جواب عما يقال لا يلزم من كون كل واحد منهما مضموناً

يدفع إلى ولي الجناية ثم يباع الغرماء فيضمنها بالإتلاف ، بخلاف
ما إذا أتلفه أجنبي حيث يجب قيمة واحدة للمولى ويدفعها المولى
إلى الغرماء ، لأن الأجنبي إنما يضمن للمولى بحكم الملك فلا يظهر

بكل القيمة على الانفراد كونه كذلك عند الاجتماع يجوز أن يكونا متنافيين فلا يجتمعان
ليكون الاتلاف واردا عليهما . وتقرير الجواب الجمع بينهما ممكن (إيفاء) أي من حيث
الإيفاء (من الرقبة الواحدة) بأن يدفع إلى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنها) أي يضمن
المولى القيمتين (بالاتلاف) والاصل أن العبد إذا جنى وعليه دين يخير المولى بين الدفع
والقضاء ، فإن دفع في دين الغرماء ، فإن فضل شيء كان لأصحاب الجناية ، وإنا بدأنا
بالدفع لانه به يوفي الحقين ، فإن حق ولي الجناية يصير وفي بالدفع ثم يباع بعده لأرباب
الدين ، ومتى بدأنا ببيع في الدين تعذر الدفع بالجناية ، لانه تجدد للمشتري الملك ولم
يوجد في مدة جنائته .

فقبل ما فائدة الدفع إذا كان البيع بالدين بعده واجبا أوجب بأنها إثبات حق
الاستخلاص لولي الجناية بالقضاء بالدين ، فإن للناس في الاعيان أغراضا ، وإنا لم يطل
الدين لحوث الجناية ، لان موجبها صيرورته حرا ، فإذا كان مشغولا وجب دفعه
مشغولا ، ثم إذا بيع وفضل من ثمنه شيء صرف إلى أولياء الجناية ، لانه بيع على ملكهم ،
فان لم يثبت بالدين تأخر إلى حال الحرية كما لو بيع على ملك المولى الاول ، وإنما قيد
المسألة بعدم العلم لينبغي عليه كما قلنا ، وهو قول المصنف فعليه قيمتان ، لانه لو اعتقه
وهو عالم بالجناية كان عليه الدية إذا كانت الجناية في النفس لأوليائها وقيمة العبد لصاحب
الدين ، لان الاعتاق بعد العلم بالجناية يوجب الارش دون القيمة .

(بخلاف ما إذا أتلفه أجنبي) أي إذا أتلّف للعبد للأتون أجنبي لا يضمن للغرماء
(حيث يجب قيمة واحدة للمولى ويدفعها المولى إلى الغرماء ، لان الأجنبي إنما يضمن
للمولى بحكم الملك فلا يظهر في مقابله الحق ، لانه دونه) أي لان الحق دون الملك ، يعني

في مقابلته الحق ، لأنه دونه . وها هنا يجب لكل واحد منهما
ياتلاف الحق فلا ترجيح فيظهران فيضمنهما . قال وإذا استدان
الأمة المأذون لها أكثر من قيمتها ثم ولدت ، فإنه يباع الولد معها في
الدين وإن جنت جنابة لم يدفع الولد معها ، والفرق أن الدين وصف
حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبته استيفاء ، فيسري إلى
الولد كولد المرهون . بخلاف الجنابة ، لأن وجوب الدفع في ذمة
المولى لا في ذمتها ، وإنما يلاقيها أثر الفعل الحقيقي وهو الدفع
والسراية في الأوصاف الشرعية دون الأوصاف الحقيقية

لا يضمن الاجنبي سوى قيمة العبد .

(وها هنا يجب لكل واحد منهما باتلاف الحق فلا ترجيح فيظهران) أي فلا ترجيح
لاحدهما على الآخر ، لأن حقها مرجوع بالنسبة إلى ملك المولى ، فلا يظهر حكمها
(فيضمنها) أي فيضمن الولي الاعتراف لصاحب الدين وولي الجنابة ، لأنه أتلف حقها .
(قال) أي محمد في الجامع الصغير (وإذا استدان الأمة المأذون لها أكثر من قيمتها ثم
ولدت) أي من زوجها (فإنه يباع الولد معها في الدين ، وإن جنت جنابة لم يدفع الولد
معه) أي مع الأم الأمة (والفرق) بين المسألتين (أن الدين وصف حكمي
فيها) أي في الأمة (واجب في ذمتها متعلق برقبته استيفاء) أي من حيث الاستيفاء ،
يعني صار المولى ممنوعاً من التصرف في رقبته ببيع أو غيرهما ، فكانت من الأوصاف
الشرعية إلقاء في الأم (فيسري إلى الولد كولد المرهون) أي كولد الجارية المرهونة ،
فإنه يباع مع أمه .

(بخلاف الجنابة) حيث لم يدفع الولد معها (لأن وجوب الدفع في ذمة المولى لا في
ذمتها) أي في ذمة الأمة ورقبتها خالية عن الحق فلا يتعلق بالولد (وإنما يلاقيها أثر الفعل
الحقيقي) الحسي (وهو الدفع والسراية في الأوصاف الشرعية دون الأوصاف الحقيقية) أي
سراية الحكم من الأم إلى الولد في الوصف الشرعي لا الحقيقي من وجوب الدفع أثر الفعل

قال وإذا كان العبد لرجل زعم رجل أن مولاه أعتقه فقتل
العبد ولياً لذلك الرجل خطأ فلا شيء له ، لأنه لما زعم أن مولاه أعتقه
فقد أدى الدية على العاقلة وإبراء العبد والمولى ، إلا أنه لا يصدق
على العاقلة من غير حجة . قال وإذا اعتق العبد فقال لرجل قتل
أخاك خطأ وأنا عبد ، وقال الآخر قتلته وأنت حر فالقول قول
العبد ، لأنه منكر للضمان لما أنه أسنده إلى حالة معهودة منافية
للضمان ، إذ الكلام فيما إذا عرف رقه ، والوجوب في جناية العبد
على المولى دفعاً أو فداء ،

الحقيقي ، فذلك لم يسر إلى الولد ، ولهذا كانت الأمة سوداء لا يلزم أن
يكون ولدها أسود .

(قال) أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير (وإذا كان العبد لرجل زعم رجل أن
مولاه أعتقه فقتل العبد ولياً لذلك الرجل خطأ فلا شيء له) أي الذي زعم أنه أعتقه
لا قليل ولا كثير (لأنه لما زعم أن مولاه أعتقه فقد أدى الدية على العاقلة وأبرأ العبد
والمولى) أي وادعى أيضاً إبراء العبد وإبراء المولى ، لأن الإنسان مؤاخذ بزعمه (إلا أنه)
أي غير أن هذا الزاعم (لا يصدق على العاقلة من غير حجة) فلا يكون له شيء أصلاً .

(قال) أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير (فإذا أعتق العبد فقال لرجل قتل
أخاك خطأ وأنا عبد ، وقال الآخر قتلته وأنت حر ، فالقول قول العبد) أي مع يمينه
بالإجماع . وقال الشافعي وأحمد «رح» فيه وجهان ، أحدهما وهو نص الشافعي «رح» أن
القول للمولى مع يمينه ، والثاني أن القول للجاني (لأنه منكر للضمان لما أنه أسنده إلى
حالة معهودة) أي معلومة (منافية للضمان ، إذ الكلام فيما إذا عرف رقه والوجوب في
جناية العبد على المولى دفعاً وفداء) أي من حيث الدفع إلى ولي الجناية ، ومن حيث الفداء
واعتزى بأن العبد قد ادعى تاريخاً سابقاً في إقراره والمقرر له منكر لذلك التاريخ فينبغي

وصار كما إذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتي وأنا صبي ، أو بعث
داري وأنا صبي ، أو قال طلقت امرأتي وأنا مجنون ، وقد كان
جنونه معروفاً كان القول قوله لما ذكرنا . قال ومن أعتق جارية ثم
قال لها قطعت يدك وأنت أمي ، وقالت قطعتها وأنا حرة فالقول
قولها ، وكذلك كل ما أخذ منها إلا الجماع والغلة استحساناً ، وهذا
عند أبي حنيفة وأبي يوسف «رح» . وقال محمد لا يضمن إلا شيئاً
قائماً بعينه يؤمر برده عليها لأنه منكر وجوب الضمان لإسناده

أن يكون القول قوله . وأجيب بأن اعتبار التاريخ للترجيح بعد وجود أصل الإقرار ،
وما هنا هو منكر لأصله ، فصار كمن يقول لبيده أعتقتك قبل أن تخلق أو أخلق .

(فصار) أى حكم هذا (كما إذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتي وأنا صبي ، أو بعث
داري وأنا صبي ، أو قال طلقت امرأتي وأنا مجنون ، وقد كان جنونه معروفاً كان القول
قوله لما ذكرنا) أشار به إلى قوله لما أنه أسنده إلى حالة معهودة مناقية للضمان ، لأن
الصبي والمجنون ينافي ذلك . وكذا إذا قال أقررت بهذا المال لفلان وأنا صبي ، وقال
المقر له بل أقررت وأنت بالغ فالقول قول المقر ، لأن الصبي ينافي وجوب الإقرار .

(قال) أى محمد «رح» في الجامع الصغير (ومن أعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك
وأنت أمي ، وقالت قطعتها وأنا حرة فالقول قولها . وكذلك كل ما أخذ منها إلا الجماع
والغلة) بأن قال جامعتك وأنت أمي ، أو قال أخفت منك غلة عملك وأنت أمي
فقال بل كان ذلك بعد العتق فإن القول للمولى (استحساناً) أى من حيث الاستحسان
(وهذا) أى كون القول للمولى (عند أبي حنيفة وأبي يوسف «رح») .

(وقال محمد «رح» لا يضمن إلا شيئاً قائماً بعينه) أى لا يضمن المولى إلا إذا أقر بأخذ
شيء بعينه والمأخوذ قائم في يده ، واختلف فيه على هذا الوجه أجمعوا فيه (يؤمر برده
عليها) ويقول محمد قال زفر «رح» (لأنه) أى لأن المولى (منكر وجوب الضمان لإسناده

الفعل إلى حالة معهودة منافية له كما في المسألة الأولى ، وكما في الوطء والغلة ، وفي الشيء القائم أقر بيدها حيث اعترف بالأخذ منها ثم ادعى التملك عليها وهي منكرة ، والقول قول المنكر ، فلم إذا يؤمر بالرد إليها . ولهما أنه أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله كما إذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ، ثم فقتت وقال المقر له لا بل فقأتها وعينك اليمنى مفقودة فإن القول قول المقر له ، وهذا

الفعل إلى حالة معهودة منافية له كما في المسألة الأولى) أشار بها إلى قوله وإذا أعتق العبد فقال للرجل قتلت أخاك خطأ وأنا عبد ، وقال الآخر قتلته وأنت حر فالقول قول العبد . (وكما في الوطء والغلة ، وفي الشيء القائم أقر بيدها حيث اعترف بالأخذ منها ثم ادعى التملك عليها ، وهي منكرة والقول قول المنكر فلماذا يؤمر بالرد إليها ، ولهما) أى ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله (أنه) أى أن المولى (أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله ، كما إذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقتت) يريد به براءته عن ضمان العين قصاصاً وإرشاً (وقال المقر له لا بل فقأتها وعينك اليمنى مفقودة) يدعي وجوب نصف الدية عليه لما أن العضو التالف إن كان صحيحاً ثم سقط يسقط القصاص ولم يدخل حق التلف إلى الارش ، لأن حقه ابتداء في القصاص من غير تخير عندنا خلافاً للأئمة الثلاثة ، لكن ذكر في الإيضاح والذخيرة لا قصاص في العين إذا فقتت عمداً أو خطأ ، وإنما يجب القصاص إذا كانت قائمة وذهب ضوءها .

وفي المستصفي لا قصاص في الحديقة ، إنما القصاص إذا ضربها وذهب ضوءها ، ولكن ذكر في الذخيرة بعد ذكر هذه الروايات إلى الأجناس انه لو ضرب غير إنسان باصبع ضربة حقيقة فذهب ضوءها وجد بعد ذلك ففيه القصاص يحمل ما ذكر في الكتاب على تلك الرواية (فان القول قول المقر له ، وهذا) يشير به إلى قوله أقر بسبب الضمان ثم

لأنه ما أسنده إلى حالة منافية للضمان لأنه يضمن يدها لو قطعها وهي مديونة ، وكذا يضمن مال الحربي إذا أخذه وهو مستأمن ، بخلاف الوطء والغلة ، لأن وطء المولى أمته المديونة لا يوجب العقر . وكذا إذا أخذه من غلتها وإن كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه فحمل الإسناد إلى حالة معهودة منافية للضمان . قال وإذا أمر العبد المحجور عليه صبياً حراً بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبي الدية ، لانه هو القاتل حقيقة ، وعمده وخطؤه سواء على ما بينا من قبل ،

ادعى ما يبرئه فلا يكون القول له (لأنه) أى لأن المقر (ما أسنده) أى ما أسند سبب الضمان وهو الأخذ أو القطع (إلى حالة منافية للضمان ، لأنه يضمن يدها) أى يد الأمة (لو قطعها وهي مديونة) أى والحال أنها مديونة .

(وكذا يضمن مال الحربي إذا أخذه وهو مستأمن) أى والحال أنه مستأمن . وقال الاكل «رح» هذا ليس له تعلق بما نحن فيه من مسألة اللقط ، لكنه ذكره بياناً لمسألة أخرى ، صورتها مسلم دخل دار الحرب بأمان وأخذ مال حربي ثم أخرجنا إلينا فقال له المسلم أخذت منك مالاً وأنت حربي فقال لا بل أخذت مني وأنا مسلم فإنها على الخلاف .

(بخلاف الوطء والغلة) هذا يتصل بقوله كما في الوطء والغلة وهو جواب عما قاسه محمد «رح» (لان وطء المولى أمته المديونة لا يوجب العقر) وكذا وطء الأمة المرهونة لا يوجب العقر (وكذا إذا أخذه من غلتها ، وإن كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه فحمل الإسناد إلى حالة معهودة منافية للضمان) أى للضمان .

(قال) أى محمد «رح» في الجامع الصغير (وإذا أمر العبد المحجور عليه صبياً حراً بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبي الدية ، لانه هو القاتل حقيقة ، وعمده وخطؤه سواء على ما بينا من قبل) وسواء كان أيضاً مأذوناً أو مكاتباً ، وقيد بأن يكون الصبي

ولا شيء على الأمر . وكذا إذا كان الأمر صبيّاً لأنهما لا يؤخذان بأقوالهما ، لان المؤاخذه فيها باعتبار الشرع ، وما اعتبر قولهما ، ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي الأمر ابداً ويرجعون على العبد الأمر بعد الإعتاق لان عدم الاعتبار لحق المولى وقد زال ، لان نقصان أهلية العبد ، بخلاف الصبي ، لانه قاصر الأهلية . قال وكذلك إن أمر عبداً ، معناه أن يكون الأمر عبداً والمأمور عبداً محجوراً عليها يخاطب مولى القاتل بالدفع أو الفداء ، ولا

حراً ، لانه لو كان عبداً فمولاة خير بين الدفع والفداء ، ثم بعد الدفع والفداء يرجع مولاة على المحجور الأمر بعد الاعتاق بقيمة عبده ، إشارة الى ما ذكره قبيل فصل الجنين (ولا شيء على الأمر ، وكذا إذا كان الأمر صبيّاً ، لانهما لا يؤخذان بأقوالهما ، لان المؤاخذه فيها باعتبار الشرع وما اعتبر) أى الشرع (قولهما ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي الأمر أبداً ، ويرجعون على العبد الأمر بعد الاعتاق) وفي النهاية وفي هذه الرواية ضعف ، لانه ذكر في الجامع المحبوبي والتمرة شي ولا رجوع لهم على العبد لا في الحال ، ولا بعد العتق . وإذا كان العبد المأذون في التجارة ، لان هذا الضمان ليس بضمان الغصب ، لان الحر لا يغصب ، وانما هو ضمان جنابة ، وجنابة العبد لا تلزمه بعد العتق ، وكذا ذكر في المغني محالاً إلى الرمال لذا نعلم أن ما ذكر في الكتاب نوع ضعف لمحاله هذه الروايات .

(لأن عدم الاعتبار لحق المولى ، وقد زال لان نقصان أهلية) أي لأن عدم الاعتبار لحق الولي ، وقد زال لان نقصان الأهلية (العبد بخلاف الصبي ، لانه قاصر الأهلية) وقد زال حق المولى بعد العتق فيؤخذ لزوال المانع ، وفي الصبي لم يعتبر قوله القصور أهلية . (قال) أي محمد في الجامع الصغير (وكذلك إن أمر عبداً) أي وكذلك الحكم إن أمر العبد المحجور عليه ، أشار إليه المصنف بقوله (معناه أن يكون الأمر عبداً والمأمور

رجوع له على الأول في الحال ويجب أن يرجع بعد العتق بأقل من
الفداء وقيمة العبد ، لأنه غير مضطر في دفع الزيادة ، وهذا إذا كان
القتل خطأ ، وكذا إذا كان عمداً والعبد القاتل صغيراً ، لأن عمده
خطأ ، أما إذا كان كبيراً يجب القصاص لجريانه بين الحر والعبد .
قال وإذا قتل العبد رجلين عمداً ولكل واحد منها وليان فعفا
أحد وليي كل واحد منها فإن المولى يدفع نصفه إلى الآخرين أو
يفديه بعشرة آلاف درهم ، لأنه لما عفا أحد وليي كل واحد منها
سقط القصاص وانقلب مالاً فصار كما لو وجب المال من الإبتداء ،
وهذا لأن حقهم في الرقبة أو في عشرين ألفاً وقد سقط نصيب العافيين

عبدًا محجوراً عليها يخاطب مولى القاتل بالدفع أو الفداء ، ولا رجوع له على الأول في
الحال ، ويجب أن يرجع بعد العتق بأقل من الفداء وقيمة العبد ، لأنه غير مضطر في دفع
الزيادة) أي لا ضرورة في إعطاء الزيادة لأنه يتخلص عن عهدة الضمان باعتبار الأقل من
الفداء وقيمة العبد ، لأنه إنما ألتف بأمره ما هو الأقل منها (وهذا) أي الذي ذكرنا
(إذا كان القتل خطأ ، وكذا إذا كان عمداً والعبد القاتل) أي وكذا الحكم إذا كان القتل
عمداً والحال أن العبد هو القاتل ، وإنه (صغيراً ، لأن عمده خطأ ، أما إذا كان كبيراً
يجب القصاص لجريانه بين الحر والعبد) .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (وإذا قتل العبد رجلين عمداً ، ولكل واحد
منهما وليان فعفا أحد وليي كل واحد منها ، فإن المولى يدفع نصفه إلى الآخرين أو يفديه
بعشرة آلاف درهم ، لأنه لما عفا أحد وليي كل واحد منها سقط القصاص وانقلب مالاً ،
فصار كما لو وجب المال من الإبتداء) ولو وجب المال في بداية الأمر بسبب القتلين لكان
بالنصف فكذا هنا .

(وهذا لأن حقهم) أي حق الأولياء (في الرقبة أو في عشرين ألفاً وقد سقط نصيب

وهو النصف وبقي النصف . فإن كان قتل أحدهما عمداً والآخر خطأ فعفا أحد وليي العمد ، فإن فداء المولى فداء بخمسة عشر ألفاً خمسة آلاف للذي لم يعف من وليي العمد وعشرة آلاف لولي الخطأ ، لأنه لما انقلب العمد مالاً كان حق ولي الخطأ في كل الدية عشرة آلاف ، وحق أحد وليي العمد في نصفها خمسة آلاف ولا تضايق في الفداء فيجب خمسة عشر ألفاً ، وإن دفعه إليهم أثلاثاً ، ثلثاه لولي الخطأ وثلثه لغير العافي من وليي العمد عند أبي حنيفة . وقالوا يدفعه أربعاً ثلاثة أرباعه لولي الخطأ وربعه لولي العمد فالقسمة عندهما بطريق المنازعة ، فيسلم النصف لولي الخطأ بلا منازعة ، واستوت منازعة الفريقين في النصف الآخر ، فينتصف ، فلهذا يقسم

العافين) من الأولياء الأربعة (وهو النصف ، وبقي النصف ، فإن كان قتل أحدهما عمداً) أي فإن قتل أحد الرجلين عمداً (والآخر) أي وقتل الرجل الآخر (خطأ فعفا أحد وليي العمد ، فإن فداء المولى فداء بخمسة عشر ألفاً ، خمسة آلاف للذي لم يعف من وليي العمد ، وعشرة آلاف لولي الخطأ ، لأنه لما انقلب العمد مالاً كان حق ولي الخطأ في كل الدية عشرة آلاف ، وحق أحد وليي العمد في نصفها خمسة آلاف ولا تضايق في الفداء) لأنه يجب في الذمة ، والذمة صالحة أن يثبت فيها أموال كثيرة (فتجب خمسة عشر ألفاً ، وإن دفعه إليهم أثلاثاً ، ثلثاه لولي الخطأ ، وثلثه لغير العافي من وليي العمد عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه) .

(وقالوا يدفعه أربعاً ، ثلاثة أرباعه لولي الخطأ ، وربعه لولي العمد فالقسمة عندهما بطريق المنازعة ، فيسلم النصف لولي الخطأ بلا منازعة) وبقي النصف الآخر (واستوت منازعة الفريقين في النصف الآخر) وكل واحد من وليي الخطأ وشريك العافي بدعيته (فينتصف) أي فيجعل هذا النصف بينهما نصفين (فلهذا يقسم أربعاً) أي فلأجل هذا

أرباعاً ، وعنده يقسم بطريق العول والمضاربة أثلاثاً ، لأن الحق تعلق بالرقبة أصله التركة المستغرقة بالديون ، فيضرب هذان بالكل ، وذلك بالنصف ، وهذه المسألة نظائر وأضداد ذكرناها في الزيادات . قال وإذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لها ، أي قريباً لها فعفا أحدهما

كانت القسمة بينهما بطريق المنازعة أرباعاً ، ومعنى المنازعة أن كل جزء وقع من دعوى قد سلم للآخر بلا منازعة . وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير وفي قول زفر لصاحب الخطأ النصف ، ولصاحب العمدة الذي لم يبق الربع ، وبقي الربع للمولى .

(وعنده) أي وعند أبي حنيفة (يقسم بطريق العول والمضاربة أثلاثاً) ومعنى العول أن يضرب كل واحد منهم بسهمه فيجمع السهام كلها ويقسم السهام على مبلغ السهام ألفين (لأن الحق تعلق بالرقبة) لأن أصل حقها ليس في غير العبد ، بل في إرث الذي هو بدل المتلف ، والقسمة في غير العين تكون بطريق العول والمضاربة ، ولهذا لأن حق ولي الخطأ في عشرة آلاف وحق الشريك العافي في خمسة فيضرب كل واحد منهما بمحضته .

(أصله) أي أصل أبي حنيفة (التركة المستغرقة بالديون) كما لو كانت ألفاً ورجلين على الميت ثلاثة آلاف ، لأحدهما ألف وللآخر ألفان ، فإن التركة تقسم بينهما بطريق العول المضاربة أثلاثاً مثلثاً كالتركة لصاحب الألفين ، وثلاثها لصاحب الألف (فيضرب هذان) أي ولي الخطأ (بالكل وذلك) أي ولي العمدة (بالنصف) أي يضرب بالنصف (وهذه المسألة نظائر) أي أمثال (وأضداد) يعني خلافها (ذكرناها في الزيادات) أي في كتاب الزيادات تصنيفه وقد مضى في كتاب الدعوى بشيء مما ذكر في الزيادات في باب ما يدعيه رجلان .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (وإذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لها ، أي قريباً لها) كآخيها أو عيها (فعفا أحدهما بطل الجميع عند أبي حنيفة) أي بطل

بطل الجميع عند أبي حنيفة . وقالوا يدفع الذي عفا نصف نصيبه إلى الآخر أو يفديه بربع الدية ، وذكر في بعض النسخ قتل ولياً لهما ، والمراد القريب أيضاً . وذكر في بعض النسخ قول محمد مع أبي حنيفة . وذكر في الزيادات عـبـد قتل مولاه وله ابنان فعفا أحد الابنين بطل ذلك كله عند أبي حنيفة ومحمد ، وعند أبي يوسف الجواب فيه كالجواب في مسألة الكتاب ولم يذكر اختلاف الرواية لأبي يوسف رحمه الله أن حق القصاص ثبت في العبد على سبيل الشيوع لأن ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له ، فإذا عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا غير أنه شائع في الكل فيكون نصفه في نصيبه ، والنصف في نصيب صاحبه فما يكون في نصيبه سقط ضرورة أن المولى لا يستوجب على عبده مالا ، وما كان في نصيب صاحبه بقي ونصف النصف هو الربع ، فلهذا يقال إدفع نصف نصيبك أو افتده بربع الدية . ولها أن ما يجب من

الدم كله عنده (وقالوا يدفع الذي عفا نصف نصيبه إلى الآخر ، أو يفديه بربع الدية . وذكر في بعض النسخ) الجامع الصغير (قتل ولياً لهما) والولي القريب والمولى (والمراد القريب أيضاً) وقال الله تعالى ﴿ وإنني خفت الموالى من ورائي ﴾ هـ مريم ، والمولى ابن العم والعصبة ، والجمع موالى ، كذا في التفسير . وقال الأتزازي ويحتمل أنه أراد به المعتق الذي أعتقه ، فصارا عصبة له بالولاء وقد ذكر فخر الإسلام (وذكر في بعض النسخ) الجامع الصغير (قول (١) محمد مع قول أبي يوسف وهو الأشهر) ذكر في بعض النسخ ،

(١) قول محمد مع قول أبي حنيفة ، هامش .

المال يكون حق المقتول ، لأنه بدل دمه ، ولهذا تقضى منه ديونه
وتنفذ به وصاياه ، ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته
والمولى لا يستوجب على عبده ديناً فلا تخلفه الورثة فيه .

فصل

ومن قتل عبداً خطأ فعليه قيمته لا تزداد على عشرة آلاف درهم ،
فإن كانت قيمته عشرة آلاف درهم أو أكثر قضى له بعشرة آلاف
إلا عشرة ، وفي الامة إذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف إلا
عشرة ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف والشافعي
تجب قيمته بالغة ما بلغت .

أى نسخ الجامع قول محمد مع قول أبي حنيفة «رح» . وقال القدورى في كتاب التقريب
ويراد الصحيح أنه مع أبي حنيفة (١) .

(فصل)

أى هذا فصل في أحكام الجناية على العبد . ولما فرغ من جنائبه على غيره شرع في
حكم الجناية عليه ، وقدم الاول لان الفاعل متقدم على المفعول .
(ومن قتل عبداً خطأ فعليه قيمته لا تزداد على عشرة آلاف درهم ، فإن كانت قيمته
عشرة آلاف درهم أو أكثر قضى له بعشرة آلاف إلا عشرة ، وفي الامة إذا زادت قيمتها
على الدية خمسة آلاف إلا عشرة) أى هنا لفظ القدورى . وقال المصنف (وهذا عند
أبي حنيفة ومحمد) وبه قال للنعيمي والشعبي والثورى وأحمد في رواية .
(وقال أبو يوسف والشافعي تجب قيمته بالغة ما بلغت) وبه قال مالك وأحمد ،

(٢) هكذا في الاصل ، كلام من المتن غير مشروح ، وقد وجد في الاصل كلام في
الهامش مبتور ، اهـ مصححه .

ولو غضب عبداً قيمته عشرون ألفاً فهلك في يده تجب قيمته بالغة ما بلغت بالإجماع . لها أن الضمان بدل المالية ، ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك العبد إلا من حيث المالية . ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد ، وبقاؤه ببقاء المالية أصلاً أو بدلاً ، وصار كقليل القيمة وكالغصب . ولأبي حنيفة ومحمد قوله تعالى ﴿ ودية مسلمة ﴾

وهو قول سعيد بن المسيب ومحمد بن سيرين وعمر بن عبد العزيز والزهري وإسحاق ومكحول وإياس بن معاوية والحسن . وقال الكرخي وروى عن علي وابن عمر وابن عباس رضي الله تعالى عنهم فيه القيمة بألفاً ما بلغ (ولو غضب عبداً قيمته عشرون ألفاً فهلك في يده تجب قيمته بالغة ما بلغت بالإجماع) .

(لها) أي لأبي يوسف والشافعي (أن الضمان بدل المالية ، ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك العبد إلا من حيث المالية) لا من حيث الأدمية ، فلو كان الضمان بدل الدم لوجب الضمان للعبد ، لأنه في حق الدم مبني على أصل الحرية .

(ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد) ذكر هذا أيضاً على سبيل الإيضاح عطفاً على قوله يجب للمولى ، يعني أن بقاء العقد باعتبار المالية لا باعتبار الأدمية ، دل على أن الضمان بدل المالية . بيان هذه المسألة كما قاله القدوري في كتاب التقريب . قال أبو يوسف إذا قتل المبيع في يد البائع فاختر المشتري إجازة للبيع كان له القصاص ، وكذلك إذا اختار فسخ البيع كان للبائع القصاص ، وهذا حفظ عن أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ليس للبائع القصاص وروى ابن زياد عنه لا قصاص للمشتري أيضاً (وبقاؤه) أي بقاء العقد (ببقاء المالية أصلاً) يعني إن بقي العين (أو بدلاً) يعني إن هلك (فصار) أي العبد (كقليل القيمة) يعني لو كان العبد قليل القيمة يجب ذلك القدر ولا يبلغ إلى الدية (وكالغصب) أي وكان الغصب يعني في الغصب كذلك لا يجب إلا قدر القيمة لا يبلغ إلى الدية . (ولأبي حنيفة ومحمد قوله تعالى ﴿ ودية مسلمة ﴾ إلى أهله ﴿ ٩٢ النساء ﴾ وجه الاستدلال به أن الله تعالى (أوجبها) أي

إلى أهله ٩٢ النساء ، أوجبها مطلقاً وهي اسم للواجب بمقابلة الآدمية
ولأن فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفاً وفيه معنى المالية والآدمية
أعلامها فيجب اعتبارها بإهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما
وضمان الغصب بمقابلة المالية ، إذ الغصب لا يرد إلا على المال ، وبقاء

الدية (مطلقاً) من غير فصل بين الحر والعبد من قتل خطأ (وهي) أي الدية (لاسم
للواحب بمقابلة الآدمية) تقريره أن الله تعالى رتب في قتل الخطأ حكمين الكفارة والدية
والعبد داخل في حقوق وجوب الكفارة بالإجماع فيجب أن يكون في حق الدية كذلك ،
لأنه قال رمن يقتل مؤمناً والعبد مؤمن فيكون ما وجب بقتله الدية ، ولا يحوز الزيادة
على النص بالرأي أن المراد حر مؤمن .

(ولأن فيه) أي في العبد (معنى الآدمية حتى كان مكلفاً) بالإيمان والشرائع التي
تجب عليه من الصلاة والصوم والعقوبات (وفيه) أي في العبد (معنى المالية) حتى ورد
عليه المذك بلا خلاف (والآدمية أعلامها) لا محالة (فيجب اعتبارها) أي اعتبار الآدمية
(بإهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما) أي بين معنى المالية ومعنى الآدمية ، لأنهم
أجمعوا على أن الضمان إما بدل المالية أو بدل الآدمية ، والعكس يعني إلى إهدارها
جميعاً ، لأن الآدمية أصل لقيام المالية بها ، وفي إهداره الأصل إهدار للبائع وإهدار
أحدهما أولى من إهدارهما .

فإن قيل لا نسلم أن الجمع بينهما متعدد ، بل بإيجاب القيمة بالغة ما بلغت لوجد الجمع
بينهما . أجب بأن الجمع إنما يوجد بإيجاب الدية مع كمال القيمة وذلك لا يحوز التقوى
لخروجه عن الإجماع .

(وضمان الغصب) هذا جواب من قولهما وكان كالغصب ، بيانه أن ضمان الغصب
لا يجب إلا (بمقابلة المالية ، إذ الغصب لا يرد إلا على المال) وهو ظاهر (وبقاء العقد)
هذا جواب عن قولهما لو قتل العبد المبيع ، بيانه أن بقاء العقد في قتل العبد المبيع (يتبع
الفائدة) وهي انقلاب القصاص مالا بالعقد والصلح ، فبقائه يدل على أنه يبقى لأجل

العقد يتبع الفائدة حتى يبقى بعد قتله عمداً وإن لم يكن القصاص
بدلاً عن المالية ، فكذاك أمر الدية وفي قليل القيمة الواجب
بمقابلة الأدمية ، إلا أنه لا يسمع فيه فقدرناه بقيمته رأياً ، بخلاف
كثير القيمة ، لأن قيمة الحر مقدرة بعشرة آلاف درهم ، ونقصنا
منها في العبد إظهاراً لانحطاط رتبته وتعيين العشرة بأثر عبد الله بن
عباس رضي الله عنها .

الفائدة أو هي تمكن المشتري من الصلح والعقر ، وجوب المفو عليه (حق يبقى) العقد
إيضاح لبيان بقاء العقد لأجل الفائدة ، أى حتى يبقى العقد (بعد قتله عمداً وإن لم يكن
القصاص بدلاً عن المالية) أى في حق المشتري (فكذاك أمر الدية) أى يبقى لفائدة
المشتري (وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الأدمية) يعني أن الواجب في قليل القيمة بدل
الأدمية (إلا أنه لا يسمع فيه) أى في قليل القيمة ، لأنه لم يرد فيه شيء .

فإن قيل قوله ~~بأنه لا يسمع فيه~~ إلا أن قتيل خطأ العمد مطلق يتناول الحر والعبد ، فيكون
السمع فيه موجوداً . قلنا خص من ذلك الحديث المرأة ، لأنه لا يجب بقتلها مائة من
الإبل فيخص العبد منه ، لأن المعنى المخصوص موجود فيه وهو التفاوت في المالكية
بين الرجل والمرأة .

(فقدرناه بقيمته رأياً) مقدر بالقليل بقيمة العبد من حيث الرأى ، لأنه يمكن معرفة
نقصان بدل نفسه من بدل نفس الحر بالرجوع إلى تقويم المالية ، ولا كذلك في كثير القيمة
لأنه تعذر ذلك فيه .

ومعنى قوله (بخلاف كثير القيمة) ، لأن قيمة الحر مقدرة بعشرة آلاف درهم ونقصنا منها
في العبد إظهاراً) أى لأجل الأظهار (لانحطاط رتبته) أى رتبة العبد عن رتبة الحر
(وتعيين العشرة) كأنه جواب عما يقال لما قدرتم القليل بالقيمة رأياً فيما قدرتم بالعشرة في
قيمة الحر ، فأجاب بأن تعيين العشرة في ذلك (بأثر عبد الله بن عباس رضي الله عنهما)
قال المخرج هذا ضعيف . وقال الأتزازي روى القدوري في شرح مختصر الكرخي عن

قال وفي يد العبد نصف قيمته لا يزداد على خمسة آلاف إلا خمسة
لأن اليد من الآدمي نصفه فتعتبر ب كله وينقص هذا المقدار

عبد الله بن مسعود أنه قال في قيمة العبد لا يزداد على عشرة آلاف إلا عشرة . وقال
الأكمل وغيره دفع في بعض النسخ ابن عباس وهو ما روى عنه لا يبلغ قيمة العبد دية
الحر ، وينقص منه عشرة دراهم والأصح لموافقة لأكثر النسخ .

وقال الأتوازي ذكر ابن عباس موضع ابن مسعود غير صحيح ، لأن مذهب ابن عباس
مثل قول أبي يوسف رواه الكرخي كذلك . وقال الأكمل « رح » واعترض بما روى أن
عمرو وعلياً وابن عمر رضي الله تعالى عنهم أوجبوا في العبد قيمته بالغة ما بلغت .
وأجيب بأن المروي عن ابن مسعود راجح ، لأن فيه ذكر المقدار وهو ما لا يمتدني إليه
العقل ، وليس فيما يروى عن غير ذلك ، بل فيه قياس سائر الأقوال من تبليغ قيمته بالغة
ما بلغت ، فكان محمول على أنهم قالوا بالرأى ومثله لا يعارض ما هو بمنزلة المسموع من
رسول الله ﷺ ، انتهى . قلت روى ابن أبي شيبه وعبدالرزاق في مصنفيهما عن النخعي
والشعبي قال لا يبلغ قيمة العبد دية الحر .

(قال) أي القدوري (وفي يد العبد نصف قيمته لا يزداد على خمسة آلاف إلا خمسة)
أي لا يزداد نصف الحر قيمة العبد في تضمين الجاني على خمسة آلاف درهم منقوصاً منه
خمس دراهم . وفي النهاية هذا خلاف ظاهر الرواية ، لأنه ذكر في المبسوط ففي طرف
الملوك يعتبر قيمة المالية فقط ، وبهذا لا يضمن بالقصاص ولا بالكفارة إلا أن محمداً قال
في بعض الروايات القول بهذا يروى إلى أنه يجب بقطع طرفه ما يجب بقتله الجاني . قال
فلهذا لا يزداد على نصف بدل نفسه فيكون الواجب فيه خمسة آلاف إلا خمسة .

وذكر في الأسرار أن جانب المالية أغلب ، وفي فتاوى الظهيرية وجامع المحبوبي ما
يرافق رواية المتن حيث قالاً موضحة العمد مثل موضحة الحر يقضى بخمسمائة درهم إلا
نصف درهم . ولو قطع اصبع عبد عمداً أو خطأ وقيمته عشرة آلاف أو أكثر فعليه عشر
الدية إلا درهم ، فكان الشيخ اختار رواية محمد ، وبه قال الكاكي .

(لأن اليد من الآدمي نصفه فتعتبر ب كله وينقص هذا المقدار إظهاراً لانحطاط رقبته

إظهاراً لانحطاط رتبته ، وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد ، لأن القيمة في العبد كالدية في الحر ، إذ هو بدل الدم على ما قررناه . وإن غصب أمة قيمتها عشرون ألفاً فماتت في يده فعليه تمام قيمتها لما بينا أن ضمان الغصب ضمان المالية . قال ومن قطع يد عبد فأعتقه المولى ثم مات من ذلك ، فإن كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه وإلا اقتص منه ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد لا قصاص في ذلك ، وعلى القاطع إرث اليد وما نقصه ذلك إلى أن يعتقه ويبطل الفضل ، وإنما لم يجب القصاص

وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد (يعني إذا وجب في الحر كل الدية يجب في العبد كل القيمة وكل شيء من الحر يجب فيه نصف الدية ففيه من العبد القيمة (لأن القيمة في العبد كالدية في الحر ، إذ هو بدل الدم على ما قررناه) أشار به إلى قوله ولأبي حنيفة ومحمد «رح» قوله تعالى ﴿ ودية مسلمة إلى أهله ﴾ ٩٢ النساء ، أوجبها مطلقاً ، وهو إسم للواجب بمقابلة الأدمية إلى آخر ما قال .

(وإن غصب أمة قيمتها عشرون ألفاً فماتت في يده فعليه تمام قيمتها لما بينا) فيما مضى (أن ضمان الغصب ضمان المالية) لأن الغصب يرد عليه من حيث أنه مال لا من حيث أنه آدمي فتعتبر المالية بألفاً قيمتها ما بلغت .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن قطع يد عبد فأعتقه المولى ثم مات من ذلك فإن كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه) على القاطع وإلا أي وإن لم يكن له ورثة غير المولى (وإلا اقتص منه) أي من القاتل (وهذا) أي المذكور من الحكم (عند أبي حنيفة وأبي يوسف «رح») .

(وقال محمد لا قصاص في ذلك ، وعلى القاطع إرث اليد وما نقصه ذلك إلى أن يعتقه ويبطل الفضل) أي ما في القيمة ، وبه قالت الأئمة الثلاثة إلا أن عندهم تجب قيمته

في الوجه الأول لاشتباه من له الحق ، لأن القصاص يجب عند الموت مستنداً إلى وقت الجرح ، فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى ، وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه وتعذر الاستيفاء فلا يجب على وجه يستوفى ، وفيه الكلام ، واجتماعها لا يزيل الاشتباه ، لأن المالكين في الحالين بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر إذا قتل ، لأن ما لكل

بالغة ما بلغت للسيد ، وعن أحمد في رواية يجب دية الحر اعتباراً بحالة الموت (وإنهما لم يجب القصاص في الوجه الأول) أي فيما إذا كان له ورثة غير المولى (لاشتباه من له الحق) يعني المستوفى ، وجهاته تمنع القصاص (لأن القصاص يجب عند الموت مستنداً إلى وقت الجرح ، فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى ، وعلى اعتبار الحالة الثانية) وهي حالة الموت (يكون للورثة ، فتحقق الاشتباه وتعذر الاستيفاء ، فلا يجب على وجه يستوفى) الاشتباه من له الحق (وفيه الكلام) أي فيما إذا كان له ورثة غير المولى . وقيل أي في رجوعه يستوفى ، ولا كلام في أصل الوجوب لافادة الاستيفاء . وإذا فات مقصوده سقط اعتباره . وقيل أي في تعذر الاستيفاء . وقيل أي في تحقق الاشتباه من له القصاص . وقال شيخى العلأ ووصل شيخى رحمه الله بخطه الضمير في فيه ، أي تعذر الاستيفاء وشجه بهاء الدين الخطابى «رح» .

(واجتماعها لا يزيل الاشتباه) هذا جواب عما يقال سلناه ، أي من له الحق مشتبه ، لكن يزول الاشتباه باجتماعها . فأجاب اجتماعها أي اجتماع المولى والورثة لا يزيل الاشتباه المذكور (لأن المالكين) أي ملك المولى للقصاص ، فالنظر إلى حالة الجرح وملك الورثة فالنظر إلى حالة الموت (في الحالين) أي في حال الجرح وحال الموت مختلف ، فإن الملك للمولى وقت الجرح دون الموت وللورثة بالعكس ، وعند الاجتماع لا يثبت الملك لكل واحد منها على الدوام في الحالين فلا يفيد الاجتماع .

(بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر إذا قتل ، لأن ما لكل منهما من

منهما من الحق ثابت من وقت الجرح إلى وقت الموت ، فإذا اجتمعا زال الاشتباه ولمحمد في الخلافة وهو ما إذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى أن سبب الولاية قد اختلف لأنه الملك على اعتبار إحدى الحالتين والورثة بالولاء على اعتبار الأخرى ، فنزل منزلة اختلاف المستحق فيها محتاط فيه . كما إذا قال لآخر بعثني هذه الجارية بكذا ، فقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها ، لأن الإعتاق قاطع للسراية ، وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية ، والسراية بلا قطع فيمتنع

الحق ثابت من وقت الجرح إلى وقت الموت ، فإذا اجتمعا زال الاشتباه (حاصله أن الموصى له بالخدمة لا ملك له في الرقبة ، والموصى له بالرقبة إذا استوفى القصاص سقط حق الموصى له بالخدمة ، لأن الرقبة ثابتة لا إلى بدل ، فلا يملك إبطال حق عليه ، ولكن إذا اجتمعا فقد رضى الموصى له بالخدمة بفوات حقه ، فيستوفي الآخر لزوال الاشتباه .

(ولمحمد في الخلافة) أى فى المسألة المختلف فيها (وهو ما إذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى ان سبب الولاية قد اختلف لانه الملك) أى لان سبب الولاية الملك (على اعتبار إحدى الحالتين والورثة بالولاء على اعتبار الأخرى) أراد بها حالة الموت (فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما محتاط فيه) أى فى الامر الذي لا يثبت الشبهات ، يعنى القصاص ونظر لذلك بقوله (كما إذا قال لآخر بعثني هذه الجارية بكذا ، فقال الولي زوجتها منك بكذا لا يحل له وطؤها) لأن في التزوج يباي بها باختلاف السبب ولا يباي به في الأموال ، كما لو أقر بألف من قرض ، وقال المقرض له من ثمن مبيع فإنه يقضي بالألف وإن اختلف السبب ، لأن في الأموال يجري البدل والاباحة فلا يباي باختلاف السبب .

(ولأن الاعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية ، والسراية بلا قطع فيمنع القصاص) بين هذا بها دليل آخر ، حاصله أنه كما تلف بأفة سماوية .

القصاص . ولهما أنا تيقنا بثبوت الولاية للمولى فيستوفيه ، وهذا لأن
المقضي له معلوم ، والحكم متحد فوجب القول بالإستيفاء . بخلاف
الفصل الأول ، لأن المقضي له مجهول ولا معتبر باختلاف
السبب ها هنا ، لأن الحكم لا يختلف بخلاف تلك المسألة ،
لأن ملك اليمين يغير ملك النكاح حكماً ، والإعتاق لا يقطع
السراية لذاته

فإن قيل ينبغي أن يجب إرش اليد للمولى فكونه جرحاً بلا سراية . أجب
بأنه لا يجب نظراً إلى حقيقة الجناية وهو القتل ، لأنه إذا سرى تبين أن الجناية
قتل لا قطع .

(ولهما) أي ولأي حنيفة وأبي يوسف « رح » (أنا تيقنا بثبوت الولاية للمولى
فيستوفيه ، وهذا لأن المقضي له معلوم) وهو الولي لأنه لا وارث للعبد غيره (والحكم)
وهو القصاص (متحد فوجب القول بالاستيفاء ، بخلاف الفصل الأول) يعني إذا كان له
ورثة غير المولى حيث لم يجب القصاص بالاتفاق (لأن المقضي له مجهول) لأن لو اعتبرنا
حالة الجرح كان المقضي له هو الولي ، ولو اعتبرنا حالة الموت كان للورثة .

(ولا معتبر باختلاف السبب ها هنا) أي في الفصل الثاني ، وهو ما إذا لم يكن له
ورثة غير المولى (لأن الحكم) وهو استيفاء القصاص (لا يختلف) لأنه في الحالين
لواحد وهو المولى (بخلاف تلك المسألة) أراد بها المسألة التي قاس عليها محمد ، وهي ما
إذا قال يعني هذه الجارية بكذا ، وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها (لأن
ملك اليمين يغير ملك النكاح حكماً) لأن ملك النكاح ثبت الحل مقصوداً ، وملك
اليمين لا يثبت ، ولو أثبت لم يكن مقصوداً فاختلف الحكم كما اختلف السبب .

(والاعتاق لا يقطع السراية لذاته) هذا جواب عن قول محمد الاعتاق قاطع للسراية ،
معناه الاعتاق قاطع للسراية في صورة الخطأ دون العمد ، وذلك لانه لا يقطع السراية .
ومعناه الاعتاق قاطع للسراية في صورة الخطأ دون العمد ، وذلك لانه لا يقطع السراية

بل لاشتباه من له الحق ، وذلك في الخطأ دون العمد لأن العبد لا يصلح مالكا للمال ، فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى ، وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحرية فيقضى منه ديونه وينفذ وصاياه ، فجاء الاشتباه . أما العمد فموجبه القصاص والعبد مبقى على أصل الحرية فيه ، وعلى اعتبار أن يكون الحق له فالمولى هو الذي يتولاه ، إذ لا وارث له سواء فلا اشتباه فيمن له الحق . وإذا امتنع القصاص في الفصلين عند محمد يجب إرث اليد وما نقصه من وقت الجرح إلى وقت الاعتاق كما ذكرنا ، لأنه حصل على ملكه ويبطل الفضل . وعندهما الجواب في الفصل الاول كالجواب عند محمد في الثاني .

لذاته (بل لاشتباه من له الحق وذلك في الخطأ دون العمد ، لأن العبد لا يصلح مالكا للمال) فيكون الحق حالة الجرح للمولى لكونه قبل العتق (فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى ، وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحرية فيقضى منه ديونه وينفذ وصاياه ، فجاء الاشتباه . أما العمد فموجبه القصاص والعبد مبقى على أصل الحرية فيه) ولهذا لم يكن لمولاه أن يسفك دمه بلاحق .

(وعلى اعتبار أن يكون الحق له فالمولى هو الذي يتولاه ، إذ لا وارث له سواء ، فلا اشتباه فيمن له الحق . وإذا امتنع القصاص في الفصلين عند محمد) في الفصلين ، أي فيما إذا كان له ورثة عند المولى أو لم يكن له ورثة غيره (يجب إرث اليد وما نقصه من وقت الجرح إلى وقت الاعتاق كما ذكرنا ، لأنه حصل على ملكه ويبطل الفضل) من بقية القيمة .

(وعندهما) أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » (الجواب في الفصل الاول) وهو ما إذا كان العبد وارث غير المولى (كالجواب عند محمد في الثاني) أي في الفصل

قال ومن قال لعبديه أحداً حر ثم شجاً فأوقع العتق على أحدهما
فإرشهما للمولى ، لأن العتق غير نازل في المعين ، والشجة
تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة ، ولو قتلها
رجل تجب دية حر وقيمة عبد ، والفرق أن البيان إنشاء
من وجه وإظهار من وجه على ما عرف ، وبعد الشجة بقي
محلاً للبيان ، فاعتبر إنشاء في حقهما ، وبعد الموت لم يبق محلاً
للبيان ، فاعتبرناه إظهاراً محضاً ، وأحدهما حر يبقين فتجب قيمة

الثاني ، وهو ما إذا لم يكن له وارث .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن قال لعبديه أحداً حر ثم شجاً فأوقع العتق
على أحدهما فإرشهما للمولى) أي بين العتق إليهم بالتعيين في أحدهما ، وإنما قال فأوقع
ليدل به على أن العتق لم ينزل على أحدهما في حق الارش ، وإن كان ظهر وقوع العتق على
أحدهما في بعض الصور كما في الموت والقتل وغيرهما ، فإنه يتعين العتق في الحي بالموت
والعبد لخروج الميت عن محل إيقاع العتق عليه ، والعتق لهم في حق الممتق كالنازل عنه
البيان ، فلا بد من بقاء المحل (لأن العتق غير نازل في المعين) لأنه أوقع في المنكر والعتق
في المنكر فلا يكون بالعتق نازلاً في المعين (والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين في
حق الشجة) فيكون إرشها للملوكين .

(ولو قتلها رجل تجب دية حر وقيمة عبد) لا قيمة عبيدين ولا دية حرين (والفرق)
أي بين قتلها وشجها (أن البيان إنشاء من وجه) أي في حق المحل (وإظهار من وجه
على ما عرف) في أصول الفقه أن البيان إنشاء من وجه حتى يشترط صلاحية المحل للإنشاء ،
فلو فات أحدهما وبين الممتق فقيه لا يصلح ، وإظهار من وجه حتى يجبر عليه . ولو كان
إنشاء من كل وجه لما أجبر عليه أن الولي لا يجبر على إنشاء العتق (وبعد الشجة بقي محلاً
للبيان ، فاعتبر إنشاء في حقهما ، وبعد الموت لم يبق محلاً للبيان فاعتبرناه إظهاراً محضاً ،
وأحدهما حر يبقين فتجب قيمة عبد ودية حر ، بخلاف ما إذا قتل كل واحد منهما رجل

عبد ودية حر ، بخلاف ما إذا قتل كل واحد منهما رجل حيث
تجب قيمة المملوكين ، لأننا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حراً ،
وكل منهما ينكر ذلك . ولأن القياس يأبى ثبوت العتق في المجهول ،
لأنه لا يفيد فائدة ، وإنما صححناه ضرورة صحة التصرف ، وأثبتنا
له ولاية النقل من المجهول إلى المعلوم ، فيتقدر بقدر الضرورة وهي
في النفس دون الأطراف فبقي مملوكاً في حقها . قال ومن فقام عيني
عبد فإن شاء المولى دفع عبده وأخذ قيمته ، وإن شاء أمسكه ولا

حيث تجب قيمة المملوكين ، لأننا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حراً ، وكل منهما ينكر
ذلك) أي من القاتلين ينكر ذلك ، أي ينكر أنه قتل الحر .

(ولأن القياس) عطف على قوله إن البيان لإنشاء من وجه يريد به الفرق ثانياً بين
الشعبة والقتل ، يعني أن القياس (يأبى ثبوت العتق في المجهول ، لأنه لا يفيد فائدة) أي
فائدة العتق وهي أهلية الولاية من القضاء والشهادات (وإنما صححناه) أي العتق تازلاً
في أحدهما (ضرورة صحة التصرف) أي تصرف العتق لئلا يلغو كلامه الذي امتاز عن
سائر الحيوانات (وأثبتنا له ولاية النقل من المجهول إلى المعلوم) بطريق البيان تعييناً
للوامع بأن يظهر ذلك العتق المبهم في أحدهما في واحد منها بعينه ، فإذا كان ثبوت العتق
في المنكر ثابتاً بالضرورة (فيتقدر بقدر الضرورة وهي) أي الضرورة (في النفس) أي
في حق النفس (دون الأطراف) أي دون حق الأطراف . لأن محل العتق هو النفس لا
الأطراف إنما يثبت العتق في الأطراف تبعاً للنفس لا مقصوداً (فبقي) أي العبد
(مملوكاً في حقها) أي في حق الأطراف التي وقعت عليها الشبهة على أصل القياس ،
فكان إرشاه للمولى .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن فقام عيني عبد فإن شاء المولى دفع عبده
وأخذ قيمته ، وإن شاء أمسكه ولا شيء له من النقصان عند أبي حنيفة . وقالوا إن شاء

شيء له من النقصان عند أبي حنيفة . وقال إن شاء أمسك العبد وأخذ ما نقصه ، وإن شاء دفع العبد وأخذ قيمته . وقال الشافعي يضمنه كل القيمة ويمسك الجثة ، لأنه يجعل الضمان مقابلاً بالفاتئ فبقي الباقي على ملكه ، كما إذا قطع إحدى يديه أو فقا إحدى عينيه . ونحن نقول أن المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات قصراً عليه . وإذا كانت معتبرة وقد وجد إتلاف من وجه النفس بتفويت جنس المنفعة ، والضمان يتقدر بقيمة الكل فوجب أن يملك الجثة دفعاً للضرر

أمسك العبد وأخذ ما نقصه ، وإن شاء دفع العبد وأخذ قيمته) .

(وقال الشافعي « رح » يضمنه كل القيمة) أي يضمن المالك الفاقى . كل القيمة (ويمسك الجثة) وبه قال مالك وأحمد (لأنه) أي لأن الشافعي « رح » (يجعل الضمان مقابلاً بالفاتئ) وهو العينان ، وقال الشافعي الضمان مثل القيمة (فبقي الباقي على ملكه ، كما إذا قطع إحدى يديه أو فقا إحدى عينيه) فإنه يأخذ كل الدية له .

(ونحن نقول أن المالية قائمة في الذات ، وهي معتبرة في حق الأطراف لسقوط اعتبارها) أي اعتبار الأطراف (في حق الذات قصراً عليه) أي اعتبارها في جميع البدن وحده مقتصرأ عليه ساقطاً بالاجماع ، فإن الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت الأطراف . حاصل الكلام لا يقال إن اعتبار المالية مقصوداً على الذات فحسب ، بل المالية في الذات والاطراف جميعاً .

(وإذا كانت معتبرة وقد وجد إتلاف النفس من وجه) استعقاق ضمان الجنابة بالمالية وجب في تفويت اليدين ، أي المنيين (بتفويت جنس المنفعة) وذلك يستدعي الجاني (والضمان يتقدر بقيمة الكل) أي الذات والاطراف ، فإذا كان كذلك (فوجب أن يملك) أي الجاني (الجثة دفعاً للضرر) لتلازم اجتماع البدل والمبدل في ملك

ورعاية للمائة بخلاف ما إذا فقأ عيني حر لانه ليس فيه معنى
المالية . وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك
إلى ملك ، وفي قطع إحدى اليدين وقطع إحدى العينين
لم يوجد تقويت جنس المنفعة . ولهما أن معنى المالية لما كان معتبراً
وجب أن يتخير المولى على الوجه الذي قلناه كما في سائر الاموال ،
فإن من خرق ثوب غيره خرقاً فاحشاً إن شاء المالك دفع الثوب
إليه وضمنه قيمته ، وإن شاء أمسك الثوب وضمنه النقصان .

رجل واحد ، لانه لا نظير له في الشرع (ورعاية للمائة) أى ولاجل رعاية المائة في
دفع الجثة للجاني .

(بخلاف ما إذا فقأ عيني حر) هذا جواب عما يقال من جهة الخصم لا يراعون ما
قلتم في الملك فقأ عيني حر ، فأجاب بقوله (لانه ليس فيه معنى المالية) إذ لا يجتمع
البذل والمبدل في ملك واحد ، وليس فيه إلا ضمان الجناية .

(وبخلاف عيني المدبر) إذا فقأهما ليس فيه تسلم الجثة (لانه) أى لان المدبر
(لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك) لانه ملك نفسه من وجه (وفي قطع إحدى
اليدين) هذا جواب قياس الشافعي المسألة المتنازع فيها على قطع إحدى يدي العبد (وفقاً
إحدى العينين) أى أحد عينييه ، فقال القياس غير صحيح ، لان في قطع إحدى اليدين . أى إحدى
يدي العبد وفقاً إحدى العينين ، أى إحدى عينييه (لم يوجد فيه تقويت جنس المنفعة)
لان الفاتت هو النصف ، والباقي هو النصف .

ولما فرغ من الاستدلال على الشافعي شرع في بيان استدلال أصحابنا ، اختلفوا فيها
فقال (ولهما) أى ولابي يوسف ومحمد «رح» (أن معنى المالية لما كان معتبراً وجب أن
يتخير المولى على الوجه الذي قلناه) وهو قوله وقالوا إن شاء أمسك العبد إلى آخره ،
وبين الملازمة فيه بقوله (كما في سائر الاموال ، فإن من خرق ثوب غيره خرقاً فاحشاً
إن شاء المالك دفع الثوب إليه وضمنه قيمته ، وإن شاء أمسك الثوب وضمنه النقصان)

وله أن المالية وإن كانت معتبرة في الذات فالآدمية غير مهددة فيه وفي
الأطراف أيضاً . ألا ترى أن عبداً لو قطع يد عبد آخر يؤمر
المولى بالدفع أو الفداء ، وهذا من أحكام الآدمية ، لأن موجب
الجنابة على المال أن تباع رقبته فيها ثم من أحكام الاولى أن لا ينقسم
على الاجزاء ولا يتملك الجثة . ومن أحكام الثانية أن ينقسم
ويتملك الجثة فوفرنّا على الشبهين حظهما من الحكم

أى نقصان الثوب بحسب التخريق .

(وله) أى ولاي حنيفة «رح» (أن المالية وإن كانت معتبرة في الذات فالآدمية
غير مهددة فيه ، وفي الأطراف أيضاً) أى غير مهددة ، ثم أوضح ذلك بقوله (ألا ترى
أن عبداً لو قطع يد عبد آخر يؤمر المولى بالدفع أو الفداء ، وهذا) أى الدفع أو الفداء
(من أحكام الآدمية ، لأن موجب الجنابة على المال أن تباع رقبته فيها) أى في الجنابة
(ثم من أحكام الاولى) أى من أحكام الآدمية (أن لا ينقسم على الاجزاء) أى لا
يوزع الضمان على الفاتت وعلى الباقي ، بل يكون المولى بمقابلته (ولا يتملك الجثة)
حكماً في عين الحر .

(ومن أحكام الثانية) أى ومن أحكام المالية (أن ينقسم) أى الضمان على الفاتت
والباقي (ويتملك) أى المولى (الجثة) كما في تخريق الثوب . وقال الاترازي فإن قلت
كيف أراد صاحب الدراية بالاولى والآدمية مذكورة بعد المالية ، وكيف أراد بالثانية
المالية والمالية مذكورة قبل الآدمية . ثم قلت إنما فعل كذلك لأنه دليل الشافعي أولاً ،
وهو اعتبر معنى الآدمية ، ثم ذكره دليل أبي يوسف ومحمد وهما اعتبر المالية ، فكان
دفع الاولى والثانية في غير موضعها . وقال الكاكي وإنما قال الاولى اعتباراً بالابتداء
لا بوضع الكتاب (فوفرنّا على الشبهين حظهما من الحكم) يعنى بالنظر إلى المالية ليس له
أن يأخذ كل بدل العين مع إمساك الجثة ، كما أنه ليس له ذلك في المال . وفيما قال
الفاء يجانب الآدمية حيث جعلاه كالثوب المحروق ، وفما قاله الشافعي الفاء بجانب للمالية

فصل في جنابة المدبر وأم الولد

قال وإذا جنى المدبر أو أم الولد جنابة ضمن المولى الأقل من قيمته ومن إرشها ، لما روي عن أبي عبيدة رضي الله عنه أنه قضى بجنابة المدبر على مولاه .

أصلاً حيث جعله كحر فقام عيناه موقوفاً في الشبهين حظهما . وقلنا إن شاء المولى دفع عبده وأخذ ثمنه نظراً إلى المالية وإن شاء أمسكه ولا شيء نظراً إلى آدميته ، والوسط العدل ما قاله أبو حنيفة ، لأن فيه رعاية الجانبين وتوفير الشبهين .

(فصل في جنابة المدبر وأم الولد)

أي هذا فصل في بيان أحكام جنابة المدبر وأم الولد ، ولما ذكر جنابة الكامل في المملوكية شرع يذكر في جنابة من هو نقص فيها تقدم الأول لكماله .

(قال) أي القدوري (وإذا جنى المدبر أو أم الولد جنابة ضمن المولى الأقل من قيمته ومن إرشها) وعند الشافعي المدبر كالمعتق في الجنابة ، فكان في رقبة والمولى يتخير بين أن يدفعه فيباع بالجنابة وبين أن يفديه ، فلو أراد الفداء فقيه قولان ، أحدهما يفديه بإرث الجنابة بالغاً ما بلغ ، وهو قول مالك في القن ورواية عن أحمد والثاني يفديه بأقل من قيمته من إرث الجنابة . وقال مالك في المدبر لم يبيع في جنابة فيستحقه المجني عليه بقدر جنابته إن شاء السيد وإن شاء أفدى خدمته بقدر إرث الجنابة . ولو استوفى المجني عليه من خدمته بقدر إرث جنابته رجع إلى سيده مدبراً .

وقال الكرخي في مختصره وجنابة المدبر على سيده في ماله دون عاقلته حالة ، ولا يلزم المولى بجنابة المدبر أكثر من قيمة واحدة مرة واحدة ، وإن كثرت الإرش وجاوزت إلى مائة ألف فيشارك من جنى عليه المدبر أولاً وآخر أفاوت ما بين الجنابات أو تفاوت سواء كانت على المولى لم يقبض منه ، أو كانت قبضت منه فيضاربون بالقيمة بقدر كل واحد منهم من إرث جنابة .

(لما روي عن أبي عبيدة «رض» أنه قضى بجنابة المدبر على مولاه) هذا رواه ابن أبي

ولأنه صار مانعاً عن تسليمه في الجنابة بالتدبير أو الاستيلاد من غير اختياره الفداء ، فصار كما إذا فعل ذلك بعد الجنابة وهو لا يعلم ، وإنما يجب الأقل من قيمته ومن الإرش ، لأنه لا حق لولي الجنابة في أكثر من الارش ولا منع من المولى في أكثر من القيمة ولا تخيير بين الأقل والأكثر ، لأنه لا يفيد في جنس واحد لا اختياره

شبهة في مصنفه حدثنا وكيع عن ابن أبي ذئب عن ابن محمد بن ابراهيم التيمي عن أبيه عن السلولي عن معاذ بن جبل عن أبي عبيدة بن الجراح «رض» قال جنابة المدبر على مولاه . وأخرج نحوه عن النخعي والشعبي وعمر بن عبد العزيز والحسن «رض». وذكر محمد في الجنابات أن أبا عبيدة بن الجراح «رض» قضى بجنابة المدبر على مولاه ، وذلك بحضرة من الصحابة «رض» من غير خلاف ، وقد كان أبو عبيدة أمير الشام وقضياه تظهر بين الصحابة فكان إجماعاً . وعند الشافعي ومالك وأحمد في جنابة الولد ضمن المولى الأقل من قيمتها ومن الارش كذهبننا لتمنر دفعها وبمعها بالاجماع .

(ولأنه) أي ولأن المولى (صار مانعاً عن تسليمه) أي تسليم كل واحد من المدبر وأم الولد (في الجنابة بالتدبير أو الاستيلاد من غير اختياره الفداء) لأن عند التدبير والاستيلاد ما كان علم أنه يحني (فصار كما إذا فعل ذلك بعد الجنابة وهو لا يعلم ، وإنما يجب الأقل من قيمته ومن الارش ، لأنه لا حق لولي الجنابة في أكثر من الارش ولا منع من المولى في أكثر من القيمة) وقال القدوري في التقريب قال أبو يوسف يضمن المولى قيمة المدبر بالجنابة مدبراً . وقال زفر يضمن قيمته عبداً وروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف «رح» مثله .

(ولا تخيير بين الأقل والأكثر) هذا جواب عما يقال ينبغي أن يخير المولى بين الأقل والأكثر كما أنه يخير في الضمن بين الدفع والفداء والقيمة في المدبر بمنزلة الدفع فقال لا يخير بين الأقل والأكثر (لأنه) أي لأن التخيير (لا يفيد في جنس واحد لا اختياره الأقل لا عمالة بخلاف القن) أي المبد القن ، يعني أن المولى يتخير في جنابة القن بين الدفع والفداء

الأقل لا محالة . بخلاف القن ، لأن الرغبات صادقة في الأعيان
فيفيد التخيير بين الدفع والفداء . وجنایات المدبر وإن توالى لا
توجب إلا قيمة واحدة ، لأنه لا يمنع منه إلا في رقبة واحدة ،
ولأن دفع القيمة كدفع العبد ، وذلك لا يتكرر ، فهذا كذلك
ويتضاربون بالحصص فيها ، وتعتبر قيمته لكل واحد في حال
الجنایة عليه ، لأن المنع في هذا الوقت يتحقق

وإن كان الارش أكثر (لأن الرغبات صادقة في الأعيان فيفيد التخيير بين الدفع والفداء)
لأجل الرغبة في الأعيان (وجنایات المدبر وإن توالى) يعني وإن كثرت (لا توجب إلا
قيمة واحدة) وعند الأئمة الثلاثة هو كالفن . وكذا في أم الولد عندنا ، وبه قال الشافعي
في قول ، وفي قول بعيد كالماخت وهو اختيار المزني (لأنه لا يمنع منه إلا في رقبة واحدة)
أى ولأن المولى لا يمنع منه إلا في رقبة واحدة فلا يمنع فيها .
(ولأن دفع القيمة كدفع العبد وذلك) أى دفع القيمة (لا يتكرر ، فهذا كذلك)
أيضاً ، أى والمدبر كذلك في عدم التكرر ، فكان الجنایات منه اجتمعت ثم دبره
(ويتضاربون) أى أصحاب الجنایات يتنازعون (بالحصص فيها) أى في القيمة (وتعتبر
قيمتها) أى قيمة المدبر (لكل واحد) من أصحاب الجنایات (في حال الجنایة عليه ،
لأن المنع في هذا الوقت يتحقق) ومن صورتها ما ذكر في المبسوط .

وقال وإذا قتل المدبر رجلاً خطأ بقيمته ألفاً درهم ثم ازدادت قيمته إلى ألفين ثم قتل
آخر ثم أصابه عيب فرجعت قيمته إلى خمسمائة ثم قتل آخر ، فعلى مولاه ألفاً درهم ، لأنه
جنى على الثاني بقيمته ألفان . ولو لم يكن منه إلا تلك الجنایة لكان المولى ضامناً
قيمتها ألفان فسلم الألف من هذين ولي القتل الأوسط خاصة ، لأن لولي الجنایة الأولى حقه
في الألف ، لأن قيمته يوم جنایته ألف ، خمسمائة من هذا الألف ، أى الألف الأولى ،
والباقي لولي الجنایة الأولى والأوسط خاصاً ، لأن لولي القتل الثالث حقه في خمسمائة ، لأن
قيمتها يوم جنایته خمسمائة ، ثم الأولى والأوسط يضربان في الخمسمائة التي بينهما ، فيضرب

قال فإن جنى جنابة أخرى وقد دفع المولى القيمة إلى ولي الأولى بقضاء فلا شيء عليه ، لأنه مجبور على الدفع . قال وإن كان المولى دفع القيمة بغير قضاء فالولي بالخيار إن شاء اتبع المولى ، وإن شاء اتبع ولي الجنابة ، وهذا عند أبي حنيفة . وقال لا شيء على المولى ، لأنه حين دفع لم تكن الجنابة الثانية موجودة ، فقد دفع كل الحق إلى مستحقه ، وصار كما إذا دفع بالقضاء . ولأبي حنيفة أن المولى جان بدفع حق ولي الجنابة الثانية طوعاً وولي الأولى ضامن

الأول بعشرة آلاف ، والأوسط بتسعة آلاف ، لانه وصل إليه من حقه ألف فيجمل خمسمائة سعراً منهما فيضرب الأول بعشرة ، والأوسط بتسعة ، والخمس الباقية بينهم جميعاً ، ي ضرب الأول بعشر الآلاف إلا بما أخذ ، لانه وصل إليه شيء من حقه فلا يضرب به . وكذا الأوسط لا يضرب بما أخذ في المرتين . وإما يضرب بما بقي من حقه ، والثالث يضرب بعشرة آلاف .

(قال) أى قال القدوري (فإن جنى جنابة أخرى وقد دفع المولى للقيمة إلى ولي الأولى بقضاء فلا شيء عليه) أى على المولى (لانه مجبور على الدفع) فلم يبق عليه شيء .

(قال) أى القدوري (وإن كان المولى دفع القيمة) إلى ولي الجنابة الأولى (بغير قضاء فالولي بالخيار إن شاء اتبع المولى ، وإن شاء اتبع ولي الجنابة) أى ولي الجنابة الثانية فتخير إن شاء رجع على المولى بنصف قيمته ، ثم المولى يرجع على ولي القتل الأول بما دفع لولي الثاني (وهذا) أى هذا المذكور من الحكم (عند أبي حنيفة « رح ») .

(وقال لا شيء على المولى ، لأنه حين دفع لم تكن الجنابة الثانية موجودة فقد دفع كل الحق إلى مستحقه ، وصار كما إذا دفع بالقضاء) لأنه فعل عين ما يفعله القاضي فيكون القاضي فيكون القضاء وعدمه سواء كما في الرجوع في الهبة وأخذ الدار بالشفعة بعد وجوبها . (ولأبي حنيفة أن المولى جان بدفع حق ولي الجنابة الثانية طوعاً وولي الأولى ضامن

بقبض حقه ظالماً فيتخير . وهذا لأن الثانية مقارنة حكماً من وجه ،
ولهذا يشارك ولي الجناية الأولى ومتأخرة حكماً من حيث أنه
تعتبر يوم الجناية الثانية في حقها فجعلت كالمقارنة في حق التضمنين
لإبطاله ما تعلق به من حق ولي الثانية عملاً بالشبهين . وإذا أعتق
المولى المدبر وقد جنى جنايات لم تلزمه إلا قيمة واحدة ، لأن
الضمان إنما وجب عليه بالمنع ، فصار وجود الإعتاق من بعد ،
وعدمه بمنزلة .

بقبض حقه ظالماً) لأنه انقلب بسبب المزاحم والرجوع على الجاني جائز (فيتخير ، وهذا)
في الرجوع ، وبين ذلك بقوله (لأن الثانية مقارنة) أي للجناية الأولى (حكماً من وجه)
بسبب المراجعة (ولهذا يشارك) أي ولأجل مقارنة الثاني للأول يشارك (ولي الجناية
الأولى ومتأخرة حكماً من حيث أنه تعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها) أي في حق
الجناية الثانية (فجعلت) أي الثانية (كالمقارنة الأولى في حق التضمنين لإبطاله) أي
إبطال الولي (ما تعلق به من حق ولي الثانية) وذلك لأنه تجب عليه الضمان باعتبار منع
الرقبة بالتدبير السابق ، وذلك في حق أولياء الجنايتين سواء ، فجعل كأن الدفع كان بعد
وجود الجنايتين جميعاً ، وهناك لو دفع إلى أحدهما جميع القيمة بغير قضاء كان للآخر
الخيار فلذلك هنا (عملاً بالشبهين) يعني كما عملنا بشبه التأخر في ضمان الجناية حتى اعتبرنا
قيمته يوم الجناية الثانية في حقها وجب أن يعمل بشبهة المقارنة في حق تضمنين الجناية
نصف المدفوع وقيل جعلت الثانية كالمقارنة في التضمنين إذا دفع بغير قضاء ، لأنه يبطل
ما تعلق به حق الثاني ولم يحمل كالمقارنة إذا دفع بقضاء ، لأنه يجوز بالدفع عملاً بشبهي
المقارنة والتأخر .

(وإذا أعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات لم تلزمه إلا قيمة واحدة ، لأن الضمان إنما
وجب عليه بالمنع ، فصار وجود الإعتاق من بعد وعدمه بمنزلة) وعند الأئمة الثلاثة الإعتاق
في القن وإعتاق أم الولد كإعتاق المدبر عندنا والشافعي في قول . أشار إليه بقوله (وأم

وأم الولد بمنزلة المدبر في جميع ما وصفنا ، لأن الاستيلاء مانع من الدفع كالتدبير . وإذا أقر المدبر بجناية الخطأ لم يحز إقراره ولا يلزمه به شيء عتق أو لم يعتق ، لأن موجب جناية الخطأ على سيده وإقراره به لا ينفذ على السيد ، والله أعلم .

الولد بمنزلة المدبر في جميع ما وصفنا ، لأن الاستيلاء مانع من الدفع كالتدبير (لأن المولى منع من تسليمها بالاستيلاء السابق من غير اختيار) وإذا أقر المدبر بجناية الخطأ لم يحز إقراره ولا يلزمه به شيء عتق أو لم يعتق ، لأن موجب جناية الخطأ على سيده وإقراره به لا ينفذ على السيد ، والله أعلم (ولا يعلم فيه خلاف .

* * *

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

قال ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ومات في يده من القطع فعليه قيمته أقطع ، وإن كان المولى قطع يده في يد الغاصب فمات من ذلك في يد الغاصب لا شيء عليه . والفرق أن الغصب قاطع للسراية لأنه سبب الملك كالبيع ، فيصير كأنه هلك بأفة سماوية فتجب قيمته أقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة إلى البداية فصار المولى متلفاً فيصير مسترداً كيف وانه

(باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك)

أي هذا باب في بيان أحكام غصب المدبر إلى آخره قوله (في ذلك) أي في العبد والمدبر ولما ذكر جناية العبد والمدبر ذكر في هذا الباب جنايتهما مع غصبهما ، لان الفرد قبل المركب ، ثم جر كلامه إلى بيان غصب الصبي .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ومات في يده من القطع فعليه قيمته أقطع ، وإن كان المولى قطع يده في يد الغاصب فمات من ذلك في يد الغاصب لا شيء عليه ، والفرق) بين المسألتين (أن الغصب قاطع للسراية ، لانه) أي لان الغصب (سبب الملك) لان المضبوطات تملك عند أداء الضمان مستنداً إلى أول الغصب . ولما كان الغصب من أسباب الملك كان محلل الغصب بين الجنايه والسراية قاطعاً للسراية (كالبيع) إذا تحلل (فيصير) أي العبد المقصوب (كأنه هلك بأفة سماوية فتجب قيمته أقطع) أي حال كونه مقطوع اليد (ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني) أي ولم يوجد قاطع السراية في المسألة الثانية (فكانت السراية مضافة إلى البداية) أي إلى أول

استولى عليه وهو استرداد فيبراً الغاصب عن الضمان . قال وإذا
غصب العبد المحجور عليه عبداً محجوراً عليه فمات في يده فهو
ضامن ، لأن المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله . قال ومن غصب مديراً

الامر (فصار المولى متلفاً ، فيصير مسترداً كيف) أي وكيف لا يكون مسترداً .
(وأنه استولى عليه) أي والحال أن المولى استولى على العبد بالقطع (وهو استرداد)
أي الاستيلاء عليه استرداداً ، فإذا كان كذلك (فيبراً الغاصب عن الضمان) واعترض
الإمام قاضي خان بأن هذا يخالف مذهبنا ، فإن الغصب لا يقطع السراية لم يملك البدل
على الغاصب بقضاء أو رضاء ، لأن السراية إنما يقطع به باعتبار تبدل الملك إذا ملك البدل
على الغاصب ، أما قبله فلا نص عليه في آخر وهذا الجامع ، إلا إنما يضمن الغاصب هنا
قيمة عبد أقطع ، لأن السراية وإن لم تنقطع بالغصب ورد على مال متقوم فانهقد سبب
الضمان فلا يبرأ الغاصب عنه ، إلا إذا ارتفع الغصب ولم يرفع ، لأن الشيء إنما يرتفع بما
فوقه أو بمثله ، ويد الغاصب ثابتة عليه حقيقة وحكماً ويد المالك الغاصب باعتبار السراية
ثبتت عليه حكماً ، والثابت حكماً دون الثابت حقيقة وحكماً ، فلم يرتفع الغصب باتصال
السراية إلى فعل المولى فيقرر عليه الضمان .

بخلاف ما لو جنى عليه بعد الغصب ، لأن الغصب يرتفع بها . وقال الاكل رحمه الله
وفيه نظر ، لانا لا نسلم أن يد الغاصب عليه ثابتة حكماً ، فإن يد المولى ثابتة عليه حكماً
لا تثبت على الشيء الواحد يدان حكماً بكماهما ، واليد الحقيقية واجبة الدفع لكونها
عدواناً محضاً لا يصلح معارضاً ولا مرجعاً .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (وإذا غصب العبد المحجور عليه عبداً محجوراً
عليه فمات في يده فهو ضامن) هذا إذا كان الغصب ظاهراً فيضمن في الحال يباع فيه ،
لأن أفعال العبد معتبرة . ولو كان الغصب ظهر بإقراره لا يجب إلا بالعتق ، كذا قال
الفقيه أبو الليث رحمه الله ، وذلك لأن الرق يوجب الحجر في الاقوال دون الأفعال وإن
أقر العبد المحجور بمجد أو قصاص لزمه في الحال ، لأنه يبقى في ذلك على أصل الحرية
(لأن المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله) أي في حال رقه ، أما الاقوال فمؤاخذ بها بعد

فجنى عنده جنابة ثم رده على المولى فجنى عنده جنابة أخرى ، فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ، لأن المولى بالتدبير السابق أعجز نفسه عن الدفع من غير أن يصير مختاراً للفداء ، فيصير مبطلاً حق أولياء الجنابة إذ حقهم فيه ولم يمنع إلا رقبة واحدة فلا يزداد على قيمتها ، ويكون بين ولي الجنابتين نصفين لاستوائيهما في الموجب . قال ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب ، لأنه استحق نصف البدل بسبب كان في يد الغاصب ، فصار كما إذا استحق نصف العبد بهذا السبب . قال ويدفعه إلى ولي الجنابة الأولى ثم يرجع بذلك على الغاصب ، وهذا

العتق ، فكان ذكر المحجور احترازاً عن المأذون ، فإنه يؤخذ بالاقوال أيضاً عندنا . (قال) أى في الجامع الصغير (ومن غصب مديراً فجنى عنده جنابة ثم رده على المولى فجنى عنده جنابة أخرى فعلى المولى قيمته بينهما) أى بين ولي الجنابتين (نصفان ، لأن المولى بالتدبير السابق أعجز نفسه عن الدفع من غير أن يصير مختاراً للفداء) لعدم علمه وقت التدبير بجنابته يحدث عنده في المستقبل (فيصير مبطلاً حق أولياء الجنابة إذ حقهم فيه ولم يمنع إلا رقبة واحدة فلا يزداد على قيمتها) أى في قيمة الرقبة (وتكون بين ولي الجنابتين نصفين لاستوائيهما في الموجب) أى في المستحق من الجنابة . (قال) أى محمد (ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب لأنه استحق نصف البدل بسبب كان في يد الغاصب ، فصار كما إذا استحق نصف العبد بهذا السبب) أى بسبب كان في يد الغاصب إذا غصب عبداً فجنى في يده فردّه إلى المولى فجنى جنابة فدفع إلى ولي الجنابة ، لأن للمولى أن يأخذ من الغاصب نصف قيمته ، كذا هذا .

(قال) أى محمد (ويدفعه) أى النصف المأخوذ من الغاصب (إلى ولي الجنابة الأولى ثم يرجع بذلك) أى بالدفع إلى ولي الجنابة (على الغاصب ، وهذا) أى وهذا الدفع

عند أبي حنيفة وأبي يوسف «رح» . وقال محمد «رح» يرجع
بنصف قيمته فيسلم له ، لأن الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض
ما سلم لولي الجناية الاولى فلا يدفعه إليه كيلا يؤدي إلى اجتماع البدل
والمبدل في ملك رجل واحد كيلا يتكرر الاستحقاق . ولهما
أن حق الأول في جميع القيمة لأنه حين جنى في حقه لا يزاحمه
أحد ، وإنما انتقص باعتبار مزاحمة الثاني ، فإذا وجد شيئاً من
بدل العبد في يد المالك فارغاً يأخذه ليتم حقه ، فإذا أخذه منه
يرجع إلى المولى بما أخذه على الغاصب ، لأنه استحق من يده بسبب

الثاني والرجوع الثاني (عند أبي حنيفة وأبي يوسف «رح» . وقال محمد يرجع بنصف
قيمته فيسلم له) أى للمولى ، أى لا يدفعه إلى ولي الجناية الاولى وهو قياس قول الائمة
الثلاثة (لأن الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية الاولى فلا يدفعه
إليه كيلا يؤدي إلى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد كيلا يتكرر الاستحقاق)
يدفعه إلى ولي الجناية عند المولى بأن كانت الجناية الاولى عند المولى ثم غصبه غاصب
فجنى عنده جناية أخرى فإن المولى يدفع قيمته إلى ولي الجنابيتين نصفين ثم يرجع به
على الغاصب بنصف القيمة ويدفع إلى ولي الجناية الاولى ، ولا يرجع به على الغاصب مرة
أخرى ، وهذا بالإجماع .

(ولهما) أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف (أن حق الأول في جميع القيمة لأنه حين جنى
في حقه لا يزاحمه أحد ، وإنما انتقص) أي حقه (باعتبار مزاحمة الثاني ، فإذا وجد) أي
إذا وجد ولي الجناية الأولى (شيئاً من بدل العبد في يد المالك فارغاً) أي من غير مزاحمة
ولي الجناية الثانية (يأخذه) لأنه يتقدم على المولى (ليتم حقه) أي لأجل إتمام حقه
(فإذا أخذه منه يرجع المولى بما أخذه على الغاصب ، لأنه استحق من يده بسبب كان في
يد الغاصب) فلهذا رجع عليه ثانياً .

كان في يد الغاصب . قال وإن كان جنى عند المولى فغصبه رجل
فجنى عنده جناية أخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ويرجع
بنصف القيمة على الغاصب لما بينا في الفصل الأول ، غير أن
استحقاق النصف حصل بالجناية الثانية إذا كانت هي في يد الغاصب
فيدفعه إلى ولي الجناية الأولى ولا يرجع به على الغاصب ، وهذا
بالإجماع . ثم وضع المسألة في العبد فقال ومن غصب عبداً فجنى
في يده ثم رده فجنى جناية أخرى فإن المولى يدفعه إلى ولي الجنايتين ،
ثم يرجع على الغاصب بنصف القيمة فيدفعه إلى الأول ويرجع

(قال) أي محمد (وإن كان جنى عند المولى فغصبه رجل فجنى عنده جناية أخرى
فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ، ويرجع بنصف القيمة على الغاصب لما بينا في الفصل
الأول) أي فيما إذا جنى المدبر في يد الغاصب ثم في يد المولى (غير أن استحقاق النصف)
ذكر هذا الاستثناء لبيان الفرق بين المسألة الأولى ، والثانية عندهما حيث لا يرجع عندهما
أيضاً . بيانه أن استحقاق النصف إذا استحق النصف الذي أخذ المولى من الغاصب
(حصل بالجناية الثانية إذا كانت هي في يد الغاصب فيدفعه إلى ولي الجناية الأولى ولا
يرجع به على الغاصب ، وهذا بالإجماع) أي رجوع المولى على الغاصب في المسألة الثانية
بالإجماع . بخلاف المسألة الأولى ، فإن ثم كان يرجع المولى عليه عند أبي حنيفة وأبي يوسف
«رح» مرة ثانية . وذكر القدوري في كتاب التقريب قول أبي حنيفة وحده ، وقول زفر
وأبي يوسف مع محمد .

(ثم وضع المسألة في العبد) أي وضع محمد هذه المسألة في الجامع الصغير في العبد
فقال القن بعدما وضعها في المدبر (فقال) أي محمد (ومن غصب عبداً فجنى في يده ثم
رده فجنى جناية أخرى فإن المولى يدفعه إلى ولي الجنايتين ثم يرجع على الغاصب بنصف
القيمة فيدفعه إلى الأول ويرجع به على الغاصب ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف

به على الغاصب ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . وقال محمد رحمه الله يرجع بنصف القيمة فيسلم له . وإن جنى عند المولى ثم غصبه فجنى في يده يدفعه المولى نصفين ويرجع بنصف قيمته فيدفعه إلى الأول ولا يرجع به . والجواب في العبد كالجواب في المدبر في جميع ما ذكرنا ، إلا أن في هذا الفصل يدفع المولى العبد ، وفي الأول يدفع القيمة . قال ومن غصب مدبراً فجنى عنده جناية ثم رده على المولى ثم غصبه ثم جنى عنده جناية فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ، لأنه منع رقبة واحدة بالتدبير فيجب عليه قيمة واحدة ثم يرجع بقيمته على الغاصب ، لأن الجنائبتين كانتا في يد الغاصب فيدفع نصفها إلى الأول لأنه استحق كل القيمة ، لأن عند

«رح» . وقال محمد «رح» يرجع بنصف القيمة فيسلم له وإن جنى عند المولى ثم غصبه فجنى في يده دفعه المولى نصفين ويرجع بنصف قيمته فيدفعه إلى الأول ولا يرجع به والجواب في العبد (أي في العبد القن) كالجواب في المدبر (أي في العبد المدبر في الاختلاف والاتفاق سواء) في جميع ما ذكرنا ، إلا أن في هذا الفصل يدفع المولى العبد وفي الأول (أي في المدبر) يدفع القيمة (لأنه لا يحتمل النقل من ملك إلى ملك ، وفي العبد يرفع نفس العبد لعدم المانع .

(قال) أي محمد (ومن غصب مدبراً فجنى عنده جناية ثم رده على المولى ثم غصبه ثم جنى عنده فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ، لأنه منع رقبة واحدة بالتدبير فتجب عليه قيمة واحدة ثم يرجع بقيمته على الغاصب ، لأن الجنائبتين كانتا في يد الغاصب فيدفع نصفها إلى الأول) أي نصف القيمة إلى ولي الجناية الأولى (لأنه استحق كل القيمة ، لأن عند وجود الجناية عليه لا حق لغيره ، وإنما انتقص بحكم المزاحمة من بعد) أي مزاحمة الثاني .

وجود الجناية عليه لا حق لغيره ، وإنما انتقص بحكم المزاومة من بعد . قال ويرجع به على الغاصب ، لأن الاستحقاق بسبب كان في يده ويسلم له ولا يدفعه إلى ولي الجناية الأولى ولا إلى ولي الجناية الثانية لأنه لا حق له إلا في النصف لسبق حق الأول وقد وصل ذلك إليه . ثم قيل هذه المسألة على الاختلاف كالأولى . وقيل على الاتفاق ، والفرق لمحمد أن في الأولى الذي يرجع به عوض عما سلم لولي الجناية الأولى ، لأن الجناية الثانية كانت في يد المالك . فلو دفع إليه ثانياً

(قال) أي محمد «رح» (ويرجع به) أي بالنصف (على الغاصب ، لان الاستحقاق بسبب كان في يده) أي عند الغاصب (ويسلم له) أي يسلم النصف للمولى (ولا يدفعه إلى ولي الجناية الأولى ولا إلى ولي الجناية الثانية لانه لا حق له) أي لولي الجناية الثانية (إلا في النصف لسبق حق الأول وقد وصل ذلك إليه) أي وصل النصف إلى ولي الجناية الثانية . (ثم قيل هذه المسألة على الاختلاف كالأولى) يعني قال بعض المشايخ يتحقق في هذه المسألة خلاف محمد أيضاً كما في المسألة الأولى ، حيث يسلم للمولى ما رجع به من القيمة على الغاصب ولا يؤخذ ولي الجناية الأولى باق وحقه (وقيل على الاتفاق) يعني لا خلاف لمحمد في هذه المسألة بل يأخذ ولي الجناية الأولى تمام حقه وهو نصف القيمة من الولي إذا رجع على الغاصب ، وهذا هو الصحيح ، لأن محمداً ذكر هذه المسألة في الجامع الصغير بلا خلاف ، وهكذا فرد هذه المسألة فخر الإسلام وغيره في شرح الجامع الصغير .

فعلى هذا يحتاج محمد إلى الفرق بين المسألتين ، أشار إليه المصنف بقوله (والفرق لمحمد أن في الأولى) وهي ما إذا كانت الجناية الأولى عند الغاصب ، والثانية عند المالك (الذي يرجع به) أي الولي (عوض عما سلم لولي الجناية الأولى ، لان الجناية الثانية كانت في يد المالك . فلو دفع إليه ثانياً يتكرر الاستحقاق) لان هذا بدل ما وقع إليه وبديل الشيء يقوم مقامه ، فلو استحق البدل بعدما استحق المبدل يتكرر الاستحقاق .

يتكرر الإستحقاق . فأما في هذه المسألة فيمكن أن يجعل عوضاً عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي إلى ما ذكرناه . قال ومن غضب صيباً حراً فمات في يده فجأة أو بحمى فليس عليه شيء وإن مات من صاعقة أو نهسة حية فعلى عاقلة الغاصب الدية . وهذا استحسان ، والقياس أن لا يضمن في الوجهين ، وهو قول زفر والشافعي ، لأن الغضب في الحر لا يتحقق ، ألا يرى أنه لو كان مكاتباً صغيراً لا يضمن مع أنه حر يداً ، فإذا كان الصغير حرّاً رقة ويداً أولى . وجه الإستحسان أنه لا يضمن بالغضب ، ولكن

(أما في هذه المسألة فيمكن أن يجعل عوضاً عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي إلى ما ذكرناه) أي إلى تكرار الاستحقاق . قال الاكمل قوله أما في هذه المسألة فيه نظر ، فإن الجناية الثانية وإن حصلت في يد الغاصب ، لكن أخذ الولي منه حقها أول مرة ولم يبق لوليها استحقاق ، حتى يجعل المأخوذ من الغاصب ثانياً في مقابلة ما أخذه .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن غضب صيباً حراً) ، أي ذهب به بغير إذن وليه فيكون ذكر الغضب في هذا الموضع بطريق المشاكلة ، وهو أن يذكر الشيء بلفظ غيره لوقوعه في زمنه (فمات في يده فجأة أو بحمى فليس عليه شيء . وإن مات من صاعقة أو نهسة حية فعلى عاقلة الغاصب الدية ، وهذا استحسان ، والقياس أن لا يضمن في الوجهين ، وهو قول زفر والشافعي) وبه قال مالك وأحمد (لأن الغضب في الحر لا يتحقق . ألا يرى أنه لو كان مكاتباً صغيراً لا يضمن مع أنه حر يداً ، فإذا كان الصغير حرّاً رقة ويداً أولى) .

(وجه الإستحسان أنه لا يضمن بالغضب ، ولكن يضمن بالقتل ، وهذا إلتاف تسبياً) أي من حيث السببية (لأنه نقله إلى أرض مسبعة) أي إلى أرض يأوي إليها

يضمن بالإتلاف . وهذا إتلاف تسيبياً ، لأنه نقله إلى أرض مسبعة
أو إلى مكان الصواعق . وهذا لأن الصواعق والحيات والسباع
لا تكون في كل مكان ، فإذا نقله إليه فهو متعد فيه ، وقد أزال
حفظه الولي فيضاف إليه ، لأن شرط العلة ينزل منزلة العلة إذا كانت
تعدياً كالخفر في الطريق . بخلاف الموت فجأة أو بجوى ، لأن ذلك
لا يختلف باختلاف الأماكن ، حتى لو نقله إلى موضع يغلب فيه الحمى
والأمراض قول بأنه يضمن فتجب الدية على العاقلة لكونه قتيلاً
تسيبياً . قال وإذا أودع صبي عبداً قتلته فعلى عاقلة الدية وإن أودع
طعاماً فأكله لم يضمن ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد .

السباع (أو إلى مكان الصواعق) أى إلى مكان ينزل فيه الصواعق عادة وهو جمع صاعقة
معروف (وهذا) أى كونه إتلافاً (لأن الصواعق والحيات والسباع لا تكون في كل مكان ،
فإذا نقله إليه) أى إلى موضع تكون فيه الأشياء المذكورة (وهو متعد فيه) الواو فيه
الحال أو في نقله (وقد أزال حفظه الولي) الواو فيه أيضاً الحال .

وقوله (فيضاف إليه) جواب للشرط ، أي يضاف الإتلاف إلى القاتل (لأن شرط
العلة ينزل منزلة العلة إذا كان تعدياً كالخفر في الطريق . بخلاف الموت فجأة أو بجوى ،
لأن ذلك لا يختلف باختلاف الأماكن ، حتى لو نقله إلى موضع يغلب فيه الحمى والأمراض
نقول بأنه يضمن فتجب الدية على العاقلة لكونه قتيلاً تسيبياً) أى من حيث التسيب .
(قال) أي محمد في الجامع الصغير (وإذا أودع صبي عبداً قتلته فعلى عاقلة الدية)
أى على عاقلة الصبي الدية . قيل المراد القيمة وبها صرح فخر الإسلام والصدور الشهيد
« رح » ، وأثر لفظ الدية لأنها بإزالة الأدمية والقيمة بإزالة المالية وفي العبد بإزالة الأدمية
عند أبي حنيفة ومحمد « رح » .

(وإن أودع) أي الصبي (طعاماً فأكله لم يضمن ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد « رح » .

وقال أبو يوسف والشافعي يضمن في الوجهين جميعاً ، وعلى هذا إذا أودع العبد المحجور عليه مالا فاستهلكه لا يؤاخذ بالضمان في الحال عند أبي حنيفة ومحمد ، ويؤخذ به بعد العتق . وعند أبي يوسف والشافعي يؤاخذ به في الحال ، وعلى هذا الخلاف الإقراض والإعارة في العبد والصبي . وقال محمد في أصل الجامع الصغير صبي قد عقل . وفي الجامع الكبير وضع المسألة في صبي ابن اثني عشرة سنة ، وهذا يدل على أن غير العاقل يضمن

وقال أبو يوسف والشافعي يضمن في الوجهين جميعاً) وبه قال مالك وأحمد . وفي شرح الطحاوي أودع عند صبي مالا فهلك في يده فلا ضمان عليه بالإجماع ، وإذا استهلك الصبي إن كان الصبي مأذوناً له في التجارة يضمن الصبي بالإجماع ، وإن كان محجوراً قبل الوديعة . بإذن وليه ضمن بالإجماع . وإن قبل بغير إذن وليه فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة ومحمد لا في الحال ولا بعد الإدراك . وقال أبو يوسف والشافعي « رح » يضمن في الحال ، وأجمعوا على أنه لو استهلك مال الغير بلا وديعة يضمن في الحال بالإجماع . (وعلى هذا اختلاف ^(١) إذا أودع العبد المحجور عليه مالا فاستهلكه لا يؤاخذ بالضمان في الحال عند أبي حنيفة ومحمد « رح » ، ويؤاخذ به بعد العتق . وعند أبي يوسف والشافعي « رح » يؤاخذ به في الحال ، وعلى هذا الخلاف الإقراض) يعني إذا أقرض الصبي شيئاً وسلم إليه واستهلكه لا يضمن عندهما . خلافاً لأبي يوسف (والإعارة) يعني إذا أعار الصبي شيئاً فاستهلكه لا يضمن (في العبد والصبي) يعني حكمهما واحد والمراد من المحجور . وقال فخر الإسلام الاختلاف في الإيداع والإعارة . والقرض والبيع وكل وجه من الوجوه التسليم واحد .

(وقال محمد « رح » في أصل الجامع الصغير صبي قد عقل . وفي الجامع الكبير وضع المسألة في صبي ابن اثني عشرة سنة ، وهذا يدل على أن غير العاقل يضمن بالاتفاق)

بالإتفاق ، لأن التسليط غير معتبر ، وفعله معتبر . لها أنه أتلف مالا
متقوماً معصوماً حقاً للمالكه ، فيجب عليه الضمان كما إذا كانت الوديعة
عبدأ ، وكما إذا أتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع . ولأبي حنيفة
ومحمد انه أتلف مالا غير معصوم فلا يجب الضمان ، كما إذا أتلفه
بإذنه ورضاه ، وهذا لأن العصمة تثبت حقاً له وقد فوتها على نفسه
حيث وضع المال في يد مانعة فلا يبقى مستحقاً للنظر إلا إذا أقام
غيره مقام نفسه في الحفظ ولا إقامة ها هنا ، لأنه لا ولاية له على

فساعده فيه فخر الاسلام حيث ذكر في جامعه هكذا . وأما غيره من شروح الجامع
الصغير كجامع أبي اليسر وقاضي خان والتمراشي فالحكم على خلاف هذا ، حيث قال
هذا الخلاف فيما إذا كان الصبي عاقلاً ، وإن لم يكن عاقلاً فلا يضمن في قولهم جميعاً (لأن
التسليط غير معتبر وفعله معتبر) لأن تسليط الصبي غير العاقل مـدر وفعله معتبر
فيؤاخذ به .

(لها) أي لأبي يوسف والشافعي « رح » (أنه أتلف مالا متقوماً معصوماً حقاً)
قوله حقاً متعلق بقوله معصوماً ، أي معصوماً لأجل المالك (للمالكه) بغير إذنه (فيجب
عليه الضمان كما إذا كانت الوديعة عبدأ) فأتلفه يجب عليه الضمان بالاتفاق (وكما إذا أتلفه
غير الصبي في يد الصبي المودع) فيجب الضمان على المتلف فعلم أن المال معصوم في
يد الصبي .

(ولأبي حنيفة ومحمد أنه أتلف مالا غير معصوم) لأنه سلطه على الإتلاف (فلا
يجب الضمان ، كما إذا أتلفه بإذنه ورضاه ، وهذا) أي عدم وجوب الضمان (لأن
العصمة تثبت حقاً له) أي للمالك (وقد فوتها على نفسه حيث وضع المال في يد مانعة)
أي من الإيداع والاعارة ومن فعل ذلك (فلا يبقى مستحقاً للنظر) لأنه أوقع ماله في
يد يمنع بد غيره عليه باختياره (إلا إذا أقام غيره مقام نفسه في الحفظ ولا إقامة ها هنا ،

الاستقلال على الصبي ، ولا للصبي على نفسه ، بخلاف البائع
والمأذون له ، لأن لهما ولاية على أنفسهما . وبخلاف ما إذا كانت
الوديعة عبداً لأن عصمته لحقه إذ هو مبقي على أصل الحرية في حق
الدم . وبخلاف ما إذا أتلفه غير الصبي في يد الصبي ، لأنه سقطت
العصمة بالإضافة إلى الصبي الذي وضع في يده المال دون غيره .
قال وإن استهلك مالا ضمن ، يريد به من غير إيداع

لأنه لا ولاية له على الصبي ولا للصبي على نفسه (فكان تعييناً من جهة .
(بخلاف البالغ والمأذون له ، لأن لهما ولاية على أنفسهما) فصح الإيداع عندهما ،
فيضمنان بالاجتماع (وبخلاف ما إذا كانت الوديعة عبداً لأن عصمته لحقه) أي لأن عصمة
العبد لحق العبد لا باعتبار أن المالك لعصمته (إذ هو مبقي على أصل الحرية في حق الدم)
فلا يوجد التسليط في حقه ، فإذا لم يوجد يضمن سواء كان صغيراً أو كبيراً . بخلاف
سائر الأموال ، فإن للمالك أن يستهلكها فيجوز تمكين غيره من استهلاكها بالتسليط .
(وبخلاف ما إذا أتلفه غير الصبي في يد الصبي) يعني إذا أتلّف الوديعة والتذكير
باعتبار المودع غير الصبي المودع حال كونه في يد الصبي حيث يضمنها العصمة (لأنه
سقطت العصمة) أي عصمة الوديعة (بالإضافة إلى الصبي الذي وضع في يده المال)
المودع فحسب ولا يسقط في حق غيره ، وهو معنى قوله (دون غيره) حاصله أن المالك
بالإيداع عند الصبي إنما سقط عصمة ماله عن الصبي لا عن غيره وماله معصوم في حق
غيره كما كان ، فصار مال الوديعة عند الصبي بمنزلة من له القصاص فانه غير معصوم الدم
في حق من له القصاص ، ومعصوم في حق غيره ، فكذا هنا .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (وإن استهلك مالا ضمن) أي فإن استهلك
الصبي مالا لرجل ضمن ، وهذا في غير الوديعة وهو معنى قوله (يريد به من غير إيداع)
أي يريد محمد بقوله ضمن في غير الوديعة ، وفيه إتفاق . وفي الوديعة إذا استهلكها خلاف

لأن الصبي يؤخذ بأفعاله ، وصحة القصد لا معتبر بها في حقوق العباد ، والله أعلم بالصواب

سبق آنفاً (لأن الصبي يؤخذ بأفعاله) فإن قلت رفع القلم عن الصبي بالحديث فكيف وجب عليه الضمان . قلت رفع القلم يدل على رفع الإثم ولا يلزم من رفع الإثم ، نفي الضمان كما في النائم إذا انقلب على شيء فأتلفه .

(وصحة القصد لا معتبر بها في حقوق العباد ، والله أعلم بالصواب) هذا كأنه جواب عما يقال إن الصبي ليس له قصد صحيح ، فكان ينبغي أن لا يضمن فقال لا اعتبار لصحة القصد في حق العباد . ألا ترى أن البالغ أيضاً إذا استهلك مالا لانسان فيضمن سواء كان له قصد صحيح في ذلك أو لم يكن ، فعلى أى وجه كان يلزمه الضمان .

★ ★ ★

باب القسامة

قال وإذا وجد القتل في محلة ولا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلاً منهم يتخيرهم الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلاً .

(باب القسامة)

أي هذا باب في بيان أحكام القسامة . وقال الكاكي القسامة لغة مصدر أقسم قسامة أو اسم وضع موضع الاقسام . قلت هو اسم وضع موضع الاقسام . وفي الشرع أيمان يقسم بها على أهل محلة أو دار وجد فيها قتل به أثر كل منهم ويقول ما فعلت ولا علمت له قاتلاً . وقيل القسامة الايمان المتكررة في دعوى القتل على أهل محلة أو دار أو موضع قريب . وقيل أهل اللغة يذهبون إلى أنها القوم الذين يحلفون ، سموا بأسماء المصدر كما يقال رجل عدل ، وأى الأمرين كان هو من القسم الذي هو الحلف وقسمها وجود القتل في المحلة أو في معناها وركنهما قولهم بالله ما قتلناه وما علمنا له قاتلاً .

وشرطها أن يكون المقسم رجلاً بالغاً عاقلاً ، والنساء لا يدخلن في القسامة عند أكثر أهل العلم إلا عند مالك ، فانه قال لمن يدخل في القسامة الخطأ دون العمد . وحكمها القضاء بوجوب الدية بعد الحلف ، سواء كانت الدعوى في القتل الخطأ أو العمد عند أكثر أهل العلم . وقال مالك والشافعي في القديم وأحمد إن كانت الدعوى في القتل العمد إذا حلفوا الأولياء بعد يمين أهل المحلة يستحقون القود ومحاسنها والحكمة فيها تعظيم الدماء وصيانتها عن الاهدار وخلاص المتهم بالقتل عن القصاص . ودليل شرعيتها الاحاديث المذكورة على ما يجيبه إن شاء الله تعالى .

(قال) أي القدوري (وإذا وجد القتل في محلة ولا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلاً منهم يتخيرهم الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلاً) بشرط أن يكون في القتل

وقال الشافعي إذا كان هناك لوث استحلف الأولياء خمسين يمينا
ويقضي لهم بالدية على المدعى عليه عمداً كانت الدعوى أو خطأ

أثر للقتل من جراحة أو ضرب أو خنق أو نحوه . أما إذا وجد ميتاً لا أثر فيه فلا
قسامة ولا دية وهذا ميت .

وقوله في محلة ليس بقيد . وكذا لو وجد في دار رجل . وقوله لا يعلم من قتله لأنه
إذا علم القاتل فلا قسامة ، والحكم يتعلق به . وقوله استحلف خمسون رجلاً قال
الكرخي ليس فيهم عبد ولا صبي لم يبلغ ولا امرأة . قوله منهم أى من أهل المحلة .
وقال الكرخي وإن كان في أهل المحل الفاسق والصالح ، فالخيار فيهم إلى الورثة يختارون
أهل الصالح حتى يستحلفوه فإن كان أهل الصالح لا يتمون خمسين وأرادوا أن يردوا
عليهم الايمان فليس لهم ذلك ولهم أن يتخيروا من الباقيين تمام خمسين رجلاً .

وذكر ابن الجلاب المالكي في كتابه التفريع والايمان في القسامة مغلظة بخلافها في
سائر الحقوق ويحلف الحالف فيها في المسجد الاعظم بعد الصلاة عند اجتماع الناس فيه ،
ويجلب إلى مكة والمدينة وبيت المقدس من وجبت عليه قسامة من أهلها ، ولا يجلب
إلى غيرها إلا المكان القريب . وقوله بالله ما قتلناه على طريق الحكاية عن الجمع . وأما
عند الحلف فيحلف كل واحد منهم بالله ما قتلنا ولا يحلف بالله ما قتلنا لجواز أنه باشر
القتل بنفسه فيجترئ على اليمين بالله ما قتلنا .

(وقال الشافعي إذا كان هناك لوث استحلف الأولياء خمسين يمينا) قبل يمين أهل
المحلة (ويقضي لهم بالدية على المدعى عليه عمداً كانت الدعوى أو خطأ) وقال الكاكي
استحلف الأولياء خمسين يمينا قبل يمين أهل المحلة يقضى بالدية على المدعى عليه عمداً كان
أو خطأ ، وهو قوله الجديد . وقال مالك وأحمد والشافعي في القديم إذا استحلف
الأولياء وحلفوا واستحلفوا القود في دعوى العمد على المدعى عليه جماعة كان أو أحد
أو شرطه الا لوث عندهم ، وعند عدم اللوث كسائر الدعاوى .

وقال الغزالي في وجيزه وكيفية القسامة أن يحلفوا المدعي خمسين يمينا متوالية في
مجلس واحد بقصد التحذير والتغليظ ، ولو كان في مجلسين فوجهان . وقال ابن الجلاب

وقال مالك « رح » يقضي بالقود إذا كانت الدعوى في القتل العمد ، وهو أحد قولي الشافعي . واللوث عندهما أن يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه ، أو ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة أو شهادة عدل أو جماعة غير عدول أن أهل المحلة قتلوه . وإن لم يكن الظاهر شاهداً له فمذهبه مثل مذهبنا ، غير انه لا يكرر

المالكي ويبدأ في القسامة بالمدعين دون المدعى عليه ، فيحلفون خمسين يميناً ويستحقون القود نفساً منهم . وإذا كان ولاية الدم أكثر من خمسين رجلاً ففيها روايتان ، أحدهما يقتصر على خمسين منهم فيحلفون خمسين يميناً ، والاخرى أنهم يحلفون كلهم وإن زادت عدة الأيمان على خمسين . وإذا نكل المدعون للدم عن القسامة وردت الأيمان على المدعى عليهم فنكلوا حبسوا حتى يحلفوا ، فإن طال حبسهم تركوا على كل واحد منهم جلد مائة وحبس سنة ، انتهى .

وقال الحرقى من أصحاب أحمد بن حنبل « رح » في مختصره وإذا وجد قتيل فادعى أولياؤه على قوم لا عداوة بينهم ولم يكن لهم بينة لم يحكم لهم بيمين ولا غيرها ، وإن كان بينهم عداوة ولوث وادعى أولياؤه على واحد منهم وأنكر المدعى عليه ولم يكن للأولياء بينة حلف الأولياء خمسين يميناً على قاتله واستحقوا دمه إن كانت الدعوى عمداً . فإن لم يحلف الأولياء حلف المدعى عليه خمسين يميناً ، ويرى فإن لم يحلف المدعون ولم يرضوا بيمين المدعى عليه فداء الإمام من بيت المال ، فإن شهدت البينة العادلة أن المجروح قال دمي عند فلان فليس يوجب القسامة ما لم يكن لوث .

(وقال مالك « رح » يقضي بالقود إذا كانت الدعوى في القتل العمد ، وهو أحد قولي الشافعي « رح ») وقد ذكرنا أن هذا هو القول القديم للشافعي (واللوث عندهما) أي عند الشافعي ومالك « رح » (أن يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه أو ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة أو شهادة عدل أو جماعة غير عدول أن أهل المحلة قتلوه . وإن لم يكن الظاهر شاهداً له فمذهبه) أي فمذهب الشافعي (مثل مذهبنا ،

اليمين بل يردّها على الولي . فإن حلفوا لا دية عليهم للشافعي في
البداية يمين الولي قوله عليه السلام للأولياء فيقسم منكم خمسون
أنهم قتلوه ، ولأن اليمين تجب على من يشهد له الظاهر .

غير أنه لا يكرر اليمين بل يردّها على الولي ، فإن حلفوا لا دية عليهم (فتكلم أولاً في
اللوث ثم نحرر مذهب الثلاثة .

فاللوث من لوث الماء كدره ، ولو ثيابه بالطين فتلوث . ومنه قولهم لوث
وعداوة ، أي شر أو طلب بمحدد ، والمراد به عندهم قرينة ظاهرة توقع في القلب صدق
المدعي بأن يكون هناك علامة القتل في واحد بعينه من أثر الدم على ثيابه وغيره كما
ذكر في المتن . وقال الغزالي في وجيزه واللوث قرينة حال تغلب الظن كقتيل في محلة
بينهم عداوة ، أو قتيل دخل عليهم ضيفاً ، أو قتيل تفرق عنه جماعة محفرون ، أو
قتل في صف الخصم القاتل ، أو قتيل في الصحراء وعلى رأسه رجل معه سكين . وقول
المجروح قتلني فلان ليس بلوث ، وقول واحد من أهل القتل ، روايتهم لوث . والقياس أن
قول واحد منهم لوث ، وأما عدة من الصبية والفسقة فقيمهم خلاف ، انتهى .

وقال ابن الجلاب المالكي واللوث شيطان الشاهد المدل وقول المجروح دمي عند فلان ،
وفي الثالث مذهبان يعني الذي يرى معه سيفه ، وشهادة الواحد لوث توجب القسامة ،
وفي شهادة النساء روايتان إحداها أنه لوث توجب القسامة ، والاخرى أنها لا توجبها .
وكذلك شهادة الواحد والجماعة إذا لم يكونوا عدولاً . وفي شهادة العبد روايتان إحداها
أنه لوث ، وقيل لا يكون لوثاً . وإذا وجد رجل مقتول ووجد بقربه رجل معه سيف
أو في يده شيء من آلة القتل وعليه آثار القتل فهو لوث موجب القسامة والدية لولائه .

(للشافعي في البداية يمين الولي قوله ~~بغيره~~ للأولياء فيقسم منكم خمسون أنهم
قتلوه ، ولأن اليمين تجب على من يشهد له الظاهر) أي قول النبي ﷺ هذا الحديث
أخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن سهل بن أبي حثمة قال خرج عبد الله بن سهل بن زيد
ومحيصة بن مسعود بن زيد حتى إذا كانا بغير تفرقا ... الحديث مطولاً ، وفيه فقال

ولهذا تجب على صاحب اليد ، فإذا كان الظاهر شاهداً للولي يبدأ بيمينه ، ورد اليمين على المدعي أصل له كما في النكول ، غير أن هذه دلالة فيها نوع شبهة ، والقصاص لا يجامعها ، والمال يجب معها ، فلماذا وجبت الدية . ولنا قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر ، وفي رواية على المدعي عليه .

لهم أي لأولياء القتل أتخلفون خمسين يميناً وتستحقون دم صاحبكم . وجه الاستدلال به أنه عليه السلام بدأ على من شهد له الظاهر ، يعني كما في سائر الدعاوي ، فإن الظاهر يشهد للمدعي عليه ، لأن الأصل براءة ذمته . فأما في القسامة فالظاهر يشهد للمدعي عند قيام اللوث ، فيكون اليمين حجة له .

(ولهذا تجب على صاحب اليد ، فإذا كان الظاهر شاهداً للولي يبدأ بيمينه ، ورد اليمين على المدعي أصل له) أي للشافعي (كما في النكول) يعني إذا نكل المدعي عليه عن اليمين رد على المدعي (غير أن هذه) أشار به إلى الدعوى التي هنا (دلالة) أي على الصدق (فيها نوع شبهة ، والقصاص لا يجامعها) أي لا يثبت القصاص مع الشبهة (والمال يجب معها) أي مع الشبهة (فلماذا وجبت الدية دون القصاص) .

(ولنا قوله عليه السلام) أي قول النبي ﷺ (البينة على المدعي واليمين على من أنكر . وفي رواية على المدعي عليه) هذا الحديث أخرجه الترمذي عن أحمد بن عبيد الله عن عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال في خطبته البينة على المدعي واليمين على المدعي عليه ، انتهى .

فإن قلت قال الترمذي رحمه الله هذا حديث في إسناد محمد بن عبد الله العروبي مضعف في الحديث من قبل حفظه ضعفه ابن المبارك وغيره . وأخرجه الدارقطني في سننه عن حجاج بن أرطاة عن عمرو بن شعيب به . وقال صاحب التنقيح وحجاج بن أرطاة ضعيف ، ولم يسمعه من عمرو بن شعيب ، وإنما أخذه من العزرمي عنه ، والعزرمي متروك . قلت شطر الحديث في الكتب الستة من حديث ابن عباس رضي الله تعالى عنه ، ولكنه

وروى سعيد بن المسيب أن النبي عليه السلام بدأ باليهود بالقسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتل بين أظهرهم ،

مفروق ، ففي لفظ مسلم ولكن اليمين على المدعى عليه ، وفي لفظ الباقرين أن النبي ﷺ قضى أن اليمين على المدعى عليه ، وبهذا يعلم أن وظيفة المدعى عليه اليمين ، وليست هي وظيفة المدعى ، وبهذا يقوى حديث الترمذي رحمه الله .

(وروى سعيد بن المسيب « رح ») أى سعيد بن المسيب رضى الله تعالى عنه (أن النبي ﷺ بدأ باليهود بالقسامة ، وجعل الدية عليهم لوجود القتل بين أظهرهم) هذا رواه عبد الرزاق رحمه الله في مصنفه أخبرنا معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب رحمه الله عنهم قال كانت القسامة فى الجاهلية فأقرها النبي ﷺ فى قتل من الأنصار وجد فى جب لليهود ، قال فبدأ رسول الله ﷺ باليهود ، فكلفهم قسامة خمسين ، فقالت اليهود لن نحلف ، فقال رسول الله ﷺ للأنصار أفتحلفون ؟ فأبى الأنصار أن تحلف ، فأغرم رسول الله ﷺ اليهود ديته ، لأنه قتل بين أظهرهم .

ورواه ابن أبي شيبه رحمه الله فى مصنفه حدثنا عبد الأعلى عن معمر به . وكذلك رواه الواقدي فى المغازي فى غزوة خيبر حدثني معمر به . وقال الأثرأى سعيد بن المسيب من أعلى طبقات التابعين ، ولكن فى ذكره نظر ، لأنه لم يذكر روايته فى كتب الحديث فى هذا الباب مثل الموطأ والصحيح والسنن وشرح الآثار وغير ذلك ، نعم فروي عن الزهري رحمه الله ذلك فى شرح الآثار ، وأشار به إلى ما رواه الطحاوى رحمه الله حدثنا أبو بشر الدرقى حدثنا أبو معاوية الضرير عن ابن أبي ذئب عن الزهري رضى الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ قضى بالقسامة على المدعى عليهم ، فدل ذلك أن القسامة على المدعى لا على المدعين على ما بين الزهري رحمه الله ، انتهى .

قلت عدم الإطلاع فى كتب الحديث يؤدى إلى هذه المقالة ، فكيف ينكر الأثرأى رحمه الله هذا وقد روى عبد الرزاق وابن أبي شيبه والواقدي عن سعيد بن المسيب به ولم يذكر الطحاوى « رح » سعيد ، بل اقتصر على الزهري ، وفى كل منهما كفاية للحجة ، ومعمر بفتح الميم بن راشد . وأبو معاوية الضرير محمد بن خازم بالحاء والزاء المعجمتين .

ولأن اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق وحاجة الولي إلى الاستحقاق ،
ولهذا لا يستحق يمينه المال المبتذل ، فأولى أن لا يستحق به النفس
المحترمة . وقوله بتخيرهم الولي إشارة إلى أن خيار تعيين الحمسين إلى
الولي ، لأن اليمين حقه ، والظاهر أن يختار من يتهمه بالقتل أو يختار
صالحى أهل المحلة ، لما أن تحرزهم عن اليمين الكاذبة أبلغ التحرز ،
فيظهر القاتل ، وفائدة اليمين النكول ، فإن كانوا لا يباشرون
ويعلمون يفيد يمين الصالح على العلم بأبلغ مما يفيد يمين الطالح .

وابن أبي ذئب محمد بن عبد الرحمن بن الحارث بن أبي ذئب ، واسم أبي ذئب هشام بن
شعبة بن عبد الله بن قيس القرشي العامر المدني . والزهرى هو محمد بن مسلم بن شهاب .
(ولأن اليمين حجة للدفع) قد مضى فى الدعوى أن اليمين ليست بحجة صالحة
لاستحقاق بنفسه فكيف يصلح حجة صالحة لاستحقاق بنفس محترمة خصوصاً فى موضع
يتيقن بأن الحالف مجازف يحلف ما لم يماينه بأمر مجهول وهو اللوث ، وإنما شرعت
اليمين لاتقاء ما كان ، فلا يستحق بها ما لم يكن مستحقاً ، يشير إلى هذا بقوله حجة
الدفع (دون الاستحقاق وحاجة الولي إلى الاستحقاق ، ولهذا) أى ولكون حاجة الولي
إلى الاستحقاق (لا يستحق يمينه المال المبتذل ، فأولى أن لا يستحق به النفس المحترمة)
قال شيخنا العلاء « رح » هذا معنى قول مالك وأحمد وقول الشافعى « رح » فى إيجاب
القصاص ، وبقي قوله الآخر يستحق يمينه النفس ، أى القصاص ، إلا أنه سقط باعتبار
الشبهة ، فصار إلى الدية بدلاً عن القصاص .

(وقوله) أى وقول القدورى (يتخيرم الولي ، إشارة إلى أن خيار تعيين الحمسين
إلى الولي ، لأن اليمين حقه ، والظاهر أنه يختار من يتهمه بالقتل) مثل الفسقة والشبان ،
لأن تهمة القتل فيهم أكثر (أو صالحى أهل المحلة) أى يختار الصالحين من أهل المحلة (لما
أن تحرزهم) أى أن تحرز الصالحين (عن اليمين الكاذبة أبلغ التحرز فيظهر القاتل ، وفائدة
اليمين النكول ، فإن كانوا لا يباشرون ويعلمون) أى القاتل (يفيد يمين الصالح عن

ولو اختاروا أعمى أو محدوداً في قذف جاز ، لأنه يمين وليس بشهادة
قال وإذا حلفوا قضى على أهل المحلة بالدية ولا يستحلف الولي
وقال الشافعي لا تجب الدية لقوله عليه السلام في حديث عبد الله
ابن سهل رضي الله عنه تبرئكم اليهود بأيمانها ، ولأن اليمين عهدت في
الشرع مبرئاً للمدعى عليه لا ملزماً ، كما في سائر الدعاوى .

العلم بأبلغ مما يفيد يمين الطالح (بالطاء المهملة وهو نقيض الصالح .
(ولو اختاروا أعمى أو محدوداً في قذف جاز ، لأنه يمين وليس بشهادة) احترز
به عن اللعان حيث لا يجوز اللعان منها لما أن اللعان شهادة والأعمى أو المحدود في القذف
ليسا من أدائها .

(قال) أى القدورى (وإذا حلفوا قضى على أهل المحلة بالدية) أى على عاقلتهم في
ثلاث سنين ، لأن حالهم هنا دون حال من باشر بالقتل خطأ ، والدية هناك على العاقلة
في ثلاث سنين ، فهنا أولى . وذكر اختلاف زفر ويعقوب « رح » ، قال زفر القسامة
والدية على العاقلة . وقال أبو يوسف « رح » لا قسامة على العاقلة بل الدية عليهم ، لأن
التحمل يجرى في الدية ولا يجرى في اليمين (ولا يستحلف الولي) .

(وقال الشافعي « رح » لا تجب الدية) إذا حلف المدعى عليه ، وبه قال مالك
وأحمد وأبو الليث وأبو ثور « رح » (لقوله عليه السلام) أى لقول النبي ﷺ (في حديث
عبد الله بن سهل تبرئكم اليهود بأيمانها) هذا قطعة من حديث عبد الله بن سهل ، وقد
مرت قطعة منه عن قريب . وقال أبو داود « رح » رواه بشر بن الفضل ومالك عن
يحيى بن سعيد فقال فيه أتخلفون خمسين يمينا وتستحقون دم صاحبكم ، رواه ابن عيينة
عن يحيى فبدأ بقوله تبرئكم يهود بخمسين يمينا .

(ولأن اليمين عهدت في الشرع مبرئاً للمدعى عليه لا ملزماً كما في سائر الدعاوى)
فكذا هنا ليكون موافقاً للأصول .

ولنا أن النبي عليه السلام جمع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل وفي حديث زياد بن أبي مريم ، وكذا جمع عمر رضي الله عنه بينهما على وادعة . وقوله عليه السلام تبرئكم اليهود محمول على الإبراء عن القصاص والحبس .

(ولنا أن النبي ﷺ جمع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل) ابن زيد قد مر أنه أخرجه الأئمة الستة ، وفيه أتخلفون خمسين يمينا وتستحقون دم صاحبكم ، وفي آخره فوداه رسول الله ﷺ بمائة من ابل الصدقة . قال سهل فقد كفى منها ناقة حمراء . والمقتول كان عبد الله بن سهل رضي الله عنه .

(وفي حديث زياد بن أبي مريم) فقال المخرج غريب ، يعني لم يثبت (وكذا جمع عمر رضي الله تعالى عنه بينهما) أى بين الدية والقسامة (على وادعة) وهي بطن من همدان ، ذكره فى الجمهرة ، ورواه عبد الرزاق فى مصنفه أخبرنا الثورى عن مجالد ابن سعيد وسليمان الشيباني عن الشعبي أن قتيلًا وجد بين وادعة وشاكر فأمر عمر « رض » أن يقيسوا ما بينهما فوجدوه إلى وادعة أقرب فحلفهم عمر « رض » خمسين يمينا كل رجل ما قتل ولا علمت له قاتلا ثم غرمهم الدية . وأخرجه ابن أبى شيبة فى مصنفه حدثنا وكيع حدثنا اسرائيل عن أبى اسحاق عن الحارث بن الأرفع قال وجد قتيل بين وادعة وأرحب ، فذكره بنحوه .

(وقوله ﷺ تبرئكم اليهود) هذا جواب عن استدلال الشافعى بحديث عبد الله بن سهل المذكور (أى قول النبي ﷺ تبرئكم اليهود) محمول على الإبراء عن القصاص والحبس) تقريره أن قول الخصم الحلف مبرىء . قلنا نحن نقول بموجبه ولكن يبرىء عما وجب لأجله الحلف وهو القصاص لا عن غيره ، كما إذا كانت الدعوى على شيء فحلف المدعى عليه على ذلك الشيء انقطعت الخصومة عنه ، وهنا فيما نحن فيه استحلف كل واحد منهم على القتل ، فباليمين انقطعت الخصومة عن دعوى القتل ، فلم يجب القصاص ، ولكن وجب عليه شيء آخر لا لكونه قاتلا بل لتقصيرهم فى صيانه الحلة عن فساد القتل ، لأنه لولا تقصيرهم لما وقع هذا الأمر ، والتسبب فى القتل بهذا الطريق موجب الدية فى الشرع .

وكذا اليمين مبرئة عما وجب له اليمين ، والقسامة ما شرعت لتجيب
الدية إذا نكلوا ، بل شرعت ليظهر القصاص بتحريمهم عن اليمين
الكاذبة فيقروا بالقتل فإذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص
ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهراً لوجود القتل بين
أظهرهم لا بنكولهم أو وجبت بتقصيرهم في المحافظة كما في القتل
الخطأ . ومن أبى منهم اليمين حبس حتى يحلف ، لأن اليمين فيه
مستحقة لذاتها تعظيماً لأمر الدم ، ولهذا يجمع بينه وبين الدية ،
بخلاف النكول في الأموال ، لأن اليمين بدل عن أصل حقه ،

ألا ترى أن العاقلة يؤخذون بالدية وهم ما قتلوا ولكن قصروا في صيانة الدم عن
الإمداد ، هذا الذي قاله الأتزازي وغيره . وأحسن منه في الجواب عنه ما قال أبو
داود « رح » عنه في حديث مسهل المذكور ، رواه بشر بن المفضل ومالك عن يحيى
ابن سعيد قالاً فيه أتخلفون خمسين يميناً وتستحقون دم صاحبكم . ورواه ابن عيينة عن
يحيى قيدا بقوله تبرئكم يهود بخمسين يميناً وهو وهم من ابن عيينة .

(وكذا اليمين مبرئة عما وجب له اليمين والقسامة ما شرعت لتجيب الدية إذا نكلوا ،
بل شرعت ليظهر القصاص بتحريمهم عن اليمين الكاذبة ، فيقروا بالقتل . فإذا حلفوا
حصلت البراءة عن القصاص ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهراً لوجود القتل بين
أظهرهم لا بنكولهم ، أو وجبت بتقصيرهم في المحافظة كما في القتل الخطأ) هذا جواب
آخر عن حديث الخصم ، وقد قدرناه عن قريب .

(ومن أبى منهم اليمين) أي ومن امتنع عن اليمين من الحسين الذين اختارهم الولي
(حبس حتى يحلف ، لأن اليمين فيه مستحقة لذاتها تعظيماً لأمر الدم) فمن نكل عن
حق مستحق لذاته فقد ظلم ، وجزاء الظلم الحبس . وإنما قال مستحق لذاته ليسم ، لأنه
بدل عن الدية (ولهذا يجمع بينه وبين الدية) ولو كان بدلاً عن الدية لما جاز بينهما .
(بخلاف النكول في الأموال ، لأن اليمين) في الأموال (بدل عن أصل حقه) أي

ولهذا يسقط ببذل المدعي ، وفيما نحن فيه لا يسقط ببذل الدية ، هذا الذي ذكرنا إذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة . وكذا إذا ادعى على البعض لا بأعيانهم والدعوى في العمد أو الخطأ ، لأنهم لا يتميزون عن الباقي . ولو ادعى على البعض بأعيانهم أنه قتل وليه عمداً أو خطأ . فكذلك الجواب يدل عليه إطلاق الجواب في الكتاب . وهكذا الجواب في المبسوط .

حق المدعي ، وأصل حقه في المال (ولهذا) أي ولكون أصل حقه في المال (يسقط) أي اليمين (ببذل المدعي ، وفيما نحن فيه لا يسقط) أي اليمين (ببذل الدية) بل تجب اليمين المكررة (هذا الذي ذكرنا) أي من وجوب القسامة والدية (إذا ادعى الولي للقتل على جميع أهل المحلة . وكذا إذا ادعى على البعض لا بأعيانهم ، والدعوى في العمد أو في الخطأ لأنهم) أي لأن البعض لا بأعيانهم (لا يتميزون عن الباقي) فصار كما إذا ادعى على البعض .

(ولو ادعى على البعض بأعيانهم أنه قتل وليه) سنذكره من بعد إن شاء الله ، أي سنذكر حكم من ادعى على واحد من غير أهل المحلة بعد ورقتين عند قوله وإن ادعى على واحد منهم سقط عنهم ، هذا وقع في بعض النسخ ، وفي بعضها وقع مثل ما ذكرنا هنا . ولو ادعى على البعض بأعيانهم أنهم قتلوا ... إلى آخره (عمداً أو خطأ فكذلك الجواب) يعني تجب القسامة والدية (يدل على إطلاق الجواب في الكتاب) أي في كتاب القدوري رحمه الله ، لأنه قال وإذا وجد قتيلاً في محلة لا يعلم من قتله استخلف خمسون رجلاً منهم ... إلى آخره . وأطلق وجوب القسامة والدية على أهل المحلة ولم يقيد الدعوى بالوقوع على الجميع أو على البعض بأعيانهم أو لا بأعيانهم (وهكذا الجواب في المبسوط) يعني أوجب القسامة والدية مطلقاً .

وعن أبي يوسف في غير رواية الاصل أن في القياس تسقط
القسامة والدية عن الباقيين من أهل المحلة ، ويقال للولي ألك بينة ،
فإن قال لا يستحلف المدعى عليه يميناً واحدة . ووجه أن القياس
يأباه لاحتمال وجود القتل في غيرهم ، وإنما عرف بالنص فيما إذا
كان في مكان ينسب إلى المدعى عليهم والمدعي يدعي القتل عليهم ،
وفما وراه بقي على أصل القياس ، وصار كما إذا ادعى القتل على
واحد من غيرهم . وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على أهل
المحلة ، لأنه لا فصل في إطلاق النصوص بين دعوى ودعوى
فتوجه بالنص لا بالقياس . بخلاف ما إذا ادعى على واحد من غيرهم ،
لأنه ليس فيه نص ، فلو أوجبناها لأوجبناها بالقياس وهو ممتنع .

(وعن أبي يوسف في غير رواية الاصول أن في القياس تسقط القسامة والدية عن
الباقيين من أهل المحلة ، ويقال للولي ألك بينة ، فإن قال لا ، يستحلف المدعى عليه على
قتله يميناً واحدة . ووجهه) أي وجه ما روي عن أبي يوسف رحمه الله (أن القياس
يأباه) أي يأبى الحلف (لاحتمال وجود القتل من غيرهم ، وإنما عرف) أي الحلف
(بالنص فيما إذا كان في مكان ينسب إلى المدعى عليهم والمدعي يدعي القتل عليهم ، وفما
وراه) وهو ما إذا كان الدعوى على البعض بيمينه (بقي على أصل القياس) فلم تجب
القسامة (وصار كما إذا ادعى القتل على واحد من غيرهم) فإن فيه البينة من المدعي أو
اليمين من المدعى عليه .

(وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على أهل المحلة ، لأنه لا فصل في إطلاق
النصوص بين دعوى ودعوى فتوجهه) أي يوجب كل واحد من القسامة والدية . وفي
بعض النسخ فيوجبها ، أي القسامة والدية (بالنص) الذي ذكر (لا بالقياس . بخلاف
ما إذا ادعى على واحد من غيرهم ، لأنه ليس فيه نص ، فلو أوجبناها) أي القسامة

ثم حكم ذلك أن يثبت ما ادعاه إذا كان له بينة ، وإن لم تكن استحلّفه يميناً واحدة ، لأنه ليس بقسامة لانعدام النص وامتناع القياس . ثم إن حلف برىء ، وإن نكل الدعوى في المال ثبت به وإن كان في القصاص فهو على اختلاف مضى في كتاب الدعوى . قال وإن لم يكمل أهل المحلة كررت الأيمان عليهم حتى تمت خمسين ، لما روي أن عمر رضي الله عنه لما قضى في القسامة وافى إليه تسعة وأربعون رجلاً فكرر اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية .

(لأوجبناهما بالقياس وهو ممتنع ، ثم حكم ذلك) أي حكم ما إذا ادعى على واحد منهم من غيرهم (أن يثبت ما ادعاه إذا كان له بينة ، وإن لم يكن استحلّفه) أي المدعى عليه (يميناً واحدة ، لأنه ليس بقسامة لانعدام النص وامتناع القياس ، ثم إن حلف) أي المدعى عليه (برىء ، وإن نكل والدعوى في المال تثبت به) أي بالنكول سواء كانت الدعوى في القتل خطأ أو في القتل عمداً فالmaal يثبت .

(وإن كان) أي الدعوى والتذكير على تأويل الادعاء (في القصاص فهو) أي الحكم فيه (على اختلاف مضى في كتاب الدعوى) في باب اليمين ، بيانه أنه إذا ادعى قصاص على غيره فبعد استحلّفه لقوله وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَهُ فإن نكل عن اليمين فيما دون النفس لزمه القصاص عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لأبي يوسف ومحمد « رح » فمئذ هما يجب الإرش ، وقد مر هناك مفصلاً .

(قال) أي القدوري رحمه الله (وإن لم تكمل أهل المحلة كررت الأيمان عليهم حتى يتم خمسين ، لما روي أن عمر رضي الله تعالى عنه لما قضى في القسامة وافى إليه تسعة وأربعون رجلاً فكرر اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية) روى ابن أبي شيبه في مصنفه بلفظ روى معنى ما ذكره المصنف رحمه الله فقال حدثنا وكيع حدثنا

وعن شريح والنخعي رحمهما الله مثل ذلك ، ولأن الحسين واجب بالسنة فيجب إتمامها ما أمكن ، ولا يطلب فيه الوقوف على الفائدة لثبوتها بالسنة ، ثم فيه استعظام أمر الدم ، فإن كان العدد كاملاً فأراد الولي أن يكرر على أحدهم فليس له ذلك ، لأن المصير إلى التكرار ضرورة الإكمال . قال ولا قسامة على صبي ولا مجنون

سفيان عن عبد الله بن زيد الهذلي عن أبي مليح عن عمر بن الخطاب « رض » رد عليهم حق وفوا . وروى الكرخي في مختصره بإسناده إلى ابن الأعرج ، قال حدثنا الحارث بن الأزعم أنه كان فيمن حلف فأقسموا بالله ما قلناه ولا علمنا له قاتلاً ، وكلوا تسعة وأربعين رجلاً ، فأخذ عمر « رض » منهم رجلاً حتى أتموا خمسين ، فقالوا أياننا وأموالنا . قال عمر « رض » فبم يبطل دم هذا . قول المصنف حتى تم خمسين ، أي حتى تم القسامة خمسين رجلاً . قوله وافى إليه ، هكذا ذكر المصنف رحمه الله وأهل اللغة ، يقولون وافاه بدون الصلة ، أي آتاه .

(وعن شريح والنخعي مثل ذلك) أما حديث شريح القاضي فرواه ابن أبي شيبة حدثنا عبد الرحيم بن سليمان عن أشعث عن ابن سيرين بلغ عن شريح ، قال جاءت قسامة فلم يوفوا خمسين فردت عليهم القسامة حتى أوفوا . وأما حديث إبراهيم النخعي فرواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا الثوري عن مغيرة عن إبراهيم النخعي ، قال إذا لم تبلغ القسامة كرروا حتى يحلفوا خمسين يمينا .

(ولأن الحسين واجب بالسنة فتجب إتمامها ما أمكن ولا يطلب فيها الوقوف على الفائدة) يعني لا يقال ما الفائدة في تعيين الحسين ولا يطلب في الحسين والوقوف على الفائدة (لثبوتها بالسنة) أي لثبوت الحسين بالأحاديث والآثار (ثم فيه) أي في الحسين (استعظام أمر الدم) ولهذا يكرر اليمين في اللعان وأمر الدم أقوى .

(فإن كان العدد كاملاً فأراد الولي أن يكرر على أحدهم) أي على أحد الحسين لظنه فيه بالأمر الذي حصل (فليس له ذلك ، لأن المصير إلى التكرار ضرورة الإكمال) فإذا

لأنها ليسا من أهل القول والصحيح واليمين قول صحيح . قال
ولا امرأة ولا عبد لأنها ليسا من أهل النصرة واليمين على أهلها .
قال وإن وجد ميتاً لا أثر به فلا قسامة ولا دية ، لانه ليس بقتيل
إذ القتل في العرف من فاته حياته بسبب يباشره حي ، وهذا
ميت حتف أنفه والغرامة تتبع فعل العبد والقسامة تتبع احتمال
القتل ثم يجب عليهم القسامة فلا بد من أن يكون به أثر يستدل به

كان كاملاً فلا ضرورة إلى الزيادة .

(قال) أي القدوري رحمه الله (ولا قسامة على صبي ولا مجنون ، لأنها ليسا من
أهل القول الصحيح ، واليمين قول صحيح . قال) أي القدوري رحمه الله (ولا امرأة
ولا عبد) أي ولا قسامة على امرأة ولا على عبد (لأنها ليسا من أهل النصرة واليمين
على أهلها) أي على أهل النصرة ، ولأن هؤلاء أتباع وليسوا بأصول ، وقد قال أحمد
وربيعة والثوري والأوزاعي ، وقال مالك النساء يدخلن في القسامة الخطأ دون العمد .
وقال ابن الهاشم لا يقسم إلا اثنان فصاعداً ، لما أنه لا يقبل إلا شاهدين . وقال الشافعي
رحمه الله يقسم كل وارث بالغ ، لأنها يمين في دعوى فيشرع في حق النساء .

(قال وإن وجد ميتاً لا أثر به فلا قسامة ولا دية ، لانه ليس بقتيل ، إذ القتل
في العرف من فاته حياته بسبب يباشره حي ، وهذا ميت حتف أنفه) وبه قال أحمد
في رواية وحامد والثوري . وقالت الأئمة الثلاثة الأثر ليس بشرطه بعد ثبوت اللوث
(والغرامة تتبع فعل العبد) يعني وجوب الغرامة ، أي الدية إنما يكون بفعل العبد ،
ولا شيء هنا يدل على فعله (والقسامة تتبع احتمال القتل) وهذا تحمل الموت حتف
أنفه ، بل الظاهر هذا عند عدم الأثر .

(ثم يجب عليه القسم) أي يجب على العبد اليمين (فلا بد من أن يكون به أثر
يستدل به على كونه قتيلاً ، وذلك) أي الأثر الذي يدل على كونه قتيلاً (بأن يكون به

على كونه قتيلاً وذلك بأن يكون به جراحة أو أثر ضرب أو خنق . وكذا إذا كان خرج الدم من عينه أو أذنه ، لأنه لا يخرج منهما إلا بفعل من جهة الحي عادة . بخلاف ما إذا خرج من فيه أو دبره أو ذكره ، لأن الدم يخرج من هذه المخارج عادة بغير فعل أحد ، وقد ذكرناه في الشهيد . ولو وجد بدن القتيل أو أكثر من نصف البدن أو النصف ومعه الرأس في حلة ، فعلى أهلها القسامة والدية وإن وجد نصفه مشقوقاً بالطول أو وجد أقل من النصف

جراحة أو أثر ضرب أو خنق ، وكذا إذا كان خرج الدم من عينه أو أذنه (قال الأترزي د رح ، صاحب الهداية لم يذكر فيها الأنف ، والغالب أنه سهو القلم ، لأنه ذكر في البداية كما ذكره القدوري د رح ، في مختصره . قلت لا سهو هناك ، لأن الدم يخرج من الأنف غالباً من الرعاف ، فلا تصلح دليلاً مع أن الأترزي د رح ، قال في شرحه وخروج الدم من موضع يخرج منه الدم عادة من غير ضرب لا يكون أثر القتل ، كما إذا خرج من فمه أو أنفه ، لأنه قد يكون ذلك من رعاف فلا يصلح أن يكون دليلاً على وجود ضرب في المحل (لأنه) أى لأن الدم (لا يخرج منها) أى من العين والأذن (إلا بفعل من جهة الحي عادة) .

(بخلاف ما إذا خرج من فيه) أى فمه (أو دبره أو ذكره ، لأن الدم يخرج من هذه المخارج عادة بغير فعل أحد ، وقد ذكرناه في الشهيد) يعني في حال الصلاة في باب الشهيد والدم الذي يخرج من الدبر لا يكون دليلاً على القتل ، فإنه قد يكون لعة في الباطن ، وقد يكون أكل شيء غير موافق وكذلك إذا خرج الدم من الاحليل لا يكون دليلاً على القتل لأنه قد يكون ذلك لعرق انفجر في الباطن أو لضعف في الكلي ، أو لضعف الكبد وقد يقع من شدة الحرق أيضاً .

(ولو وجد بدن القتيل أو أكثر من نصف البدن أو النصف) أى أو وجد نصف البدن (ومعه الرأس في حلة فعلى أهلها القسامة والدية ، وإن وجد نصفه مشقوقاً

ومعه الرأس أو وجد يده أو رجله أو رأسه فلا شيء عليهم ،
لأن هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به في البدن إلا أن الأكثر
حكم الكل تعظيماً للآدمي . بخلاف الأقل ، لأنه ليس بيدن
ولا يلحق به فلا تجري فيه القسامة . ولأننا لو اعتبرناه تتكرر
القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا تتواليان .

بالطول أو وجد أقل من النصف ومعه الرأس أو وجد يده أو رجله أو رأسه ، فلا
شيء عليهم) هذا كله من مسائل الأصول ، ذكرها تقريباً على مسألة القدوري « رح »
(لأن هذا حكم) أي لان وجوب القسامة على أهل المحلة ووجوب الدية على عواقلهم
(عرفناه بالنص) بخلاف القياس (وقد ورد به) أي ورد الحكم (في البدن ، إلا أن
لأكثر حكم الكل) هذا كأنه جواب عما يقال إذا كان النص ورد في البدن كان ينبغي
أن يقتصر الحكم على البدن فقط . فأجاب بأن لأكثر البدن حكم كله ، لان الأكثر في
كثير من المواضع يقوم مقام الكل ، ولا سيما هنا (تعظيماً للآدمي) في أمر دمه وما
سواه على أصل القياس في عدم وجوب القسامة والدية .

(بخلاف الأقل ، لأنه ليس بيدن ولا يلحق به ، فلا تجري فيه القسامة . ولأننا لو
اعتبرناه) أي الأقل (تتكرر القسامتان والديتان) أي على تقدير أن يوجد الباقي في محلة
أخرى (بمقابلة نفس واحدة ولا يتواليان) أي القسامة والدية ، لأنه إذا وجب بالأقل
وجب بالأكثر إذا وجد ، وكذلك لو وجد بالنصف الآخر فيتكرر القسامتان والديتان
مقابلة نفس واحدة ، وذلك لا يجوز .

فإن قيل ينبغي أن تجب القسامة إذا وجد الرأس ، لأنه يعبر به عن جميع البدن .
أجيب بأن ذلك بطريق المجاز ، والمعتبر هو الحقيقة ، ولأنه لو وجبت بالبدن بطريق
الأولى ، فلزم التكرار . وقال الأكمل وقيل كان ينبغي أن يقول بتكرار القسامة والدية
بلفظ المفرد دون التثنية لأن غرضه ثبوت القسامة تكرار أو ثبوت الدين تكرار أو عبارة
التثنية يستلزم أن يكون أكثر من القسامتين والديتين ، انتهى . قلت القائل بهذا
الأترازي في شرحه . وقيل الأكمل كلامه ثم قال ويجوز أن يكون مراده القسامتان

والأصل فيه أن الموجود الأول إن كان بحال لو وجد الباقي يجري فيه القسامة لا تجب فيه ، وإن كان بحال لو وجد الباقي لا تجري فيه القسامة يجب ، والمعنى ما أشرنا إليه ، وصلاة الجنائز في هذا تنسحب على هذا الأصل ، لأنها لا تتكرر . ولو وجد فيهم جنين أو سقط ليس به أثر الضرب فلا شيء على أهل المحلة ، لأنه لا يفوق الكبير حالاً .

والدبتان على القطعتين يتكرران في خمسين نفساً (والأصل فيه) أي في وجوب القسامة والدية. وقال تاج الشريعة أي الأصل في جريان القسامة (أن الموجود الأول إن كان بحال لو وجد الباقي يجري فيه القسامة لا تجب فيه الموجود ، وإن كان بحال لو وجد الباقي) من البدن (لا تجري فيه القسامة) والدية لا يجريان في الموجود أولاً ، وإن كان الموجود أولاً بحال لو وجد الباقي لا يجريان في الباقي يجريان في الموجود أولاً (تجب ، والمعنى ما أشرنا إليه) أي المعنى في وجوبها وعدم وجوبها تكرر القسامة ، والدية وعدم تكررها (وصلاة الجنائز في هذا) أي في وجود بعض الميت (تنسحب على هذا الأصل) يعني إذا وجد الاكثر لا يصلى عليه ، وهذا أشار إلى أنه إذا كان معه الرأس يصلى عليه وإلا فلا ، وإنما تنسحب على الأصل المذكور (لأنها) أي لأن صلاة الجنائز (لا تتكرر) كما أن القسامة لا تتكرر .

وفي الفتاوى إذا وجد من الميت أقل من النصف وليس فيه الرأس وحده لا يصلى عليه ، ولو وجد يصلى عليه ، ولو وجد النصف مشقوقاً بنصفين مع كل نصف نصف من الرأس لا يفصل ولا يصلى عليه . ولو وجد الكل إلا الرأس يصلى عليه ، فكذا في القسامة إذا وجد الرأس وحده في المحلة لا تجب القسامة ، وإذا وجد البدن كله إلا الرأس يجب إلى هنا لفظ الفتاوى الصغرى .

(ولو وجد فيهم) أي في أهل المحلة (جنين أو سقط ليس به أثر الضرب فلا شيء على أهل المحلة ، لأنه) أي لأن كل واحد من الجنين والسقط (لا يفوق الكبير حالاً)

وإن كان به أثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم ، لأن الظاهر أن تام الخلق ينفصل حياً . وإن كان ناقص الخلق فلا شيء عليهم ، لأنه ينفصل ميتاً لا حياً . قال وإذا وجد القتل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون أهل المحلة ، لأنه في يده ، فصار كما إذا كان في داره . وكذا إذا كان قائدها أو راكبها ، فإن اجتمعوا

بتخفيف اللام ، أي من حيث الحال ، يعني إذا وجد الكبير ولا أثر به لا يجب فيه شيء فكذا هذا .

(وإن كان به) أي الجنين (أثر الضرب وهو تام الخلق وجبت للقسامة والدية عليهم) أي أهل المحلة (لأن الظاهر أن تام الخلق ينفصل حياً) فإن قيل الظاهر يصلح للدفع دون الاستحقاق ، ولهذا قلنا في عين الصبي ، وذكره ولسانه إذا لم يعلم صحته حكومة عدل عندنا . وأجيب بأن الجنين نفس من وجه عضو من وجه فاعتبر جهة النفس ، إذا انفصل حياً ، فيستدل عليه بتمام الخلق ، فكان الظاهر هنا بمنزلة القتل الموجود في المحلة وله أثر الجراحة وإن كان يحتمل أنه مات حتف أنفه لا بسبب الجراحة ، أما الأعضاء يسلك مسلك الأموال ولا تعظيم للأموال كتعظيم النفس ، فكان فيها شبه المالية فلم يوجب الدية التي لها خطر إلا عند اليقين (وإن كان ناقص الخلق فلا شيء عليهم ، لأنه ينفصل ميتاً لا حياً) وفي الميت لا يجب شيء .

(قال) أي القدوري رحمه الله (وإذا وجد القتل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون أهل المحلة ، لأنه في يده فصار كما إذا كان في داره) ولا فرق بين أن تكون الدابة ملكاً للسابق والقائد أو الراكب ، لا القتل في يده ، فكان أخص به من أهل المحلة . ومن المشايخ من قال هذا إذا لم يكن للدابة مالك معروف ، والأصح إطلاق إيجاب .

(وكذا إذا كان قائدها أو راكبها) تكون الدية عليه مطلقاً (فإن اجتمعوا

فعلهم ، لأن القتل في أيديهم ، فصار كما إذا وجد في دارهم .
قال وإن مرت به دابة بين القريتين وعليها قتيل فهو على أقربهما ،
لما روي أن النبي عليه السلام أتى بقتيل وجد بين قريتين ،
فأمر أن يذرع . وعن عمر رضي الله عنه أنه لما كتب إليه في القتل
الذي وجد بين وادعة وأرحب كتب بأن يقيس بين قريتين فوجد
القتيل إلى وادعة أقرب ففضى عليهم بالقسامة .

فعلهم) أي فإن اجتمع السابق والراكب والقائد فالدية عليهم (لأن القتل في أيديهم ،
فصار كما إذا وجد في دارهم) .

(قال) أي قال محمد في الجامع (وإذا مرت دابة بين قريتين) فأمر أن يذرع ، هذا
الحديث رواه أبو داود الطيالسي وإسحاق بن راهوية والبزار في مسانيدهم والبيهقي
رحمه الله في سننه عن أبي إسرائيل الملاي واسمه اسماعيل عن أبي إسحاق عن عطية عن
أبي سعيد الخدري رضي الله تعالى عنه أن قتيلاً وجد بين حين فأمر النبي ﷺ أن يقاس
إلى أيها أقرب (وعليها قتيل فهو على أقربهما ، لما روي أن النبي ﷺ أتى بقتيل وجد بين
قريتين) وجد أقرب إلى أحد الحيين بشبر ، قال الخدري كافي أنظر إلى شبر رسول الله
ﷺ قاله ديبته عليهم .

فإن قلت هذا رواه ابن عدي والمقيلي في كفايتهما بلفظ فألقى ديبته على أقربهما وأعلاه
بني إسرائيل ، وضعفه ابن عدي عن قوم . وقال البزار ليس بقوي في الحديث ، وقال
النسائي ليس ثقة ، وكان بسبب عثمان ، قلت وثقه ابن معين ، ووثقه أيضاً ابن عدي
من قوم آخرين (فأمر أن يذرع) .

(وعن عمر رضي الله عنه أنه لما كتب إليه في القتل الذي وجد بين وادعة وأرحب
كتب بأن يقيس بين قريتين فوجد القتل إلى وادعة أقرب ، ففضى عليهم بالقسامة) هذا
رواه ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا وكيع حدثنا إسرائيل عن أبي إسحاق عن الحارث
ابن الأزعم قال وجد قتيل باليمن بين وادعة وأرحب ، فكتب عامل عمر رضي الله تعالى

قبل هذا محمول على ما إذا كان بحيث يبلغ أهله الصوت ،
لأنه إذا كان بهذه الصفة يلحقه الغوث فتمكنهم النصرة وقد
قصرُوا . قال وإن وجد القتل في دار إنسان فالقسامة
عليه ، لأن الدار في يده والدية على عاقلته ، لأن نصرته
منهم وقوته منهم . قال ولا تدخل السكان في القسامة
مع الملاك عند أبي حنيفة ، وهو قول محمد . وقال أبو يوسف
هو عليهم جميعاً ، لأن ولاية التدبير كما تكون بالملك

عنه إليه فكتب إليه عمر أن قس ما بين الحين ، فإلى أيهما كان أقرب فخدم به . قال
فماسوا فوجدوه أقرب إلى وادعة ، فأخذنا الحديث . قوله وادعة وأرحب بالحاء المهمة
حيان من همدان (قبل هذا محمول على ما إذا كان بحيث يبلغ أهله الصوت ، لأنه إذا كان
بهذه الصفة يلحقه الغوث ، فتمكنهم النصرة وقد قصرُوا) في النصرة مع إمكانها ،
فصار كأنهم قتلوه تقديراً ، فيلزمهم القسامة والدية .

(قال) أي القدوري (وإذا وجد القتل في دار إنسان فالقسامة عليه) أي على
صاحب الدار . وقال مالك لا قسامة ولا غرامة في قتل وجد في دار قوم . وقال
الشافعي رحمه الله يكون تعمداً للوث (لأن الدار في يده والدية على عاقلته ، لأن نصرته
منهم وقوته بهم) أي بالعاقل .

(قال) أي القدوري رحمه الله (ولا تدخل السكان في القسامة مع الملاك عند أبي
حنيفة رحمه الله ، وهو قول محمد) عند أبي حنيفة ليظهر أماله أبي حنيفة خلافاً لأبي
يوسف « رح » . وقال قول محمد مضطرب .

(وقال أبو يوسف هو) أي القسامة ذكر الضمير بالتذكير على تأويل القسم أو الحلف
قاله الأتزازي ، رأيت في بعض النسخ هي على الأصل فلا يحتاج إلى التكلف (عليهم
جميعاً) أي على المذكورين في القسامة على السكان والملاك ، وبه قال الشافعي رحمه الله
وأحمد وابن أبي ليلى « رح » ، وكان أبو يوسف يقول أولاً كقولهما ، ثم رجع (لأن ولاية

تكون بالسكنى ، ألا ترى أنه عليه السلام جعل القسامة
والدية على اليهود ، وإن كانوا سكاناً بخير . ولهما أن المالك هو
المختص بنصرة البقعة دون السكان ، لأن سكنى الملاك ألزم ،
واقرارهم أدوم ، فكانت ولاية التدبير إليهم ، فيتحقق التقصير منهم .
وأما أهل خيبر فالنبي عليه السلام أقرهم على أملاكهم ، فكان
يأخذ منهم على وجه الخراج . قال وهي على أهل الحطة دون المشترين ،

التدبير كما تكون بالملك تكون بالسكنى ، ألا ترى أنه عليه السلام (أي أن النبي ﷺ
(جعل القسامة والدية على اليهود وإن كانوا سكاناً بخير) في قصة عبد الله بن سهل لما
وجد قتيلًا في خيبر وقد كانوا سكانها ، لأنها كانت للمسلمين ، وكان اليهود عمالهم .

(ولهما) أي لأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله (أن المالك هو المختص بنصرة البقعة
دون السكان ، لأن سكنى الملاك ألزم ، واقرارهم أدوم ، فكانت ولاية التدبير إليهم ،
فتحقق التقصير منهم ، وأما أهل خيبر) هذا جواب عما تمسك أبو يوسف بما ذكره
تقريره أن يقال (فالنبي ﷺ أقرهم على أملاكهم ، فكان يأخذ منهم) الذي يأخذه
(على وجه الخراج) وقد روى الطحاوى بإسناده إلى سليمان بن بلال عن يحيى بن سعيد
أن خيبر يومئذ كانت صلحاء ، فإذا ثبت ذلك كانت خيبر ملكاً لليهود ، فلم أن القتل
كان قبل الفتح ، ولئن سلمنا أنه كان بعده فتقول أن اليهود كانت لهم أملاك ، ولهذا
عوضهم عمر رضي الله تعالى عنه لما أجلاهم ، كذا قاله القدوري في التعريب .

(قال) أي القدوري رحمه الله (وهي) أي القسامة والدية ، وفي بعض النسخ وهو
قال الكاكي رحمه الله أي المذكور من وجوب القسامة والدية (على أهل الحطة)
يريد ما خطه الإمام حين فتح البلد ، والخطه المكان المحيط ببناء دار أو غيرها من
للعمارات ، ومعناه على أصحاب الأملاك القديمة الذين كانوا يملكونها حين فتح الإمام
البلد وقسمها بين القانمين ، فإنه يخط خطة لتمييز أنصباؤهم (دون المشترين) يعني ليس

وهذا قول أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف الكل مشتركون ، لأن الضمان إنما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ ، وبهذا الطريق يجعل جانباً مقصراً ، والولاية باعتبار الملك وقد استووا ، فيه . ولهما أن صاحب الخطه هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف . ولأنه أصيل ، والمشتري دخيل وولاية التدبير إلى الأصيل . وقيل أبو حنيفة بنى ذلك على شاهد بالكوفة . قال وإن بقي واحد منهم

عليهم (وهذا) أى المذكور (قول أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف الكل مشتركون لأن الضمان إنما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ ، وبهذا الطريق يجعل جانباً مقصراً ، والولاية) أى ولاية الحفظ (باعتبار الملك) وفيما يجب باعتبار الملك لا يختلف باختلاف أسباب الملك كاستحقاق الشفعة ، فإنه مبني على الملك ولا تفاوت فيه بين أهل الخطه والمشتري ، فكذا هنا ، فإذا كان كذلك (وقد استووا) أى أهل الخطه والمشتري (فيه) أى في الملك ، لأنهم مالكون جميعاً ، ولهذا إذا تحول الملك من أهل الخطه جميعاً ولم يبق واحد منهم كانت القسامة على المشتري .

(ولهما) أى ولأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله (أن صاحب الخطه هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف) فإن العرف أن أصحاب الخطه يبدلون بحفظ الهبة وتدبيرها دون المشتري (ولأنه) أى ولأن صاحب الخطه (أصيل ، والمشتري دخيل) لأنه بمنزلة التابع (وولاية التدبير إلى الأصيل . وقيل أبو حنيفة بنى ذلك) أى ما ذهب إليه (على ما شاهد بالكوفة) أى من عادة أهل الكوفة في زمانه ، وهو أن أصحاب الخطه في كل محلة كانوا هم الذين يقومون بتدبير الهبة . وأبو يوسف بنى على عادة بلده أن التدبير إلى الأشراف من أهل الخطه كانوا أولاً ، كذا في التحفة .

(قال) أى القدوري رحمه الله (وإن بقي واحد منهم) أى من أهل الخطه (فكذلك) الحكم ، وفسر المصنف يرجع الضمير في قول القدوري رحمه الله واحد

فكذلك ، يعني من أهل الخطه لما بينا . وإن لم يبق واحد منهم بأن باعوا كلهم فهو على المشترين ، لأن الولاية انتقلت إليهم أو خلصت لهم لزوال من يتقدمهم أو يزاحمهم . وإذا وجد قتيل في دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة في القسامة إن كانوا حضوراً ، وإن كانوا غيباً فالقسامة على رب الدار يكرر عليه

منهم بقوله (يعني من أهل الخطه) وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله ولهما أن صاحب الخطه هو المختص بنصرة البقعة ، وإلى قوله ولأنه أصيل والمشتري دخيل (وإن لم يبق واحد منهم بأن باعوا كلهم) أى من أهل الخطه (فهو) أى المذكور من القسامة والدية (على المشترين ، لأن الولاية انتقلت إليهم) أى إلى المشترين ، هذا مذهب أبي حنيفة رحمه الله ومحمد من أن المشترين لم يكن لهم ولاية مع وجود واحد من أهل الخطه عندهما فإذا لم يبق أحد منهم بأن باع كلهم انتقلت الولاية إلى المشترين (أو خلصت لهم) هذا على مذهب أبي يوسف رحمه الله ، لأن الولاية كانت لأهل الخطه والمشتري جميعاً ، فإذا لم يبق من أهل الخطه أحد حصلت الولاية للمشتري (لزوال من يتقدمهم) يتعلق بقوله انتقلت إليهم (أو يزاحمهم) يتعلق بقوله حصلت لهم بطريق الف والنشر .

(وإذا وجد قتيل في دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة في القسامة إن كانوا حضوراً) وهو جمع حاضر ، لأن عاقلاً إذا كان صفة يجوز جمعه على فمحل كفعول في جمع فاعل (وإن كانوا غيباً) بضم الفين وتشديد الياء جمع غائب (فالقسامة على رب الدار يكرر عليه الأيمان) وقال الأكل رحمه الله إذا وجد القتيل في دار فالدية على صاحبها باتفاق الروايات . وفي القسامة روايتان ففي أحدهما يجب على صاحب الدار ، وفي الأخرى على عاقلته ، ولهذا يندفع من التدافع بين قوله قبل هذا وإن وجد القتيل في دار إنسان فالقسامة عليه ، وبين قوله هنا فالقسامة على رب الدار ، وعلى قومه يحمل ذلك على رواية ، وهذا على رواية أخرى . وحكي عن الكرخي أنه كان يوفق بينهما ، ويقول الرواية التي يوجبها على صاحبها عمولة على ما إذا كان قومه

الآيمان ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد « رح » . وقال أبو يوسف
لاقسامة على العاقلة ، لأن رب الدار أخص به من غيره فلا
يشاركه غيره فيها كأهل المحلة لا يشاركهم فيها عواقلهم . ولهما
أن الحضور لزمهم نصرة البقعة كما تلزم صاحب الدار فيشارك كونه
في القسامة . قال وإن وجد القتل في دار مشتركة نصفها للرجل
وعشرها للرجل ولآخر ما بقي فهو على رؤوس الرجال ، لأن
صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير في التدبير فكانوا سواء في
الحفظ والتقصير ، فيكون على عدد الرؤوس بمنزلة الشفعة . قال
ومن اشترى داراً ولم يقبضها حتى وجد فيها قتيلاً فهو على عاقلة

غيباً والرواية التي يوجبها على قومه محمولة على ما إذا كانوا حضوراً . كذا في الذخيرة
(وهذا) أى الحكم المذكور (عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله) .

(وقال أبو يوسف لا قسامة على العاقلة ، لأن رب الدار أخص به من غيره) وقال
الاترازي رحمه الله وتذكير الضمير في به على تأويل الموضع (فلا يشاركه غيره فيها)
أى في القسامة (كأهل المحلة لا يشاركهم فيها عواقلهم) .

(ولهما) أى ولأبي حنيفة ومحمد « رح » (أن الحضور) أى الحاضرين (لزمهم
نصرة البقعة كما تلزم صاحب الدار ، فيشارك كونه) أى صاحب الدار (في القسامة) .
(قال) أى في الجامع الصغير (فإن وجد القتل في دار مشتركة نصفها للرجل
وعشرها للرجل ولآخر ما بقي فهو) أى العقل (على رؤوس الرجال ، لأن صاحب
القليل يزاحم صاحب الكثير في التدبير ، فكانوا سواء في الحفظ والتقصير ، فيكون على
عدد الرؤوس) أى رؤوس الرجال لا على عدد الانصباء (بمنزلة الشفعة) يكون على
عدد الرؤوس .

(قال) أى محمد في الجامع الصغير (ومن اشترى داراً ولم يقبضها حتى وجد فيها

البائع ، وإن كان في البيع خيار لأحدهما فهو على عاقلة الذي في يده
وهذا عند أبي حنيفة . وقالوا إن لم يكن فيه خيار فهو على عاقلة
المشتري ، وإن كان فيه خيار فهو على عاقلة الذي تصير له ، لأنه
إنما أنزل قاتلاً باعتبار التقصير في الحفظ ، ولا يجب إلا على من له
ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك ، ولهذا كانت الدية على عاقلة
صاحب الدار دون المودع ، والملك للمشتري قبل القبض في البيع
البات ، وفي المشروط فيه الخيار يعتبر قرار الملك كما في صدقة

قتيل فهو) أى المذكور وهو الدية (على عاقلة البائع ، وإن كان في البيع خيار لأحدهما)
أى للبائع والمشتري (فهو على عاقلة الذى هي) أى الدار (في يده ، وهذا) أى الحكم
المذكور (عند أبي حنيفة) .

(وقالوا إن لم يكن فيه خيار فهو على عاقلة المشتري ، وإن كان فيه خيار فهو على
عاقلة الذى تصير له ، لأنه) أى لانه الذى يصير له الدار (إنما أنزل قاتلاً باعتبار
التقصير في الحفظ ، ولا يجب إلا على من له ولاية الحفظ والولاية) أى ولاية الحفظ
(تستفاد بالملك ، ولهذا) أى ولكون ولاية الحفظ تستفاد بالملك (كانت الدية) في
هذا الموضع (على عاقلة صاحب الدار دون المودع) لعدم ملكه ، وكذلك المستعير
والمستأجر والغاصب والمرتهن حيث امتنع وجوب الدية على هؤلاء لهذا المعنى (والملك
للمشتري قبل القبض في البيع البات ، وفي المشروط فيه الخيار يعتبر فيه قرار الملك) إن
كان الصادر من ذلك الملك عليه بخلاف ما لو جنى العبد في البات قبل القبض حيث يخير
المشتري بين رد البيع وامضائه ، وهنا لا يخير . لأن الدار لم تصر مستحقة بوجود القتل
فيها ، بخلاف العبد ، لانه يصير مستحقاً بالجناية والاستحقاق من أفعش العيوب (كما
في صدقة الفطر) حيث يجب على من يحصل الملك فيه .

(وله) أى ولا يبي حنيفة (أن القدرة على الحفظ) تكون (باليد لا بالملك) غير أن

الفطر . وله أن القدرة على الحفظ باليد لا بالملك . ألا يرى أنه يقتدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقتدر بالملك دون اليد ، وفي البات اليد للبائع قبل القبض . وكذا فيما فيه الخيار لأحدهما قبل القبض ، لأنه دون البات . ولو كان المبيع في يد المشتري والخيار له فهو أخص الناس به تصرفاً . ولو كان الخيار للبائع فهو في يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب ، فتعتبر يده ، إذ بها يقدر على الحفظ . قال ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيلاً لم تعمله العاقلة حتى تشهد الشهود أنها للذي في يده ، لأنه لا بد من الملك

الملك سبب اليد ، فإذا وجد الملك لأحدهما واليد للآخر كان اعتبار اليد أولى ، ثم أوضح ذلك بقوله (ألا يرى أنه يقتدر على الحفظ باليد بدون الملك) كالودع (ولا يقتدر بالملك بدون اليد) في المضمون ، لأن الملك باق فيه لا قدرة عليه (وفي البات) بتشديد التاء ، أى البيع البات (اليد للبائع قبل القبض ، وكذا) أى وكذا الخيار للبائع (فيما فيه الخيار لأحدهما قبل القبض ، لأنه دون البات) أى لأن فيما فيه الخيار دون البيع البات .

(ولو كان المبيع في يد المشتري والخيار له فهو أخص الناس به تصرفاً) أى من حيث التصرف (ولو كان الخيار للبائع فهو في يده مضمون عليه بالقيمة) احتراز به عن يد المودع فالقسامة على المشتري أيضاً ، لأنه باليد يقوى الحفظ والتدبير (كالمغصوب) فإنه مضمون بالقيمة (فتعتبر يده) أى يد المشتري ، فتكون الدية على عاقلة المشتري الذى في يده الدار ، لأن القدرة على الحفظ باليد (إذ بها يقدر على الحفظ) أى باليد والتذكير على اعتبار العضو . وفي بعض النسخ إذ بها فلا حاجة إلى التأويل .

(قال) أى محمد في الجامع الصغير (ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيلاً لم تعمله العاقلة حتى تشهد الشهود أنها) أى أن الدار ملك (للذى في يده ، لأنه لا بد من الملك

لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه واليد ، وإن كانت دليلاً
على الملك لكنها محتملة ، فلا تكفي لإيجاب الدية على العاقلة
كما لا تكفي لاستحقاق الشفعة به في الدار المشفوعة فلا بد من
إقامة البينة . قال وإن وجد قتيل في سفينة فالقسامة على
من فيها من الركاب والملاحين ، لأنها في أيديهم ، واللفظ يشمل
أربابها حتى تجب على الأرباب الذين فيها وعلى السكان .

لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه ، واليد وإن كانت دليلاً على الملك ولكنها محتملة (بأن تكون يده على الطريق العارية أو الإجارة ونحوها . وإن كان كذلك) فلا تكفي لإيجاب الدية على العاقلة كما لا تكفي لاستحقاق الشفعة به (أى بالملك) في الدار المشفوعة (لما عرف (فلا بد من إقامة البينة) على الملك . وقال فخر الإسلام البزدوى في شرحه يريد به إذا أنكرت العواقل أن تكون الدار له وقالوا هي وديعة في يدك فالقول قولهم إلا أن يقيم بينة على الملك لما عرف أن الظاهر حجة للدفع لا للاستحقاق وقد احتجنا إلى الاستحقاق ها هنا ، فوجب إثباته بالبينة كمن طلب شفعة بالجوار في دار بيعت فأنكر المشتري الدار التي في يد المدعي ملكاً له فإنه لا يستحق الشفعة بيده عليها حتى يقيم البينة على الملك ، فكذلك ها هنا .

(قال) أى القدورى رحمه الله (وإن وجد قتيل في سفينة فالقسامة على من فيها من الركاب والملاحين ، لأنها) أى لان السفينة (في أيديهم واللفظ) أى لفظ القدورى ، وهو قوله على من فيها (يشمل بعمومه أربابها حتى تجب على الأرباب الذين كانوا فيها وعلى السكان) وقال شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله قال بعض المشايخ إنما يجب على الركاب إذا لم يكن للسفينة مالك معروف ، فإذا كان لها مالك معروف فإن القسامة تجب على مالك السفينة وبينهم من يقول يجب في الحالين على الذين كانت السفينة في أيديهم ، ومثل هذا التفصيل مر في الدابة .

وكذا على من يمدّها المالك في ذلك وغير المالك سواء ، وكذا العجلة .
وهذا على ما روي عن أبي يوسف ظاهر ، والفرق لهما أن السفينة
تنقل وتتحول فيعتبر فيها اليد دون الملك كما في الدابة . بخلاف
المحلة والدار ، لأنها لا تنقل . قال وإن وجد في مسجد محلة فالقسامة
على أهلها ، لأن التدبير فيه إليهم . وإن وجد في المسجد الجامع
أو الشارع الأعظم فلا قسامة فيه

(وكذا على من يمدّها) أى السفينة (المالك في ذلك وغير المالك سواء) يعني
مالك السفينة في وجوب القسامة على من فيها وغير مالکها سواء (وكذلك العجلة)
أى وكذلك الحكم في العجلة إذا وجد فيها قتل يجب القسامة والدية على من فيها من
مالك العجلة وغيرها (وهذا) أى كون المالك وغيرهم سواء في القسامة (على ما روي
عن أبي يوسف ظاهر) لأنه يجعل السكان والملاك في القتل الموجود في المحلة سواء .
(والفرق لهما) أى لابی حنيفة ومحمد رحمهما الله (أن السفينة تنقل وتحول
فيعتبر فيها اليد دون الملك ، كما في الدابة) تعنى كما في القتل الموجود على الدابة تعتبر
اليد دون الملك ، لأنها تنقل وتحول .

(بخلاف المحلة والدار ، لأنها لا تنقل) وفي الذخيرة المعتبر في هذا الباب التصرف
والرأى والتدبير ، وكل ذلك يمرض إلى صاحب الخطّة في الدار ، لأن يده غير منقطع
عنها ، ولهذا لا يتحقق الغصب فيها ، بخلاف الدابة والسفينة ، فإن الرأى والتدبير
إلى الكل .

(قال) أى القدورى (وإن وجد) أى القتل (في مسجد محلة فالقسامة على
أهلها ، لأن التدبير فيه) أى في المسجد (إليهم) أى إلى أهل المسجد (وإن وجد في
المسجد الجامع والشارع الأعظم) وفي المغرب الشارع هو الطريق الذى يشرع فيه
الناس عامة على الإسناد المجازى ، أى من قولهم شرع الطريق إذا تبين (فلا قسامة فيه)
لأن القسامة عرف وجوبها بالنص ، والنص أوجبها في موضع خاص لا قوام معروفين

والدية على بيت المال . لانه للعامة لا يختص به واحد منهم . وكذا
الجسور للعامة ومال بيت المال مال عامة المسلمين . ولو وجد في السوق
إن كان مملوكاً فعند أبي يوسف تجب على السكان ، وعندهما على المالك
، وإن لم يكن مملوكاً كالشوارع العامة التي بنيت فيها فعلى بيت المال ،
لانه لجماعة المسلمين . ولو وجد في السجن فالدية على بيت المال ،
وعلى قول أبي يوسف الدية والقسامة على أهل السجن ، لانهم سكان
وولاية التدبير إليهم ، والظاهر أن القتل حصل منهم ، وهما يقولان

(والدية على بيت المال ، لانه) أى لان بيت المال (للعامة لا يختص به واحد منهم)
فانه روى عن عمر رضى الله تعالى عنه فيمن قتل بزحام الناس بعرفة فجاء أهله إلى عمر
فقال بينتكم على من قتل ، قال علي رضى الله تعالى عنه يا أمير المؤمنين لا يبطل دم امرء
مسلم إن علمت قاتله وإلا فاعط ديبته من بيت المال ، وكذا إذا وجد في زحام مسجد
الجامع يوم الجمعة ، وهو قول أحمد رحمه الله . وقال مالك دمه هدر ومثله عن عمر بن
عبد العزيز رضى الله تعالى عنه ، وعند الشافعي الزحام لوث . وفي الذخيرة لو وجد في
مسجد جماعة في السوق وهو لعامة المسلمين لا لأهل هذه السوق فهو كمسجد الجامع .
(وكذا الجسور للعامة) يعنى إذا وجد القتل فيها يكون الدية على بيت المال ولا
قسامة فيه ، كما إذا وجد في الشارع الأعظم (ومال بيت المال مال عامة المسلمين)
فالكل مشتركون فيها فلمنة الله تعالى على الذين استولوا عليه وحرموا مستحقه .
(ولو وجد) أى القتل (في السوق إن كان) أى السوق (مملوكاً فعند أبي يوسف
يجب على السكان) سواء كانوا ملاكاً أولاً (وعندهما) تجب (على المالك ، وإن لم
يكن مملوكاً كالشوارع العامة التي بنيت) أى السوق (فيها فعلى بيت المال ، لانه
لجماعة المسلمين . ولو وجد في السجن فالدية على بيت المال ، وعلى قول أبي يوسف الدية
والقسامة على أهل السجن ، لانهم سكان ، وولاية التدبير إليهم . والظاهر أن القتل
حصل منهم) قالت الائمة الثلاثة إذا كان هناك لوث .

أن أهل السجن مقهورون فلا يتناصرون فلا يتعلق بهم ما يجب لأجل النصرة ، ولأنه بني لاستيفاء حقوق المسلمين ، فإذا كان غنمه يعود إليهم فغرمه يرجع عليهم . قالوا هذه فريضة المالك والساكن ، وهي مختلف فيها بين أبي حنيفة وأبي يوسف . قال وإن وجد في برية ليس بقربها عمارة فهو هدر ، وتفسير القرب ما ذكرنا من استماع الصوت ، لأنه إذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره فلا يوصف أحد بالتقصير ، وهذا إذا لم تكن مملوكة لاحد ،

(وهما) أي أبي حنيفة ومحمد (يقولان إن أهل السجن مقهورون فلا يتناصرون فلا يتعلق بهم ما يجب لأجل النصرة) أي لأجل ترك النصرة (ولأنه) أي ولأن السجن (بنى لاستيفاء حقوق المسلمين ، فإذا كان غنمه يعود إليهم فغرمه يرجع عليهم ، قالوا) أي المشايخ (وهذه) أي وهذه المسألة (فريضة المالك والساكن) يعني وأصلها في اعتبار الساكن دون المالك ، فكأنهما جملا عامة المسلمين كالملاك وأهل السجن بمنزلة السكان ، كذا في شرح الإرشاد .

(وهي) أي هذه للقرينة (مختلف فيها بين أبي حنيفة وأبي يوسف « رح ») وذكر الكرخي قول محمد مع أبي حنيفة « رح » ، وكذا ذكر القدوري في كتاب التقريب فقال قال أبو حنيفة ومحمد « رح » إذا وجد القتل في السجن فالدية على بيت المال . وقال أبو يوسف على السجن .

(قال) أي القدوري (وإن وجد) أي القتل (في برية ليس بقربها عمارة فهو هدر) وبه قالت الأئمة الثلاثة إذا لم يكن لوث (وتفسير القرب ما ذكرنا من استماع الصوت) يعني الاعتبار في القرب أن يكون بحيث يسمع منه الصوت ، لأن الصوت إذا سمع منه ، والغوث يلحق تلك البقعة من العمارة في الغالب ، فيتملق بها الحكم ، لأنه ينسب حينئذ أهل العمارة إلى التقصير ، وإن لم يبلغ الصوت لا بالغوث فلا يجب شيء ، وهو معنى قوله (لأنه إذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره ، فلا يوصف أحد بالتقصير) فلا يجب

أما إذا كانت فالدية والقسامة على عاقلته . وإن وجد بين قريتين كان على أقربهما ، وقد بيناه . وإن وجد في وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر ، لانه ليس في يد أحد ولا في ملكه . وإن كان محتبساً بالشاطئ فهو على أقرب القرى من ذلك المكان على التفسير الذي تقدم ، لانه اختص بنصرة هذا الموضع فهو كالموضوع على الشط والشط في يد من هو أقرب منه . ألا ترى أنهم يستقون منه الماء ويوردون بهائمهم فيها . بخلاف النهر الذي يستحق به الشفعة

شئ (وهذا إذا لم يكن) أي الحكم المذكور ، وإذا لم تكن البرية (مملوكة لأحد ، فإن كانت مملوكة لأحد فالدية والقسامة) يجبان (على عاقلته) أي على عاقلة المالك . (وإن وجد بين قريتين كان على أقربهما) أي أقرب القريتين (وقد بيناه) أشار به إلى ما ذكر عند قوله وإن مرت دابة بين قريتين وعليها قتيل ، ولكن هذا محمول على ما إذا كان يبلغ الصوت إليه .

(وإن وجد) أي القتل (في وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر) ذكر الفرات ليس للتحصيل ، بل المراد به النهر العظيم يجري فيه الماء . وفي مبسوط شيخ الإسلام والذخيرة هذا إذا كان منبع الماء في يد الكفار سواء كان يجري في وسطه أو شطه . وأما إذا كان في يد المسلمين فاعتبرنا موضع انبعاث الماء وموضع ظهور القتل (لأنه) أي لأن الفرات (ليس في يد أحد ولا في ملكه ، وإن كان محتبساً بالشاطئ فهو على أقرب القرى من ذلك المكان على التفسير الذي تقدم) أراد به قوله هذا محمول على ما إذا كان بحيث يبلغ أهله الصوت (لأنه اختص بنصرة هذا الموضع فهو كالموضوع على الشط والشط في يد من هو أقرب منه) أي من الشط ، ثم أوضح ذلك بقوله (ألا ترى أنهم يستقون منه الماء ويوردون دوابهم فيها . بخلاف النهر الذي يستحق به الشفعة) يعني إذا وجد القتل في النهر الصغير يجب فيه القسامة والدية على عاقلة أرباب النهر ولا يكون هدرأ

لاختصاص أهلها به لقيام يدهم عليه ، فتكون القسامة
والدية عليهم . قال وإن ادعى الولي على واحد من أهل المحلة
بعينه لم تسقط القسامة عنهم ، وقد ذكرناه . وذكرنا فيه
القياس والاستحسان . قال وإن ادعى على واحد من غيرهم
سقط عنهم ، ووجه الفرق قد بيناه من قبل وهو أن وجوب القسامة
عليهم دليل على أن القاتل منهم فتعيينه واحداً منهم لا ينافي ابتداء
الأمر ، لأنه منهم ،

نسبة التقصير إليهم ، لأنه في أبيدهم (لاختصاص أهلها به لقيام يدهم عليه فتكون
القسامة والدية عليهم) .

(قال) أي القدوري (وإن ادعى الولي على واحد من أهل المحلة بعينه لم تسقط
القسامة عنهم ، وقد ذكرناه) أي في مسألة ولو ادعى على البعض (وذكرنا فيه) أي في
المذكور (القياس والاستحسان) سقوط القسامة وهو القياس وهو رواية ابن المبارك عن
أبي حنيفة « رح » ، وروى عن محمد « رح » وفي الاستحسان لا تسقط وهو رواية الأصل
وقد مر تمام الكلام عند قوله هذا الذي ذكرناه إذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة ،
وكذا إذا ادعى على البعض لا بأعيانهم .

(وقال وإذا ادعى على واحد من غيرهم) أي من غير أهل المحلة بعينه (سقط) أي
سقط كل واحد من القسامة والدية (عنهم) أي عن أهل المحلة ويحلف المدعي عليه يميناً
واحدة . وقالت الثلاثة إن كان هناك لوث تكرار اليمين عليه ، وقد بيناه من قبل يريد
به قوله هذا الذي ذكرناه إذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة (ووجه الفرق قد
بيناه من قبل) أي بين المسألتين (وهو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل
منهم فتعيينه واحداً منهم لا ينافي ابتداء الأمر) أي ابتداء القسامة ، لأن الشرع أوجب
القسامة على أهل المحلة (لأنه) أي لأن الواحد الذي عينه (منهم) .

بخلاف ما إذا عين من غيرهم ، لأن ذلك يبان أن القاتل ليس منهم ، وهو أنهم يغرمون إذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديراً حيث لم يأخذوا على يد الظالم ، لأن أهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتل بين أظهرهم إلا بدعوى الولي ، فإذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقد شرطه . قال وإذا التقى قوم بالسيوف فأجلوا عن قتل فهو على أهل المحلة ، لأن القتل بين أظهرهم والحفظ عليهم ، إلا أن يدعي الأولياء على أولئك ، أو على رجل منهم بعينه فلم يكن على أهل المحلة شيء ، لأن هذه الدعوى تضمنت براءة أهل المحلة عن القسامة .

(بخلاف ما إذا عين من غيرهم) أى من غير أهل المحلة (لأن ذلك يبان أن القاتل ليس منهم ، وهو أنهم يغرمون إذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديراً حيث لم يأخذوا على يد الظالم ، ولأن أهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتل بين أظهرهم إلا بدعوى الولي . فإذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم) فلا تسمع بعد ذلك دعواه للتناقض (وسقط) أى الدعوى (لفقد شرطه) أى شرط الدعوى ، لأنه ادعى على غير أهل المحلة ، فقد أبرأهم عن ذلك فلا تسمع بعد ذلك دعواه واعلم أن قوله وللفرق إلى قوله قال وإذا التقى قوم بالسيوف لا يوجد في كثير من النسخ ، ولهذا لم يشرحه أكثر الشراح .

(قال) أى عمد في الجامع الصغير (وإذا التقى قوم بالسيوف فأجلوا) بالجيم أى انكشفوا (عن قتل فهو على أهل المحلة ، لأن القتل بين أظهرهم) أى بينهم ، لفظ الأظهر مقعم للتأكيد (والحفظ عليهم ، إلا أن يدعي الأولياء على أولئك ، أو على واحد منهم بعينه ، فلم يكن على أهل المحلة شيء لأن هذه الدعوى تضمنت براءة أهل المحلة عن القسامة) .

قال ولا على أولئك حتى يقيموا البيئة ، لأن بمجرد الدعوى لا يثبت الحق
للحديث الذي رويناها اما يسقط به الحق عن أهل المحلة ، لأن قوله
حجة على نفسه . ولو وجد قتيل في معسكر أقاموا بفلاة من الأرض
لا ملك لأحد فيها ، فإن وجد في خباء أو فسطاط فعلى من يسكنها
الدية والقسامة ، وإن كان خارجاً من الفسطاط فعلى أقرب الأخبية
اعتباراً لليد عند انعدام الملك .

(قال) أى محمد (ولا على أولئك) أى أولئك القوم المتقاتلين أى لم تكن القسامة
على أهل المحلة ، ولا على المتقاتلين (حتى يقيموا البيئة ، لأن بمجرد الدعوى لا يثبت الحق
للحديث الذي رويناها) أى في أول باب القسامة ، وهو قوله ^{عليه السلام} لو أعطي الناس
بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ، ولكن البيئة على المدهي واليمين على من أنكره
ولا يقال الظاهر أنهم قتلوه ، لأن الظاهر حجة لدفع الاستحقاق لا للاستحقاق (أما
يسقط به الحق عن أهل المحلة ، لأن قوله حجة على نفسه ، ولو وجد قتيل في معسكر)
بفتح الكاف موضع المعسكر ، يقال عسكر الرجل أى جعل عسكراً ، وهو معسكر
بكسر الكاف والموضع معسكر ، وفي ديوان الادب يقال عسكر بعسكر عسكرة إذا
هيا المعسكر ، والمعسكر هو الجند ، قاله الاترازي وكان من حق الكلام أن يقال في
عسكر (أقاموا بفلاة من الأرض) أى نزلوا وسكنوا بها ، لأن المعسكر بفتح الكاف
منزل المعسكر ، إلا أن يقال أراد به المعسكر المهيأ (لا ملك لأحد فيها) .

(فإن وجد في خباء) وهي الخيمة من الصوف (أو فسطاط) وهي الخيمة العظيمة ،
وعن ابن الكلبي بيوت العرب ستة قبة من آدم ، ومظلة من شعر ، وخباء من صوف ،
ولحاذ من وبر ، وخيمة من شجر ، وفيه وافية من هجر (فعلى من سكنها الدية والقسامة)
أى على عاقلتهم .

(وإن كان) أى القاتل (خارجاً من الفسطاط فعلى أقرب الأخبية منه) القسامة
والدية (اعتباراً لليد عند انعدام الملك) وقال شيخ الإسلام علاء الدين الاسييجاني في

وإن كان القوم لقوا قتالاً ووجد قتيل بين أظهرهم فلا قسامة ولا دية ، لأن الظاهر أن العدو قتله فكان هدرأ ، وإن لم يلقوا عدواً

شرح الكافي ، وإذا وجد القتيل في المعسكر والمعسكر في أرض فلاة فهو على القبيلة الذين وجد في رحالهم ، لأنهم إذا نزلوا في فلاة صار كل قبيلة كمحلة على حدة ، فيكون صيانة ذلك الموضع عليهم ، هذا إذا نزلوا قبيلة قبيلة ، أما إذا نزلوا مختلطين تجب على أقرب أهل الاخية على من في الحباء جميعاً ، لأنه يصير كدور متفرقة ليس في موضع قوم مجتمعين ، وإن كان المعسكر في ملك رجل فعلى عاقلة رب الأرض القسامة والدية ، لأن صاحب الملك أقدر على الصيانة بمنزلة دار مملوك لرجل وفيها ساكن ، وإن كان المعسكر في فلاة من الأرض فوجد قتيل في فسطاط رجل فعليه القسامة تكرر عليه الايمان ، وعلى عاقلته الدية ، لأنه بمنزلة دار وجد فيها قتيل في الحلة ، فإن القسامة تجب على صاحب الدار ، والدية على عاقلته ، لأن أمر الصيانة إليه ، فكذا هنا .

(وإن كان القوم لقوا قتالاً) قال الكاكي انتصاب قتالاً على المفعولية أى لقي المسلمون مع المشركين قتالاً ، ويحتمل أن يكون على الحال ، أى مقاتلين ، وقال الاكمل قتالاً يجوز أن يكون حالاً ، أى مقاتلين ، ويجوز أن يكون مفعولاً مطلقاً ، لأن لقوا في معنى المقاتلة ، لأنهم لقوا له ، أى للقتال ، وقال الاترازي رحمه الله ما ملخصه أنه فيه وجوه أن يكون مفعولاً به ، وأن يكون حالاً والمفعول به محذوف وأن يقع قتالاً يعنى مقاتلين مفعولاً به أيضاً صفة لمحذوف ، فإنه مقامه ، أي لقوا عدواً مقاتلين مفعولاً به أيضاً تقاتلوا مقاتلة ، وأن يكون تمييزاً ، أي لقوا العدو من حيث المقاتلة ، لأن في لقائهم أنهما يجوز أن يكون ذلك بسبيل الصلح أو بسبيل العداوة والمقاتلة ، وأن يقع مفعولاً به ، انتهى . قلت الأقرب من هذه الوجوه أن يكون مفعولاً به أو حالاً ، والتمييز بعيد فليتأمل .

(ووجد قتيل بين أظهرهم فلا قسامة ولا دية ، لأن الظاهر أن العدو قتله ، فكان هدرأ) لا شيء فيه (وإن لم يلقوا عدواً فعلى ما بيناه) أشار به إلى قوله أن القتيل إذا

فعلى ما بيناه . وإن كان للأرض مالك فالعسكر كالسكان فيجب
على المالك عند أبي حنيفة ، خلافاً لأبي يوسف ، وقد ذكرناه .
قال وإذا قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله ما قتل ولا
عرفت له قاتلاً غير فلان ، لأنه يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله
فلا يقبل ، فيحلف على ما ذكرنا ، لأنه لما أقر بالقتل على واحد
صار مستثنى عن اليمين ، فبقي حكم من سواه ، فيحلف عليه .
قال وإذا شهد اثنان من أهل المحلة على رجل من غيرهم أنه قتل

وجد في العسكر بفلاة ، فإن وجد في الحباء فهو على ساكنه ، وإن وجد خارج الحباء
فعلى أقرب الأخبية .

(وإن كان للأرض مالك فالعسكر كالسكان ، فيجب على المالك عند أبي حنيفة ،
خلافاً لأبي يوسف ، وقد ذكرناه) أشار به إلى ما ذكر عند قوله ولا يدخل السكان مع
الملك في القسامة عند أبي حنيفة « رح » ، وهو قول محمد « رح » . وقال أبو يوسف « رح » ،
أجمعوا عليهم جميعاً .

(قال) أي القدوري (وإذا قال المستحلف) بفتح اللام (قتله فلان استحلف بالله ما
قتلت ولا عرفت له قاتلاً غير فلان ، لأنه يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل
فيحلف على ما ذكرناه) على أنه ما قتله ولا أعرف له قاتلاً غير فلان (لأنه لما أقر بالقتل
على واحد صار مستثنى عن اليمين فبقي حكم من سواه فيحلف عليه) حاصله أن لا
يسقط عنه اليمين بقوله قتله فلان ، لأن هذا لا يبقى أن يكون للمقر شريك معه في
القتل ، أو يكون غير شريك معه ، فإن كان كذلك يحلف على أنه ما قتله ولا أعرف
قاتلاً غيره .

(قال) أي القدوري (وإذا شهد اثنان من أهل المحلة) يعني إذا ادعى الولي (على
رجل من غيرهم) أي من غير أهل المحلة وشهد اثنان من أهل المحلة (أنه قتل لم تقبل

لم تقبل شهادتهما ، وهذا عند أبي حنيفة . وقالوا تقبل لأنهم كانوا
بعرضية أن يصيروا خصماء وقد بطلت العرضية بدعوى الولي القتل
على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة إذا عزل قبل الخصومة ،
وله أنهم خصماء بإنزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم فلا تقبل
شهادتهم . وإن خرجوا من جملة الخصوم كالوصي إذا خرج من
الوصاية بعدما قبلها ثم شهد . قال رضي الله عنه وعلى هذين الأصلين
يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس .

شهادتهما ، وهذا عند أبي حنيفة . وقالوا تقبل لأنهم كانوا بعرضية أن يكونوا خصماء وقد
بطلت العرضية بدعوى الولي القتل على غيرهم ، فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة (أي
كشهادة الوكيل (إذا عزل قبل الخصومة) عن الوكالة فشهد موكله ، فإن شهادته تقبل
وهو قياس الأئمة الثلاثة .

(وله) أي ولأبي حنيفة (أنهم خصماء بإنزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم) فإذا
كان كذلك (فلا تقبل شهادتهم ، وإن خرجوا من جملة الخصوم كالوصي إذا خرج من
الوصاية) بأن بلغ الغلام أو عزله القاضي (بعد ما قبلها) أي كالوصية (ثم شهد) فلا
تقبل شهادته .

(قال وعلى الأصلين هذين) المجمع عليهما أحدهما أن من انتصب خصماً في حادثة لا
تقبل شهادته في تلك الحادثة أبداً بالإجماع ، والثاني أن من له العرضية أن يصير خصماً ثم
بطلت العرضية فشهد فتقبل بالإجماع (يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس) منها
الشفيعان إذا شهدا بالشراء على المشتري وهما لا يطلبان الشفعة تقبل شهادتهما ، هذا على
الأصل الثاني . ومنها أن الوارثان شهدا بالدين على الميت ولد وارث آخر لم يطلب الميراث
قبلت الشهادة ، لأن الوارث مع الدين لا يصير خصماً والدين مقدم ، ولكن بعرضية أن
يصير خصماً ، ومن المسائل التي على الأصل الأول مسألة الوكيل ، وقد مرت .

قال ولو ادعى على واحد من أهل المحلة بعينه فشهد شاهدان من أهلها عليه لم تقبل الشهادة ، لأن الخصومة قائمة مع الكل على ما بيناه ، والشاهد يقطعها عن نفسه فكان متبهاً . وعن أبي يوسف أن الشهود يحلفون بالله ما قتلناه ولا يزدادون على ذلك ، لأنهم أخبروا أنهم عرفوا القاتل . قال ومن جرح في قبيلة فنقل إلى أهل فمات من تلك الجراحة ، فإن كان صاحب فراش حتى مات فالقسامة والدية على القبيلة ، وهذا قول أبي حنيفة . وقال أبو يوسف لا قسامة ولا دية ، لأن الذي حصل في القبيلة أو المحلة

(ولو ادعى على واحد من أهل المحلة بعينه فشهد شاهدان من أهلها عليه لم تقبل الشهادة ، لأن الخصومة قائمة مع الكل على ما بيناه) إشارة إلى ما ذكر في مسألة ، وإن ادعى للولي على واحد من أهل المحلة في بيان الفرق (والشاهد يقطعها) أي يقطع الخصومة (عن نفسه فكان متبهاً) فلا تقبل شهادته .

(وعن أبي يوسف أن الشهود يحلفون بالله ما قتلناه ولا يزدادون) ولفظ زاد يبيح لازماً ومتعدياً ، يقال زاد الشيء يزيد ، أي إزدادوا ، فعلى هذا قوله ولا يزدادون غير مستقيم وينبغي أن يقول ولا يزيدون (على ذلك) أي على قولهم ما قتلناه (لأنهم أخبروا أنهم عرفوا القاتل) وعن محمد يحلفون ولا عينا له قاتل غير الذي شهدا عليه . (ومن جرح في قبيلة) ولم يعلم الجراح ، لأنه لو علم سقطت القسامة ، بل فيه القصاص على الجراح إن كان عمداً ، والدية على المارقة إذا كان خطأ (فنقل إلى أهل فمات من تلك الجراحة ، فإن كان صاحب فراش حتى مات) يعني إذا صار صاحب فراش حين جرح في تلك القبيلة ثم نقل إلى أهل فمات قيد به ، لأنه لو كان صحيحاً يبيح ويذهب حين جرح ثم مات في أهل فلا شيء فيه كذا في المبسوط (فالقسامة والدية على القبيلة وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله) .

(وقال أبو يوسف لا ضمان فيه ولا قسامة ، لأن الذي حصل في القبيلة أو المحلة ما

ما دون النفس ولا قسامة فيه ، فصار كما إذا لم يكن صاحب فراش .
وله أن الجرح إذا اتصل به الموت صار قتلاً ، ولهذا وجب القصاص
فإن كان صاحب فراش أضيف إليه ، وإن لم يكن احتمل أن
يكون الموت من غير الجراح فلا يلزم بالشك ، ولو أن رجلاً معه
جريح به رمق حمله إنسان إلى أهله فمكث يوماً أو نذمين ثم مات
لم يضمن الذي حمله إلى أهله في قول أبي يوسف ، وفي قياس
قول أبي حنيفة يضمن ، لأن يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحاً
في يده كوجوده فيها ، وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله من
مسألة القبيلة .

دون النفس ولا قسامة فيه ، فصار كما إذا لم يكن صاحب فراش (وبه قال ابن
أبي ليلى .

(وله) أي ولأبي حنيفة (أن الجرح إذا اتصل به الموت صار قتلاً ، ولهذا وجب
القصاص ، فإن كان صاحب فراش) ومات بعده (أضيف إليه ، وإن لم يكن) صاحب
فراش (احتمل أن يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك) وعلى هذا الخلاف
مسألة الجريح إذا وجد على ظهر إنسان يحمله إلى بيته فمات بعد يوم أو يومين ، فإن كان
صاحب فراش حتى مات فالدية والقسامة على الذي حمله عند أبي حنيفة « رح » وعندهما
لم يضمن .

(ولو أن رجلاً معه جرح به رمق) أي الرمق بقية الروح (حمله إنسان إلى أهله
فمكث يوماً أو يومين ثم مات لم يضمن الذي حمله إلى أهله في قول أبي يوسف) وهو قياس
ابن أبي ليلى (وفي قياس قول أبي حنيفة « رح » يضمن ، لأن يده بمنزلة المحلة فوجوده
جريحاً في يده كوجوده فيها) أي في المحلة (وقد ذكرنا وجهي القولين) أي قول أبي
حنيفة وقول أبي يوسف « رح » (فيما قبله من مسألة القبيلة) وهو الذي ذكر هذا بقوله

ولو وجد رجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد وزفر لا شيء فيه ، لأن الدار في يده حين وجد الجرح فيجعل كأنه قتل نفسه فيكون هدرأ . وله أن القسامة إنما تجب بناء على ظهور القتل ، ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم .

ومن جرح في قبية (ولو وجد الرجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة) وهذا قياس قول أحمد والأوزاعي ، فإن عندهما لو قتل نفس خطأ يجب دية على عاقلته خلافاً لباقي العلماء .

(وقال أبو يوسف ومحمد وزفر لا شيء فيه) يعني يهدر دمه ، وبه قال الشافعي ومالك (لأن الدار في يده حين وجد الجرح فيجعل كأنه قتل نفسه فيكون هدرأ) يعني لا شيء فيه .

(وله) أي ولأبي حنيفة (أن القسامة إنما تجب بناء على ظهور القتل ، ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك) أي قبل ظهور القتل (وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم) أي عاقلة الورثة . قال الأكملي قال المصنف فديته على عاقلته . قال المصنف قال في دليله وحال ظهور القتل الدية للورثة فيجب على عاقلتهم وفيه تناقض ظاهر مخالفة بين الدليل والمدلول ، ودفع ذلك بأن يقال عاقلة الميت إما أن يكون عاقلة الورثة أو غيرهم ، فإن كان الأول كانت الدية على عاقلة الميت وهم عاقلة الورثة ولا تنافي بينهما . وإن كان الثاني كانت الدية على عاقلة الورثة ، ولما كان كل منهما ممكناً ، أشار إلى الأول في حكم المسألة وإلى الثاني في دليلها وعلى التقدير الثاني تعذر في قوله فالدية على عاقلته يضاف أي على عاقلة ورثته .

وقال الاترازي فإن قلت كيف يستقيم أن ينقل عاقلة الورثة للورثة ، وليس بمقول أن يعقلوا عن أنفسهم لأنفسهم . قلت لما قلنا أعم من غير أن يكون ورثة أو غير

بخلاف المكاتب إذا وجد قتيلا في دار نفسه لان حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه فيصير كأنه قتل نفسه فيهدر دمه .

ورثة فما وجب على غير الورثة من العاقلة يجب للورثة منهم ، وهذا لأن عاقلة الرجل أهل ديوانه عندنا ، وعند الشافعي أقرباؤه .

(بخلاف المكاتب) لما استشعر المصنف ورد مسألة المكاتب (إذا وجد قتيلا في دار نفسه) كالنقص على ما ذكر ، أشار إلى الجواب بقوله بخلاف المكاتب حيث يهدر دمه إذا وجد قتيلا في دار نفسه (لأن حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه ، فيصير كأنه قتل نفسه فيهدر دمه) لان الكتابة لا تنفسخ إذا مات وله مال ، بل يقضي ما عليه منه ، فإذا كانت الدار له حين ظهور قتله جعل قاتلا نفسه تقديراً لقيام ملكه والحر حال ظهور قتله انتقل منه ملكه إلى ورثته فلم يجعل قاتلا نفسه تقديراً لزوال ملكه .

وقال الكرخي في مختصره إذا وجد في دار المكاتب قتيل فهو عليه يسمى في الأقل من قيمته ومن الدية . وكذلك لو وجد مولاه في دار المكاتب قتيلا كان عليه الأقل من ديته والقيمة . ولو وجد المكاتب قتيلا في دار مولاه فعلى مولاه قيمته في ثلاث سنين ولا تحمله العاقلة . وقال القدوري في كتاب التقريب قال أبو يوسف إذا وجد المكاتب قتيلا في دار سيده فعلى السيد القيمة في ماله ، وإن لم يترك وفاء ولا دين عليه فهو هدر ، وإن كان عليه دين ولم يدع وفاء فعلى السيد الأقل من القيمة والدين لغرمائه .

وقال زفر دمه هدر ترك وفاء أو لم يترك . وقال الكرخي في مختصره وإذا وجد في دار عبد مأذون له في التجارة وعليه دين أو لا دين عليه أو غير مأذون له وجب في داره قتيل فعلى عاقلة مولاه قتيلا ، فإن كان عليه دين فإن على الولي قيمته لغرمائه في ماله حالا ، وكذلك لو قتله عمداً فعليه قيمته حالا . وكذلك لو كان العبد جنى جنابة ثم وجد قتيلا في دار مولاه فعلى المولى قيمته حالا ، وكذلك لو قتله المولى خطأ وهو لا يعلم بالجنابة ، فإن كان يعلم فعليه الدية .

وقال محمد إذا وجد أبو الرجل أو أخوه قتيلا في داره فإن عاقلته تعقل دية أبيه ودية أخيه ، وإن كان هو وارثه ، لأن الدية لم تجب له ، وإنما وجب كغيره . وقال بشر

ولو أن رجلين كانا في بيت وليس معهما ثالث فوجد أحدهما مذبحاً . قال أبو يوسف يضمن الآخر الدية . وقال محمد لا يضمنه ، لأنه يحتمل أنه قتل نفسه ويحتمل أنه قتله الآخر ، فلا يضمنه بالشك ، ولأبي يوسف أن الظاهر أن الإنسان لا يقتل نفسه فكان التوهم ساقطاً كما إذا وجد قتيل في محلة . ولو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند أبي حنيفة ومحمد عليها القسامة عليها تكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها أقرب القبائل إليها في النسب . وقال أبو يوسف القسامة على العاقلة أيضاً ، لان القسامة إنما تجب على من كان من أهل النصرة ، والمرأة ليست من أهلها فأشبهت الصبي . ولهما أن القسامة لنفي التهمة ،

وتهمة القتل من

عن أبي يوسف في العبد الرهن يوجد في دار الراهن أو المرتن قتيلًا فالدية على رب الدار دون العاقلة . قال الأسبيجاني في شرح الكافي وإذا وجد العبد أو المكاتب أو المدبر أو أم الولد قتيلًا في محلة وجبت القسامة والقيمة في ثلاث سنين .

(ولو أن رجلين كانا في بيت وليس معهما ثالث فوجد أحدهما مذبحاً . قال أبو يوسف يضمن الآخر الدية . وقال محمد لا يضمنه ، لانه يحتمل أنه قتل نفسه ويحتمل أنه قتله الآخر فلا يضمنه بالشك . ولأبي يوسف أن الظاهر أن الإنسان لا يقتل نفسه ، فكان التوهم ساقطاً) يعني وقوع القتل من نفسه وهم لا يلتفت إليه (كما إذا وجد قتيل في محلة) حيث يكون قوم قتل نفسه ساقطاً ، فكذا هذا .

(ولو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند أبي حنيفة ومحمد « رح » القسامة عليها تكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها أقرب القبائل إليها في النسب . وقال أبو يوسف القسامة على العاقلة أيضاً ، لأن القسامة إنما تجب على من كان من أهل النصرة والمرأة ليست من أهلها ، فأشبهت الصبي) حيث لا يكون من أهل الصيانة ، وإنما القسامة مخاطب بها على أهل الصيانة فالمرأة والصبي سواء .

(ولهما) أي ولأبي حنيفة ومحمد « رح » (أن القسامة لنفي التهمة وتهمة القتل في المرأة

المرأة متحقة . قال المتأخرون أن المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسألة ، لأنها أزلناها قاتلة ، والقاتل يشارك العاقلة . ولو وجد رجل قتيلا في أرض رجل إلى جانب قرية ليس صاحب الأرض من أهلها ، قال هو على صاحب الأرض ، لأنه أحق بنصرة أرضه من أهل القرية

متحقة) لأن في حق العاقلة ، لأنهم لم يكونوا في القرية فيلزمها القسامة . (قال المتأخرون) أي من المشايخ لأصحابنا (أن المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسألة) قيد بقوله في هذه المسألة لأنها لا تدخل في غير هذه المسألة على ما يحىء في العاقلة (لأنها أزلناها قاتلة ، والقاتل يشارك العاقلة) إنما أزلوها قاتلة تقديرأ حيث دخلت في القسامة ، فكما دخلت في العقد أيضاً ، بخلاف غيرها من الصور ، فإنها لا تدخل فيه في القسامة ، بل يجب على الرجال فلا تدخل في العقل أيضاً .

(ولو وجد رجل قتيلا في أرض رجل إلى جانب قرية ليس صاحب الأرض من أهلها) أي من أهل القرية (قال هو على صاحب الأرض) أي وجوب القسامة والدية على صاحب الأرض (لأنه أحق بنصرة أرضه من أهل القرية) لأن الحفظ والتدبير في الأرض إلى صاحب الأرض لا إلى أهل القرية . وقال شيخ الإسلام علاء الدين الاسييجابي في شرح الكافي القرية إذا كانت لرجل من أهل النعمة فإنه يكرر عليه الإيمان ، لأنه من أهل القسامة ، والقرية في صيانة ، فيكون موجب التقصير عليه ، وعليه الدية ، لأنه لا عاقلة له ، حتى لو كانت له عاقلة يجب عليهم . ولو كان النعمي منزلا في قبيلة من القبائل فوجد فيها قتيل لم يدخل النعمي في القسامة ولا في الثرم ، لأنه تبسح لأهل القرية ، وكذلك السكان والتوكل فيها من غيرهم ، لأنهم أتباع .

وقال شيخ الإسلام أيضاً ولو وجد القتيل في قرية اليتامى وم صغار ليس في تلك القرية من عشيرتهم أحد ، فالقسامة والدية على عاقلة اليتامى ، لأنهم ليسوا من أهل الصيانة فيلزم ذلك على عاقلتهم ، وعاقلتهم أقرب للقتل إليهم إذا لم يكن في ذلك البلد عشيرتهم ، وإن كان فيهم مدرك فلي القسامة وتكرار اليمين ، لأنه من أهل ذلك ، وعلى أقرب للقتل منهم للدية في الوجهين إذا لم يكن في تلك البلد عشيرتهم ، والله أعلم .

كتاب المعادل

المعادل جمع معادلة وهي الدية ، وتسمى الدية عقلا ، لأنها تعقل الدماء من أن تسفك ، أي تمسك .

(كتاب المعادل)

أي هذا كتاب في بيان أحكام المعادل .

(المعادل جمع معادلة) بفتح الميم وضم القاف كاللكارم جمع مكرمة بضم الراء (وهي الدية) أي المعادلة هي الدية في الإصطلاح . وأما في اللغة فمعنى العقل المنع (وتسمى الدية عقلا ، لأنها تعقل الدماء من أن تسفك أي تمسك) وقيل إنما سميت الدية عقلا ومعادلة باعتبار أن أهل الديات كانت تعقل بفناء دار المقتول ، ثم عم هذا الاسم فسميت الدية معادلة . وإن كانت دراهم أو دنانير أو البقر أو الغنم أو الجبل وغيرها على الخلاف الذي يأتي . ومعادل الجبال المواضع النسيعة فيها العقل من الجبل ، حيث يمتنع منه . ويقال عقل الدواء بطنه يعقله عقلا إذا أمسكه ، وعقل الوعد في الجبل إذا علا فيه وامتنع يعقل عقولا ، وسميت آلة الإدراك عقلا لهذا المعنى أيضا ، لأنه يمنع من السفه والهوى والمعنى الجامع اللغوي المنع .

وفي مبسوط شيخ الإسلام طعن بعض الملحدين من مبطلي الرسل على هذا . وقال لا جناية من المعادلة وجوب الدية باعتبارها ، فيكون في مال القاتل . وحكي ذلك عن أبي بكر الاصم والحوارج أنهم قالوا تجب الدية في مال القاتل ، يؤيد ذلك قوله تعالى ﴿ ولا تزر وازرة وزر أخرى ﴾ ألا ترى أن من أتلّف دابة قيمتها تعحف مال المتلف كثرة لا يجب الضمان . قلنا إيجاب الدية على المعادلة مشهورة ثبتت بالأحاديث المشهورة ، وعليه عمل

قال والدية في شبه العمد والخطأ ، وكل دية تجب بنفس القتل على العاقلة ، والعاقلة الذين يعقلون ، يعني يؤدون العقل وهو الدية ، وقد ذكرناه في الديات . والاصل في وجوبها على العاقلة قوله عليه السلام في حديث حمل بن مالك رضي الله عنه للاولياء قوموا فدوه . ولان النفس محترمة لا وجه إلا الإهدار ،

الصحابة رضي الله تعالى عنهم والتابعين من بعدم فيزاد على كتاب الله تعالى ، فدل على أنه لا يحمل وازرة و زر أخرى ، وإنما ذكر هذا الكتاب في آخر كتاب الجنائيات والابواب والفصول ، لانه لم يبق شيء من أحكام هذه الكتب إلا بيان أحكام الماقل فيها على الترتيب .

(قال) أي القدوري (والدية في شبه العمد والخطأ) أي وجوب الدية في شبه العمد والقتل والخطأ (وكل دية تجب بنفس القتل على العاقلة) كل دية مرفوع ، لأنه مبتدأ ، وخبره قوله على العاقلة ، وإنما قال بنفس القتل ، أي ابتداء واحترز على ما وجبت الدية في ثاني الحال لا ابتداء ، كما إذا قتل الأب ابنه حيث يكون موجب القتل القصاص ابتداء ، ولكنه يسقط ذلك إلى الدية بشبهة الأبوة فتجب الدية في مال الأب لا على العاقلة . وكذا إذا وجبت الدية صلحاً من العمد يجب ذلك في مال القاتل حالة إلا إذا اشترط التأجيل ، بخلاف ما يجب على الأب فإنه يجب في ثلاث سنين .

(والعاقلة الذين يعقلون ، أي يؤدون العقل وهو الدية ، وقد ذكرناه في الديات) أي ذكرنا الدية على تأويل العقل في حديث أحمد بن مالك وقد مرت قصته في فصل الجنين .

(والاصل في وجوبها) أي في وجوب الدية (على العاقلة قوله عليه السلام) أي قول النبي ﷺ (في حديث حمل بن مالك للاولياء قوموا فدوه) وحمل بالحاء المحملة والميم المفتوحين ابن مالك بن النابغة الهذلي . قوله فدوه بضم الدال وسكون الواو ، أي أدوا ديته من يدي وقد مر الكلام فيه مستقصى فيما مضى .

والخاطئ معذور ، وكذا الذي تولى شبه العمد نظراً إلى الآلة فلا وجه إلى إيجاب العقوبة عليه ، وفي إيجاب مال عظيم إجحافه واستئصاله فيصير عقوبة فاضل إليه العاقلة تحقيقاً للتخفيف ، وإما خصوا بالضم ، لأنه إما قصر لقوة فيه ، وتلك بانصراره وهم العاقلة ، فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا به . قال والعاقلة أهل الديوان إن كان القاتل من أهل الديوان يؤخذ من عطاياهم في

(ولأن النفس محترمة لا وجه إلى الإمدار) أي إلى الإسقاط لأنه ليس في الإسلام دم مهدر (والخاطئ معذور) لأنه لم يقصد القتل (وكذا الذي تولى شبه العمد) وهو الذي ضربه بالسوط الصغير حتى قتله (نظراً إلى الآلة) لأن آله ليست بموضوعة للقتل ، فكان في معنى الخطأ (فلا وجه إلى إيجاب العقوبة عليه ، وفي إيجاب مال عظيم إجحافه) أي إجحاف الخاطئ ، يقال أجبف بالشيء إذا ذهب به (واستئصاله) قال الأكمل فيه الإجحاف بقوله واستئصاله . قلت ليس كذلك ، لأن الإجحاف التعاقب بالشيء كما ذكرنا ، ومنه سيل جفاف إذا ذهب بكل شيء ، والإستئصال قطع الشيء ومادته همزة وصاد ولام وأصل واستئصال بكسر التاء وسكون الهمزة فقلبت الهمزة ياء للتخفيف (فيصير عقوبة) إذا وجب هذا المال العظيم كله على القاتل يكون عقوبة فلا يستحق هذه العقوبة (فاضل إليه العاقلة تحقيقاً للتخفيف ، وإما خصوا) أي العاقلة (بالضم) دون غيرهم (لأنه إما قصر لقوة فيه) أي لأن القاتل إما قصر حالة الرمي في التثبت والتوقى بقوته (وتلك) أي تلك القوة حاصلة (بانصراره) وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا به (أي بالضم .

(قال) أي القدوري (والعاقلة أهل الديوان) الديوان الجريدة من دون الكتب إذا جمعها ، لأنه قطع من القراطيس مجموعة (إن كان القاتل من أهل الديوان يؤخذ من عطاياهم في ثلاث سنين) العطايا جمع أعطية ، والأعطية جمع عطاء ، والعطاء إسم ما ما يعطى . وقيل العطاء ما يخرج للجندي من بيت المال سنة مرة أو مرتين ، والرزق

ثلاث سنين ، وأهل الديوان أهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت
أساميهم في الديوان ، وهذا عندنا . وقال الشافعي الدية على أهل
العشيرة ، لأنه كان كذلك على عهد رسول الله عليه السلام ولا نسخ

ما يخرج له كل شهر . وعن الحلواني كل ستة أشهر . وقيل كل يوم (وأهل الديوان أهل
الرايات وهم الجيش الذين كتبت أساميهم وأرزاقهم في الديوان) .

وقال الاسيبي في شرح الكافي وعاقلة الرجل أهل نصرته ، وكان عاقلة الرجل في
ابتداء الإسلام أهل عشيرته وأهل نسبه فلما دون عمر الدواوين فوض ذلك على أهل
الديوان وهم أهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت أساميهم وأرزاقهم في الديوان فمن
كان من أهل الديوان فعقله عليهم إذا جنى . ومن لم يكن من أهل ذلك إن كان من أهل
البادية فعقله على أقرب القبائل إليه نسباً وإن كان من أهل المصر إن كان له أقرباء
وعشيرة يقضى عليهم ، وإن لم يكن يختلف المشايخ فيه فبعضهم قالوا يجب في ماله ،
وبعضهم قالوا يجب على أهل حرفته . وبعضهم قالوا يجب على جيرانه ،
وبعضهم قالوا على أهل الدية لأنه من ظهر نسبهم (وهذا) أي وهذا الحكم الذي
ذكرنا (عندنا) .

(وقال الشافعي الدية على أهل العشيرة) وهم العصابات ، وبه قال مالك وأحمد
وأكثر أهل العلم ، وكل من عدا العصابة ليس من العاقلة . واختلف في الآباء والبنين ،
فقال الشافعي وأحمد في رواية ليس آباءه وأبنائه وإن علوا أو سفلوا من العاقلة . وقال
مالك وأحمد في رواية يدخل في العاقلة أب القاتل وابنه وهو قولنا عند عدم أهل
الديوان . وعن بعض مشايخنا لا يدخلون كما يحییء إن شاء الله تعالى .

(لأنه كان كذلك على عهد رسول الله ﷺ) لما روى أبو هريرة أن امرأتين من هذيل
اقتلتا فرمت إحداهما بجحر فقتلت الأخرى فاختصموا إلى النبي ﷺ فقضى بديتها على
عاقلتها ، وميراثها لابنها ، رواه أبو داود والنسائي . وإذا ثبت هذا في الأولاد ألحق
الوالد به ، لأنه في معناه (ولا نسخ بعده) أي بعد النبي ﷺ لأنه لا يكون إلا بوحى
على لسان نبي ولا نبي بعده .

بعده . ولأنه صلة والأولى بها الأقارب . ولنا قضية عمر رضي الله عنه ، فإنه لما دون الدواوين جعل العقل على أهل الديوان ، وكان ذلك بمحض من الصحابة رضي الله عنهم من غير تكبير منهم وليس ذلك بنسخ ، بل هو تقرير معنى ، لأن العقل كان على أهل النصرة ، وقد كانت بأنواع بالقرابة والحلف والولاء والعدد ، وفي

(ولأنه صلة) أي ولأن الدية صلة على تأويل العقل (والأولى بها) أي بالصلة (الأقارب) والصلة عبارة عن مال يجب ابتداء الا بمقابلة مال ، ولهذا سميت الزكاة وشفقة الأقارب صلة .

(ولنا قضية عمر فإنه لما دون الدواوين جعل العقل على أهل الديوان ، وكان ذلك بمحض من الصحابة من غير تكبير منهم) روى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا حميد بن عبد الرحمن عن حسن عن مصرف عن الحكم قال عمر أول من جعل الدية عشرة عشرة في أعطيات المقاتلة هون الناس . وحدثنا عبد الرحيم بن سليمان عن أشعث عن الشعبي عن الحكم عن إبراهيم قال أول من فرض العطايا عمر بن الخطاب وفرض فيه الدية كاملة في ثلاث سنين . وحدثنا غسان بن مطر عن سعيد بن زيد عن أبي نصرة عن جابر قال ، أول من فرض الفرائض ودون الدواوين وعرف العرفاء عمر بن الخطاب .

فإن قيل قوله من غير تكبير منهم إجماع ، فهذا إجماع على خلاف ما قضى رسول الله ﷺ فكيف يظن بهم . قلنا هذا إجماع على وفاق ما قضى رسول الله ﷺ ، وإنما قضى على العشيرة باعتبار النصرة ، ولهذا لا يوجد من النسوان والصبيان من عشيرته ، لأنهم ليسوا من أهل النصرة ، ثم لما دون عمر رضي الله عنه الدواوين صارت النصرة بالديوان فقضى بالدية على أهل الديوان .

(وليس ذلك بنسخ) جواب عن قول الشافعي ولا نسخ بعده (بل هو تقرير معنى) أي من حيث المعنى (لأن للعقل كان على أهل النصرة ، وقد كانت) أي النصرة (بأنواع بالقرابة والحلف) بكسر الحاء ، وهو المهد بين القوم ، ومنه قولهم تحالفوا على

عهد عمر رضي الله عنه قد صارت بالديوان فجعلها على أهله اتباعاً للمعنى . ولهذا قالوا لو كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم أهل الحرفة . وإن كان بالحلف فأهله والدية صلة كما قال ، لكن إيجابها فيها هو صلة وهو العطاء أولى منه في أصول أموالهم ، والتقدير بثلاث سنين مروي عن النبي عليه السلام ومحكي عن عمر رضي الله عنه . ولأن الأخذ من العطاء للتخفيف ، والعطاء يخرج في

التناصر ، والمراد به ولاء الموالة (والولاء) أي ولاء العتاقة (والعدد) في بعض النسخ والعدد وهو أن يعد منهم يقال فلان عديد ، قال أي يعددهم .

(وفي عهد عمر « رض » قد صارت) أي النصر (بالديوان فجعلها) أي الدية (على أهله) أي أهل الديوان (اتباعاً للمعنى) أي النصر (ولهذا) أي ولأجل الاتباع للنصرة . (قالوا) أي المشايخ (لو كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم أهل الحرفة) وفي شرح الطحاوي إذا لم يكن القاتل من أهل الديوان فعاقلته أنصاره . فإن كان نصرته بالمحال والدروب يحمل عليهم إن كان نصرته بالحرف فعاقلته المحترفون الذين هم أنصاره كالقصارين والصفارين بسمرقند والأساكفة بأسبيجاب .

(وإن كان بالحلف) أي وإن كانت نصرته بالحلف بالكسر (فأهله) أي فأهل الحلف ، أي فعاقلته أهل الحلف (والدية صلة كما قال) أي الشافعي (لكن إيجابها) أي إيجاب الدية (فيها هو صلة وهو العطاء) وهو الذي يخرج له من بيت المال الذي هو صلة (أولى منه) أي من الإيجاب (في أصول أموالهم) نظراً في حاله وتخفيفاً عليه (والتقدير) أي تقدير الدية في الخطأ بالتأجيل (بثلاث سنين مروي عن النبي ﷺ ومحكي عن عمر رضي الله عنه) تقدم كلاهما فيما مضى أن النبي ﷺ جعل دية الخطأ على العاقلة في ثلاث سنين ، وأن عمر بن الخطاب « رض » فرض كذلك (ولأن الأخذ) أي أخذ الدية (من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج في كل سنة مرة واحدة) فتؤخذ في ثلاث سنين .

كل سنة مرة . فإن خرجت العطايا في أكثر من ثلاث سنين أو أقل أخذ منها لحصول المقصود . وتأويله إذا كانت العطايا للسنين المستقبلية بعد القضاء ، حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء ولا يؤخذ منها ، لأن الوجوب

(فإن خرجت العطايا في أكثر من ثلاث سنين ^(١) أو أقل منها أخذ منها) هذا لفظ القدوري ، يعني إن خرجت العطايا في أكثر من ثلاث سنين تؤخذ الدية منهم في أكثر من ثلاث سنين ، حتى إذا خرجت عطايهم الثلاث في ست سنين تؤخذ منهم الدية في كل سنة السدس . وإذا خرجت عطايهم الثلاث في سنة واحدة تؤخذ جميع الدية في سنة واحدة ، لأن وجوبها في العطايا وقد حصلت (لحصول المقصود) يعني أن المقصود أن يكون المأخوذ منهم من الأعطية ، وذلك يحصل بالأخذ من عطايهم سواء كانت في أكثر من ثلاث سنين أو في أقل منها .

(وتأويله) أى وتأويل كلام القدوري (إذا كانت العطايا للسنين المستقبلية بعد القضاء) أى بعد قضاء القاضي . فالدية على الماقلة (حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء) بالدية (ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها ، لأن الوجوب بالقضاء) لأن من عليه الدية قبل القضاء غير معلوم لكونه مجتهداً فيه ، لأن في الماقلة كلاماً فبعضهم يقول أهل الديوان ، وبعضهم يقول أهل العشيرة فلا يحكم إلا بالقضاء . وكذا الواجب في نفسه غير معلوم ، فإن ولاية التعمين منه إلى القاضي إن شاء قضى بالإبل ، وإن شاء قضى بالدراهم أو الدنانير ، لأن من الناس من قال الواجب الإبل فعسب . وقال قوم الإبل والأثمان جميعاً . وزاد قوم على هذا البقر والغنم والحيل ، وإنما قال المصنف تأويله لأن القدوري أطلق ذكر السنين ، وإنما تؤخذ منهم في ثلاث سنين بعد القضاء ، فيكون المراد ثلاث سنين في المستقبل ، فلا بد من التأويل (على ما نبين إن شاء الله تعالى) أشار به إلى ما ذكر بعد عشرة خطوط بقوله لأن الواجب الأصلي

(١) من ثلاثة أو أقل - اهـ مصححه .

بالقضاء على ما نيين إن شاء الله تعالى . ولو خرج للقاتل ثلاث عطايا في سنة واحدة معناه في المستقبل يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا . وإذا كان جميع الدية في ثلاث سنين فكل ثلث منها في سنة ، وإن كان الواجب بالعقل ثلث دية النفس أو أقل كان في سنة واحدة ، وما زاد على الثلث إلى تمام الثلثين في السنة الثانية ، وما زاد على ذلك إلى تمام الدية في السنة الثالثة ، وما وجب على العاقلة من الدية أو على القاتل بأن قتل الأب ابنه عمداً فهو في ماله في ثلاث سنين . وقال الشافعي رحمه الله ما وجب على القاتل في ماله فهو حال ، لأن التأجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض . ولنا أن القياس يأباه ، والشرع ورد به مؤجلاً فلا يتعداه .

المثل والتحول إلى القيمة بالقضاء .

(ولو خرج للقاتل) أى للعامل للقاتل ، وفي النسخ للعامل ، والأول هو الأصح (ثلاث عطايا في سنة واحدة ، معناه في المستقبل يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا) أشار به إلى قوله لأن الوجوب بالقضاء .

(وإذا كان جميع الدية في ثلاث سنين فكل ثلث منها في سنة) أى فيؤخذ كل ثلث من الدية في سنة واحدة (وإن كان الواجب بالعقل) أى من الجنائيات فيما دون النفس (ثلث دية النفس أو أقل كان في سنة واحدة ، وما زاد على الثلث إلى تمام الثلثين في السنة الثانية ، وما زاد على ذلك إلى تمام الدية في السنة الثالثة وما وجب على العاقلة من الدية أو على القاتل) أى أوجب على القاتل (بأن قتل الأب ابنه عمداً فهو في ماله في ثلاث سنين . وقال الشافعي ما وجب على القاتل في ماله فهو حال) وبه قال مالك وأحمد ، وقد مرّت المسألة (لأن التأجيل للتخفيف لتحمل العاقلة ، فلا يلحق به العمد المحض) . ولنا أن القياس يأباه (أى يأبى وجوب المال لاتعدام المماثلة بين المال والتالف

ولو قتل عشرة رجال خطأ فعلى كل واحد عشر الدية في ثلاث سنين اعتباراً للجزء بالكل ، إذ هو بدل النفس ، وإنما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية ، لأن الواجب الأصلي المثل والتحول إلى القيمة بالقضاء ، فيعتبر ابتداؤها من وقته كما في ولد المغرور . قال ومن لم يكن من أهل الديوان فعاقلته قبيلته ، لأن نصرته بهم وهي المعتبرة في التعاقل . قال وتقسم عليهم في ثلاث سنين لا

(والشرع ورد به) أي بإيجاب المال (مؤجلاً) في الخطأ (فلا يتمداه) أي فلا يتمدى الذي يوجب الشرع .

فإن قيل هذا ليس في معنى الخطأ فلا يلحق به . قلنا هو في معناه من حيث كونه مالا وجب بالقتل ابتداء ، والمساواة من جميع الوجوه غير ملتزمة ، وكون التأجيل للتخفيف حكمه لا يترتب الحكم عليه .

(ولو قتل عشرة رجال خطأ فعلى كل واحد عشر الدية في ثلاث سنين اعتباراً للجزء بالكل) أي الدية بكل الدية (إذ هو بدل النفس) أي لأن الدية بدل للنفس ، والتذكير باعتبار العقل (وإنما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية ، لأن الواجب الأصلي المثل ، والتحول إلى القيمة بالقضاء) هذا هو الموعود قبله ، وقالت الأئمة الثلاثة من وقت القتل (فيعتبر ابتداؤها) أي ابتداء الدية (من وقته) أي من وقت القضاء (كما في ولد المغرور) وهو الذي وطأ امرأة معتمداً على ملك يمين أو نكاح فولدت ولدأ ثم استحقت حيث يكون ولدها حراً بالقيمة يوم الخصومة ، وهو يوم القضاء .

(قال) أي القدوري (ومن لم يكن من أهل الديوان فعاقلته قبيلته ، لأن نصرته يوم ، وهي) أي النصر (المعتبرة في التعاقل) لأن الدية كانت على القبيلة في عهد النبي ﷺ ، وإنما فعلها عمر إلى أهل الديوان لمعنى التناصر ، فلما لم يكن الجاني من أهل الديوان أقر الحكم على الأصل .

(قال) أي القدوري (وتقسم عليهم في ثلاث سنين لا يزداد الواحد منهم على أربعة

يزاد الواحد على أربعة دراهم في كل سنة وينقص منها . قال رضي
الله عنه كذا ذكره القدوري في مختصره ، وهذا إشارة إلى أنه
يزاد على أربعة من جميع الدية ، وقد نص محمد رحمه الله على أنه لا
يزاد على كل واحد من جميع الدية في ثلاث سنين على ثلاثة أو أربعة
فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة إلا درهم أو درهم وثلث ،
وهو الأصح .

دراهم في كل سنة وينقص منها) أي من الأربعة ، هذا إشارة على أنه يزاد على الأربعة
في السنين الثلاث ، لأنه قد نفى الزيادة بسنة واحدة ، وجوز الأربعة على الواحد من
المعلقة في السنة الواحدة ، فإذا كان ما يصيب الواحد في السنة الواحدة أربعة دراهم
كان ما يصيبه في السنين الثلاث اثني عشر درهماً لا محالة ، فكان ما يصيبه من جميع
الدية زيادة على الأربعة ، وقد نص محمد في كتاب الماقل بخلاف ذلك .

أشار إليه المصنف بقوله (قال ، روح ، كذا ذكره القدوري في مختصره ، وهذا
إشارة إلى أنه يزاد على أربعة من جميع الدية) أي المصنف (وقد نص محمد على أنه لا يزاد
على كل واحد من جميع الدية في ثلاث سنين على ثلاثة أو أربعة فلا يؤخذ من كل واحد
في كل سنة إلا درهماً أو درهماً وثلث درهم وهو الأصح) أي الذي قاله محمد هو
الأصح . وقال الأكل قوله وهو الأصح احتراز عما ذهب إليه بعض مشايخنا بمافهم
منهم إشارة كلام القدوري . وذكر في المبسوط قال وذلك غلط .

وقال الأتزازي رواية القدوري هي المشهورة ، وقد أثبت في شرح الأقطع روايته
بقوله لا يزاد الواحد على أربعة دراهم في كل سنة درهم ودانقان ، وينقص منها . وعلى
ذلك فلا يفرق بين نص محمد وبين رواية القدوري ، ويدل على صحة رواية شرح الأقطع
ما ذكره القدوري ، ففي مختصر الكرخي في باب أروش الجنائيات على الرقيق ولا يفرم
كل رجل من المعلقة إلا ثلاثة دراهم أو أربعة في الثلاث سنين ، وذلك كل ما يفرم ، ولا
يفرم أكثر من ذلك ، انتهى .

قال وإن لم يكن تسع القبيلة لذلك ضم إليهم أقرب القبائل ،
معناه نسباً كل ذلك بمعنى التخفيف ، ويضم الأقرب فالأقرب على
ترتيب العصابات الاخوة ثم بنوهم ثم الأعمام ثم بنوهم . وأما الآباء
والأبناء فقبل يدخلون لقربهم . وقيل لا يدخلون لأن الضم كنفي
الخرج حتى لا يصيب كل واحد أكثر من ثلاثة أو أربعة ، وهذا
المعنى إنما يتحقق عند الكثرة ، والآباء والأبناء لا يكثرون .
وعلى هذا حكم الرايات إذا لم يتسع لذلك أهل راية ضم إليهم أقرب

ثم أكثر ما يوضع على كل واحد من العاقلة أربعة دراهم وأقله لا يتقدر ، وعند
الشافعي على الفني نصف دينار وعلى المتوسط ربع دينار ، وكذا في مختصر الأسرار .
قال مالك وأحمد « رح » لا تقدير فيه فيعملون ما يطيقون إذ التقدير لا يثبت إلا
بالتوفيق ولا نص فيه فيفوض إلى رأى الحاكم . وعن أحمد « رح » في رواية مثل قول
الشافعي رحمه الله المذكور .

(قال) أى القدرى رحمه الله (وإن لم يكن تسع القبيلة لذلك ضم إليه أقرب
القبائل إليهم) قال المصنف رحمه الله (معناه) أى معنى كلام القدرى أقرب القبائل
إليهم يعنى (نسباً) أى من حيث النسب على الترتيب المذكور في العصابات (كل ذلك
بمعنى التخفيف) يعنى طلباً للتخفيف فى حقهم ، هذا الجواب إنما يستقيم فى حق
العرب ، لأن العرب حفظت أنسابها فأمكننا إيجاب العقل على أقرب القبائل من القاتل
(ويضم الأقرب فالأقرب على ترتيب العصابات الأخوة ، ثم بنوهم ، ثم الأعمام ، ثم
بنوهم) هذا إذا كان له عاقلة ، فإن لم يكن له عاقلة فعقله في بيت مال المسلمين . وعن
محمد رحمه الله أنه في مال الجاني .

(وأما الآباء والأبناء فقبل يدخلون لقربهم ، وقيل لا يدخلون ، لأن الضم كنفي
الخرج حتى لا يصيب كل واحد أكثر من ثلاثة أو أربعة ، وهذا المعنى إنما يتحقق عند
الكثرة والآباء والأبناء لا يكثرون ، وعلى هذا حكم الرايات) يعنى إذا كان القاتل من

الرايات ، يعني أقربهم نصره إذا حزبهم أمر الأقرب فالأقرب
ويفوض ذلك إلى الإمام ، لأنه هو العالم به ثم هذا كله عندنا .
وعند الشافعي رحمه الله يجب على كل واحد نصف دينار فيسوى
بين الكل ، لانه صلة فيعتبر بالزكاة وأدائها ذلك ، إذ خمسة دراهم
عندهم نصف دينار ولكننا نقول هي أحط رتبة منها . ألا ترى
أنه لا تؤخذ من أصل المال فينقص منها تحقيقاً لزيادة التخفيف .

اهل الديوان فعاقلته من اهل الراية (إذا لم يتسع لذلك اهل راية ضم إليهم اقرب
الرايات ، يعني اقربهم نصره إذا حزبهم امر الأقرب) لأهل الراية الأولى يقال حزبه
امر إذا اصابه الأقرب (فالأقرب) يعني يقدم الأقرب فالأقرب (ويفوض ذلك) يعني
تقديم الأقرب فالأقرب (إلى الإمام ، لأنه هو العالم به) أي بالأقرب (ثم هذا) الذي
ذكرنا (كله عندنا) .

(وعند الشافعي رحمه الله يجب على كل واحد نصف دينار) قال احمد في وجيز
الشافعية ولا يضرب على فقير وإن كان مقعلاً ، ويضرب على الغني نصف دينار وهو الذي
ملك عشرين ديناراً بعد المسكن وما يحتاج إليه ، وعلى المتوسط ربع وهو الذي يملك
أقل من ذلك ، ولكن ملك ما فضل عن حاجته . وينظر إلى اليسار في آخر السنة ، فلو
طراً اليسار قبلها أو بعدها فلا إلتفات إليه .

(فيسوى بين الكل) يعني الآباء والأبناء وغيرهم (لأنها) أي الدية على تأويل العقل
(صلة) لأنه يجب على العاقلة بسبيل المواساة من غير أن يوجد منهم جنابة (فيعتبر)
أي فيعتبر الشافعي رحمه الله القتل (بالزكاة وأدائها ذلك إذ خمسة دراهم) أي وأدنى
الزكاة (نصف دينار) لأنه كان ذلك في زمن رسول الله ﷺ (ولكننا نقول هي أحط
رتبة منها) أي من الدية .

وأوضح ذلك بقوله (ألا ترى أنه لا تؤخذ) أي العقل (من أصل المال فينقص
منها) أي من الزكاة والزكاة تؤخذ من أصل المال والعقل يؤخذ من نصف المال

ولو كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق يقضى بالدية في أرزاقهم في ثلاث سنين في كل سنة الثلث ، لأن الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه ، إذ كل منها صلة من بيت المال ، ثم ينظر إن كانت أرزاقهم تخرج في كل سنة فكلما يخرج رزق يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطاء ، وإن كان يخرج في كل ستة أشهر وخرج بعد القضاء يؤخذ منه سدس الدية . وإن كان يخرج في كل شهر يؤخذ من كل رزق بحصته من الشهر حتى يكون المستوفى في كل سنة مقدار الثلث . وإن خرج بعد القضاء بيوم أو أكثر أخذ من رزق ذلك الشهر بحصة الشهر . وإن كانت لهم أرزاق في كل شهر أو أعطية في كل سنة فرضت الدية في الاعطية دون الارزاق لأنه أيسر
اما لان الاعطية

من العطاء ، وذلك (تحقيقاً لزيادة التخفيف) في حق العاقلة فلم يكن تعليله حجة علينا .

(ولو كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق) يأخذون كل شهر (يقضى بالدية في أرزاقهم في ثلاث سنين في كل سنة الثلث ، لأن الرزق في حقهم بمنزلة العطاء) وقد مر الفرق بين الرزق والعطاء عن قريب (قائم مقامه) أى مقام العطاء (إذ كل منها صلة بيت المال ، ثم ينظر إن كانت أرزاقهم تخرج في كل سنة ، فكلما يخرج رزق يؤخذ منه الثلث بمنزلة للعطاء ، وإن كان يخرج في كل ستة أشهر وخرج بعد القضاء) أى بعد حكم القاضي بذلك (فيؤخذ منه سدس الدية . وإن كان يخرج في كل شهر يؤخذ من كل رزق بحصته من الشهر حتى يكون المستوفى في كل سنة مقدار الثلث ، وإن خرج بعد القضاء بيوم أو أكثر أخذ من رزق ذلك الشهر بحصة الشهر ، وإن كانت لهم أرزاق في كل شهر أو أعطية في كل سنة فرضت الدية في الاعطية دون الأرزاق ، لأنه أيسر ، أما لأن الاعطية

أكثر ، أو لأن الرزق لكفاية الوقت فيتعسر الأداء منه
ليكونوا في الديوان قائمين بالنصرة فيتيسر عليهم . قال وادخل
القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدي كأحدهم ، لأنه هو الفاعل
فلا معنى لإخراجه ومؤاخذه غيره . وقال الشافعي لا يجب على
القاتل شيء من الدية اعتباراً للجزء بالكل في النفي عنه . والجامع
كونه معذوراً . قلنا إيجاب الكل إجحاف به ، ولا كذلك إيجاب
الجزء . ولو كان الخاطئ معذوراً فالبريء منه أولى . قال الله
تعالى ﴿ ولا تزر وازرة وزر أخرى ﴾ ١٦٤ الانعام . وليس على

أكثر ، أو لأن الرزق لكفاية الوقت فيتعسر الأداء منه) والأخذ منه يكون إضراراً
بهم ، والأعطيات ليست كذلك (ليكونوا في الديوان قائمين بالنصرة) يعني متى احتيج
إليها (فيتيسر عليهم) لأنه لا يحصل الضرر لهم بذلك .
وَأَدْخَلَ الْقَاتِلَ ، وفي أكثر النسخ (قال) أي القدوري رحمه الله (وأدخل القاتل مع
العاقلة فيكون فيما يؤدي كأحدهم ، لأنه) أي لأن القاتل (هو الفاعل فلا معنى لإخراجه
ومؤاخذه غيره . وقال الشافعي رحمه الله لا يجب على القاتل شيء من الدية اعتباراً للجزء
بالكل) لأن الحكم حول إلى العاقلة فلا تبقى عليه ، ولهذا لا يجب الكل عليه فلا يجب
الجزء أيضاً اعتباراً للجزء بالكل (في النفي عنه) أي في نفي الوجوب عن القاتل
(والجامع كونه معذوراً) أي وجه الجمع في اعتبار الجزء بالكل هو كون القاتل
معذوراً .

(قلنا إيجاب الكل إجحاف به) أي إذهاب بالكلية (ولا كذلك إيجاب الجزء ،
ولو كان الخاطئ معذوراً فالبريء منه أولى) لأن العاقلة لم يتلوثوا بالدم ، لأنهم براء عن
الجنائية ، وكان الوجوب على غير البريء أولى (قال الله تعالى ﴿ ولا تزر وازرة وزر أخرى ﴾
١٦٤ الانعام) ولأنها دية وجبت بالقتل فلا تحل ذمة القاتل عنها ، كما إذا لم تتسع العاقلة
ولا مال في بيت المال .

النساء والذرية ممن كان له حظ في الديوان عقل لقول عمر رضي الله عنه لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امرأة ، ولأن العقل إنما يجب على أهل النصرة لتركهم مراقبته ، والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء ، ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة وهو الجزية . وعلى هذا لو كان القاتل صبياً أو امرأة لا شيء عليهما من الدية .

(وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ في الديوان عقل) أراد بالذرية من لم يبلغ ، والذرية اولاد الأولاد في اللغة مأخوذة من الذر وهو صغار النمل . قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن المرأة والصبي لا يعقلان مع العاقلة ، وكذا على الفقير وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الظواهر ، وحكى بعض أصحابنا عن مالك وأبي حنيفة أن الفقير يدخل في التحمل وهو رواية عن أحمد أنه من أهل النصرة ، فكان كالغني ، والصحيح الأول (لقول عمر رضي الله تعالى عنه لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امرأة) هذا غريب . وقال الأوزاعي وقد روى عمر ابن الخطاب رضي الله تعالى عنه أنه قال لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امرأة ، كذا في شرح الكافي .

(ولأن العقل إنما يجب على أهل النصرة لتركهم مراقبته) أي الجاني (والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء ، ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة ، وهو الجزية) يعني في نساء أهل الذمة وصبيانهم (وعلى هذا لو كان القاتل صبياً أو امرأة لا شيء عليهما من الدية) وفي فتاوى قاضي خان لو كان القاتل امرأة أو صبياً هل يجب عليهما شيء اختلف المشايخ فيه ، والصحيح أن القاتل يشارك العاقلة سواء كانت صبياً أو امرأة أو مجنوناً . وكذا أب القاتل وابنه من العاقلة . والزواج لا يكون عاقلة المرأة . وكذا المرأة لا تكون عاقلة الزوج ، وفي الأب الابن خلاف للشافعي . وقال الكاكي وهذه المسألة مخالفة لما مر قبل كتاب العاقل انه لو وجد قتيل في دار امرأة أن المرأة تشارك العاقلة عند المتأخرين يمكن أن يكون هذا على رواية المتقدمين أن المرأة لا تدخل بالعاقل في صورة من الصورة .

بمخلاف الرجل ، لان وجوب جزء من الدية على القاتل باعتبار
انه أحد العواقل لانه ينصر نفسه ، وهذا لا يوجد فيها . والقرض
لها من العطاء للمعونة لا للنصرة كقرض أزواج النبي عليه السلام
ورضي الله عنهم . ولا يعقل أهل مصر عن مصر آخر ، يريد به
انه إذا كان لأهل كل مصر ديوانه على حدة ، لأن التناصر بالديوان
عند وجوده . ولو كان باعتبار القرب في السكنى فأهل مصر
أقرب إليه من أهل مصر آخر ويعقل أهل كل مصر من أهل
سوادهم ، لأنهم اتباع لأهل المصر ، فإنهم إذا حزبهم أمر استنصروا

(بمخلاف الرجل) حيث يجب عليه مع العاقلة (لأن وجوب جزء من الدية على
القاتل باعتبار أنه أحد العواقل ، لأنه ينصر نفسه) أي لأن الرجل ينصر نفسه ، أي
يمنع عنه غيره (وهذا) أي نصر النفس أو منعه من غيره (لا يوجد فيها) أي من الصبي
والمرأة لمعزهما عنه .

(والقرض لها) هذا جواب عما يقال يفرض الإمام لنساء المراية وفرياتهم من العطاء
وهو يمنع النصر . فأجاب بقوله والقرض لها ، أي للصبي والمرأة (من العطاء للمعونة)
أي لمعونة الجسد بالطبخ والخياطة وحفظ المنزل ونحو ذلك (لا للنصرة) لضعفها
(كقرض أزواج النبي ﷺ ورضي الله عنهم) فإنه فرض لمن للمعونة لا للنصرة .

(ولا يعقل أهل مصر عن أهل مصر آخر) هذه من مسائل الأصل ، أوضحها
المصنف بقوله (يريد به) أي بهذا الذي ذكره (انه إذا كان لأهل كل مصر ديوان على
حدة ، لأن التناصر بالديوان عند وجوده . ولو كان) أي التناصر (باعتبار القرب في
السكنى فأهل مصر أقرب إليه من أهل مصر آخر ، ويعقل أهل كل مصر من أهل
سوادهم ، لأنهم اتباع لأهل المصر فإنهم) أي فإن أهل السواق أي القرى (إذا حزبهم)
أي إذا أصابهم (أمر) من الأمور المزعجة (استنصروا بهم) أي بأهل المصر (فيعقلهم

بهم فيعقلهم أهل المصر باعتبار معنى القرب في النصره . ومن
كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه أهل الكوفة ، لأنه
يستنصر بأهل ديوانه لا بجيرانه . والحاصل أن الاستنصار بالديوان
أظهر فلا يظهر معه حكم النصره بالقرابة والنسب والولاء وقرب
السكنى وغيره ، وبعد الديوان النصره بالنسب على ما بيناه ،
وعلى هذا يخرج كثير من صور مسائل المعامل . ومن جنى
جناية من أهل المصر وليس له في الديوان عطاء وأهل
البادية أقرب إليه

بهم أهل المصر باعتبار معنى القرب في النصره . ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة
عقل عنه أهل الكوفة ، لأنه) أي لأن من كان بمنزله بالبصرة (يستنصر بأهل ديوانه
لا بجيرانه) .

(والحاصل أن الاستنصار) أي طلب النصره (بالديوان أظهر) عندنا خلافاً للأئمة
الثلاثة . وعن هذا قال في المبسوط لو أن آخرين لأب وأم ديوان أحدهما بالكوفة وديوان
الآخر بالبصرة لم يعقل أحدهما صاحبه ، وإنما يعقل عن كل واحد أهل ديوانه (فلا يظهر
معه) أي مع الاستنصار بالديوان (حكم النصره بالقرابة والنسب والولاء وقرب
السكنى وغيره) هو الخلف والعدد (وبعد الديوان النصره بالنسب على ما بيناه) أشار
به إلى قوله ومن لم يكن من أهل الديوان فعاقلته قبيلته .

(وعلى هذا) أي وعلى هذا الأصل (يخرج كثيراً من صور مسائل المعامل) منها ما
ذكره في المبسوط ولو أن قوماً من أهل خراسان من ديوان واحد مختلفين في أنسابهم
منهم من له ولاء ، ومنهم من له القرب جنى بعضهم جناية عقل عنه أهل رايته ، وإن
كان غيره أقرب إليه في النسب لأنه أمر لا يرجع في الاستنصار إلى عشيرته عادة .
(ومن جنى جناية من أهل المصر وليس له في الديوان عطاء وأهل البادية أقرب إليه)

ومسكنه المصر عقل عنه أهل الديوان من ذلك المصر ولم يشترط أن يكون بينه وبين أهل الديوان قرابة . قيل هو صحيح ، لأن الذين يذبون عن أهل المصر ويقومون بنصرتهم ويدفعون عنهم أهل الديوان من أهل المصر ولا يخصصون به أهل العطاء . وقيل تأويله إذا كان قريباً لهم . وفي الكتاب إشارة إليه حيث قال وأهل البادية أقرب إليه من أهل المصر ، وهذا لأن الوجوب عليهم بحكم القرابة وأهل المصر أقرب منهم مكاناً ، فكانت القدرة على النصرة لهم ، وصار نظير مسألة الغيبة المنقطعة . ولو كان البدوي

أى قرابة ونسباً (ومسكنه المصر عقل عنه أهل الديوان من ذلك المصر ولم يشترط أن يكون بينه وبين أهل الديوان قرابة . وقيل هو) أى عدم الاشتراط (صحيح ، لأن الذين يذبون) أى يدفعون (عن أهل المصر ويقومون بنصرتهم ويدفعون عنهم أهل الديوان من أهل المصر) مرفوع لأنه خبر لأن ، اعني قوله لأن الذين (ولا يخصصون به أهل العطاء) أى لا يخصصون بالذبح أهل العطاء .

(وقيل تأويله) أى تأويل قول من قال بعدم الاشتراط المذكور (إذا كان قريباً لهم) أى إذا قرابة لهم (وفي الكتاب إشارة إليه ، حيث قال وأهل البادية أقرب إليه من أهل المصر) أى أقرب إليه نسباً من أهل المصر (وهذا) أى اشتراط القرابة (لأن الوجوب عليهم بحكم القرابة وأهل المصر أقرب منهم مكاناً فكانت القدرة على النصرة لهم) لأنه إذا كان هكذا استقام الوجوب على أهل الديوان باعتبار القرابة في النسب وإن لم يكن له عطاء فيهم ، وذلك لأنهم أقرب مكاناً فكانوا أقدر على النصرة ، وإن كان أهل البادية أقرب نسباً .

(وصار) في بعض النسخ وصارت أى هذه المسألة (نظير مسألة الغيبة المنقطعة) يعني أن للولي الأبعد أن يزوج إذا كان الولي الأقرب غائباً غيبة منقطعة ، لأنه أقدر

تأزلاً في المصر لا مسكن له فيه لا يعقله أهل المصر ، لأن أهل
العطاء لا ينصرون من لا مسكن له فيه ، كما أن أهل البادية لا تعقل
عن أهل المصر النازل فيهم ، لأنه لا ينتصر بهم . وإن كان لأهل
الزمة عواقل معروفة يتعقلون بها فقتل أحدهم قتيلاً فديته على
عاقلة بمنزلة المسلم ، لأنهم التزموا أحكام الإسلام في المعاملات
لا سيما في المعاني العاصمة عن الإضرار . ومعنى التناصر موجود في
حقهم . وإن لم تكن لهم عاقلة معروفة فالدية في ماله في ثلاث سنين
من يوم يقضى بها عليه ، كما في حق المسلم لما بيننا أن الوجوب
على القاتل ، وإنما يتحول عنه إلى العاقلة أن لو وجدت ، فإذا لم
توجد بقيت عليه بمنزلة تاجرين مسلمين في دار الحرب قتل أحدهما

على إقامة مصالحها ، فهذا نظير ذلك .

(ولو كان البدوي تأزلاً في المصر لا مسكن له فيه) أي في المصر (لا يعقله أهل
المصر ، لأن أهل العطاء لا ينصرون من لا مسكن له فيه) أي في المصر لا يعقله أهل
المصر (كما أن أهل البادية لا تعقل عن أهل المصر النازل فيهم ، لأنه) أي لأن النازل
فيهم (لا ينتصر بهم) أي إذا لم يكن مسكنه فيهم .

(وإن كان لأهل الزمة عواقل معروفة يتعقلون بها فقتل أحدهم قتيلاً فديته على
عاقلة بمنزلة المسلم ، لأنهم التزموا أحكام الإسلام في المعاملات لا سيما في المعاني
العاصمة عن الإضرار) كحصد السرقة والقذف والقصاص ووجوب الدية (ومعنى
التناصر موجود في حقهم ، وإن لم تكن لهم) أي لأهل الزمة (عاقلة معروفة فالدية
في ماله) أي في مال الذمي (في ثلاث سنين من يوم يقضى بها عليه كما في حق المسلم
لما بيننا أن الوجوب على القاتل ، وإنما يتحول عنه إلى العاقلة أن لو وجدت ، وإن لم توجد
بقي عليه بمنزلة تاجرين مسلمين في دار الحرب قتل أحدهما صاحبه يقضى بالدية عليه في

صاحبه يقضى بالدية عليه في ماله ، لأن أهل دار الإسلام لا يعقلون عنه ، وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم . ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر لعدم التناصر ، والكفار يتعاقلون فيما بينهم وإن اختلفت مللهم ، لأن الكفر ملة واحدة . قالوا هذا إذا لم تكن المعادة فيما بينهم ظاهرة ، أما إذا كانت ظاهرة كاليهود والنصارى ينبغي أن لا يتعاقلون بعضهم عن بعض . وهكذا عن أبي يوسف لانقطاع التناصر . ولو كان القاتل من أهل الكوفة وله بها عطاء فحول ديوانه إلى البصرة ثم رفع إلى القاضي فإنه يقضى بالدية على عاقلته من أهل البصرة . وقال زفر يقضى على عاقلته من أهل

ماله ، لأن أهل دار الإسلام لا يعقلون عنه) وإنما اطلق القتل ليشمل العمد والخطأ ، لأن الدية تجب في ماله سواء كان القتل عمداً أو خطأ ، لأن العاقلة لا تعقل جنابة وقعت في دار الحرب ، وبه صرح الكرخي في مختصره . في كتاب السير (وتمكنه) أي تمكن أحد التاجرين الداخلين في دار الحرب (من هذا القتل) أي من قتل صاحبه (ليس بنصرتهم) أي بنصرة أهل الإسلام فلا يعقل عن أهل الإسلام ، بل يجب في ماله . (ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر لعدم التناصر) لأن بناء العقل على التناصر ، ولا تناصر مع اختلاف الدين (والكفار يتعاقلون فيما بينهم وإن اختلفت مللهم ، لأن الكفر كله ملة واحدة قال) أي المشايخ (هذا إذا لم تكن المعادة فيما بينهم ظاهرة ، أما إذا كانت ظاهرة كاليهود والنصارى ينبغي أن لا يتعاقلون بعضهم عن بعض ، وهكذا عن أبي يوسف) أي هكذا عن أبي يوسف (لانقطاع التناصر) عند ظهور المعادة فيما بينهم .

(ولو كان القاتل من أهل الكوفة وله بها عطاء فحول ديوانه إلى البصرة) وفي بعض النسخ جعل ديوانه ، أي بعد القتل (ثم رفع إلى القاضي فإنه يقضى بالدية على عاقلته من

الكوفة ، وهو رواية عن أبي يوسف ، لأن الموجب هو الجناية وقد تحققت ، وعاقلته أهل الكوفة ، وصار كما إذا حول بعد القضاء . ولنا أن المال إنما يجب عند القضاء لما ذكرنا أن الواجب هو المثل ، وبالقضاء ينتقل إلى المال . وكذا الوجوب على القاتل وتتحمل عنه عاقلته . وإذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء . بخلاف ما بعد القضاء ، لأن الواجب قد تقرر بالقضاء ، فلا ينتقل بعد ذلك ، لكن حصة القاتل تؤخذ من عطاؤه ، بالبصرة لأنها تؤخذ من العطاء ، وعطاؤه بالبصرة . بخلاف ما إذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم ، حيث يضم إليهم أقرب القبائل في النسب ، لأن في النقل إبطال حكم الأول فلا يجوز بحال ، وفي الضم تكثير

أهل البصرة . وقال زفر يقضى على عاقلته من أهل الكوفة ، وهو رواية (أي قول زفر رواية (عن أبي يوسف) وهو قياس قول الأئمة الثلاثة (لأن الموجب هو الجناية ، وقد تحققت ، وعاقلته أهل الكوفة) الوار للحال (وصار كما إذا حول بعد القضاء) . (ولنا أن المال إنما يجب عند القضاء لما ذكرنا أن الواجب هو المثل ، وبالقضاء ينتقل إلى المال ، وكذا الوجوب على القاتل وتتحمل عنه عاقلته . وإذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء بخلاف ما بعد القضاء) يعني بخلاف ما إذا قضى بالدية على عاقلته من أهل الكوفة ثم حول عطاؤه إلى ديوان البصرة كانت الدية على عاقلته من أهل الكوفة لا ينتقل عنهم (لأن الواجب قد تقرر بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك ، لكن حصة القاتل تؤخذ من عطاؤه بالبصرة ، لأنها) أي لأن الدية (تؤخذ من العطاء ، وعطاؤه بالبصرة) .

(بخلاف ما إذا قلت العاقلة) أي العاقلة بموت بعضهم (بعد القضاء عليهم ، حيث يضم إليهم أقرب القبائل في النسب ، لأن في النقل إبطال حكم الأول فلا يجوز بحال

المتحملين لما قضى به عليهم ، فكان فيه تقرير الحكم الأول لا إبطاله . وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء ، فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة قضى بالدية على أهل البصرة . ولو كان قضى بها على أهل الكوفة لم ينتقل عنهم . وكذا البدوي إذا ألحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضى بالدية على أهل الديوان ، وبعد القضاء على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم . وهذا بخلاف ما إذا كان قوم من أهل البادية قضى بالدية عليهم في أموالهم في ثلاث سنين ثم جعلهم الإمام في العطاء حيث تصير الدية في أعطياتهم . وإن كان قضى بها أول مرة في أموالهم ، لأنه ليس فيه نقض القضاء الأول ، لأنه قضى بها في أموالهم وأعطياتهم أموالهم غير أن الدية تقضى في أيسر الأموال أداء ، والأداء من العطاء

وفي الضم تكثير المتحملين لما قضى به عليهم ، فكان فيه تقريب حكم الأول لا إبطاله ، وعلى هذا) أي على هذا الحكم المذكور (لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة قضى بالدية على أهل البصرة . ولو كان قضى بها على أهل الكوفة لم ينتقل عنهم . وكذا البدوي إذا ألحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضى بالدية على أهل الديوان ، وبعد القضاء على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم) أي أهل الديوان .

(وهذا) أي هذا الذي قلنا من عدم انتقال العقل عن أهل الكوفة بعد القضاء عليهم إلى أهل البصرة (بخلاف ما إذا كان قوم من أهل البادية قضى بالدية عليهم في أموالهم في ثلاث سنين ، ثم جعلهم الإمام في العطاء حيث تصير الدية في أعطياتهم . وإن كان قضى بها أول مرة في أموالهم ، لأنه ليس فيه نقض القضاء الأول ، لأنه قضى بها في أموالهم وأعطياتهم أموالهم ، غير أن الدية تقضى من أيسر الأموال أداء ، والأداء من

أيسر إذا صاروا من أهل العطاء إلا إذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضى به عليه بأن كان القضاء بالإبل والعطاء دراهم ، فحينئذ لا تتحول إلى الدراهم أبداً لما فيه من إبطال القضاء الاول ، لكن يقضى ذلك من مال العطاء لانه أيسر . قال وعاقلة المعتق قبيلة مولا ، لان النصرة بهم يؤيد ذلك قوله عليه السلام مولى القوم منهم . قال ومولى الموالاة يعقل عنه مولاة وقبيلته ، لانه ولاء يتناصر به فأشبهه ولاء العتاقة ، وفيه خلاف الشافعي وقد مر في كتاب الولاء . قال ولا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الدية ، وتتحمل نصف العشر

العطاء أيسر إذا صاروا من أهل العطاء ، إلا إذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضى به عليه بأن كان القضاء بالإبل والعطاء دراهم ، فحينئذ لا تتحول إلى الدراهم أبداً لما فيه من إبطال القضاء الاول ، لكن يقضى ذلك من مال العطاء (عليهم) لكن يقضى ذلك إلى الإبل من مال العطايا (لانه أيسر) أي لان الاداء منه أيسر .

(قال) أي القدوري (وعاقلة المعتق) بفتح التاء (قبيلة مولا ، لان النصرة بهم) وهذا الاختلاف فيه ، ولا يعقل مولى الاسفل من الاعلى ، وبه قال أصحاب مالك وأحمد والشافعي في قول يعقل (ويؤيد ذلك) أي كون عاقلة المعتق مولاة (قوله عليه السلام) أي قول النبي ﷺ (مولى القوم منهم) هذا الحديث تقدم في الزكاة .

(قال) أي القدوري (ومولى الموالاة يعقل عنه مولاة وقبيلته لانه ولاء يتناصر به ، فأشبهه ولاء العتاقة ، وفيه خلاف الشافعي) وأحمد ، وقال مالك إذا كان الرجل في غير عشيرته فعقله على القوم الذين معهم (وقد مر في كتاب الولاء) يعني إذا عقد الموالاة ليس بشيء عند الشافعي .

(قال) أي القدوري (ولا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الدية وتتحمل نصف العشر فصاعداً) وفي بعض النسخ وتعقل نصف العشر فصاعداً ، وذلك لما قال محمد في

فصاعداً . والاصل فيه حديث ابن عباس رضي الله عنهما موقوفاً عليه ومرفوعاً إلى رسول الله ﷺ لا تعقل العواقل عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا ما دون إرش الموضحة وإرش الموضحة نصف عشر بدل النفس . ولأن التحمل للتحرز عن الإجحاف ولا إجحاف في القليل ، وإنما هو في الكثير والتقدير الفاصل عرف بالسمع . قال وما قصص من ذلك يكون في مال الجاني ،

كتاب الآثار أخبرنا أبو خيفة عن حماد بن إبراهيم قال لا تعقل العاقل في أدنى في الموضحة وإرش الموضحة نصف عشر بدل النفس .

(والاصل فيه) أي في هذا الباب (حديث ابن عباس رضي الله تعالى عنه موقوفاً عليه ومرفوعاً إلى النبي ﷺ بقوله لا تعقل العواقل عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا ما دون إرش الموضحة) ذكر الأتزازي هذا بقوله وذكر أصحابنا في كتبهم عن ابن عباس إلى آخره . ثم قال وذكر أبو عبيد هذا الحديث بإسناده إلى الشعبي وجمعه من كلامه ولم يذكر قوله ولا ما دون إرش الموضحة ، انتهى . قلت الموقوف ما ذكر محمد بن الحسن الشيباني فقال حدثني عبد الرحمن بن أبي الزناد عن أبيه عن عبد الله بن عبد الله بن عباس رضي الله تعالى عنها قال لا تعقل العاقل عمداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا ما جنى المملوك . وأما المرفوع فغريب وليس في الحديث إرش الموضحة . ولكن أخرج ابن أبي شيبة في مصنفه وعن النخعي قال لا تعقل العاقل ما دون الموضحة ، ولا تعقل العبد ولا الصلح ولا الاعتراف .

(وإرش الموضحة نصف عشر بدل النفس ، ولأن التحمل للتحرز عن الإجحاف ، ولا إجحاف في القليل ، وإنما هو في الكثير ، والتقدير الفاصل عرف بالسمع) أراد بالفاضل هو الفضل بين إرش الموضحة وبين ما دونه في التحمل وعدمه ، وهو عرف بالنص ، وهو الذي ذكره ابن عباس وإبراهيم النخعي والشعبي .

والقياس فيه التسوية بين القليل والكثير ، فيجب الكل على العاقلة كما ذهب إليه الشافعي أو التسوية في أن لا يجب على العاقلة شيء ، إلا أنا تركناه بما روينا ، وبما روي أنه عليه السلام أوجب إرث الجنين على العاقلة وهو نصف عشر بدل الرجل على ما مر في الديات فما دونه يسلك به مسلك الأموال ، لأنه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم ، فلهذا كان في مال الجاني أخذاً بالقياس . قال ولا تعقل العاقلة جناية العبد ولا ما لزم بالصلح

(قال) أي القدوري (وما نقص من ذلك يكون في مال الجاني) أي ما نقص من نصف عشر الدية يكون ذلك في مال الجاني (والقياس فيه) أي في العقل (التسوية بين القليل والكثير في التحمل ، فيجب الكل على العاقلة كما ذهب إليه الشافعي ، أو التسوية في أن لا يجب على العاقلة شيء) بعدم صدور الجناية عنهم (إلا أنا تركناه) أي القياس (بما روينا) أشار به إلى أحاديث النبي ﷺ ذكرناه في كتاب الجنائيات وغيرها (وبما روي أنه عليه السلام) أي أن النبي ﷺ (أوجب إرث الجنين على العاقلة) وقد تقدم هذا في الجنين أن الأئمة الستة أخرجوه (وهو) أي فيما دون (نصف عشر بدل الرجل على ما مر في الديات فما دونه) أي فيما دون إرث الجنين (يسلك به مسلك الأموال ، لأنه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم) أي ضمان المال المتلف بتقويم المقومين (فلهذا) أي فلأجل ذلك (كان في مال الجاني أخذاً بالقياس) لأن الأصل وجوب ضمان الجناية على الجاني .

(قال) أي القدوري (ولا تعقل العاقلة جناية العبد) أي جناية العبد بنفسه ، وهو إضافة المصدر إلى الفاعل (ولا ما لزم بالصلح) أي في صلح أولياء الجاني مع الجاني لقصور ولاية المصالح (أو باعتراف الجاني) أي ولا يلزم العاقلة أيضاً ما يلزم بإقرار الجاني لقصور ولاية المقر عن العاقلة (لما روينا) أشار به إلى ما ذكره محمد بن الحسن عن

أو باعتراف الجاني لما رويناه . ولأنه لا تناصر بالعبد والإقرار
والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم . قال إلا أن يصدقوه ،
لأنه ثبت بتصادقهم ، والإمتناع كان لحقهم ولهم ولاية على أنفسهم .
ومن أقر بقتل خطأ ولم يرفعوا إلى القاضي إلا بعد سنين قضى
عليه بالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى ، لأن التأجيل
من وقت القضاء في الثابت بالبينة ففي الثابت بالإقرار أولى . ولو
تصادق القاتل وولي الجناية على أن قاضي بلد كذا قضى بالدية على

ابن عباس رضي الله تعالى عنها وقد مر عن قريب .

(ولأنه) دليل معقول ، أي ولأن الشأن (لا تناصر بالعبد) لمجزه (والإقرار)
أي إقرار الجاني (والصلح) أي صلح الجاني (لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم)
أي عن العبد والمقر بالجناية والمصالح .

(قال) أي القدوري (إلا أن يصدقوه) العاقلة المقر في إقراره فحينئذ يلزمهم
تحمل العقل (لأنه ثبت بتصادقهم) أي بتصادق العاقلة (والامتناع) أي إمتناع الوجوب
عليهم (كان لحقهم ولهم ولاية على أنفسهم) فيصح تصديقهم ويلزمهم .

(ومن أقر بقتل خطأ ولم يرفعوا إلى القاضي إلا بعد سنين قضى عليه) أي على المقر
(بالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى ، لأن التأجيل من وقت القضاء في الثابت
بالبينة ففي الثابت بالإقرار أولى) يعني ان البينة حجة متعمدة ، والإقرار حجة
قاصرة ، فعلى هذا تكون البينة أقوى من الإقرار ، ثم الدية في القتل الثابت بالبينة إذا
كان خطأ يجب مؤجلة من وقت القضاء لا من وقت الموت ، ففي الثابت بالإقرار أولى ،
لأن الإقرار أدنى من البينة .

(ولو تصادقا القاتل وولي الجناية) كذا وقع في بعض النسخ تصادقا بذكر البينة ،
وهذا لا يجيء إلا على لغة الحلوى الموصوب ، وفي عامة النسخ ولو تصادق القاتل وولي
الجناية (على ان قاضي بلد كذا قضى بالدية على العاقلة بالكوفة بالبينة وكذبها العاقلة

عاقلته بالكوفة بالبينة وكذبها العاقلة فلا شيء على العاقلة ، لأن
تصادقها ليس بحجة عليهم ، ولم يكن عليه شيء في ماله ، لأن
الدية بتصادقها تقرر على العاقلة بالقضاء وتصادقها حجة في حقها ،
بخلاف الأول ، إلا أن يكون له عطاء معهم فحينئذ يلزمه بقدر
حصته ، لأنه في حق حصته مقر على نفسه ، وفي حق العاقلة مقر
عليهم . قال وإذا جنى الحر على العبد فقتله خطأ كان على عاقلته
قيمته ، لأنه بدل النفس على ما عرف من أصلنا ، وفي أحد قولي الشافعي
تجب في ماله ، لأنه بدل المال عنده ، ولهذا يوجب قيمته بالغة

فلا شيء على العاقلة ، لأن تصادقها ليس بحجة عليهم (أى على العاقلة) ولم يكن عليه
شيء في ماله (أى لم يكن على القاتل شيء أيضاً بهذا التصديق) لأن الدية بتصادقها
تقرر على العاقلة بالقضاء وتصادقها حجة في حقها ، بخلاف الأول (أراد به ما إذا
أقر بقتل خطأ حيث يقضى عليه بالدية في ماله ، لأن إقراره حجة عليه نفسه ويدعى
ولى القتل عليه أيضاً . وما هنا فيما نحن فيه لا يدعى ولى القتل عليه ، لأنه تصادق مع
القاتل أن الدية العاقلة وقد قضى بها القاضي عليهم فلا يكون على القاتل شيء (إلا أن
يكون) استثناء من قوله ولم يكن عليه شيء . أى إلا أن يكون (له عطاء معهم ،
فحينئذ يلزمه بقدر حصته ، لأنه في حق حصته مقر على نفسه ، وفي حق العاقلة مقر
عليهم) فيؤخذ بما أقر على نفسه .

(قال) أي القدورى (وإذا جنى الحر على العبد فقتله خطأ كان على عاقلته قيمته)
أى كان العقل وهو الدية . وفي بعض النسخ كانت أى الدية على عاقلته (لأنه بدل
النفس على ما عرف من أصلنا) أن الوجوب على العاقلة إذا كان القتل خطأ .

(وفي أحد قولي الشافعي تجب في ماله) وبه قال مالك ، وفي قوله الثاني تجب على
عاقلته كقولنا وهو اختيار المزني وقول أحد (لأنه) أى لأن الوجوب في القتل (بدل

ما بلغت وما دون النفس من العبد لا تتحملة العاقلة ، لأنه يسلك به مسلك الأموال عندنا على ما عرف . وفي أحد قوليه العاقلة تتحملة كما في الحر ، وقد مر من قبل . قال أصحابنا إن القاتل إذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال ، لأن جماعة المسلمين هم أهل نصرته وليس بعضهم أخص من بعض بذلك ، ولهذا لو مات كان ميراثه لبيت المال ، فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال . وعن أبي حنيفة رواية شاذة أن الدية في ماله ، ووجهه أن الأصل أن تجب الدية على القاتل ، لأنه بدل متلف .

والإتلاف منه

المال عنده) أى عند الشافعي (ولهذا) أى ولأجل ذلك (يوجب) أى الشافعي (قيمته بالغة ما بلغت) ونحن نقول الواجب فيه الدية لإطلاق قوله تعالى ﴿ ودية مسلمة إلى أهله ﴾ ٩٢ النساء (وما دون النفس من العبد) إلى آخر كتاب المعاقل ، ذكره على سبيل التفريع (لا تتحملة العاقلة لأنه يسلك به مسلك الأموال عندنا على ما عرف وفي أحد قوليه) أى أحد قولي الشافعي (تتحملة) أى العاقلة (كما في الحر ، وقد مر من قبل) أى في أول فصل بعد باب جنابة المملوك .

(قال أصحابنا إن القاتل إذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال) بأن كان لقيطاً ونحوه وكان مسلماً بدليل قوله (لأن جماعة المسلمين هم أهل نصرته وليس بعضهم أخص من بعض بذلك ، ولهذا إذا مات) أى القاتل الذي ليس له عاقلة (كان ميراثه لبيت المال ، فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال) لأن الغرم بالغنم .

(وعن أبي حنيفة رواية شاذة أن الدية في ماله) روى هذه الرواية محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة وهي رواية أحمد أيضاً بالاول قلت الثلاثة (ووجهه) أى وجه ما ذكر من الرواية الشاذة (أن الأصل أن تجب الدية على القاتل لأنه بدل متلف ، والإتلاف منه إلا

إلا أن العاقلة تتحملها تحقيقاً للتخفيف على ما مر . وإذا لم يكن له عاقلة عاد الحكم إلى الأصل . وابن الملاعة تعقله عاقلة أمه ، لأن نسبه ثابت منها دون الأب . فإن عقلوا عنه ثم ادعاه الأب رجعت عاقلة الأم بما أدت على عاقلة الأب في ثلاث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الأم على عاقلة الأب ، لأنه تبين أن الدية واجبة عليهم ، لأن عند الإكذاب ظهر أن النسب لم يزل كان ثابتاً من الأب حيث بطل اللعان بالإكذاب ، ومتى ظهر من الأصل فقوم الأم تحملوا ما كان واجباً على قوم الأب فيرجعون عليهم ، لأنهم مضطرون في ذلك . وكذلك إن مات المكاتب عن وفاء له ولد حر فلم يؤد كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم أمه ثم أدبت الكتابة ،

ان العاقلة تتحملها تحقيقاً للتخفيف على ما مر (عند قوله وإن كان لامل الذمة عواقل... الى آخره) فإذا لم يكن له عاقلة عاد الحكم على الأصل) وهو وجوب المال على الجاني .

(وابن الملاعة تعقله عاقلة أمه ، لأن نسبه ثابت منها دون الأب ، فإن عقلوا عنه)
 أي عن ابن الملاعة (ثم ادعاه الأب رجعت عاقلة الأم بما أدت على عاقلة الأب في ثلاث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الأم على عاقلة الأب ، لأنه تبين أن الدية واجبة عليهم ، لأن عند الإكذاب ظهر أن النسب لم يزل كان ثابتاً من الأب حيث بطل اللعان بالإكذاب . ومتى ظهر من الأصل فقوم الأم تحملوا ما كان واجباً على قوم الأب ، فيرجعون عليهم ، لأنهم مضطرون في ذلك) أي يرجعون في ثلاث سنين . وفي المحيط هذا عندهما . وعند أبي حنيفة يرجعون حالاً بما أدوا .

(وكذلك) أي الحكم (إن مات المكاتب عن وفاء له ولد حر فلم يؤد كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم أمه ثم أدبت الكتابة ، لأنه عند الأداء يتحول ولاؤه الى

لانه عند الاداء يتحول ولاؤه إلى قوم أبيه من وقت حرية الأب
وهو آخر جزء من أجزاء حياته ، فيتبين أن قوم الأم عقلوا عنهم
فيرجعون عليهم . وكذلك رجل أمر صبياً بقتل رجله فقتله
فضمنت عاقلة الصبي الدية رجعت بها على عاقلة الأمر إن كان الأمر
ثبت بالبينة ، وفي مال الأمر إن كان ثبت بإقراره في ثلاث سنين
من يوم يقضى بها القاضي على الأمر أو على عاقلته ، لان الديات
تجب مؤجلة بطريق التيسير . قال رضي الله عنه ها هنا عدة مسائل
ذكرها محمد متفرقة . والاصل الذي يخرج عليه أن يقال حال
القاتل إذا تبدل حكماً فانتقل ولاؤه إلى ولاء آخر بسبب أمر حادث

قوم أبيه من وقت حرية الأب وهو آخر جزء من أجزاء حياته فتبين ان قوم الام عقلوا
عنهم فيرجعون عليهم) في ثلاث سنين . لأنهم مضطرون ، وبقولنا قال مالك . وعند
الشافعي واحمد يبطل فلا يحول الولاء .

(وكذلك) أي الحكم إذا كان (رجل أمر صبياً بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة
الصبي الدية رجعت بها على عاقلة الأمر إن كان الأمر ثبت بالبينة ، وفي مال الأمر إن
كان ثبت بإقراره في ثلاث سنين من يوم يقضى بها القاضي على الأمر) أي إذا ثبت
بإقراره (أو على عاقلته) أي إذا ثبت بالبينة (لان الديات تجب مؤجلة بطريق التيسير)
لان الاصل في وجوب الديات هو الاجل للتيسير إلا إذا ثبتت الدية بالصلح فذلك لا أجل
له الا اذا اشترط .

(قال) أي المصنف رحمه الله (ها هنا عدة مسائل) أي في المعامل مسائل عديدة
(ذكرها محمد متفرقة) في مواضع لا في موضع واحد (والاصل الذي يخرج عليه) أي
الاصل يخرج عليه تلك المسائل (ان يقال حال القاتل إذا تبدل حكماً) أي من حيث
الحكم (فانتقل ولاؤه إلى ولاء آخر بسبب أمر حادث لم تنتقل جنايته عن الأولى) أي عن

لم تنتقل جانيته عن الأولى قضى بها أو لم يقض . وإن ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملائنة حولت الجناية إلى الأخرى وقع القضاء بها أو لم يقع . ولو لم يختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الإعتبار في ذلك لوقت القضاء ، فإن كان قضى بها على الأولى لم تنتقل إلى الثانية . وإن لم يكن قضى بها على الأولى فإنه يقضى بها على الثانية .

الجناية الأولى (قضى بها أو لم يقض) هذا هو الأصل الأول ، والأصل الثاني هو قوله (وإن ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملائنة حولت الجناية إلى الأخرى وقع القضاء بها أو لم يقع . ولو لم يختلف حال الجاني) هذا هو الأصل الثالث (ولكن العاقلة تبدلت) بأن كان القاتل من أهل الكوفة وله بها عطاء ثم نقل ديوانه إلى البصرة (كان الاعتبار في ذلك) أي في التبدل (لوقت القضاء) .

(فإن كان قضى بها على الأولى لم تنتقل إلى الثانية ، وإن لم يكن قضى بها على الأولى فإنه يقضى بها على الثانية) نظير الفصل الأول مولود بين حرة وعبد جنى ثم أعتق أبوه لا تتحول الجناية عن عاقلة الأم . ومن نظيره إذا أسلم حربي ووالى مسلماً ثم جنى جنابة عقلت عنه العاقلة التي ولّاه ، فإن عقلوا عنه أو لم يقض بها حتى أمر به أبوه من دار الحرب فاشتراه رجل فاعتقه فهو حر ولّاه أبيه ، فصار مولى الموالي ابنه ، ولكن لا ترجع عاقلة الذي كان ولاؤه على عاقلة مولى الأب لأنه امر حادث .

وصورة الفصل الثاني قتل ابن الملائنة رجلاً خطأ تعقل عنه عاقلة الأم ، لأن نسبة ثابت من الأم ، فإن عقلوا عنه ثم أعاده الأب رجعت عاقلة الأم بها ادعت على عاقلة الأب في ثلاث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الأم على عاقلة الأب .

ومن نظير الفصل الثالث ما إذا كان القاتل من أهل الكوفة وله بها عطاء ولم يقض بالدية على عاقلته حتى حول ديوانه إلى البصرة ، فإنه يقضى بالدية على عاقلته من أهل

وإن كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة أو نقصان اشتركوا في
حكم الجناية قبل القضاء وبعده ، إلا فيما سبق أدائه فمن أحكم
هذا الاصل متأماً يمكنه التخرج فيما ورد عليه من النظائر
والاضداد والله أعلم بالصواب

البصرة ، وعلى قول زفر يقضى على عاقلته من الكوفة ، وهو رواية عن أبي يوسف
رحمه الله .

(وإذا كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة أو نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل
القضاء وبعده إلا فيما سبق أدائه) يعني لا يشتركون فيه بل يقع ذلك من الدين أدوا أو
لا قبل ضم أقرب القبائل إليهم (فمن أحكم هذا الاصل) حال كونه (متأماً يمكنه
التخرج فيما ورد عليه من النظائر والأضداد) أي ومن أضداد هذه المسائل (والله
أعلم بالصواب) .



كتاب الوصايا

باب في صفة الوصية

ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعاً عنه
قال والوصية غير واجبة وهي مستحبة .

(كتاب الوصايا)

أي هذا كتاب في بيان أحكام الوصايا ذكرها في آخر الكتاب لأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت ، ونوت آخر أحوال الآدمي فناسب ذكرها في آخر الكتب وهو جمع وصية ، والوصية والوصايا يقصر إسمان بمعنى المصدر . وسمى الموصى به وصية أيضاً ، قال الله ﴿ من بعد وصية يوصون بها ﴾ ١٢ النساء ، والوصاية بالكسر مصدر لأوصى والإيصاء طلب شيء من غيره ليعقل على عيب منه حال حياته وبعد وفاته . ومعناها في الشرع تمليك مضاف إلى ما بعد الموت سواء كان في المنافع أو في الأعيان وهي مشروعة في الكتاب والسنة والإجماع ، وشرطها كون الموصى أهلاً للتمليك والموصى به من بعد مالاً قابلاً للتمليك . وشرائطها كثيرة تأتي في أثناء المسائل .

وركنها قوله أوصيت بكذا لفلان وما يجري مجراه من الألفاظ المستعملة فيها . وحكمها أن يملك موصى له الموصى به ملكاً جديداً كما يملك بالهبة وسبب التبرعات والله أعلم

(باب في صفة الوصية)

(ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعاً عنه)

لما كان الكتاب مشتملاً على الأبواب ، والأبواب مشتملة على الفصول ، ذكرها واحداً بعد واحد ، أي هذا باب في بيان صفة الوصية إلى آخره .

(قال) أي القدوري رحمه الله (الوصية غير واجبة وهي مستحبة) إنما قال مستحبة

والقياس يأبى جوازها ، لانه تمليك مضاف إلى حال زوال مالكيته.

بعد نفي الوجوب ردأ لقول البعض انها واجبة لأنه لا يلزم الاستحباب من نفي الوجوب لجواز الإباحة وذلك لأن الوصية مشروعة لنا لا علينا ، لما روى الطحاوي بإسناده إلى أبي هريرة رضي الله تعالى عنه قال ، قال النبي ﷺ ان الله قد جعل لكم ثلث أموالكم في آخر اعماركم زيادة في أعمالكم ، والمشروع لنا لا يكون فرضاً ولا واجباً ، بل يكون مندوباً . وقال ابن عبد البر أجمع أهل العلم على أن الوصية غير واجبة إلا من عليه حقوق بغير بينة وامانته بغير اشهاد إلا طائفة شاذة فواجبتها روي عن الزهري أنه قال جعل الوصية حقاً بما قل أو كثر .

وقيل لأبي مجاهد على كل ميت وصية قال نعم إن ترك خيراً . وقال أبو بكر عبدالعزیز هي واجبة للأقربين الذين لا يرثون ، وهو قول أصحاب الطواهر . وحكى ذلك عن مسروق وأبا سر وقتادة وابن جريد . وقال بعضهم هي واجبة في حق الوالدين والأقربين لقوله تعالى ﴿ كتب عليكم إذا حضر احدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين ﴾ ٨٠ البقرة . قلنا الآية منسوخة بقوله تعالى ﴿ للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون ﴾ ٧ النساء ، قاله ابن عباس رضي الله تعالى عنها . وقال ابن عمر نسختها آية الموارث وبه قال عكرمة ومجاهد ومالك والشافعي وأكثر أئمة التفسير . وقال أصحابنا نسخت بقوله ﷺ إن الله أعطى كل ذي حق حقه ألا لا وصية لوارث ، هذا الحديث رواه جماعة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم منهم أبو أمامة الباهلي رضي الله تعالى عنه أخرجه حديثه ابو داود والترمذي وابن ماجة بإسناده اليه أن النبي ﷺ خطب فقال إن الله تعالى قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث . وقال الترمذي حديث حسن وهو مشهور تلقته العلماء بالقبول ، وقال الاقوازي ونسخ الكتاب بمثله جائز عندنا ، وهو حجة على الشافعي حيث يعتقد عدم جواز نسخ الكتاب بالسنة وقد انتسخ بها .

(والقياس يأبى جوازها) أي جواز الوصية (لأنه تمليك مضاف إلى حال زوال مالكيته ، ولو أضيف) أي التمليك (أي حال قيامها) إلى قيام المالكية (بان قيل

ولو أضيف إلى حال قيامها بأن قيل ملكته غداً كان باطلاً فهذا أولى ، إلا أنا استحسننا الحاجة للناس إليها ، فإن الإنسان معزور بأهله مقصر في عمله ، فإذا عرض له المرض وخاف البيات يحتاج إلى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط بآله على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده المالي . ولو أنهضه البرء بصرفه إلى مطلبه الحالي وفي شرع الوصية ذلك فشرعناه ، ومثله في الإجارة بيناه وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة ، كما في قدر التجهيز والدين ، وقد نطق به الكتاب ، وهو قوله تعالى ﴿ من بعد وصية يوصي بها

ملكك غداً كان باطلاً ، فهذا أولى بالبطلان ، إلا أنا استحسننا) أي الوصية (الحاجة للناس إليها ، فإن الإنسان معزور بأهله مقصر في عمله ، فإذا عرض له المرض وخاف البيات (أي الهلاك والموت . والبيات اسم يعني الليت ، وهو أن يأتي العدو ليلاً) يحتاج إلى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط (أي إلى تداركه بعض ما سبق منه من التقصير) بآله على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده المالي ، ولو أنهضه البرء بصرفه إلى مطلبه الحالي ، وفي شرع الوصية ذلك (أي تلافي بعض ما فرط منه (فشرعناه) الشارع شرعها (ومثله في الإجارة بيناه) يعني كما أن الوصية لا تجوز في القياس ، وتجوز في الاستحسان ، فكذلك الإجارة لا تجوز في القياس ، لأنها تخليك منفعة معدومة ، ولكنها جوزت استحساناً دفعاً لحاجة الناس .

(وقد تبقى المالكية) جواب عن وجه القياس ، أي قد تبقى بعض المالكية (بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز) أي في تجهيز الميت ، فإن قدر تجهيزه على ملك الميت تقدير الحاجة إليه (والدين) كذلك ، لأن قدر ما عليه من الدين لا يملكه الورثة (وقد نطق به الكتاب) أي وقد نطق يحواز الوصية القرآن (وهو قول الله تعالى ﴿ من بعد وصية يوصي بها أو دين ﴾ ١١ النساء) وكذلك قوله ﴿ إن ترك خيراً الوصية ﴾ ١٨٠ البقرة .

أو دين ﴿ ١١ ﴾ النساء . والسنة وهو قول النبي عليه السلام إن الله تعالى تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعماركم زيادة لكم في أعمالكم تضعونها حيث شئتم ، أو قال حيث أحببتم . وعليه إجماع الأمة . ثم تصح للأجنبي في الثلث من غير إجازة الورثة لما روينا ،

(والسنة) أي وقد نطقت به السنة ايضاً (وهو قول النبي ﷺ) إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم تضعونها حيث شئتم ، أو قال حيث أحببتم) قد ذكرنا عن قريب أن هذا الحديث رواه أبو هريرة وأخرجه الطحاوي وأخرجه ابن ماجة ايضاً ولفظه تصدق عليكم عند وفاتكم بثلاث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم وروى الدارقطني بإسناده إلى أبي أمامة عن معاذ بن جبل رضى الله تعالى عنه عن النبي ﷺ قال إن الله تعالى تصدق عليكم بثلاث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجعلها لكم زيادة في أعمالكم .

وروى أحمد في مسنده عن أبي الدرداء رضى الله تعالى عنه عن رسول الله ﷺ قال إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم عند وفاتكم . وروى ابن عدي والمقيلي في كتابيهما (١) عن مكحول عن الصنابحي انه سمع أبا بكر الصديق رضى الله تعالى عنه يقول سمعت رسول الله ﷺ يقول إن الله عز وجل قد تصدق عليكم بثلاث أموالكم عند موتكم زيادة في أعمالكم ، وإسناده ضعيف .

وروى الطبراني في معجمه بإسناده إلى خالد بن عبيد السلمي رضى الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ قال إن الله عز وجل أعطاكم عند وفاتكم ثلاث أموالكم زيادة في أعمالكم انتهى . وانظر التفاوت بين الحديث الذي ذكره المصنف وبين هذه الأحاديث (وعليه إجماع الأمة) أي على كونه مشروعاً اجتمعت الأمة .

(ثم تصح) أي الوصية في الثلث (للأجنبي في الثلث من غير إجازة الورثة لما روينا)

(١) هكذا الإسناد في الأصل ، وفيه نقص ، وتصحيحه ... في كتابيهما عن حفص ابن عمر بن ميمون أبي اسماعيل ، مولى علي بن أبي طالب عن ثور بن يزيد عن مكحول عن الصنابحي ، اهـ مصححه .

وسنين ما هو الأفضل فيه إن شاء الله تعالى . قال ولا تجوز بما زاد
على الثلث لقول النبي ﷺ في حديث سعد بن أبي وقاص مرض .
الثلث والثلث كثير ، بعدما نفى وصيته بالكل والنصف . ولأنه
حق الورثة ، وهذا لأنه انعقد سبب الزوال إليهم وهو استغناؤه

إشارة إلى وجه الاستحصان من المقول والمقول (وسنين ما هو الأفضل فيه إن شاء الله
تعالى) أي في فعل الوصية أو في قدر الوصية ، أشار بذلك إلى ما قال بعد ورقة (١)
بقوله ويستحب أن يوصي الإنسان بدون الثلث .

(قال) أي القدوري (ولا تجوز) أي الوصية (بما زاد على الثلث) وهذا عند
وجود الورثة بإجماع أهل العلم عند عدم إجازة الورثة ، ويجوز عند إجازتهم (لقول النبي
ﷺ) أي لقول النبي ﷺ (في حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه الثلث
والثلث كثير) هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن سعد بن أبي وقاص قال ،
قلت يا رسول الله ﷺ إن لي مالا كثيراً ، وإنما ترثني ابنتي ، أفأوصي بمالي كله ، قال لا ،
قال فالثلثين ، قال لا ، قال فبالنصف ، قال لا ، قال فبالثلث ، قال الثلث والثلث كثير
(بعدما نفى) أي بعدما نفى النبي ﷺ (وصيته) أي وصية سعد (بالكل) أي
بكل المال (والنصف) أي ونصف المال . يدل هذا على عدم الجواز بأكثر من الثلث ، وإذا
لم يكن له وارث تجوز الوصية بالكل ، وبه قال الحسن البصري وشريك القاضي وإسحاق
ابن راهوية ، وقال الشافعي ومالك وأحمد وابن شبرمة والاوزاعي والحسن بن حي
وأبو سليمان وأصحاب الظاهر ليس له أن يوصي بأكثر من الثلث .

(ولأنه) أي ولأن الزائد على الثلث (حق الورثة ، وهذا) توضيح لما قبله (لأنه
انعقد سبب الزوال إليهم) أي انعقد سبب زوال الملك عنه إلى الورثة ، لأن المرض سبب
الموت (وهو استغناؤه عن المال) يعني أن الميت لما استغنى عن المال تعلق حق الورثة به

(١) ستكون بعد حوالي ورقتين في نسختنا هذه ، اهـ مصححه .

عن المال فأوجب تعلق حقهم به ، إلا أن الشرع لم يظهره في حق
الأجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره على ما بيناه وأظهره في حق
الورثة ، لأن الظاهر أنه لا يتصدق به عليهم تحرزاً عما ينفق من
الإيثار على ما نبينه . وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية من
أكبر الكبائر ،

ليعود نفعه إلى أقرب الناس منه ، وهو معنى قوله (فأوجب تعلق حقهم به) أي بالمال
(إلا أن الشرع) أي غير أن الشرع (لم يظهره) أي لم يظهر الاستغناء (في حق
الأجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره على ما بيناه) أشار به إلى ما ذكره في
وجه الاستحسان .

(وأظهره) أي وأظهر الاستغناء (في حق الورثة ، لأن الظاهر أنه لا يتصدق به عليهم)
أي على الورثة (تحرزاً) أي احترازاً (عما ينفق من الإيثار) أي من إيثار الموصي بعض
الورثة على البعض في الوصية لأنه سينتد يتأذى البعض الآخر فيفضي ذلك إلى قطع الرحم
وهو حرام بالنص (على ما نبينه) إشارة إلى قوله عند قوله بعد هذا ولا يجوز لوارثه ،
ولأنه يتأذى البعض بإيثار البعض (وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية من أكبر
الكبائر) قال الاترازي ولنا في صحة هذا الحديث نظر ومع هذا يروى الحيف بالحاء
المهمل المفتوحة وبالباء الساكنة يعني الجور . ويروى بالجيم والنون المفتوحتين يعني الميل ،
ومنه قوله تعالى ﴿ فمن خاف من موص جناً أو إثماً ﴾ ١٨٢ البقرة . وفي الحديث إنما
يؤد من جنف الظالم ما ... انتهى .

قلت ذكر الكاكي هذا الحديث وسكت عنه ، ولكن قال روى الحيف بالجيم وكذلك
الاكملي ذكره ، ولم أر أحداً منهم حرر هذا الموضع ، والحديث لم يثبت ، ولهذا قال
الخرج هذا غريب ، يعني لم يثبت ، ثم أخرج عن الدارقطني من حديث ابن عباس عن النبي
ﷺ قال الإضرار في الوصية من الكبائر . وأخرجه النسائي موقوفاً . وأخرجه عن ابن
عدي بلفظ الحيف في الوصية من الكبائر .

وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث . قال إلا أن يميزها
الورثة بعد موته وهم كبار ، لأن الامتناع لحقهم وهم أسقطوه .
ولا معتبر بإجازتهم في حال حياته ، لأنها قبل ثبوت الحق إذ الحق
يثبت عند الموت فكان لهم أن يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد
الموت . لأنه بعد ثبوت الحق فليس لهم أن يرجعوا عنه ،
لأن الساقط متلاش .

(وفسروه) أي فسروا الحديث (بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث) يعني كون
الحيف من الكبائر في هذين الشئين .

(قال) أي القدوري (إلا أن يميزها الورثة بعد موته وهم كبار ، لأن الامتناع)
استثناء من قوله ولا يجوز بما زاد على الثلث ، أي إلا أن يميز الوصية بأكثر من الثلث (لحقهم)
أي لحق الورثة (وهم أسقطوه) أي الورثة أسقطوا حقهم عند الإجارة (ولا معتبر
بإجازتهم في حال حياته) أي حياة الوصي (لأنها) أي لأن الإجارة (قبل ثبوت الحق إذ الحق
يثبت عند الموت ، فكان لهم أن يردوه بعد وفاته) وبه قال الشافعي وأحمد وأبو ثور
والثوري والحسن بن صالح وشريح وطاوس والحكم وأصحاب الظاهر ، وروى ذلك عن
ابن مسعود قال ابن أبي ليلى والزهرى وعطاء وحماد بن أبي سليمان وعبد الملك بن يعلى
وربيعة ليس لهم أن يرجعوا عن الإجارة سواء كان قبل الموت أو بعده .

(بخلاف ما بعد الموت) أي بخلاف ما إذا كانت الإجارة بعد الموت حيث لا يكون
لهم الرد (لأنه) أي لأن الرجوع (ثبوت الحق فليس لهم ذلك) أي الرجوع والنسخة
الصحيحة فليس لهم (أن يرجعوا عنه ، لأن الساقط متلاش) قال الأتراسي قوله لأن
الساقط مثلاً متعلق بقوله فكان لهم أن يردوه . وقال الأكل هذا دليل قوله فكان لهم
أن يردوه بعد وفاته ، وتقديره لأن إجازتهم في ذلك الوقت كانت ساقطة لعدم مصادقتها
محلها ، والساقط متلاش ، فإجازتهم مثلاً شبهة فكان لهم أن يردوا بعد الموت ما أجازوه
في حال حياة المورث .

غاية الأمر أنه يستند عند الإجازة ، لكن الاستناد يظهر في حق القائم ، وهذا قدمضي وتلاشى . ولأن الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق . فلو استند من كل وجه ينقلب حقيقة قبله ، والرضى ببطلان الحق لا يكون رضا ببطلان الحقيقة . وكذا

(غاية الأمر انه يستند) هذا جواب عن شبهة ترد على هذا التقرير بأن يقال كيف تكون إجازتهم في غير محله ، مع أن موت الورثة قد تعلق بماله من أول المرض على سبيل التوقف فلما مات ظهر (عند الإجازة) صادفت محلها فكانت إجازتهم في حياته سبب الاستناد ، وكإجازتهم بعد موته بسبب الاستناد فأجاب بقوله غايته الأمر أنه يستند عند الاستفتاء وفي نسخة شيخني العلماء رحمه الله عند الإجازة قول يفني ويتلاشى .

(لكن الاستناد يظهر في حق القائم) لا الساقط المتلاشي ، وهو معنى قوله (وهذا قد مضى وتلاشى) فكان لهم أن يردوا بعد الموت ما أجازوه في حال حياة المورث .

(ولأن الحقيقة) دليل آخر أن حقيقة الملك للوارث (تثبت عند الموت) أي عند موت المورث (وقبله) أي وقبل الموت (يثبت مجرد الحق) أي مجرد حق الملك (فلو استند) ملكه إلى أول المرض (من كل وجه ينقلب) أي الحق (حقيقة قبله) أي قبل الموت ، وذلك باطل لوقوع الحكم قبل السبب وهو مرض الموت ، وإنما قيد بقوله من كل وجه دفعاً لوم من يقول حق الوارث يتعلق بمال المورث من أول المرض حتى يمنع ذلك التعلق تصرف المورث في الثلثين بالمرض بطلان الحق ، هذا جواب عما يقال الإجازة إسقاط من الوارث لحقه برضاه ، فصار كسائر الاسقاطات ، وفيها لا رجوع ، فكذا هذا وتقرير الجواب أن يقال أن (الرضا ببطلان الحق) بعد أن عرف أن ثمة حقاً وحقيقة (لا يكون رضا ببطلان الحقيقة) لأنه رضى ببطلان الحق لا ببطلان الحقيقة ، والرضى بطلانها يستلزم وجودها ولا وجود لها قبل التثبت وهو مرض الموت .

(وكذلك إن كانت الوصية للوارث وأجازت البقية فحكمه ما ذكرناه) وهو أن

كانت الوصية للوارث وأجازة البقية فحكمه ما ذكرناه . وكل ما جاز بإجازة الوارث يتملكه المحل له من قبل الموصي عندنا . وعند الشافعي من قبل الوارث ، والصحيح قولنا لأن السبب صدر من الموصي ، والإجازة رفع المانع وليس من شرطه القبض . فصار كالمرتهن إذا أجاز بيع الراهن .

لا يحول إجازة الوارث قبل موت الموصي ونجوز بعده (وكل ما جاز بإجازة الوارث يتملكه المحل له من قبل الموصي) بكسر القاف وفتح الباء (عندنا . وعند الشافعي من قبل الوارث) ذكر هذا تقريباً على مسألة القدوري إيضاحه إذا أوصى بجميع ماله ، فأجازت الورثة كان تملكها من الميت ، وكذلك الوصية للوارث وعند الشافعي يكون هبة من الوارث إن بقيت وإلا بطلت ، وبه قال أحمد في رولية ، واختاره اللزني ، وبه قال بعض أصحاب مالك وأصحاب الظاهر ، ولكن الصحيح من مذهب الشافعي وأحمد ومالك كقولنا ، وهو قول جمهور العلماء . وفي مبسوط شيخ الإسلام ثمرة الخلاف تطويفي اشتراط القبول والقبض والتسليم من الوارث للملك المحل له عندهم شرط كالمهبة المبتدأة ، وعندنا ليس بشرط .

(والصحيح قولنا ، لأن السبب صدر من الموصي) وهو أنه عقد على ملك نفسه مع تهلك حق الغير ما إذا أسقط الغير حقه بعد العقد من جهته كما لو أوصى وعليه دين فأبرأه القريم (والإجازة رفع المانع) هذا جواب عن جعل الإجازة خارجاً عن الملك ، يعني أن الإجازة ليست بسبب للخروج عن الملك ، وإنما هو رفع المنقح عن ثبوت الملك ، والحكم يضاف إلى السبب لإزالة المانع .

(وليس من شرطه) أي من شرط إزالة المانع (القبض) وهذا رد لكونها هبة كما قال الشافعي ، فكأنه يقول لو كان هبة لكان القبض شرطاً وهو ممنوع (وصار) ما نحن فيه (كالمرتهن إذا أجاز بيع الراهن) في كون السبب صدر من الراهن والملك للمشتري بثبت من قبله وإجازة المرتهن رفع المانع وكالمرتهن يبيع المستاجر فيجيره المستاجر .

ولا تجوز للقاتل عامداً كان أو خاطئاً بعد أن كان مباشراً ،
لقوله عليه السلام لا وصية للقاتل . ولأنه استعجل ما أخره الله
تعالى فيحرم الوصية

(قال) أي القدوري (ولا تجوز) الوصية (للقاتل) وبه قال الشافعي في قول
وأحمد في رواية ، وهو قول الثوري أيضاً . وقال الشافعي في الأظهر ومالك وأبو ثور
وأحمد في المنصوص ، فيصح . وقال الأترابي وعن الشافعي ثلاثة أقوال في قول
لا يصح ، وفي قول فرق بين الوصية للخارج وبين الخارج بعد الوصية له ، فإنه مستعجل لحقه
كالإرث كذا في وجيزهم (عامداً كان أو خاطئاً) يعني سواء كان قتل القاتل عمداً كان أو خطأ . وفي
بعض النسخ عامداً كان أو خاطئاً ، وكذا في نسخة شيخي العلماء (بعد أن كان مباشراً)
إنما قيد بالمباشرة ، لأنه إذا لم يكن مباشراً لا يتعلق به حرمان الميراث وبطلان الوصية
كما في حافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه (لقوله عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ
(لا وصية للقاتل) .

قال الأترابي ولنا ما قال محمد في الأصل بلغنا عن علي رضي الله تعالى عنه أنه لم يجعل
للقاتل ميراثاً ، وعن عمر مثله ، وعن علي في الأسرار وغيره أنه قال لا وصية لقاتل ولا
مخالف له فحل محل الإجماع . وروى عن عبيدة السلماني في كتب التفسير أنه قال لم يورث
قاتل بعد صاحب البقرة .

فإن قلت المصنف ذكر الحديث مرفوعاً فما للأترابي ذكره عن علي رضي الله تعالى
عنه موقوفاً ، قلت روى الدارقطني في سننه عن مبشر بن عبيد عن الحجاج بن أرطاة عن
الحكم بن عتبة عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنهم قال
قال رسول الله ﷺ ليس للقاتل وصية . ثم قال الدارقطني مبشر متروك يضع الحديث .
وقال صاحب التنقيح قال أحمد مبشر بن عبيد أحاديثه موضوعة كذاب . قلت فكذلك
اقتصر الأترابي على الموقوف .

(ولأنه لم يورث القاتل) استعجل ما أخره الله فيحرم الوصية (فيحرم على صيغة

كما يحرم الميراث . وقال الشافعي تجوز للقاتل ، وعلى هذا الخلاف
إذا أوصى لرجل ثم إنه قتل الموصى تبطل الوصية عندنا ، وعنده
لا تبطل . والحجة عليه في الفصلين ما بيناه . ولو أجازتها الورثة

المجهول ، والوصية منصوب ، لأنه مفعول ثابت بقي على حاله ، فالأول قام مقام الفاعل .
وكذلك الميراث منصوب في قوله (كما يحرم الميراث) أي كما يحرم القاتل عن ميراث
الذي قتله .

(وقال الشافعي تجوز) أي الوصية (للقاتل) وبه قال مالك وأحمد ورحم ذكرنا
(وعلى هذا الخلاف) المذكور بيننا وبين الشافعي (إذا أوصى لرجل ثم إنه) أي إن
الرجل الموصى له (قتل الموصى تبطل الوصية عندنا وعنده) أي عند الشافعي (لا تبطل
والحجة عليه) أي على الشافعي (في الفصلين) أي فيما كان القتل قبل الوصية أو بعدها
(ما قلنا) وفي بعض النسخ ما بيناه ، وهكذا في نسخة شيخنا الغلاء رحمه الله أي من
الحديث المذكور ، فإنه بإطلاقه لا يفصل بين تقدم الجرح على الوصية وتأخره عنها ، وما
قاله عن المقول الذي ذكره واعترفوا عليه بأنه صحيح إذا كان القتل بعد الوصية ، فأما
إذا كان الجرح قبلها فلا استعجال ثمة .

وأجيب يحمل الجراح مستعجلاً وإن تقدم جرحه على الوصية كما ذكر شيخ الإسلام أن
المعتبر في كون الموصى له قاتلاً أو غير قاتل لجواز الوصية وفسادها يوم الموت لا يوم
الوصية ، فالنظر إلى وقت الموت كان الوقت مؤخراً عن الوصية . وقال الأكل واعترض
نقض إجمالي بأن ما ذكرتم لو صح لجميع مقدماته لما أعتق المدير إذا قتل مولاة أن التدبير
وصية ، ولكن لا يصح للقاتل .

أجيب بأن عتقه من حيث أن موته جعل شرطاً لعتقه ، وقد وجد ذلك . ولكن
يسمى المدير في جميع قيمته ، لأن تعذر الرد من حيث الصورة لوجود شرط العتق الذي
لا يقبل الرد ، فيرد من حيث المعنى بإيجاب السعاية .

(ولو أجازتها الورثة) أي ولو أجاز الورثة الوصية للقاتل (جاز عند أبي حنيفة

جاز عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف لا تجوز ، لأن جنائته
باقية والامتناع لأجلها . ولهما أن الامتناع لحق الورثة ، لأن نفع
بطلانها يعود إليهم كنفع بطلان الميراث ، ولأنهم لا يرضونها
للقاتل كما لا يرضونها لأحدهم . قال ولا تجوز لو ارثه لقوله
عليه السلام إن الله تعالى أعطى كل ذي حق حقه ألا لا وصية
لوارث ، ولأنه يتأذى البعض بإيثار البعض ، ففي تجويزه قطيعة
الرحم . ولأنه حيف بالحديث الذي روينا ،

ومحمد «رح» . وقال أبو يوسف لا تجوز ، لأن جنائته باقية ، والامتناع (أي الامتناع من
الجواز) لأجلها (أي لأجل الجناية .

(ولهما) أي ولأبي حنيفة ومحمد «رح» (أن الامتناع لحق الورثة ، لأن نفع بطلانها
يعود إليهم كنفع بطلان الميراث ، ولأنهم لا يرضونها) أي الوصية (للقاتل كما لا يرضونها
لأحدهم) أي لأحد الورثة ، وهي الوصية لأحدهم إذا أجاز البقية نفدت .
وكذا القاتل .

فإن قيل ما الفرق بينها وبين الميراث إذا جازت الوصية حيث صحت الوصية دون
الميراث ، أجب بأن الإجازات تصرف من العبد فيعمل فيما كان من جهة العبد ، والوصية
من جهة العبد فيعمل بخلاف الميراث ، فإنه من جهة الشرع لا منع للعبد فيه فلا يعمل فيه
فلا تصرف للعبد .

(قال) أي القدوري (ولا تجوز لو ارثه) أي لا تجوز الوصية من المورث لو ارث
(لقوله عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ (إن الله أعطى كل ذي حق حقه ، ألا لا وصية
لوارث) هذا الحديث روى عن جماعة من الصحابة رضى الله تعالى عنهم منهم أبو أمامة
الباهلي وقد ذكرناه في أوائل الكتاب .

(ولأنه يتأذى البعض بإيثار البعض ، ففي تجويزه قطيعة الرحم . ولأنه) أي باختیار
البعض في الإيصال له بشيء (حيف) أي جور (بالحديث الذي روينا) وهو قوله فيما

ويعتبر كونه وارثاً أو غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية ،
لأنه تمليك مضاف إلى ما بعد الموت ، وحكمه يثبت بعد الموت .
والهبة من المريض للوارث في هذا نظير الوصية ، لأنها وصية حكماً
حتى تنفذ من الثلث وإقرار المريض للوارث على عكسه . لأنه
تصرف في الحال فيعتبر ذلك وقت الإقرار .

مضى عن قريب قد جاء في الحديث الحيف في الوصية من أكبر الكبائر (ويعتبر كونه
وارثاً أو غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية ، لأنه تمليك مضاف إلى ما بعد الموت ،
وحكمه يثبت بعد الموت) وفائدته تظهر فيمن أوصى لأخيه ولا ابن له ، ثم ولد له ابن
فمات الموصي تصح الوصية ، ومن أوصى لأخيه وله ابن ثم مات الابن فمات الموصي تبطل
الوصية . وفي قاضي خان أوصى لثلاث إخوة متفرقين وله ابن جازت الوصية لهم بالسوية
لأنهم لا يرثون مع الأب ، وإن كان له بنت مكان الابن جازت الوصية لأخ لأب ولأخ لأم ،
ولا يجوز لأخ لأب وأم لأنه يرث مع البنت ، وإن لم يكن له ابن ولا بنت الوصية كلها
للأخ لأب ، لأنه لا يرثه وتبطل الوصية لأخ لأب وأم ، ولأخ لأم لأنها يرثانه ، وكذا
لو مات الابن والبنت .

(والهبة من المريض للوارث في هذا) أي في هذا الحكم (نظير الوصية) أي لأن الهبة والتذكير
باعتبار الوصية (لأنها وصية حكماً) أي من حيث الحكم (حتى تنفذ من الثلث) يعني
كما أن في الوصية للوارث يعتبر كونه وارثاً وقت الموت فكذلك في هبة المرتن مرض الموت
للورثة يعتبر كونه وارثاً بعد الموت ، لأن هبته جعلت وصية من حيث الحكم بدليل أنها
تنفذ من الثلث إذا كانت للأجنبي فالوصية للأجنبي فننفذ من الثلث ، فكانت الهبة
تمليكا مضافا إلى بعد الموت .

(وإقرار المريض للوارث على عكسه) أي على عكس الحكم في الهبة ، يعني يعتبر
كونه وارثاً عند الإقرار لا عند الموت (لأنه تصرف في الحال فيعتبر ذلك وقت الإقرار)
لا وقت الموت ، ولهذا لو أقر في مرض الموت لأجنبي بدين يصح من جميع المال وذكر

قال إلا أن تميزها الورثة . ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه .
ولأن الامتناع لحقهم فتجوز بإجازتهم .

في النهاية أن اعتبار وقت الإقرار دون الموت ليس على إطلاقه ، بل ذلك إذا كان كونه وارثاً بسبب حادث . وأما إذا كان كونه وارثاً بسبب كان وقت الإقرار فيعتبر كونه وارثاً وقت الموت أيضاً ، ثم بين ذلك في مريض أقر لابنه العبد فأعتق فمات الأب صح الإقرار ، لأن وارثته تثبت بسبب حادث وهو الاعتاق ، وقبلة كان عبداً أو كسب العبد لمولاه فهذا إقرار في المعنى حصل للمولى وهو أجنبي فلا تبطل بصيرورة الابن وارثاً بسبب حادث . ولو أقر لاختيه وله ابن ثم مات الابن قبله حتى صار الأخ وارثاً بطل إقراره عندنا لأنه لما كان وارثاً بسبب قائم وقت الإقرار تبين أن إقراره حصل لوارثه ، وذلك باطل انتهى .

وقال الأمل رحمه الله أرى أن إطلاق المصنف رحمه الله يغني عن ذلك التطويل وذلك لأنه قال يعتبر إقرار المريض كونه وارثاً عند الإقرار ، والعبد ليس بوارث عند الإقرار لكونه محروماً فلا يكون إقراراً للوارث وكلامه منافيّاً والأخ ليس محروم ، فيكون وارثاً عند الإقرار ، وإن كان محجوباً والإقرار للوارث باطل .

(قال) أي القدوري (إلا أن يميزها الورثة) هذا استثناء من قوله ولا تجوز الوصية لوارث إلا أن يميزها الإيصاء للورثة ، فحينئذ يصح . وقال المصنف (ويروى هذا الاستثناء) أي الاستثناء الذي ذكره القدوري (فيما رويناه) أي في الحديث الذي رويناه وهو قوله عليه السلام إن الله أعطى كل ذي حق حقه ألا وصية لوارث إلا أن يميزها .. رواه الدارقطني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن رسول الله ﷺ هكذا .

قال الكاكي ورواه عن ابن عباس عن رسول الله ﷺ هذا ، أي رواه الدارقطني أيضاً ، هكذا عن عبد الله بن عباس رضي الله تعالى عنهما . وقال الاترازي وفيه نظر وسكت ، ولم يبين وجه النظر فكأنه رأى في موضع أن هذا ضعيف فاقصر على ما قاله قلت لفظ الدارقطني أن النبي ﷺ قال في خطبة يوم النحر لا وصية لوارث إلا أن يميز الورثة ، وفي اسناده حبيب بن الشهيد قال ابن عدي بعد أرجو أن حبيب بن الشهيد مستقيم الرواية .

(ولأن الامتناع لحقهم) أي امتناع الوصية لحق الورثة (فيجوز بإجازتهم) لعدم

ولو أجاز بعض ورد بعض تجوز على المجيز بقدر حصته
لولايته عليه ، وبطل في حق الراد . قال ويجوز أن يوصي المسلم
للكافر والكافر للمسلم ، فالأول لقوله تعالى ﴿ لا ينهاكم الله عن
الذين لم يقاتلوكم في الدين ﴾ .. الآية ٨ الممتحنة . والثاني لانهم بعقد
الذمة ساووا المسلمين في المعاملات . ولهذا جاز التبرع من الجانبين
في حالة الحياة ، فكذا بعد المات . وفي الجامع الصغير الوصية
لاهل الحرب باطلة ، لقوله تعالى ﴿ إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم

المانع (ولو أجاز بعض) أي بعض الورثة (ورد بعض) أي لم يحز (تجوز على المجيز بقدر
حصته لولايته عليه وبطل في حق الراد) لعدم رضا .

(قال) أي القدوري (ويجوز أن يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم) أراد بالكافر
الذمي لا الحربي ، لأن الحربي لا يجوز له الوصية على ما يأتي (فالأول) وهو وصية المسلم
للكافر (لقوله تعالى ﴿ لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ﴾ الآية ٨ الممتحنة)
لأنهم إذا لم يخرجوكم من دياركم ولم يؤذوكم فهذا بر منهم فالعدل معهم أن تبرؤم انتم
أيضاً بحسن المعاشرة والصلة بالمال ، كذا في التفسير والوصية لهم بالمال من العين ، فكانت
جائزة . وقال الفقيه ابو الليث « رح » في كتاب نكت الوصايا . وروى عن صفية بنت
حي ابن زوجة رسول الله ﷺ أوصت بثلاث مالها لأخيها وهو يهودي ، وكان ذلك بحضور
من الصحابة فلم ينكروا عليها .

(والثاني) وهو وصية الكافر للمسلم (لانهم) أي أن أهل الذمة (بعقد الذمة
ساووا المسلمين في المعاملات ، ولهذا جاز التبرع من الجانبين في حالة الحياة ، فكذا بعد
المات) وهذا لا خلاف فيه لاهل العلم . وأما وصية المسلم لاهل الحرب فقد أشار اليه
بقوله (وفي الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة) وبه قال بعض أصحاب الشافعي
« رح » . وقال مالك واحمد وأكثر أصحاب الشافعي يجوز (لقوله تعالى ﴿ إنما ينهاكم الله
عن الذين قاتلوكم في الدين ﴾ .. الآية ٩ الممتحنة) ﴿ وأخرجوكم من دياركم وظاهروا

في الدين ﴿... الآية ٩ الممتحنة . قال وقبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له حال حياته أو ردها فذلك باطل ، لان أو ان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد . قال ويستحب أن يوصي الانسان بدون الثلث ، سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء ، لان في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم ، بخلاف استكمال الثلث ، لانه استيفاء تمام

على إخراجكم أن تولم ومن يتولم فأولئك هم الظالمون ﴿ . قالوا في شرح الجامع الصغير ما يدل على الجواز . وذكر محمد في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية لهم .

وجه التوفيق بين الروايتين انه لا ينبغي أن يفعل ، وان فعل ثبت الملك لهم لانهم من أهل الملك ، وأما وصية الحربي بعدما دخل داراً بأمان فإنها جائزة ، لان له ولاية تعليق ماله في حياته . فكذا بعد وفاته على انه لا فرق بين وصيته بالثلث ويجمع ماله لان منع المسلم في ذلك منهى عما زاد على الثلث لحق وورثة المسلمين ، لانه معصوم عن الإبطال وورثة الحربي ليس كذلك .

(قال) أي القدوري (وقبول الوصية بعد الموت ، فإن قبلها الموصى له في حال حياته أو ردها فذلك باطل ، لان أو ان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به ، فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد) ألا ترى انه لو قال لامرأته أنت طالق غداً على ألف قالقول والرد منها يعتبر بعد مجيء القد

(قال) أي القدوري (ويستحب أن يوصي الإنسان بدون الثلث ، سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء) ولا يعلم فيه خلاف لقوله ~~يستحب~~ لان تدع ورثتك اغنياء... الحديث . وعن أبي بكر وعن عمر رضي الله تعالى عنها أنها قالوا لان يوصي بالخمسة أحب إلي من أن يوصي بالربع ، ولان يوصي بالربع أحب إلي من أن يوصي بالثلث (لان في التنقيص) أي من الثلث (صلة القريب بترك ماله عليهم ، بخلاف استكمال الثلث ، لانه استيفاء تمام

حقه ، فلا صلة ولا منة . ثم الوصية بأقل من الثلث أولى أم تركها .
قالوا إن كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فالترك أولى لما
فيه من الصدقة على القريب ، وقد قال عليه السلام أفضل الصدقة على
ذي الرحم الكاشح . ولأن فيه رعاية حق الفقراء والقراة جميعا .
وإن كانوا أغنياء ويستغنون بنصيبهم فالوصية أولى ، لأنه يكون
صدقة على الأجنبي ، والترك هبة من القريب ، والأولى أولى ،

حقه ، فلا صلة ولا منة) لأن الموصي إذا استوفى تمام حقه الذي هو الثلث لا يبقى له منه
شيء ورثته ، ولا يثار بالصلة .

(ثم الوصية بأقل من الثلث أولى أم تركها . قالوا) أي المشايخ (إن كانت الورثة
فقراء ولا يستغنون بما يرثون فالترك أولى ، لما فيه من الصدقة على القريب . وقد قال
عليه السلام) أي قال النبي ﷺ (أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح) هذا الحديث رواه
الإمام أحمد في مسنده عن أبي أيوب الأنصاري عن النبي ﷺ ولفظه أن أفضل الصدقة ...
ورواه أبو عبيد القاسم بن سلام في كتاب الأموال عن أبي هريرة أن النبي ﷺ سئل أي
الصدقة أفضل ، فقال الصدقة على ذي الرحم الكاشح ، انتهى . والكاشح الذي يخفي
عدوانه في كشمه ، والكشم ما بين الخاصرة إلى الضلع ، وإنما الصدقة عليه أفضل لما
فيه من مخالفة النفس وقهرها . وكذلك في ذي الرحم الصديق .

ثم أعلم أن الأفضل أن يجعل وصية لأقاربه الذين لا يرثون إذا كانوا فقراء ، وعليه أهل
العلم . وقال ابن عبد البر لا خلاف فيه بين العلماء . وعن طاووس والضحاك تنتزع من
الغير وترد إلى قرابته . وعن الحسن وجابر بن زيد يعطى الثلث للغير ويرد الباقي إلى قرابته .
(ولأن فيه) أي في ترك الوصية إذا كانت الورثة فقراء (رعاية حق) النفس (الفقراء
والقراة جميعا ، وإن كانوا أغنياء ويستغنون بنصيبهم) من الإرث (فالوصية أولى ،
لأنه يكون صدقة) أي لأن الإيصاء بالثلث حينئذ بمنزلة الصدقة (على الأجنبي والترك)
أي ترك الوصية بالثلث يكون (هبة من القريب ، والأولى أولى) أي الصدقة على الأجنبي

لأنه يبتغي بها وجه الله تعالى . وقيل في هذا الوجه ينخير الموصى لاشتغال كل منهما على فضيلة ، وهو الصدقة أو الصلة ، فيخير بين الخيرين . قال والموصى به يملك بالقبول ، خلافاً لزفر ، وهو أحد قولي الشافعي . هو يقول الوصية أخت الميراث ، إذ كل منهما خلافة لما أنه انتقال ،

أفضل (لأنه يبتغي بها وجه الله تعالى) لأنها صدقة في حياته .

(وقيل في هذا الوجه) وهو ما إذا كانت الورثة أغنياء يستغنون بنصيبهم (ينخر الموصى لاشتغال كل منهما) أي من الوصية والترك (على فضيلة وهو) أي اشتغال الفضيلة (الصدقة) في حق الأجنبي (أو الصلة) في حق الورثة ، فإذا كان كذلك (فيخير بين الخيرين) بكسر الحاء ، يعني بين الخيرين . وفي شرح الطحاوي الأفضل لمن كان له مال قليل أن لا يوصى بشيء إذا كانت له ورثة ، والأفضل لمن كان له مال كثير أن لا يحاوز الثلث فيما لا معصية فيه .

وفي خلاصة الفتاوى عن الإمام الفضلي إذا كانت الورثة صغاراً فترك الوصية أفضل ، قال هكذا روي عن أبي يوسف «رح» . وإن كانوا بالغين إن كانوا فقراء ويستغنون بثلاثي التركة فالوصية أفضل . وقدر الاستغناء عن أبي حنيفة «رح» ، إذا ترك لكل واحد من الورثة أربعة آلاف . وفي الموضع الذي أراد أن يوصي ينبغي أن يبدأ بالقرابة ، فإن كانوا أغنياء فالجيران .

(قال) أي القدوري (والموصى به يملك بالقبول) تملك على صيغة المجهول ، وبه قال جمهور العلماء إذا كانوا بالغين يمكن القبول منه . أما إذا كان لغير معين كالفقراء والمساكين ومن لا يمكن حصره كبني هاشم أو على مصلحة مسجد أو حج لم يقتصر إلى قبول ، ولزمت بمجرد الموت ، لأن الوصية لهم كالوقف عليهم (خلافاً لزفر «رح») فإن عنده لا يتوقف على القبول (وهو) أي قول زفر (أحد قولي الشافعي «رح») وهو قول غير مشهور عنه .

(هو) أي زفر «رح» (يقول الوصية أخت الميراث ، إذ كل منهما خلافة) أي لأن

ثم الارث يثبت من غير قبول ، فكذلك الوصية . ولنا أن الوصية
إثبات ملك جديد ، ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه
بالعيب ولا يملك أحد إثبات الملك لغيره إلا بقبوله . أما الوراثة
فخلافه حتى يثبت فيها هذه الاحكام ، فيثبت جبراً من الشرع من

كل واحد من الوصية والميراث خلافة بعد الموت (لما أنه انتقال) أى لما أن كل
واحد من الإرث والوصية انتقال للمال (ثم الإرث يثبت من غير قبول) فلا يرتد بالرد
(فكذلك الوصية) .

(ولنا أن الوصية إثبات ملك جديد ، ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد
عليه بالعيب) يعني لو أوصى بجميع ماله لإنسان ثم باع شيئاً من التركة ووجد المشتري
بـ عيباً لا يرد على الموصى له . ولو كان ثبوت الملك للموصى له بطريق الخلافة لثبت
ولاية الرد في صورتين جميعاً ، كما في الوارث (ولا يملك أحد إثبات الملك لغيره إلا
بقبوله) ورضاه .

ألا ترى أنه لو أوصى بثلت تراب في داره ، فلو ملكه الموصى له من غير رضاه لحقه
صرر بفعل الموصى ، لأنه يلزمه نقله من بيته وهو لا يجوز . وذلك لأن نفوذ الوصية
لنفعه الموصى له ، ولو أثبتنا الملك له قبل قبوله لربما تضرر ، فإنه لو أوصى له بمعد أعى
وجب عليه نفقة بلا منفعة تعود إليه ، وأمثال هذا كثيرة .

(أما الوراثة فخلافه حتى يثبت فيها هذه الأحكام) أشار به إلى قوله ولهذا لا يرد
الموصى له بالعيب ولا يرد بالعيب (فيثبت) أى الخلافة في الميراث (جبراً من الشرع من
غير قبول) الوارث ، أى من غير اختيار منه شيئاً أو أبى ، وفي الوصية للموصى له
الختيار ، ولهذا يرتد بالرد ، ولما ارتدت بالرد وافقت على القبول كالبيع والهبة . ثم القبول
على ضربين قبول بالصرح وقبول بالدليل ، فالصرح أن يقول بعد موت الموصى قبلت ،
والدليل أن يموت الموصى له قبل القبول والرد بعد موت الموصى ، فيكون موته قبولاً
لوصيته ، ويكون ذلك ميراثاً لورثته .

(قال) أى القدرى (إلا في مسألة واحدة) هذا استثناء من قوله والموصى بـ

غير قبول . قال إلا في مسألة واحدة وهي أن يموت الموصي ثم يموت الموصى له قبل القبول فيدخل الموصى به في ملك ورثته استحقاقاً . والقياس أن تبطل الوصية لما بينا أن الملك موقوف على القبول ، فصار كموت المشتري قبل قبوله بعد إيجاب البائع . وجه الاستحسان أن الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته تماماً لا يلحقه الفسخ من جهته وإنما توقفت لحق الموصى له . فإذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري إذا مات قبل الإجازة . قال ومن أوصى وعليه دين يحيط بهاله لم تجز الوصية ، لأن الدين مقدم على الوصية ، لأنه أهم الحاجتين ، فإنه فرض والوصية تبرع وأبدأ يبدأ

يملك بالقبول ، يعني في المسألة المستثناة يملك بدون القبول (وهي أن يموت الموصي ثم الموصى له قبل القبول ، فيدخل الموصى به في ملك ورثته استحقاقاً ، والقياس أن تبطل الوصية لما بينا أن الملك) أى ملك الموصي (موقوف على القبول) وقد فات القبول بالفوت فبطلت الوصية (فصار) حكم هذا (كموت المشتري قبل قبوله بعد إيجاب البائع) .

(وجه الاستحسان أن الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته تماماً لا يلحقه الفسخ من جهته ، وإنما توقفت لحق الموصى له ، فإذا مات دخل في ملكه) لأن موته بلارد دليل القبول نظيره (كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري إذا مات قبل الإجازة) فإن البيع يتم وتكون السلعة موروثاً عن المشتري ، فكذا هنا يكون الوصية موروثاً عن الموصى له .

(قال) أى القدورى (ومن أوصى وعليه دين يحيط بهاله لم تجز الوصية ، لأن الدين مقدم على الوصية ، لأنه أهم الحاجتين ، فإنه) أى فان الدين (فرض) أى أداؤه (والوصية تبرع . وأبدأ يبدأ بالام فالام ، إلا أن تبرئه الغرماء) أى أصحاب الديون (لأنه لم

بالاهم فالاهم ، إلا أن يبرأه الغرماء ، لانه لم يبق الدين فتنفذ الوصية على الحد المشروع لحاجته إليها . قال ولا تصح وصية الصبي . وقال الشافعي تصح إذا كان في وجوه الخير ، لأن عمر رضي الله عنه أجاز وصية يفاع أو يافع ، وهو الذي راهق الحلم .

يبقى الدين فتنفذ الوصية (حينئذ) على الحد المشروع (وهو الوجه الذي ذكره ، وهو أن الورثة إما أن يكونوا فقراء أو أغنياء (لحاجته إليها) أى حاجة الموصي الميت إلى الوصية . وقال الزنجشري إنما قدم الوصية على الدين في قوله تعالى ﴿ من بعد وصية يوصي بها أو دين ﴾ ١١ النساء ، مع أن الدين مقدم شرعاً ، لما أن الوصية مشبهة لليراث في كونها مأخوذة من غير عوض ، فكان إخراجها مما يشق على الورثة ولا يطيب أنفسهم بها ، فكان أداؤها مظنة للتفريط . بخلاف الدين وإن نفوسهم مطمئنة إلى أدائه ، فكذلك قدمت على الدين بعثاً على المسارعة إلى إخراجها ووجوبها مع الدين ، وكذلك جنى بكلمة أو لتسوية بينهما في الوجوب .

(قال) أي القدوري (ولا تصح وصية الصبي) سواء مات قبل الإدراك أو بعده وبه قال الشافعي «رح» في قوله واصحاب الظواهر وهو قول ابن عباس والحسن ومجاهد رحمهم الله . (وقال الشافعي «رح» تصح) أى وصية الصبي (إذا كان في وجوه الخير) وبه قال مالك وأحمد وهو قول الشعبي والنخعي وعمر بن عبد العزيز وشريح وعطاء والزهرى وإياس وعبد الله بن عيينة . وقال ابن الجلاب البصرى المالكى في كتاب التفريع وصية الصبي المميز جائزة . وقال الغزالي في وجيزه ولا تصح الوصية من المجنون والصبي الذي لا يميز ، وفي الصبي المميز قولان .

(لأن عمر «رض» أجاز وصية يفاع أو يافع ، وهو الذي راهق الحلم) روى مالك في الموطأ عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم عن أبيه أنه قيل لعمر بن الخطاب «رض» أن هاهنا غلاماً يافعاً لم يحتلم من غسان ووارثه بالشام وهو ذو مال ، وليس هاهنا إلا إينة عم له ، فقال عمر «رض» فليوص لها ، فأوصى لها يافعاً لو لم يبرأ جسمه ، قال عمر «رض» فيمعت بثلاثين ألف درهم ، وإينة عمه هى أم عمرو بن سليم . ورواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا سفيان الثوري عن يحيى بن سعيد عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم

ولأنه نظره بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى . ولو لم تنفذ يبقى على
غيره ولنا أنه تبرع والصبي ليس من أهله . ولأن قوله غير ملزم ،
وفي تصحيح وصيته قول بالزام قوله ، والأثر محمول على أنه كان قريب

عن عمرو بن سليم المافى أوصى وهو ابن عشر سنين أو ثنتي عشرة ببشر له قومت بثلاثين ألفاً
فأجاز عمر «رض» وصيته . وقال البيهقي عمرو بن سليم لم يدرك عمر «رض» ، إلا أنه لم
ينسب بصاحبه العصبه (١) .

قوله يفاع بفتح الياء آخر الحروف وبالفاء المخففة وبعد الألف عين مهمة . وفي الجمهرة
غلام يفع ويافع ويفعه وقد أيفع يوقع إيفاعاً إذا تحرك وشب . والجمع إيفاع ويفاع
قطعة من الجبل والعله إيفاء فوق عما حولها . وقال الكاكي غلام يفاع بمعنى يافع وجمعه
يفعان ، ولا يقال صبي ولا يوقع وهو من النوادر . قلت ذكر في كتاب خلق الإنسان عن
أبي عبيد قال بعضهم الحرور واليافع والمترعز واحد . وإذا لم يبلغ الصبي الحلم قيل
غلام يافع وجمعه أيفاع . وقال أبو عبيد قال الكسائي وهو على غير قياس ، والقياس أن
يقال يوقع ، ويقال غلام يفعه .

(ولأنه) أى ولأن إيصاء الصبي (نظره بصرفه إلى نفسه في نيل الزلفى) أى
القرب إلى الله تعالى والدرجة العليا (ولو لم تنفذ) إيصاؤه (يبقى) ماله (على غيره)
أى على غير الصبي ، ولو نفذت يبقى ماله على نفسه حيث يكون له الثواب بالوصية
بماله فكانت الوصية أولى .

(ولنا أنه) أى ان إيصاؤه (تبرع ، والصبي ليس من أهله) أى من أهل التبرع ، ولهذا
لا يملك التبرع بماله في حال الحياة بالإجماع بالهبة أو الصدقة ، فكذا لا يملكه بطريق
الوصية أيضاً قياساً على الإعتاق .

(ولأن قوله غير ملزم . وفي تصحيح وصيته قول بالزام قوله) لأن الوصية لازمة بعد
الموت (والأثر) أى الأثر الذي روى عمر بن الخطاب «رض» (محمول على أنه كان قريب

(١) مكذا الكلام في الأصل .

العهد بالحلم مجازاً ، أو كانت وصيته في تجهيزه وأمر دفنه ، وذلك جائز عندنا ، وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته كما بيناه .

العهد بالحلم مجازاً) أى من حيث المجاز ، يعنى كان بالغاً لم يمض على بلوغه زمان كثير مثله يسمى بالغاً مجازاً تسمية للشيء بإسم ما كان عليه (أو كانت وصيته) جواب ثان عن الاثر المذكور ، أى أو كانت وصية يفاع المذكور (في تجهيزه وأمر دفنه ، وذلك جائز عندنا وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته) هذا جواب عن قوله ولانه نظر له بصرفه إلى نفسه في نيل الزلفى (كما بيناه) أى عن قريب من قوله وإن كانت الورثة فقراء ... إلى آخره .

وقال الاترازى وفي الجواب عن حديث عمر « رض » تخييط جواب المشايخ ، وبين ذلك بالجوابين اللذين ذكرهما المصنف « رح » ، ثم قال وفيهما نظر عندى ، لانه صرح الراوي بأنه أوصى لابنة عم له بماله ، فكيف يسمى ذلك وصيته تجهيز نفسه . وكيف يقال يحتمل أنه كان أدرك ، لكن سمي غلاماً مجازاً لانه صح في رواية الحديث أنه كان غلاماً يحتمل انتهى . قلت نسبة التخييط في هذا إلى نفس الامر إلى المصنف ، لان الوجهين المذكورين هو الذى ذكرهما . وأجاب الاكمل عنه بقوله بأن قوله كان غلاماً محتمل ، يعنى اليافع حقيقة ، فيجوز أن يكون الراوي نقله بمعناه . وقوله أنه أوصى لابنة عم له بماله لا ينافي أن يكون فيما يتعلق بتجهيزه ودفنه ، انتهى .

وقال الاترازى « رح » الجواب الصحيح وطول فيه ، وملخصه أن من أدرك عصر الصحابة من التابعين كسعيد بن المسيب والحسن والشعبي والنخعي يعقد بخلافه في إجماع الصحابة حتى لا يتم إجماعهم مع خلافه ، ثم روى أصحابنا في كتبهم عن الشعبي والنخعي والحسن أنهم قالوا لا تجوز وصية المراهق فبطل الاحتجاج بالاجماع ، لانه لا إجماع للصحابة مع خلافهم ، فبقي تعليل الصحابي ، وهو ليس بواجب عند الخصم ، فكيف يحتج به على غيره ، انتهى . والجواب الصحيح ما قاله الطحاوى ، والاحتجاج بهذا الاثر لا يصح من الشافعي لانه مرسل ، لان رواية عمرو بن سليم وهو ممن لم يلق عمر « رض » وأبلغ من هذا ما قاله ابن حزم أن هذا الاثر لم يصح عن عمر « رض » وخالفه ابن عباس « رض » ،

والمعتبر في النفع والضرر النظر إلى أوضاع التصرفات لا إلى ما يتفق
بحكم الحال اعتبره بالطلاق فإنه لا يملكه ولا وصية. وإن كان يتفق
نافعاً في بعض الأحوال. وكذا إذا أوصى ثم مات بعد الإدراك
لعدم الأهلية وقت المباشرة. وكذا إذا قال إذا أدركت فثلث مالي
لفلان وصية لقصور بأهليته، فلا يملكه تنجزاً وتعليقاً كما في الطلاق

وهو أيضاً مخالف لقوله تعالى ﴿وابتلوا النيام﴾ . الآية ، فإنها تدل على أن الصبي
ممنوع من ماله . وفي المبسوط والمرسل وإن كان مقبولا عندنا لكنه خالف عموم قوله
﴿عنه﴾ رفع القلم عن ثلاث ... الحديث . قال الأكل وفيه نظر ، لأن المراد بالقلم
التكليف ، وما نحن فيه فليس منه فليتأمل .

(والمعتبر في النفع والضرر) هذا تنزل في الجواب كأنه يقول سلمنا أن الوصية يحصل
الثواب دون تركها ، لكن المعتبر به في النفع والضرر (النظر إلى أوضاع التصرفات)
يعني يعتبر في التصرفات أصل الوضع لا الأحوال ، والوصية في أصل الوضع مزيل للملك
وقد يقع النفع فيها في بعض الأحوال ، وقد لا يكون فيه نفع كان أوصى لفاسق يتفق
ذاك المال في الفسق ، وهذا إعانة على المعصية لا ينبغي في نيل الزلفى (لا إلى ما يتفق
بحكم الحال) يعني لا النظر إلى ما يتفق بحكم الحال من العوارض اللاحقة (اعتبره) أي
اعتبر ما ذكرنا (بالطلاق فإنه) أي فإن الصبي (لا يملكه) أي لا يملك طلاقه وإن
طلق (ولا وصية . وإن كان يتفق نافعاً في بعض الأحوال) أي ولا يملك وصيته أيضاً
وإن نصب مانعاً في بعض الأحوال بأن يطلق امرأة معسرة شرعاً ويتزوج بأختها الموصرة
الحسنى ، أو يطلقها بأن كانت زانية سليطة ويتزوج بالصالحه ، لأن ذلك من العوارض
والوصية في الأصل تبرع ، والصبي ليس من أهله .

(وكذا إذا أوصى) أي الصبي بوصية (ثم مات بعد الإدراك لعدم الأهلية وقت
المباشرة) أي وقت مباشرة الوصية (وكذا إذا قال إذا أدركت فثلث مالي لفلان وصية)
لا يجوز (لقصور أهليته فلا يملكه) أي الإيصاء (تنجزاً وتعليقاً) أي من حيث التنجز

والعتاق . بخلاف العبد والمكاتب لأن أهليتها مستتمة ، والمانع
حق المولى فتصح إضافته إلى حال سقوطه . قال ولا تصح وصية
الكاتب وإن ترك وفاء ، لأن ماله لا يقبل التبرع . وقيل
على قول أبي حنيفة لا تصح . وعندهما تصح ردأها إلى مكاتب
يقول كل مملوك أملكه فيما استقبل فهو حر ثم عتق فملك ،
والخلاف فيها معروف عرف في موضعه ، قال وتجوز الوصية للحمل

كما في الوجه الأول ، ومن حيث التعليق كما في الوجه الثاني (كما في الطلاق والعتاق) حيث
لا يملكها تنجيذاً ولا تمليقاً .

(بخلاف العبد والمكاتب) يعني إذا قال العبد أو المكاتب إذا أعتقت فثلث مالي
وصية يصح (لأن أهليتها مستتمة) أى تامة (والمانع حق المولى فتصح إضافته إلى حال
سقوطه) أى سقوط المانع .

(قال) أى القدورى (ولا تصح وصية الكاتب وإن ترك وفاء ، لأن ماله لا يقبل
التبرع) ولهذا لا يصح عتقه وهبته (وقيل على قول أبي حنيفة «رح» لا تصح ، وعندهما
تصح ردأها) أى قياساً لهذه المسألة (إلى مكاتب يقول كل مملوك أملكه فيما استقبل فهو
حر ثم عتق فملك ، والخلاف فيها معروف عرف في موضعه) أى من باب الحنث في عتقك
المكاتب والمأذون في إيمان الجامع الكبير وما عرف ثمة هو أن المكاتب إذا قال كل
مملوك أملكه فيما استقبل فهو حر فعتق فملك لم يعتق عند أبي حنيفة ، وعتق عندهما .
لها أن ذكر الملك إلى ملك الظاهر للاعتاق وهو ما بعد الحرية . ولأبي حنيفة أن
للمكاتب وعين من الملك أحدهما إلى ظاهر ، وهو ما قبل العتاق . والثاني غير ظاهر وهو
ما بعد العتاق فيضرب اليمين الظاهر دون غير الظاهر .

(قال) أى القدورى (وتجوز الوصية للحمل) مثل أن يقول أوصيت ثلث مالي
لما في بطن فلانة (وبالحمل) كما إذا أوصى بما في بطن جاريته ولم يكن من المولى (إذا

وبالحمل إذا وضع لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية . أما الأول
فلأن الوصية استخلاف من وجه ، لأنه يجعله خليفة في بعض ماله
والجنين صلح خليفة في الإرث ، فكذا في الوصية إذ هي أخته ،
إلا أنه يرتد بالرد لما فيه من معنى التملك . بخلاف الهبة لأنها تملك
محض ولا ولاية لأحد عليه لملكه شيئاً . أما الثاني فلأنه بعرض
الوجود إذ الكلام فيما إذا علم وجوده وقت الوصية ، وبابها أوسع

وضع لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية (أراد أنه إذا علم أنه ثابت موجود في البطن
وقت الوصية له أو به ، ومعرفة ذلك بأن جاءت لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية
على ما ذكره الطحاوي واختاره المصنف وصححه الأسيبجاني في شرح الكافي من وقت موت
الموصي على ما ذهب إليه الفقيه أبو الليث رحمه الله عليهم ، واختاره صاحب النهاية .
(أما الأول) وهو الوصية للعمل (فلأن الوصية استخلاف من وجه) دون وجه
(لأنه يجعله خليفة في بعض ماله) بعد موته إلا أنه يملكه في الحال (والجنين صلح خليفة
في الإرث ، فكذا في الوصية إذ هي أخته) أي لأن الوصية أخت الإرث إلا أنه جواب
عما يقال لو كانت أختين لما جاز ردها كما لم يحز رده ، وتقرير الجواب هو قوله (إلا أنه)
أي إن فعل عقد الوصية أو الإيصاء (يرتد بالرد لما فيه من معنى التملك) دون
الميراث تقدم ذلك فيه .

(وبخلاف الهبة) متصل بقوله وتجوز الوصية بالحمل ، يعني أن الهبة بالحمل لا تصح
(لأنها) أي لأن الهبة (تملك محض) والجنين ليس بصالح لذلك (ولا ولاية لأحد عليه)
أي على الجنين (لملكه شيئاً) لأنه لا حاجة له قبل الانفصال .

(وأما الثاني) وهو الوصية به (فلأنه) أي الحمل (بعرض الوجود) أي بعرضية
الوجود (إذ الكلام فيما إذا علم وجوده إلى وقت الوصية) فإن وضع المسألة فيما إذا وضعت
لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية أو الموت ، وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لا محالة
ولقائل أن يقول في كلام المصنف تناقض ظاهراً لأنه لا يعلم وجود شيء إلا بعد أن يصير

لحاجة الميت وعجزه ، ولهذا تصح في غير الموجود كالثمرة ،
فلأن تصح في الموجود أولى . قال ومن أوصى بجارية إلا حملها
صحت الوصية والاستثناء ، لأن إسم الجارية لا يتناول الحمل
لفظاً ولكنه يستحق بالإطلاق تبعاً ، فإذا أفرد الام بالوصية
صح إفرادها .

موجوداً ، وإذا كان موجوداً ، لا يكون بعرض الوجود . والجواب أن معنى قوله بعرض
الوجود بعرض وجود يصلح الورود القبض عليه ومعنى قوله إذا علم وجوده حقيقة ،
وكونه في بطن الأم فاندفع التناقض (وبابها) أي باب الوصية (أوسع حاجة الميت
وعجزه ، ولهذا) أي ولأجل ذلك (تصح) أي الوصية (في غير الموجود كالثمرة ، فلأن
تصح في الموجود أولى) إيضاح ذلك فيما قاله الكرخي في مختصره في رجل أوصى له
بثمرة بستان وهو يخرج من الثلث ثم مات فإن أبا حنيفة قال في ذلك إن كان فيه ثمرة فليس
له إلا تلك الثمرة ، وإن لم يكن فيه ثمرة ثمرته أبداً من الثلث . وإن أوصى بفلته فله غلته
أبداً من الثلث ، لأن الغلة على الأبد والثمرة على القائمة بعينها ليس له غيرها . وإن كان
البستان ليس له مال غيره . وأوصى بفلته لرجل أبداً وفيه ثمرة أو ليس له فيه ثمرة فهو
سواء ، له ثلث الثمرة التي فيه ، وثلث ما يستقبل من ثمره .

(قال) أي القدوري (ومن أوصى بجارية إلا حملها صحت الوصية والاستثناء) يعني
تكون الجارية الموصى له بها ، ويكون الحمل للورثة (لأن إسم الجارية لا يتناول الحمل
لفظاً) أي من حيث اللفظ ، أي من حيث اللغة ، لأنه لا يفهم منها فإذا كان كذلك صح
إقرار الام بالإيصاء باستثناء الحمل (ولكنه يستحق بالإطلاق تبعاً) هذا جواب عما
يقال لا نسلم أن إسم الجارية لا يتناول الحمل ، فإنه لو لم يبين استحقه الوصي له . ولو لم
يتناول لما استحقه كغيره من أمواله . وتقرير الجواب بأنه يستحق الحمل بالإطلاق ، يعني
لم يتناوله بالعموم ، بل يستحق إذا أطلق الموصى عن قيد الأفراد .

(فإذا أفرد الام بالوصية صح إفرادها) يعني إذا أفرد الام لم يبق مطلقاً بل تقيدت

ولأنه يصح إفراد الحمل بالوصية فجاز استثنائه ، وهذا هو الأصل
 أن ما يصح إفراده بالعقد يصح استثنائه منه ، إذ لا فرق بينهما .
 وما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثنائه منه وقد مر في البيوع
 قال ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية ، لأنه تبرع لم يتم فجاز
 الرجوع عنه كالهبة ، وقد حققناه في كتاب الهبة . ولأن القبول
 يتوقف على الموت ، والإيجاب يصح إبطاله قبل القبول كما في البيع

الام بالافراد فصحت الوصية بها لا مفردة (ولانه يصح إفراد الحمل بالوصية فجاز استثنائه
 وهذا هو الاصل أن ما يصح إفراده بالعقد يصح استثنائه منه) ولهذا لو قال لفلان علي
 ألف درهم إلا قفيز حنطة صح الاستثناء وإن كان صدر الكلام لا يتناولها (إذ لا فرق
 بينهما) أي بين صحته إفراد العقد عليه ، وبين الاستثناء ، لأن كل واحد منهما يتعلق
 بكونه معلوماً (وما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثنائه منه) كما في شراء جارية
 إلا حملها (وقد مر في البيوع) أي في باب البيع الفاسد .

(قال) أي القدوري (ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية ، لأنه) أي لأن الوصية
 على تأويل الإيضاء . وفي بعض النسخ لأنها ، فلا يحتاج إلى التأويل (تبرع لم يتم) لأنه
 مضاف إلى ما بعد الموت ، والتبرع التافذ وهو الهبة يحتمل الرجوع ، فالمضاف أولى . واجتمع
 أهل العلم على جواز الرجوع للموصي في جميع ما أوصى كله أو بعضه (فجاز الرجوع
 عنه كالهبة ، وقد حققناه في كتاب الهبة) أي قد حققنا هذا في كتاب الهبة ، إلا أن
 الكلام في الاعتاق إذا أوصى به فالأكثر على جواز الرجوع في الوصية ، وهو قول
 الأئمة الأربعة وعطاء وجابر بن زيد والزهرري وقتادة وإسحاق وأبي ثور . وروي عن
 عمر «رض» أنه قال يعين الرجل ما شاء من وصيته ولم يعلم له مخالف حل محل الإجماع .
 وعن الشعبي وابن سيرين وابن شبرمة والنخعي يعين منها ما شاء إلا العتق .

(ولأن القبول) في الوصية (يتوقف على الموت) أي موت الموصي (والإيجاب يصح
 إبطاله قبل القبول كما في البيع) فإنه يجوز فيه رجوع البائع قبل قبول المشتري

قال وإذا صرح بالرجوع أو فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعاً .
أما الصريح فظاهر ، وكذا الدلالة لأنها تعمل على الصريح مقام
مقام قوله قد أبطلت . وصار كالبيع بشرط الخيار ، فإنه يبطل الخيار
فيه بالدلالة . ثم كل فعل لو فعله الانسان في ملك الغير ينقطع به
حق المالك ، فإذا فعله الموصى كان رجوعاً وقد عددنا هذه الافاعيل

(قال) أى القدورى (وإذا صرح بالرجوع) بأن قال رجعت من وصيتي لفلان
(أو فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعاً) وفي الذخيرة الرجوع ثلاثة أنواع ، أحدها
استهلاك الموصى به حقيقة أو حكماً كما أوصى بثوب فقطعه وخاطه قبيصاً أو بقطن
فغزله ونسجه ، أو بمجديدة فصنعها سيفاً فهذه التصرفات ، استهلاك حكماً . ألا ترى أن
حق المصوب منه ينقطع بهذه التصرفات ونوع من ذلك أن يخلطه بغيره خطأ ، أى لا
يمكن التمييز أصلاً كالسويق اذا لته بسمن ونوع من ذلك ان يحدث نقصاناً فيه حتى يخرج
من هيئة الادخار والبقاء الى يوم الموت بأن كان شاة فذبحها . واما الرجوع ضرورة بأن
يتغير الموصى به ويتميز اسمه ، لانه لا يبقى بهذا موصى به بذلك الى يوم الموت ، كما لو
أوصى بمحنة فهبت الريح في طاحونة فصارت دقيقاً قبل موت الموصي بطلت الوصية ، أو
أوصى بالكفري في نخلة فصارت رطباً ، أو أوصى بعنب فصار زبيباً ، أو أوصى ببيض
فحضنت دجاجة عليها فأخرجت فرايج بطلت الوصية . ولو كان التغير في هذه المسألة
بعد موت الموصي قبل قبول الوصية أو بعده لا تبطل الوصية ، لان التغير حصل بعد تمام
الوصية فلا يوجب بطلانها .

(اما الصريح فظاهر ، وكذا الدلالة) أى وكذا الرجوع بالدلالة (لأنها تعمل عمل
الصريح ، فقام مقام قوله قد أبطلت وصار كالبيع بشرط الخيار) للمشتري ، فإنه اذا
فعل فعلاً ما يدل على ابطال خياره تبطل (فإنه يبطل الخيار فيه بالدلالة) كمل يبطل
بالصريح (ثم كل فعل لو فعله الانسان في ملك الغير ينقطع به حق المالك) نحو قطع الثوب
وخياطته بعد قصه ، فإنه يضمن قيمته وينقطع حق المالك عنه (فإذا فعله الموصى) أى

في كتاب الغصب . وكل فعل يوجب زيادة في الموصى به ولا يمكن تسليم العين إلا بها فهو رجوع إذا فعله ، مثل السويق يلقه بالسمن ، والدار يبني فيه الموصي والقطن يحشو به ، والبطانة يبطن بها ، والظاهرة يظهر بها ، لأنه لا يمكنه تسليمه بدون الزيادة ولا يمكنه نقضها . لأنه حصل في ملك الموصي من جهته ، بخلاف تخصيص الدار الموصى بها وهدم بنائها ، لأنه تصرف في التابع ، وكل تصرف أوجب زوال ملك الموصي فهو رجوع .

فان فعل هذا الفعل الذي ينقطع به حق المالك (كان) فعله هذا (رجوعاً) عن الوصية (وقد عدنا هذه الافاعيل في كتاب الغصب) الافاعيل جمع فعل على غير القياس . وكأنه جمع افعولة كأنه كالاباطيل جمع باطل . وفي الحقيقة كأنه جمع أبطولة . (وكل فعل يوجب زيادة في الموصى به) بحيث لا يمكن تمييزها (ولا يمكن تسليم العين إلا بها) أي لا بتلك الزيادة (فهو رجوع) عن الوصية (إذا فعله) أي إذا فعل ذلك الفعل ثم ذكر لها صور بقوله (مثل السويق يلقه بالسمن) أي يخلطه (والدار) أي ومثل الدار الموصى به (يبني فيها الموصي ، والقطن يحشو به) أي مثل قطن الموصى به يحشوه جبة ونحوها (والبطانة) أي ومثل البطانة الموصى بها (يبطن بها والظاهرة) أي ومثل الظاهرة الموصى بها (يظهر بها) أي يجعلها تحت الظاهرة (لأنه لا يمكنه) أي لا يمكن (تسليمه) أي تسليم شيء من هذه الأشياء (بدون الزيادة) وهو ظاهر (ولا يمكنه نقضها) أي ولا يمكن نقض هذه الأشياء (لأنه حصل في ملك الموصي) وتصرف في ملكه (من جهته) لا من جهة غيره .

(بخلاف تخصيص الدار الموصى بها) أي تبييضها بالخص (وهدم بنائها) حيث لا يكون رجوعاً عندنا ، وعند الأئمة الثلاثة يكون رجوعاً ، لأنه تصرف أوجب بغير الموصى به ، ودليلنا هو قوله (لأنه تصرف في التابع) وهو البناء والتصرف في التابع لا يدل على اسقاط الحق على الأصل في التخصيص ، لأنه بناء ، والبناء تبع . وكذا لو

كما إذا باع العين الموصى به ثم اشتراه أو وهبه ثم رجع فيه ،
لأن الوصية لا تنفذ إلا في ملكه ، فإذا أزاله كان رجوعاً ، وذبح
الشاة الموصى بها رجوع ، لأنه للصرف إلى حاجته عادة ، فصار هذا
المعنى أصلاً أيضاً . وغسل الثوب الموصى به لا يكون رجوعاً ،
لأن من أراد أن يعطي ثوبه غيره يغسله عادة ، فكان تقريراً .
قال وإن جحد الوصية لم يكن رجوعاً ، كذا ذكره محمد . وقال
أبو يوسف يكون رجوعاً ، لأن الرجوع نفي في الحال والجحود
نفي في الماضي والحال ، فأولى أن يكون رجوعاً . ولمحمد أن
الجحود نفي في الماضي والإنتفاء في الحال ضرورة ذلك . وإذا كان

غسل الثوب الموصى به (وكل تصرف أوجب زوال ملك الموصى فهو رجوع) عن الوصية .
(كما إذا باع العين الموصى به ثم اشتراه أو وهبه ثم رجع فيه) أي فبا وهبه ، لأن
البيع والهبة أوجبا زوال ملكه ، فمحال أن تبقى الوصية معه (لأن الوصية لا تنفذ إلا
في ملكه ، فإذا أزاله كان رجوعاً وذبح الشاة الموصى بها رجوع ، لانه) أي لأن ذبحه
(للصرف إلى حاجته عادة ، فصار هذا المعنى أصلاً أيضاً) أراد بهذا المعنى هو التصرف
لحاجته (وغسل الثوب الموصى به لا يكون رجوعاً ، لأن من أراد أن يعطي ثوبه غيره
يغسله عادة فكان تقريراً) أي فكان تقريراً ، أي فكان غسل الثوب الموصى به
تقريراً للوصية . وفي وجه للشافعية يكون رجوعاً ، وهذا هو الأقرب ، لأن التعليل
المذكور ضعيف ، لأن من أراد أن يوصي ثوباً جديداً ويعطي الآخر ثوباً جديداً لا يغسله
عادة على ما لا يخفى .

(قال) أي القدوري (ومن جحد الوصية لم يكن رجوعاً ، كذا ذكره محمد . وقال
أبو يوسف «رح» يكون رجوعاً ، لأن الرجوع نفي في الحال) أي نفي للوصية في الحال
(والجحود نفي في الماضي والحال ، فأولى أن يكون رجوعاً . ولمحمد «رح» أن الجحود
نفي في الماضي والإنتفاء في الحال ضرورة ذلك) يعني أن الجحود لما كان نفيًا في الماضي

ثابتاً في الحال كان الجحود لغواً ، أو لأن الرجوع إثبات في الماضي ونفي في الحال ، والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعاً حقيقة ، ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة . ولو قال كل وصية أوصيت بها لفلان فهو حرام وربما لا يكون رجوعاً ،

والإنتفاء في الحال ضروري ، فيكون النفي في الماضي تضمناً للإنتفاء في الحال ضرورة . (وإذا كان ثابتاً في الحال كان الجحود لغواً) لكونه كاذباً جحوده أن القرض أنه أوصى ثم جحد وكان النفي في الماضي باطلاً ، فيبطل ما هو من ضرورة وهو الإنتفاء في الحال ، فكان الجحود لغواً .

واعلم أن القدوري لم يذكر الخلاف في مختصره في هذه المسألة ولم يذكر خلاف محمد أيضاً في كتبه ، ولكن جعل الجحود رجوعاً في كتاب الوصايا ولم يجعله رجوعاً في الجامع الكبير ، فمن هذا اختلف المشايخ فيه ، فمنهم من قال في المسألة روايتان . ومنهم من قال ما ذكره في الجامع جواب القياس . وما ذكره في كتاب الوصايا جواب الاستحسان ، كذا ذكر الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير .

(أو لأن الرجوع) دليل آخر ، أي ولأن الرجوع عن الوصية (إثبات في الماضي) أي إثبات الوصية في الماضي (ونفي في الحال) أي نفي للوصية في الحال (والجحود نفي في الماضي والحال جميعاً فلا يكون رجوعاً حقيقة) للناقاة بين الإثبات والنفي (ولهذا) أي ولأجل كون الجحود نفيًا في الماضي والحال (لا يكون جحود النكاح فرقة) أي طلاقاً ، لأن الطلاق يعني في الحال دون الماضي . وقال الأكل لا يكون جحود النكاح فرقة يعني مستعاراً للطلاق ، لأن الجحود يقتضي عدم النكاح في الماضي ، والطلاق يقتضي وجوده فكانا متقابلين فلا يجوز استعارة أحدهما للآخر .

(ولو قال كل وصية أوصيت بها لفلان فهو حرام وربما لا يكون رجوعاً) هذه المسألة مع ما بعدها إلى الباب من مسائل الجامع الكبير لا مسألة تأخير الوصية (لأن الوصف يستدعي بقاء الأصل) يعني وصف الوصية بأنها حرام أو ربما يقتضي كون أصل الوصية

لأن الوصف يستدعي بقاء الأصل . بخلاف ما إذا قال فهي باطلة ،
لأنه الذاهب المتلاشي ولو قال آخرتها لا يكون رجوعاً ، لأن
التأخير ليس للسقوط كتأخير الدين . بخلاف ما إذا قال تركت ،
لأنه إسقاط . ولو قال العبد الذي أوصيت به لفلان فهو لفلان
كان رجوعاً ، لأن اللفظ يدل على قطع الشركة . بخلاف ما إذا
أوصى به لرجل ثم أوصى به لآخر ، لأن المحل يحتمل الشركة واللفظ
صالح لها . وكذا إذا قال فهو لفلان وارثي يكون رجوعاً عن

باقياً ، لأنه لا وجود للصفة بدون قيامها بالموصوف ، فلما اقتضى الوصف بقاء الأصل لم
يكن الوصف بالحرمة أو الربا دليل الرجوع .

(بخلاف ما إذا قال فهي باطلة) بأن قال كل وصية أوصيت بها لفلان فهي باطلة دليل
الرجوع (لأنه الذاهب المتلاشي . ولو قال آخرتها لا يكون رجوعاً) أى ولو قال كل
وصية أوصيت بها آخرتها لا يكون رجوعاً عن الوصية (لأن التأخير ليس للسقوط) يعنى
لا يدل على السقوط (كتأخير الدين) فإنه لا يسقط به .

(بخلاف ما إذا قال تركت) بأن قال كل وصية أوصيت بها تركت (لأنه) أى لأن
الترك (إسقاط) ألا ترى أنك لو قلت لرجل لك عليه دين قال تركت عليك ديني كان
تركاً (ولو قال العبد الذي أوصيت به لفلان فهو لفلان ، كان رجوعاً ، لأن اللفظ يدل
على قطع الشركة) قيل لأنه لم يذكر بينها حرف الاشتراك ، وإنما جعل تلك
الوصية بمعنىها لغيره .

(بخلاف ما إذا أوصى به لرجل . ثم أوصى به لآخر) بأن قال أوصيت بهذا العبد
لهذا الرجل . ثم قال أوصيت به لهذا الرجل ولرجل آخر لا يكون رجوعاً (لأن المحل
يحتمل الشركة ، واللفظ صالح لها) لأنه يجوز أن يجتمع حقان في عبد واحد .
(وكذا إذا قال فهو لفلان وارثي) بأن قال كل وصية أوصيت بها لفلان فهي

الأول لما بينا . ويكون وصية للوارث وقد ذكرنا حكمه . ولو كان فلان الآخر ميتاً حين أوصى فالوصية الأولى على حالها ، لأن الوصية الأولى إنما تبطل ضرورة كونها للثاني ، ولم يتحقق فبقي الأول . ولو كان فلان حين قال ذلك حياً ثم مات قبل موت الموصي فهي للورثة لبطلان الوصيتين الأولى بالرجوع ، والثانية بالموت ، والله أعلم .

لفلان وارثي (يكون رجوعاً عن الأول لما بينا) أشار به إلى التعطل المذكور بقوله لأن اللفظ يدل على قطع الشركة إلى آخره (ويكون وصية للوارث وقد ذكرنا حكمه) وهو أن يكون للوارث إذا أجازها الورثة ، وإن لم تجز الورثة يكون ميراثاً .

(ولو كان فلان الآخر ميتاً حين أوصى فالوصية الأولى على حالها) يعني لو قال كل وصية أوصيت بها لفلان الآخر حين أوصى له ميتاً لم يصح الرجوع ، لأنه لم يصح النقل عن الوصية الأولى لأن الوصية للميت باطلة ، فصار كأنه لم يوص لاحد بعد الوصية الأولى لأن الوصية الأولى إنما تبطل ضرورة كونها للثاني ، ولم يتحقق فبقي الأول . ولو كان فلان حين قال ذلك حياً ثم مات قبل موت الموصي فهي للورثة (أي لورثة الموصي) لبطلان الوصيتين الأولى بالرجوع (أي بـرجوع الوصي عنها) (والثانية بالموت ، والله أعلم) أي بموت الموصي له الثاني قبل موت الموصي .



باب الوصية بثلث المال

قال ومن أوصى لرجل بثلث ماله ولا آخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما ، لأنه يضيق الثلث عن حقهما ، إذ لا يزداد عليه عند عدم الإجازة على ما تقدم ، وقد تساويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق والمحل يقبل الشركة ، فيكون بينهما . وإن أوصى لأحدهما بالثلث وللآخر بالسدس فالثلث بينهما أثلاثاً ، لأن كل واحد منهما يدلي بسبب صحيح وضاق الثلث عن حقهما فيقتسمانه على قدر حقيهما كما في أصحاب الديون فيجعل الأقل سهماً والأكثر سهمين ، فصار ثلاثة أسهم سهم لصاحب الأقل ،

(باب الوصية بثلث المال)

أى هذا باب في بيان حكم الوصية بثلث المال .

(قال) أى القدوري (ومن أوصى لرجل بثلث ماله ولا آخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما ، لأنه يضيق الثلث عن حقهما إذ لا تزداد عليه) أى على الثلث (عند عدم الإجازة على ما تقدم) من عدم الجواز بأكثر من الثلث (وقد تساويا في سبب الاستحقاق) وهو الإيصاء بالثلث (فيستويان في الاستحقاق والمحل يقبل الشركة ، فيكون بينهما) أى بين الموصى لهما بالثلث .

(وإن أوصى لأحدهما بالثلث وللآخر بالسدس فالثلث بينهما أثلاثاً ، لأن كل واحد منها يدلي) من أدلى بالدلو في البئر إذا أرخته فيها (بسبب صحيح وضاق الثلث عن حقهما فيقتسمانه على قدر حقيهما كما في أصحاب الديون ، فجعل الأقل سهماً ، والأكثر

وسهمان لصاحب الاكثر . وإن أوصى لاحدهما بجميع ماله وللآخر
 بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما على أربعة أسهم عندهما .
 وقال أبو حنيفة الثلث بينهما نصفان ، ولا يضرب أبو حنيفة للموصى
 له بما زاد على الثلث إلا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة . لهما

سهمين ، فصار ثلاثة أسهم ، سهم لصاحب الاقل (أى لصاحب القليل) وسهمان لصاحب
 الاكثر ، وإن أوصى لاحدهما بجميع ماله وللآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما
 على أربعة أسهم عندهما) اعتباراً لعدم حالة الإجازة بحالة الإجازة ، وفيها تصح المسألة
 من أربعة ، لأنها يقولان بطريق القول . وفي المسألة الثلث والكل واحد يخرج له ثلث
 صحيح ثلاثه ، واحد عما يدعي عليه ، وهو واحد والموصى له بالكل يدعي جميع الثلاثة
 فتؤول إلى أربعة . وكذا إذا لم يميزوا يحمل الثلث لجميع المال في حق القسمة ، وإذا
 صار الثلث إلى أربعة فجميع المال اثني عشر .

(وقال أبو حنيفة « رح » الثلث بينهما نصفان ولا يضرب أبو حنيفة للموصى له بما
 زاد على الثلث) الحاصل أن عند أبي حنيفة لا يضرب الموصى له عند عدم الإجازة بأكثر
 من الثلث ، وبه قال أبو ثور وابن المنذر ، وعندهما يضربون بعدد سهامهما في الثلث عند عدم
 الإجازة ، وبه قالت الاثمة الثلاثة والحسن والثوري والنخعي وابن أبي ليلى وإسحاق (إلا
 في المحاباة) صورتها عبدان لرجل قيمة احدهما ألف ومائة ، وقيمة الآخر ستائة وأوصى
 بأن يباع احدهما لفلان بمائة ، والآخر لفلان بمائة . فان حصلت المحاباة لاحدهما بألف
 وللآخر بخمسمائة والكل وصية ، لأنه في حال المرض ، فان لم يكن غيرها ولم يحز الورثة
 جازت المحاباة بقدر الثلث ، فتكون بينهما اثلاثاً يضرب الوصي له بألف بحسب وصيته
 وهي الألف ، والموصى له الآخر بحسب وصيته وهي بخمسمائة ، فلو كان هذا كسائر
 الوصايا على قول أبي حنيفة وجب أن لا يضرب الموصى له بألف في اكثر من خمسمائة .

(والسعاية) صورتها أن يوصى بعتق عبيدين قيمة احدهما ألف ، وقيمة الآخر ألفان
 ولا مال له غيرها إذا اجازت الورثة عتقا جميعاً ، وإن لم يميزوا من الثلث وثلث ماله

في الخلافة أن الموصي قصد شيئين ، الإستحقاق والتفضيل ،
وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ، ولا مانع من التفضيل ، فيثبت
كافي المحاباة واختيها . وله أن الوصية وقعت بغير المشروع عند
عدم الاجازة من الورثة ، إذ لا نفاذ لها بحال ، فيبطل أصلاً .
والتفضيل يثبت في ضمن الاستحقاق فيبطل بطلانه كالمحاباة الثابتة

ألف فالألف بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الألف الذي قيمته ألفان ويسمى في الباقي ،
والثلث الذي قيمته ألف ويسمى في الباقي .

(والدرهم المرسلة) أى المطلقة هي أن يوصى لرجل بألفين ولاخر بألف درهم وثلث
ماله ألف درهم ولم يخر الورثة ، فانه يكون بينهما اثلاثا كل واحد منهما يضرب بجميع
وصيته ، لأن الوصية في مخرجها جمع صحيحة لجواز أن يكون له مال آخر يخرج هذا
القدر من الثلث ، ولا كذلك فيما إذا وصى لرجل بثلث ماله ولاخر بنصف ماله ، أو
بجميع ماله ، لأن اللفظ في مخرجه لم يصح ، لأن ماله أكثر وخرج له مال آخر يدخل فيه
تلك الوصية ولا يخرج من الثلث .

(لهما) أى لأبى يوسف ومحمد « رح » (في الخلافة) أى في المسألة الخلافية (أن
الموصي قصد شيئين الاستحقاق) فيما زاد على الثلث على الورثة (والتفضيل) أى تفضيل
بعض اهل الوصايا على بعض (وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ، ولا مانع من التفضيل ،
فيثبت كما في المحاباة واختيها) وهما السعاية والدرهم المرسلة .

(وله) أى ولأبى حنيفة « رح » (أن الوصية وقعت بغير المشروع عند عدم
الإجازة من الورثة إذ لا نفاذ لها بحال) لأن الوصية فيما زاد على الثلث ، لأنه لا يملك ذلك
عند عدم إجازة الورثة (فتبطل) أى الوصية (أصلاً ، والتفضيل يثبت في ضمن
الإستحقاق فيبطل بطلانه) أى يبطل الفضل بطلان الاستحقاق ، لأنه إذا بطل
الإستحقاق بطل فيما ضمنه (كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع) إذا صح البيع صححت المحاباة وإذا
بطلت بطلت .

في ضمن البيع . بخلاف مواضع الإجماع ، لأن لها نفاذاً في الجلمة بدون إجازة الورثة بأن كان في المال سعة ، فتعتبر في التفاضل لكونه مشروعاً في الجلمة بخلاف مانحن فيه . وهذا بخلاف ما إذا أوصى بعين من تركته وقيمته تزيد على الثلث فإنه يضرب بالثلث وإن احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث ، لأن هناك الحق تعلق بعين التركة ، بدليل أنه لو هلك واستفاد مالا آخر تبطل الوصية ، وفي الألف المرسله لو هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد ، فلم يكن متعلقاً بعين

(بخلاف مواضع الإجماع) يعني المحاباة وصية (لأن لها) أى الوصية (نفاذاً في الجلمة بدون إجازة الورثة بأن كان في المال سعة) فيجوز خروج الألف من الثلث يكون المال كثيراً بالإكتساب قبل الموت ، فيخرج هذه الوصايا من الثلث ، وهو معنى قوله (فتعتبر في التفاضل لكونه مشروعاً في الجلمة بخلاف مانحن فيه) وهو ما إذا أوصى بجميع المال لواحد والآخر بالثلث حيث لا يصح ، لأن ماله وإن أكثر لا يخرج ذلك من الثلث ، فلم أن الوصية لم تصح في مخرجه .

(وهذا بخلاف ما إذا أوصى بعين من تركته) هذا صورة نقض ترد على المسائل المجمع عليها ، وهو أنه إذا أوصى بعين من التركة مثل عبد أو فرس له أو ثوب مثلاً (وقيمته تزيد على الثلث ، فإنه) أى فإن الموصى له (يضرب بالثلث) ولا يضرب بأكثر منه .

(وإن احتمل أن يزيد المال) باكتساب هذا العبد مالا فتصير رقبته مساوية لثلث المال ، أو يظهر له مال بحيث يصير العبد ثلث المال (فيخرج من الثلث ، لأن هناك الحق) أى حق الموصى له (تعلق بعين التركة بدليل أنه) أى عين التركة (لو هلك واستفاد مالا لاخر تبطل الوصية ، وفي الألف المرسله لو هلكت التركة) وحق الورثة أيضاً يتعلق بعين للتركة فيما زاد على الثلث ، فتبطل التركة (تنفذ فيما يستفاد ، فلم يكن متعلقاً بعين ما تعلق به حق الورثة) فلا يلزم بطلانه ، لأن الوصية في مخرجه صحيحة ،

ما تعلق به حق الورثة . قال وإذا أوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة . ولو أوصى بمثل نصيب ابنه جاز ، لأن الاول وصيته بمال الغير ، لأن نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت والثاني وصية بمثل نصيب الابن ، ومثل الشيء غيره . وإن كان يتقدر به فيجوز . وقال زفر يجوز في الاول أيضاً ، فنظر إلى الحال والكل ماله فيه . وجوابه ما قلنا . قال ومن أوصى بسهم من ماله فله أخس سهام الورثة إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ، ولا يزداد عليه ،

ولهذا ضرب الموصى له في الثلث بما زاد على الثلثين .

(قال) أى القدوري (وإذا أوصى بنصيب ابنه) أى وإن أوصى (فالوصية باطلة) وبه قال اصحاب الشافعي وأحمد ، وهذا إذا كان الابن موجود ، وإن لم يكن له ابن سحت (ولو أوصى بمثل نصيب ابنه جاز) وفي بعض النسخ وإن أوصى (لأن الاول) وهو الذى أوصى بنصيب ابنه (وصيته بمال الغير ، لأن نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت) أى بعد موت الموصي .

(والثاني) وهو الوصية بمثل نصيب ابنه (وصيته بمثل نصيب الابن ، ومثل الشيء غيره ، وإن كان يتقدر به فيجوز) سواء كان له ابن أو لم يكن .

(وقال زفر تجوز في الاول أيضاً) رواه الحسن بن زياد عنه (فنظر إلى الحال) أى بالنظر إلى حال الوصية . وفي بعض النسخ ينظر إلى الحال ، أى حال الوصية ، فإن المال سهم في ذلك الحال لكونه حياً بعد ، وهو معنى قوله (والكل ماله فيه) أى مال الموصى ، فينصرف فيه كيف شاء (وجوابه) أى جواب زفر « رح » (ما قلنا) وهو قوله لأن الاول وصيته بمال الغير .

(قال) أى القدوري (ومن أوصى بسهم من ماله فله أخس سهام الورثة) المراد بأخس الانصباء اقلها (إلا أن ينقص من السدس فيتم له السدس ولا يزداد عليه) أى على

وهذا عند أبي حنيفة . وقالوا له مثل نصيب أحد الورثة ولا يزداد على الثلث إلا أن يميز الورثة ، لأن السهم يراد به أحد سهام الورثة عرفاً لا سيما في الوصية ، والأقل متيقن به فيصرف إليه إلا إذا زاد على الثلث فيرد عليه ، لأنه لا مزيد عليه عند عدم إجازة الورثة .

السدس (وهذا عند أبي حنيفة) وبه قال أحد في رواية ومالك في قول . وقال بعض اصحاب مالك ويعطى له الثمن . وقال أحد في رواية يعطى لهم سهم مما يصح منه الفريضة ، وهذا قول شريح .

(وقالوا) أى قال أبو يوسف ومحمد « رح » (له) أى للوصى له بالسهم من ماله (مثل نصيب أحد الورثة ولا يزداد على الثلث ، إلا أن يميز الورثة) وقال الشافعي وابن المنذر يعطيه الورثة ما شاء ، ولأن ذلك يقع عليه السهم ، كما لو أوصى بنجز أو حنطة (لأن السهم يراد به أحد سهام الورثة عرفاً لا سيما في الوصية) لأن الوصية أخت الميراث (والأقل متيقن به فيصرف إليه ، إلا إذا زاد على الثلث فيرد عليه ، لأنه لا مزيد عليه عند عدم إجازة الورثة) .

قال الكاكي اعلم أن في نسخ شروح الجامع الصغير والمبسوط لم يذكر قوله إلا أن ينقص عن الثلث فيتم له ، بل قال فيها فله أحسن سهام الورثة ، ولا يزداد على السدس إلا أن يميزه الورثة ، فكذا في غيره . وعلى رواية شروح الجامع بنقص عن السدس ولا يزداد على السهم ، فلم أن هذا سهو وقع من المكاتب وجعل حكم الأفضل حكم الجامع ، وعن هذا الحق لهذا الوضع الإمام جلال الدين المصنف « رح » ، وقد طول الاترازي هنا بالنقل عن الكتب ، فقال محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة قال إذا أوصى لرجل بسهم من ماله ثم يموت فله مثل نصيب أحد الورثة ، إلا أن يكون ذلك أكثر من السدس فيكون له السدس .

وقال أبو يوسف ومحمد له مثل نصيب أحد الورثة ، إلا أن يكون أكثر من الثلث ، ولا يجوز له إلا الثلث إلا أن يسلم الورثة ، هذا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير . وقال

القدوري في كتاب التقريب قال أبو حنيفة إذا أوصى بسهم من ماله فإنه يزداد على سهام الورثة أحسن انصباهم ، فيعطى الموصى له ما لم يجاوز السدس ، فإن جاوزه لم يزد عليه ، قال هذا رواية الأصل . وفي الجامع الصغير لم ينقص عن السدس إلى هنا لفظ التقريب .

وقال الطحاوي في مختصره ومن أوصى لرجل بسهم من ماله فإن أبا حنيفة كان يقول إن كانت الفريضة أقل من ستة أسهم كان له السدس ، وإن كانت الفريضة أكثر من ستة أسهم كان له أحسن سهام الورثة .

وقال أبو يوسف ومحمد له مثل أحسن سهام الورثة في هذه الوجوه كلها ما لم يجاوز ذلك الثلث ، فإن جاوز الثلث جاز له منه الثلث ، ولم يحز له سواء ، انتهى . وقال الإمام الأسيبجي في شرح الطحاوي ولو أوصى بسهم من ماله فعند أبي حنيفة ينظر إلى سدس جميع المال ، وإلى آخر بسهام الورثة أيها كان أقل فله ذلك .

بيان هذا إذا كانت الفريضة من أربعة أو من ثلاثة فالسدس أقل من أخس سهام الورثة فيعطى أباه . ولو كانت الفريضة أكثر من ستة فلا يعطى له السدس ، وإنما يعطى له أخس سهام الورثة . وعند أبي يوسف ومحمد يعطى أخس سهام الورثة في الأحوال كلها إلا إذا جاوز أخس سهام الثلث ، فعينئذ يعطى له الثلث ولا يعطى الأخس . وكذلك هذا الاختلاف فيمن أقر بسهم من داره لفلان عند أبي حنيفة يقع ذلك على سدس داره . وعندهما السير إلى المقر ، وكذلك لو اعتق سوماً من عبده عند أبي حنيفة يعتق سدسه . وعندهما يعتق كله ، لأن العتق عندهما لا يتجزأ ، كذا في شرح الطحاوي . وقال فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير وحامله أن السهم اسم السدس عند أبي حنيفة وعندهما اسم الجزء من حصة الورثة من غير تقدير بالسدس ، انتهى .

وقال الأكل واعلم أن عبارة المشايخ والشارحين في هذا الموضع اختلفت اختلافاً كثيراً لا نكاد نعلم منه شيء . وسبب ذلك اختلاف رواية المبسوط والجامع الصغير . وفي الكافي فعلى رواية الجامع الصغير جوز أبو حنيفة النقصان من السدس ولم تجز الزيادة على السدس ولم يجز النقصان عن السدس . ورواية المصنف مغالف كل واحد منها ، لأن

وله أن السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه
وقد رفعه إلى النبي عليه الصلاة والسلام فيما يروى . ولأنه يذكر
ويراد به السدس ، فإن إياساً قال السهم في اللغة عبارة عن السدس
ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة ، فيعطى ما ذكرنا . قالوا
هذا كان في عرفهم ، وفي عرفنا

قوله إلا أن ينقص من السدس فيتم له السدس ليس في رواية المبسوط . وقوله ولا يزداد
عليه ليس في رواية الجامع الصغير ، فأما أنه اطلع على رواية غيرهما ، وإما أنه جمع
بينهما ، انتهى . قلت وهذا يجاب عن قوله الكاكي أن هذا سهو وقع من الكاتب كما
ذكرناه الآن .

(وله) أي ولأبي حنيفة (أن السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود رضي الله
تعالى عنه) رواه محمد في الأصل عن عبد الله بن مسعود أنه سئل عن رجل أوصى بسهم
من ماله فقال له السدس (وقد رفعه إلى النبي ﷺ فيما يروى) أي وقد رفع هذا الحديث
عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ، وفيما يروى وهو على بناء الفاعل ، والضمير فيه يرجع
إلى ابن مسعود ، وقد رفع المرفوع البزار في مسنده والطبراني في معجمه عن محمد بن
عبد الله المزري عن أبي قيس عن هذيل بن شرحبيل عن ابن مسعود أن رجلاً أوصى
لرجل بسهم من ماله فجعل له النبي ﷺ السدس . وقال أبو قيس ليس بالقوي ، وقد
روى عن شعبة والثوري والاعمش وغيرهم ، واسم أبي قيس عبد الرحمن بن تزدان ،
وذكره عبد الحق في أحكامه من جهة البزار ، وقال المزري متروك .

(ولأنه) أي ولأن السهم (يذكر ويراد به السدس ، فإن إياساً قال السهم في اللغة
عبارة عن السدس) وإياس هو ابن معاوية بن قرّة القاضي بالبصرة ولاء عمر بن عبد
العزيز رضي الله تعالى عنه ومات سنة اثنين وعشرين ومائة ، وهو من كبار التابعين ،
وهكذا قال الحسن والثوري (ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة ، فيعطى ما ذكرنا)
وهو السدس .

(قالوا) أي المشايخ في شروح الجامع الصغير (هذا كان في عرفهم ، وفي عرفنا

السهم كالجزة . قال ولو أوصى بجزء من ماله قيل للورثة أعطوه ما شئتم ، لأنه مجهول يتناول القليل والكثير ، غير أن الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي ، فإليهم البيان . قال ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس أو في مجلس آخر له ثلث مالي وأجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه . ومن قال سدس مالي لفلان ، ثم قال في ذلك المجلس أو في غيره سدس مالي لفلان فله سدس واحد ، لأن السدس ذكر

(السهم كالجزة) لأنه لا يراد به نصيب أحد الورثة ولا السدس .

(قال) أي القدوري (ولو أوصى بجزء من ماله قيل للورثة أعطوه ما شئتم ، لأنه مجهول يتناول القليل والكثير ، غير أن الجهالة) أي جهالة الموصى به (لا تمنع صحة الوصية ، والورثة قائمون مقام الموصي ، فإليهم) أي فإلى الورثة (البيان) وقال الفقيه أبو الليث في كتاب نكحت الوصايا ، وإذا أوصى بجزء من ماله أو بنقص من ماله أو بنقص من ماله فللورثة أن يعطوا ما شاءوا . وكذا إذا أوصى بحظ من ماله .

(قال ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس أو في مجلس آخر له ثلث مالي ، وأجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل فيه السدس) أي في الثلث ، لأن الكلام الثاني يحتمل أنه أراد به زيادة السدس على الأول حتى يتم له الثلث ، ويحتمل أنه أراد لإيجاب ثلث على السدس ، فيجعل كلامه في السدس تكراراً حلاً لكلامه على المتيقن وعلى ما يملك الإيصاء به وهو الثلث ، وقيل إنما قال وأجازت الورثة لدفع وهم ، وهو أن يقال ينبغي الموصى له نصف المال ، لأن الثلث مع السدس ، نصف المال ، وفيه نوع تأمل . (ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس ^(١) أو في غيره سدس مالي لفلان

(١) وفي مجلس آخر ثلث مالي وأجازت الورثة فله ثلث المال ، ويدخل سدس فيه .

ومن قال سدس مالي لفلان قاله في ذلك المجلس - هامش .

معرفاً بالإضافة إلى المال والمعرفة إذا أعيدت يراد بالثاني عين الأول هو المعبود في اللغة . قال ومن أوصى بثلاث دراهمه أو بثلاث غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه ، وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي . وقال زفر له ثلث ما بقي ، لأن كل واحد منها مشترك بينهم ، والمال المشترك يتوى ما توى منه على الشركة ، ويبقى ما بقي عليها . وصار كما إذا كانت التركة أجناساً مختلفة . ولنا أن في الجنس الواحد يمكن جمع حق أحدهم في الواحد ،

فله سدس واحد ، لأن السدس ذكر معرفاً بالإضافة إلى المال والمعرفة إذا أعيدت يراد بالثاني عين الأول هو المعبود في اللغة) أي كون المال غير الأول معلوم في استعمال أهل اللغة ، يقال جاءني زيد ، ثم يقال أكرمت زيدا ، أي ذلك بعينه ، وهذا البحث قرر كما ينبغي في موضعه .

(قال) أي القدوري (ومن أوصى بثلاث دراهمه أو بثلاث غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي) ومعنى قوله وهو يخرج من ثلث ماله ، أي الثلث الباقي بعد هلاك الثلثين يخرج من ثلث بقية مال الموصى . (وقال زفر « رح » له ثلث ما بقي ، لأن كل واحد منها) أي من المالك والباقي (مشترك بينهم) أي بين الورثة وبين الموصى له (والمال المشترك يتوى ما توى منه) أي ما هلك من مال المشترك (على الشركة ، ويبقى ما بقي عليها) أي على المشتركة (وصار كما إذا كانت التركة أجناساً مختلفة) فهلك بعضها فالذي يبقى بقي على الشركة ، وهو القياس ، وبه قال أبو ثور وابن شريح من أصحاب الشافعي « رح » ، وهو قياس قول مالك ، لأنه يعتبر قدر المال حال الوصية لا الموت ، وبقولنا قال الشافعي وأحمد « رح » . وقال الاترازي ويقول زفر فاخذ . (ولنا أن في الجنس الواحد يمكن جمع حق

ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة ، وفيه جمع والوصية مقدمة ،
فجمعناها في الواحد الباقي ، وصارت الدراهم كالدرهم ، بخلاف
الأجناس المختلفة ، لأنه لا يمكن الجمع فيها جبراً ، فكذا تقديماً .
قال ولو أوصى بثلاث ثيابه فهلك ثلثاها وبقي ثلثاها وهو يخرج من
ثلث ما بقي من ماله لم يستحق إلا ثلث ما بقي من الثياب ، قالوا هذا
إذا كانت الثياب من أجناس مختلفة ، ولو كانت من جنس واحد
فهو بمنزلة الدراهم ،

أحدم في الواحد (أي يمكن جمع حق شائع لكل واحد في فرد) ولهذا يجري فيه الجبر
على القسمة ، وفيه جمع (أي والحال أن فيه الجمع ، أي في القسمة على تأويل الإقسام
(والوصية مقدمة) أي على الميراث (فجمعناها في الواحد الباقي ، وصارت الدراهم
كالدرهم) يعني إذا أوصى بالدراهم الواحد وله ثلاث دراهم فهلك اثنان فله الدرهم
الباقي بالاتفاق .

(بخلاف الأجناس المختلفة) جواب عن قول زفر «رح» كما إذا كانت الشركة أجناساً
مختلفة ، ووجه ما قاله (لأنه لا يمكن الجمع فيها جبراً) يعني من حيث الجبر ، فانه إذا
تركها يطلب بعض الورثة القسمة ، وأبى الباقيون ، فان القاضي لا يجبرهم على القسمة
(فكذا تقديماً) أي فكذا لا يمكن من حيث تقديم الوصية على الميراث ، لأنه إذا يقدر
الجمع يقدر التقديم ، لأن فيه الجمع فيبقى الكل مشتركاً بين الورثة والموصى اثلاثاً ، فما
ملك ملك على الشركة ، وما بقي بقي عليها اثلاثاً .

(قال) أي القدوري (ولو أوصى بثلاث ثيابه فهلك ثلثاها وبقي ثلثاها ، وهو يخرج
من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق إلا ثلث ما بقي من الثياب ، قالوا) أي المشايخ (هذا
المذكور إذا كانت الثياب من أجناس مختلفة ، ولو كانت من جنس واحد فهو بمنزلة
الدراهم) يعني يستحق جميع الثوب الباقي إذا كان يخرج من الثلث كالدرهم الباقي

وكذلك المكيل والموزون بمنزلتها ، لانه يجري فيه الجمع جبراً بالقسمة . ولو أوصى بثلاث ثلاثة من رقيقه فمات اثنان لم يكن له إلا ثلث الباقي . وكذا الدور المختلفة . وقيل هذا على قول أبي حنيفة «رح» وحده لانه لا يرى الجبر على القسمة فيها . وقيل هو قول الكل ، لان عندهما للقاضي أن يجتهد ويجمع ، وبدون ذلك يتعذر الجمع ، والاول أشبه للفقهاء المذكور . قال من أوصى لرجل بألف درهم

(وكذلك المكيل والموزون بمنزلتها) أى بمنزلة الدراهم ، فيكون له جمع الباقي (لانه يجري فيه الجمع جبراً بالقسمة) أى من حيث أن القاضي يجبر فيه بالقسمة .
(ولو أوصى بثلاث ثلاثة من رقيقه فمات اثنان لم يكن له إلا ثلث الباقي) لكثرة التفاوت ، ولهذا لا يصح التوكيل بشراء عبد بغير عينه إذا لم يبين الثمن (وكذا الدور المختلفة) لأنها كالأجناس المختلفة لكثرة التفاوت بين الدارين في المنفعة في الضيق في السعة قريب الماء وبعيده والامن وجنس الجيران ونحو ذلك ، فكانت ملحقة بالأجناس المختلفة ، فكان للموصى له ثلث الباقي ، هكذا اجاب محمد في الجامع للصغير في الدور والرقيق بلا خلاف .

(وقيل هذا على قول أبي حنيفة «رح» وحده) أى هذا الجواب في الرقيق والدور المختلفة إذا بقي واحد وهو ان يقال لا يكون له ثلث الباقي وهو قول أبي حنيفة خاصة . وعندهما له جميع الباقي (لانه) أى لأن أبا حنيفة «رح» (لا يرى الجبر على القسمة فيها) أى في الدور والرقيق .

(وقيل هو قول الكل) أى قول أبي حنيفة «رح» وصاحبيه (لأن عندهما) أى عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى (للقاضي أن يجتهد ويجمع ، وبدون ذلك) أى بدون إجتهد القاضي وجمعه (يتعذر الجمع) أى جمع نصيب احدهم في العبد الواحد والدار الواحدة ، وإذا هلك لم يكن لذلك فعل من القاضي ، فكان المال على الشركة يأتي وما هلك (والاول) وهو أن يكون في المسألة اختلاف (أشبه للفقهاء المذكور) وهو

وله مال عين ودين ، فإن خرج الالف من ثلث العين دفع إلى الموصى له ، لانه أمكن إيفاء كل ذي حق حقه من غير بنخس ، فيصار إليه . وإن لم يخرج دفع إليه ثلث العين و كلما خرج شيء من الدين أخذ ثلثه حتى يستوفي الالف ، لان الموصى له شريك الوارث . وفي تخصيصه بالعين بنخس في حق الورثة ، لان للعين فضلاً عن الدين . ولان الدين ليس بمال في مطلق الحال ، وإنما يصير مالاً عند الاستيفاء ، فإنما يعتدل النظر بما ذكرناه . قال ومن أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فإذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد ، لان الميت ليس

أن أبا حنيفة لا يرى الجبر على القسمة في الرقيق والدور المختلفة ، لانه يجعلها اجناساً مختلفة ، وهما بزمان ذلك ، لأنهما يجعلانها جنساً واحداً .

(قال) أى القدوري (ومن أوصى لرجل بألف درهم وله مال عين ودين فإن خرج الالف من ثلث العين ودفع إلى الموصى له ، لانه أمكن إيفاء كل ذي حق حقه من غير بنخس) أى نقصان (فيصار إليه) لأن الاصل في الشركاء أن يوفي حق كل واحد من غير إيقاع بنخس في حق الآخر (وإن لم يخرج) أى الالف من ثلث العين (دفع إليه ثلث العين وكل ما خرج شيء من الدين أخذ ثلثه حتى يستوفي الالف ، لأن الموصى له شريك الوارث ، وفي تخصيصه بالعين بنخس في حق الورثة ، لأن للعين فضلاً عن الدين . ولأن الدين ليس بمال في مطلق الحال) ولهذا لو حلف لا مال له وله ديون على الناس لا يحنث ، لأن الدين (وإنما يصير مالاً عند الاستيفاء) لانه وصف ثابت في الذمة (فإنما يعتدل النظر بما ذكرناه) أى النظر في حق الموصى له والورثة بإيفاء كل ذي حق حقه من غير بنخس في حق الآخر ، وهو أن لا يختص الموصى له بالعين إذا لم يخرج الثلث من العين .

(قال) أى القدوري (ومن أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فإذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد) سواء علم بموت عمرو أو لم يعلم ، وبه قال الشافعي في قول أحمد وإسحاق

بأهل للوصية فلا يزاحم الحي الذي هو من أهلها ، كما إذا أوصى
لزيد وجدار . وعن أبي يوسف رحمه الله أنه إذا لم يعلم بموته فله
نصف الثلث ، لأن الوصية عنده صحيحة لعمره فلم يرز لأل للحي
إلا نصف الثلث . بخلاف ما إذا علم بموته لأن الوصية للميت لغو ،
فكان راضياً بكل الثلث للحي . وإن قال ثلث مالي بين زيد وعمره
وزيد ميت كان لعمره نصف الثلث ، لأن قضية هذا اللفظ أن
يكون لكل واحد منهما نصف الثلث . بخلاف ما تقدم . ألا ترى
أن من قال ثلث مالي لزيد وسكت كان له كل الثلث . ولو قال
ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث . قال ومن أوصى بثلث

والبصريون « رح » (لأن الميت ليس بأهل للوصية فلا يزاحم الحي الذي هو من أهلها)
أى من أهل الوصية (كما إذا أوصى لزيد وجدار) أو حار يكون الوصية لزيد ، والإضافة
إلى الحار أو الجدار لغو .

(وعن أبي يوسف أنه إذا لم يعلم (أى الموصى) بموته (أى بموت عمره) فله)
أى فلزيد الذي هو حي (نصف الثلث) وبه قال الشافعي في قول أحمد « رح » في
رواية ومالك ، لأن بين الاشتراك فلا يعرف إلى الحي إلا نصف الثلث (لأن الوصية
عنده) أى عند الموصى (صحيحة لعمره فلم يرز للحي إلا نصف الثلث . بخلاف ما
إذا علم بموته ، لأن الوصية للميت لغو فكان راضياً بكل الثلث للحي . وإن قال ثلث
مالي بين زيد وعمره وزيد ميت كان لعمره نصف الثلث ، لأن قضية هذا اللفظ أن يكون
لكل منهما نصف الثلث ، بخلاف ما تقدم) حيث يستحق الموصى له جميع الثلث لعدم
الزاحمة (ألا ترى أن من قال ثلث مالي لزيد وسكت كان له كل الثلث ولو قال ثلث مالي
بين فلان وسكت لم يستحق الثلث) .

(قال) أى القدوري (ومن أوصى بثلث ماله ولا مال له) أى والحال أن لا مال

ماله ولا مال له واكتسب مالا استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت ، لان الوصية عقد استخلاف مضاف إلى ما بعد الموت ، ويثبت حكمه بعده فيشترط وجود المال عند الموت لا قبله . وكذلك إذا كان له مال فهلك ثم اكتسب مالا لما بينا ، ولو أوصى له بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته أو لم يكن له غنم في الاصل فالوصية باطلة لما ذكرنا أنه إيجاب بعد الموت ، فتعتبر قيامه حينئذ . وهذه الوصية تعلقت بالعين فتبطل بفواتها عند الموت . وإن لم يكن له غنم فاستفاد ثم مات فالصحيح أن الوصية تصح ، لانها لو كانت بلفظ المال يصح ، فكذا إذا كانت باسم نوعه ، وهذا

له وقت للوصية (واكتسب مالا استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت ، لان الوصية عقد استخلاف مضاف إلى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعده) أي بعد الموت (فيشترط وجود المال عند الموت لا قبله وكذلك الحكم إذا كان له مال فهلك ، ثم اكتسب مالا لما بينا) إشارة إلى قوله لان الوصية عقد استخلاف مضاف إلى ما بعد الموت .

(ولو أوصى له بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته أو لم يكن له غنم في الاصل فالوصية باطلة لما ذكرنا أنه) أي أن الوصية على تأويل الإيصاء (إيجاب بعد الموت فيعتبر قيامه حينئذ) أي قيام ما أوصى به عند الموت (وهذه الوصية تعلقت بالعين فتبطل بفواتها عند الموت وإن لم يكن له غنم فاستفاد ثم مات فالصحيح أن الوصية تصح) احتراز به عن قول بعض المشايخ وان الوصية باطلة . وقال للفتية أبو الليث هذا القول ليس بصحيح عندنا ، لأنه اضاف الوصية إلى غنم مرسل بغير تعيين ، فصار بمنزلة إضافته إلى ثلث المال (لأنها) أي لأن الوصية (لو كانت بلفظ المال تصح ، فكذا إذا كانت باسم نوعه) أي نوع المال .

لأن وجوده قبل الموت فضل ، والمعتبر قيامه عند الموت . ولو قال له شاة من مالي وليس له غنم يعطى قيمة شاة ، لأنه لما أضافه إلى المال علمنا أن مراده الوصية بمالية الشاة إذ ماليتها توجد في مطلق المال . ولو أوصى بشاة ولم يضيفه إلى ماله ولا غنم له قيل لا يصح ، لأن المصحح إضافته إلى المال وبدونها تعتبر صورة الشاة ومعناها . وقيل تصح لأنه لما ذكر الشاة وليس ملكه شاة علم أن مراده المالية . ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة ، لأنه لما أضافه إلى الغنم علمنا أن مراده عين الشاة ، حيث جعلها جزءاً من الغنم . بخلاف ما إذا أضافها إلى المال وعلى هذا يخرج كثير من المسائل .

(وهذا) توضيح لما قبله (لأن وجوده) أى وجود المال (قبل الموت فضل والمعتبر قيامه عند الموت) لما مر غير مرة (ولو قال له) أى لفلان (شاة من مالي وليس له غنم يعطى قيمة شاة ، لأنه) أى لأن الموصى (لما أضافه إلى المال علمنا أن مراده الوصية بتالية الشاة ، إذ ماليتها توجد في مطلق المال) .

(ولو أوصى بشاة ولم يضيفه إلى ماله) بأن لم يقل من مالي (ولا غنم له قيل لا يصح ، لأن المصحح إضافته إلى المال وبدونها) أى بدون الإضافة إلى المال (تعتبر صورة الشاة ومعناها) لأن الشاة اسم للصورة والمعنى ولم يوجد فلا يصح (وقيل تصح لأنه لما ذكر للشاة وليس في ملكه شاة علم أن مراده المالية) أى مطلق المالية ، فيعطى له شاة أو قيمة شاة .

(ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة ، لأنه لما أضافه إلى الغنم علمنا أن مراده عين الشاة حيث جعلها جزء من الغنم ، بخلاف ما إذا أضافها إلى المال) بأن قال له شاة من مالي ولا غنم له حيث يعطى شاة لما مر (وعلى هذا يخرج كثير من المسائل) منها ما ذكره في المبسوط بقوله لو قال له قفيز حنطة من مالي أو ثوب من مالي فإنه يصح

قال ومن أوصى بثلاث ماله لامهات أولاده ومن ثلاث ، وللفقراء
والمساكين فلهم ثلاثة أسهم من خمسة أسهم . قال رضي الله تعالى
عنه وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . وعن محمد رحمه
الله أنه يقسم على سبعة أسهم لمن ثلاثة ولكل فريق سهمان . وأصله
أن الوصية لامهات الاولاد جازية ، والفقراء والمساكين جنسان
فسرتهما في الزكاة لمحمد رحمه الله أن المذكور لفظ الجمع ، وأدناه
في الميراث اثنان نجد ذلك في القرآن ، فكان من كل فريق اثنان

الإيجاب ، وإن لم يكن ذلك في ماله . بخلاف ما إذا قال من حنطني أو من ثيابي ، فإنه لم
يوجد ذلك في ملكه أو هلك قبل موته فلا شيء للموصى له ، وعلى هذا كله عرض
من ماله .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن أوصى بثلاث ماله لامهات أولاده ومن
ثلاث وللفقراء والمساكين فلهم ثلاثة أسهم من خمسة أسهم . قال رضي الله عنه وهذا عند
أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » . وعند محمد « رح » أنه يقسم على سبعة أسهم لمن ثلاثة
ولكل فريق) يعني من الفقراء والمساكين (سهران ، وأصله) أي أصل هذا الخلاف (أن
الوصية لامهات الاولاد جائزة والفقراء والمساكين جنسان وفسرتهما في الزكاة) أي في
كتاب الزكاة .

ثم أوضح الأصل المذكور بإيراد تعليل محمد وتعليل صاحبيه فقال (لمحمد « رح »
أن المذكور لفظ الجمع وأدناه في الميراث اثنان) أي أدنى الجمع في باب الميراث يتناول
الاثنين فصاعداً (نجد ذلك) أي عدد أدنى الجمع اثنان منهم (في القرآن) ألا ترى إلى
قوله تعالى ﴿ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ ﴾ ١١ النساء ، ويوجب الاثنان منهم فصاعداً
الإمام من الثلث إلى السدس فعلم أن الاثنين لهما حكم الجمع (فكان من كل فريق اثنان)
أي من الفقراء والمساكين اثنان (وامهات الاولاد ثلاث فلهذا يقسم على سبعة) .

وأمهات الأولاد ثلاث ، فلهذا يقسم على سبعة . . لهما أن الجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس وأنه يتناول الأدنى مع احتمال الكل لا سيما عند تعذر صرفه إلى الكل ، فيعتبر من كل فريق واحد فبلغ الحساب خمسة ، والثلاثة للثلاث . قال ولو أوصى بثلثه لفلان وللماكين فنصفه لفلان ونصفه للمساكين عندهما ، وعند محمد ثلاثة لفلان وثلثاه للمساكين . ولو أوصى للمساكين صرفه إلى مسكين واحد عندهما ، وعنده لا يصرف إلا إلى مكينين بناء على ما بيناه . قال ومن أوصى لرجل بمائة درهم ولاخر بمائة ثم قال لاخر قد أشركتك معهما فله ثلث كل مائة ،

(ولهما) أى ولأبي حنيفة وأبي يوسف «رح» (أن الجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس ، وأنه يتناول الأدنى مع احتمال الكل لا سيما عند تعذر صرفه إلى الكل ، فيعتبر من كل فريق واحد فبلغ الحساب خمسة ، والثلاثة للثلاث) أى أمهات الأولاد .

(قال ولو أوصى بثلثه لفلان) أى بثلث ماله لفلان (وللماكين فنصفه . لفلان ونصفه للمساكين عندهما) أى عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله ، وعلى هذا الأصل لو أوصى بثلث ماله لفلان وللماكين يكون نصفه لفلان وثلثاه للمساكين ، يصير الثلث اثلاثاً .

(وعند محمد رحمه الله ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين . ولو أوصى للمساكين له صرفه إلى مسكين واحد عندهما ، وعنده) أى وعند محمد «رح» (لا يصرف إلا إلى مسكينين بناء على ما بيناه) يعني في المسألة المتقدمة ، وهو أن الجمع في باب الميراث يتناول الاثنين إلى آخره .

(قال) أى محمد في الجامع الصغير (ومن أوصى لرجل بمائة درهم ولاخر بمائة ثم قال لاخر قد أشركتك معهما فله ثلث كل مائة ، لأن الشركة للمساواة لغة ، وقد امكن

لأن الشركة للمساواة لغة ، وقد أمكن اثباته بين الكل بما قلنا
لاتحاد المال، لأنه يصيب كل واحد منهم ثلثاً مائة بخلاف ما إذا أوصى
لرجل بأربع مائة ولآخر بمائتين ، ثم كان الإشتراك ، لأنه لا يمكن
تحقيق المساواة بين الكل لتفاوت المالكين ، فحملناه على مساواته كل
واحد بتنصيب نصيبه عملاً باللفظ بقدر الإمكان . قال ومن قال
لفلان علي دين فصدقوه ، معناه قال ذلك لورثته فإنه يصدق إلى الثلث ،
وهذا استحسان . وفي القياس لا يصدق ، لأن الإقرار بالمجهول
وإذا كان صحيحاً ، لكنه لا يحكم به إلا بالبيان . وقوله فصدقوه
صدر مخالفاً للشرع ، لأن المدعي لا يصدق إلا بحجة فتعذر إثباته
إقراراً مطلقاً ،

اثباته بين الكل بما قلناه) من اقتضاء الشركة المساواة (لاتحاد المال ، لأنه يصيب كل
واحد منهم ثلثاً مائة ، بخلاف ما إذا أوصى لرجل بأربع مائة ولآخر بمائتين ثم كان (أي
الاشتراك ، أي ثم قال للثالث (الاشتراك) معهما فيما أوصيت بهما كان له النصف من كل
واحد منهما جميعاً (لأنه لا يمكن تحقيق المساواة بين الكل لتفاوت المالكين) ولا بد من
العمل بمفهوم لفظ الاشتراك بقدر الإمكان (فحملناه على مساواته كل واحد بتنصيب
نصيبه عملاً باللفظ) أي بقوله اشركتك (بقدر الإمكان) .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن قال لفلان علي دين فصدقوه) أي قال
لورثته وبينه المصنف بقوله (معناه قال ذلك لورثته فإنه يصدق إلى الثلث) أي إذا
ادعى الدين بأكثر من الثلث وكذبه الورثة . قال المصنف رحمه الله (وهذا استحسان .
وفي القياس لا يصدق ، لأن الإقرار بالمجهول وإن كان صحيحاً لكنه لا يحكم به إلا بالبيان .
وقوله فصدقوه صدر مخالفاً للشرع ، لأن المدعي لا يصدق إلا بحجة) وهو قد امرم
بتصديقه بلا حجة ، فإذا كان كذلك (فتعذر اثباته إقراراً مطلقاً) يعني من كل وجه

فلا يعتبر وجه الاستحسان أنا نعلم أن من قصده تقديمه على الورثة وقد أمكن تنفيذ قصده بطريق الوصية ، وقد يحتاج إليه من يعلم بأصل الحق عليه دون مقداره سعيًا منه في تفرغ ذمته ، فيجعلها وصية جعل التقدير فيها إلى الموصى له ، كأنه قال إذا جاءكم فلان وادعى شيئاً فأعطوه من مالي ما شاء ، وهذه معتبرة من الثلث ، فلماذا يصدق على الثلث دون الزيادة قال وإن أوصى بوصايا غير ذلك يعزل الثلث لأصحاب الوصايا والثلثان للورثة ، لأن ميراثهم معلوم . وكذا الوصايا معلومة وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم ، فيقدم عزل المعلوم ، وفي الإفراز فائدة أخرى وهو أن أحد الفريقين

(فلا يعتبر وجه الاستحسان أنا نعلم أن من قصده تقديمه على الورثة) وهو مالك للكل في الثلث (وقد أمكن تنفيذ قصده بطريق الوصية) فيتقيد ، وقد يحتاج جواب عما يقال لو كان قصده الوصية لصرح بها . وتقرير الجواب بأن يقال (وقد يحتاج إليه) إلى مثل هذا الكلام (من يعلم بأصل الحق عليه دون مقداره) يعني يعلم أصل الحق ، ولا يعلم مقداره (سعيًا منه) أى لأصل السعي منه (في تفرغ ذمته فيجعلها) أى فجعل هذه الوصية (وصية جعل التقدير فيها) أى في هذه الوصية (إلى الموصى له كأنه قال إذا جاءكم فلان وادعى شيئاً فأعطوه من مالي ما شاء ، وهذه) أى هذه الوصية (معتبرة عن الثلث ، فلماذا) أى فلكونها معتبرة من الثلث (يصدق على الثلث دون الزيادة) على الثلث ، لأن جواز الوصية من الثلث .

(قال) أى محمد في الجامع الصغير (وإن أوصى بوصايا غير ذلك) أى غير الدين المجهول (يعزل الثلث لأصحاب الوصايا والثلثان للورثة ، لأن ميراثهم معلوم) وهو الثلثان (وكذا الوصايا معلومة) وهي الثلث (وهذا) أى دين فلان (مجهول فلا يزاحم المعلوم فيقدم عزل المعلوم . وفي الإفراز فائدة أخرى ، وهو أن أحد الفريقين قد يكون اعلم

قد يكون أعلم بمقدار هذا الحق وأبصر به ، والآخر ألد خصاماً
وعسام يختلفون في الفضل إذا ادعاه الخصم ، وبعد الإفراز
يصح إقرار كل واحد فيما في يده من غير منازعة . وإذا
عزل يقال لأصحاب الوصايا صدقوه فيما شتم ويقال للورثة
صدقوه فيما شتم ، لأن هذا دين في حق المستحق وصية
في حق التنفيذ ، فإذا أقر كل فريق بشيء ظهر أن في التركة ديناً
شائعاً في النصيبين ، فيؤخذ أصحاب الثلث بثلك ما أقروا والورثة
بثلثي ما أقروا تنفيذاً لإقرار كل فريق في قدر حقه ، وعلى كل
فريق منهما اليمين على العلم إن ادعى المقر له زيادة على ذلك ، لأنه يحلف
على ما جرى بينه وبين غيره . قال ومن أوصى لأجنبي ولوارثه

بمقدار هذا الحق وأبصر به) أى هذا الحق (والآخر) أى الفريق الآخر (ألد خصاماً)
أى شديد بين في الخصومة (وعسام) أى لعلمهم ، أى الفريق الورثة وأصحاب الوصايا
(يختلفون في الفضل إذا ادعاه الخصم ، وبعد الإفراز يصح إقرار كل واحد فيما في يده
من غير منازعة) .

(وإذا عزل يقال لأصحاب الوصايا صدقوه فيما شتم ويقال للورثة صدقوه فيما شتم ،
لأن هذا دين في حق المستحق) أى المقر له (وصية في حق التنفيذ ، فإذا أقر كل فريق
بشيء ظهر أن في التركة ديناً شائعاً في النصيبين ، فيؤخذ أصحاب الثلث
بثلث ما أقروا ، أو الورثة بثلثي ما أقروا تنفيذاً لإقرار كل فريق في قدر حقه ، وعلى كل
فريق منهما اليمين على العلم إن ادعى المقر له زيادة على ذلك ، لأنه يحلف على ما جرى
بينه وبين غيره) أى بين المقر له وبين غيره ، وهو الميت .

(قال) أى محمد في الجامع الصغير (ومن أوصى لأجنبي ولوارثه فلأجنبي نصف

فللاجني نصف الوصية وتبطل وصية الوارث ، لأنه أوصى بما يملك الإيصاء به وبما لا يملك فصح في الأول وبطل في الثاني . بخلاف ما إذا أوصى لحي وميت لأن الميت ليس بأهل للوصية فلا يصلح مزاحماً ، فيكون الكل للحي والوارث من أهلها ، ولهذا تصح بإجازة الورثة فافترقا ، وعلى هذا إذا أوصى للقاتل وللأجنبي . وهذا بخلاف ما إذا أقر بعين أو دين لوارثه وللأجنبي حيث لا يصح في حق الأجنبي أيضاً ، لأن الوصية إنشاء تصرف والشركة تثبت حكماً له فتصح في حق من يستحقه منها . وأما الإقرار فأخبار عن كائن ، وهو أخبر بوصف الشركة في الماضي ولا وجه

الوصية وتبطل وصية الوارث ، لأنه أوصى بما يملك الإيصاء به وبما لا يملك ، فصح في الأول أي فيما يملك (وبطل في الثاني) أي فيما لا يملك ، وبه قالت الأئمة الثلاثة وأبو ثور « ر ح » .

(بخلاف ما إذا أوصى لحي وميت ، لأن الميت ليس بأهل للوصية فلا يصلح مزاحماً ، فيكون الكل للحي والوارث من أهلها) أي من أهل الوصية (ولهذا تصح بإجازة الورثة فافترقا) أي حكماً الصورتين (وعلى هذا) أي على الحكم المذكور (إذا أوصى للقاتل وللأجنبي) حيث تبطل وصيته للقاتل ، لأنها فيمن لا يستحقه ، ولا تبطل في حق الأجنبي ، لأنها في حقه جائزة .

(وهذا) أي هذا الإيصاء (بخلاف ما إذا أقر بعين أو دين لوارثه وللأجنبي حيث لا يصلح في حق الأجنبي أيضاً ، لأن الوصية إنشاء تصرف) أي ابتداء تملك (والشركة تثبت حكماً له) أي للإنشاء (فتصح في حق من يستحقه منها) أي من الوارث والأجنبي . (وأما الإقرار فأخبار عن كائن وقد أخبر بوصف الشركة في الماضي) فيستدعي مخبراً ، والمخبر به للوالدين المشترك (ولا وجه إلى اثباته بدون هذا الوصف) وهو

إلى إثباته بدون هذا الوصف ، لأنه خلاف ما أخبر به ولا إلى إثبات الوصف ، لأنه يصير الوارث فيه شريكاً . ولأنه لو قبض الأجنبي شيئاً كان للوارث أن يشاركه فيبطل في ذلك القدر ، ثم لا يزال يقبض ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل فلا يكون مفيداً . وفي الإنشاء حصّة أحدهما ممتازة عن حصّة الآخر بقاء وبطلاناً . قال ومن كان له ثلاثة أثواب جيد ووسط ورديء فأوصى بكل واحد لرجل فضاع ثوب ولا يدري أيها هو ، والورثة تجحد ذلك فالوصية باطلة .

الاشتراك (لأنه خلاف ما أخبر به) المقرون لا إلى إثبات الوصف ، أي لا وجه أيضاً (ولا إلى إثبات الوصف ، لأنه يصير الوارث فيه شريكاً) فيؤدي إلى اضرار بعض الورثة ، فيرد أصلاً كيلا يمتثل الناس في اضرار الورثة بهذا الطريق .

(ولأنه لو قبض الأجنبي شيئاً كان للوارث أن يشاركه ، فيبطل) أي يبطل الإقرار (في ذلك القدر) المقبوض حمل في نصيبهما معاً ، لأنه لما كان للوارث أن يشاركه فيه ، فإذا شارك كان لبقية الورثة أن يأخذوا ذلك القدر منه ، ثم يرجع هو على الأجنبي ، لأن ما قبض لم يسلم له ثم ، وثم إلى أن ينتهي فيبطل أصلاً ، وهو قوله (ثم لا يزال يقبض ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل) فإذا بطل الكل (فلا يكون مفيداً ، وفي الإنشاء حصّة أحدهما ممتازة عن حصّة الآخر بقاء) أي في حق الأجنبي (وبطلاناً) أي في حق الوارث .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن كان له ثلاثة أثواب جيد ووسط ورديء فأوصى بكل واحد) من هذه الثياب (لرجل فضاع ثوب ولا يدري أيها هو ، والورثة تجحد ذلك فالوصية باطلة) صورة المسألة في الجامع عن محمد ويعقوب عن أبي حنيفة رحمهم الله في رجل أوصى لثلاثة نفر فقال لفلان هذا للثوب الجيد ولفلان رجل

ومعنى جحودهم أن يقول الوارث لكل واحد منهم بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك ، فكان المستحق مجهولاً ، وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود ، فبطل . قال إلا أن يسلم الورثة الثوبين الباقيين ، فإن سلموا زال المانع وهو الجحود فيكون لصاحب الجيد ثلثا الثوب الأجود ، ولصاحب الأوسط ثلث الجيد وثلث الأدون ، فثبت الأدون ولصاحب الأدون ثلثا الثوب الأدون ، لأن صاحب الجيد لاحق له في الرديء بيقين ، لأنه إما أن يكون وسطاً أو رديئاً ولا حق له فيها ، وصاحب الرديء لاحق له في الجيد الباقي

آخر هذا الثوب الوسط ولفلان رجل آخر هذا الثوب الرديء ثم مات الموصي ثم هلك واحد من الثلاثة اثواب لا يدري أيها هلك ، والورثة تجحد فالوصية باطلة .

قال المصنف (ومعنى جحودهم ان يقول الوارث لكل واحد منهم بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك ، فكان المستحق مجهولاً ، وجهالته تمنع صحة القضاء) كما إذا وصى لاحد هذين الرجلين ، فان الوصية باطلة ، لأن المستحق مجهول (وتحصيل المقصود) بالنصب ، اى ويمنع ايضاً تحصيل المقصود ، اى مقصود الوصي ، وهو اتمام غرضه ، فاذا كان كذلك (فبطل) اى الإيصاء .

(قال) اى قال محمد في الجامع الصغير (إلا ان يسلم الورثة الثوبين الباقيين) وهذا استثناء من قوله فالوصية باطلة (فان سلموا) اى الورثة إن قالوا سلمنا لكم هذين الثوبين فاقسموهما فيما بينكم (زال المانع ، وهو الجحود ، فيكون لصاحب الجيد ثلثا الثوب الأجود ، ولصاحب الأوسط ثلث الجيد وثلث الأدون ، ولصاحب الأدون ثلثا الثوب الأدون ، لان صاحب الجيد لاحق له في الرديء بيقين ، لانه) اى لان الرديء (إما ان يكون وسطاً أو رديئاً ولا حق له فيها) اى لاحق لصاحب الجيد في الوسط والرديء (وصاحب الرديء لاحق له في الجيد الباقي بيقين ، لانه إما ان يكون جيداً

بقيين ، لأنه إما أن يكون جيداً أو وسطاً ولاحق فيهما . ويحتمل أن يكون الرديء هو الرديء الأصلي ، فيعطى من محل الاحتمال . وإذا ذهب ثلثا الجيد وثلثا الادون فلم يبق إلا ثلث الجيد وثلث الرديء ، فيتعين حق صاحب الوسط فيه بعينه ضرورة . قال وإذا كانت الدار بين رجلين فأوصى أحدهما ببيت بعينه لرجل فإنها تقسم ، فإن وقع البيت في نصيب الموصى فهو للموصى له ، عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . وعند محمد نصفه للموصى له ، وإن وقع في نصيب الآخر فللموصى له مثل ذرع البيت ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد مثل ذرع نصف البيت له أنه أوصى بملكه وبملك غيره ، لأن الدار بجميع أجزائها مشتركة فينفذ

أو وسطاً ، ولاحق له فيهما ، ويحتمل أن يكون الرديء هو الرديء الأصلي (إذ الهالك إذا كان رديئاً فالثاني يكون جيداً ، فيكون هو الرديء الأصلي) فيعطى من محل الاحتمال (لأنه يحتمل أن يكون هذا وسطاً ، ويحتمل أن يكون في الرديء الحالي بأن يكون الضائع الرديء . فيكون هذا وسطاً ، فيكون هذا تنفيذ وصية في محل يحتمل أن يكون حقه كذلك في شرح الجامع لصاحب الهداية) وإذا ذهب ثلثا الجيد وثلثا الادون لم يبق إلا ثلث الجيد وثلث الرديء فتعين حق صاحب الوسط فيه بعينه ضرورة . (قال) أي محمد في الجامع الصغير (وإذا كانت الدار بين رجلين أوصى أحدهما ببيت بعينه لرجل ، فإنها تقسم) أي فإن الدار تقسم (فإن وقع البيت في نصيب الموصى فهو للموصى له عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى . وعند محمد رحمه الله تعالى نصفه للموصى له وإن وقع في نصيب الآخر فللموصى له مثل ذرع البيت ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى . قال محمد « رح » مثل ذرع نصف البيت له (أي لمحمد « رح ») (أنه) أي أن الموصى (أوصى بملكه وبملك غيره ، لأن

الاول ويوقف الثاني ، وهو أن ملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة لا تنفذ الوصية السالفة ، كما إذا أوصى بملك الغير ثم إذا اقتسموها ووقع البيت في نصيب الموصي تنفيذاً للوصية في عين الموصي به وهو نصف البيت ، وإن وقع في نصيب صاحبه له مثل ذرع نصف البيت تنفيذاً للوصية في بدل الموصي به عند فواته كالجارية الموصى بها إذا قتلت خطأ تنفذ الوصية في بدلها . بخلاف ما إذا بيع العبد الموصى به حيث لا تتعلق الوصية بشئ منه ، لان الوصية تبطل بالاقدام على البيع على ما بيناه . ولا تبطل بالقسمة . ولهما أنه أوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة ، لان الظاهر أنه يقصد

الدار بجميع اجزاها مشتركة فننفذ الاول) وهو الوصية فيما يملكه وهو نصيبه (وتوقف الثاني وهو ان لا يملكه) وهو نصيب صاحبه فيتوقف على اجازة شريكه (وان ملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة) لانه اخذ البيت بدلاً عن نصيبه بما في يد صاحبه (لا تنفذ الوصية السابقة) بالملك الحادث بعد الوصية في الموصى به .

(كما اذا اوصى بملك الغير ثم اشتراه) حيث لا تصح الوصية ، فكذا هذا (ثم اذا اقتسموها ووقع البيت في نصيب الموصي تنفيذاً للوصية في عين الموصى به وهو نصف البيت . وإن وقع في نصيب صاحبه له مثل ذرع نصف البيت تنفيذاً للوصية في بدل الموصى به عند فواته ، كالجارية الموصى بها إذا قتلت خطأ تنفذ الوصية في بدلها . بخلاف ما إذا بيع العبد) اى عند فوات الاصل بالحالة (الموصى به حيث لا تتعلق الوصية بشئ منه ، لأن الوصية تبطل بالاقدام على البيع على ما بيناه) اشار به إلى ما ذكر قبل باب الوصية بثالث المال عند قوله وإذا صرح بالرجوع او فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعاً (ولا تبطل) اى الوصية (بالقسمة) لان القسمة لتكميل المنفعة . بخلاف البيع . (ولهما) اى ولا ي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى (انه اوصى بما يستقر ملكه

الإبضاء بملك منتفع به من كل وجه ، وذلك يكون بالقسمة ، لان الانتفاع بالمشاع قاصر ، وقد استقر ملكه في جميع البيت إذا وقع نصيبه فتنفذ الوصية فيه . ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع ، وإنما المقصود الإفراز تكميلاً للمنفعة ، ولهذا يجبر على القسمة فيه ، ومن اعتبار الإفراز يصير كأن البيت ملكه من الابتداء . وإن وقع في نصيب الآخر تنفذ في قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه ، إما لانه عوضه كما ذكرناه ، أو لأن مراد الموصي من ذكر البيت التقدير به تحصيلاً لمقصوده ما أمكن ، إلا أنه يتعين البيت إذا وقع

فيه بالقسمة ، لان الظاهر انه) . أى ان الموصي (يقصد الإبضاء بملك منتفع به من كل وجه ، وذلك) أى الملك المنتفع به عن كل وجه (يكون بالقسمة) لان ملكه على اعتبار القسمة هو الملك التام المنتفع به (لان الانتفاع بالمشاع قاصر ، وقد استقر ملكه في جميع البيت إذا وقع في نصيبه فتنفذ الوصية فيه ، ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع) وإنت كان معنى المبادلة في قسمة العروض والحيوانات اصل ، والدارين العروض ، ذكره المصنف في كتاب القسمة (وإنما المقصود الإفراز تكميلاً للمنفعة ، ولهذا يجبر على القسمة فيه) هذا إيضاح لقوله ، وإنما المقصود الإقرار ، لان في الدار الواحدة المختلفة البيوت تقسم قسمة واحدة ، لان في تفريقها إضراراً ، بخلاف الدور حيث تقسم كل واحدة على حدة ، لا قسمة واحدة عند أبي حنيفة رحمه الله ، خلافاً لها ، وقد مر في القسمة .

(وعلى الاعتبار الإفراز يصير كأن البيت ملكه من الابتداء ، وإن وقع في نصيب الآخر تنفذ في قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه ، اما لانه عوضه كما ذكرناه) أى في الجارية الموصى بها (أو لان مراد الموصي من ذكر البيت التقدير به تحصيلاً لمقصوده ما أمكن ، إلا انه يتعين البيت) قال تاج الشريعة إلا انه يتعين هذا جواب إشكال ، وهو ان يقال ذكر البيت لما كان للتقدير به ينبغي ان لا يجب وقع البيت نفسه إذا وقع في

في نصيبه جمعاً بين الجهتين التقدير والتملك . وإن وقع في نصيب الآخر عملنا بالتقدير ، أو لأنه أراد التقدير على اعتبار أحد الزوجين ، والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الآخر كما إذا علق عتق الولد وطلاق المرأة بأول ولد تلده أمته ، فالمراد في جزاء الطلاق مطلق الولد ، وفي العتق ولد حي . ثم إذا وقع البيت في نصيب غير الموصي والدار مائة ذراع ، والبيت عشرة أذرع يقسم نصيبه بين الموصى له وبين الورثة على عشرة أسهم ، تسعة منها للورثة ، وسهم للموصى له وهذا عند محمد فيضرب الموصى له بخمسة أذرع نصف

نصيب الموصي (إذا وقع في نصيبه جمعاً بين الجهتين) احداهما (التقدير) وهي فيما إذا وقع البيت في نصيب شريكه ، والآخرى هي قوله (والتمليك) يعني البيت . (وإن وقع في نصيبه) .

(وإن وقع في نصيب الآخر عملنا بالتقدير ، أو لانه) اى او لان الموصى (اراد التقدير على اعتبار احد الزوجين) يعني في وقوعه في نصيب الشريك (والتمليك) اى واراد التملك (بعينه على اعتبار الوجه الآخر) يعني في وقوعه في نصيب الموصي ، نظر لذلك بقوله (كما إذا علق عتق الولد وطلاق المرأة بأول ولد تلده أمته) بأن قال إذا ولدت امتي فهو حر وانت طالق (فالمراد في جزاء الطلاق) اى في جزاء الطلاق (مطلق الولد) حتى تطلق المرأة بولادة الولد كيف كان حياً او ميتاً .

(وفي العتق) اى المراد في العتق (ولد حي) لان الميت ليس بمحل للطلاق ، حتى إذا ولدت ميتاً ثم ولدت حياً يعتق الحي عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى خلافاً لهما .

(ثم إذا وقع البيت في نصيب غير الموصي والدار مائة ذراع والبيت عشرة أذرع يقسم نصيبه) اى نصيب الموصي ، وهو خمسون ذراعاً (بين الموصى له وبين الورثة على عشرة اسهم تسعة منها) اى من العشرة (للورثة) اى لورثة البيت (وسهم للموصى له ،

البيت وهم بنصف الدار سوى البيت وهو خمسة وأربعون ، فيجعل كل خمسة سهماً ، فيصير عشرة . وعندهما يقسم على أحد عشر سهماً لأن الموصى له يضرب بالعشرة وهم بخسة وأربعين ، فتصير السهام أحد عشر للموصى لها سهمان ولهم تسعة . ولو كان مكان الوصية إقرار ، قيل هو على الخلاف وقيل لا خلاف فيه لمحمد ، والفرق له أن الإقرار بملك الغير صحيح ، حتى أن من أقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم إلى المقر له ،

وهذا عند محمد رحمه الله تعالى ، فيضرب الموصى له بخمسة اذرع نصف البيت ، وم)
اي الورثة يضربون (بنصف الدار سوى البيت ، وهو خمسة وأربعون ، فيجعل كل خمسة سهماً فيصير عشرة) .

(وعندهما) اي عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى (يقسم) اي نصيب الموصى بين الموصى له والورثة (على احد عشر سهماً ، لان الموصى له يضرب بالعشرة وم)
اي الورثة (بخمسة واربعين فتصير السهام احد عشر الموصى له سهمان ، ولهم تسعة)
كذا قال فخر الإسلام البزدوي وغيره وفي شرح الجامع الصغير .

(ولو كان مكان الوصية إقرار) يعني لو كان الدار بين شريكين فأقر احدهما ببيت بعينه لواحد فيقسم الدار او لا ، فان وقع البيت في نصيب المقر يسلم إلى المقر له . وإن وقع في نصيب الشريك يضرب المقر له فيما وقع في يد المقر مثل ذرع البيت . وكذلك لو أقر بطريق أو حائط . كذا في الشامل . وعند محمد رحمه الله يضرب المقر له بنصف ذرع البيت . (قيل هو على الخلاف) اي حكم الإقرار على الخلاف المذكور بينه محمد وصاحبيه .

(وقيل لا خلاف فيه لمحمد « رح ») اي في حكم الإقرار ، بل قول محمد فيه كقولهما .
وجعل فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير عدم الخلاف ، وهو الاصح (والفرق له) اي الفرق بين الوصية والاقرار لمحمد (ان الاقرار بملك الغير صحيح ، حتى أن من أقر بملك

والوصية بملك الغير لا تصح ، حتى لو ملكه بوجه من الوجوه
ثم مات لا تصح وصيته ولا تنفذ . قال ومن أوصى من مال رجل
لآخر بألف بعينه فأجاز صاحب المال بعد موت الموصي ، فإن
دفعه فهو جائز ، وله أن يمنع ، لأن هذا تبرع بمال الغير فيتوقف
على إجازته . وإذا أجاز يكون تبرعاً منه أيضاً فله أن يمتنع من
التسليم . بخلاف ما إذا أوصى بالزيادة على الثلث وأجازت الورثة ،
لأن الوصية في مخرجها صحيحة لمصادفتها ملك نفسه والامتناع
لحق الورثة . فإذا أجازوها سقط حقهم فنفذ من جهة الموصي .
قال وإذا اقتسم الابنان تركه الأب ألفاً ثم أقر أحدهما لرجل

الغير لغيره ثم ملكه يؤمر المقر بالتسليم إلى المقر له ، والوصية بملك الغير لا تصح حتى لو
ملكه بوجه من الوجوه (مثل الشراء والهبة والتمليك) ثم مات لا تصح وصيته
(ولا تنفذ) .

(قال) أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير (ومن أوصى من مال رجل لآخر بألف
بعينه فأجاز صاحب المال بعد موت الموصي ، فإن دفعه إليه فهو جائز وله أن يمنع ،
لأن هذا تبرع بمال الغير ، فيتوقف على إجازته . وإذا أجاز يكون تبرعاً منه أيضاً فله أن
يمتنع من التسليم) أي ولصاحب المال أن يمتنع مما أجاز به الموصي ولا يسلم ، لأن هذا
هبة من صاحب المال والهبة لا تتم بدون التسليم ، فإن وقع تمت الهبة وإلا فلا .

(بخلاف ما إذا أوصى بالزيادة على الثلث وأجازت الورثة) ثم أرادوا أن يمتنعوا من
التسليم لا يكون لهم ذلك (لأن الوصية في مخرجها صحيحة لمصادفتها ملك نفسه ،
والامتناع لحق الورثة ، فإذا أجازوها سقط حقهم فنفذ من جهة الموصي) .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (فإذا اقتسم الابنان تركه الأب ألفاً ثم أقر
أحدهما لرجل إن الأب أوصى له بثلاث ماله فإن المقر يعطيه ثلث ما في يده) وهو

أن الأب أوصى له بثلث ماله فإن المقر يعطيه ثلث ما في يده ، وهذا استحسان ، والقياس أن يعطيه نصف ما في يده ، وهو قول زفر رحمه الله ، لأن إقراره بالثلث له تضمن إقراره بمساواته إياه والتسوية في إعطاء النصف ليبقى له النصف . وجه الاستحسان أنه أقر له بثلث شائع في التركة وهي في أيديهما فيكون مقراً بثلث ما في يده . بخلاف ما إذا أقر أحدهما بدين لغيره ، لأن الدين مقدم على الميراث ، فيكون مقراً بتقدمه فيقدم عليه . أما الموصى له بالثلث شريك الوارث فلا يسلم له شيء إلا أن يسلم للورثة مثلاً . ولأنه لو أخذ منه نصف ما في يده فربما يقر الابن الآخر به أيضاً ، فيأخذ نصف ما في يده ، فيصير نصف التركة

سدس المال (وهذا الاستحسان) وبه قال الشافعي وأحمد ومالك رحمهم الله . وقال الشافعي رحمه الله في وجه يلزمه جميع ما في يده وخرجه صاحب الحاوي من القولين في الدين ليس شيء كذا في الحلبة .

(والقياس أن يعطيه نصف ما في يده ، وهو قول زفر « رح » ، لأن إقراره بالثلث له تضمن إقراره بمساواته إياه ، والتسوية في إعطاء النصف ليبقى له النصف . وجه الاستحسان أنه أقر بثلث شائع في التركة وهي في أيديهما) أي في أيدي الابنين (فيكون مقراً بثلث ما في يده . بخلاف ما إذا أقر أحدهما بدين لغيره) حيث يعطى جميع ما في يده (لأن الدين مقدم على الميراث ، فيكون مقراً بتقدمه فيقدم عليه) وفيه قال الشافعي في وجه . وقال الشافعي في الأصح يلزمه في نصيبه ما يخصه وهو قول مالك وأحمد « رح » لأن إقراره بهذه الجهة .

(أما الموصى له بالثلث شريك الوارث فلا يسلم له شيء ، إلا أن يسلم للورثة مثلاً . ولأنه لو أخذ منه نصف ما في يده ، فربما يقر الابن الآخر به أيضاً فيأخذ نصف ما في

فيزاد على الثلث . قال ومن أوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصي ولداً ، وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له ، لأن الأم دخلت في الوصية أصالة ، والولد تبعاً حين كان متصلاً بالأم . فإذا ولدت قبل القسمة والتركة قبلها مبقاة على ملك الميت ، وحتى يقضي بها ديونه دخل في الوصية ، فيكونان للموصى له . وإن لم يخرج من الثلث ضرب بالثلث وأخذ ما يخصه منها جميعاً في قول أبي يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة يأخذ ذلك من الأم ، فإن فضل شيء أخذه من الولد . وفي الجامع الصغير عين صورة . وقال رجل له ستمائة درهم وأمة تساوي ثلثمائة درهم فأوصى بالجارية لرجل

يده ، فيصير نصف التركة فيزاد على الثلث) فيكون شريك الورثة بالنصف لا بالثلث . (قال) أي القدوري (ومن أوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصي ولداً وكلاهما) أي الأم والولد (يخرجان من الثلث ، فهما للموصى له ، لأن الأم دخلت في الوصية أصالة والولد) دخل فيها (تبعاً حين كان متصلاً بالأم ، فإذا ولدت قبل القسمة والتركة قبلها مبقاة على ملك الميت حتى يقضي بها ديونه دخل) أي الولد (في الوصية فيكونان للموصى له) يعني تكون الأم والولد للموصى له إذا ولد له قبل قسمة التركة . وقال الشافعي وأحمد « رح » ، إن كانت حاملاً به حين الوصية ، ويعلم ذلك بأن قلده لأقل من ستة أشهر منذ أوصى يدخل الولد في الوصية ، ويكون للموصى له مع الأم . وقال في وجه لا حكم للحل في الوصية بكل حال فلا يدخل فيها على كل حال .

(وإن لم يخرج من الثلث ضرب بالثلث وأخذ ما يخصه منها جميعاً في قول أبي يوسف ومحمد « رح » . وقال أبو حنيفة « رح » ، يأخذ ذلك من الأم فإن فضل شيء أخذه من الولد . وفي الجامع الصغير عين صورته) أي عين محمد صورته بهذه المسألة . (وقال رجل له ستمائة درهم وأمة) أي الموصي فولدت ولداً أي وله أمة (تساوي

ثم مات فولدت ولدأ يساوي ثلاثمائة درهم قبل القسمة فللموصى له
الأم وثلاث الولد عنده ، وعندهما له ثلثا كل واحد منهما . لها
ما ذكرنا أن الولد دخل في الوصية تبعاً حالة الإتصال فلا يخرج
منها بالإفصال كما في البيع والعق ، فتنفذ الوصية فيهما على السواء
من غير تقديم الأم ، وله أن الأم أصل والولد تبع فيه ، والتبع لا يزاحم
الأصل ، فلو نفذنا الوصية فيهما جميعاً تنتقض الوصية في بعض
الأصل ، وذلك لا يجوز . بخلاف البيع ، لأن تنفيذ البيع في اتبع
لا يؤدي إلى نقضه في الأصل ، بل يبقى تاماً صحيحاً فيه ،

ثلاثمائة درهم فأوصى بالجارية لرجل ثم مات (أى الموصي) فولدت ولدأ يساوي ثلاثمائة
درهم قبل القسمة (أى قبل قسمة التركة) فللموصى له الأم وثلاث الولد عنده (أى
عند أبي حنيفة « رح ») وعندهما له ثلثا كل واحد منهما (أى من الأم والولد .

(لها) أى لابي يوسف ومحمد (ما ذكرنا أن الولد دخل في الوصية تبعاً حالة الاتصال
فلا يخرج عنها) أى عن الوصية (بالاتصال كما في البيع) بأن باع الأمة الحامل (والعق)
بأن اعتقها يدخل الحمل ويدخل الولد في البيع والعق ، ولا يخرج عنها بالإفصال ، فإذا
كان كذلك (فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم الأم) في الأصالة وفي الولد
تبعاً لاتصاله بالأم .

(وله) أى ولابي حنيفة رحمه الله تعالى (أن الأم أصل والولد تبع فيه) أى في
الوصية على تأويل الإيصاء (والتبع لا يزاحم الأصل) لأن الإيجاب تناول الأم قصداً ،
ثم سرى حكم الإيجاب إلى الولد فلا يزاحم التبع الأصل ، لعدم المساواة بينهما (فلو
نفذنا الوصية فيهما جميعاً تنتقض الوصية في بعض الأصل ، وذلك لا يجوز بخلاف البيع)
لأن فيه إبطال الأصل بالتبع ، بل يبقى تاماً صحيحاً فيه ، إلا أنه لا يقابله بعض الثمن ،
هذا جواب عما يقال لا نسلم (لأن تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي إلى نقضه في الأصل ،

إلا أنه لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابله بالولد إذا اتصل به القبض ولكن الثمن تابع في البيع حتى ينقصد البيع بدون ذكره وإن كان فاسداً ، وهذا إذا ولدت قبل القسمة ، فإن ولدت بعد القسمة فهو للموصى له ، لأنه نماء خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة .

بل يبقى تاماً صحيحاً فيه ، إلا أنه) لا يقابله وفي ذلك نقص له بحصته . ووجهه إنما (لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابله بالولد إذا اتصل به القبض) فإن الموضع الواحد لا يقابل بموضعين ، لكن لا يوجب ذلك النقص في البيع أصلاً .

(ولكن الثمن تابع في البيع حتى ينقصد البيع بدون ذكره وإن كان فاسداً ، هذا) أي دخول الولد في الوصية تبعاً (إذا ولدت قبل القسمة) قبل قبول الموصى له (فإن ولدت بعد القسمة) وبعد القبول (فهو للموصى له ، لأنه نماء خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة) وإن ولدت بعد القبول قبل القسمة وبعد القبول فهو للموصى له ، لأنه نماء خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة . وإن ولدت بعد القبول قبل القسمة ، ذكر القدوري أنه لا يصير موصى له ، ولا يعتبر خروجه في الثلث كما لو ولدت بعد القسمة . ومشايعنا قالوا يصير موصى به ويعتبر خروجه من الثلث ، كما لو ولدت قبل القبول . ولو ولدت قبل موت الموصي لم يدخل تحت الوصية وبقي على حكم ملك الميت ، لأنه لم يدخل تحت الوصية قصداً ولا سراية ، والكسب والولد في جميع ما ذكرناه . كذا في الكافي . وعند الشافعي وأحمد لو انفصل قبل موت الموصي ومن حين الوصية إلى الانفصال أقل من ستة أشهر يدخل في الوصية من وجهه .

(فصل في اعتبار حالة الوصية)

قال وإذا أقر المريض لامرأة بدين أو أوصى لها بشيء أو وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الإقرار وبطلت الوصية والهبة ، لأن الإقرار ملزم بنفسه وهي أجنبية عند صدوره . ولهذا يعتبر من جميع المال ولا يبطل بالدين إذا كان في حالة الصحة أو في حالة المرض . إلا أن الثاني يؤخر عنه ، بخلاف الوصية لأنها إيجاب عند

(فصل في اعتبار حالة الوصية)

أي هذا فصل في بيان اعتبار حالة الوصية ولما ذكر الحكم الكلي في الوصية شرع في بيان أحكام ما يتعلق بالأحوال المتغيرة من وصف إلى وصف أن الأحوال بمنزلة العوارض والأحكام المتعلقة بثلاث المال بمنزلة الأصول ، والأصلي مقدم على العارض .
(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (وإن أقر المريض لامرأة بدين أو أوصى لها بشيء أو وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الإقرار وبطلت الوصية والهبة ، لأن الإقرار ملزم بنفسه) فلا يتوقف على شرط زائد كتوقف الوصية إلى الموت ، فصح إقراره بالدين ، لأن إقراره حصل لأجنبية ونحو معنى قوله (وهي أجنبية عند صدوره) أي صدور الإقرار (وهذا) أي ولكون الإقرار ملزم بنفسه من غير توقف على شرط (يعتبر من جميع المال ولا يبطل بالدين) بخلاف الوصية فإنها تمليك مضاف إلى الموت والمرأة عند الموت وارثة ولا وصية للوارث ، فالحديث على ما يأتي (إذا كان) أي الإقرار (في حالة الصحة أو في حالة المرض) يعني الإقرار لا يبطل بسبب الدين سواء كان في الصحة أو في المرض .

(إلا أن الثاني) وهو الإقرار الواقع في المرض (يؤخر عنه) أي عن الإقرار الواقع في الصحة ، حتى أن المال يصرف إلى ما أقر به في حالة الصحة ، فإن فضل منه شيء يصرف إلى ما أقر به في حالة المرض وإلا فلا . وعند ابن أبي ليلى والشافعي الإقرار يستويان وقد مر في إقرار المريض .

الموت وهي وارثة عند ذلك ولا وصية للوارث والهبه . وإن كانت
منجزة صورة فهي كالمضاف إلى ما بعد الموت حكماً لأن حكمها
يتقرر عند الموت . ألا ترى أنها تبطل بالدين المستغرق للتركة ، وعند
عدم الدين تعتبر من الثلث . قال وإذا أقر المريض لابنه بدين وابنه
نصراني أو وهب له أو أوصى له فأسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله ،
أما الهبة والوصية فلما قلنا أنه وارث عند الموت ، وهما إيجابان
عنده أو بعده ،

(بخلاف الوصية) بيان لقوله وبطلت الوصية (لأنها) أي لأن الوصية . وفي بعض
النسخ لأنه ، أي لأن الإيصاء (إيجاب عند الموت وهي) أي المرأة (وارثة عند ذلك)
أي عند موت الموصي (ولا وصية للوارث) بالحديث المذكور ، وفيما مضى (والهبة)
بالجبر عطف على قوله بخلاف الوصية ، أي بخلاف الهبة الواقعة من المريض المذكور
يعني لأنها لا تبطل (فإن كانت منجزة) واصله بما قبلها (صورة) أي من حيث الصورة ،
يعني لا تتوقف على شيء بحسب الصورة (فهي) أي الهبة (كالمضاف إلى ما بعد الموت
حكماً) أي من حيث الحكم (لأن حكمها يتقرر عند الموت) وأوضح ذلك بقوله (ألا
ترى أنها) أي إن الهبة (تبطل بالدين المستغرق للتركة ، وعند عدم الدين تعتبر من
الثلث) لأنها تبرع بتقرر حكمه عند الموت ألا ترى أن من وهب عبداً في مرض موته
لأجنبي وماله غيره وسلم صحت الهبة وصارت للموهوب له ، فإذا مات من ذلك المرض
وجب الفسخ من الثلثين للورثة . وفي الكل حقاً للفرماء أو صارت كالمعلق بالموت .

(قال) أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير (وإذا أقر المريض لابنه بدين وابنه
نصراني أو وهب له أو أوصى له فأسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله) أي الإقرار
(أما الهبة والوصية فلما قلنا) يعني في المسألة الأولى (أنه) أي أن الابن (وارث عند
الموت ، وهما) أي الهبة والوصية (إيجابان عنده) أي عند الموت (أو بعده) أي بعد

والاقرار وإن كان ملزماً بنفسه ولكن سبب الارث وهو البنوة
قائم وقت الاقرار ، فيعتبر في إیراث تهمة الايثار . بخلاف ما تقدم ،
لأن سبب الارث الزوجية وهي طارئة ، حتى لو كانت الزوجية
قائمة وقت الاقرار وهي نصرانية ثم أسلمت قبل موته لا يصح
الاقرار لقيام السبب حال صدوره . وكذا لو كان الابن عبداً أو
مكاتباً فأعتق لما ذكرنا . وذكر في كتاب الاقرار إن لم يكن عليه
دين يصح ، لأنه أقر لمولاه وهو أجنبي وإن كان عليه دين لا يصح ،
لأنه إقرار له

الموت (والاقرار وإن كان ملزماً بنفسه كما مر . ولكن سبب الارث وهو البنوة قائم
وقت الاقرار ، فيعتبر في إیراث تهمة الايثار) يعني صار باعتبار التهمة ملحقاً بالوصايا .
(بخلاف ما تقدم) من الاقرار والهبة والوصية لامرأة (لأن سبب الارث الزوجية
وهي طارئة) لأن الزوجية حصلت بعد الاقرار لها بدين فلا يبطل الاقرار (حتى لو
كانت الزوجية قائمة وقت الإقرار وهي نصرانية ثم أسلمت قبل موته لا يصح الإقرار
لقيام السبب) وهو الزوجية وقت الإقرار (حال صدوره) أى صدور الإقرار
ونظيرها من أقر لأخيه وله ابن ثم هلك الابن ثم هلك المقر له وارثة يبطل الإقرار للأخ
لقيام سبب الإرث وهو الأخوة وقت الإقرار .

(قال) أى محمد في الجامع الصغير (وكذا) يبطل الإقرار (لو كان الابن عبداً أو
مكاتباً فأعتق) قبل الموت (لما ذكرنا) وهو قيام المسبب للإرث وقت الإقرار (وذكر)
أى محمد « رح » (في كتاب الإقرار إن لم يكن عليه) أى على العبد (دين يصح) أى
الإقرار (لأنه أقر لمولاه) يعني يكون الإقرار لمولاه (وهو أجنبي) أى والحال
أنه أجنبي .

(وإن كان عليه) أى على العبد (دين لا يصح) أى الإقرار (لأنه أقرار له) أى

وهو إبنه ، والوصية باطلة لما ذكرنا ان المعتبر فيها وقت الموت . وأما الهبة فيروى أنها تصح لأنها تمليك في الحال وهو رقيق . وفي عامة الروايات هي في مرض الموت بمنزلة الوصية فلا تصح . قال والمقعد والمفلوج والأشل والمسلول إذا تطاول ذلك ولم يخف منه الموت فهبته من جميع المال ، لأنه إذا تقادم العهد صار طبعا من طباعه . ولهذا لا يشتغل بالتداوي .

العبد (وهو ابنه) أى والحال انه ابنه (والوصية باطلة لما ذكرنا) والذي ذكره فيما مضى ذكره هنا بقوله (أن المعتبر فيها) أى في الوصية (وقت الموت) لأنها تمليك مضاف إلى بعد الموت والعبد حينئذ وارث ولا وصية للوارث .

(وأما الهبة فيروى أنها تصح لأنها تمليك في الحال وهو رقيق) فتكون الهبة للمولى فتصح (وفي عامة الروايات هي) أى الهبة (في مرض الموت بمنزلة الوصية فلا تصح) والتفصيل المذكور في العبد لا يتأتى في المكاتب ، لأن المولى لا يملك كسبه في الحالين .

(قال) أى محمد في الجامع الصغير (والمقعد والمفلوج) من فلبت الشيء فلبعين أى شقيته نصفين ، كذا في المغرب ، ومنه المفلوج لأنه ذهب النصف . والفالج ذهب الحس والحركة من أحد شقي البدن وسلامة الشق الآخر (والأشل) من الشلل الشين المعجمة وهو فساد في اليد يقال شلت يده فشل ، ورجل أشل (والمسلول) بالسین المهمة . قال الجوهري السلال بالضم السل ، يقال أسله الله فهو مسلول من السؤال . وقال الطبرزي المسلول الذى سل ابتناه ، أى تزعت خصيته ، وهذا لا يناسب هنا ، لأن الكلام فيما إذا تطاول المرض ولم يحل منه موت ، والذي تزعت خصيته بعد تطاول الزمان لا يسمى مريضاً . وقال الأكل المسلول الذى به مرض السل ، وهو عبارة عن اجتماع المرة في الصدر وبعثها . وقال الكاكي قيل السل نوع من الدق (إذا تطاول ذلك فلم تخف منه الموت فهبته من جميع المال ، لأنه إذا تقادم العهد صار طبعا من طباعه ، ولهذا) أى ولأجل ذلك (لا يشتغل بالتداوي) ولأنه صار طبيعة فلا يحتاج إلى الدواء فكان حكمه

ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث . وإن وهبه
عندما أصابه ذلك ومات من أيامه فهو من الثلث إذا صار صاحب
فراش ، لأنه يخاف منه الموت ، ولهذا يتداوى فيكون مرض
الموت ، والله أعلم .

حكم الاصحاء ، فيعتبر تصرفه في جميع المال ، ويصح إقراره للوارث .
(ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث) إذا مات في أيامه يكون
حكمه حكم المريض يعتبر تصرفه في ثلث المال ولا يصح إقراره للوارث (وإن وهبه)
أى الذى صار صاحب فراش بعد ذلك (هندا أصابه ذلك ومات من أيامه فهو من
الثلث إذا صار صاحب فراش ، لأنه يخاف منه الموت ، ولهذا يتداوى فيكون مرض
الموت) يكون حكمه حكم المريض الذى مات فيه . والحامل إذا ضربها المخاض وهو
الطلق يكون تبرعها من الثلث ، وبه قال الشافعى والنخعى والأوزاعى والثوري ويحيى
الانصاري ومكحول وابن المنذر . وقال مالك وأحمد إذا صار لها ستة أشهر عطيتها من
الثلث ، وبه قال ابن المسيب وعطاء وقتادة . وقال الحسن والزهرى عطيتها كمطية
الصحيح ، وبه قال الشافعى في قول .

ولو اختلطت الطائفتان للقتال وكل منهما غير كافية للأخرى أو مقهورة في حكم مرض
الموت ، وبه قال مالك وأحمد والأوزاعى والثورى ونحوه عن مكحول . وإذا لم يختلطوا
إلا سواء كان بينهما رمى بالسهم أو لا . وعن الشافعى قولان أحدهما كقول الجماعة ،
والثاني ليس مخوف ، لأنه ليس بمرض . وراكب البحر فإن كان ساكناً فليس مخوف ،
وإن هبت الريح أو اضطرب البحر فهو خوف . والأسير والمحبوس إذا كان من عادته
القتل فهو خائف وإلا فلا ، وبه قال مالك وأحمد والشافعى في قول . والمجنون وصاحب
حمى الربيع ، وحصى العنب إذا صار صاحب فراش يكون في حكم المرض مرض الموت ،
وبه قال مالك وأحمد وأبو ثور والأوزاعى والثوري . وقال الشافعى الأمراض الممتدة
عطية من كل المال ، لأنه لا يخاف تمجيل الموت فيه ، وإن كان لا يبرأ كالمهر (والله أعلم) .

باب العتق في مرض الموت

قال ومن أعتق في مرضه عبداً أو باع وحابى أو وهب فذلك كله جائز ، وهو معتبر من الثلث ، ويضرب به مع أصحاب الوصايا .

(باب احكام العتق في مرض الموت)

أي هذا باب في بيان أحكام العتق في المرض وفي بيان حكم الوصية بالعتق . ولما كان الإعتاق في المرض من أنواع الوصية ، لكن لما كان له أحكام مخصوصة ، افردته بيان على حدة وآخره عن صريح الوصية لأن الصريح هو الأصل .

(قال) أي القدوري (ومن أعتق في مرضه أو باع وحابى أو وهب فذلك كله جائز ، وهو معتبر من الثلث ، ويضرب به مع أصحاب الوصايا) أو يضرب بالثلث كل واحد من هؤلاء الثلاثة وهو العبد المعتق في مرض الموت والمشتري من المريض الذي باع بالهابة والموهوب له مع ما يرى أصحاب الوصايا . والمراد بضربهم بالثلث مع أصحاب الوصايا استحقاقهم في الثلث كما في سائر الوصايا ، فإنهم يستحقون الثلث لا غير . وليس المراد أنهم يساؤون أصحاب الوصايا في الثلث ويحاصونهم ، لأن المعتق المتقدم في المرض مقدم على الوصية بالمال في الثلث .

ألا ترى إلى ما ذكر الطحاوي في مختصره ومن أوصى بوصايا في مرضه فأعتق عبداً له يدلي بالعتاق ، وأخرج من الثلث ، فإن فضل شيء كان لأهل الوصايا . وإن لم يفضل شيء فلا شيء لهم ، ثم العتق أن يكون مقدماً على سائر الوصايا إذا كان منفذاً في المرض أو معلقاً بالموت ، مثل أن يقول إن حدث في حادث من هذا المرض فهو جرفاً . فأما إذا أوصى بعتق عبده بعد موته بوقت فلا يبدأ بالعتق بل يكون هو وسائر الوصايا سواء . وقال الفقيه أبو الليث إذا أوصى بعتق عبده بعد موته وأوصى لآخر بألف فالثلث بينهما بالحصص ولا يبدأ بالعتق لأن الوصية بالعتق يحتمل النقص والرد ، فصار حكمه

وفي بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز ، والمراد الاعتبار من الثلث والضرب مع أصحاب الوصايا لا حقيقة الوصية ، لأنها إيجاب بعد الموت ، وهذا منجز غير مضاف . واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة . وكذلك ما ابتداء المريض إيجابه على نفسه كالضمان والكفالة في حكم الوصية ، لأنه يتهم فيه كما في الهبة . وكل ما أوجبه بعد الموت فهو من الثلث ، وإن أوجبه

حكم سائر الوصايا . ألا ترى أنه لو ظهر على الميت دين فإن العبد ... (١) وبطل الوصية . (وفي بعض النسخ) أي في بعض نسخ القدوري (فهو وصية مكان قوله جائز) وقال الأتزازي « رح » ورأيت في نسخة نقية مكتوبة في سنة خمس وعشرين وخمسماية ، فذلك كله وصية معتبرة من الثلث ، وقال الكاكي وقال صاحب المجتبى والاول أصح ، لان هذا أول باعتباره من الثلث (والمراد) من قوله وهو وصية (الاعتبار من الثلث والضرب مع أصحاب الوصايا لا حقيقة الوصية لأنها) أي الوصية (إيجاب بعد الموت ، وهذا منجز غير مضاف ، واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة . وكذلك ما ابتداء المريض إيجابه على نفسه كالضمان والكفالة في حكم الوصية) إنما غائر بين الضمان والكفالة بحرف العطف ، لان الضمان أعم من الكفالة فإن من الضمان ما لا يكون كفالة بأن قال للأجنبي خالهما على ألف على أي ضامن . أو قال بع هذا العبد من فلان بألف على أي ضامن لك بخمسماية من الثمن سوى الألف كان بدل بالخلع على الأجنبي دون المرأة ، والخمسماية على الضامن دون المشتري ، كذا في شرح الاقطع (لأنه) أي لأن المريض متهم (يتهم فيه) أي في إيجابه على نفسه (كما في الهبة) أي كما يتهم .

(وكل ما أوجبه بعد الموت فهو من الثلث ، وإن أوجبه) وإن كان الإيجاب في حالة

(١) هكذا في الأصل ، وربما سقط كلام من الناسخ تقديره (لا يعتق) اهـ مصححه .

في حالة صحته اعتباراً بحالة الإضافة دون حالة العقد ، وما نفذه
من التصرف فالمعتبر فيه حالة العقد ، فإن كان صحيحاً فهو من جميع
المال . وإن مريضاً فمن الثلث ، وكل مرض صح منه فهو كحال
الصحة ، لأن بالبرء تبين أنه لا حق في ماله . قال وإن حابى ثم أعتق
وضاق الثلث عنهما فالمحابة أولى عند أبي حنيفة . وإن أعتق
ثم حابى فهما

الصحة ، أى وإن كان واقعاً (في حال صحته اعتباراً) أى لأجل الاعتبار (بحال
الإضافة) يعني الاعتبار فيه حال الإضافة (دون حال العقد) لأنه علقه بحال تعلق حق
الورثة فيه بالمال ، فكان المعتبر فيه حال الإضافة لا حال الإيجاب (وما نفذه) وما
نجزه في الحال (من التصرف) ولم يصفه إلى ما بعد الموت (فالمعتبر فيه حالة العقد)
كالإعتاق والهبة .

(فإن كان صحيحاً فهو من جميع المال ، وإن كان مريضاً) أى فهو يكون (فمن
الثلث ، وكل مرض صح منه) أى من مرضه (فهو كحال الصحة ، لأن بالبرء تبين أنه لا
حق لأحد في ماله) لأن حق الغريم والوارث إنما يتعلق بمرض الموت ، وبالبرء ظهر أنه
ليس بمرض الموت .

(قال) أى القدورى (وإن حابى ثم أعتق) صورته رجل باع في مرضه عبداً وحابى
بأن باعه بألف وهو يساوى ألفين (وضاق الثلث عنهما) أى عن المحابة
والعتق (فالمحابة أولى عند أبي حنيفة « رح ») حتى يسع العبد في جميع
قيمه ، وبه قال مالك . ثم العتق يعتبر من الثلث عند الجمهور إلا ما حكى عن مسروق
أنه يعتبر من رأس المال وهو قول شاذ مخالف للأثر .

(وإن أعتق ثم حابى فهما) أى قوله أى هذه ... الخ ، ولفظ الشارح على الكنز
فإن حابى محرر ، أى المحابة أحق من التحرير (بعكسه) أى وبمعكس الحكم المذكور
وهو أن يعتق أولاً ثم يحابى استويا ، أى العتق والمحابة ، وهذا عند أبي حنيفة « رح » ،

سواء . وقالوا العتق أولى في المسألتين . والأصل فيه أن الوصايا إذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل من أصحابها يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض إلا العتق الموقع في المرض . والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح ، والمحابة في البيع إذا وقعت في المرض ، لأن الوصايا قد تساوت ، والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس

هذه والتي قبلها (سواء) عند أبي حنيفة .

(وقالوا العتق أولى في المسألتين) وبه قال الشافعي وأحمد ، وهو قول الزهري والنخعي والثوري وقتادة وإسحاق ، وقال الشافعي في قول وأحمد في رواية يستوى بين كل الوصايا (والأصل فيه) أي في هذا الباب (أن الوصايا إذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث) مثل أن يوصي بالربع والسدس (فكل من أصحابها يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض) بلا خلاف بين العلماء . وفي المبسوط أوصى بثلاث ماله لرجل وآخر بسدسه وآخر بربعه فأجازت الورثة يأخذ كل حقه كاملاً ، لأن في المال وفاء ، ولو لم يجز وضرب كل واحد منهم في الثلث بوصيته فتكون القسمة بينهم على طريق العول بالاتفاق ، لأن الوصايا كلها وقعت في الثلث واستوت في القوة ، فيضرب كل بجميع حقه . (إلا العتق الموقع في المرض) هذا استثناء من قوله لا يقدم ، أي المعجز لا العوض إلى اعتاق الورثة ، مثل أن يقول اعتقوه (والعتق المعلق بموت الموصي) مثل أن يوصي بعتقه بعد موته (كالتدبير الصحيح) مثل أن يقول الرجل للملوك أنت حر بعد موتي أو أنت حر إذا مت أو إن مت ، واحترز بالصحيح عن التدبير الفاسد ، كما إذا قال أنت حر بعد موتي بيوم أو بشهر ، فإنه لا يكون مقدماً على سائر الوصايا ، بل هو سائر الوصايا سواء (والمحابة) بالرفع عطف على قوله إلا العتق الموقع في المرض (في البيع إذا وقعت في المرض ، لأن الوصايا قد تساوت) تعليل لقوله لا يقدم البعض على البعض (والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق ، وإنما قدم العتق

الاستحقاق ، وإنما قدم العتق الذي ذكرناه آنفاً ، لأنه أقوى
فإنه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وغيره يلحقه ، وكذلك المحابة
لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي . وإذا قدم ذلك فما بقي من
الثالث بعد ذلك يستوي فيه من سواهما من أهل الوصايا ، ولا يقدم
البعض على البعض . لها في الخلافية أن العتق أقوى ، لأنه لا يلحقه
الفسخ ، والمحابة يلحقها ولا معبر بالتقديم في الذكر ، لأنه لا يوجب
التقدم في الثبوت . وله أن المحابة أقوى ، لأنها تثبت في ضمن عقد

الذي ذكرناه آنفاً) وهو العتق الموقع في المرض (لانه أقوى ، فإنه لا يلحقه الفسخ من
جهة الموصي وغيره) أى غير العتق المنفذ (يلحقه) أى الفسخ من جهة الموصي ، لانه
يصح الرجوع عنه . ولا يصح الرجوع في العتق .

(وكذلك المحابة لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي) لانها تثبت في ضمن عقد المعاوضة
ومن قضية المعاوضة الزوم ، فلزمته الوصية التي في ضمنها بمنزلة العتق (واذا قدم ذلك)
أى العتق (فما بقي من الثالث بعد ذلك يستوى فيه من سواهما) أى من سوى العتق
المذكور ، والذي له (من أهل الوصايا ولا يقدم البعض على البعض) بل يكون بينهم على
قدر وصاياهم .

(لها) أى لابي يوسف ومحمد رحمهما الله (في الخلافية) وهي التي قدم فيها المحابة على
العتق (ان العتق أقوى ، لانه لا يلحقه الفسخ والمحابة يلحقها) أى الفسخ (ولا معتبر
بالتقديم في الذكر ، لانه) أى لان التقديم في الذكر (لا يوجب التقدم في الثبوت) كما
إذا اوصى لفلان ولفلان بالثلث لا يكون المقدم بالذكر مقدماً على غيره ، بل يكون الثالث
بينهم اثلاثاً ، كذا فيما نحن فيه لا يكون المحابة أولى بالتقديم في الذكر .

(وله) أى ولابي حنيفة رضى الله تعالى عنه (أن المحابة أقوى ، لانها تثبت في
ضمن عقد المعاوضة) لانها حصلت في البيع والبيع عقد ضمان ، لان المبيع مضمون

المعاوضة ، فكان تبرعاً بمعناه لا بصيغته ، والاعتاق تبرع صيغة ومعنى . فإذا وجدت المحاباة أولاً دفع الأضعف ، وإذا وجد العتق أولاً وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته للمزاخمة ، على هذا قال أبو حنيفة رحمه الله إذا حابى ثم أعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ، ثم ما أصاب المحاباة الأخيرة قسم بينهما وبين العتق ، لأن العتق مقدم عليها فستويان . ولو أعتق ثم حابى ثم أعتق قسم الثلث بين العتق الأول والمحاباة نصفين . وما أصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني وعندهما العتق أولى

عليه يطالب بتسليم المبيع ، فصارت المحاباة بمنزلة الدين (فكان) أى البيع بالمحاباة (تبرعاً بمعناه) يعنى من حيث المعنى (لا بصيغته) أى لا من حيث صيغته ، فان البيع بالمحاباة عقد تجارة ، حتى يجب للشفيع الشفعة ، فالشفعة تخصيص بالمعاوضات . ولهذا ان البيع بالمحاباة يصح من العبد المأذون والصبي المأذون والمرضى لا يلحقه الجبر عن التجارة (والاعتاق تبرع صيغة ومعنى) لا تجارة فيه .

(فإذا وجدت المحاباة أولاً دفع الأضعف وإذا وجد العتق أولاً وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاخمة) يعنى لما وجد العتق أولاً ثم وجدت المحاباة لم ترفع المحاباة لقوة العتق الذى نفذ في الثلث ، لانه لا يحتمل الرفع . ولما ثبت كل واحد من الحقين ثبتت المزاخمة ضرورة ، فيكونان سواء (وعلى هذا) وعلى هذا الاصل (قال ابو حنيفة «رح» إذا حابى ثم أعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما) في وقوعها في ضمن عقد المعاوضة .

(ثم ما أصاب المحاباة الأخيرة) من نصف الثلث (قسم بينهما وبين العتق ، لان العتق مقدم عليها ، فيستويان ، ولو أعتق) أولاً (ثم حابى ثم أعتق قسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة ، وما أصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني) لتخاسرها (وعندهما العتق أولى بكل حال) .

بكل حال . قال ومن أوصى بأن يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك
منها درهم لم يعتق عنه بما بقي عند أبي حنيفة رحمه الله . وإن كانت
وصيته بحجة يحج عنه بما بقي من حيث يبلغ ، وإن لم يهلك منها
وبقي شيء عن الحجة يرد على الورثة . وقالوا يعتق عنه بما بقي ،
لأنه وصية بنوع قرية ، فيجب تنفيذها ما أمكن اعتباراً بالوصية
بالحج . وله أنه وصية بالعتق لعبد يشتري بمائة ، وتنفيذها فيمن
يشتري بأقل منه تنفيذ لغير الموصى له ، وذلك لا يجوز . بخلاف

فان قلت ينبغي أن تقدم المحابة الاولى على الثانية ، لان الاولى تقدم على العتق عنده
والاخيرة من المحابات يساوى العتق عنده ، وقدم على أحد المتساويين بتقديم على المتساوى
الآخر . قلت دل الدليل على تساوي المتحابين ، لأنها من جنس واحد ، والتساوى في سبب
الاستحقاق يوجب التساوى في نفس الاستحقاق . ولهذا لو وجدنا متفاضلين متساويان
ودل الدليل على تقدم الاولى ما ذكرنا ، فعلنا بها ، وقلنا بالتساوى بين المتحابين عملاً
بالدليل الاول ، ثم ما اصاب الاخيرة بقسم بينها وبين العتق بالدليل الثاني ، فيكون عملاً
بالدليلين بقدر الإمكان .

(قال) أى محمد في الجامع الصغير (ومن أوصى بأن يعتق عنه بهذه المائة عبد
فهلك منها درهم لم يعتق عنه بما بقي عند أبي حنيفة رحمه الله) وإن كانت وصيته بحجة يحج
عنه بما بقي من حيث يبلغ ، وإن لم يهلك منها وبقي شيء عن الحجة يرد على الورثة ، وقالوا
يعتق عنه بما بقي ، لانه وصية بنوع قرية فيجب تنفيذها ما أمكن اعتباراً بالوصية بالحج
وهو قياس قول الأئمة الثلاثة ، ولو فضل شيء من الحج يصرف إلى الحج ولا يرد إلى
الورثة عند الثلاثة .

(وله) أى ولأبي حنيفة (انه وصية بالعتق لعبد يشتري بمائة وتنفيذها فيمن يشتري
بأقل منه تنفيذ لغير الموصى له ، وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج ، لأنها قرية محضة

الوصية بالحج ، لأنها قرينة محضة ، وهي حق لله تعالى ، والمستحق لم يتبدل ، فصار كما إذا أوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقي إليه . وقيل هذه المسألة بناء على أصل آخر مختلف فيه ، وهو أن العتق حق لله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى ، فلم يتبدل المستحق . وعنده حق العبد حتى لا تقبل البيعة عليه من غير دعوى ، فاختلف المستحق ، وهذا أشبه . قال ومن ترك ابنين ومائة درهم وعبدًا قيمته مائة درهم ، وقد كان أعتقه في مرضه فأجاز الوارثان ذلك لم يسع في شيء ، لأن العتق في مرض الموت . وإن كان في حكم الوصية وقد وقعت بأكثر من الثلث إلا أنها تجوز بإجازة الورثة ، لأن الامتناع لحقهم وقد أسقطوه . قال ومن أوصى

هي حق الله تعالى ، والمستحق لم يتبدل ، وصار كما إذا أوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقي إليه ، وقيل هذه المسألة بناء على أصل آخر مختلف فيه ، وهو أن العتق حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى ، فلم يتبدل المستحق وعنده) أى وعند أبي حنيفة «رح» (حق العبد حتى لا تقبل البيعة عليه من غير دعوى ، فاختلف المستحق ، وهذا أشبه) أى كون هذا الخلاف في عتق القسمة بناء على أن العتق حق الله عز وجل ، أو حق المملوك أشبه بالصواب ، لأنه ثبت بالدليل أنه حق العبد عنده . فيحلف المستحق إذا هلك منه شيء وتبطل الوصية ويرد المائة إلى ورثته ، كذا قاله الأكمل .

(قال) أى محمد في الجامع الصغير (ومن ترك ابنين ومائة درهم وعبدًا قيمته مائة وقد كان أعتقه في مرضه فأجاز الوارثان ذلك لم يسع في شيء ، لأن العتق في مرض الموت . وإن كان في حكم الوصية وقد وقعت بأكثر من الثلث إلا أنها تجوز بإجازة الورثة ، لأن الامتناع لحقهم وقد أسقطوه) فصار كما إذا أوصى لرجل بنصف ماله فأجاز الوارثة

بعثق عبده ثم مات فجنى جناية ودفع بها بطلت الوصية ، لأن الدفع قد صح لما أن حق ولي الجناية مقدم على حق الموصى ، فكذلك على حق الموصى له ، لأنه يتلقى الملك من جهته ، إلا أن ملكه فيه باق ، وإنما يزول بالدفع . فإذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية ، كما إذا باعه الموصى أو وارثه بعد موته ، فإن فداء الورثة كان الفداء في ما لهم ، لأنهم هم الذين التزموه وجازت الوصية ، لأن العبد طهر عن الجناية بالفداء ، كأنه لم يجن فتنفذ الوصية . وقال ومن أوصى

سلم ذلك للموصى ، فكذا هذا .

(قال) أى محمد في الجامع الصغير (ومن أوصى بعثق عبده ثم مات فجنى العبد جناية ودفع بها بطلت الوصية ، لأن الدفع قد صح ، لما أن حق ولي الجناية مقدم على حق الموصى ، فكذلك على حق الموصى له ، لأنه يتلقى الملك من جهته) أى لأن الموصى له يتلقى الملك من جهته (إلا أن ملكه فيه باق) منه استثناء من قوله لما أن حق ولي الجناية مقدم في العبد ، مع أن حق المولى مقدم معنى أن الملك الموصى في العبد باق ، مع أن حق المولى مقدم (وإنما يزول بالدفع) فما لم يدفع يبقى حتى لو كان العبد ذا رحم محرم من الوارث لا يعتق عليه ، كما إذا كان العبد أخاً لامرأة الموصى مثلاً ، وإنما يبقى ملكه فيه إلى أن يستغني عن حاجة فيه ، لأن مالك الورثة بسبيل الخلافة فما لم يستغن الأصل عن حاجة لا تثبت الخلافة .

(فإذا خرج) أى بالدفع (به عن ملكه بطلت الوصية ، كما إذا باعه الموصى أو وارثه) أى أو باع وارثه (بعد موته) بأن يظهر على الميت دين وقد أوصى بعثق العبد يقع العبد بدينه (فإن فداء الورثة كان الفداء في ما لهم) أى كانوا متبرعين فيما فسده به (لأنهم هم الذين التزموه وجازت الوصية ، لأن العبد طهر) بالطاء المهملة من الطهارة (عن الجناية بالفداء ، كأنه لم يجن فتنفذ الوصية) .

بثلث ماله لآخر فأقر الموصى له والوارث أن الميت أعتق هذا العبد ، فقال الموصى له أعتقه في الصحة . وقال الوارث أعتقه في المرض فالقول قول الوارث ولا شيء للموصى له ، إلا أن يفضل من الثلث أو تقوم له البينة أن العتق في الصحة ، لأن الموصى له يدعي استحقاق ثلث ما بقي من التركة بعد العتق ، لأن العتق في الصحة ليس بوصية ، ولهذا ينفذ من جميع المال والوارث ينكر ، لأن مدعاه العتق في المرض وهو وصية ، والعتق في المرض مقدم على الوصية بثلث المال ، فكان منكراً والقول قول المنكر مع اليمين . ولأن العتق حادث ، والحوادث تضاف إلى أقرب الاوقات للتيقن بها ، فكان الظاهر شاهداً للوارث فيكون القول قوله مع اليمين ،

(قال) أى محمد في الجامع الصغير (ومن اوصى بثلث ماله لآخر فأقر الموصى له والوارث أن الميت أعتق هذا العبد فقال الموصى له أعتقه في الصحة ، وقال الوارث أعتقه في المرض فالقول قول الوارث ولا شيء للموصى له ، إلا أن يفضل من الثلث شيء أو تقوم له) أى للموصى له (البينة أن العتق في الصحة ، لأن الموصى له يدعي استحقاق ثلث ما بقي من التركة بعد العتق ، لأن العتق في الصحة ليس بوصية ، ولهذا ينفذ من جميع المال ، والورث ينكره ، لأن مدعاه العتق في المرض وهو وصية ، والعتق في المرض مقدم على الوصية بثلث المال ، فكان) أي الوارث (منكراً ، والقول قول المنكر مع اليمين) .

(ولأن العتق حادث ، والحوادث تضاف إلى أقرب الاوقات للتيقن بها) أي بأقرب الاوقات ، وأقرب الاوقات وقت المرض (فكان الظاهر شاهداً للوارث ، فيكون القول قوله مع اليمين) .

إلا أن يفضل شيء من الثلث على قيمة العبد ، لأنه لا مزاحم
له فيه أو تقدم له البينة أن العتق في الصحة ، لأن الثابت بالبينة
كالثابت معاينة ، وهو خصم في إقامتها لإثبات حقه . قال ومن
ترك عبداً فقال للوارث أعتقني أبوك في الصحة ، وقال
رجل لي على أهلك ألف درهم فقال صدقتما فإن العبد يسعى في
قيمته عند أبي حنيفة . وقالوا يعتق ولا يسعى في شيء ، لأن الدين
والعتق في الصحة ظهرا معاً بتصديق الوارث في كلام واحد ،
فصارا كأنهما كاتا معاً ، والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وإن كان
على المعتق دين . وله أن الإقرار بالدين أقوى ، لأنه يعتبر من
جميع المال ،

(قال) أي محمد « رح » (وإلا أن يفضل شيء من الثلث على قيمة العبد لأنه لا مزاحم
له فيه ، أو تقوم له البينة أن العتق في الصحة ، لأن الثابت بالبينة كالثابت معاينة ، وهو
خصم في إقامتها لإثبات حقه) قال الكاكي هذا جواب عن اشكال وهو أن الدعوى في
العتق شرط لإقامة البينة عنده ، فكيف تصح إقامة البينة من غير خصم ، فقال هو خصم
في إقامة البينة في إثبات حقه . وقال فخر الإسلام يوجب أن يستخلف الوارث إن لم يقيم
بينة الموصى له بالثلث .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن ترك عبداً فقال للوارث أعتقني أبوك في
الصحة ، وقال رجل لي على أهلك ألف درهم فقال صدقتما فإن العبد يسعى في قيمته عند
أبي حنيفة « رح » . وقالوا يعتق ولا يسعى في شيء ، لأن الدين والعتق في الصحة ظهرا معاً
بتصديق الوارث في كلام واحد ، فصارا كأنهما كاتا معاً . والعتق في الصحة لا يوجب
السعاية وإن كان على المعتق دين) .

(وله) أي ولابي حنيفة (أن الإقرار بالدين أقوى ، لأنه يعتبر من جميع المال

والاقرار بالعتق في المرض يعتبر من الثلث والاقوى يدفع
الادنى فقضيته أن يبطل العتق أصلاً ، إلا أنه بعد وقوعه
لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بإيجاب السعاية . ولأن
الدين أسبق ، لأنه لا مانع له من الإسناد ، فيسند إلى حالة الصحة ،
ولا يمكن إسناد العتق إلى تلك الحالة ، لأن الدين يمنع العتق في
حالة المرض مجاناً ، فتجب السعاية . وعلى هذا الخلاف إذا مات
الرجل وترك ألف درهم فقال رجل لي على الميت ألف درهم دين ،
وقال الآخر كان لي عنده ألف درهم وديعة فعنده الوديعة أقوى ،
وعندهما سواء .

والاقرار بالعتق في المرض يعتبر من الثلث ، والاقوى يدفع الادنى فقضيته (أى قضية
هذا المذكور بالوجه المذكور (أن يبطل العتق أصلاً) لأن إسناد الإقرار بالعتق إلى الصحة
إنما يصح إذا لم يوجد المانع من الإسناد وقد وجد المانع وهو أن ينتقل الدين قارنه منع
الإسناد إلى حالة الصحة ، فاقصر العتق على حالة المرض . فعلى هذا كان ينبغي (إلا أنه)
أى أن العتق (بعد وقوعه لا يحتمل البطلان ، فيدفع من حيث المعنى) لا من حيث
الصورة (بإيجاب السعاية) على العبد ، ويقضى به الدين .

(ولأن الدين أسبق ، لأنه لا مانع له من الإسناد فيسند إلى حالة الصحة ، ولا يمكن
إسناد العتق إلى تلك الحالة ، لأن الدين يمنع العتق في حالة المرض مجاناً ، فتجب السعاية
وعلى هذا الخلاف (المذكور (إذا مات الرجل وترك ألف درهم فقال رجل لي على الميت
ألف درهم دين ، وقال الآخر كان لي عنده ألف درهم وديعة فعنده) أى فمضى أبي حنيفة
(الوديعة أقوى ، وعندهما سواء) أى الدين والوديعة سواء ، وفي عامة الكتب نحو
المنظومة وشروحها والكافي ذكروا اختلاف على عكس ما ذكر صاحب الهداية .

وقال الكاكي والأصح ما ذكر فيها . وقال الاترازي جعل صاحب الهداية والوديعة

(فصل)

قال ومن أوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها
قدمها الموصي أو آخرها مثل الحج والزكاة والكفارات ، لان
الفريضة أهم من النافلة ، والظاهر منه البداءة بما هو الأهم .

أقوى عند أبي حنيفة ، وجعل الدين والوديعة سواء عند صاحبيه والكبار قبل صاحب
الهداية ذكروا الخلاف على عكس هذا . ونقل عن الكافي للحاكم الشهيد بعد أن ذكر
صورة قال أبو حنيفة الألف بينها نصفان ، وقال أبو يوسف ومحمد « رح » صاحب الوديعة
أولى ، ونقل هكذا عن الفقيه أبي الليث ، ونقل أيضاً عن القدوري انه ذكر في التقريب
هكذا . وكذا نقل عن المنظومة من كتاب الإقرار في باب ... ^(١) أبي حنيفة خلافاً
لصاحبيه لو ترك الف وهذا يدعي ديناً وذاك قال هذا مدعى والابن قد صدق هذين
مما استويا وأعطيا من ادعى والله أعلم .

(فصل)

أي هذا فصل في بيان الوصايا إذا ضاق عنها الثلث .

(قال) أي القدوري (ومن أوصى بوصايا من حقوق الله تعالى) من زكاة أو صلاة
أو صوم أو حج أو فطر أو كفارة ونحو ذلك (قدمت الفرائض منها قدمها الموصي
أو آخرها مثل الحج والزكاة والكفارات ، لان الفريضة أهم من النافلة . والظاهر منه)
أي من الموصي (البداية بما هو الأهم) وقال الشافعي وأحمد ديون الله وديون العباد
يتخاصان ، وبه قال أصحاب الظاهر وأبو ثور وإسحاق وأبو سليمان ، وهو قول الحسن
وعطاء وابن المسيب والثوري . وقال الشافعي في قول ديون الله تقدم . وقال مالك يبدأ
بالمعتق في المرض ثم التدبير ثم بعدها الزكاة المفروضة ثم عتق عبد بعينه أو صبي بأن
يشترى فيعتق ثم الكتابة ، أي بوصيته بالكتابة لعبد ثم أداء الحج ثم الإقرار بالدين لمن

(١) هنا كلام ناقص من الاصل .

فان تساوت في القوة بدىء بما قدمه الموصي إذا ضاق
عنها الثلث ، لان الظاهر أنه يبتدىء بالاهم . وذكر الطحاوي
أنه يبتدىء بالزكاة ويقدمها على الحج ، وهو إحدى الروايتين
عن أبي يوسف . وفي رواية عنه أنه يقدم الحج ، وهو
قول محمد . وجه الاولى أنهما وإن استويا في الفريضة فالزكاة تعلق
بها حق العباد ، فكان أولى . وجه الاخرى أن الحج يقام بالمال
والنفس والزكاة بالمال قصرأ عليه ، فكان الحج أقوى ثم تقدم

لا يجوز إقراره أو عتق رقبته عن ظهار أو قبل أو يخلص رقبة الظهار مع رقبة العبد. ثم
الموصى به الكفارة بين ثم بالإطعام على ما فرط من قضاء رمضان ثم التذرع .

(فإن تساوت) أى الوصايا (في القوة) بأن كانت كلها فرائض أو نوافل كالجسور
والرباطات والمساجد (بدىء بما قدمه الموصي إذا ضاق عنها الثلث ، لان الظاهر انه
يبتدىء بالاهم) وقال الكرخي في مختصره قال هشام عن محمد عن أبي حنيفة وأبي
يوسف «رح» من الحج والصدقة والعتق وغير ذلك فأوصى رجل فكان الثلث يبلغ ذلك
كله . فان كان كله تطوعاً بدىء بالاول فالاول مما نطق به حتى يأتي آخره أو ينقضى
الثلث فيبطل ما بقى ، وكذلك إن كانت الوصايا كلها فريضة بدىء بالاول حتى يكون
النقصان على الآخر ، وإن كان بعضه فريضة وبعضه تطوعاً بدىء بالفريضة وإن أخرها .
وإن كان بعضه تطوعاً وبعضه شيء أوجب على نفسه بدىء بالذي أوجبه على نفسه، وإن
كان قد أخره ، قال هشام إلى هنا قولهم جميعاً .

(وذكر الطحاوي «رح» انه يبتدىء بالزكاة ويقدمها على الحج وهو إحدى الروايتين
عن أبي يوسف في رواية عنه أنه يقدم الحج وهو قول محمد. وجه الاولى) أى الرواية
الاولى (انها) أى ان الحج والزكاة (وان استويا في الفريضة فالزكاة تعلق بها حق العباد
فكان أولى وجه الاخرى) أى الرواية الاخرى (ان الحج يقام بالمال والنفس والزكاة

الزكاة والحج على الكفار لمزيتها عليه في القوة إذ قد جاء فيها
من الوعيد ما لم يأت في الكفارات والكفارات في القتل والظهار واليمين
مقدمة على صدقة الفطر ، لأنه عرف وجوبها دون صدقة الفطر
وصدقة الفطر مقدمة على الأضحية للإتفاق على وجوبها بالقرآن .

بالمال قصرأ عليه ، فكان الحج أقوى ثم تقدم الزكاة والحج على الكفارات (طريقان أى
لمزية الكفارة والحج عليها (لمزيتها عليها في القوة) أى على الكفارات (إذ قد جاء فيها)
أى في الزكاة والحج (من الوعيد ما لم يأت في الكفارات) قال الله تعالى ﴿ والذين يكتزون
الذهب والفضة ولا ينفقونها ﴾ ... الآية ٢٤ التوبة .

وروى ابن ماجة عن ابن مسعود رضى الله تعالى عنه عن رسول الله ﷺ انه قال ما
من أحد لا يؤدى زكاة ماله إلا مثل له يوم القيامة شجاعاً أقرع حتى يطق عنقه ، ثم
قرأ النبي ﷺ ﴿ ولا تحسبن الذين يبخلون بما آتاهم الله من فضله ﴾ ... الآية ، ورجاله
رجال الصحيح . وقال ﷺ من مات وعليه حجة الإسلام إن شاء مات يهودياً وإن شاء
نصرانياً وإن شاء مجوسياً ، انتهى هذا الحديث ، ذكره الكاكي في شرحه هكذا
والترمذي أخرجه من حديث علي رضى الله تعالى عنه قال ، قال رسول الله ﷺ من ملك
زاداً أو راحلة يبلغه إلى بيت الله ولم يحج فلا عليه ان يموت يهودياً أو نصرانياً . وفي
إسناده هلال بن عبد الله مجهول ، والحارث ضعيف ، وقال الترمذي حديث غريب .

وروى الدارمي من حديث أبي أمامة وفيه فليمت إن شاء يهودياً أو نصرانياً . وروى
ابن عدي في الكامل عن أبي هريرة قال ، قال رسول الله ﷺ من مات ولم يحج حجة
الإسلام في غير وجع حابس أو حجة ظاهرة أو سلطان جائر فليمت إن شاء إما يهودياً
أو نصرانياً ، وفي مسنده عبد الرحمن بن القطان . قال الفلاس كان كذاباً ، انتهى .
فهذا كما ترى ليس في شيء منه ، وإن شاء مجوسياً ، مع أن حال الحديث كما رأيته .

(والكفارات في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر ، لأنه) أى لأن الشأن
(عرف وجوبها) أى وجوب الكفارات الثلاثة (بالقرآن دون صدقة الفطر) فإن

والإختلاف في الأضحية وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض . قال وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي لما بينا . وصار كما إذا صرح بذلك . قالوا إن الثلث يقسم جميع الوصايا ما كان لله تعالى ، وما كان للعبد فما أصاب القرب صرف إليها على الترتيب الذي ذكرناه ، ويقسم على عدد القرب ولا يجعل الجميع كوصية واحدة ، لأنه إن كان

وجوبها بالأخبار وترك كفارة الإفطار ، لأنها ليست مقدمة على صدقة الفطر لثبوتها بخبر الواحد ، وثبوت صدقة الفطر بأثر مستفيضة (وصدقة الفطر مقدمة على الأضحية للاتفاق على وجوبها) أى وجوب صدقة الفطر (والاختلاف في الأضحية) فإنها غير واجبة عند الشافعي والأضحية مقدمة على النوافل ، لأنها واجبة عندنا (وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على بعض) كالعشر مع الخراج ، فإن العشر مقدم على الخراج وصدقة الفطر تقدم على النذر ويكون صدقة الفطر واجبة بإيجاب الشرع والنذر بإيجاب العبد .

(قال) أي للقدوري (وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي لما بينا) أشار به إلى قوله لأن الظاهر أنه يبتدىء بالأثم (وصار كما إذا صرح بذلك) وقال إبدأوا بما بدأت به ، ولو قال كذلك لزمه تقديم ما قدم ، فكذا هنا ، وهو ظاهر الرواية . وروى الحسن عن أصحابنا انه يبدأ بالافضل فالأفضل يبدأ بالصدقة ثم بالحج ثم بالعق مثلاً سواء رتب هذا الترتيب أو لم يرتب .

(قالوا) أى المشايخ (إن الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى ، وما كان للعبد فما أصاب القرب) بضم القاف وفتح الراء جمع قرينة بضم القاف وسكون الراء ، وهو ما يتقرب به إلى الله تعالى من الأعمال الصالحة (صرف إليها على الترتيب الذي ذكرناه) أى فيما مضى في هذا الفصل (ويقسم على عدد القرب ، ولا يجعل الجميع كوصية واحدة ، لأنه إن كان المقصود بجميعها رضا الله تعالى ، فكل واحدة في نفسها

المقصود بجميعها رضا الله تعالى ، فكل واحدة في نفسها مقصود
فتنفرد كما تنفرد وصايا الآدميين . قال ومن أوصى بحجة الإسلام
أحجوا عنه رجلاً من بلده يحج ركباً ، لأن الواجب لله تعالى الحج
من بلده ، ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده ، والوصية

مقصودة فينفرد كما ينفرد وصايا الآدميين) .

فإن قال ثلث مالي في الحج والزكاة والكفارات ، ولزيد يقسم على أربعة أسهم لما
ذكره المصنف بقوله لأنه إن كان المقصود إلى آخره . وفي تحفة الفقهاء إذا كان مع الوصايا
الثانية لحق الله تعالى الوصية للآدمي ، فإن الموصى له يضرب مع الوصايا في القرب ،
ويجعل كل جهة من جهات القرب مفردة بالضرب ، ولا يجعل كلها جهة واحدة ويقدم
الفرض على حق الآدمي لحاجة العبد . ثم إنها يصرف الثلث إلى الحج الفرض والزكاة ،
والكفارات ، إذا أوصى بها فأما بدون الوصية فلا يصرف الثلث إليها ، بل يسقط عندنا
خلافاً للشافعي ، وإذا أوصى يعتبر من الثلث لتعلق حق الورثة بماله في مرض الموت .

وفي شرح الطحاوي وإن كان ثلث ماله يحتمل جميع ما أوصى به ، فإنه ينفذ وصاياه
كلها من ثلث ماله ، وإن كان ثلث ماله لا يحتمل جميع ذلك ، فإن أجازت الورثة فكذلك
وإن لم تجز الورثة فإنه ينتظر إن كانت وصاياه كلها للعباد ، فإنهم يضاربون بالثلث بينهم
بالحصص . فإن كانت وصاياه كلها لله تعالى فإنه ينظر إن كان كلها فرائض يبدأ بما بدأ به ،
وإن كانت كلها واجبات فإنه يبدأ بما بدأ به أيضاً . وكذلك كلها تطوعاً فإن كان بعضها
فرائض وبعضها واجبات ، وبعضها تطوع فإنه يبدأ بالفرائض أولاً . وإن كان آخرها ثم
بدأ بالواجبات ثم بالنوافل ، وإن جمع هذه الوصايا كلها فإنهم يتضاربون في الثلث بوصاياهم ،
فما أصاب العباد فهو لهم ولا يقدم بعضهم على بعض ، وما كان لله يجمع ذلك كله فيبدأ
منها بالفرائض ثم بالواجبات ثم بالتطوع .

(قال) أي القدوري (ومن أوصى بحجة الإسلام أحجوا عنه رجلاً من بلده يحج
راكباً) وبه قال مالك وأحمد والشافعي في قول ، وقال في قول من الميقات (لأن الواجب
لله تعالى الحج من بلده ، ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده ، والوصية لأداء

لأداء ما هو واجب عليه ، وإنما قال راكباً لأنه لا يلزمه أن يحج ماشياً فانصرف إليه على الوجه الذي وجب عليه . قال فإن لم تبلغ الوصية النفقة أحجوا عنه من حيث تبلغ . وفي القياس لا يحج عنه ، لأنه أمر بالحجة على صفة عدمناها فيه ، غير أننا جوزناه لأننا نعلم أن الموصي قصد تنفيذ الوصية ، فيجب تنفيذها ما أمكن ، والممكن فيه ما ذكرناه ، وهو أولى من إبطالها رأساً ، وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل .

ما هو الواجب عليه ، وإنما قال راكباً لأنه لا يلزمه أن يحج) لأن الموصي لم يكن يجب عليه الحج إذا لم يقدر على الرحلة ، وإنما يجب عليه إذا قدر على الرحلة ، فإذا وجب الحج راكباً يلزم الأداء على الذي يحج عنه كذلك راكباً . وقال أبو الليث في كتاب نكت الوصايا ذكر هشام عن محمد أنه قال لو أن إنساناً قال أنا أحج عنه من منزله بهذا المال (ماشياً فانصرف إليه على الوجه الذي وجب عليه) لا يعطى له ذلك ويحج عنه من حيث يبلغ راكباً . وأجاب في الواقعات المأمور بالحج له أن يحج ماشياً فالحج عن نفسه ويضمن النفقة .

(قال) أي القدوري (فإن لم تبلغ الوصية النفقة أحجوا عنه من حيث تبلغ) أي النفقة ، وبه قال أحمد (وفي القياس لا يحج عنه ، لأنه أمر بالحجة على صفة عدمناها فيه غير أننا جوزناه ، لأننا نعلم أن الموصي قصد تنفيذ الوصية ، فيجب تنفيذها ما أمكن والممكن فيه ما ذكرناه) وهو الإحجاج عنه من حيث تبلغ النفقة (وهو أولى ، من إبطالها رأساً) أي تنفيذ وصية بقدر الإمكان أولى من إبطالها بالكلية (وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق) أراد الفرق الذي على قول أبي حنيفة في الفصل المتقدم بين ما إذا أوصى بأن يعتق بهذه المائة عبد فهلك منها درهم أنه لا يعتق عنه بما بقي ، وبين الوصية بالحج بثلاث ماله وثلاث ماله لا يكفيه حيث يحج من حيث يحج . وهو أن المستحق تبدل في الأول ولم يتبدلوا في الثانية (من قبل) أي من باب الوصية بالعتق .

قال ومن خرج من بلده حاجاً فمات في الطريق وأوصى أن يحج عنه
يحج عنه من بلده ، عند أبي حنيفة ، وهو قول زفر . وقال أبو يوسف
ومحمد يحج عنه من حيث بلغ استحساناً ، وعلى هذا الخلاف إذا مات
الحاج عن غيره في الطريق . لهما أن السفر بنية الحج وقع قرية وسقط
فرض قطع المسافة بقدره ، وقد وقع أجره على الله ، فيبتدىء
من ذلك المكان كأنه من أهله ، بخلاف سفر التجارة ، لأنه لم يقع
قرية فيحج عنه من بلده . وله أن الوصية تنصرف إلى الحج من
بلده على ما قررناه أداء للواجب على الوجه الذي وجب ، والله أعلم .

(قال) أي القدوري (ومن خرج من بلده حاجاً) قيد بقوله حاجاً لأنه لو خرج
تاجراً ومات فإنه يحج من بلده بالاتفاق (فمات في الطريق وأوصى أن يحج عنه يحج عنه
من بلده عند أبي حنيفة ، وهو قول زفر «رح» . وقال أبو يوسف ومحمد يحج عنه من
حيث بلغ استحساناً) وبه قال أحمد والشافعي في قول . وقيل هذا الخلاف فيما إذا كان
له وطن . وأما إذا لم يكن فيحج عنه من حيث مات بالاتفاق . (وعلى هذا الخلاف
المذكور إذا مات الحاج عن غيره في الطريق) فعند أبي حنيفة «رح» يحج عنه من بلده
وعندما يحج عنه من حيث مات .

(لهما) أي لأبي يوسف ومحمد «رح» (أن السفر بنية الحج وقع قرية وسقط فرض
قطع المسافة بقدره وقد وقع أجره على الله) قال الله تعالى ﴿ ومن يخرج من بيته مهاجراً
إلى الله ورسوله ثم يدره الموت فقد وقع أجره على الله ﴾ ١٠٠ النساء ، فلا يجوز إبطال
ذلك المقدار من الخروج (فيبتدأ من ذلك المكان كأنه من أهله ، بخلاف سفر
التجارة ، لأنه لم يقع قرية فيحج عنه من بلده) .

(وله) أي ولأبي حنيفة «رح» (أن الوصية تنصرف إلى الحج من بلده على ما
قررناه) أشار به إلى قوله لأن الواجب لله الحج من بلده (أداء) أي لأجل الأداء

(باب الوصية للأقارب وغيرهم)

قال ومن أوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند أبي حنيفة «رح»
وقالاهم الملاصقون وغيرهم ممن يسكن محلة الموصي ، ويجمعهم
مسجد المحلة . وهذا استحسان ، وقوله قياس ، لأن الجار من المجاورة

(للواجب على الوجه الذي وجب) وهو الحج من بلده . وفي كتاب نكت الوصايا فان
كان للرجل اوطان شتى فان كان مات في بعض الاوطان يحج من ذلك الوطن ، وإن مات
في السفر يحج من أقرب الاوطان إلى مكة (والله أعلم) .

(باب الوصية في الاقارب وغيرهم)

أي هذا باب في بيان أحكام حكم الوصية للأقارب وغيرهم ، إنما آخر هذا الباب عما
تقدمه ، لأن في هذا الباب ذكر أحكام الوصية لقوم مخصوصين . وفيما تقدمه ذكر أحكامها
على العموم والخصوص يتلو العموم .

(قال) أي القدوري (ومن أوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند أبي حنيفة «رح» .
وقالاهم الملاصقون وغيرهم ممن يسكن محلة الموصي ويجمعهم مسجد المحلة وهذا استحسان)
أي القدوري لم يذكر خلاف أبي يوسف ومحمد ، وقد ذكر في القريب ، قال ، قال محمد
في الإملاء إذا أوصى لجيرانه فالوصية للملاصقين قربت الأبواب أو بعدت عند أبي حنيفة
«رح» . وقال لمن يجمعهم مسجد في الجماعة ... وذكر ابن شجاع عن أبي يوسف «رح»
اعتبار أهل المحلة الذين يصلون في مسجد واحد . قال هذا قول أبي حنيفة رضي الله تعالى
عنه ، وروى بشر عن أبي يوسف ان الجيران الذين يجمعهم محلة واحدة وان تفرقوا في
مسجدين متقاربين ، وان تباعدوا وكان واحداً عظيماً جامعاً لكل أهل مسجد جيران
دون الآخرين . وإن كان في المصر قبائل فالجيران الأقعاء دون القبائل ، إلى هنا
لفظ التقريب .

وهي الملاصقة حقيقة ، ولهذا يستحق الشفعة بهذا الجوار .
ولأنه لما تعذر صرفه إلى الجميع يصرف إلى أخص الخصوص وهو
الملاصق . وجه الاستحسان أن هؤلاء كلهم يسمون جيراناً عرفاً ،
وقد تأيد بقوله ﷺ لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد .

(وقوله) أى وقول أبي حنيفة (قياس) وبه قال زفر (لأنه الجار من المجاورة ، وهي
الملاصقة حقيقة . ولهذا) أى ولكون الجار هو الملاصق (يستحق الشفعة بهذا الجوار)
أي يحوار الملاصق .

(ولأنه) أى ولأن الشأن (لما تعذر صرفه) أى صرف ما أوصى لجيرانه (إلى الجميع)
الجيران (يصرف إلى أخص الخصوص وهو الملاصق) وقال الشافعي وأحمد «رح» هم
أهل أربعين داراً من كل جانب . وفي الامصار التي فيها القبائل فالجوار على الافخاذ لما
روى أبو هريرة «رض» أنه عليه السلام قال الجار أربعون داراً هكذا وهكذا . وفي
الغني لابن قدامة وهذا نص إن صح وإلا فالجار هو المقارب ويرجع في ذلك إلى العرف .

(وجه الاستحسان أن هؤلاء) أي الملاصقون وغيرهم (كلهم يسمون جيراناً عرفاً)
أى من حيث عرف الناس (وقد تأيد ذلك بقوله عليه السلام) أى بقول النبي ﷺ (لا صلاة
لجار المسجد إلا في المسجد) هذا الحديث رواه الحاكم والدارقطني عن أبي هريرة مرفوعاً
ورواه الدارقطني أيضاً عن جابر مرفوعاً ، ورواه ابن عباس عن عائشة رضى الله تعالى
عنها مرفوعاً بأسانيد ضعيفة . وقال ابن الجوزي هذا حديث لا يصح عن رسول الله ﷺ
قال ابن حزم هذا حديث ضعيف ، وهو الحديث الصحيح من قول علي رضى الله تعالى عنه
قلت رواه البيهقي في المعرفة من طريق الشافعي انه بلغه عن هشيم وغيره عن أبي حبان
انتهى . قرابته عن علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه انه قال لا صلاة لجار المسجد
إلا في المسجد ، قيل ومن جار المسجد ، قال من اسمعه المنادي . قال القدوري في التهذيب
وقد قال هلال الرأي أن الجار من اسمعه المنادي لأنه روي عن علي رضى الله تعالى عنه
انه قال لا صلاة لجار المسجد ... إلى آخره .

وفسره بكل من سمع النداء ، ولأن المقصد بر الجيران ، واستجاباه
 ينتظم الملاصق وغيره ، إلا أنه لا بد من الإختلاط ، وذلك عند
 اتحاد المسجد . وما قاله الشافعي رحمه الله الجوار إلى أربعين داراً
 بعيد . وما يروى فيه ضعيف . قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك ،

(وفسره بكل من سمع النداء) قال تاج الشريعة وفسره أى النبي ﷺ فقال هم
 الذين يجمعهم مسجد واحد ، انتهى قلت هذا غريب منه ، وكيف يقال وفسره النبي ﷺ
 والحديث لم يصح عن النبي ﷺ ولئن سلمنا أنه صح ولم يفسره النبي ﷺ هكذا ، وإنما
 فسره علي بن أبي طالب رضى الله تعالى عنه فيما روى عنه موقوفاً عليه كما ذكرنا الآن .
 فإن قلت يمكن أن يقال وفسره علي رضى الله تعالى عنه . قلت نعم علي رضى الله
 تعالى عنه فسره هكذا ، ولكن فسر حديث نفسه حين سئل كما ذكرنا ، والمصنف ما
 أسند الحديث إلى علي رضى الله تعالى عنه حتى يصح أن يقال وفسره علي ، ولو قال
 وفسر على صيغة المجهول لكان أصوب على ما لا يخفى .

(ولأن المقصد بر الجيران) أي المقصود من وصية الشخص لجيرانه وحول إحسانه
 إليهم (واستجاباه) أي استجاب البر (ينتظم الملاصق وغيره ، إلا أنه) أي جيرانه
 (لا بد من الاختلاط) وهذا جواب من قال ينبغي أن يستحق غير من يجمعهم المسجد
 فأجاب بأنه لا بد من الاختلاط (وذلك) أي الاختلاط (عند اتحاد المسجد) قيل حتى
 لو كان في المحلة مسجدان صغيران متقاربان فالجمع جيران .

(وما قاله الشافعي الجوار إلى أربعين داراً بعيد) باعتبار العرف (وما يروى فيه
 ضعيف) أى الذي روي في أن الجار إلى أربعين داراً حديث ضعيف لم يثبت . أما
 الحديث فقد رواه البيهقي عن أم هانئ بنت أبي صفرة عن عائشة رضى الله تعالى عنها
 عن النبي ﷺ قال أوصاني جبريل عليه السلام بالجار إلى أربعين داراً عشرة من هاهنا .
 أو عشرة من هاهنا ، وعشرة من هاهنا ، وعشرة من هاهنا ، انتهى . وقال في
 إسناده ضعف .

والذكر والأنثى ، والمسلم والذمي ، لأن اسم الجار يتناولهم ،
ويدخل فيه العبد الساكن عنده لإطلاقه ، ولا يدخل عندهما ،
لأن الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن . قال ومن أوصى

ورواه أبو يعلى الموصلي في مسنده عن عبد السلام بن أبي الجنوب عن أبي سلمة عن
أبي هريرة رضي الله تعالى عنه قال ، قال رسول الله ﷺ حق الجوار إلى أربعين داراً
مكذا ومكذا ومكذا ومكذا يمينا وشمالاً وقدام وخلف . وعن أبي يعلى رواه ابن حبان
في كتاب الضعفاء وأعله بعبد السلام بن أبي الجنوب ، وقال انه منكر الحديث . وأما
قول من قال هذا حديث لا نعرف رواته فغير صحيح ، ذكره الأكل بقوله قيل هذا خبر
لا نعرف رواته ، وكيف يقال هذا وقد عين البيهقي وأبو يعلى رواته ، ولكن لم
يصح لما ذكرنا .

(قالوا) أي المشايخ (ويستوي فيه) أي فيما أوصى به رجل فجيرانه (الساكن)
بالإجارة والعمارة (والمالك والذكر والأنثى والمسلم والذمي ، لأن اسم الجار يتناولهم)
وفي الزيادات قال محمد وأما الاقاني أحسن أن جعل " (١) الوصية لجيرانه الملازمين للساكن من يملك
تلك الدور وغيرهم ممن لا يملكها ومن يجمعه مسجد تلك المحلة الذي فيهم الموصي من الملازمين
وغيرهم ، والسكان من تلك المحلة وغيرهم سواء في الوصية الاقربون والأبعدون ، والكافر
والمسلم ، والصبي والمرأة في ذلك سواء ، وليس المالك والمدين وأمهات الأولاد في
ذلك شيء .

(ويدخل فيه) أي فيما أوصى به لجيرانه (العبد الساكن عنده) أي عند أبي حنيفة
(روح) (لإطلاقه) أي لاطلاق اسم الجار على المملوك وغيرهم (ولا يدخل عندهما) أي
عند أبي يوسف ومحمد (لأن الوصية له) أي للعبد (وصية لمولاه ، وهو) أي مولاه (غير
ساكن) فلا يتناوله .

(قال) أي القدوري (ومن أوصى لأصهاره) أي لأقرباء امرأته (فالوصية لكل

(١) مكنا رسم الكلام في الأصل .

لأصهاره فالوصية لكل ذي رحم محرم من امرأته ، لما روى أن
النبي عليه الصلاة والسلام لما تزوج صفية أعتق كل من ملك من ذي
رحم محرم منها إكراماً لها ، وكانوا يسمون أصهار النبي عليه
الصلاة والسلام ،

ذي رحم محرم من امرأته) أي فالوصية تكون لكل ذي رحم محرم مجرور ، لأنه صفة
ذي رحم محرم (لما روى أن النبي ﷺ لما تزوج صفية أعتق كل من ملك من ذي رحم
محرم منها إكراماً لها وكانوا يسمون أصهار النبي ﷺ) قوله صفية وهم ، وصوابه جويرية .
أخرجه أبو داود في سننه في العتاق عن محمد بن إسحاق عن محمد بن جعفر بن الزبير عن هروة عن
عائشة رضى الله تعالى عنها قالت وقعت جويرية بنت الحارث بن المصطلق في سهم ثابت
ابن قيس بن شماس وابن عم له ، فكاتبته على نفسها وكانت امرأة ملاحه تأخذ العين
قالت عائشة رضى الله تعالى عنها فجاءت تسأل رسول الله ﷺ في كتابتها ، فلما قامت على
الباب رأيتها فكرهت مكانها ، وعرفت أن رسول الله ﷺ سبى منها مثل الذي
رأيت ، فقالت يا رسول الله ﷺ أنا جويرية بنت الحارث ، وقد كان من أمري ما لا
يخفى عليك ، وإني وقعت في سهم ثابت بن قيس بن شماس ، وإني كاتبته على نفسي فجئت
أسألك في كتابتي ، فقال رسول الله ﷺ فهل لك إلى ما هو خير منه ، قالت يا رسول الله
ﷺ وما هو ، قال أؤدي عنك كتابتك وأتزوجك ، قالت نعم يا رسول الله ﷺ ، قال قد فعلت . قال
فتسامع الناس أن رسول الله ﷺ قد تزوج جويرية فارسلوا ما بأيديهم - يعني من السبي -
فأعتقوهم ، وقالوا أصهار رسول الله ﷺ ، قالت فما رأيت امرأة كانت أعظم بركة على
قومها منها ، أعتق في سببها مائة أهل بيت من بني المصطلق ، انتهى .

ورواه الواقدي من طريق أخرى وفيه وكان الحارث بن أبي ضرار رأس بني المصطلق
وسيدهم ، وكانت ابنته جويرية اسمها برة فسماها رسول الله ﷺ جويرية ، لأنه كان يكره
أن يقال أخرج من بيت برة ، ويقال إن رسول الله ﷺ جعل صداقها عتق كل أسير من
بني المصطلق . ويقال جعل رسول الله ﷺ صداقها عتق أربعين من قومها .

وهذا التفسير اختيار محمد وأبي عبيدة «رح» . وكذا
يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة ابنه
وزوجة كل ذي رحم محرم منه ، لأن الكل أصهار ، ولو مات

(وهذا التفسير) أشار به إلى التفسير المذكور ، وإنما قيل بهذا لأن الذي يحىء في
اللفظة بمعنى الحتن أيضاً (اختيار محمد وأبي عبيدة «رح») محمد هو ابن الحسن وأبو عبيد
القاسم بن سلام ، قال الأترابي قول محمد «رح» حجة في اللفظة استشهد بقوله أبو عبيد في
غريب الحديث . وقال في مجمل اللفظة قال الخليل لا يقال لأهل بيت المرأة الأصهار ، وكذا
قال الجوهري وقد نظم الإمام نجم الدين هو النسفي في نظمه لكتاب الزيادات يشتمل على
معنى الصهر والحتن ، فقال أصهار من يوصى أقارب عرسه ، ويؤول ذلك ببائن وحرام
اختتانه أزواج كل محارم ، ومحارم الأزواج بالأرحام .

وقال فخر الإسلام البزدوي في شرح الزيادات أما الصهر فقد ينطلق على الحتن، لكن
الغالب ما ذكره محمد ، قال عاصم بن عدي :

ولو كنت صهراً لابن مروان قرية وكأني إلى المعروف والطعن الرحب
ولكنني صهر لآل محمد وخال بني العباس والخال كالأب

سمى نفسه صهراً وكان أخاً امرأة العباس ثم قال فخر الإسلام «رح» فيه ومن شره
بقاء هذا الاسم أن يموت الموصي وهذه نساؤه أو في خصمه من طلاق رجعي ، أما بعد
اللينونة فتنقطع المصاهرة ، وإنما تعتبر يوم الموت ، يعني أن المرأة إذا كانت زوجة الموصي
يوم موت الموصي . أو كانت معتدة من طلاق رجعي ، فأما بعد اللينونة فتنقطع المصاهرة
وإنما يعتبر يوم الموت ، يعني أن المرأة إذا كانت زوجة الموصي يوم موت الموصي ، أو كانت
معتدة من طلاق رجعي يستحق أقرباء المرأة الوصية باسم الصهر . وإذا كانت مبانة يوم
موته لا يستحق بها ، لانقطاع المصاهرة بالإبانة وعدم الانقطاع فيما لم يكن مبانة (وكذا
يدخل فيه) أي فيما أوصى لجيرانه (كل ذي رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة ابنه
وزوجة كل ذي رحم محرم منه ، لأن الكل أصهار) لما مر من حديث جويرية .

الموصي والمرأة في نكاحه أو في عدته من طلاق رجعي فالصهر يستحق الوصية . وإن كانت في عدة من طلاق بائن لا يستحقها ، لأن بقاء الصهرية ببقاء النكاح ، وهو شرط عند الموت . قال ومن أوصى لأختانه فالوصية لزوج كل ذات رحم منه ، وكذا محارم الأزواج ، لأن الكل يسمى ختناً ، قيل هذا في عرفهم ، وفي عرفنا لا يتناول الأزواج المحارم ، ويستوي فيه الحر والعبد والأقرب

(ولو مات الموصي والمرأة في نكاحه أو في عدته) أي أو كانت المرأة في عدة (من طلاق رجعي فالصهر يستحق الوصية ، وإن كانت في عدة عن طلاق بائن لا يستحقها ، لأن بقاء الصهرية ببقاء النكاح ، وهو شرط عند الموت) وقد شرح هذا فخر الإسلام ، وقد ذكرناه آنفاً .

(قال) أي القدوري (ومن أوصى لأختانه فالوصية لزوج كل ذات رحم محرم منه ، وكذا محارم الأزواج) أي المحارم أزواج كل ذي رحم محرم من الموصي . وفي شرح الكافي الأختان أزواج البنات والأخوات والعمات والحالات ، وكذا زوج كل ذي رحم محرم من أزواج هؤلاء ، هكذا ذكره محمد (لأن الكل يسمى ختناً ، قيل هذا في عرفهم وفي عرفنا لا يتناول الأزواج المحارم) قال أي الأترابي إنما كان هذا في قوله بعد أن قال وكذا محارم الأزواج ، لأن ذلك رواية الزيادات المذكورة فقه في عرفهم ، لا على عرفنا ، لأن أزواج المحارم لا يسمون أختان وفي عرفهم يسمى الكل أختاناً .

وقال الكرخي في الزيادات إذا أوصى الرجل لأختانه بثلث ماله ثم مات فالأختان أزواج البنات ، والأخوات والعمات والحالات وكل امرأة ذات رحم محرم للموصي فزوجها من أختانه ، وكل ذي رحم محرم من زوجها من ذكر وأُنثى فهو أيضاً من أختانه ، ولا تكون الأزواج ذات رحم محرم المحرم . ومن كان من قبلهم من ذي الرحم المحرم ولا يكون الأختان ما كان من قبل نساء الموصي (ويستوي فيه الحر والعبد ، والأقرب والأبعد ، لأن اللفظ يتناول الكل) أي لفظ الأختان يتناول الكل .

والأبعد ، لأن اللفظ يتناول الكل . قال ومن أوصى لأقاربه فهي
للأقرب فالأقرب من كل ذي رحم محرم منه ، ولا يدخل فيه
الوالدان والولد ، ويكون ذلك للثنتين فصاعداً ، وهذا عند أبي
حنيفة . وقال أصحابه الوصية لكل من ينسب إلى أقصى أب له في
الإسلام ، وهو أول أب أسلم أو أول أب أدرك الإسلام . وإن لم
يسلم على حسب ما اختلف فيه المشايخ ، وفائدة الاختلاف تظهر في
أولاد أبي طالب فإنه أدرك الإسلام ولم يسلم .

(قال) أى القدوري (ومن أوصى لأقاربه فهي) أى الوصية (للأقرب فالأقرب
من كل ذي رحم محرم منه ، ولا يدخل فيه الوالدان والولد ، ويكون ذلك للثنتين فصاعداً
وهذا عند أبي حنيفة) وفي الكافي وكذا إذا أوصى لذوي قرابته أو لذوي أرحامه
أو لذوي أنسابه فهم عند أبي حنيفة الأقرب فالأقرب ، ومن كل ذي رحم محرم منه .
ويدخل فيه الجد والجدة . وكذا ولد الولد في ظاهر الرواية . وعن أبي حنيفة وأبي يوسف
إن الجد وولد الولد لا يدخل .

(وقال أصحابه) أى صاحباً أبي حنيفة وهما أبو يوسف ومحمد رحمهما ، (الوصية لكل
من ينسب إلى أقصى أب له في الإسلام) يعني لجميع قرابته من قبل الرجال والنساء إلى
أقصى أب له في الإسلام ، لأن الطرفين جميعاً يشتركون في الثلث الأقرب منهم والأبعد ،
والذكر والأنثى فيه سواء (وهو أول أب أسلم ، أو أول أب أدرك الإسلام) سواء أسلم
أو لا . واختلف المشايخ في اشتراط إسلام أقصى الأب ، قيل يشترط ، وقيل لا يشترط ،
وهو معنى قوله (وإن لم يسلم) أى أقصى الأب (على حسب ما اختلف فيه المشايخ) .

(وفائدة الاختلاف تظهر في أولاد أبي طالب ، فإنه أدرك الإسلام ولم يسلم) قال
أقصى أب أدرك الإسلام أبو طالب فيدخل في الوصية أولاد علي وعقيل وجعفر رضي الله
تعالى عنهم . ومن شرط إسلام أقصى أب هو علي فيدخل تحت الوصية أولاد علي دون

لها أن القريب مشتق من القرابة ، فيكون إسماً لمن قامت به ، فينتظم بحقيقة مواضع الخلاف . وله أن الوصية أخت الميراث . وفي الميراث يعتبر الأقرب فالأقرب ، والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية والمقصود من هذه الوصية تلافى ما تفرط في إقامة واجب الصلة ، وهو يختص بذوي الرحم المحرم منه ، ولا يدخل

عقيل وجعفر ، وقال الشافعي وأحمد في رواية قرابته من قبل أبيه وأمه الذين ينسبون إلى الأدنى ، والأدنى ينسب إليه ، ويستوى فيه القريب والبعيد ، لأنهم قرابته عرفاً .

وقال مالك قريبه بالاجتهاد ، وقال محمد في رواية قريبه اولاده وأولاد أبه وأولاد جده وأولاد جداته ، لأن من هو أبعد منهم ، ويستوى فيه الذكر والأنثى ، حتى لو أوصى لقرابة النبي ﷺ أعطى أولاده أولاد عبد المطلب وأولاد هاشم ، ولم يعط بني هاشم وبني نوفل ولم يسلم .

(لها) أى لأبي يوسف ومحمد « رح » (أن القريب مشتق من القرابة ، فيكون) أى القريب (اسماً لمن قامت) أى لمن قامت القرابة (به فينتظم) أى يشتمل اسم القريب (بحقيقة مواضع الخلاف) وهو ذو الرحم المحرم والرحم الأبعد .

(وله) أى ولأبي حنيفة (أن الوصية أخت الميراث ، وفي الميراث يعتبر الأقرب فالأقرب) فكذلك في الوصية (والمراد بالجمع المذكور فيه) أي في الأقرب (اثنان) وهو قوله تعالى ﴿ فَإِنْ كَانَ لَهُ أُخْوَةٌ ﴾ فإن المراد من الأخوة اثنان (فكذا في الوصية) اثنان ، لأن المثني كالجمع في باب الميراث ، فكذلك في باب الوصية ، لأن الوصية أخت الميراث (والمقصود من هذه الوصية) أي المقصود منها (تلافى ما فرط) أى استدراك ما قصر (في إقامة واجب الصلة) لأن صلة ذوي الرحم المحرم واجبة دون غيره بالاجماع ، ولهذا لا يجوز الرجوع في هبته ويستحق النفقة دون غيره (وهو يختص) أى تلافى ما فرط في وجوب الصلة يختص (بذوي الرحم المحرم منه ، ولا يدخل فيه) أى في الإيصاء على ذوي قرابته (قرابة الولاد) وهو الوالد والولد (فإنهم) أى فإن

فيه قرابة الولاد ، فإنهم لا يسمون أقرباء . ومن سمي والده قريباً كان منه عقوقاً ، وهذا لأن القريب في عرف اللسان من يتقرب إلى غيره بوسيلة غيره ، وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره ، ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الإجماع على تركه ، فعنده يقيد بما ذكرناه . وعندهما بأقصى الأب في الإسلام . وعند الشافعي بالأب الأدنى .

الآباء والاولاد (لا يسمون أقرباء) لانهم أقرب من القرابة .

واوضح هذا المعنى بقوله (ومن سمي والده قريباً كان منه عقوقاً) من حيث العرف يدل عليه قوله تعالى ﴿ الوصية للوالدين والاقربين ﴾ ٨٠ البقرة ، عطف الاقربين على الوالدين والمطف يقتضي المغايرة ، فلا يكون الوالد قريباً لا يكون الولد قريباً أيضاً ، لأنه يلزم من قرب أحدهما إلى الآخر قرب الآخر إليه وإلا لا يثبت القرب أصلاً .

(وهذا لان القريب في عرف اللسان من يتقرب إلى غيره بوسيلة غيره ، وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره) إذ لا واسطة بينهما (ولا معتبر بظاهر اللفظ) هذا جواب عن قول أبي يوسف ومحمد « رح » أن القريب مشتق من القرابة ، فيكون إسماً لمن قامت به . وتقدير الجواب ان ظاهر اللفظ لا اعتبار به (بعد انعقاد الإجماع على تركه) أى ترك ظاهر اللفظ ، يعني أن ظاهر اللفظ وإن اقتضى صحة إطلاق اسم القريب على الوالد والولد ، لكن الإجماع انعقد على ترك هذا الظاهر ، وبين ذلك بقوله (فعنده) أى فعند أبي حنيفة (يقيد بما ذكرناه) من الاقرب فالاقرب ، فالقيود الخمسة وهي كونه ذا رحم محرم ، واثنين فصاعداً ، وذلك ما سوى الوالد والولد من لا يرث ، والأقرب فالأقرب .

(وعندهما بأقصى الاب في الإسلام) أى عند أبي يوسف ومحمد يقيد بكل من يجمعه وآباء أقصى أب في الإسلام (وعند الشافعي بالأب الأدنى) الذي ينسب إليه ، وهو قول محمد أيضاً .

قال ومن أوصى لأقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعمه عنده اعتباراً للأقرب كما في الإرث . وعندهما بينهم أربعاً إذ هما لا يعتبران الأقرب . ولو ترك عمّاً وخالين فللعم نصف الوصية والنصف للخالين ، لأنه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الإثنان في الوصية كما في الميراث . بخلاف ما إذا أوصى لذي قرابته حيث يكون للعم كل الوصية ، لأن اللفظ للمفرد ، فيحرز الواحد كلها إذ هو الأقرب . ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بيناه . ولو ترك عمّاً

(قال) أي القدوري (وإذا أوصى) هذا إلى آخره تفصيل ما أجمله من القيود على مذهب أبي حنيفة ، يعني وإذا أوصى أحد (لأقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعمه عند أبي حنيفة اعتباراً للأقرب كما في الإرث) فإنه يكون لعميه في الإرث دون خاليه ، هذا إذا أوصى أحد لأقاربه وله عمان وخالان والوصية لعميه عند أبي حنيفة .

(وعندهما بينهم أربعاً إذ هما) أي عند أبي يوسف ومحمد (لا يعتبران الأقرب ، ولو ترك عمّاً وخالين فللعم نصف الوصية ، والنصف للخالين ، لأنه لا بد من اعتبار معنى الجمع ، وهو الإثنان في الوصية كما في الميراث . بخلاف ما إذا أوصى لذي قرابته ، حيث يكون للعم كل الوصية ، لأن اللفظ للمفرد) وهو قوله لذي قرابته (فيحرز الواحد كلها) أي كل الوصية (إذ هو الأقرب) أي لأنه هو الأقرب ، فلا يستحق الأبعد عند وجوده .

(ولو كان له عم واحد) أي فيما إذا أوصى لأقاربه وله عم واحد ولم يكن هو وارث كله نصف الثلث ، لأنه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الإثنان ولم يوجد (فله نصف الثلث) والنصف الباقي يرد على الورثة (لما بيناه) أراد به قوله لأنه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الإثنان .. إلى آخره .

(ولو ترك عمّاً وعمّة وخالاً وخالة) أي فيما إذا أوصى لأقاربه (فالوصية للعم وعمّة

وعمة وخالا وخالة فالوصية للعم والعمة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما وهي أقوى والعمة ، وإن لم تكن وارثة فهي مستحقة للوصية . كما لو كان القريب رقيقاً أو كافراً . وكذا إذا أوصى لنوي قرابته أو لأقربائه أو لأنسابه في جميع ما ذكرنا ، لأن كل ذلك لفظ جمع . ولو انعدم المحرم بطلت الوصية ، لأنها مقيدة بهذا الوصف .

بينها بالسوية لاستواء قرابتهما وهي أقوى) أي قرابة العمومة من قرابة الخوة (والعمة وإن لم تكن وارثة) هذا جواب عما يقال العمة لا تستحق المصوبة وتقوم الاخوات بسببهما فلم يكن قرابتهما أقرب . وتقرير الجواب ان العمة وإن لم تكن وارثة في هذه الصورة (فهي مستحقة للوصية) مساوية للعم في الدرجة وعدم استحقاقها المصوبة بوصف قائماً بها وهو الوراثية لا يخرجها عن مساواتها للعم في استحقاقها هذه الوصية .

(كما لو كان القريب رقيقاً أو كافراً) لما أن عدم جريان الميراث لوصف قائماً بهما لا يضعف في القرابة (وكذا) الحكم (إذا أوصى لنوي قرابته أو لأقربائه أو لأنسابه) أو هو جمع نسب على وزن فاعل ، وهو القريب كالانصباء في جمع النصيب (في جميع ما ذكرنا) يعني من القيود المذكورة على قول أبي حنيفة خلافاً لها (لأن كل ذلك لفظ جمع) والمعتبر في كل جمع اثنان .

(ولو انعدم المحرم) يعني إن لم يكن الوصي محرم في هذه المسائل (بطلت الوصية) عند أبي حنيفة « رح » ، لأن الوصية عنده لذى الرحم ، فإذا لم يكن للموصى قريب محرم كانت الوصية للمعدوم وهي باطلة ، وهي معنى قوله (لأنها مقيدة بهذا الوصف) أي لأن الوصية مقيدة بوصف المحرمية .

قال الأتراسي « رح » قوله قال لم يقع مناسباً ، لأن عادة المصنف انه لم يذكر لفظ قال إلا إذا كانت مسألة القدوري أو الجامع الصغير ، أو كانت مذكورة في البداية ، وهذه مع ما بعدها ، أي قوله ومن أوصى لولد فلان ليست من تلك الجملة ، وكل هذه المسائل مذكورة في مختصر الكرخي ، انتهى . قلت يمكن أن يقال إن فاعل قال

قال ومن أوصى لأهل فلان فهي على زوجته عند أبي حنيفة . وقال يتناول كل من يعولهم وتضمنهم نفقته اعتباراً للعرف ، وهو مؤيد بالنص ، قال الله تعالى ﴿ واثتوني بأهلكم أجمعين ﴾ ٩٣ يوسف ، وله أن اسم الأهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى ﴿ وسار بأهله ﴾ ٢٩ القصص ،

هذا المصنف ، لأن من عاداته في مواضع يقول قال ويكون المراد به قال المصنف ، ولما أخذ هذه المسألة مختصر الكرخي نقل كلامه بقوله (قال) أى المصنف (ومن أوصى لأهل فلان فهي) أى الوصية (على زوجته) أى زوجة فلان (عند أبي حنيفة) . (وقال يتناول كل من يعولهم) يعني فلان (وتضمنهم نفقته) أى يجمعهم نفقته (اعتباراً للعرف ، وهو مؤيد بالنص . قال الله تعالى ﴿ واثتوني بأهلكم أجمعين ﴾ ٩٣ يوسف) فإنه ليس المراد به الزوجة فقط ، وكذا قوله ﴿ فأنجيناه وأهله إلا امرأته ﴾ ٥٧ النمل لكن لا يدخل مماليكه وإن كان يضمنه نفقته ، لأن الأهل لا يطلق عليهم في العرف . وفي مختصر الكرخي قال أبو يوسف ومحمد هذا على جميع من يعوله فلان ممن يضمنه نفقته قريباً كان أو غيره الزوجة واليتيم في حجره ، والولد إذا كان يعوله فإن كان كبيراً قد اعتزل عنه ، أو كانت بنتاً قد تزوجت فليس من أهله . وفي الزيادات ولا يدخل في ذلك مماليكه ولا وارث للموصي ، ولا يدخل فلان الموصى له أهله في معنى من هذه الوصية .

(وله) أى ولأبي حنيفة (أن اسم الأهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى ﴿ وسار بأهله ﴾ ٢٩ القصص) قاله الأترازي وفي الاستدلال بقوله نظر ، لأنه لم يرد في الآية الزوجة خاصة ، لأن الله تعالى قال ﴿ فلما قضى موسى الأجل وسار بأهله آنس من جانب الطور نارا فقال لأهله امكثوا ﴾ بلفظ الجمع والآية في سورة القصص ، وكذلك خاطب في سورة طه ﴿ وهل أتاك حديث موسى إذ رأى نارا فقال لأهله امكثوا ﴾ وقال الأكل الجواب انه لم ينقل انه كان معه أحد من أقاربه أو أقاربها ممن ضمنهم نفقته ، فإن

ومنه قولهم تأهل ببلدة كذا ، والمطلق ينصرف إلى الحقيقة . قال ومن أوصى لآل فلان فهو لأهل بيته ، لان الآل القبيلة التي ينسب إليها . ولو أوصى لأهل بيت فلان يدخل فيه أبوه وجده ، لان الاب أصل البيت . ولو أوصى لأهل نسبه أو لجنسه فالنسب عبارة عن ينسب إليه ، والنسب يكون من جهة الآباء ، وجنسه أهل بيت أبيه دون أمه ، لان الإنسان يتجنس بأبيه . بخلاف قرابته حيث

كان معه أحد من الأقارب لم يدخل فيه بالاتفاق على أن الحقائق لا يستدل عليها ، لان طريق معرفتها السماع كما عرف في الاصول ، وإنما استشهد بالآية قياساً ، فان ثبت إنما في الآية ليس على معنى الحقيقة لا ينافي مطلوبه ، كالأيات التي استدل بها الاترازي ، فإنه قال وجه قولها أن اسم الأهل ينطلق على كل من يعوله ويضمنه نفقته بدليل قوله تعالى في قصة يوسف ﴿ واثتوني بأهلكم اجمعين ﴾ وقوله تعالى ﴿ فأنجيناه وأهله إلا امرأته ﴾ وقوله تعالى ﴿ ووهبنا له أهله ومثلهم معهم ﴾ ولم يرد في هذه المواضع الزوجة خاصة ، فيجعل على الكل .

(ومنه قولهم تأهل ببلدة كذا) أي تزوج (والمطلق ينصرف إلى الحقيقة) يعني لغة وعرفاً ، فلا يعدل عنها (ولو أوصى لآل فلان فهو لأهل بيته ، لان الآل القبيلة التي ينسب إليها) فيدخل فيه كل من ينسب إليه من قبل آبائه إلى أقصى أب له في الإسلام الأقرب والأبعد ، والذكر والأنثى ، والمسلم والكافر ، والصغير والكبير فيه سواء ، ولا يدخل فيه اولاد البنات واولاد الاخوات ولا أحد من مراتب أمه ، لانهم ينسبون إليه لان النسب يعتبر من الآباء .

(ولو أوصى لأهل بيت فلان يدخل فيه أبوه وجده ، لان الاب أصل البيت) وعن أحمد أن أهل البيت بمنزلة قوله القرابة (ولو أوصى لأهل نسبه أو لجنسه فالنسب عبارة عن ينسب إليه ، والنسب يكون من جهة الآباء ، وجنسه أهل بيت أبيه دون أمه ، لأن الإنسان يتجنس بأبيه) أي يتخذ الجنس من أبيه إذ الجنس عبارة عن النسب ، والنسب

تكون من جانب الام والاب . ولو أوصى لايتم بني فلان أو لعميانهم أو لزمناهم أو لاراملهم إن كانوا قوماً يحصون دخل في الوصية فقراؤهم وأغنياؤهم ، ذكورهم وأنثاهم ، لانه أمكن تحقيق التملك في حقهم ، والوصية تملك . وإن كانوا لا يحصون فالوصية في الفقراء منهم ، لان المقصود من الوصية القرية وهي في سد الخلة ورد الجوعة ، وهذه الاسامي تشعر بتحقيق الحاجة ، فجاز حله على الفقراء .

من جانب الأب لا من جانب الأم ، فإن اسماعيل عليه السلام كان من هاجر ، وكان من جنس قوم أبيه ، وإبراهيم بن النبي ﷺ كان من جنس قريش ، وكذا أولاد الخلفاء من الاماء يصلحون للخلافة (بخلاف قرابته ، حيث يكون من جانب الأم والاب) فيدخل في الوصية لقرابة كل من الجانبين .

(ولو أوصى لايتم بني فلان أو لعميانهم أو لزمناهم أو لاراملهم إن كانوا قوماً يحصون دخل في الوصية فقراؤهم وأغنياؤهم ، ذكورهم وأنثاهم ، لانه أمكن تحقيق التملك في حقهم ، والوصية تملك ، وإن كانوا لا يحصون فالوصية في الفقراء منهم ، لان المقصود من الوصية القرية وهي في سد الخلة ورد الجوعة ، وهذه الاسامي تشعر بتحقيق الحاجة فجاز حله على الفقراء) والايتم جمع يتيم ، وهو اسم لمن كان دون البلوغ ولا أب له ، لقوله عليه السلام لا يتم بعد احتلام ، رواه أصحاب السنن عن علي « رض » عنه ، والعميان جمع أعمى ، والزمنى جمع زمن ، والارامل جمع أرمل ، والارمل هو الذي لا يقدر على شيء سواء كان رجلاً أو امرأة من أرمل إذا افتقر من الرمل كالرفع من الرفعا وهي الثوب ، ومن الناس من قال الارمل في النساء خاصة ، والختار عند المصنف هو الاول حيث قال ذكورهم وأنثاهم وهو اختيار الشعبي . وقال أرمل القوم إذا فقدوا زادهم وصاروا محتاجين .

ومن لا زوجة له من الرجال هل يدخل فيه ؟ قال الشافعي في وجه وإسحاق يدخل وهو قول الشعبي ، وعند أكثر أهل العلم لا يدخل . قال الشعبي هذا اللفظ يطلق على الذكر لغة ، قال الشاعر :

هذي الأرامل قد قضيت حاجتها فمن حاجة هذا الارمل الذكر
قلنا المعروف في كلام الناس بأنه النساء ، وفي الشعر إطلاقه يجوز ، ولهذا وضعه بالذكر والأنثى والشيء لا يوصف بنفسه ، ولئن كان حقيقة فقد هجرت الحقيقة بالعرف كما في سائر الحقائق العرفية .

ثم حد الإحصاء عند أبي يوسف أن لا يحصون بكتاب ولا حساب فهم لا يحصون . وقيل بحيث يحصى هم الحصا^(١) حتى يلد فيهم مولوداً ويموت فيهم ، وهو قول محمد إذا كانوا أكثر من مائة فهم لا يحصون . وقال بعضهم هو مفوض إلى رأى القاضي ، وعليه الفتوى ، وما قال محمد هو الأيسر ، كذا في فتاوى قاضي خان . وعند الأئمة الثلاثة ان الوصية لكل سواء كانوا يحصون أو لا ، ويدخل فيهم الأغنياء والفقراء .

وقال الكرخي في مختصره قال أبو يوسف ومحمد إذا أوصي بثلاث ماله لأيتام بني فلان فإن كانوا يحصون دخل فيهم الغني والفقير ، فكان الثلث بينهم بالسوية الذكر والأنثى فيه سواء ، وإن كانوا لا يحصون فالثلث للفقراء منهم ، كأنه قال أوصيت للمساكين فيعطى الموصي من شاء منهم ، وكذلك لو قال أوصيت بثلاث مالي لعيمان بني فلان أو لزمني بني فلان ، فإن كانوا لا يحصون فالثلث بينهم للغني والفقير كلهم بالسوية ، وإن كانوا يحصون فالثلث للفقراء منهم على ما وصفت لك ، وإذا أوصي لأرامل بني فلان فالوصية بينهم لكل امرأة محتاجة لأن لها زوج طلقها أو مات عنها فهذه الأرملة قد أرملت عن زوجها ومالها ، ولا يدخل في ذلك ذكر محتاج ولا غني ، ولا يدخل في ذلك امرأة غنية ، فإن لم يمكن الإحصاء قسم ذلك بينهم بالسوية ، وإن كن لا يحصين فهذا على ما وصفت لك من أمر المساكين .

(١) هكذا الكلام في الأصل .

بخلاف ما إذا أوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون أو
لأيامى بني فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية ،
لأنه ليس في اللفظ ما ينبىء عن الحاجة فلا يمكن صرفه
إلى الفقراء ، ولا يمكن تصحيحه تمليكاً في حق الكل للجهالة
المتفاحشة وتعذر الصرف إليهم ، وفي الوصية للفقراء والمساكين
يجب الصرف إلى اثنين منهم اعتباراً لمعنى الجمع ، وأقله اثنان في
الوصايا على ما مر .

(بخلاف ما إذا أوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون أو لأيامى) أى اوصى
لأيامى (بني فلان) الأيامى جمع أيم ، وهي التي لا زوج لها بكراً كانت أو ثيباً (وهم
لا يحصون حيث تبطل الوصية ، لأنه) أى لأن الشأن (ليس في اللفظ) أى لفظ الشأن
والأيامى (ما ينبىء عن الحاجة فلا يمكن صرفه إلى الفقراء ، ولا يمكن تصحيحه تمليكاً
في حق الكل للجهالة المتفاحشة وتعذر الصرف إليهم) وفي المبسوط فإذا لم يكن فيه ما
ينبىء عن الحاجة كان المقصود هو التملك ، وجهالة المملك مانعة لصحة التملك ، إذ
الصرف إلى الكل غير ممكن ، وليس بعضهم أولى من بعض ، فكانت الوصية باطلة .

في الايضاح الشاب من خمسة عشر إلى خمس وعشرين سنة إلى أن يبلغ عليه الشوط .
والكهل من ثلاثين سنة إلى أن يغلب عليه النمط إلى آخر عمره . والشيخ ما زاد على سنه
فجعل أبو يوسف الشيخ والكهل سواء فما زاد على خمسين . وعن محمد الفلام ما كان له أقل
من خمسة عشر سنة ، والفتى من بلغ خمسة عشر وفوق ذلك والكهل إذا بلغ أربعين فزاد
عليه ما بين خمسين إلى ستين إلى أن يغلب عليه الشيب حتى يكون شيخاً . وعند أكثر
أهل العلم الكهل ابن ثلاثين حتى يبلغ خمسين ، فإذا جاوز خمسين يكون شيخاً إلى أن يموت .
(وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف إلى اثنين منهم اعتباراً لمعنى الجمع ،
وأقله اثنان في الوصايا على ما مر) ولم يذكر المصنف فيه الخلاف ، فينبغي أن يكون

ولو أوصى لبني فلان يدخل فيهم الإناث في قول أبي حنيفة أول قوله وهو قولهما ، لأن جمع الذكور يتناول الإناث ، ثم رجع وقال يتناول الذكور خاصة ، لأن حقيقة الإسم للذكور ، وانتظامه للإناث تجوز ، والكلام لحقيقته . بخلاف ما إذا كان بنو فلان اسم قبيلة أو فخذ

هذا على قول محمد ، لأنه لا يجوز إلا الدفع إلى اثنين فصاعداً ، وعندهما يجوز أن يدفع كله إلى فقير واحد ، لأن الكلام يصرف إلى الجنس والجنس إلى ثلاثة ، لأنه أقل الجمع ، وعن أحمد يكفي الواحد كما في الزكاة . ولو أوصى لبني فلانة يدخل فيه الإناث في قول أبي حنيفة أول قوله ، وهو قولهما ، لأن جمع الذكور يتناول الإناث ثم رجع وقال يتناول الذكور خاصة .

إيضاح هذا (ولو أوصى لبني فلان) فلا يخلو إما أن يريد لعمومه الإضافي ، أو يكون اسم قبيلة أو فخذ ، فإن كان الأول (يدخل فيه الإناث في قول أبي حنيفة « رض ») رجع إليه ، وكان يقول أولاً يدخل (أول قوله ، وهو قولهما ، لأن جمع الذكور) والخلاف عند الاختلاط بما إذا كن في بيت الإناث مفردات فلا يدخل بالاتفاق إلا أن يذكره المصنف ، لأن حقيقة الإسم للذكور ، وانتظامه للإناث يجوز ، والكلام بحقيقته ألا ترى أنه يصح أن يبقى اسم البنين على البنات ، ولا يصح في الذكور . فلو تناولها يكون جمعاً بين الحقيقة والمجاز .

فإن قيل خطاب الذكور (يتناول الإناث ثم رجع ، وقال يتناول الذكور خاصة ، لأن حقيقة الإسم للذكور وانتظامه للإناث تجوز . والكلام لحقيقته) بالإجماع ، مع أن الحقيقة والمجاز لا يجتمعان . قلنا خطاب المكلف دل على أن المراد العقلاء ، إذ التكليف يبنى على العقل ، فيتناولهم عموم المجاز ، أما هاهنا لم يدخل على العموم دليل ، بل دل على الخصوص ، وهو أن الموصي لم يقل لأولاد فلان ، بل قال لبني فلان .

(بخلاف ما إذا كان بنو فلان إسم قبيلة أو فخذ) القبيلة واحدة القبائل ، وهو بنو أب واحد ، والفخذ بفتح الفاء وكسر الخاء في العشائر أقل من البطن ، وبيانه أن العرب

حيث يتناول الذكور والإناث ، لأنه ليس يراد بها أعيانهم ، إذ هو مجرد الانتساب كبني آدم ، ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالة وحلفاؤهم . قال ومن أوصى لولد فلان فالوصية بينهم والذكر والانثى فيه سواء ، لأن اسم الولد ينتظم الكل انتظاماً واحداً .

على ست طبقات ، وهي الشعب والقبيلة والمهارة والبطن والفخذ والفصيلة ، والشعب يجمع القبائل ، والقبيلة تجمع المهارة ، والمهارة تجمع البطون ، والبطون تجمع القبائل ... خزيمة شعب ، وكنانة قبيلة ، وقريش مهارة ، وقصي بطن ، وهاشم فخذ ، والعباس فصيلة وسميت الشعوب لأن القبائل تشعبت منها .

وقال شيخ الإسلام خواهر زاده إذا أوصى لبني كنانة لا يدخل تحت الوصية اولاد نضر ، لأنه فوقهم ، ويدخل اولاد كنانة إلى الفصيلة ، وإذا أوصى لبني قريش وهو مهارة لا يدخل تحت الوصية اولاد نضر وكنانة لأنهم فوقهم ، ويدخل اولاد قريش وقصي وأولاده والعباس وأولاده ، لأن هؤلاء دونهم ، وإذا أوصى بثلاث ماله لبني فلان وهو قبيلة فالثلاث بينهم على السوية إذا كانوا يحصون .

(حيث يتناول الذكور والإناث ، لأنه ليس يراد بها أعيانهم ، إذ هو مجرد الانتساب كبني آدم ، ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالة وحلفاؤهم) وهو جمع حليف ، وهو اسم من يأتي قبيلة فيحلف لهم ويحلفون لهم على التناصر . وقال الكرخي في مختصره وإذا قال لبني فلان وبنو فلان أولئك قبيلة لا تخص مواليتهم في الوصية مولى الموالات الذين أسلموا على أيديهم ووالوهم ومولى العتاقة وحلفاؤهم وأعدادهم معهم ، وإن كان أوصى لبني فلان وهم بنو أب وليسوا بقبيلة ولا فخذ كانت الوصية لبني فلان من العرب خاصة دون الموالى والحلفاء ، انتهى . والأعداد جمع عد يقال فلان عديد بنى فلان ، أى يعد منهم .

(قال) أى القدوري (ومن أوصى لولد فلان) وفي بعض النسخ وإذا أوصى لولد فلان (فالوصية بينهم ، والذكر والانثى فيه سواء ، لأن اسم الولد ينتظم الكل انتظاماً

ومن أوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ،
لانه لما نص على لفظ الورثة آذن ذلك بأن قصده التفضيل كما في
الميراث . ومن أوصى لمواليه وله موال أعنتهم وموال أعنتوه
فالوصية باطلة . وقال الشافعي في بعض كتبه ان الوصية لهم
جميعاً ، وذكر في موضع آخر انه يوقف حتى يصلحوا . له أن
لإسم يتناولهم ، لان كلاً منهم يسمى مولى ، فصار كالاخوة .

واحداً) يعنى بطريق الحقيقة ، لأنه يتناول أحدهما حقيقة ، والآخر مجازاً . وقال
الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا ، ولو اوصى لولد فلان وليس لفلان ولد صلب
فالوصية لولد ولده . وإذا كان له ولد واحد من ولد الصلب فالوصية كلها له وليس لولد
الولد شيء . وقال شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي لو كان له ولد واحد ذكراً
أو أنثى فجميع الوصية له . وذكر الكرخي في مختصره بخلاف ذلك ، فإذا قال وصيت
بثلث مالي لولد فلان وله ولد لصلبه ذكور وإناث كان الثلث لهم بعد أن يكونوا اثنين
فصاعداً ولم يكن لولد ولده شيء ، وإن كان لصلبه واحد وله ولد كان للذي لصلبه نصف
الثلث ذكر أكان أو أنثى ، وكان ما بقى لولد ولده من سفل منهم ومن قرب بالسوية
الذكر والأنثى فيه سواء ، وهذا كله على قياس أبي حنيفة وزفر وأبي يوسف « رح » .

(ومن اوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ، لانه لما نص على
لفظ الورثة آذن) أى أعلم (ذلك بأن قصده التفضيل كما في الميراث) ولا يعلم منه خلاف
(ومن أوصى لمواليه وله موال أعنتهم وموال أعنتوه فالوصية باطلة) هذه من مسائل
الجامع الكبير ذكرها تقريباً على مسألة القدوري .

(قال الشافعي في بعض كتبه ان الوصية لهم جميعاً) وبه قال أحمد وزفر (وذكر في
موضع آخر انه يوقف حتى يصلحوا) أى حتى يصطلح ، وله في قول آخر الوصية للأعلى
لانه أقوى . وقال أبو ثور الكل يدخلون في الوصية ، ولكن يقرع بينها ، لان أحدهما
ليس بأولى من الآخر (له) أى للشافعي (ان الاسم يتناولهم ، لان كلاً منهم يسمى مولى

ولنا أن الجهة مختلفة ، لان أحدهما يسمى مولى النعمة ، والآخر
منعم عليه فصار مشتركاً فلا ينتظمها لفظ واحد في موضع الاثبات .
بخلاف ما إذا حلف لا يكلم موالي فلان حيث يتناول الاعلى
والاسفل ، لانه مقام النفي ولا تنافي فيه ،

فصار كالاخوة (أى كما إذا اوصى لاختوة فلان وهم متفرقون لاب وأم ولاب وأم فالوصية
لهم جميعاً ولا يكون البعض اولى من البعض .

(ولنا أن الجهة مختلفة ، لان أحدهما يسمى مولى النعمة والآخر منعم عليه ، فصار
مشتركاً فلا ينتظمها لفظ واحد في موضع الاثبات) احتز به عن موضع النفي ، مبنى
هذا الكلام على جواز عموم المشترك وعدم جوازه ، والشافعي «رح» يميزه ، فأجاز هذا
وأصحابنا ما جوزوه ، فكذلك هذا . والمروي عن الشافعي رواية عن أبي حنيفة «رح»
لكن لا على جواز عموم المشترك بل على أن لفظ المولى على الاعلى والاسفل ، كالاخوة على
بني الأعيان وبني فلان وبني الأضياف ، وليس بظاهر ، لأن معنى الأخوة في الجمع واحد
وهو اشتغال صلب الأب أو الرحم عليهم ، ومعنى المولى ليس كذلك فان معنى الأعلى منعم
وهو معنى الأسفل منعم عليه ، فكان في احدهما معنى الفاعل ، وفي الآخر معنى المفعول
واليه أشار المصنف «رح» بقوله أن الجهة مختلفة ، فصار مشتركاً فلا يشتملها معنى واحد
في موضع الاثنان ، هذا اختيار شمس الأئمة وعامة أصحابنا على أن لا عموم للمشارك لا في
النفي ولا في الاثبات ، فالمصنف «رح» مال إلى ما قال شمس الأئمة قال فلا ينتظم اللفظ
واحد في موضع الاحبات .

ثم أجاب عن مسألة الحلف بقوله (بخلاف ما إذا حلف لا يكلم موالي فلان حيث
يتناول الأعلى والأسفل ، لأنه مقام النفي) أي لأن قوله لانكلم مقام النفي (ولا تنافي فيه)
أي في عموم النفي في المختلفين ، أي نفى المختلفين في محل واحد لا يستحيل ، وفي الاثبات
يستحيل الاترازي ان اجتماع الخطة والشعير في معنى واحد يستحيل في حالة واحدة ،
ولا يستحيل انتفاءهما ، وكذا في اليوم الواحد يستحيل اجتماع صومين مختلفين لا يستحيل

وَيَدْخُلُ فِي هَذِهِ الْوَصِيَّةِ مَنْ أَعْتَقَهُ فِي الصَّحَّةِ وَالْمَرَضِ ، وَلَا يَدْخُلُ
مَدْبُورُهُ وَأَمَهَاتُ أَوْلَادِهِ ، لِأَنَّهُ عَتَقَ هَؤُلَاءِ يَثْبُتُ بَعْدَ الْمَوْتِ ، وَالْوَصِيَّةُ
تُضَافُ إِلَى حَالَةِ الْمَوْتِ ، فَلَا بَدَّ مِنْ تَحْقِيقِ الْإِسْمِ قَبْلَهُ . وَعَنْ أَبِي
يُوسُفَ أَنَّهُمْ يَدْخُلُونَ ، لِأَنَّهُ سَبَبُ الْإِسْتِحْقَاقِ لَزَمَ ،

فَيَصِحُّ أَنْ يُقَالَ لَا يُوْجَدُ فِيهِ صَوْمُ فَرَضٍ وَلَا نَفْلٍ . وَالْجَوَابُ عَنْ مَسْأَلَةِ عَلِيِّ مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ
ثَمَسُ الْأَثْمَةِ ، وَهُوَ أَنَّ عَمُومَ الْمَشْرُوكِ لَا يَجُوزُ فِي مَوْضِعِ الْإِثْبَاتِ أَنْ تَرُكَ الْكَلَامُ مَعَ الْمَوَالِي
مُطْلَقًا لَيْسَ لَوْقُوعِهِ فِي النَّفْيِ ، بَلْ لِأَنَّ الْحَامِلَ عَلَى الْيَمِينِ بَعْضُهُ وَهُوَ غَيْرُ مُخْتَلَفٍ بِذَلِكَ
الْمَعْنَى كَالشَّيْءِ .

فَإِنْ قِيلَ سَلَّمْنَا أَنَّ لَفْظَ الْمَوْلَى مُشْتَرَكٌ ، لَكِنْ حُكْمُهُ التَّوَقُّفُ ، فَكَيْفَ قَالَ
فَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ ، أَجِيبُ بِأَنَّ الْكَلَامَ فِيمَا إِذَا مَاتَ الْمَوْصِي قَبْلَ الْبَيَانِ وَالتَّوَقُّفِ فِي
مِثْلِهِ لَا يُعْتَدُ .

فَإِنْ قِيلَ التَّرْجِيحُ مِنْ جِهَةٍ أُخْرَى مُمَكِّنٌ ، وَهُوَ أَنْ يُصْرَفَ الْوَصِيَّةُ إِلَى الْمَوْلَى الَّذِي
أَعْتَقَهُ ، لِأَنَّ شُكْرَ الْمَنْعَمِ وَاجِبٌ ، وَأَمَّا فَضْلُ الْإِنْعَامِ فِي حَقِّ الْمَنْعَمِ عَلَيْهِ فَمَنْدُوبٌ ،
وَالصَّرْفُ إِلَى الْوَاجِبِ أَوَّلَى مِنْهُ إِلَى الْمَنْدُوبِ ، كَمَا هُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ لِهَذَا الْمَعْنَى
أَجِيبُ بِأَنَّهَا مُعَارَضَةٌ مِنْ جِهَةٍ أُخْرَى ، وَهُوَ أَنَّ الْعَرَفَ جَازٍ بِوَصِيَّةِ الثَّلَاثِ مِنَ الْمَالِ لِلْفُقَرَاءِ
وَالْغَالِبُ فِي الْمَوْلَى الْأَسْفَلَ الْفُقَرَاءَ فِي الْأَعْلَى الْغَنَى ، وَالْمَعْرُوفُ عَرَفًا كَالْمَشْرُوطِ شَرْعًا كَمَا
هُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ ، لِهَذَا الْمَعْنَى .

(وَيَدْخُلُ فِي هَذِهِ الْوَصِيَّةِ مَنْ أَعْتَقَهُ فِي الصَّحَّةِ وَالْمَرَضِ) أَيُّ يَدْخُلُ فِيهَا إِذَا أَوْصَى
إِلَى مَوَالِيهِ الْمُعْتَقِ فِي الصَّحَّةِ وَالْمَرَضِ جَمِيعًا (وَلَا يَدْخُلُ مَدْبُورُهُ وَأَمَهَاتُ أَوْلَادِهِ ، لِأَنَّ
عَتَقَ هَؤُلَاءِ يَثْبُتُ بَعْدَ الْمَوْتِ وَالْوَصِيَّةُ تُضَافُ إِلَى حَالَةِ الْمَوْتِ ، فَلَا بَدَّ مِنْ تَحْقِيقِ الْإِسْمِ
قَبْلَهُ) أَيُّ مِنْ تَحْقِيقِ الْإِسْمِ الْمَوْلَى قَبْلَ الْمَوْتِ وَلَمْ يَتَحَقَّقْ ، لِأَنَّ اسْمَ الْمَوْلَى لَا يَتِمُّ إِلَّا بَعْدَ
عَتَقِهِمْ وَعَتَقِهِمْ بَعْدَ الْمَوْتِ .

(وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُمْ يَدْخُلُونَ ، لِأَنَّ سَبَبَ الْإِسْتِحْقَاقِ لَزَمَ) أَيُّ اسْتِحْقَاقِ الْوَلَاءِ

ويدخل فيه عبد ، قال له مولا إن لم أضربك فأنت حر ،
لأن العتق يثبت قبيل الموت عند تحقق عجزه . ولو كان
له موال وأولاد موال وموالي موالاة يدخل فيها معتقوه
وأولادهم دون موالى الموالاة وعند أبي يوسف أنهم يدخلون أيضاً ،
والكل شركاء ، لأن الإسم يتناولهم على السواء . ومحمد يقول
الجهة مختلفة في المعتق الانعام ، وفي الموالى عقد الإلتزام ،

لازم ، وهو التدبير والاستيلاد ، وهذه الرواية ذكر الشيخ أبو المعين النسفى في شرح
الجامع (ويدخل فيه) أى في الإيصاء لمواليه (عبد قال له مولا إن لم أضربك فأنت حر
لأن العتق يثبت قبل الموت عند تحقق عجزه) صورته قال العبد له إن لم أضربك فأنت حر
فمات قبل أن يضربه عتق قبل موته ودخل في الوصية ، لأنه من مواليه ، لأنه يمتق فى
آخر جزء من اجزاء الحياة لتحقق عدم الضرب منه فى تلك الحالة ووقوع اليأس من
حصوله ، فيصير مولى له ثم يتعقبه الموت ، ثم تنفذ الوصية فيكون مولى له وقت نفوذ
الوصية وجوبها .

(ولو كان له موال وأولاد موالى وموالى موالاة يدخل فيها معتقوه وأولادهم) لأنهم
مواليه حقيقة ، ولهذا لا يصح ، ففي ولاء أولاد الموالى عنه (دون موالى الموالاة) أى لا
يدخل ، وبه قالت الأئمة الثلاثة .

(وعند أبي يوسف أنهم يدخلون أيضاً ، والكل شركاء ، لأن الإسم يتناولهم على
السواء) لأنه باشر سبب ولاء كل وحكى عن الكرخي أن الوصية باطلة ، لأن الإسم
يتناول كل فريق بطريق الحقيقة فلا يصح لمكان الجهالة .

(ومحمد يقول الجهة مختلفة في المعتق الانعام وفي الموالى عقد الإلتزام بين اختلاف الجهة
بقوله في المعتق بكسر التاء الإنعام ، وفي الموالى عقد الإلتزام) وهو ظاهر (والإعتاق
لازم) هذا جواب عمال يقال لما كانت الجهة مختلفة في المعتقين وموالى الموالاة في أحدهما
الإنعام ، وفي الآخر عند الإلتزام كان ينبغى أن يبطل الوصية ، فأجاب عنه بقوله والإعتاق
لازم لا يحتمل الفسخ (فكان الاسم له أحق) وولاء الموالاة يحتمل الفسخ ، فكان اسم

والإعتاق لازم ، فكان الإسم له أحق ، ولا يدخل فيهم موالى
الموالى ، لأنهم موالى غيره حقيقة . بخلاف مواليه وأولادهم ،
لأنهم ينسبون إليه بإعتاق وجد منه . وبخلاف ما إذا لم يكن له
موال ولا أولاد الموالى ، لأن اللفظ لهم مجاز ، فيصرف إليه عند
تعذر اعتبار الحقيقة . ولو كان له معتق واحد وموالى الموالى
فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز ،

المولى للمعتق أولى وأحق من مولى المولاة .

(ولا يدخل فيهم موالى الموالى) أى فى الوصية للموالى (لانهم موالى غيره حقيقة)
وليسوا بموالى الموصى حقيقة ، لان مولاة حقيقة هو الذى باشر العتق ، وإنما اضيفوا اليه
بطريق التسبب مجازاً ، لانه باشر سبب ما هو سبب ولانهم دعوا عتاقة للموالى الاولين ،
ولهذا يصح نفي الإسم عنهم بالاتفاق لأن هؤلاء ليسوا بمواليه ، وإنما هم موالى مواليه ،
واللفظ إذا عمل بحقيقته لا ينصرف إلى المجاز .

(بخلاف مواليه وأولادهم ، لانهم ينسبون اليه) أى إلى المولى (باعتاق وجد منه)
أى من المولى (وبخلاف ما إذا لم يكن له موال ولا اولاد الموالى) يعنى إذا لم يكن
للموصى موالى أعتقهم ، ولا اولادهم تكون الوصية لموالى الموالى (لأن اللفظ لهم مجاز)
يعنى إن اللفظ يتناولهم مجازاً (فينصرف اليه) أى فينصرف اللفظ إلى المجاز (عند
تعذر اعتبار الحقيقة) لأن الحقيقة إذا لم تكن وجب العمل بالمجاز صوناً لكلام الماقل
عن الإلغاء .

(ولو كان له معتق واحد وموالى الموالى فالنصف لمعتقه ، والباقي للورثة لتعذر الجمع
بين الحقيقة والمجاز) لأن الحقيقة موجودة فينتفي المجاز . وقال العتاني فى شرح الجامع
فان كان من مواليه أو من اولادهم اثنان استحقا جميع الثلث لأن الإثنين جمع فى باب
الوصية كما فى الميراث ، وان كان واحداً فله النصف ، أى نصف الثلث ، لأنه نصف ادنى

ولا يدخل فيه موال أعنتهم ابنه أو أبوه ، لأنهم ليسوا بمواليه لا
حقيقة ولا مجازاً ، وإنما يحرز ميراثهم بالعصوبة ، بخلاف معتق
البعض ، لأنه ينسب إليه بالولاء ، والله أعلم بالصواب

الجمع ، والنصف الآخر يصرف إلى ورثة الموصي لا إلى موالى المولى لتعذر الجمع بين الحقيقة
والمجاز ، فإن لم يكن حد من الموالى ولا من أولادهم فعينئذ يصرف إلى موالى الموالى .

(ولا يدخل فيه) أى فى الموالى فى قوله ثلث مالى للموالى (موال أعنتهم) هكذا فى النسخ ،
ولكن الصواب أعنتهم (ابنه أو أبوه) كما ذكر فى الإيضاح والجامع الكبير للصدر حميد
والكافى وغيرها ، لأن التعليل الذى ذكره لا يطابق ما ذكره ، وإنما يصح فيمن أعنتهم
أبوه أو ابنه ، ذكر فى الإيضاح . ولو كان له ابن وموالى أعنته ابنه فأوصى بالثلث لمواليه
لم يكن لموالى ابنه شيء (لأنهم ليسوا بمواليه لا حقيقة ولا مجازاً) فلم يدخلوا تحت اللفظ
وفى نسخته الأثرى بخطه ولا يدخل فيه بموالى قد أعنتهم ابنه (وإنما يحوز ميراثهم
بالعصوبة) هذا جواب عما روى عن أبي يوسف أن موالى ابنه تدخل إذا مات أبوه
وورث ولاده ، لأنهم مواليه حكماً ، ولهذا يحوز ميراثهم ، وبيانه أن احترازه الميراث
ما كان لكونه مولى له ، لكن كشرط اقام عصبه المستق مقام المعتق فى حق الميراث ، لأن
الولاء كالنسب لا يورث نص عليه صاحب الشرع قال الولاء لجهة كلعمة النسب لا يباع
ولا يوهب ولا يورث ، وهو نص صريح فى عدم الانتقال ، فكان بطريق العصبية .

(بخلاف معتق البعض ، لأنه ينسب اليه بالولاء ، والله أعلم بالصواب) قال تاج الشريعة
قبل الصواب المعتق ، وهكذا فى المبسوط والإيضاح يريد به إذا لم يكن موالى أولاد
الموالى ، وقال السفناقي هكذا وقع فى النسخ وليس بصواب ، والصواب أن يقول بخلاف
معتق المعتق ، كما هو المذكور فى الإيضاح ، لأنه يثبت بهذا الفرق بين موالى الموالى ، وبين
موال أعنتهم أبوه أو ابنه على ما ذكرنا فى النسخة الصحيحة . وقال الأتراسي قوله بخلاف
معتق البعض يرتبط بقوله ولا يدخل فيه موال قد أعنتهم ابنه يعنى أن معتق
البعض يدخل تحت الوصية للموالى ، لأنه مولاة حقيقة . بخلاف موالى الابن ، لأنهم
ليسوا بمواليه أصلاً ، ولكن يبقى أن يكون هذا على مذهبيها ، لأن معتق البعض عند

أي حنية كالمكاتب والمكاتب لا يدخل تحت الوصية للمولى ، فكذا معتق البعض ، فمن هذا غير بعضهم لفظ الكتاب وقال بخلاف معتق المعتق ، يعني أن معتق المعتق يدخل تحت الوصية للموالي إذا لم يكن الموالى ولا اولادهم ، لأن ولاء المعتق ينسب إلى الموصي مجازاً ، بخلاف معتق الابن ، فإنه لا ينسب إليه لا حقيقة ولا مجازاً ، انتهى .

وقال الأكل وذكر بعض الشارحين أو النسخة في قوله ولا يدخل موالى أعنتهم باثبات لفظ ابنه ، وما هنا بخلاف معتق البعض ، وجعله مرقباً بقوله ولا يدخل فيه موالى أعنتهم أبيه ثم ساق الأكل كلام الأترابي إلى آخر ما ذكرنا عنه ، لأنه أراد بقوله بعض الشارحين الأترابي ، ثم قال الأكل في آخر كلامه وفيه تصحيح نسخة الكتاب في الموضعين ، وإن كان فيه بعد من حديث الإراد على مذهبي انتهى . لا بعد فيه على ما لا يخفى .

* * *

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

قال وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة ، وتجوز بذلك أبداً ، لأن المنافع يصح تمليكها في حالة الحياة ببدل وغير بدل ، فكذا بعد المات لحاجته ، كما في الأعيان ويكون محبوساً على ملكه في حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف ،

(باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة)

أي هذا باب في بيان حكم الوصية بسكنى داره وبخدمة عبده وثمره بستانه ، ولما فرغ من بيان وصية الأعيان شرع في بيان وصية المنافع التي هي الأعراض وأخرجها عن الأعيان ، لأنها بعد الأعيان وجوداً فأخرها عنها .

(قال) أي القدوري (وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة وتجوز) الوصية بالمنفعة مؤقتاً ومؤبداً عند أكثر أهل العلم ، وكذا بالغة إلا عند ابن أبي ليلى ، فإنه قال لا تصح ، لأن المنفعة معدومة ، ولا تصح الوصية بالمعدوم .

ولو وجد المنفعة والعة بعد موت الموصى يكون ملكاً للوارث واعتباراً لوصيته بعد الموت وتجوز (بذلك) أي بإيصاء الأشياء المذكورة (أبداً ، لان المنافع يصح تمليكها في حالة الحياة ببدل) كما في الإجارة (وغير بدل) كما في الإعارة (فكذا بعد المات لحاجته) وهي تلاقي بعض ما فرط منه من التفريط (كما في الأعيان) أي كما يصح تمليك المنافع في الحياة في الأعيان نحو الإجارة والإعارة .

(ويكون) أي العين (محبوساً على ملكه) أي ملك الموصى (في حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملك الموصى كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك

وتجوز مؤقتاً ومؤبداً كما في العارية ، فإنها تملك على أصلنا
بخلاف الميراث ، لأنه خلافة فيما يملكه المورث ، وذلك في
عين تبقى ، والمنفعة عرض لا يبقى . وكذا الوصية بغلة العبد والدار
لأنه بدل المنفعة ، فأخذ حكمها ، والمعنى يشملها . قال فإن

(الواقف) وجه التشبيه بينهما من حيث أن كلا منهما استيفاء المنافع الحادثة على حكم ملك
الموصي والواقف ، وقد عرفت أن الواقف جنس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة
وكذلك هذه الوصية حسب العين على ملك الموصي والوصية بالمنفعة إلا أن هذه إذا كانت
موقته تعود إلى ملك الورثة بعد انقضاء الوقت .

(وتجوز) أي الإيصاء بهذه الأشياء المذكورة حال كونه (مؤقتاً) بأن عين مؤقتاً
من الأيام أو الأشهر أو السنين (ومؤبداً) أي وحال كونه مؤبداً (كما في العارية) فإنها
تجوز مؤقتة بوقت ، ويجوز بغير وقت (فإنها) أي فإن العارية (تملك المنافع على أصلنا)
احترز به عن أصل الشافعي ، فإن أصلها عنده إباحة المنافع وهو قول الكرخي أيضاً ،
حق لا يملك المستعير إجارة ما استعاره ولو كان تملكاً لها لملك إيجارها .

ونحن نقول إنما يجوز إيجارها لأنها أقوى وألزم من الإعارة ، والسيء لا يستتبع مثله
قبلاً أخرى أن لا يستتبع الأقوى ، وإذا كانت الإعارة تملك المنافع فيجوز للمستعير
إيجارها لغيره ، ولو كانت إباحة لما جازت ، وقد مر مستوفى في كتاب العارية .

(بخلاف الميراث) أراد بهذا أن الوصية تخالف الميراث حيث لا يجري الميراث في
المنفعة وهي الخدمة دون الرقبة (لأنه) أي لأن الميراث ، أي الإرث (خلافة) وتفسيرها
أن يقوم الوارث مقام المورث (فيما يملكه المورث) يعني فيما كان ملكاً له ، وهذا
لا يتصور إلا فيما لا يبقى وقتين ، وهو معنى قوله (وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض
لا يبقى) فيما يبقى وقتين ، بخلاف الوصية ، فإنها إيجاب ملك العقد بمنزلة
الإجارة والإعارة .

(وكذا) أي وكذلك تجوز (الوصية بالغلة العبد والدار) كما تجوز الوصية بخدمة
العبد وسكنى الدار (لأنه) أي لأن الإيصاء بالغلة (بدل المنفعة ، فأخذ حكمها) أي حكم

خرجت رقبة العبد من الثلث يسلم إليه لخدمته ، لأن حق الموصى له في الثلث لا يزاحمه الورثة . وإن كان لا مال له غيره خدم الورثة يومين والموصى له يوماً ، لأن حقه في الثلث وحقهم في الثلثين ، كما في الوصية في العين ، ولا تمكن قسمة العبد أجزاء ، لأنه لا يتجزأ ، فصرنا إلى المهايأة إيفاء للحقين ، بخلاف الوصية بسكنى الدار إذا كانت لا تخرج من الثلث حيث تقسم عين الدار أثلاثاً للإنتفاع ، لأنه يمكن القسمة بالأجزاء ، وهو أعدل للتسوية بينها

المنفعة (والمعنى) وهو جماعة الوصي (يشملهما) أي يشمل جواز الوصية بغلة العبد وجوازها بخدمته ، وكذلك في الدار .

(قال) أي القدوري (فان خرجت رقبة العبد من الثلث) يعني إذا أوصى بخدمة العبد مؤبداً (يسلم اليه) أي يسلم العبد إلى الموصى له (لخدمته ، لأن حق الموصى له في الثلث لا تزاحمه الورثة) لانهم لا حق لهم في الثلث .

(وإن كان لا مال له) أي للموصي (غيره) أي غير العبد الموصى بخدمته (خدم الورثة يومين والموصى له) أي خدم الموصى له (يوماً ، لأن حقه) أي حق الموصى له (في الثلث وحقهم) أي وحق الورثة (في الثلثين كما في الوصية في العين) أي كما أنهم يقسمون مع الموصى له بالثلث والثلثين فيما إذا أوصى بثلث في عين ولا مال له غيره (ولا تمكن قسمة العبد أجزاء ، لأنه لا يتجزأ ، فصرنا إلى المهايأة إيفاء للحقين) أي حق الموصى له وحق الورثة ، والمهايأة المشارية في المدة من حيث الزمان .

(بخلاف الوصية بسكنى الدار إذا كانت لا تخرج من الثلث حيث تقسم عين الدار أثلاثاً للإنتفاع ، لأنه يمكن القسمة بالأجزاء وهو) أي قسم عين الدار (أعدل للتسوية بينها) أي بين الموصى له وبين الورثة لأنه يحصل التسوية بينهم . أي بين الموصى له والورثة (زماناً) أي من حيث الزمان ، لأن كل واحد يستوفى نصيبه من السكنى في

زماناً وذاتاً ، وفي المهايأة تقديم أحدهما زماناً . ولو اقتسموا
الدار مهايأة من حيث الزمان تجوز أيضاً ، لأن الحق لهم إلا أن
الاول وهو الاعدل أولى ، وليس للورثة أن يبيعوا ما في أيديهم
من ثلثي الدار . وعن أبي يوسف رحمه الله أن لهم ذلك ، لانه
خالص ملكهم . وجه الظاهر أن حق الموصى له ثابت في سكنى
جميع الدار بأن ظهر للميت مال آخر ، وتخرج الدار من الثلث .
وكذا له حق المزاحمة فيما في أيديهم إذا خرب ما في يده ، والبيع
يتضمن إبطال ذلك فمنعوا عنه .

الوقت الذي يستوفى صاحبه (وذاتاً) أى من حيث الذات وهو ظاهر .
(وفي المهايأة تقديم أحدهما زماناً) أى من حيث الزمان ، لأن فيها تقديم
أحدهما على الآخر زماناً ، فلا يصار إليها إلا عند تعذر القسمة بالأجزاء ، ولكن مع هذا
تهاتر على القسمة من حيث الزمان جاز أيضاً ، وإليه أشار بقوله (ولو اقتسموا الدار
مهايأة من حيث الزمان تجوز أيضاً ، لأن الحق لهم ، إلا أن الاول وهو الاعدل أولى)
لما ذكرنا أن كل واحد يستوفى نصيبه من السكنى في الوقت الذي يستوفيه صاحبه (وليس
للورثة أن يبيعوا ما في أيديهم من ثلثي الدار) وبه قال الشافعي ومالك وأحمد « رح »
في رواية .

(وعن أبي يوسف « رح » أن لهم ذلك ، لانه خالص ملكهم) وبه قال أحمد في
التنصوص عنه (وجه الظاهر أن حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار بأن ظهر
لميت مال آخر ، وتخرج الدار من الثلث) وكان هو أحق بسكنى جميعها (وكذا له) أى
إلى الموصى (حق المزاحمة) مع الورثة (فيما في أيديهم إذا خرب ما في يده) أى في يد الموصى له
(والبيع) أى بيع الورثة فيما في أيديهم (يتضمن إبطال ذلك) أى حق المزاحمة
(فيمنعوا عنه) أى منع الورثة عن البيع .

قال فإن كان مات الموصي له عاد إلى الورثة ، لان الموصي أوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه ، فلو انتقل إلى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصي من غير مرضاته ، وذلك لا يجوز . ولو مات الموصى له في حياة الموصي بطلت ، لان إيجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل . ولو أوصى بغلة عبده أو داره فاستخدمه بنفسه أو سكنها بنفسه ، قيل يجوز ذلك ، لان قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود ، والاصح أنه لا يجوز ، لان الغلة دراهم أو دنائير وقد وجبت الوصية بها ، وهذا استيفاء المنافع ، وهما متغايران ومتفاوتان في حق الورثة ، فإنه لو ظهر

(قال) أي القدروري (فإن كان مات الموصى له عاد إلى الورثة ، لان الموصي أوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه ، فلو انتقل إلى ورث الموصى له استحقها ابتداء) أي في الابتداء (من ملك الموصي من غير مرضاته ، وذلك لا يجوز . ولو مات الموصى له في حياة الموصي بطلت الوصية ، لأن إيجابها تعلق بالموت) أي لأن إيجاب الوصية يتعلق بموت الموصي (على ما بيناه من قبل) اعتبار حالة الوصية في بيان الفرق بين جواز الإقرار وبطلان الوصية ، لأنها لإيجاب عند الموت .

(ولو أوصى بغلة عبده أو داره فاستخدمه) أي فاستخدم الموصي العبد (بنفسه أو سكنها) أي الدار (بنفسه قيل يجوز ذلك) قال الاسبيجاني لم يذكر هذا في ظاهر الرواية ، واختلف المشايخ فيه فقال بعضهم يجوز ذلك ، وبه قال أبو بكر الإسكاف (لأن قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود) وهو الانتفاع بالعبد أو الدار (والاصح أنه لا يجوز) وبه قال أبو بكر بن سعيد «رح» (لأن الغلة دراهم أو دنائير وقد وجبت الوصية بها) أي بالغلة (وهذا) أي الاستخدام بنفسه والسكنى بنفسه (استيفاء المنافع) من العبد والدار (وهما) أي الغلة والمنافع (متغايران) وهو ظاهر (ومتفاوتان في حق

دين يمكنهم أدائه من الغلة بالاسترداد منه بعد استغلالها ، ولا يمكنهم من المنافع بعد استيفائها بعينها ، وليس للموصى له بالخدمة والسكنى أن يؤاجر العبد أو الدار . وقال الشافعي له ذلك ، لانه بالوصية ملك المنفعة فيملك تمليكها من غيره ببذل أو غير بدل ، لانها كالأعيان عنده . بخلاف العارية لانها لإباحة على أصله وليس بتمليك . ولنا أن الوصية تمليك بغير بدل مضاف إلى ما بعد الموت فلا يملك تمليكه ببذل اعتباراً بالإعارة ، فإنها تمليك بغير بدل في حالة الحياة على أصلنا ، ولا يملك المستعير الإجارة ، لانها تمليك ببذل ، كذا هذا . وتحقيقه أن التمليك ببذل لازم وبغير بدل غير

الورثة ، فانه لو ظهر دين (على الميت) يمكنهم أدائه من الغلة بالاسترداد منه (أى من الموصى له) بعد استغلالها ولا يمكنهم (أى الإسترداد) من المنافع بعد استيفائها بعينها (أى بعين المنافع .

(وليس للموصى له بالخدمة والسكنى أن يؤاجر العبد أو الدار . وقال الشافعي « رج » له ذلك) وبه قال مالك وأحمد « رج » (لأنه) أى لأن الموصى له (بالوصية ملك المنفعة فيملك تمليكها عن غيره ببذل أو بغير بدل ، لأنها كالأعيان) لأن المنفعة كالأعيان وفي العين يصح الاعتياض عنه سواء بملك العين ببذل أو بغير بدل ، فكذلك يصح الاعتياض عن المنفعة إذا تملكها (عنده) أى عند الشافعي .

(بخلاف العارية) حيث لا يجوز (لأنها) أى لأن العارية (لإباحة على أصله) أى على أصل الشافعي (وليس بتمليك . ولنا أن الوصية تمليك بغير بدل مضاف إلى ما بعد الموت ، فلا يملك تمليكه ببذل اعتباراً بالإعارة ، فإنها تمليك بغير بدل) ولهذا تنعقد بلفظ التمليك ، حتى لو قال ملكتك منفعة هذه الدار كانت عارية صحيحة (في حالة الحياة على أصلنا ، فلا يملك المستعير الإجارة ؛ لأنها تمليك ببذل ، كذا هذا : وتحقيقه أن

لازم ، ولا يملك الأقوى بالأضعف والاكثر بالأقل والوصية تبرع غير لازم ، إلا أن الرجوع للتبرع لاغيره ، والمتبرع بعد الموت لا يمكنه الرجوع ، فلهذا انقطع ما هو في وضعه فقير لازم . ولأن المنفعة ليست بمال على أصلنا ، وفي تملكها بالمال إحداث صفة المالية فيها تحقيقاً للمساواة في عقد المعاوضة ، فإنما تثبت هذه الولاية لمن يملكها تبعاً لملك الرقبة ، أو لمن يملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكاً لها بالصفة التي تملكها ، أما إذا تملكها مقصودة بغير عوض ثم ملكها بعوض كان مملكاً

التمليك ببذل لازم ، وبغير بدل غير لازم ، فلا يملك الأقوى بالأضعف والاكثر بالأقل وللوصية تبرع غير لازم ، إلا أن الرجوع للتبرع لاغيره (هذا جواب عما يقال للوصية وإن كانت غير لازمة ابتداء ، لكن تصير لازمة بعد الموت لعدم قبولها الرجوع حينئذ ، فأجاب بقوله أن الرجوع إنما يكون للتبرع لا بغيره ، أي لا يكون .

(والمتبرع بعد الموت لا يمكنه الرجوع) بعد الموت (فلهذا انقطع ما هو) أي الوصية على تأويل الإيصاء (في وضعه فقير لازم) والاعتبار للموضوعات الأصلية (ولأن المنفعة ليست بمال على أصلنا ، وفي تملكها بالمال إحداث صفة المالية فيها) أي في المنفعة (تحقيقاً للمساواة في عقد المعاوضة ، فإنما تثبت هذه الولاية) يعني ولاية إحداث صفة المالية في المنافع (لمن يملكها) أي لمن تملك المنافع (تبعاً لملك الرقبة) أي في ضمن ملكها (أو لمن يملكها) أي المنافع (بعقد المعاوضة) كالإجارة ، فإنه يجوز للمستأجر أن يؤجر المعين ، ويملك منفعتها من غيره إذا كانت المعين مما يختلف باختلاف الاستعمل (حق يكون مملكاً لها بالصفة التي تملكها ، أما إذا تملكها) أي المنافع (مقصودة بغير عوض) لا في ضمن شيء آخر (ثم ملكها بعوض) بالإجارة (كان مملكاً أكثر مما تملكه معنى ، وهذا لا يجوز) يعني بناء على ما قال لا يملك الأقوى بالأضعف .

أكثر مما تملكه معنى ، وهذا لا يجوز . وليس للموصى له أن يخرج العبد من الكوفة إلا أن يكون الموصى له وأهله في غير الكوفة فيخرجه إلى أهله للخدمة هنالك إذا كان يخرج من الثلث ، لأن الوصية إنما تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصي ، فإذا كانوا في مصره فمقصوده أن يمكنه من خدمته فيه بدون أن يلزمه مشقة السفر . وإذا كانوا في غيره فمقصوده أن يحمل العبد إلى أهله ليعخدمهم . ولو أوصى بغلة عبده أو بغلة داره يجوز أيضاً ، لانه بدل

واعترض عليه باجارة الحر نفسه ، فانه لا يملك منفعته تبعاً للملك رقبته ولا بمقد المعاوضة . ويجوز له أن يملكها ببدل . وأجيب بأن كلام المصنف « رح » في الوصية مراده بالنفقة منفعة يجوز الوصية بها ، ومنفعة الحر ليست كذلك ، فلا يكون وارداً عليه . (وليس للموصى له أن يخرج العبد من الكوفة) يعني إذا أوصى رجل من أهل الكوفة بخدمة عبده لزيد مثلاً فليس لزيد أن يخرج هذا العبد الموصى بخدمته من الكوفة إلى موضع آخر يستخدمه فيه (إلا أن يكون الموصى له وأهله في غير الكوفة فيخرجه إلى أهله للخدمة هنالك) وقال الشافعي وأحمد وأبو ثور رحمهم الله له إخراجهم مطلقاً (إذا كان يخرج من الثلث) احتراز به عما إذا لم يخرج من الثلث فانه ليس له الإخراج إلى أهله إلا باجازه الورثة (لأن الوصية إنما تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصي ، فإذا كانوا أي الموصى له وأهله (في مصره) أي في مصر الموصى (فمقصوده أن يمكنه من خدمته فيه) أي في مصره (بدون أن يلزمه مشقة السفر ، وإن كانوا في غيره) مصره ، أي في غير مصر الموصي (فمقصوده أن يحمل العبد إلى أهله ليعخدمهم) وهذا معلوم بدلالة الحال . (ولو أوصى بغلة عبده أو بغلة داره يجوز أيضاً) أي كما يجوز أن يوصي بخدمة العبد وسكنى الدار (لأنه) أي لان الغلة على تأويل المال ، أو ذكره بذكر الحر وهو المال ، ولا نعلم فيه خلاف (بدل المنفعة ، فأخذ حكم المنفعة في جواز الوصية به كيف

المنفعة ، فأخذ حكم المنفعة في جواز الوصية به ، كيف وانه عين حقيقة ، لانه دراهم أو دنانير ، فكان بالجواز أولى . ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة ، لانه عين مال يحتمل القسمة بالاجزاء ، فلو أراد الموصى له قسمة الدار بينه وبين الورثة ليكون هو الذي يستغل ثلثها لم يكن له ذلك إلا في رواية عن أبي يوسف ، فإنه يقول الموصى له شريك الوارث وللشريك ذلك ، فكذلك للموصى له ، إلا أنا نقول المطالبة بالقسمة تبتنى على ثبوت الحق للموصى له فيما يلاقيه القسمة ، إذ هو المطالب . ولا حق له في عين

أي كيف لا يجوز (وانه عين حقيقة) أي والحال أن الغلة على تأويل المال (لانه دراهم أو دنانير ، فكان بالجواز أولى) أي فكان الإيصاء بالغلة أقرب إلى الجواز من الإيصاء بالخدمة ، لان الخدمة منفعة بحصة ليست فيها العينية ، ولهذا لم يحجز على قول ابن أبي ليلى ، فإذا جاز الإيصاء بالخدمة جاز الإيصاء بالغلة بالطريق الاولى ، لانها عبارة عن مال عين وهي الدراهم أو الدنانير .

(ولو لم يكن له مال غيره) أي غير الغلة ، والتذكير في الضمائر على التأويل كما ذكرنا (كان له) أي للموصى له (ثلث غلة تلك السنة) يعني إذا لم يجز الورثة ، فكانت الوصية بغلة عبده (لانه عين مال يحتمل القسمة بالاجزاء ، فلو أراد الموصى له قسمة الدار بينه وبين الورثة ليكون هو الذي يستغل ثلثها لم يكن له ذلك إلا في رواية عن أبي يوسف) ذكره شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي (فانه) أي فان أبا يوسف (يقول الموصى له شريك الوارث وللشريك ذلك) أي طلب القسمة (فكذلك) يجوز (للموصى له) طلب القسمة .

(إلا أنا نقول المطالبة بالقسمة تبتنى على ثبوت الحق للموصى له فيما تلاقيه القسمة ، إذ هو المطالب ، ولا حق له في عين الدار ، وإنما حقه في الغلة فلا يملك المطالبة بقسمة

الدار ، وإنما حقه في الغلة فلا يملك المطالبة بقسمة الدار . ولو أوصى له بخدمة عبده ولآخر برقبته ، وهو يخرج من الثلث ، فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة عليها لصاحب الخدمة ، لأنه أوجب لكل واحد منهما شيئاً معلوماً عطفاً منه لاحدهما على الآخر ، فتعتبر هذه الحالة بحالة الانفراد ، ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة ، فلو لم يوص في الرقبة بشيء لصارت الرقبة ميراثاً للورثة مع كون الخدمة للموصى له ، فكذا إذا أوصى بالرقبة لانسـان آخر إذ الوصية أخت الميراث من حيث أن الملك يثبت فيهما بعد الموت .

الدار . ولو أوصى له بخدمة عبده ولآخر (أى أوصى لشخص آخر (برقبته) أى برقبة العبد (وهو يخرج من الثلث) الواو فيه للحال (فالرقبة لصاحب الرقبة ، والخدمة عليها لصاحب الخدمة ، لأنه أوجب لكل واحد منهما شيئاً معلوماً عطفاً منه لاحدهما على الآخر) معناه أنه عطف قوله لآخر برقبته بالراء ، وعلى قوله أوصى له بخدمة عبده (فتعتبر هذه الحالة) أى حال العطف (بحالة الانفراد) إحدى الوصيتين عن الأخرى ، فلا تتحقق المشاركة بينهما فيما أوجب لكل واحد منهما .

وقوله (ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة) ، كالبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد (فلو لم يوص في الرقبة بشيء لصارت الرقبة ميراثاً للورثة مع كون الخدمة للموصى له) من غير اشتراك (فكذا إذا أوصى بالرقبة لانسـان آخر) يكون الرقبة للموصى له بالرقبة خاصة (فكذا إذا أوصى بالرقبة لانسـان آخر إذ الوصية أخت الميراث من حيث أن الملك يثبت فيهما بعد الموت) ثم العبد الموصى بخدمة الشخص وبرقبته لآخر إما أن يكون أدرك حق الخدمة أو لا ، فإن كان الثاني منفعة على الموصى له بالرقبة إلى أن يدرك الخدمة ، لأن بالاتفاق عليه تنمو العين ، وذلك منفعة لصاحب الرقبة .

فاذا أدرك الخدمة صار كالكبير ، والمنفعة في الكبير على من له الخدمة ، لأنه إنما يتمكن من استخدامه بالاتفاق عليه ، إذ العبد لا يقوى على الخدمة إلا به ، وإن كان

ولها نظائر ، وهو ما إذا أوصى بأمة لرجل وبما في بطنها لآخر
وهي تخرج من الثلث ، أو أوصى لرجل بخاتم ولآخر بفضة ،
أو قال هذه القوصرة لفلان وما فيها من الثمر لفلان ، كان كما أوصى
ولا شيء لصاحب الظرف في المظروف في هذه المسائل كلها ،
أما إذا فصل أحد الإيجابين عن الآخر فيها فكذلك الجواب عند
أبي يوسف ، وعلى قول محمد الأمة للموصى له بها . والولد بينها

الاتفاق عليه رده إلى من له الرقبة كالمستعير مع المغير .

وفي المبسوط والجامع للتمرثاشي نفقة العبد الموصى لخدمته وكسوته على صاحب
الخدمة ، وبه قال الاصطخري من أصحاب الشافعي وأحمد « رح » في رواية . وقال
الشافعي وأحمد في ظاهر مذهبهما على صاحب الرقبة ، وفي قول للشافعي « رح » يجب
في كسبه ، فإن لم يف ففني بيت المال . وإن جنى جناية فالفداء على من له الخدمة . وفي
المحيط لو أبى صاحب الخدمة أن يفديه فداء صاحب الرقبة أو يدفعه ويطلب الرصبة .
(ولها) أى وهذه المسألة (نظائر) ذكرها المصنف واضحة (وهو ما إذا أوصى
لرجل بأمة (١) وبما في بطنها) أى أوصى بما في بطنها (لرجل) آخر (وهي) أى الأمة
(تخرج من الثلث أو أوصى لرجل بخاتم ولآخر بفضة أو قال هذه القوصرة) بالتشديد
والتخفيف ، وعلى التمر يتخذ من القصب (لفلان وما فيها من الثمر لفلان كان كما أوصى
ولا شيء لصاحب الظرف في المظروف في هذه المسائل كلها) المظروف هو الولد والفص
وللتمر ، هذا إذا كان أحد الإيجابين موصولا بالآخر .

(أما إذا فصل أحد الإيجابين عن الآخر فيها) أى في هذه المسائل (فكذلك
الجواب عند أبي يوسف) أى كان كما أوصى ، ولا شيء لصاحب الظرف في المظروف
(وعلى قول محمد الأمة للموصى له بها والولد بينهما نصفان ، وكذلك في أخواتها)

(١) بأمة لرجل - هامش .

نصفان ، وكذلك في أخواتها . لأبي يوسف أن بإيجابه في الكلام الثاني تبين أن مراده من الكلام الأول إيجاب الأمة للموصى له بها دون الولد ، وهذا البيان منه صحيح وإن كان مفصلاً ، لأن الوصية لا تلزم شيئاً في حال حياة الموصي ، فكان البيان المفصول فيه والموصول سواء كما في وصية الرقبة والخدمة . ولمحمد أن إسم الخاتم يتناول الحلقة والفص ، وكذلك إسم الجارية يتناولها وما في بطنها ، وإسم القوصرة كذلك . ومن أصلنا أن العام الذي موجب ثبوت الحكم على سبيل الإحاطة بمنزلة الخاص فقد اجتمع في الفص وصيتان

والصواب في أخניהا وهو الخاتم مع الفص ، والقوصرة مع التمر كذلك ، قاله الكاكي . وقال الاترازي أي أخوات مسألة الوصية بالأمة لرجل وبما في بطنها لآخر ، وأراد بأخواتها مسألة الخاتم مع الفص ، ومسألة القوصرة مع التمر ، ومسألة الشاة مع الصوف ، ومسألة الدار مع البناء ، ومسألة السيف مع الحلية ، والبستان والتمر مثل ذلك ، والارض والتخل مثل ذلك .

(لأبي يوسف أن بإيجابه في الكلام الثاني تبين أن مراده من الكلام الأول إيجاب الأمة للموصى له بها دون الولد ، وهذا البيان منه صحيح وإن كان مفصلاً ، لأن الوصية لا تلزم شيئاً في حال حياة الموصي ، فكان البيان المفصول فيه والموصول سواء ، كما في وصية الرقبة والخدمة) فان هناك الموصول والمفصول سواء في الحكم .

(ولمحمد) تأخير تعطيل محمد والجواب عما استدل به أبو يوسف في الكتاب . وفي المبسوط دليل على أن المعمول على قول محمد (إن إسم الخاتم يتناول الحلقة والفص ، وكذلك إسم الجارية يتناولها وما في بطنها ، وإسم القوصرة كذلك) يعني يطلق على التمر والظرف جميعاً .

(ومن أصلنا أن العام الذي موجب ثبوت الحكم على سبيل الإحاطة بمنزلة الخاص)

وكل منها وصية بإيجاب على حدة ، فيجعل الفص بينهما نصفين ، ولا يكون إيجاب الوصية فيه للثاني رجوعاً عن الأول ، كما إذا أوصى للثاني بالخاتم بخلاف الخدمة مع الرقبة ، لأن إسم الرقبة لا يتناول الخدمة ، وإنما يستخدمه الموصى له بحكم أن المنفعة حصلت على ملكه ، فإذا أوجب الخدمة لغيره لا يبقى للموصى له فيه حق بخلاف ما إذا كان الكلام موصولاً ، لأن ذلك دليل التخصيص والاستثناء ، فتبين أنه أوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص .

في أنه يوجب الحكم فيما يتناوله على وجه القطع ، فإذا كان كذلك (فقد اجتمع في الفص وصيتان ، وكل واحد منهما وصية بإيجاب على حدة ، فيجعل الفص بينهما نصفين ، ولا يكون إيجاب الوصية فيه للثاني رجوعاً عن الأول ، كما إذا أوصى للثاني بالخاتم) لا يكون ذلك رجوعاً عن الأول ، بل يكون الفص بينهما .

(بخلاف الخدمة مع الرقبة) بأن أوصى برقبة العبد لإنسان وبرقبته لآخر يكون ذلك كما أوصى ، ولا تكون الخدمة مشتركة بينهما (لأن اسم الرقبة لا يتناول الخدمة ، وإنما يستخدمه الموصى له) بالرقبة (بحكم أن المنفعة حصلت على ملكه) ولا حق للغير فيه (فإذا أوجب الخدمة لغيره) أي إذا أوصى بالخدمة لغيره (لا يبقى للموصى له فيه حق) في الخدمة ، فكان الموصى له أخص بالخدمة .

(بخلاف ما إذا كان الكلام موصولاً ، لأن ذلك دليل التخصيص والاستثناء) ذلك بيان تقير ، فيصح بشرط الوصي (فتبين أنه أوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص) .

فان قيل الذي أوصى له بالخاتم فقد أوصى له بالفص أيضاً فلم لا يكون الفص بينهما . أجيب بأن وصية صاحب الفص أقوى ، لأنه مقصود إليه ، ووصيته للآخر على

قال ومن أوصى لآخر بثمره بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها . وإن قال له ثمرة بستانى أبداً فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش . وإن أوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل ، والفرق أن الثمرة إسم للموجود عرفاً ، فلا يتناول المعلوم إلا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الأبد ، لأنه لا يتأبد إلا يتناول المعلوم والمعلوم المذكور وإن لم يكن شيئاً . أما الغلة

وجه التبعية ، فصار وصية صاحب الفص أولى أقوى ، لأنه مقصود إليه ، فوجب أن يكون أولى ، لأن في الوصايا يعتبر الأقوى فالأقوى ، ولهذا كان العتق في المرض أقوى من سائر الوصايا .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن أوصى لآخر بثمره بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها) أي في الثمرة الموجودة وقت الموت ، وإنما قيد بقوله وفيه ثمرة لأنه إذا لم يكن فيها ثمرة والمسألة مجالها ، فمسألة الثمرة كمسألة الغلة في أنه يتناول المعلوم ما عاش ، ذكره في المبسوط ، ثم سقى البستان وخراجه وما فيه صلاحه على صاحب الغلة ، لأنه هو المنتفع به كما في النفقة . والخلاف فيه كالحلاف في النفقة .

(وإن قال له ثمرة بستانى أبداً فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش ، وإن أوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة ، وغلته فيما يستقبل ، والفرق) بين الغلة والثمرة (أن الثمرة اسم للموجود عرفاً) وفي المبسوط الثمرة اسم للموجود حقيقة (فلا يتناول المعلوم إلا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الأبد ، لأنه لا يتأبد إلا يتناول المعلوم والمعلوم المذكور وإن لم يكن شيئاً) يعني إذا نص على الأبد تدخل الثمار الموجودة باعتبار أنه مذكور لا باعتبار أن المعلوم شيء ، كما إذا أوصى بثلاث ماله لزيد ولا مال له ثم اكتسب مالا عند الموت يستحق ثلثه باعتبار أن المعلوم مذكور ، لا باعتبار أن المعلوم شيء ، وهذا بقي كقول المعتزلة واستدلواهم لهذه المسألة على أن المعلوم شيء .

فتنتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة أخرى عرفاً ،
يقال فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة أرضه وداره ، فإذا أطلقت
يتناولهما عرفاً غير موقوف على دلالة أخرى ، أما الثمرة إذا أطلقت
لا يراد بها إلا الموجود ، فلهذا يفتقر الانصراف إلى دليل زائد .
قال ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبداً أو بأولادها أو بلبنها
ثم مات فله ما في بطونها من الولد وما في ضروعها من اللبن وما على
ظهورها من الصوف يوم يموت الموصي سواء قال أبداً أو لم يقل ،
لأنه إيجاب عند الموت ، فيعتبر قيام هذه الأشياء يومئذ ، وهذا

(أما الغلة فتنتظر الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة بعد أخرى عرفاً ، يقال
فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة أرضه وداره ، فإذا أطلقت (أي الغلة) تتناولها
عرفاً) أي الموجود والحادث (غير موقوف على دلالة أخرى ، أما الثمرة إذا أطلقت لا
يراد بها إلا الموجود ، فلهذا يفتقر الإنصراف إلى دليل زائد) مثل ما إذا قال أبداً
وما عاش ، علمنا أنه أراد به الموجود والحادث جميعاً ، فيصرف إليهما وإن لم يكن في
البستان ثمرة وقت الموت فان في القياس لا شيء له . وفي الإستحسان لو لم يدخل فيه
ثمرة البستان رجال كلام الموصي ، ولو دخل فيه صح كلامه ، والكلام إذا احتتمل الصحة
والفساد حمل على الصحة كما قالوا فيمن أوصى لولد فلان وليس له ولد جاز منه الوصية
لولد ولده ، فكذا هذا .

(قال) أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير (ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبداً
أو بأولادها أو بلبنها ثم مات فله) أي للرجل الذي أوصى له (ما في بطونها من الولد وما
في ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصي سواء قال أبداً أو لم
يقول ، لانه إيجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الأشياء يومئذ ، وهذا) أي الإيصاء
بصوف الغنم على ظهورها أو نحوه (بخلاف ما تقدم) من المذكور من الوصية بثمره
البستان والوصية بالغلة .

بخلاف ما تقدم . والفرق أن القياس يأبى تمليك المردوم ، لأنه لا يقبل الملك إلا أن في الثمرة والغلة المردومة جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والإجارة فافتضى ذلك جوازه في الوصية بالطريق الأولى ، لأن بابها أوسع ، أما الولد المردوم وأختاه فلا يجوز إيراد العقد عليها أصلاً ولا تستحق بعقد ما ، فكذلك لا يدخل تحت الوصية بخلاف الموجود منها لأنه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعاً ، وبالعقد الخلع مقصوداً ، فكذا بالوصية ، والله أعلم بالصواب .

(والفرق) بين هذا وبين ما تقدم (أن القياس يأبى تمليك المردوم) من هذه الأشياء (لأنه) المردوم (لا يقبل التمليك) والحادث فيها متولد من أصل مملوك للوارث (إلا أن في الثمرة) أي إلا أن في استحقاق الثمرة (والغلة المردومة) أي في استحقاق الغلة المردومة (جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والإجارة) وفي بعض النسخ كالإجارة والمعاملة (فافتضى ذلك) أي ورود الشرع فيها ذكر (جوازه) أي جواز العقد (في الوصية بالطريق الأولى ، لأن بابها أوسع) لأن باب الوصية أوسع من غيرها .

(أما الولد المردوم وأختاه) أي أخت الولد المردوم ، وهما الصوف المردوم واللبن المردوم (فلا يجوز إيراد العقد عليها أصلاً ولا تستحق بعقد ما) أي لا يصح استحقاقها أصلاً بعقد من العقود (فكذلك لا يدخل تحت الوصية) ولا يصح استحقاقها بعقد الوصية أيضاً .

(بخلاف الموجود منها) أي من الأشياء المذكورة (لأنه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعاً) حيث يدخل الصوف في بيع الغنم واللبن لذلك (وبالعقد الخلع) أي يدخل بعقد الخلع (مقصوداً) صورته قالت لزوجها خالعتي على ما في بطن جاريتي أو غنمي صح وله ما في بطنها وإن لم يكن في البطن شيء له فلا شيء له وما حدث بعده للمرأة ، لأن في البطن قد يكون له قيمة وقد لا يكون ، فلم تعزم ، حتى لو قالت على حمل جاريتي وليس في بطنها حمل يرد المهر ، كذا قال في التعامل (فكذا بالوصية) أي فكذا تجوز بها (والله أعلم بالصواب) .

باب وصية الذمي

قال وإذا صنع يهودي أو نصراني بيعة أو كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث ، لأن هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة ، والوقف عنده يورث ولا يلزم ، فكذا هذا . وأما عندهما فلأن هذه معصية فلا تصح عندهما . قال ولو أوصى بذلك لقوم مسلمين فهو من الثلث ،

(باب وصية الذمي)

هذا باب في بيان حكم وصية الذمي .

(قال) أي محمد «رح» في الجامع الصغير (وإذا صنع يهودي أو نصراني بيعة لليهود أو كنيسة) للنصارى ، والأصح أن البيعة للنصارى والكنيسة لليهود (في صحته ثم مات فهو ميراث) بالاتفاق بين أصحابنا على اختلاف التخريج ، أشار بقوله (لأن هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة ، والوقف عنده يورث ولا يلزم) إلا بحكم الحاكم لما عرف في كتاب الوقف (فكذا هذا) يعني الوقف إذا كان لمسلم يورث ، فكذا إذا كان لذمي ، لكن إذا لم يكن . فإن كان مسجداً لا يورث ولا يقال البيعة في حقهم كالمسجد في حقنا ، والمسلم لو جعل داره مسجداً لا يورث ، فينبغي أن تكون البيعة كذلك ، لأننا نقول المسجد محرز عن حقوق العباد فيصير لله تعالى خالصاً فلا يورث ، ولا كذلك البيعة ، لأن البيع عندهم للمنافع ، فإن أساقفتهم تسكن فيها وتدفن فيها موثماً ، كذا في جامع قاضي خان وغيره .

(وأما عندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد «رح» ، (فلأن هذه معصية فلا تصح عندهما) أي فلا تصح الوصية بالمعصية ، وهو قول الأئمة الثلاثة ، فإذا كان كذلك فيورث بالاتفاق بلا خلاف بين العلماء ، والخلاف في التخريج كما رأته .

معناه إذا أوصى أن تبنى داره بيعة أو كنيسة فهو جائز من الثلث ،
لان الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التملك ، وله ولاية
ذلك فأمكن تصحيحه على اعتبار المعنيين . قال وإن أوصى بداره
كنيسة لقوم غير مسلمين جازت الوصية عند أبي حنيفة . وقالوا
الوصية باطلة ، لان هذه معصية حقيقة . وإن كان في معتقدم قرابة
والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من تقرير المعصية . ولا يبي
حنيفة أن هذه قرابة في معتقدم ، ونحن أمرنا بأن نتركهم وما
يدينون ، فتجوز بناء على اعتقادهم ، ألا يرى أنه لو أوصى بما
هو قرابة حقيقة معصية في معتقدم لا تجوز الوصية اعتباراً

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ولو أوصى) أي الذمي (بذلك) أي محمد في
الجامع الصغير أي كنيسة على ما فسر المصنف الآن (لقوم مسلمين) أي معينين يحصى
عدمهم جاز بالاتفاق ، وفيه خلاف الشافعي وأحمد « رح » (فهو من الثلث) أي فهو
جائز من ثلثه ، قال المصنف (معناه إذا أوصى أن تبنى داره بيعة أو كنيسة فهو
جائز من الثلث ، لان الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التملك وله) أي وللذمي
(ولاية ذلك فأمكن تصحيحه على اعتبار المعنيين) أي معنى الاستحقاق ومعنى التملك .
(قال) أي محمد (وإن أوصى بداره كنيسة لقوم غير مسلمين جازت الوصية عند
أبي حنيفة وقالوا الوصية باطلة ، لان هذه معصية حقيقة ، وإن كان في معتقدم قرابة ،
والوصية بالمعصية باطلة) وبه قالت الاثثة الثلاثة (لما في تنفيذها) أي لتنفيذ هذه
الوصية (من تقرير المعصية) وهو لا يجوز .

(ولأبي حنيفة أن هذه قرابة في معتقدم ، ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون) وفي
بعض النسخ وما يمتقدون (فتجوز بناء على اعتقادهم) ثم أوضح ذلك بقوله (ألا ترى
أنه لو أوصى بما هو قرابة حقيقة معصية في معتقدم لا تجوز الوصية اعتباراً لاعتقادهم ،

لاعتقادهم ، فكذا عكسه ، ثم الفرق لابي حنيفة بين بناء البيعة
والكنيسة وبين الوصية به أن البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك
الباني ، وإنما يزول ملكه بأن يصير محرزاً خالصاً لله تعالى ، كما
في مساجد المسلمين والكنيسة لم تصر محرزة لله تعالى حقيقة .
فتبقى ملكاً للباني فتورث عنه ، ولأنهم يبنون فيها الحجرات
ويسكنونها ، فلم يتحرز لتعلق حق العباد به ، وفي هذه الصورة يورث

فكذا عكسه) الاصل في هذا الإعتبار المعتقد ، فإنهم لو أوصوا بالحج لم يعتبر وإن كان
عبادة عندنا بلا خلاف ، فكذا إذا أوصوا بما هو في اعتقادهم عبادة صح وإن كان
عندنا معصية لأننا أمرنا بتركهم وما يدينون كما في الحر والخزير ، حيث يجوز بينهم
فيما بينهم ، لأنهم يدينون جواز ذلك وهم يدينون جواز الإيضاء ببناء البيعة والكنيسة ،
فيجوز ذلك فيما على اعتقادهم . قالوا هذا الاختلاف إذا أوصى ببناء بيعة أو كنيسة
في القرى ، أما في المصر فلا يجوز باتفاق ، لأنهم لا يمكنون من إحداث ذلك
في الإيضاء .

(ثم الفرق لابي حنيفة بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية به) أي ببناء ذلك ثم
مات يورث ، وإذا أوصى ببناء ذلك ثم مات لا تورث (ان البناء نفسه ليس بسبب
لزوال ملك الباني وإنما يزول ملكه بأن يصير محرزاً خالصاً لله تعالى كما في مساجد
المسلمين والكنيسة لم تصر محرزة لله حقيقة) ألا ترى أن أسأفتهم وربهانهم يسكنون
فيها في الحجرات ويدفنون فيها موتاهم ، والمسمى أيضاً إذا لم يكن خالصاً لله تعالى
يورث ، كما إذا جمل داره مسجداً وتحتة سرداب وفوقه بيت ، وإذا كان الامر كذلك
(فتبقى ملكاً للباني فتورث عنه) .

(ولأنهم يبنون فيه) دليلاً آخر ، أي في البيع والكنائس (الحجرات) وهي جمع
حجرة (ويسكنونها فلم تحرز لتعلق حق العباد به ، وفي هذه الصورة يورث المسجد

المسجد أيضاً لعدم تحرزه ، بخلاف الوصية ، لأنه وضع لإزالة الملك ، إلا أنه امتنع ثبوت مقتضاه في غير ما هو قرينة عندهم ، فبقي فيها هو قرينة على مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث . ثم الحاصل أن وصايا الذمي على أربعة أقسام ، منها أن تكون قرينة في معتقدتهم ولا تكون قرينة في حقنا ، وهو ما ذكرناه . وأما إذا أوصى الذمي بأن تذبح خنازيره وتطعم المشركين ، وهذه على الخلاف إذا كان لقوم غير مسلمين كما ذكرناه ، والوجه ما بيناه . ومنها إذا أوصى بما يكون قرينة في حقنا ولا يكون قرينة في معتقدتهم ، كما إذا أوصى بالحج أو بأن يبني مسجداً للمسلمين أو بأن يسرج في مساجد

أيضاً لعدم تحرزه ، بخلاف الوصية) متصل بقوله ان البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني (لأنه وضع لإزالة الملك) أي لان الوصية على تأويل الإيضاء أيضاً لازالة الملك (الا أنه امتنع ثبوت مقتضاه) أي مقتضى الوصية على التأويل أيضاً (في غير ما هو قرينة عندهم فبقي) أي الوصية على التأويل المذكور (فيها هو قرينة على مقتضاه ، فيزول ملكه فلا يورث) .

(ثم الحاصل) في هذه (أن وصايا الذمي على أربعة أقسام ، منها أن تكون قرينة في حقهم ولا تكون قرينة في حقنا ، وهو ما ذكرناه) أراد به الوصية ببناء البيعة والكنيسة (وأما إذا أوصى الذمي بأن تذبح خنازيره وتطعم المشركين ، وهذه على الخلاف إذا كان لقوم غير مسلمين كما ذكرناه) وهو قوله وإن أوصى بداره كنيسة لقوم غير مسلمين جازت الوصية عند أبي حنيفة « رح » ... الخ (والوجه ما بيناه) أي من الجانبين وهو المعتبر عنده اعتقادهم ، وعندهما أنها وصية بمعصية .

(ومنها إذا أوصى بما يكون قرينة في حقنا ولا يكون قرينة في معتقدتهم ، كما إذا أوصى بالحج أو بأن يبني مسجداً للمسلمين ، أو بأن يسرج في مساجد المسلمين ، وهذه

المسلمين ، فهذه الوصية باطلة بالإجماع اعتباراً لاعتقادهم ، إلا إذا كان لقوم بأعيانهم لوقوعه تملكاً ، لأنهم معلومون والجهة مشهورة . ومنها إذا أوصى بما يكون قرابة في حقنا وفي حقهم ، كما إذا أوصى بأن تسرج في بيت المقدس أو يغزي الترك وهو من الروم ، وهذا جائز سواء كانت لقوم بأعيانهم أو بغير أعيانهم ، لأنه وصية بما هو قرابة حقيقة وفي معتقدهم أيضاً . ومنها إذا أوصى بما لا يكون قرابة لا في حقنا ولا في حقهم ، كما إذا أوصى للمغنيات والنائحات فإن هذا غير جائز ، لأنه معصية في حقنا وفي حقهم ، إلا أن يكون

الوصية باطلة بالإجماع اعتباراً لاعتقادهم ، إلا إذا كان لقوم بأعيانهم (فإنها تصح (لوقوعه تملكاً ، لأنهم معلومون والجهة مشهورة) يعني أن كلامه في صرف المال الموصى به أى استضاءة المسجد وغيرها مخرج منه على الطريق المشهورة لا على طريق الإلزام . قال قاضي خان ولو كان لقوم بأعيانهم صحت ، ويكون تملكاً منهم وتبطل الجهة التي عينها إن شاء فعلوا وإن شاء تركوا ، وإن كانوا لا يحصون لا تصح الوصية ، لأنه لا يمكن تصحيحه تملكاً ، وإنها ليست بقرابة في اعتقادهم . ومنها إذا أوصى بأن يكون قرابة في حقنا ولا يكون قرابة في معتقدهم ، كما إذا أوصى بالحج ، أو بأن يعني مسجد المسلمين ، أو بأن يسرج في مساجد المسلمين ، وهذه الوصية باطلة بالإجماع أخباراً لاعتقادهم ، إلا إذا كان لقوم بأعيانهم لوقوعه تملكاً ، لأنهم معلومون والجهة مشهورة . (ومنها إذا أوصى بما يكون قرابة في حقنا وفي حقهم ، كما إذا أوصى بأن تسرج في بيت المقدس أو يغزي الترك وهو) الذي أوصى (من الروم وهذا جائز ، سواء كان لقوم بأعيانهم أو بغير أعيانهم ، لأنه وصية بما هو قرابة حقيقة ، وفي معتقدهم أيضاً) أن الديانة متفقة من الكل على ذلك ، لأن هذا ، أى يتقرب به المسلمون وأهل النعمة جميعاً . (ومنها ما إذا أوصى بما لا يكون قرابة لا في حقنا ولا في حقهم ، كما إذا أوصى للمغنيات والنائحات ، فإن هذا غير جائز ، لأنه معصية في حقنا وفي حقهم ، إلا أن

لقوم بأعيانهم فيصح تمليكاً واستخلاقاً ، وصاحب الهوى إن كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم ، لأننا أمرنا ببناء الأحكام على الظاهر ، وإن كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته بين أبي حنيفة وصاحبيه ، وفي المرتدة الأصح أن تصح وصاياها لأنها تبقى على الردة ، بخلاف المرتد ، لأنه يقتل أو يسلم قال وإذا دخل الحربي دارنا بأمان فأوصى لمسلم أو ذمي بماله كله جاز ، لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة ، ولهذا

يكون لقوم بأعيانهم فيصح تمليكاً واستخلاقاً ، وصاحب الهوى إن كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلمين ، لأننا أمرنا ببناء الأحكام على الظاهر . وإن كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته (إلا أن يكون لقوم بأعيانهم ، لأنه وصية ، فتصح تمليكاً واستخلاقاً ، وصاحب الهوى إذا كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم ، لأننا أمرنا ببناء الأحكام على الظاهر ، وإن كان يكفر فهو بمنزلة المرتد ، فيكون على الخلاف المعروف (بين أبي حنيفة وصاحبيه) وهو أن ملكه لا يزول عنده خلافاً لهما .

(وفي المرتدة ، الأصح أنه تصح وصاياها ، لأنها تبقى على الردة) ولا تقتل فصار كالدنية في صحة الوصية (بخلاف المرتد ، لأنه يقتل أو يسلم) وذكر المصنف في زيادته على خلاف هذا . وقال قال بعضهم لا يكون بمنزلة الدنية ، وهو الصحيح ، حتى لا يصح منها وصية . والفرق بينها وبين الدنية إن الدنية تقرر على اعتقادها ، أما المرتدة لا تقرر على اعتقادها ، لأنها تجبر على الاسلام بالحبس ولا منافاة بين كلاميه ، لأنه قال هناك الصحيح وما هنا الأصح ، وهما مصدقان .

(قال) أي محمد «رح» في الجامع الصغير (وإذا دخل الحربي دارنا بأمان فأوصى لمسلم أو ذمي بماله كله جاز ، لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة ، ولهذا

تفقد إجازتهم ، وليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب ،
إذ هم أموات في حقنا ، ولأن حرمة ماله باعتبار الأمان ، والأمان
كان لحقه لا لحق ورثته . فلو كان أوصى بأقل من ذلك أخذت
الوصية ويرد الباقي على ورثته ، وذلك من حق المستأمن أيضاً .
ولو أعتق عبده عند الموت أو دبر عبده في دار الاسلام فذلك
صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بينا . وكذلك لو أوصى له مسلم
أو ذمي بوصية جاز ، لأنه ما دام في دار الاسلام فهو في المعاملات
بمنزلة الذمي ، ولهذا تصح عقود التمليكات منه في حال حياته

ينفذ بإجازتهم ، وليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب إذ هم أموات في
حقنا) أى حكمهم كحكم الاموات .

(ولأن حرمة ماله باعتبار الأمان والأمان كان لحقه لا لحق ورثته . ولو كان أوصى
بأقل من ذلك أخذت الوصية ويرد الباقي على ورثته الذين في دار الحرب وإن كانت ورثته
معه حين دخل بالأمان وأوصى بماله كله يتوقف على إجازتهم ، وإليه الإشارة في الكتاب
بقوله وليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب (وذلك من حق المستأمن أيضاً) هذا
جواب عما يرد على قوله ورد الباقي على ورثته ، وهو أن يقال قد قلت ليس لورثته حق
مرعي لكونهم في دار الحرب فكيف يرد عليهم الباقي ووجهه أن ذلك المرد على الورثة
أيضاً مراعاة لحق المستأمن لا من حقه تسليم ماله إلى ورثته عند الفراغ من حاجته والزيادة
على مقدار ما أوصى به فارغ عن ذلك .

(ولو أعتق عبده) أى عبد الحربي (عند الموت أو دبر عبده في دار الإسلام ،
فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بينا) إشارة إلى قوله لأن امتناع الوصية بما
زاد على الثلث لحق الورثة إلى آخره (وكذا لو أوصى له مسلم) أى وكذا الحكم لو
أوصى للحربي الذمي دخل بأمان مسلم (أو ذمي بوصية جاز ، لأنه ما دام في دار الاسلام

ويصح تبرعه في حياته ، فكذا بعد مماته . وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه لا يجوز لأنه مستأمن من أهل الحرب إذ هو على قصد الرجوع ، ويمكن منه ولا يمكن من زيادة المقام على السنة إلا بالجزية . ولو أوصى الذمي بأكثر من الثلث لبعض ورثته لا يجوز اعتباراً بالمسلمين ، لأنهم التزموا أحكام الاسلام فيما يرجع إلى المعاملات . ولو أوصى لخلاف ملته جاز اعتباراً بالارث ، إذ الكفر كله ملة واحدة . ولو أوصى لحربي في دار الاسلام لا يجوز ، لأن الارث ممتنع لتباين الدارين والوصية أخته والله أعلم بالصواب .

فهو في المعاملات بمنزلة الذمي ، ولهذا تصح عقد التمليكات منه في حال حياته ، ويصح تبرعه في حياته ، فكذا بعد مماته .

(وعن أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » أنه لا يجوز ، لأنه مستأمن من أهل الحرب ، إذ هو على قصد الرجوع ، ويمكن منه) أي من الرجوع (ولا يمكن من زيادة المقام) أي الإقامة (على السنة إلا بالجزية) .

(ولو أوصى الذمي بأكثر من الثلث لبعض ورثته) أو أوصى بعض ورثته بوصية (لا يجوز اعتباراً بالمسلمين ، لأنهم التزموا أحكام الاسلام فيما يرجع إلى المعاملات ولو أوصى لخلاف ملته) بأن أوصى نصراني أو يهودي أو بالعكس (جاز اعتباراً بالارث ، إذ الكفر كله ملة واحدة) .

(ولو أوصى) الذمي في دار الاسلام (لحربي) في دار الحرب ، وقوله (في دار الاسلام) ظرف لقوله أوصى لا لقوله حربي ، لأن الذمي يجوز وصيته كمستأمن في دار الاسلام . قوله (لا يجوز) جواب (لأن الارث ممتنع لتباين الدارين والوصية أخته) أي أخت الارث ، وعند مالك وأحمد « رح » وأكثر أصحاب الشافعي رحمه الله يجوز (والله أعلم) .

(باب الوصي وما يملكه)

قال ومن أوصى إلى رجل فقبل الوصي في وجه الموصي وردها في غير وجهه فليس برد ، لأن الميت مضى لسبيله معتمداً عليه ، فلو صح رده في غير وجهه في حياته أو بعد مماته صار مغروراً من جهته فردده ، بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه أو ببيع ماله ، حيث يصح رده في غير وجهه ، لأنه لا ضرر هناك ، لأنه حي

(باب ما يتعلق^(١) بأحكام الوصي)

أي هذا باب في بيان ما يتعلق بأحكام الوصي ، وهو الذي يوصى إليه ، وفي بيان حكم ما يملك الوصي . ولما فرغ من أحكام الموصى له شرع في بيان الموصى إليه ، وقدم الموصى له لكثرة وقوعه .

(قال) أي القدوري (ومن أوصى إلى رجل فقبل الوصي في وجه الموصي وردها) أي الوصية (في غير وجهه) أي بغير علم الموصي (فليس برد) يعني لا يعتبر برده (لأن الميت مضى لسبيله) أي مات حال كونه (معتمداً عليه) أي على الوصي الذي قبل في وجه الميت (فلو صح رده في غير وجهه في حياته أو بعد مماته صار مغروراً من جهته فردده) أي رد الوصي بغير علم الموصى وبعد مماته . وقال الشافعي وأحمد « رح » له رده بغير علمه وبعد موته . وعن أحمد « رح » رواية في الرد وبعد موته ومثل قولنا .

(بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه ، أو ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه ، لأنه لا ضرر هناك ، لأنه حي قادر على التصرف بنفسه) قوله بغير عينه احتراز عن

(١) الوصي وما يملكه - هامش .

قادر على التصرف بنفسه . فإن ردها في وجهه فهو رد ، لأنه ليس للموصي ولاية إلزامه التصرف ولا غرور فيه ، لأنه يمكنه أن ينيب غيره . وإن لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار إن شاء قبل ، وإن شاء لم يقبل ، لأن الموصي ليس له ولاية الإلزام ، فبقي خيراً ، فلو أنه باع شيئاً من تركته فقد لزمته ، لأن ذلك

الوكيل بشراء عبد بعينه ، لأنه لا يملك عزل نفسه ثمة أيضاً بغير علم الموكل ، كما في الوصي ، لأنه يؤدي إلى تقرير الموكل . وفي النهاية هذا الذي ذكره معنى صاحب الهداية مخالف لعامة روايات الكتب من النخيرة وأدب القاضي للصدر الشهيد وجامع المحبوبي وفتاوى قاضيخان « رح » ، حيث ذكر فيها أن الوكيل لو عزل نفسه حال غيبة الموكل . وكذا من غير علم لا ينزل ، حتى لو عزل نفسه لا يخرج عن الوكالة .

وقال الأترابي أداه كله بشراء شيء بعينه له أن يعزل نفسه بمحض من موكله على قول بعض المشايخ ، واليه أشار صاحب الهداية في كتاب الوكالة في فصل الشراء بقوله ولا يملك على ما قيل إلا بمحض من الموكل ، إذ لا يملك الوكيل عزل نفسه بغير علم الموكل على قول بعض المشايخ ، فمن هذا عرفت أن ما قال بعضهم في شرحه هذا الذي قاله صاحب الهداية مخالف لعامة رواية الكتب كالتمتة والنخيرة وغيرها ليس بشيء ، لأن مراد ما ذكر في التتمة وغيرها من قوله الوكيل لا يملك إخراج نفسه عن الوكالة بغير علم الموكل ، فإذا كان وكيلاً بشراء شيء بعينه متوافقة الروايات جميعها ، ولم يختلف . ونقل الأكل ما قال صاحب النهاية ، ثم نقل كلام الأترابي بقوله قال بعض الشارحين وسكت عليه لوصايته .

(قال) أي القُدوري (فإن ردها في وجهه فهو رد ، لأنه ليس للموصي ولاية إلزامه التصرف ولا غرور فيه ، لأنه يمكنه أن ينيب غيره ، فإن لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار إن شاء قبله وإن شاء لم يقبل ، لأن الموصي ليس له ولاية الإلزام فبقي خيراً) بين القبول والرد .

دلالة الالتزام والقبول ، وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع لصدوره من الموصي ، وسواء علم بالوصاية أو لم يعلم ، بخلاف الوكيل إذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ ، لأن الوصاية خلافة ، لأنه يختص بحال انقطاع ولاية الميت ، فتنقل الولاية إليه ، وإذا كانت خلافة لا تتوقف على العلم كالوراثة ، أما التوكيل فهو إبانة لثبوته في حال قيام ولاية المنيب ، فلا يصح من غير علمه كإثبات الملك بالبيع والشراء

(فلو أنه) أي الذي أوصى إليه (باع شيئاً من تركته) أي من تركه الميت الذي أوصى إليه وهو لم يقبل ولم يرد (فقد لزمته) أي حكم الإيصاء إليه (لأن ذلك) أي فعل من المبيع (دلالة الالتزام) أي التزام الوصاية (والقبول) لأن القبول تارة يكون بالدلالة ، وتارة يكون بالإيضاح فهو باع شيئاً من تركته كان ذلك قبولاً منه بطريق الدلالة ، وكذا لو اشترى شيئاً للميت من بعض ما يحتاج إليه إذا قبض مالا أو قضاء (وهو معتبر بعد الموت) يعني القبول يجوز أن يكون دلالة ، فإنها تعمل عمل الصريح إذا لم يوجد صريح يخالفه ، لكنه يتغير ذلك بعد الموت ، أي بعد موت الموصي (وينفذ البيع) أي البيع الذي باعه (لصدوره من الموصي ، وسواء علم بالوصاية أو لم يعلم) وهذه رواية الزيادات وبعض روايات المأذون ، فعلى هذه الرواية يحتاج إلى الفرق بين الوصاية والوكالة .

أشار إلى الفرق بقوله (بخلاف الوكيل إذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ بيعه ، لأن الوصاية خلافة ، لأنه يختص بحال انقطاع ولاية الميت ، فتنقل الولاية إليه) يعني أن الموصي له خليفة للموصي والخلافة كالإرث ، فلا يتوقف على العلم كالإرث ، فثبتت بلا علم ، وهو معنى قوله (وإذا كانت خلافة لا يتوقف على العلم كالوراثة) أي لا يتوقف استحقاق الوارث الإرث على علمه . فثبتت بلا علم .

(أما التوكيل فهو إبانة لثبوته في حال قيام ولاية المنيب فلا يصح من غير علمه) بأنه وكيل (كإثبات الملك بالبيع والشراء) قبل القبول ، فان باع شيئاً وقال بعت هذا من

وقد بينا طريق العلم وشرط الاخبار فيما تقدم من الكتب .
وإن لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا أقبل ثم قال أقبل فله ذلك
إن لم يكن القاضي أخرجه من الوصية حين قال لا أقبل ، لأن
بمجرد قوله لا أقبل لا يبطل الايصاء ، لأن في إبطاله ضرراً بالميت ،
وضرر الوصي في الإبقاء مجبور بالثواب

فلان ولم يعلم ، وكذا لو وهب من فلان ولم يعلم فلان يتوقف نفاذ العقود على
القبول ، كذا هذا . وعلى رواية كتاب الوكالة لا يشترط العلم للوكالة أيضاً اعتبار
الوصاية ، لأن كلا منهما اثبات الولاية . وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يجوز بيع
الوصي أيضاً قبل العلم بالوصاية اعتباراً بالوكالة ، لأن كلا منهما نيابة ، لكن الوكالة
قبل الموت وتلك بعد الموت .

(وقد بينا طريق العلم) يعني في فصل القضاء بالمواريث ، يعني أن العلم بالوكالة
ثبت بخبر الواحد رجلاً كان أو امرأة صبيّاً كان أو بالغاً . وكذلك العزل عندهما بخبر
الواحد مطلقاً . وعند أبي حنيفة « رح » يشترط العدد والعدالة ، حتى لا يثبت العزل
عنده إلا بخبر اثنين أو بخبر الواحد العدل (وشرط الاخبار فيما تقدم من الكتب) ومن تلك
الكتب ما ذكره المصنف في كتاب أدب القاضي في فصل القضاء بالمواريث بقوله وهذا
علم من الناس بالوكالة إلى آخره .

(وإن لم يقبل) أي الرجل الوصية (حتى مات الموصي فقال لا أقبل ثم قال أقبل
فله ذلك إن لم يكن القاضي أخرجه من الوصية حين قال لا أقبل ، لأن بمجرد قوله لا أقبل
لا يبطل الإيصاء ، لأن في إبطاله ضرراً بالميت ، وضرر الوصي في الإبقاء مجبور بالثواب)
هذا جواب عما يقال كما يلزم الضرر بالميت في بطلان الايصاء بقوله لا أقبل يلزم الضرر
أيضاً بالوصي في بقاء الايصاء ولزومه ، لأنه يعجز عن القيام بذلك علم تحكيم ضرر
الوصي دون ضرر الميت . حيث قلتم لا يبطل الايصاء بقوله لا أقبل ، فاجاب بقوله
وضرر الوصي مجبور بالثواب ، بيانه لما لم يكن دفع الضررين جميعاً لا بد من ان يتحمل أدنى

ودفع الأول ، وهو أعلى أولى إلا أن القاضي إذا أخرجه عن الوصاية يصح ذلك ، لأنه مجتهد فيه ، إذ للقاضي ولاية دفع الضرر ، وربما يعجز عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصاية ، فيدفع الضرر عنه ، وينصب حافظاً لمال الميت متصرفاً فيه فيندفع الضرر من الجانبين ، فلهذا ينفذ إخراجاً . فلو قال بعد إخراج

الضررين بدفع الضرر الأعلى ، والأعلى هنا ضرر الميت ، لأن ضرره ليس بمجبور بشيء ، وضرر الوصي مجبور بالتواب .

(ودفع الاول) أى اولى الضررين ، وهو ضرر الميت (وهو أعلى) أى والحال أن ضرر الميت (أولى) من دفع ضرر الوصي (إلا أن القاضي إذا أخرجه عن الوصاية يصح ذلك) هذا استثناء من قوله ثم قال أقبل فله ذلك ، يعني يجوز قبوله إلا إذا أخرجه القاضي من الوصاية حين قال لا أقبل يصح ذلك ، أى إخراجاً عن الوصاية (لأنه) أى لأن قضاء القاضي (مجتهد فيه) لأن عند زفره رح ، يرد بمجرد قوله لا أقبل فيصح قضاء القاضي لوقوعه في المجتهد فيه ، فلما صح القضاء بطلت الوصية ، فقبوله بعد ذلك يكون بعد بطلان الوصية فلا يصح (إذ للقاضي ولاية دفع الضرر ، وربما يعجز) أى الوصي (عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصاية ، فيدفع القاضي الضرر عنه ، وينصب حافظاً لمال الميت متصرفاً فيه ، فيندفع الضرر من الجانبين) أى من جانب الميت وجانب الوصي الذي أخرجه القاضي (فلهذا) أى فلأجل وقوع قضاء القاضي في مجتهد فيه (ينفذ إخراجاً) أى إخراج القاضي إياه .

وكان المشايخ اختلفوا في تعليل صحة هذا الإخراج ، فمنهم من علل بما ذكره المصنف وهو الذي ذهب إليه شمس الأئمة السرخسي ، واختاره المصنف ، ومنهم من قال إنما صح إخراجاً لأن الوصاية لو صحت بقوله كان للقاضي أن يخرجها ويصح الإخراج ، فهانئنا أولى ، وإلى ذهب شمس الأئمة الحلواني .

(فلو قال بعد إخراج القاضي إياه أقبل لم يلتفت إليه ، لأنه قبل بعد بطلان الوصاية)

القاضي إياه أقبل لم يلتفت إليه ، لانه قبل بعد بطلان الوصاية
يابطال القاضي . قال ومن أوصى إلى عند أو كافر أو فاسق أخرجهم
القاضي من الوصاية ونصب غيرهم ، وهذا اللفظ يشير إلى صحة
الوصية ، لان الإخراج يكون بعدها . وذكر محمد في الاصل أن
الوصية باطلة ، قيل معناه في جميع هذه الصور أن الوصية ستبطل .
وقيل معناه في العبد باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده ، وفي غيره
معناه ستبطل . وقيل في الكافر باطل أيضا لعدم ولايته على المسلم .
ووجه الصحة ثم الإخراج أن أصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة ،

بإبطال القاضي (وبعد البطلان لا يبقى شيء .

(قال) أي القدوري (ومن أوصى إلى عبد أو كافر أو فاسق أخرجهم القاضي عن
الوصية ونصب غيرهم) أي هنا كلام القدوري ، وقال المصنف «رح» (وهذا اللفظ) أي
لفظ القدوري (يشير إلى صحة الوصية ، لأن الإخراج يكون بعدها) لأن الوصية إذا
كانت باطلة فمن أين يتحقق إخراجهم عن الوصية .

(وذكر محمد في الأصل) أي المبسوط (أن الوصية باطلة) واختلف المشايخ في انه
باطل أصلا ، ومعناه سيبطل ، واليه أشار المصنف بقوله (قيل معناه) أي معني قول
محمد أن الوصية باطلة (في جميع هذه الصور) وهي الوصية إلى العبد والفاسق والكافر
(أن الوصية ستبطل) واليه ذهب القدوري وفخر الاسلام البزدوي وعامة المشايخ .
(وقيل في العبد معناه باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده) أي ولعدم استبداده
في الامور ، واليه ذهب شمس الائمة السرخسي (وفي غيره) أي وفي غير العبد (معناه
ستبطل) وغير العبد الكافر والفاسق .

(وقيل في الكافر باطل أيضا لعدم ولايته على المسلم) لقوله تعالى ﴿ ولن يجعل الله
للكافرين على المؤمنين سبيلا ﴾ ١٤١ النساء (ووجه الصحة ثم الإخراج أن أصل النظر

وولاية الفاسق على أصلنا ، وولاية الكافر في الجملة ، إلا أنه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على إجازة المولى وتمكنه من الحجر بعدها والمعاداة الدينية الباعثة للكافر على ترك النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة فيخرج القاضي من الوصاية ، ويقم غيره مقامه إتماماً للنظر . وشرط في الأصل أن يكون الفاسق مخوفاً عليه في المال ، وهذا يصلح عذراً في إخراجه وتبديله بغيره .

ثابت لقدرة العبد حقيقة ، وولاية الفاسق على أصلنا) حتى ينقذ النكاح بحضوره (وولاية الكافر في الجملة) ألا ترى أن محمداً ذكر في كتاب القسمة أن الكافر لو قاسم شيئاً قبل أن يخرج القاضي جاز ذلك ، فثبت أن الإيصاء إليه صحيح ، وذلك لأن الكافر يجوز أن يتصرف بالوكالة ، فجاز أن يتصرف بالوصاية أيضاً . ولو اشترى الكافر عبداً مسلماً جاز شراؤه ، ولكنه يؤمر بالبيع . وقال مالك والشافعي في وجه واحد في رواية كقولنا .

(إلا أنه) أى غير أنه (لم يتم النظر) في اسناد الوصاية إلى هؤلاء ، وبين كل واحد بقوله (لتوقف ولاية العبد على إجازة المولى وتمكنه من الحجر بعدها) أي بعد الإجازة . وعند مالك واحد «رح» تجوز الوصية إلى العبد سواء كان عبد نفسه أو عبد غيره ، وسيجيء مزيد الكلام فيه .

(والمعاداة الدينية الباعثة للكافر على ترك النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة) فإذا لم يتم النظر في اسناد الوصية إلى هؤلاء (فيخرج القاضى) أي يخرج كل واحد من هؤلاء يعني العبد والكافر والفاسق (من الوصاية ويقم غيره مقامه إتماماً للنظر) في حق الميت .

(وشرط في الأصل) أي شرط محمد في المبسوط (أن يكون الفاسق مخوفاً عليه في المال ، وهذا) أى كون الفاسق بحيث يخاف عليه في المال لخيانته (يصلح عذراً في إخراجه) أى في إخراج الفاسق عن الوصاية (وتبديله بغيره) ممن يكون موصوفاً

قال ومن أوصى الى عبد نفسه وفي الورثة كبار لم تصح الوصية ،
لان للكبير أن يمنعه أو يبيع نصيبه فيمنعه المشتري فيعجز
عن الوفاء بحق الوصاية فلا يفيد فائدته ، وإن كانوا صغاراً
كلهم فالوصية إليه جائزة عند أبي حنيفة ، ولا تجوز عندهما
وهو القيلس . وقيل قول محمد مضطرب فيه ، يروى مرة مع أبي حنيفة
وثارة مع أبي يوسف . وجه القياس أن الولاية منعدمة لما أن الرق
يناقضها . ولأن فيه إثبات الولاية للمملوك على المالك ، وهذا قلب

بالامانة . وعند الشافعي ومالك وأحمد في رواية لا تصح الوصاية إلى الفاسق ، لانه ليس
من أهل الشهادة فلا يكون من أهل الولاية كالمجنون . وقال احمد في رواية يصح ، ولكن
يضم اليه أمين .

(قال) أى القدورى (ومن أوصى إلى عبد نفسه وفي الورثة كبار لم تصح الوصية
لان للكبير أن يمنعه) لانه يلي عليه (او يبيع) أى يبيع الوارث الكبير (نصيبه) من
العبد (فيمنعه المشتري) أى يمنع العبد الذي اشتراه (فيعجز عن الوفاء بحق الوصاية ،
فلا يفيد فائدته) أى فلا تحصل فائدة الإيصاء . وقال البزدي حتى صار بعضه متولياً
عليه وهو ما لا يتجزأ بطل كله .

(وإن كانوا) أى الورثة (صغاراً كلهم فالوصية اليه) أى إلى العبد (جائزة عند
أبي حنيفة ولا تجوز عندهما) وبه قال الشافعي وأبو ثور ، وعند مالك وأحمد «رح» يجوز
سواء كان عبد نفسه أو عبد غيره . وقال ابراهيم النخعي والأوزاعي وابن شبرمة تصح إلى
عبد نفسه ، ولا تصح إلى عبد غيره ، أى قولهما (وهو القياس . وقيل قول محمد مضطرب
فيه يروى مرة مع أبي حنيفة «رح» ، ويروى مرة مع أبي يوسف «رح» . وجه القياس أن
الولاية منعدمة لما أن الرق يناقضها) أى ينافي الولاية (ولأن فيه) أى في جواز الإيصاء
إلى العبد (إثبات الولاية للمملوك على المالك ، وهذا قلب المشروع) لأن المشروع ولاية
المالك على المملوك .

المشروع . ولأن الولاية الصادرة من الأب لا تتجزأ ، وفي اعتبار هذه تجزأتها لأنه لا يملك بيع رقبته ، وهذا نقض الموضوع . وله أنه مخاطب مستبد بالتصرف ، فيكون أهلاً للوصاية ، وليس لأحد عليه ولاية ، فإن الصغار وإن كانوا ملاكاً ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة ، وإيصال المولى إليه يؤذن بكونه ناظراً لهم ، وصار

(ولأن الولاية الصادرة من الأب لا تتجزأ ، وفي اعتبار هذه تجزئتها) أي الوصية إلى عبد نفسه والورثة صغار تجزئة الولاية (لأنه لا يملك بيع رقبته) التركات ، ولا يملك بيع نفسه ، ولا يكون وصياً فيه (وهذا نقض الموضوع) لأن موضوع الوصية أن يتولى الوصي التصرف في جميع ما بقي من الثلث ، وفي منعه من بيع رقبته تجزئته الوصية (وله أنه) أي وللعبد ، وفي بعض النسخ ولعبد ، أي إن العبد (مخاطب) احترز به عن الصبي والمجنون (مستبد بالتصرف) احترز به عن عبد الغير ، لأنه لا يستبد بنفسه ، لأن لمولاه أن يجبره عن التصرف منه ، فإذا كان كذلك (فيكون أهلاً للوصاية ، وليس لأحد عليه ولاية ، فإن الصغار وإن كانوا أملاكاً ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة) بين كونه مملوكاً لهم وبين إثبات الولاية في حقهم ، لأنهم وإن كانوا يملكون رقبته ولكنهم لا يملكون التصرف فيه حيث لا يملكون بيعه .

فإن قيل إن لم يكن لهم ذلك فللقاضي أن يبيعه فيتحقق المنع والمنافاة أجيب بأنه كما ثبت الإيصال لم يبق للقاضي ولاية المنع (وإيصال المولى إليه) أي إلى عبده (يؤذن^(١) بكونه ناظراً لهم) أي لورثته لأن من ربي عبده وأحسن إليه فالظاهر أن يختاره لما أن شفقتة على الصغار من أولاده بعد موته أكثر من شفقة الأجنبي ، فكذلك اختاره .

(وصار كالمكاتب) أي صار الإيصال إلى العبد القن كالإيصال إلى المكاتب ، فذاك

(١) في النسخة التي بين أيدينا كتب بعد كلمة يؤذن - يشعر - وربما هي تفسير من المؤلف وليست من المتن كما جاء في شرح فتح القدير ، اهـ مصححه .

كالمكاتب ، والوصية قد تتجزأ على ما هو المروي عن أبي حنيفة .
أو نقول يصار إليه كي لا يؤدي إلى إبطال أصله وتغيير الوصف
لتصحيح الأصل أولى . قال ومن أوصى إلى من يعجز عن القيام
بالوصية ضم إليه القاضي غيره رعاية لحق الموصي والورثة ، وهذا
لأن تكميل النظر يحصل بضم الآخر إليه لصيانه ونقص كفايته ،
فيتم النظر بإعانة غيره . ولو شك إلى الوصي ذلك لا يجيبه حتى
يعرف ذلك حقيقة لأن الشاكي قد يكون كاذباً تخفيفاً على نفسه ،

يحوز ، وكذا هذا ، ويحوز الإيصاء إلى مكاتب غيره أيضاً ، والخلاف في المكاتب والمدير
وأما الولد ورقيق البعض كالخلاف في القن عند الأئمة الثلاثة (والوصية قد تتجزأ) هذا
جواب عن قولها وفي اعتبار هذه تجزئتها ، وذلك أن الحسن بن زياد روى عن أبي حنيفة
أنه إذا أوصى إلى رجلين إلى أحدهما في العين ، وإلى الآخر في الدين أن كلا منهما يكون
وصياً فيما أوصى إليه خاصة .

وأشار إلى هذا بقوله (على ما هو المروي عن أبي حنيفة ، أو نقول يصار إليه) أي
إلى التجزئ . (كيلا يؤدي إلى إبطال أصله) أي أصل هذا التصرف ، وهو تنصيب عبده
وصياً على الصغار (وتغيير الوصف) جواب عما يقال هذا تعبير وصفه ، وهو التجزؤ ،
يعني جملة متجزئاً بعدما لم يكن ، فأجاب بقوله ويعتبر الوصف (لتصحيح الأصل أولى)
من إهداء بالكلية .

(قال) أي القدوري (ومن أوصى إلى من يعجز عن القيام بالوصية ضم إليه القاضي
غيره رعاية لحق الموصي والورثة ، وهذا) أي ضم القاضي إليه غيره (لأن تكميل النظر
يحصل بضم الآخر إليه) وبه قالت الأئمة الثلاثة (لصيانه) أي لصيانة الوصي (ونقص
كفايته ، فيتم النظر بإعانة غيره ، ولو شك إلى الوصي ذلك) أي ولو شكى إلى القاضي
الوصي المعجز (لا يجيبه حتى يعرف ذلك) أي عجزه (حقيقة ، لأن الشاكي قد يكون

وإذا ظهر عند القاضي عجزه أصلاً استبدل به رعاية للنظر من الجانبين ولو كان قادراً على التصرف أميناً فيه ليس للقاضي أن يخرجـه لأنه لو اختار غيره كان دونه ، لما أنه كان مختار الميت ومرضيه ، فإبقاؤه أولى ، ولهذا قدم على أب الميت مع وفور شفقتـه ، فأولى أن يقدم على غيره . وكذا إذا شك الورثة أو بعضهم الوصي إلى القاضي ، فإنه لا ينبغي له أن يعزله حتى تبدو له منه خيانة ، لأنه استفاد الولاية من الميت ، غير أنه إذا ظهرت الخيانة فالميت إنما نصبه وصياً لأمانته وقد فانت ، ولو كان في الأحياء لأخرجـه منها فعند عجزه ينوب القاضي منابه ، كأنه لا وصي له . قال ومن

كاذباً تخفيفاً على نفسه ، وإذا ظهر عند القاضي عجزه أصلاً استبدل به (أى ولي غيره (رعاية للنظر من الجانبين) أى جانب الموصي والوصى يقوم المنصب من جهة القاضي بالتصرف في حوائج الموصى والعاجز المعزول بقضاء حقوق معه .

(ولو كان قادراً على التصرف أميناً فيه ليس للقاضي أن يخرجـه) أى أن يخرج الوصي مع أنه كان عدلاً (لأنه لو اختار غيره كان دونه لما أنه كان مختار الميت ومرضيه ، فإبقاؤه أولى ، ولهذا) أى ولأجل أن وصي الميت مختار الميت (قدم على أبي الميت وفور شفقتـه) أى شفقة الأب (فأولى أن تقدم على غيره من الأب) ووصي القاضي الذي هو غير أب الميت . (وكذا) أي الحكم (إذا شكى الورثة أو بعضهم الوصي إلى القاضي فإنه لا ينبغي له أن يعزله حتى تبدو له منه) أي يظهر منه ، أى من الوصي (خيانة ، لأنه استفاد الولاية من الميت ، غير أنه إذا ظهرت الخيانة فالميت إنما نصبه وصياً لأمانته ، وقد فانت ولو كان في الأحياء لأخرجـه) أى الميت (منها) أى الوصية (فعند عجزه ينوب القاضي منابه كأنه لا وصي له) .

(قال) أى القدوري (ومن اوصى إلى اثنين لم يكن لأحدهما أن يتصرف عند

أوصى إلى اثنين لم يكن لأحدهما أن يتصرف عند أبي حنيفة
ومحمد دون صاحبه ، إلا في أشياء معدودة نبينها إن شاء الله تعالى .
وقال أبو يوسف يتفرد كل واحد منهما بالتصرف في جميع الأشياء ،
لأن الوصاية سبيلها الولاية ، وهي وصف شرعي لا تتجزأ ، فثبت
لكل منها كلاً لولاية الإنكاح للأخوين ، وهذا لأن الوصاية
خلافة ، وإنما تتحقق إذا انتقلت الولاية إليه على الوجه الذي كان

أبي حنيفة ومحمد دون صاحبه) قال أبو القاسم الصغار هذا الخلاف بينهم فيما إذا أوصى
لها جميعاً معاً بعقد واحد ، فأما إذا أوصى إلى كل واحد منها بعقد على حدة فإنه يتفرد
كل واحد منهما بالتصرف بلا خلاف . قال الفقيه أبو الليث هذا أوضح ، وبدناًخذ ، بمنزلة
الوكيلين إذا وكل واحد منهما على الانفرد .

وحكي عن أبي بكر الإسكاف أنه قال الخلاف فيهما جميعاً ، سواء أوصى لهما جميعاً
أو متفرقاً . وجعل في المبسوط هذا أصل ، لأن وجوب الوصية إنما يكون عند الموت ،
وحينئذ تثبت الوصية لهما معاً ، فلا فرق بين الافتراق والاجتماع ، بخلاف الوكالة (إلا في
أشياء معدودة نبينها إن شاء الله تعالى) إنما وعد بتبيينها كلها لاختلاف أقوال العلماء
فيها ، فذكر في الأسرار ستة ، وذكر في عامة الكتب سبعة ، وهي شراء الكفن للميت
وتجهيزه ، وطعام الصغار وكسوتهم ، ورد وديعة بعينها ، وقضاء دين ، وتنفيذ هبة
بعينها ، وعتق عبد بعينه ، والخصومة في حقوق الميت . وذكر في الجامع الصغير لقاضي
خان ثمانية ، وهي السبعة المذكورة والثامن قبول الهبة . وفي الأسرار أسقط قبول الهبة
وتنفيذ الوصية ، فصارت ستة .

(وقال أبو يوسف « رح » يتفرد كل واحد منهما بالتصرف في جميع الأشياء ، لأن
الوصاية سبيلها الولاية ، وهي وصف شرعي لا تتجزأ ، فثبت لكل منها كلاً لولاية
الإنكاح للأخوين) فإن لكل واحد منهما أن يتفرد بإنكاح مولاته .

(وهذا) توضيح لما ذكر (لأن الوصاية خلافة ، وإنما تتحقق إذا انتقلت الولاية إليه)

ثابتاً للموصى وقد كان يوصف الكمال ، ولأن اختيار الأب إياها يؤذن باختصاص كل واحد منها بالشفقة ، فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما . ولها أن الولاية تثبت بالتفويض فإعراى وصف التفويض وهو وصف الإجتماع ، إذ هو شرط مقيد وما رضى الموصى إلا بالمتنى وليس الواحد كالمثنى بالتصرف ، بخلاف الاخوين في الإنكاح ، لأن السبب هنالك القرابة ، وقد قامت بكل منهما كملاً ، ولأن الإنكاح حق مستحق لها على الولي ، حتى لو طالبت به بإنكاحها من كفوء يخطبها يجب عليه ، وهاهنا حق التصرف للموصى ، ولهذا يبقى مخيراً في التصرف . ففي الاول أوفى حقاً على صاحبه فصح ، وفي الثاني استوفى حقاً لصاحبه فلا

أى إلى الوصي (على الوجه الذي كان ثابتاً للموصى ، وقد كان يوصف بالكمال ، ولأن اختيار الأب إياها يؤذن باختصاص كل واحد منها بالشفقة ، فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد) .

(ولها) أى ولأبي حنيفة ومحمد «رح» (أن الولاية تثبت بالتفويض ، فإعراى وصف التفويض ، وهو وصف الاجتماع ، إذ هو شرط مقيد ، وما رضى الموصى إلا بالمتنى وليس الواحد كالمثنى بالتصرف ، بخلاف الأخوين في النكاح ، لأن السبب هنالك القرابة وقد قامت) أى القرابة (بكل واحد منهما) أى من الأخوين (كملاً) أى على وجه الكمال والسبب هذا الإيضاء وهو اليها لا إلى واحد .

(ولأن الإنكاح حق مستحق لها) أى للمرأة (على الولي حتى لو طالبت به) أى الولي (بإنكاحها من كفوء يخطبها يجب عليه) إنكاحها منه (وهاهنا حق التصرف للموصى ، ولهذا يبقى مخيراً في التصرف ففي الاول) أى في الإنكاح أى في أحد الاخوين (أوفى حقاً على صاحبه ، فصح . وفي الثاني) أى في الوصاية (استوفى) لأن ولاية التصرف لها ، فإذا تصرف وحده (حقاً لصاحبه) أى استوفى أحد الوصيين على الآخر حقاً كائناً له (فلا

يصح أصله الدين الذي عليهما . ولهما بخلاف الاشياء المعدودة ،
لأنهما من باب الضرورة لا من باب الولاية ومواضع الضرورة مستثناة
أبداً ، وهي ما استثناه في الكتاب وأخواتها فقال الا في شراء
كفن الميت وتجهيزه ، لان في التأخير فساد الميت ، ولهذا يملكه
الجيران عند ذلك . وطعام الصغار وكسوتهم ، لانه يخاف موتهم
جوعاً وعرياً . ورد الوديعة بعينها ، ورد المغصوب والمشتري شراءً
فاسداً وحفظ الأموال وقضاء الديون ، لأنها ليست من باب

يصح أصله الدين الذي عليهما ، ولهما) يعني إذا كان الدين لرجلين فاستوفى أحدهما
نصيب الآخر .

(بخلاف الاشياء المعدودة) أشار إلى قوله إلا في اشياء معدودة بينها إن شاء الله
تعالى (لأنها) أى لان هذه الاشياء معدودة (من باب الضرورة لا من باب الولاية ومواضع
الضرورة مستثناة أبداً وهي) أي الاشياء المعدومة (ما استثناه في الكتاب وأخواتها)
أى في القدوري ، وهو قوله ومن أوصى إلى اثنين لم يجز لأحدهما أن يتصرف عند
أبي حنيفة ومحمد دون صاحبه إلا فى كفن الميت إلى آخره ، وقد ذكرناها عن قريب .
(فقال) أى القدوري (إلا فى شراء كفن الميت وتجهيزه) هذا لفظ القدوري ،
والمصنف شرع يعلل الأشياء السبعة ذكرها القدوري وعلل المصنف ، وهذا بقوله (لأن
في التأخير) أى في تأخير تجهيز الميت (فساد الميت ، ولهذا) أى ولأجل أن تأخير
الميت عن تجهيزه فساد (يملكه الجيران) تجهيزه أي تجهيز الميت (عند ذلك) أى عند
إشراق الميت للفساد بسبب التأخير .

(وطعام الصغار وكسوتهم) لفظ القدوري ، وقال المصنف (لأنه يخاف موتهم
جوعاً وعرياً) أى من حيث الجوع والعري (ورد الوديعة بعينها) لفظ القدوري ، وقال
المصنف (ورد المغصوب والمشتري شراءً فاسداً وحفظ الأموال) هذه الثلاثة لم
يذكرها القدوري .

الولاية ، فإنه يملكه المال وصاحب الدين إذا ظفر بجنس حقه
وحفظ المال يملكه من يقع في يده ، فكان من باب الإعانة .
ولأنه لا يحتاج فيه إلى الرأي وتنفيذ وصية بعينه وعق عبد بعينه ،
لأنه لا يحتاج فيه إلى الرأي . والخصومة في حق الميت ، لأن الاجتماع
فيها متعذر ، ولهذا ينفرد بها أحد الوكيلين . وقبول الهبة ، لأن
في التأخير خيفة الفوات ، ولأنه يملكه الأم والذي في حجره .
فلم يكن من باب الولاية . ويبع ما يخشى عليه التوى والتلف ،

(وقضاء الدين) من لفظ القدوري ، وقال المصنف (لأنها) أي لأن هذه الأشياء
الأربعة (ليست من باب الولاية) يعني ليست من الولاية المستفادة من الموصي (فإنه يملكه
المال وصاحب الدين إذا ظفر بجنس حقه) يملك أخذه إذا كان من جنس حقه (وحفظ المال)
يرفع حفظ على التعليل لقوله وحفظ الأموال وارتفاعه على الإبتداء وخبره هو قوله (يملكه
من يقع في يده ، فكان من باب الإعانة ، ولأنه لا يحتاج فيه) أي في حفظ المال (إلى
الرأي) هذا في قضاء الدين على الميت ، أما في اقتضاء الدين للميت فهو على الخلاف .
(وتنفيذ وصية بعينه) بالجبر عطفاً على آخر المعطوفات على قوله وطعام الصغار
مجرور عطفاً على قوله إلا في شراء الكفن وتجهيزه ، وكل المعطوفات عليه بالجبر .

(وعق عبد بعينه) بالجبر أيضاً ، وهو من لفظ القدوري . وقال المصنف (لأنه لا يحتاج
فيه إلى الرأي) وكذا قوله (والخصومة في حق الميت) من لفظ القدوري ، وهو أيضاً
بالجبر . وقال المصنف (لأن الاجتماع فيها متعذر ، ولهذا) أي ولأجل تمنع الاجتماع ،
أي بالخصومة (ينفرد بها أحد الوكيلين) إذا كانا حاضرين حال الحياة ، وكذا
بعد الوفاة .

(وقبول الهبة) بالجبر عطفاً على المبرورات التي قبله (لأن في التأخير خيفة الفوات
ولأنه) أي ولأن قبول الهبة (تملكه الأم والذي في حجره) أي ويملك أيضاً الذي في حجره
الصغير (فلم يكن من باب الولاية) حق يحتاج إلى الآخر (ويبع ما يخشى عليه التوى

لأن فيه ضرورة لا تخفى . وجمع الأموال الضائعة ، لأن في التأخير خشية القوات ، ولأنه يملكه كل من وقع في يده ، فلم يكن من باب الولاية . وفي الجامع الصغير وليس لأحد الوصيين أن يبيع أو يتقاضى ، والمراد بالتقاضي الإقتضاء ، كذا كان المراد منه في عرفهم . وهذا لأنه رضي بأمانتهما جميعاً في القبض . ولأنه في معنى المبادلة لا سيما عند اختلاف الجنس على ما عرف ، فكان من باب الولاية . ولو أوصى إلى كل واحد على الانفراد قيل ينفرد كل واحد منها بالتصرف بمنزلة الوكيلين إذا وكل كل واحد على الانفراد ، وهذا لأنه لما أفرد فقد رضي برأي الواحد . وقيل

والتلف) بالجر ايضاً عطفاً على المجزورات التي قبلها ، والتوى الملاك ، ومعنى قوله والتلف بالرفع من تفسير التوى (لأن فيه ضرورة لا تخفى ، وهو ظاهر) .
(وجمع الأموال الضائعة) بالجر ايضاً مثل ذلك (لأن في التأخير خشية القوات ، ولأنه يملكه كل من وقع في يده ، فلم يكن من باب الولاية) وهو ظاهر .
(وفي الجامع الصغير وليس لأحد الوصيين أن يبيع أو يتقاضى) هذا لفظ الجامع ، وقال المصنف (والمراد بالتقاضي الإقتضاء) أى القبض (كذا كان المراد منه في عرفهم) أي في عرف أهل الكوفة . وأما في عرف ديار المصنف المراد من ذلك المطالبة (وهذا لأنه رضي بأمانتهما) أي لأن الموصي رضي بأمانة الاثنين (جميعاً في القبض) فلا ينفرد أحدهما (ولأنه) أي ولأن القبض (في معنى المبادلة لا سيما عند اختلاف الجنس على ما عرف ، فكان من باب الولاية) فلا ينفرد أحدهما .

(ولو أوصى لكل واحد على الانفراد قيل ينفرد كل واحد منها بالتصرف) وهو قول أبي القاسم الصغار (بمنزلة الوكيلين ، إذا وكل واحد على الانفراد ، وهذا لأنه لما أفرد قد رضي برأي الواحد . وقيل الخلاف في الفصلين) أي فصل الانفراد وفصل الاجتماع

الخلاف في الفصلين واحد وهو الأصح ، لأن وجوب الوصية عند الموت ، بخلاف الوكيلين ، لأن الوكالة تتعاقب ، فإن مات أحدهما جعل القاضي مكانه وصياً آخر . أما عندهما فلأن الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم القاضي إليه وصياً آخر نظراً للميت عند عجزه ، وعند أبي يوسف الحي منهما وإن كان يقدر على التصرف فالوصي قصد أن يخلفه متصرفان في حقوقه ، وذلك ممكن التحقق . ينصب وصي آخر مكان الميت . ولو أن الميت منهما أوصى إلى الحي فللحي أن يتصرف وحده في ظاهر الرواية ، بمنزلة ما إذا أوصى إلى شخص آخر ولا يحتاج القاضي إلى نصب وصي آخر ،

(واحد) وهو قول أبي بكر الاسكاف (لأن وجوب الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين ، لأن الوكالة تتعاقب ، فإن مات أحدهما) أي أحد الوصيين (جعل القاضي مكانه وصياً آخر) .

(أما عندهما) أي عند أبي حنيفة ومحمد «رح» (فلأن الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف) لأن عندهما ليس لأحد الوصيين أن يتصرف دون صاحبه ، فإن كان كذلك (فيضم القاضي إليه وصياً آخر نظراً للميت عند عجزه) أي عند عجز الوصي الباقي وبه قالت الأئمة الثلاثة .

(وعند أبي يوسف الحي منهما) أي من الوصيين (وإن كان يقدر على التصرف) وكلمة إن واصله بما قبلها (والوصي) الواو فيه للحال (قصد أن يخلفه متصرفان) وفي بعض النسخ وصيان (في حقوقه وذلك ممكن التحقق بنصب وصي آخر مكان الميت) أي الوصي الميت .

(ولو أن الميت منهما) أي من الوصيين (أوصى إلى الحي فللحي أن يتصرف وحده في ظاهر الرواية ، بمنزلة ما إذا أوصى إلى شخص آخر ولا يحتاج القاضي إلى نصب وصي

لأن رأي الميت باق حكماً برأى من يخلفه . وعن أبي حنيفة أنه لا يتفرد بالتصرف ، لأن الموصي ما رضي بتصرفه وحده ، بخلاف ما إذا أوصى إلى غيره ، لأنه ينفذ تصرفه برأى المثنى كما رضىه المتوفى . وإذا مات الوصي وأوصى إلى آخر فهو وصيه في تركه الميت الأول عندنا . وقال الشافعي لا يكون وصياً في تركه الميت الأول اعتباراً بالتوكيل في حالة الحياة . والجامع بينهما أنه رضي برأيه لا برأى غيره . ولنا أن الوصي يتصرف بولاية منتقلة إليه فيملك الإيصاء إلى غيره كالجد ، ألا يرى أن الولاية التي كانت ثابتة للموصي تنتقل إلى الوصي في المال وإلى الجد في النفس ، ثم الجد قائم مقام الأب فيما انتقل إليه ، فكذا الوصي . وهذا لأن الإيصاء

آخر ، لأن رأى الميت باق حكماً برأى من يخلفه) .

(وعن أبي حنيفة «رح») رواه الحسن عنه (أنه) أي أن الحى الباقي (لا يتفرد بالتصرف ، لأن الموصى ما رضي بتصرفه وحده ، بخلاف ما إذا أوصى إلى غيره ، لأنه ينفذ تصرفه برأى المثنى كما رضىه المتوفى) وبه قالت الأئمة الثلاثة .

(وإذا مات الوصي وأوصى إلى آخر فهو وصيه في تركه الميت الأول عندنا وقال الشافعي لا يكون وصياً في تركه الميت الأول) في أحد الوجهين لا يجوز أن يرصى لغيره (اعتباراً بالتوكيل في حالة الحياة ، والجامع بينهما أنه رضى برأيه لا برأى غيره) .

(ولنا أن الوصى يتصرف بولاية منتقلة إليه) من الميت بطريق الخلافة عنه (فيملك الإيصاء إلى غيره كالجد) فإن وصى الجد عند عدم الأب كوصى الأب (ألا يرى أن الولاية التي كانت ثابتة للموصى تنتقل إلى الوصى في المال وإلى الجد في النفس) حتى كان يملك تزويج الصغار والصغيرات واستيفاء القصاص (ثم الجد قائم مقام الأب فيما انتقل إليه)

إقامة غيره مقامه فيما له ولايته ، وعند الموت كانت له ولاية في التركتين ، فينزل الثاني منزله فيهما . ولأنه لما استعان به في ذلك مع علمه أنه قد تعثر به المنية قبل تتميم مقصوده بنفسه ، وهو تلافى ما فرط منه صار راضياً بإيصائه إلى غيره ، بخلاف الوكيل ، لأن الموكل حي يمكنه أن يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره بالإيصاء إليه . قال ومقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة جائزة ، ومقاسمته الورثة عن الموصى له باطلة ،

لأنه خلف عنه فيوصى إلى غيره (فكذا الوصى) لأنه خلف عن الميت أيضاً (وهذا لأن الإيصاء إقامة غيره مقامه فيما له ولايته ، وعند الموت) أي موت الموصى (كانت له) أي للوصى (ولاية في التركتين) أي في مال نفسه الذي يتركه لوصيه ، وسمى للوصى تركه باعتبار ما يؤول إليه (فينزل الثاني) أي في الإيصاء (منزله) أي منزلة الأول (فيهما) أي في التركتين .

(ولأنه) أي ولأن الوصى (لما استعان به) أي بالوصى (في ذلك) أي فيما أوصى (مع علمه أنه قد تعثر به المنية قبل تتميم مقصوده بنفسه) أي قبل حصول مقصود الموصى منه (وهو) أي مقصوده (تلافى ما فرط منه) أي تدارك ما سبق منه من التفريط في الأمور (صار راضياً) أي الموصى وهو جواب لما (بإيصائه) أي بإيصاء الوصى (إلى غيره) دلالة إلى تتميم مقصوده .

(بخلاف الوكيل) فإنه ليس كذلك (لأن الموكل حي يمكنه أن يحصل مقصوده بنفسه ، فلا يرضى بتوكيل غيره والإيصاء إليه) وهذا ظاهر .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومقاسمة الوصى الموصى له عن الورثة جائزة ، ومقاسمة الورثة عن الموصى له باطلة) المقاسمة فعل القسمة بين اثنين ، وهو أن يقتسم كل واحد منهما مع الآخر شيئاً ، وصورة المسألة رجل أوصى إلى رجل وأوصى لرجل آخر

لأن الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه به ، ويصير مغروراً بشراء المورث والوصي خليفة الميت أيضاً ، فيكون خصماً عن الوارث إذا كان غائباً ، فصحت قسمته عليه حتى لو حضر وقد هلك ما في يد الوصي ليس له أن يشارك الموصى له . أما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه ، لأنه ملكه بسبب جديد ، ولهذا لا يرد بالعيب ، ولا يرد عليه ولا يصير

بثلث ماله وله ورثة صغار أو كبار غيب فأراد الوصي المقاسمة وهي على وجهين الأول : هو أن يقاسم الموصى له نائباً عن الورثة واعطاء الثلث وأمسك الثلثين للورثة فهذه جائزة والوجه الثاني : أن يقاسم الورثة عن الموصى له وهي باطلة .

وبيان الفرق بينهما ما ذكره المصنف بقوله (لان الوارث خليفة الميت) يعني من يخلفه بعده (حتى يرد بالعيب) يعني فيما اشتراه المورث (ويرد عليه به) أي فيما باعه الوارث (ويصير مغروراً بشراء المورث) كمن اشترى جارية ثم مات فاستولدها الوارث ثم استعقت الجارية فانه يرجع على البائع الميت ، ولو لم يكن الخليفة كما لو باعها المورث والمسألة بحالها لا يرجع على بائع بائعه ، لأنه ليس بخليفة عن بائعه حتى ين غروره كغروره (والوصي خليفة الميت ايضاً ، فيكون خصماً عن الوارث إذا كان غائباً) وإذا كان كبيراً ، لأنه إذا كان صغيراً لا حاجة إلى فعله ، فإذا كان كذلك (فصحت قسمته عليه) أي على الوارث الغائب .

(حتى لو حضر) أي الغائب (وقد هلك ما في يد الوصي ليس له أن يشارك الموصى له) لأن ولايته قاصرة على الصغار وعلى حفظ مال الكبار ، والموصى له خصم ، والقسمة تصح بين الخصمين فنفذت القسمة .

وأشار إلى بيان الوجه الثاني بقوله (أما الموصى له فليس بخليفة عن الميت في كل وجه) لأن الوصية تملك بسبب ، وهو معنى قوله (لأنه ملكه بسبب جديد) أي لأن الموصى له ملك ما اوصى له بسبب وهو ما بقى له من ثلث مال الميت (ولهذا) أي

مغروراً بشراء الموصي فلا يكون الوصي خليفة عنه عند غيبته ،
حتى لو هلك ما أفرز له عند الوصي كان له ثلث ما بقي ، لأن القسمة
لم تنفذ عليه ، غير أن الوصي لا يضمن ، لأنه أمين فيه وله ولاية
الحفظ في التركة ، فصار كما إذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون
له ثلث الباقي ، لأن الموصي له شريك الوارث فيتوى ما توى من
المال المشترك على الشركة ، ويبقى ما بقي على الشركة . قال فإن
قاسم الورثة وأخذ نصيب الموصي له فضاء رجع الموصي له بثلث

ولكونه غير خليفة عن الميت (لا يرد بالميت) فيما اشتراه المورث (ولا يرد عليه)
فيما باعه الميت (ولا يصير مغروراً) يعني يكون الولد رقيقاً (بشراء الموصي) فيما
إذا اشترى جارية إلى آخر ما ذكرناه ، فإذا كان الأمر كذلك (فلا يكون الوصي خليفة
عنه) أي عن الغائب (عند غيبته ، حتى لو هلك ما أفرز له عند الوصي كان له ثلث ما
بقي ، لأن القسمة لم تنفذ عليه) أي لم يصح (غير أن الوصي لا يضمن) هذا جواب عما
يقال إذا كانت القسمة غير صحيحة كأن صرفه غير مشروع وهلك المال بعد ذلك المقد
الذي هو غير مشروع فيجب الضمان كما بعد على المال واستهلكه .

وتقرير الجواب هو أن الوصي لا يضمن (لأنه أمين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار
كما إذا هلك بعض التركة قبل القسمة ، فيكون له ثلث الباقي ، لأن الموصي له شريك
الوارث فيتوى) أي يهلك (ما توى) أي ما هلك (من المال المشترك على الشركة ويبقى
ما بقي على الشركة) وقال السفناقي في قوله فصار كما إذا هلك بعض التركة إلى آخره
إشارة إلى أنه لا ضمان عليه إذا كان ما أحرزه للورثة في يده ، لأن الحفظ إنما يتصور في
ذلك ، أما لو سلمه إليهم فالموصي له بالخيار إن شاء ضمن القابض بالقبض وإن شاء ضمن
الدافع بالدفع .

(قال فلن قاسم الورثة) أي فلن قاسم الوصي الورثة (وأخذ نصيب الموصي له

ما بقي لما بينا . قال وإذا كان الميت أوصى بحجة فقاسم الورثة
فهلك ما في يده حج عن الميت من ثلث ما بقي ، وكذلك إن دفعه
إلى رجل ليحج عنه فضاع في يده . وقال أبو يوسف إن كان مستغرقاً
للثالث لم يرجع بشيء وإلا يرجع بتمام الثلث . وقال محمد لا يرجع
بشيء ، لأن القسمة حق الموصي . ولو أفرز الموصي بنفسه مالا
ليحج عنه فهلك لا يلزمه شيء وبطلت الوصية ، فكذا إذا أفرزه

فضاع رجوع الموصي له) أى على الورثة (بثلاث ما بقي في أيديهم) وقال الأكمل هذا
كان معلوماً من سياق كلامه ، ولكنه ذكره لكونه لفظ الجامع الصغير (لما بينا) إشارة
إلى قوله لأن القسمة لم تنفذ عليه .

(قال) أى في الجامع الصغير (وإن كان الميت أوصى بحجة فقاسم) أى الوصي
(الورثة فهلك ما في يده) أى في يد الوصي ، قال الكاكي الوصي والحاج مدلول عليهما
غير مذكور بهما . قلت لا حاجة إلى ما قاله الكاكي أن يرجع الضمير لا يختص أن يكون
إلى الظاهر خاصة ، بل يكون في المستر أيضاً على ما لا يخفي (حج عن الميت من ثلث
ما بقي ، وكذلك إن دفعه إلى رجل ليحج عنه فضاع في يده) يحج عنه من ثلث ما بقي
وهذا كله قول أبي حنيفة . قال الأكمل صورة رجل مات وترك أربعة آلاف درهم وصى
أن يحج عنه وكان مقدار الحج الف درهم فأخذ الوصي الألف ودفع إلى الذي يحج عنه
فسرقت في الطريق حج عن الميت من ثلث ما بقي من التركة وهو الف درهم ، فإن
سرقت ثانياً يؤخذ ثلث ما بقي مرة أخرى ، هكذا .

(وقال أبو يوسف «رح» إن كان) أى المالك (مستغرقاً للثالث لم يرجع بشيء وإلا)
فإن لم يكن المالك مستغرقاً للثالث (يرجع بتمام الثلث) وهو ثلاثمائة وثلاثون
وثلث ، فإن سرقت ثانياً يؤخذ مرة أخرى .

(وقال محمد «رح» لا يرجع بشيء ، لأن القسمة حق الموصي ، ولو أفرز الموصي
بنفسه مالا ليحج عنه فهلك لا يلزمه شيء وبطلت الوصية ، فكذا إذا أفرزه وصيه الذي

وصيه الذي قام مقامه . ولأبي يوسف «رح» أن محل الوصية الثلث ،
 فيجب تنفيذها ما بقي محلها ، وإذا لم يبق بطلت لفوات محلها .
 ولأبي حنيفة أن القسمة لا تراد لذاتها ، بل لمقصودها ، وهو تأدية
 الحج ، فلم تعتبر دونه ، وصار كما إذا هلك قبل القسمة فحج بثلك
 ما بقي ، لأن تمامها بالتسليم إلى الجهة المسماة ، إذ لا قابض لها ،
 فإذا لم يصرف إلى ذلك الوجه لم يتم فصار كهلاكه قبلها . قال
 ومن أوصى بثلك ألف درهم فدفعها الورثة إلى القاضي فقسمها
 والموصى له غائب فقسمته جائزة ، لأن الوصية صحيحة ، ولهذا
 لو مات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثاً لورثته والقاضي
 نصب ناظراً لا سيما في حق الموتى والغيب ومن النظر إفراز نصيب
 الغائب وقبضه فنفذ ذلك وصح ، حتى لو حضر الغائب وقد هلك

قام مقامه . ولأبي يوسف «رح» أن محل الوصية الثلث ، فيجب تنفيذها ما بقي محلها ،
 وإذا لم يبق بطلت لفوات محلها (أى محل الوصية .

(ولأبي حنيفة أن القسمة لا تراد لذاتها ، بل لمقصودها ، وهو تأدية الحج فلم تعتبر
 دونه) أى دون المقصود وهي اداء الحج (فصار كما إذا هلك قبل القسمة فحج بثلك ما
 بقي ، ولأن تمامها) أى تمام الوصية (بالتسليم إلى الجهة المسماة ، إذ لا قابض لها ، فإذا
 لم يصرف إلى ذلك الوجه لم يتم ، فصار كهلاكه قبلها) أى قبل القسمة .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن أوصى بثلك ألف درهم فدفعها الورثة إلى
 القاضي فقسمها ، والموصى له غائب فقسمته جائزة) أى قسمة القاضي جائزة ، حتى لو
 هلك ما في يد القاضي ثم حضر الغائب لا يرجع على الورثة بشيء (لأن الوصية صحيحة ،
 ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثاً لورثته والقاضي نصب ناظراً
 لا سيما في حق الموتى والغيب ، ومن النظر إفراز نصيب الغائب وقبضه ، فنفذ

المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل . قال وإذا باع الوصي عبداً من التركة بغير محضر من الغرماء فهو جائز ، لأن الوصي قائم مقام الموصي . ولو تولى حياً بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء . وإن كان في مرض موته فكنا إذا تولاه من قام مقامه ، وهذا لأن حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة ، والبيع لا يبطل المالية لفواتها إلى خلف وهو الثمن ، بخلاف العبد المدين ، لأن للغرماء حق

ذلك (أي الإفراز) وصح حق لو حضر الغائب وقد ملك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل) .

وقال الإمام المحبوبي هذا الجواب فيما إذا كانت التركة بما يكال أو يوزن ، لأن القسمة فيه مبادلة كالبيع وبيع مال الغائب لا يجوز ، فكذا قسمته ، وأجيب بأن وضع المسألة في الغرام وهي ما يوزن .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (وإذا باع الوصي من التركة عبداً بغير محضر من الغرماء فهو جائز) صورته في جامع محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يموت ويترك عبداً وعليه دين يحيط بماله ، فيبيع الوصي العبد بغير محضر من الغرماء . قال يبيعه جائز ، وأراد بذلك الدين على الميت لا على العبد (لأن الوصي قائم مقام الموصي ، ولو تولى) أي الموصي حال كونه (حياً بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء) فهو جائز .

(وإن كان في مرض موته فكذا إذا تولاه من قام مقامه وهذا) توضيح لما قبله (لأن حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل المالية لفواتها إلى خلف ، وهو الثمن ، بخلاف العبد المدين) يملك بيع ما في يده بغير رضا الغرماء ، كذا ذكره الرازي في شرح مختصر الطحاوي ، بخلاف للعبد المدين المأذون حيث لا يبيعه مولاه ووصيته (لأن للغرماء حق الاستمراء) حتى يأخذوا كسبه ، فيكون البيع مبطلا لحقهم ، فلمهم أن يبطلوا البيع .

الاستسعاء ، وأما هاهنا فبخلافه . قال ومن أوصى بأن يباع عبده
ويتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصي وقبض الثمن فضاع في
يده فاستحق العبد ضمن الوصي ، لانه هو العاقد ، فتكون العهدة
عليه ، وهذه عهدة ، لأن المشتري منه ما رضي ببذل الثمن إلا ليسلم
له المبيع ولم يسلم ، فقد أخذ الوصي البائع مال الغير بغير رضاه
فيجب عليه رده ، قال يرجع فيما ترك الميث لانه عامل له فيرجع عليه
كالوكيل . وكان أبو حنيفة يقول أولاً لا يرجع لانه ضمن بقبضه ،
ثم رجع إلى ما ذكرنا ويرجع في جميع التركة ، وعن محمد أنه يرجع

(أما هاهنا) أي في بيع المولى بغير محضر من الغرماء (فبخلافه) أي بخلاف ما
ذكر فيما قبله ، لأن فيه يحوز وهنا لا يحوز ، سواء كان يبيع الوصي بمحضرهم
أو بغير محضرهم .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن أوصى بأن يباع عبده ويتصدق بثمنه على
المساكين فباعه الوصي وقبض الثمن فضاع في يده فاستحق العبد ضمن الوصي) الثمن
(لانه هو العاقد ، فتكون العهدة عليه) أي على الوصي (وهذا عهدة) إنما قال هذه
لأجل تأنيث الخبر وهو العهدة وتأنيث المبتدأ لتأنيث الخبر جائز (لأن المشتري منه ما
رضي ببذل الثمن إلا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد أخذ الوصي البائع مال الغير بغير رضاه
فيجب عليه رده فيرجع فيما ترك الميث ، لأنه عامل له فيرجع عليه كالوكيل ، وكان
أبو حنيفة يقول أولاً لا يرجع لأنه ضمن بقبضه) أي بقبض الثمن وقبض الثمن من حقوق
العقد ، فصار الوصي في حق القبض كالمالك . وإذا كان بمنزلة المالك وقد لحقه الضمان
يعمل عمل نفسه فلا يرجع بشيء (ثم رجع) أي أبو حنيفة « رجع » (إلى ما ذكرناه ،
ويرجع في جميع التركة) .

(وعن محمد أنه يرجع في الثلث ، لأن الرجوع بحكم الوصية فأخذ حكمها) أي حكم

في الثلث ، لان الرجوع بحكم الوصية فأخذ حكمها وعمل الوصية الثلث . وجه الظاهر أنه يرجع عليه بحكم الغرور ، وذلك دين عليه ، والدين يقضى من جميع التركة بخلاف القاضي أو أمينه إذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه ، لأن في إلزامها القاضي تعطيل القضاء إذ يتحامي عن تقلد هذه الأمانة حذراً عن لزوم الغرامة ، فتتعطل مصلحة العامة وأمينه سفير عنه كالرسول ، ولا كذلك الوصي ، لانه بمنزلة الوكيل ، وقد مر في كتاب القضاء ، فإن كانت التركة قد هلكت أو لم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء ، كما إذا كان على الميت دين

الوصية (وعمل الوصية الثلث) يعني نقاذا من الثلث .

(وجه الظاهر) أي ظاهر الرواية (انه يرجع عليه) أي أن الوصي يرجع على الميت (بحكم الغرور ، وذلك دين عليه) أي على الميت ، لأنه غره حيث أمره ببيع عبده والتصدق بثمنه ، فكانه قال هذا العبد ملكي ، فكان مغروراً من جهته . وفي الذخيرة حيلاً إلى المنتقى أن الوصي يرجع على المساكين لا على الميت ، والقياس هذا لأن غنم تصرف الوصي يعود إلى المساكين ، فغرمه يجب أن يكون عليهم (والدين يقضى من جميع التركة ، بخلاف القاضي أو أمينه إذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه ، لأن في إلزامها القاضي) أي لأن في إلزام المهدة القاضي (تعطيل القضاء إذ يتحامي) أي لأنه يمتنع (عن تقلد هذه الأمانة حذراً عن لزوم الغرامة ، فتتعطل مصلحة العامة) بامتناع القضاء عن قبول القضاء لأجل التزام المهدة في الأمور (وأمينه) أي أمين القاضي (سفير عنه) أي عن القاضي (كالرسول) فلا يلزمه شيء .

(ولا كذلك الوصي ، لانه بمنزلة الوكيل وقد مر في كتاب القضاء) في آخر فصل القضاء بالمواريث (فان كانت التركة قد هلكت ، أو لم تكن بها وفاء) بأن لم يفضل عن التكفين والتجهيز (لم يرجع) أي الوصي لم يرجع (بشيء كما إذا كان على الميت دين آخر)

آخر . قال وإن قسم الوصي الميراث فأصاب صغيراً من الورثة عبد فباعه وقض الثمن فهلك واستحق العبد رجوع في مال الصغير ، لأنه عامل له ، ويرجع الصغير على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما أصابه . قال وإذا احتال الوصي بمال اليتيم فإن كان خيراً لليتيم جاز ، وهو أن يكون أملاً ، إذ الولاية نظرية ، وإن كان الاول أملاً لا يجوز ؛ لأن فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه

أى غير هذا الدين نحو الديون التي تكون على الموات المقاليس .

(قال) أى محمد في الجامع الصغير (وإن قسم الوصي الميراث فأصاب صغيراً من الورثة عبد فباعه وقض الثمن فهلك) الثمن في يده (واستحق العبد رجوع في مال الصغير) يعني رجوع المشتري بالثمن على الوصي ، لأن العهدة على البائع ثم يرجع الوصي بذلك في مال الصغير (لأنه عامل له) أى لأن الوصي عامل لأجل الصغير (ويرجع الصغير على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما أصابه) أى ما أصاب الصغير .

(قال) أى محمد في الجامع الصغير (وإذا احتال الوصي بمال اليتيم فإن كان خيراً لليتيم جاز) بأن كان المحال عليه أملاً وقدرته على أداء الدين من الهيل ، وهو المديون ، وهو قوله (وهو أن يكون) أى المحتال عليهم أملاً إذ الولاية نظرية (وإن كان الأول) أى المديون أملاً لا يجوز (لأن فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه) يعني إذا مات الهيل عليه مقلساً ولم يذكر إذا كان سواء .

وفي الذخيرة اختلف الناس فيه ، أشار في الكتاب إلى انه لا يجوز ، وذكر المحبوبي إذا كان الثاني مثل الاول لا يجوز . وقال الإمام الاسييجاني في شرح الطحاوي على أن الوصي له أن يأخذ الكفيل بدين الميت ، لأن الكفالة لا توجب براءة الاصل ، وكذلك لو أخذ رهناً بذلك يجوز ، ولو احتال بماله أو أخذ كفيلاً شرط براءة الاصل ، فإنه ينظر حتى أن الصبي لو أدرك قبل أخذ الدين ، فليس له أن يفسخ الحوالة ، وإذا لم يكن أملاً من الهيل فانه لا يجوز ، هذا إذا ثبت الدين بمداينة الميت ، وأما إذا ثبت بمداينة

قال ولا يجوز بيع الوصي ولا شراؤه إلا بما يتغابن الناس في مثله ، لأنه لا نظر في الغبن الفاحش . بخلاف اليسير ، لأنه لا يمكن التحرز منه ، ففي اعتباره انسداد بابه والوصي المأذون والعبد المأذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة لأنهم يتصرفون بحكم المالكية ، والإذن فك الحجر بخلاف الوصي ، لأنه يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظراً ، فيتقيد بموضع النظر . وعندهما لا يملكونه ، لأن التصرف بالفاحش منه

الوصي فإنه يجوز سواء كان خيراً لليتيم أو شراً له ، إلا أنه إذا كان خيراً له فإنه يجوز بالاتفاق حق أنه إذا أدرك وأراد أن ينقض ذلك فليس له ذلك ، وإن كان شراً له جاز ذلك ويضمن الوصي اليتيم عندهما ، وعند أبي يوسف «رح» لا يجوز .

(وقال) أي محمد في الجامع الصغير (ولا يجوز بيع الوصي ولا شراؤه إلا بما يتغابن الناس في مثله ، لأنه لا نظر في الغبن الفاحش ، بخلاف اليسير ، لأنه لا يمكن التحرز عنه ، ففي اعتباره) أي في اعتبار الغبن اليسير (انسداد بابه) أي باب تصرف الوصي (والوصي المأذون والعبد المأذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة «رح» لأنهم يتصرفون بحكم المالكية) أي يتصرفون بحكم المالكية ، أي يتصرفون بأهليتهم لا بأذن المولى ، ولا يقال العبد محجور عليه ، لأن المصنف قال (والأذن فك الحجر بخلاف الوصي ، لأنه يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظراً ، فيتقيد بموضع النظر) والأب والقاضي مثل الوصي ، لأنهم يتصرفون للغير ، فتجوز فيه عن الضرر .

(وعندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد «رح» ، (لا يملكونه) أي لا يملكون البيع بالغبن الفاحش ولا الشراء به ، وبه قالت الأئمة الثلاثة (لأن التصرف بالغبن الفاحش منهم تبرع

تبرع لا ضرورة فيه ، وهم ليسوا من أهله . وإذا كتب كتاب الشراء
على وصي كتب كتاب الوصية على حدة . وكتاب الشراء على حدة ،
لأن ذلك أحوط . ولو كتب جملة عسى أن يكتب الشاهد شهادته
في آخره من غير تفصيل ، فيصير ذلك حملاً على الكذب . ثم قيل
يكتب اشترى من فلان بن فلان ولا يكتب من فلان وصي فلان
لما بينا . وقيل لا بأس بذلك ، لأن الوصاية تعلم ظاهراً . قال ويبيع
الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء إلا في العقار ، لأن
الأب يلي ما سواه ولا يليه ، فكذا وصيته فيه ، وكان القياس أن
لا يملك الوصي غير العقار أيضاً ، لأنه لا يملكه الأب على الكبير ،

لا ضرورة فيه ، وهم ليسوا من أهله) أى من أهل التبرع .
قال أى محمد في الجامع الصغير (وإذا كتب كتاب الشراء على وصي كتب كتاب الوصية
على حدة وكتاب الشراء على حدة ، لأن ذلك أحوط) وبين وجه الأحوط (ولو كتب
جملة عسى أن يكتب الشاهد شهادته في آخره) أى في آخر الكتاب (من غير تفصيل) بين
الوصاية والشراء (فيصير ذلك حملاً على الكذب) فينسب إلى شهادة الزور .
(ثم قيل يكتب) أى القاضي والمشتري ، كذا قاله الأتراسي . وقال الكاكي أي
لا بأس بذلك ، أي يجمع الوصية والشراء في كتاب واحد ، وهذا وجه (اشترى من فلان بن
فلان ، ولا يكتب من فلان وصي فلان لما بينا) أشار إلى قوله لأن ذلك أحوط . (وقيل
لا بأس بذلك) أي لا بأس أن يكتب من فلان وصي فلان (لأن الوصاية تعلم ظاهراً) .
(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ويبيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل
شيء إلا في العقار ، لأن الأب يلي ما سواه) أى ما سوى العقار (ولا يليه) أي العقار
(فكذا وصيته فيه) أي في العقار (وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضاً
لأنه لا يملك الأب على الكبير الغائب إلا أنا استحسناه لما أنه حفظ لتسارع) أى إن بيع

إلا أنا استحسناه لما أنه حفظ لتسارع الفساد إليه ، وحفظ الثمن
أيسر وهو يملك الحفظ . أما العقار فمحض بنفسه . قال ولا يتجر
في المال لأن المفوض إليه الحفظ دون التجارة . وقال أبو
يوسف ومحمد وصي الأخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصي
الأب في الكبير الغائب ، وكذا وصي الأم ووصي العم ، وهذا
الجواب في تركه هؤلاء ، لأن وصيهم قائم مقامهم وهم يملكون

ما سوى العقار يتسارع (الفساد إليه وحفظ الثمن أيسر وهو) أي الوصي (يملك الحفظ ،
أما العقار فمحض بنفسه) فلا يحتاج إلى بيعها للتحسين ، هذا الذي ذكره إذا لم يكن على
التركة دين فإن كان هو مستغرق فله أن يبيع الجميع ، لأنه لا يمكنه قضاء الدين إلا بالبيع
وإن كان غير مستغرق يبيع بقدر الدين من المنقول عليه من القول بالاتفاق ، ومن العقار
أيضاً عند أبي حنيفة «رح» خلافاً لها .

(قال ولا يتجر) أي الوصي (في المال ، لأن المفوض إليه الحفظ دون التجارة .
وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله) وفي بعض النسخ وقال (وصي الأخ في الصغير والكبير
الفائب بمنزلة وصي الأب في الكبير الغائب) يعني في بيع المنقول دون العقار ، ولا خلاف
في هذه المسألة ، فإنما خص ذكرهما في الجامع لأنه روى عنهما ولم يرو عن أبي حنيفة ،
كذا قال الفقيه أبو الليث .

(وكذا وصي الأم ووصي العم) ليس لهما حق التصرف في العقار ، ولهما حق التصرف
في الفروض التي ورث من الأم خاصة أو من العم أو من الأخ ، وليس لأحد من هؤلاء أن
يتصرف فيما ورث من غير الذي أوصى إليه ، وأما وصي الأب فله التصرف في الفرض
والعقار سواء ورث من أبيه أو من غيره إذا كانت الورثة صفاراً ، وأما إذا كانوا كباراً
وم غيب فليس له التصرف إلا في فروض صاحبه (وهذا الجواب في تركه هؤلاء) يعني
الأخ والأم والعم ، وإنما قيد بتركة هؤلاء لأن وصي هؤلاء في تركه الأب ، كوصي الكبير

ما يكون من باب الحفظ ، فكذا وصيهم . قال والوصي أحق بمال الصغير من الجد . وقال الشافعي الجد أحق ، لأن الشرع أقامه مقام الأب حال عدمه حتى أحرز الميراث فيقدم على وصيه . ولنا أن بالإيصاء تنتقل ولاية الأب إليه ، فكانت ولايته قائمة معنى فيقدم عليه كالأب نفسه ، وهذا لأن اختياره الوصي مع علمه بقيام الجد يدل على أن تصرفه أنظر لبنيه من تصرف أبيه . فإن لم يوص الأب فالجد بمنزلة الأب ، لأنه أقرب الناس إليه وأشفقهم عليه ، حتى يملك الإنكاح دون الوصي ، غير أنه يقدم عليه وصي الأب في التصرف لما بيناه .

الغائب (لأن وصيهم قائم مقامهم وهم يملكون ما يكون من باب الحفظ ، فكذا وصيهم) .

(قال) محمد « رح » في الجامع الصغير (والوصي أحق بمال الصغير من الجد ، وقال الشافعي « رح » الجد أحق) وبه قال مالك وأحمد « رح » (لأن الشرع أقامه مقام الأب حال عدمه حتى أحرز الميراث فيقدم على وصيه . ولنا أن بالإيصاء ينتقل ولاية الأب إليه) أي إلى الوصي (فكانت ولايته) أي ولاية الموصي (قائمة معنى ، فيقدم عليه كالأب نفسه ، وهذا) توضيح لما قبله (لأن اختياره الوصي مع علمه بقيام الجد يدل على أن تصرفه) أي تصرف الوصي (أنظر لبنيه من تصرف أبيه) أي أب الموصى وهو الجد (فإن لم يوص الأب فالجد بمنزلة الأب ، لأنه أقرب الناس إليه وأشفقهم عليه حتى يملك الإنكاح) أي إنكاح أولاد ابنة (دون الوصي) فإنه لا يملك (غير أنه يقدم عليه وصي الأب في التصرف لما بيناه) إشارة إلى قوله ولنا أن بالإيصاء تنتقل ولاية الأب إليه ، والله أعلم .

(فصل في الشهادة)

قال وإذا شهد الوصيان أن الميت أوصى إلى فلان معها فالشهادة باطلة ، لأنها متهمان فيها لإثباتهما معيناً لأنفسهما . قال إلا أن يدعيها المشهود له ، وهذا استحسان ، وهو في القياس كالأول لما بينا من التهمة . وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء أو ضم آخر إليهما برضاه بدون شهادتهما ، فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه ،

(فصل في شهادة الوصي)

أي هذا فصل في بيان أحكام شهادة الوصي ، وإنما آخر هذه لكونها عارضة فيها غير أصلية ، والأصل عدم العارض .
(قال فإذا شهد الوصيان أن الميت أوصى إلى فلان معها) أي مع الوصيين (فالشهادة باطلة لأنها متهمان فيها) أي في هذه الشهادة (لإثباتهما معيناً لأنفسهما) قال عليه السلام لا شهادة لمتهم ، وهذا لا نعلم فيه خلاف .
(قال) أي محمد في الجامع (إلا أن يدعيها المشهود له) ولفظه في الجامع محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة « رض » في الوصيين يشهدان أن الميت أوصى إلى هذا معها قال إن ادعى ذلك فشهادتهما باطلة ، وكذلك الوارثان يشهدان بذلك ، قالوا في شرح الجامع الصغير (وهذا استحسان) وأخذ المصنف هذا وقال هذا ، وأشار به إلى قوله إلا أن يدعيها المشهود استحسان (وهو في القياس كالأول) أي كالوجه الأول ، وهو البطلان . وذكر وجه القياس بقوله (لما بينا من التهمة) لأنها شهادتان للشاهد أو لآبيه .
(وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء أو ضم آخر إليهما) أي إلى الوصيين (برضائه) أي برضى الآخر (بدون شهادتهما) لأن الولاية للقاضي لا تكون بهذه الشهادة ، فإذا كان كذلك (فتسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه) أي عن القاضي ، مثاله

أما الوصاية تثبت بنصب القاضي . قال وكذلك الابنان ،
معناه إذا شهدا أن الميت أوصى إلى رجل وهو ينكر ،
لأنهما يجبران إلى أنفسهما نفعا بنصب حافظ للتركة . ولو شهدا ،
يعني الوصيين ، لو ارث صغير شيء من مال الميت أو غيره فشهادتهما
باطلة ، لأنهما يظهران ولاية التصرف لأنفسهما في المشهود به .
قال وإن شهدا لو ارث كبير في مال الميت لم يجوز . وإن كان في غير
مال الميت جاز ، وهذا عند أبي حنيفة . وقالوا إن شهدا لو ارث كبير
تجوز في الوجهين ، لأنه لا يثبت لهما ولاية التصرف في التركة

أن القرعة ليست بحجة ، ويجوز استعمالها في تعيين الإيصاء لدفع التهمة عن القاضي
فصلحت دامغة لا حجة ، فكذلك هذه الشهادة تدفع عنه مؤنة التعيين .

(أما الوصاية تثبت بنصب القاضي) فلا يحتاج إلى الشهادة ، لأن الشاهدين لو سألا
القاضي بأن يجعل هذا الرجل وصيا وهو راغب فيه أجاها إلى ذلك بخلاف الوكالة ، فإنها
لو سألاه أن يوكل هذا الرجل عن لهما لا يفعل ، لأنه ليس له ولاية في مال أبيهما .

(قال) أي محمد في الجامع (وكذلك الابنان) هذا لفظ محمد «رح» ، وهو
معطوف على المستثنى منه ، وهو قوله فالشهادة باطلة ، وقال المصنف (معناه) أي معنى
قول محمد «رح» وكذلك الابنان (إذا شهدا أن الميت أوصى إلى رجل وهو ينكر ،
لأنهما يجبران إلى أنفسهما نفعا بنصب حافظ للتركة) وفيه تهمة فلا تقبل .

(ولو شهدا ، يعني الوصيين ، لو ارث صغير بشيء من مال الميت أو غيره) أي أو غير
مال الميت (فشهادتهما باطلة ، لأنهما يظهران ولاية التصرف لأنفسهما في المشهود به ، قال)
أي محمد في الجامع الصغير (وإن شهدا لو ارث كبير في مال الميت لم يجوز وإن كان في
غير مال الميت جاز ، وهذا عند أبي حنيفة «رح») .

(وقالوا إن شهدا لو ارث كبير تجوز في الوجهين) لو ارث كبير في مال الميت وفي غيره

إذا كانت الورثة كباراً فعريت عن التهمة ، وله أنه يثبت لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث وتحققت التهمة . بخلاف شهادتهما في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الأب عنه ، لأن الميت أقامه مقام نفسه في تركته لا في غيرها . قال وإذا شهد رجلان لرجلين على ميت بدين ألف درهم وشهد الآخران للأولين بمثل ذلك جازت شهادتهما ، فإن كانت شهادة كل فريق للآخر بوصية ألف درهم لم تجز ، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد «رح» . وقال أبو يوسف «رح» لا تقبل في الدين أيضاً ، وأبو حنيفة فيما ذكر الخصاص مع أبي يوسف . وعن أبي يوسف مثل قول محمد «رح» .

مال الميت (لأنه لا يثبت لهما ولاية التصرف في التركة إذا كان الورثة كباراً فعريت) أي الشهادة (عن التهمة وله أنه يثبت لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث وتحققت التهمة . بخلاف شهادتهما في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الأب عنه ، لأن الميت أقامه مقام نفسه في تركته لا في غيرها) .

(قال) أي محمد في الجامع (وإذا شهد رجلان لرجلين على ميت بدين ألف درهم ، وشهد الآخران للأولين بمثل ذلك جازت شهادتهما ، وإن كانت شهادة كل فريق للآخرين بوصية ألف درهم لم تجز ، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد «رح» . وقال أبو يوسف «رح» لا تقبل) الشهادة عند أبي حنيفة «رح» (في الدين أيضاً ، وأبو حنيفة «رح» فيما ذكر الخصاص مع أبي يوسف «رح») كما قال أبو يوسف «رح» ، ولفظ الخصاص في كتاب أدب القاضي لو أن رجلاً مات بدين ألف درهم وترك لورثته مالا فشهد رجلان لرجلين على الميت بدين ألف درهم ، فإن أبا حنيفة وابن أبي ليلى وأبا يوسف «رح» قالوا الشهادة باطلة من قبل أنهم يشتركون فيما قبض كل واحد منهم وروى محمد بن الحسن في الجامع الصغير عن أبي حنيفة «رح» إلى الشهادة جائزة ، وروى الحسن بن أبي زياد عن أبي حنيفة «رح» أنهم إن جاءوا جميعاً فالشهادة باطلة .

(وعن أبي يوسف «رح» مثل قول محمد «رح») أي تجوز شهادة كل فريق في حق

وجه القبول أن الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة ،
ولهذا لو تبرع أجنبي بقضاء دين أحدهما ليس للآخر حق المشاركة .
وجه الرد أن الدين بالموت يتعلق بالتركة ، إذ الذمة خربت بالموت ،
ولهذا لو استوفى أحدهما حقه من التركة يشاركه الآخر فيه ،
فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة ، فتحققت التهمة . بخلاف حال
حياة المدينين ، لأنه في الذمة لبقائها لا في المال فلا تتحقق الشركة .
قال ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بجاريته وشهد الشهود لهما
أن الميت أوصى للشاهدين بعبد جازت الشهادة بالاتفاق ، لأنه

الدين ولا تجوز في الوصية . قال الكاكي وإنما خص قول محمد هنا مع انه قيل هذا
قول أبي حنيفة ومحمد لتقرر قول محمد في ذلك واضطراب قول أبي حنيفة
رحمه الله فصار عن أبي حنيفة روايتان ، وعن أبي يوسف كذلك ، وعن محمد
رواية واحدة .

(وجه القبول أن الدين يجب في الذمة وهي) أى الذمة (قابلة لحقوق شتى) أى
كثيرة متفرقة (فلا شركة) أى في ذلك فلا تهمة (ولهذا) أى ولأجل عدم الشركة (لو
تبرع أجنبي بقضاء دين أحدهما ليس للآخر حق المشاركة ، وجه الرد أن الدين بالموت يتعلق
بالتركة ، إذ الذمة خربت بالموت ، ولهذا لو استوفى أحدهما حقه من التركة يشاركه
الآخر فيه) أى في الذي استوفاه (فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة)
فلا تقبل الشهادة .

(بخلاف حياة المدينين ، لأنه) أى لأن الدين (في الذمة لا في المال لبقائها) أى لبقاء
الذمة ، ولهذا يأخذه الآخر لا يكون للآخر فيه أن يشاركه فيه ، فإذا كان كذلك
(فلا تتحقق الشركة فلا تهمة فيه) .

(قال) أى محمد في الجامع (ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بجاريته وشهد الشهود
لهما أن الميت أوصى للشاهدين بعبد جازت الشهادة بالاتفاق ، لأنه لا شركة فلا تهمة .

لا شركة فلا تهمة . ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بثلث ماله
وشهد المشهود لهما أنه أوصى للشاهدين بثلث ماله فالشهادة باطلة .
وكذا إذا شهد الأولان أن الميت أوصى لهذين الرجلين بعبد وشهد
المشهود لهما أنه أوصى للأولين بثلث ماله فهي باطلة ، لان الشهادة
في هذه الصورة مثبتة للشركة .

قال (أي محمد) ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بثلث ماله وشهد المشهود لهما أنه
أوصى للشاهدين بثلث ماله فالشهادة باطلة . وكذا إذا شهد الأولان أن الميت أوصى
لهذين الرجلين بعبد وشهد المشهود لهما أنه أوصى للأولين بثلث ماله فهي باطلة ، لأن
الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة) وذلك لأنهم يشتركون في ثلث العبد .

* * *

كتاب الخنثى

(فصل في بيانه)

قال وإذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى فإن كان يبول من الذكر فهو غلام ، وإن كان يبول من الفرج فهو انثى ، لأن النبي عليه السلام سئل عنه كيف يورث ، فقال من حيث يبول .

(كتاب الخنثى)

أي هذا كتاب في بيان أحكام الخنثى .

(فصل في بيانه)

(قال) الأكل فإن قيل الفصل إنما يذكر لقطع شيء من شيء آخر باعتبار نوع مغايرة بينهما ، وما هنا لم يتقدم شيء ، فما وجه ذكر للفصل ، قلت كلامه في قوة أن يقال هذا الكتاب فيه فصلان ، فصل في بيان الخنثى ، وفصل في أحكامه (وإذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى) أراد بالفرج هنا الحر ، وهو قبل المرأة وإلا فالفرج يطلق على قبل المرأة والرجل باتفاق أهل اللغة ، كذا في المغرب ، وفيه تركيب الخنثى يدل على لين ونكس ، وفيه الخنثى وتخنيت في كلامه وهو على وزن فعلى ، وجمعه خنثاى بالفتح كحبلى وحبالى .

(فإن كان يبول من الذكر فهو غلام ، وإن كان يبول من الفرج فهو انثى ، لأن النبي ﷺ سئل عنه كيف يورث فقال من حيث يبول) هذا الحديث رواه ابن عدي في الكامل من حديث أبي يوسف القاضي عن الكلبي عن ابن عباس «رض» عنهما عن رسول الله ﷺ أنه سئل عن مولود ولد له قبل وذكر ، من أين يورث ، فقال من حيث يبول .

وعن علي رضي الله عنه مثله ، ولأن البول من أي عضو كان فهو دلالة على أنه هو العضو الاصيل الصحيح ، والآخر بمنزلة العيب . وإن بال منهما فالحكم للسبق لأن ذلك دلالة أخرى على أنه هو العضو الاصيل . وإن كانا في السابق على السواء فلا معتبر بالكثرة عند أبي حنيفة . وقالوا ينسب إلى أكثرهما بولاً ، لأنه علامة قوة ذلك العضو ، وكونه

ومن طريق ابن عدي رواه البيهقي في « المعرفة في الفرائض » وعده ابن عدي من منكرات الكلبي . وقال البيهقي الكلبي لا يحتج به ، ورواه ابن الجوزي في الموضوعات من جهة ابن عدي وقال البلاء فيه من الكلبي ، انتهى . قلت أبو يوسف إمام مجتهد ثقة كيف يروي عن الكلبي مع علمه بأنه لا يحتج به ، ولو لم يعلم أنه ثقة لما روى عنه .

وقد أيداه أيضاً ما روي (عن علي بن أبي طالب « رض » عنه) فقال المصنف وعن علي (مثله) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا الحسن بن كثير الأحمسي عن أبيه عن معاوية أنه أتى في خنثى فأرسلهم إلى علي « رض » عنه فقال يورث من حيث يبول ، ورواه الشعبي نحوه ، وروى عبد الرزاق في مصنفه عن سعيد بن المسيب نحوه ، وزاد فإن كانا في البول سواء فمن حيث سبق .

(ولأن البول من أي عضو كان فهو دلالة على أنه هو العضو الاصيل الصحيح ، والآخر بمنزلة العيب) وقال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن الخنثى يورث من حيث يبول ، وهكذا كان الحكم في الجاهلية ، فقرره الشرع .

(وإن بال منهما فالحكم للسبق ، لأن ذلك دلالة أخرى على أنه هو العضو الاصيل ، وإن كانا في السابق على السواء فلا يعتبر بالكثرة عند أبي حنيفة « رح ») وبه قال اصحاب الشافعي « رح » في أحد الوجهين فكان خنثى مشكلاً ، فقال أبو حنيفة « رح » لا أدري .

(وقالوا) أي أبو يوسف ومحمد « رح » (ينسب إلى أكثرهما بولاً) وبه قال الشافعي « رح » في وجه وأحمد والأوزاعي والمزني (لأنه علامة قوة ذلك العضو ، وكونه

عضواً أصلياً . ولأن للاكثر حكم الكل في أصول الشرع
 فيترجح بالكثرة ، وله أن كثرة الخروج ليس يدل على القوة ،
 لانه قد يكون لاتساع في أحدهما وضيق في الآخر وإن كان
 يخرج منهما على السواء فهو مشكل بالاتفاق ، لانه لا مرجح .
 قال وإذا بلغ الخنثى وخرجت له لحية أو وصل إلى النساء فهو رجل ،
 وكذا إذا احتلم كما يحتلم الرجل ، أو كان له ثدي مستو ، لأن
 هذا من علامة الذكران . ولو ظهر له ثدي كثدي المرأة أو نزل

عضواً أصلياً . ولأن للاكثر حكم الكل في أصول الشرع ، فيترجح بالكثرة) .
 (وله) أى ولأبي حنيفة (أن كثرة الخروج لا يدل على القوة ، لانه قد يكون لاتساع
 في أحدهما وضيق في الآخر) ولما أخبر أبو يوسف أبا حنيفة « رح » بجوابه قال أبو
 حنيفة هل رأيت قاضياً يكيل البول بالأواني ، وتوقف أبو حنيفة في الجواب وقال لا
 أدري ، وهذا من علامة فقه الرجل في ورعه وعدم تحبظه في الجواب ، فانه استند عليه
 بطريق التمييز بالدليل المعقول والمسموع ، فتوقف كما قالوا جميعاً عند استواء الكثرة
 لا علم لنا بذلك .

وسئل ابن عمر « رض » عن مثله فقال لا أدري ، كذا في المبسوط والاسرار ، وإن
 استويا في الكثرة فهو مشكل عند الجمهور . وحكي عن علي والحسن أنها قالا يعد
 أضلاعه ، فان أضلاع المرأة أكثر من أضلاع الرجل . وقال جابر بن زيد توقف إلى جانب حائط
 فإن بال عليه فهو رجل ، وإن سلسل بين فخذه في امرأة وكلا القولين ليس بصحيح
 (وإن كان يخرج منها على السواء فهو مشكل بالاتفاق ، لانه لا مرجح) حق
 يحكم بالترجيح .

(قال) أى القدوري (وإذا بلغ الخنثى) يعني هذا الذي قلنا ما دام صغيراً ، فإذا
 بلغ (وخرجت لحية أو وصل إلى النساء فهو رجل . وكذا إذا احتلم كما يحتلم الرجل
 أو كان له ثدي مستو ، لأن هذه من علامات الذكران . ولو ظهر له ثدي كثدي المرأة

له لبن في ثدي أو حاض أو حبل أو أمكن الوصول إليه من الفرج فهو امرأة ، لان هذه من علامات النساء ، وإن لم يظهر إحدى هذه العلامات فهو خنثى مشكل ، وكذا إذا تعارضت هذه المعالم .

(فصل في أحكامه)

قال الاصل في الخنثى المشكل أن يؤخذ فيه بالاحوط والاثوث في أمور الدين ، وأن لا يحكم بشبوت حكم وقع الشك في ثبوته . قال وإذا وقف خلف الإمام قام بين صف الرجال والنساء لاحتمال

أو نزل له لبن في ثدي أو حاض أو حبل أو أمكن الوصول إليه من الفرج فهو امرأة ، لان هذه من علامات النساء ، وإن لم يظهر إحدى هذه العلامات فهو خنثى مشكل . وكذا إذا تعرضت هذه المعالم (ولو كان شخص لا مهبل له بل له مخرج واحد فيهما بين المخرجين منه يبول ويتغوط أو لا يخرج له لا قبل له ولا دبر ، وإنما يتقيأ ما يأكله ويشربه . وحكي في بعض البلاد هذا فهو في حكم الخنثى المشكل ، كذا في المتقي لابن قدامة . وفي المحيط في المنتقى قال أبو يوسف وأبو حنيفة « رج » ما أدري ما أقول في هذا ، والله أعلم .

(فصل في أحكامه)

أى هذا فصل في بيان أحكام الخنثى .

(الاصل في الخنثى المشكل) وقد كبر الضمير فيه للتغليب المذكور ، لان فيه جهة الذكورة وجهة الأنوثة ، الاصل في الخنثى المشكل (أن يؤخذ فيه بالاحوط والاثوث في أمور الدين ، وأن لا يحكم بشبوت حكم وقع الشك في ثبوته) قال المشكل ولم يقل المشكلة ، لانه لما لم يعلم تذكيره وتأنينه ، والاصل هو الذكر ، لان حواء عليها السلام خلقت من ضلع آدم عليه السلام .

(قال) أى القدوري (إذا وقف خلف الإمام قام بين صف الرجال والنساء ،

أنه امرأة فلا يتخلل الرجال كي لا يفسد صلاتهم ، ولا النساء
 لاحتمال أنه رجل فتفسد صلاته . فإن قسام في صف النساء فأحب
 إلي أن يعيد صلاته ، لاحتمال أنه رجل ، وإن قام في صف الرجال
 فصلاته تامة ويعيد الذي عن يمينه وعن يساره والذي خلفه بحذائه
 صلاتهم احتياطاً ، لاحتمال أنه امرأة . وقال وأحب إلينا أن يصلي
 بقناع ، لانه يحتمل أنه امرأة ، ويجلس في صلاته جلوس المرأة ،
 لانه إن كان رجلاً فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة ، وإن كان
 امرأة فقد ارتكب مكروهاً ، لان الستر على النساء واجب

لاحتمال أنه امرأة ، فلا يتخلل الرجال كيلا يفسد صلاتهم ، ولا النساء لاحتمال أنه رجل
 فيفسد صلاته ، فان قام في صف النساء فأحب إلي أن يعيد صلاته ، لاحتمال أنه رجل)
 إنما قال أحب إلي ولم يقل أوجب ، مع أن فيها جهة الفساد ، وفي العبادات جهة الفساد
 راجحة ، لما أن فساد الصلاة يحية المحاذاة يختلف فيه وفي كونه رجلاً أيضاً ، صار بمنزلة
 الشبهة ، فلذلك قال أحب إلي ، أشار إليه في المبسوط وفي الذخيرة ، هذا حال كونه
 مراهماً ، فأما لو كان بالغا يجب الإعادة لترجيح جهة الفساد .

(وإن قام في صف الرجال فصلاته تامة ، ويعيد الذي عن يمينه وعن شماله والذي
 خلفه بحذائه صلاتهم احتياطاً لاحتمال أنه امرأة) إنما قال احتياطاً لأن مبنى العبادة
 على الاحتياط ، محاذاة المرأة الرجل في حقهم موهوم .

(قال وأحب إلينا) لفظ قال هنا لم يقع في محله ، لانه إنما يذكر إما لمحمد وإما
 للقدوري ، ولم يذكر هذه المسألة إلا في الاصل ، وكذلك لم يقع في نسخة شيخني
 العماد (أن يصلي بقناع ، لانه يحتمل أنه امرأة ، ويجلس في صلاته جلوس المرأة) وفسر
 السرخسي هذا بقوله معناه أن يخرج رجله من جانب ويفضي بإليته إلى الارض ، لانه
 أقرب إلى التستر (لانه إن كان رجلاً فقد ترك سنة ، وهو جائز في الجملة) كما في
 حالة الضعف (وإن كان امرأة فقد ارتكب مكروهاً ، لان الستر على النساء واجب

ما أمكن . وإن صلى بغير قناع أمرته أن يعيد ، لاحتمال أنه امرأة ، وهو على الاستحباب ، وإن لم يعد أجزأه ، وتبتاع له أمة تحتته إن كان له مال ، لانه يباح لمملوكته النظر إليه رجلاً كان أو امرأة ، ويكره أن يختنه رجل ، لانه عساه أنثى ، أو تحتنه امرأة ، لانه لعله رجل ، فكان الاحتياط لما قلنا . وإن لم يكن له مال ابتاع له الإمام أمة من بيت المال ، أنه أعد لنواب المسلمين ، فإذا ختنته باعها ورد ثمنها في بيت المال ، لوقوع الاستغناء عنها . ويكره له في حياته لبس الحلي والحريز ، وأن ينكشف قدام الرجال أو قدام

ما أمكن ، وإن صلى بغير قناع أمرته أن يعيد (أى صلاته) لاحتمال أنه امرأة ، وهو على الاستحباب (هذا قبل البلوغ ، فأما بعد البلوغ تجب الإعادة (وإن لم يعد أجزأه) لانه ترك الاستحباب .

(وتبتاع له أمة تحتته إن كان له مال ، لانه يباح لمملوكته النظر إليه رجلاً كان أو امرأة) قال الكاكي هذا التعليل يصح في حق الرجل ، أما لا يصح في حق المرأة ، لان الأمة لا يباح لها النظر إلى مواضع العورة من سيدها مطلقاً ، وقال الكاكي فيه نظر ، لان ذلك في حالة الاحتياط لا في حالة العذر .

(ويكره أن يختنه رجل ، لانه عساه أنثى) أى لعله أنثى (أو تحتنه امرأة لعله رجل ، فكان الاحتياط فيما قلنا) انه في شراء الأمة (وإن لم يكن له مال ابتاع له الإمام) أى اشترى له من بيت المال (أمة من بيت المال ، لانه) بيت المال (أعد لنواب المسلمين ، فإذا ختنته باعها ورد ثمنها في بيت المال لوقوع الاستغناء عنها) .

(ويكره له في حياته لبس الحريز والحلي) وفي النهاية وليس في قيد الحياة زيادة فائدة ، لما أنه بعد الموت كذلك (وأن ينكشف قدام الرجال أو قدام النساء) والمرأة بالإنكشاف ، وهو أن يكون في إزار واحد لأنه مواضع العورة ، لان ذلك لا يحل لغير

النساء وأن يخلو به غير محرم من رجل أو امرأة ، وأن يسافر من غير محرم من الرجال ، توقياً عن احتمال المحرم . وإن أحرم وقد راهق قال أبو يوسف لا علم لي في لباسه لانه إن كان ذكراً يكره له لبس المخيط ، وإن كان أنثى يكره له تركه . وقال محمد يلبس لباس المرأة ، لأن ترك لبس المخيط وهو امرأة أفحش من لبسه وهو رجل ، ولا شيء عليه ، لانه لم يبلغ . ومن حلف بطلاق أو عتق إن كان أول ولد تلدينه غلاماً فولدت خنثى لم يقع حتى يستبين أمر الخنثى ، لأن الخنث لا يثبت بالشك . ولو قال كل عبد لي حر ، أو قال كل أمة لي حرة وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين أمره ، لما قلنا . وإن قال القولين جميعاً عتق للتيقن بأحد الوصفين ،

الأنثى أيضاً (وأن يخلو به غير محرم من رجل أو امرأة ، أن يسافر من غير محرم من الرجال توقياً عن احتمال المحرم) أى عن ارتكابه .
(وإن أحرم وقد راهق قال أبو يوسف لا علم لي في لباسه ، لانه إن كان ذكراً يكره له لبس المخيط ، وإن كان أنثى يكره له تركه) إنما قال ذلك لاشتباه حاله وعدم مرجح .

(وقال محمد ربح ، يلبس لباس المرأة ، لأن ترك لبس المخيط وهي امرأة أفحش من لبسه وهو رجل ولا شيء عليه ، لانه لم يبلغ) فلا يكون جنابة .
(ومن حلف بطلاق أو عتاق إن كان أول ولد تلدينه غلاماً) فهو حر (فولدت خنثى لم يقع شيء حتى يستبين أمر الخنثى ، لأن الخنث لا يثبت بالشك ، ولو قال كل عبد لي حر ، أو قال كل أمة لي حرة وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين أمره لما قلنا) أى لأن الخنث لا يثبت بالشك (وإن قال القولين جميعاً عتق) يعني إذا قال كل عبد لي حر ، وكل أمة لي حرة عتق المملوك الخنثى (للتيقن بأحد الوصفين) لا فرق أن يكون

لأنه ليس بمهمل . وإن قال الخنثى أنا رجل أو أنا امرأة لم يقبل قوله إذا كان مشكلاً ، لأنه دعوى يخالف قضية الدليل . وإن لم يكن مشكلاً ينبغي أن يقبل قوله ، لأنه أعلم بحاله من غيره . وإن مات قبل أن يستبين أمره لم يغسله رجل ولا امرأة ، لأن حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء ، فيتوقى لاحتمال الحرمة ، ويتيمم بالصعيد لتعذر الغسل . ولا يحضر إن كان مراهماً غسل رجل ولا

ذكر أ في الواقع أو أنثى ، فأياً ما كان يعتق بأحد اليمينين (لأنه ليس بمهمل) يعني أنه في الواقع ليس بحال عن أحد الحالين .

(وإن قال الخنثى أنا رجل أو قال أنا امرأة لم يقبل قوله إذا كان مشكلاً ، لأنه دعوى يخالف قضية الدليل) لأنه يقتضي بقاء الإشكال ، وهو لا يعلم في ذلك من نفسه خلاف ما يعلم به غيره . حاصله أنه مجازف فيما يخبر به عن نفسه ، فانه لم يعلم من ذلك إلا ما يعلم غيره .

(وإن لم يكن مشكلاً ينبغي أن يقبل قوله ، لأنه أعلم بحاله من غيره) وقال الاترازي في هذا التعليل نظر ، لأنه إنما يكون مشكلاً إذا ظهرت فيه إحدى العلامات ، فبعد ظهورها يحكم بأنه ذكر أو أنثى فلا حاجة إلى قول الخنثى بعد ذلك ، انتهى قيل إنما قال ينبغي أن يقبل بلفظ ينبغي ، لأن حكه غير مذكور ، فلم يتيقن به . (وإن مات) أي الخنثى (قبل أن يستبين أمره) لم يغسله رجل ولا امرأة (لأن حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء) أي غسل الرجل أمراته وعكسه غير ثابت في الشرع (فيتوقى لاحتمال الحرمة) فان النظر إلى العورة حرام ، والحرمة لم تكشف بالموت ، فتعذر غسله لانعدام من يغسله ، فصار بمنزلة من تعذر غسله لانعدام ما يغسل به (فيتيمم بالصعيد لتعذر الغسل) ويتيمم مع الخرقه إن يمه الاجنبي ، وبغيرها إن كان ذا رحم محرم من الميت ينظر التيمم الى وجهه ويعوض وجهه عن ذراعيه لاحتمال أن يكون امرأة .

امرأة ، لاحتمال أنه ذكراً أو أنثى ، وإن سجد قبره فهو أحب ،
لأنه إن كان أنثى بقيم واجباً ، وإن كان ذكراً فالتسجبة لا تضره .
وإذا مات فصلي عليه وعلى رجل وامرأة وضع الرجل مما يلي الإمام ،
والخنثى خلفه ، والمرأة خلف الخنثى فيؤخر عن الرجل ، لاحتمال
أنه امرأة ، ويقدم على المرأة لاحتمال أنه رجل . ولو دفن مع
رجل في قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل ، لاحتمال
أنه امرأة ، ويجعل بينها حاجز من صعيد ، وإن كان مع امرأة قدم
الخنثى لاحتمال أنه رجل . وإن كان يجعل على السرير نعش المرأة
فهو أحب إلي ، لاحتمال أنه عورة .

(ولا يحضر) أى الخنثى (إن كان مرافقاً غسل رجل ولا امرأة لاحتمال أنه ذكراً
أو أنثى ، وإن سجد قبره فهو أحب ، لانه ان كان أنثى نقيم واجباً ، وإن كان ذكراً
فالتسجبة لا تضره . وإذا مات فصلي عليه وعلى رجل وامرأة وضع الرجل مما يلي
الإمام والخنثى خلفه والمرأة خلف الخنثى فيؤخر عن الرجال ، لاحتمال أنه امرأة ،
وتقدم على المرأة لاحتمال أنه رجل) .

(ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل لاحتمال أنه
امرأة ، ويجعل بينها حاجز من صعيد ، وإن كان مع امرأة قدم الخنثى لاحتمال أنه
رجل ، وإن كان يجعل على السرير نعش المرأة فهو أحب إلي لاحتمال أنه عورة) والنعش
شبه المحفة مشبك مطبق على المرأة اذا وضعت على الجنائزة .

وفي النخبة وإن حمل الخنثى مقلوباً فهو أحب إلي ، ومعنى المقلوب انه إذا كان
للجنائزة قوائم تقلب وتجعل القوائم التي أسفل الجنائزة أعلاها ، ثم حمل عليه ، لأنه لا بد
وأن يلقى عليه ثوب ، فإذا جمعت الجنائزة مقلوبة يلقى الثوب على القوائم ، فيكون
أستر له مما حمل على ظاهر الجنائزة ، وإن لم يكن لها قوائم وضع على ظاهر الجنائزة ،

ويكفن كما تكفن الجارية ، وهو أحب إلي ، يعني يكفن في خمسة
أثواب ، لأنه إذا كان أنثى فقد أقيمت سنة ، وإن كان ذكراً فقد
زادوا على الثلاثة ولا بأس بذلك ، ولو مات أبوه وخلف ابناً وخنثى فالmaal
بينهما عند أبي حنيفة أثلاثاً ، للابن سهمان ، وللخنثى سهم ، وهو
أنثى عنده في الميراث ، إلا أن يتبين غير ذلك . وقالوا للخنثى نصف
ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى ، وهو قول الشعبي واختلفا في

ووضع عليه النعش فيكون أستر له ، فإن كان امرأة فهو السنة ، وإن كان رجلاً فالنعش
لا يضره .

(ويكفن كما تكفن الجارية وهو أحب إلي ، يعني يكفن في خمسة أثواب ، لأنه إن
كان أنثى فقد أقيمت سنة ، وإن كان ذكراً فقد زادوا على الثلاث ، ولا بأس بذلك)
لأن عدد الكفن يعتبر بعدد الثياب حال الحياة ، فالزيادة على الثلاثة في الكفن للرجل غير
ضار كما في حال الحياة ، فإن للرجل أن يلبس حال حياته أزيد من الثلاثة .

(ولو مات أبوه) أي أب الخنثى (وخلف ابناً وخنثى فالmaal بينهما على ثلاثة أسهم
عند أبي حنيفة « رح » ^(١) للابن سهمان وللخنثى سهم ، وهو) أي الخنثى (أنثى عنده)
أي عند أبي حنيفة (في الميراث) وبه قال الشعبي ، كذا ذكره بعضهم (إلا أن يتبين غير
ذلك) هذا استثناء من قوله وهو أنثى عنده في الميراث ، يعني وهو بأن يظهر فيه
إحدى علامات الذكورية بلا تعارض ، فحينئذ يعتبر ذكراً .

(وقالوا) أي أبو يوسف ومحمد « رح » (للخنثى نصف ميراث الذكر ونصف ميراث
الأنثى وهو قول الشعبي) وذكر القدوري قول محمد مع أبي يوسف « رح » ، وكذلك
ذكره أبو النصر البغدادي قول محمد مع أبي يوسف « رح » ، وكذلك ذكره المصنف ،
وكذلك في عامة الكتب ذكروا قول محمد مع أبي يوسف . وقال الكاكي ذكر في عامة

(١) عند أبي حنيفة « رح » ، أثلاثاً ، نسخة ، هامش .

قياس قوله ، قال محمد المال بينهما على اثني عشر سهماً ، للابن سبعة ، وللخنثى خمسة . وقال أبو يوسف المال بينهما على سبعة ، للابن أربعة وللخنثى ثلاثة ، لأن الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى ثلاثة الأرباع ، فعند الاجتماع يقسم بينهما على قدر حقيهما ، هذا يضرب بثلاثة ، وذلك يضرب بأربعة ، فيكون سبعة . ولمحمد أن الخنثى لو كان ذكراً يكون المال بينهما نصفين ، وإن كان أنثى يكون المال بينهما أثلاثاً احتجنا إلى حساب له نصف وثلث وأقل ذلك ستة ، ففي حال يكون المال بينهما نصفين لكل

كتب أصحابنا أن للخنثى المشكل أقل النصيبين ، يعني سواء الحالتين عند أبي حنيفة ومحمد وأبي يوسف «رح» أولاً ، وعليه الفتوى ، وهو قول عامة الصحابة رضي الله تعالى عنهم .

وقال أبو يوسف آخرأ له نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى ، وهو قول أحمد وابن أبي ليلى والثوري وشريك والحسن بن صالح وأهل المدينة وأهل مكة وابن عباس رضي الله تعالى عنها . وقال الشافعي وأبو ثور ودلود وابن جرير «رح» يعطى له اليقين ، وهو ميراث أنثى ويوقف الباقي الى أن يتبين الأمر ، ويصطلحوا . وفيه قول آخر للشافعي شاذ .

(واختلفوا في قياس قوله) أى على ترجيح قول الشافعي «رح» (قال محمد المال بينهما) أى بين الابن والخنثى (على اثني عشر سهماً للابن سبعة وللخنثى خمسة . وقال أبو يوسف المال بينهما على سبعة ، للابن أربعة وللخنثى ثلاثة ، لأن الابن يستحق كل الميراث عند الإنفراد ، والخنثى) يستحق (ثلاثة الأرباع ، فعند الاجتماع يقسم بينهما على قدر حقيهما ، هذا يضرب بثلاثة وذلك يضرب بأربعة ، فتكون سبعة . ولمحمد أن الخنثى لو كان ذكراً يكون المال بينهما نصفين وإن كان أنثى يكون المال بينهما أثلاثاً احتجنا إلى حساب له نصف وثلث وأقل ذلك ستة ففي حال يكون المال بينهما نصفين لكل

واحد ثلاثة، وفي حال يكون أثلاثاً للخنثى سهمان وللأبن أربعة
فسهمان للخنثى ثابتان بيقين، ووقع الشك في السهم الزائد فينتصف،
فيكون له سهمان ونصف فانكسر، فيضعف ليزول الكسر،
فصار الحساب من اثني عشر للخنثى خمسة وللأبن سبعة. ولأبي
حنيفة أن الحاجة هاهنا إلى إثبات المال ابتداء والأقل وهو ميراث
الأنثى متيقن به، وفيما زاد عليه شك فأثبتنا المتيقن قصراً عليه،
لأن المال لا يجب بالشك، وصار كما إذا كان الشك في وجوب المال
بسبب آخر، فإنه يؤخذ فيه بالمتيقن، كذا هذا، إلا أن يكون
نصيبه الأقل لو قدرناه ذكراً فحينئذ يعطى نصيب الأبن في تلك

واحد منهما ثلاثة، وفي حال يكون أثلاثاً للخنثى سهمان وللأبن أربعة، فسهمان للخنثى
ثابتان (باتفاق) بيقين، ووقع الشك في السهم الزائد، فينصف فيكون له سهمان
ونصف، فانكسر فيضعف ليزول الكسر، فصار الحساب من اثني عشر للخنثى خمسة
وللأبن سبعة) .

(ولأبي حنيفة أن الحاجة هاهنا إلى إثبات المال ابتداء) لانه لا بد من بيان سبب
استحقاقه بالذكر أو الأنثى، ولا شيء منهما معلوم، وإثبات المال ابتداء بدون
سبب متحقق غير مشروع، فلا بد من البناء على المتيقن (والأقل وهو ميراث الأنثى
متيقن به، وفيما زاد عليه شك فأثبتنا المتيقن به قصراً عليه، لأن المال لا يجب
بالشك، وصار كما إذا كان الشك في وجوب المال بسبب آخر) كما في مسألة المفقود
(فانه يؤخذ فيه بالمتيقن، كذا هذا، إلا أن نصيبه الأقل) هذا استثناء من قوله
فأوجبنا المتيقن قصراً عليه، يعني أوجبنا للخنثى ميراث الأنثى للتيقن وما تجاوزنا
عنه بإثبات الزيادة، لأن المال لا يجب بالشك، إلا أن نصيبه الأقل (لو قدرناه ذكراً،
فحينئذ يعطى نصيب الإبن في تلك الصورة لكونه متيقناً به) .

الصورة لكونه متيقناً به ، وهو أن تكون الورثة زوجاً وأماً وأختاً
لأب وأم هي خنثى ، أو امرأة وأخوين لأم وأختاً لأب وأم
هي خنثى فعندنا للاولى للزوج النصف ، وللأم الثلث والباقي
للخنثى ، وفي الثانية للمرأة الربع وللأخوين لأم الثلث والباقي
للخنثى لأنه أقل النصيبين فيهما .

وأشار إلى صورته بقوله (وهو أن تكون الورثة زوجاً وأماً وأختاً لأب وأم وهي
خنثى) هذه صورة للزوج النصف وللأم الثلث ، فلو قدرنا الخنثى أنثى يكون لها النصف
فنقول المسألة إلى ثمانية . ولو قدرناه ذكراً يكون الباقي من الستة وهو السدس ، فيعطى
له ، لأنه أقل من النصف .

وصورة أخرى أشار إليها بقوله (أو امرأة) أي أو ترك امرأة (وأخوين لأم وأختاً
لأب وأم هي خنثى) أصل المسألة من اثني عشر ، فللمرأة الربع وللأخوين لأم الثلث ،
فلو قدرنا الخنثى ذكراً يكون له الباقي وهو الخمسة ، ولو قدرناه أنثى يكون لها النصف
وهي ستة فنقول المسألة إلى ثلاثة عشر فتعطى الخمسة ، لأنها أقل من الستة .

وأشار إلى ما يعطى في الصورة الأولى بقوله (فعندنا في الأول) أي في صورة الأول
(للزوج النصف وللأم الثلث والباقي للخنثى) وقد بيناه الآن (وفي الثانية) أي في
الصورة الثانية (للمرأة الربع وللأخوين لأم الثلث والباقي للخنثى ، لأنه أقل النصيبين
فيهما) وهو سواء الحالتين (والله أعلم) .

* * *

(مسائل شتى)

قال وإذا قرىء على الآخرس كتاب وصيته فقبل له أنشهد عليك بما في هذا الكتاب فأوما برأسه ، أي نعم ، أو كتب فإذا جاء من ذلك ما يعرف أنه إقرار فهو جائز ، ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه . وقال الشافعي يجوز في الوجهين ، لأن المجوز إنما هو العجز ، وقد شمل الفصلين . ولا فرق بين الأصلي والعارض كالوحشي

(مسائل شتى)

أي هذه مسائل شتى ، أي متفرقة من كل باب .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (وإذا قرىء على الآخرس كتاب وصيته فقبل له أنشهد عليك بما في هذا الكتاب فأوما برأسه ، أي نعم ، أو كتب) أي أو كتب الآخرس نعم (فإذا جاء من ذلك) الإيماء والكتابة والخط والمقد ، وذلك أربعة الإيماء والكتابة والخط والمقد دار ، أو بالخط وبالمقد عقد الأصابع على رسم المهندسين (ما يعرف انه اقرار فهو جائز) يحكم بجواز وصيته ، ولا يعلم فيه خلاف (ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه) بضم الياء وفتح القاف على صيغة المجهول ، يقال اعتقل لسانه إذا حبس عن الكلام ولم يقدر ، وبه قال الثوري وأحمد والاوزاعي .

(وقال الشافعي يجوز في الوجهين) أي في الإشارة والكتابة ، وبه قال ابن المنذر (لان المجوز إنما هو العجز وقد شمل الفصلين) أي الآخرس والمقل (ولا فرق بين الأصلي والعارض) أي لا فرق بين العجز الأصلي والعجز العارض (كالوحشي والمتوحش من الاهلي) أي من الحيوان الاهلي (في حق الذكاة) بالذال المعجمة ، أي في الذكاة الاضطرارية .

والمتموحش من الأهل في حق الذكاة . والفرق لأصحابنا رحمهم الله
ان الإشارة إنما تعتبر إذا صارت معهودة معلومة ، وذلك في الآخرس
دون المعتقل لسانه ، حتى لو امتد ذلك وصارت له إشارات معلومة ،
قالوا هو بمنزلة الآخرس ، ولان التفريط جاء من قبله حيث آخر
الوصية إلى هذا الوقت ، أما الآخرس فلا تفريط منه ، ولان
العارضي على شرف الزوال دون الأصلي ، فلا يتقاسمان .
وفي الآبدة عرفناه بالنص . قال وإذا كان الآخرس يكتب كتاباً

(والفرق) أي بين الأصلي والعارض (لأصحابنا ان الإشارة إنما تعتبر) وتقوم مقام
النطق في حق الآخرس (إذا صارت معهودة معلومة ، وذلك في الآخرس دون المعتقل
لسانه) لاحتمال ان يزول ما به من المرض ، فيطلق لسانه ، فلم تقم اشارته أو كتابته مقام
العبارة ، لان عجزه عارض على شرف الزوال (حتى لو امتد ذلك) أي اعتقاله . قال
التمرناشي حده ستة (وصارت له إشارات معلومة ، قالوا) أي المشايخ (هذا بمنزلة
الآخرس) وحكى الحاكم عن أبي حنيفة « رح » أنه قال إن دامت العقلة إلى وقت
الموت يجوز إقراره بالإشارة ، ويجوز الإشهاد عليه ، لانه عجز عن النطق بمعنى لا يرجى
زواله ، فكان كالآخرس ، قالوا وعليه الفتوى ، كذا ذكره المحبوبي .

(ولان التفريط جاء من قبله حيث آخر الوصية إلى هذا الوقت ، وأما الآخرس فلا
تفريط منه ، ولان العارضي على شرف الزوال دون الأصلي ، فلا يتقاسمان) أي لا يقبلان
القياس ، بخلاف الصغيرة والآيسة ، لان امتداد الطهر وارتفاع الحيض على شرف الزوال
دون الصغير والإياس .

(وفي الآبدة) من أبدت البهيمة أبد وتأبد ، أي توحشت ، والجمع الاوابد ، وهو
جواب عن قول الشافعي كالوحشي والمتوحش (عرفناه بالنص) وقال تاج الشريعة
الضمير في عرفته عائداً إلى عدم العرف بين الوحش الاهلي والمتوحش من الاهلي في حق

أو يومىء إيماء يعرف به ، فإنه يجوز نكاحه وطلاقه وعتاقه
وبيعه وشراؤه ، ويقتص له ومنه ولا يحد له . أما الكتابة فلأنها
من نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا ، ألا ترى أن النبي عليه السلام
أدى واجب التبليغ مرة بالعبارة وتارة بالكتابة إلى الغيب والمجوز
في حق الغائب المعجز ، وهو في حق الآخرس أظهر وألزم ، ثم

المذكورة هو ما رواه ابن خديج أن بعيراً من أهل الصدقات ند فرماه رجل وسمى
فقتله فقال ﷺ إن لها أوابد كأوابد الوحش ، فإذا فملت شيئاً من ذلك فافعلوا بها كما
فعلتم بهذا ثم كلوه .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (وإذا كان الآخرس يكتب كتاباً أو يومىء إيماء
يعرف به ، فإنه يجوز نكاحه وطلاقه وعتاقه وبيعه وشراؤه ويقتص منه) إذا قتل (وله)
أي ويقتص له إذا قتل من له القصاص فيه (ولا يحد له) أي إذا كان الآخرس مقذوفاً .

(أما الكتابة فلأنها من نأى) أي من بعد (بمنزلة الخطاب ممن دنا) أي قرب ،
لأن الكتابة جعلت مقام العبارة في حق الغائب للمعجز عن النطق باللسان ، والمعجز في
حق الآخرس ألزم ، ثم أوضح ذلك بقوله (ألا ترى أن النبي ﷺ أدى واجب التبليغ
مرة بالعبارة ، ومرة بالكتابة إلى الغيب) ففي الصحيحين عن ابن عباس « رض » عنهما
أن رسول الله ﷺ كتب إلى قيصر يدعوه إلى الإسلام ، وبعث بكتابه مع دحية الكلبي
« رض » ... الحديث بطوله مشهور . وكتب إلى بكر بن وائل رواه ابن حبان في
صحيحه عن أنس « رض » عنه ، وكتب إلى يهود خيبر رواه أبو نعيم في دلائل النبوة من
حديث ابن عباس .

(والمجوز في حق الغائب المعجز وهو) أي المعجز (في الآخرس أظهر وألزم ، ثم

الكتاب على ثلاث مراتب مستبين مرسوم ، وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قالوا ، ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار وأوراق الأشجار ، وينوي فيه ، لأنه بمنزلة صريح الكتابة فلا بد من النية ، وغير مستبين كالكتابة على الهواء والماء ، وهو بمنزلة كلام غير مسموع فلا يثبت به الحكم ، وأما الإشارة فجعلت حجة في حق الآخرس في حق هذه الأحكام للحاجة إلى ذلك ، لأنها من حقوق العباد ، ولا تختص بلفظ دون لفظ ، وقد ثبت بدون اللفظ والقصاص حق العبد أيضاً ، ولا حاجة إلى الحدود ،

الكتابة على ثلاث مراتب مستبين (أي بين (مرسوم) أي معنون بالعنوان ، والعنوان أن يكتب في صدره من فلان إلى فلان (وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قالوا) أي المشايخ .

(ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار وأوراق الأشجار ، وينوي فيه) على صيغة المجهول بالتشديد ، أي يطلب منه النية فيه (لأنه بمنزلة صريح الكتابة) أي بمنزلة كتابة قوله أنت بائن (فلا بد من النية) .

(وغير مستبين كالكتابة على الهواء والماء ، وهو بمنزلة كلام غير مسموع ، فلا يثبت به الحكم ، وأما الإشارة فجعلت حجة في حق الآخرس في حق هذه الأحكام) أي النكاح والطلاق ، والبيع والشراء (للحاجة إلى ذلك ، لأنها من حقوق العباد ، ولا يختص بلفظ دون لفظ) يعني هذه التصرفات من النكاح ونحوه لا يتعلق بلفظ خاص ، بل يثبت بالفاظ كثيرة ، ويثبت بلفظ دون لفظ ، أي كما ثبت بالعربي يثبت بالفارسي وغيره (وقد ثبت بدون اللفظ) يعني بفعل ، يدل على اللفظ كالتعاطي (والقصاص حق العبد أيضاً) أي الثابت في حق العبد ، فيثبت بإشارته (ولا حاجة إلى الحدود) أي لا حاجة إلى التوسعة في الحدود .

لأنها حق الله تعالى . ولأنها تندرىء بالشبهات ، ولعله كان مصدقاً للقاذف ، فلا يحد للشبهة ، ولا يحد أيضاً بالإشارة في القذف لانعدام القذف صريحاً وهو الشرط . ثم الفرق بين الحدود والقصاص أن الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة ، ألا ترى أنهم لو شهدوا بالوطء الحرام أو أقر بالوطء الحرام لا يجب الحد . ولو شهدوا بالقتل المطلق أو أقر بمطلق القتل يجب القصاص ، وإن لم يوجد لفظ التعمد وهذا لأن القصاص فيه معنى العوضية ، لأنه شرع جابراً ، فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد ، أما الحدود الخالصة لله تعالى فشرع زواجر ، وليس فيها معنى العوضة ، فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة . وذكر في كتاب

(ولأنها حق لله تعالى ، ولأنها تندرىء بالشبهات ، ولعله كان مصدقاً للقاذف ، فلا يحد للشبهة ولا يحد أيضاً بالإشارة في القذف ، لانعدام القذف صريحاً وهو الشرط) أي التصريح هو الشرط كما مر في الحدود .

(ثم الفرق بين الحدود والقصاص أن الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة ، ألا ترى أنه) أي أن الشأن (لو شهدوا بالوطء الحرام أو أقر بالوطء الحرام لا يجب الحد) وإن كان مطلق الحرمة ينصرف إلى الزمان لاحتمال أنه وطئ امرأته في حال الحيض ، أو وطئ أمتة الجوسية ، ولهذا لا يجب الحد بقوله بالحرام زاده .

(ولو شهدوا بالقتل المطلق أو أقر بمطلق القتل يجب القصاص ، وإن لم يوجد لفظ التعمد ، وهذا) أي التصريح بالعمد (لأن القصاص فيه معنى العوضية) لأنه يستوفي كل واحد منهما نفس الآخر (لأنه) أي لأن القصاص (شرع جابراً ، فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد ، أما الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر ، وليس فيها معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة . وذكر في كتاب

الإقرار أن الكتاب من الغائب ليس بحجة في قصاص يجب عليه ،
ويحتمل أن يكون الجواب هنا كذلك ، فيكون فيهما روايتان .
ويحتمل أن يكون مفارقاً لذلك ، لأنه يمكن الوصول إلى نطق
الغائب في الجملة لقيام أهلية النطق ، ولا كذلك الآخرس لتعذر
الوصول إلى النطق للآفة المانعة ، ودلت المسألة على أن الإشارة
معتبرة وإن كان قادراً على الكتابة . بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا
رحم الله أنه لا تعتبر الإشارة مع القدرة على الكتابة ، لانه حجة

(الإقرار) من الأصل (أن الكتاب من الغائب ليس بحجة في قصاص يجب عليه ، ويحتمل
أن يكون الجواب هنا) أي في الآخرس (كذلك) أي لا يكون حجة (فيكون فيهما)
أي في الآخرس والغائب عن الآخرس (روايتان) وفي نسخة الاترازي فيكون فيهما
بإفراد الضمير ، وقال أي في مسألة الآخرس على رواية كتاب الجامع الصغير يجب عليه
القصاص بالكتابة وعلى اعتبار رواية كتاب الإقرار في الغائب لا يجب على الآخرس
القصاص بالكتابة .

ثم قال وقال بعضهم في شرحه فيها تضمير التثنية ، أي في الآخرس والغائب عن
الآخرس ، فذاك ليس بشيء ، لانه لم يثبت الروايتان في الغائب ، بل فيه كتاب الإقرار
فحسب ، ولا يجب عليه القصاص بالكتابة . قلت أراد بقوله وقال بعضهم في شرحه ، هو
الكاكي ، وفي بقبته ما قاله نظر لا يخفى .

(ويحتمل أن يكون مفارقاً ، لذلك لانه يمكن الوصول إلى نطق الغائب في الجملة
لقيام أهلية النطق ، ولا كذلك الآخرس لتعذر الوصول إلى النطق للآفة المانعة ، ودلت
المسألة) أي قوله وإذا قرئ على الآخرس فأوماً برأسه ، أي نعم ، أو كتب (على أن
الإشارة معتبرة ، وإن كان قادراً على الكتابة ، بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا انه
لا تعتبر الإشارة مع القدرة على الكتابة ، لانه) أي الإشارة على تأويل المذكور ، أو على
تأويل نقل الإشارة (حجة ضرورية ، ولا ضرورة) مع وجود الكتابة (لانه) أي لان

ضرورية ، ولا ضرورة ، لانه جمع ها هنا بينهما فقال أشار أو كتب ، وإنما استويا لأن كل واحد منهما حجة ضرورية ، وفي الكتابة زيادة بيان لم يوجد في الإشارة ، وفي الإشارة زيادة أمر لم يوجد في الكتابة لما انه أقرب إلى النطق من آثار الأقلام فاستويا . وكذلك الذي صمت يوماً أو يومين بغارض ، لما بينافي المعتقل لسانه أن آلة النطق قائمة . وقيل هذا تفسير لمعتقل اللسان . قال وإذا كان الغنم

محمداً (جمع هاهنا) في الكتابة (بينهما) أي في الجامع الصغير بين الإشارة والكتابة . (فقال أشار أو كتب) وهذا دليل على أن الإشارة معتبرة ، وإن كان قادراً على الكتابة . وقال الاترازي ولنا في دعوى الجمع بينهما ، لانه قال في الجامع الصغير ، وإذا كان الأخرس يكتب أو يومىء كلمة أو لأحد الشبهين لا للجمع ، على أنا نقول قال في الأصل وإن كان الأخرس لا يكتب ، وكانت له إشارة يعرف في نكاحه وطلاقه وشرائه وبيعه فهو جائز ، فيعلم من إشارة رواية الأصل أن الإشارة من الأخرس لا يعتبر مع القدرة على الكتابه ، لأنه بين حكم إشارة الأخرس بشرط أن لا يكتب . قلت في نظره نظر لا يخفى .

(وإنما استويا) أي الكتابة والإشارة (لان كل واحد منهما حجة ضرورية ، وفي الكتابة زيادة بيان لم يوجد في الإشارة ، وفي الإشارة زيادة أمر لم يوجد في الكتابة ، لما انه أقرب إلى النطق من آثار الأقلام فاستوتا ، وكذلك الذي صمت يوماً أو يومين بغارض) عطفاً على قوله ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه ، أى صمت يوماً أو يومين بغارض من العوارض ، فأشار برأسه أو كتب لا يجوز أن يقوم مقام إقراره . وقال الكاكي انه في بعض النسخ صمت ، والمصمت هو الله تعالى (لما بينا في المعتقل لسانه أن آلة النطق قائمة . وقيل هذا تفسير لمعتقل اللسان) كذا قال فخر الإسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير حيث قال فيه وهو تأويل ما سبق ذكره في الذي اعتقل لسانه .

(قال) أى قال محمد في الجامع الصغير (وإذا كان الغنم مذبوحة وفيها ميتة ، فإن

مذبوحه وفيها ميتة ، فإن كانت المذبوحه أكثر تحري فيها وأكل ، وإن كانت الميتة أكثر أو كانا نصفين لم يأكل ، وهذا إذا كانت الحالة حالة الاختيار ، أما في حالة الضرورة يحل له تناول في جميع ذلك ، لأن الميتة المتيقنة تحل له في حالة الضرورة ، فالتى تحتمل أن تكون ذكية أولى ، غير أنه يتحرى ، لأنه طريق يوصله إلى الذكية في الجملة فلا يتركه من غير ضرورة . وقال الشافعي لا يجوز الاكل في حالة الاختيار ، وإن كانت المذبوحه أكثر ، لأن التحري دليل ضروري ، فلا يصار إليه من غير ضرورة ، ولا ضرورة ، لأن الحالة حالة الاختيار . ولنا أن الغلبة تنزل منزلة الضرورة في إفادة الإباحة .

كانت المذبوحه أكثر تحرى فيها وأكل ، وإن كانت الميتة أكثر أو كانا نصفين لم يأكل) هذا لفظ الجامع ، وقال المصنف (وهذا إذا كانت الحالة حالة الاختيار ، أما في حالة الضرورة يحل له تناول في جميع ذلك ، لأن الميتة المتيقنة تحل في حالة الضرورة ، فالتى تحتمل أن تكون ذكية أولى ، غير أنه يتحرى ، لأنه طريق يوصله إلى الذكية في الجملة فلا يتركه) أي التحري (من غير ضرورة) .

(وقال الشافعي لا يحور الاكل في حالة الاختيار ، وإن كانت المذبوحه أكثر ، لأن التحري دليل ضروري فلا يصار اليه من غير ضرورة ، ولا ضرورة لأن الحالة الاختيار ولنا أن الغلبة تنزل منزلة الضرورة في إفادة الإباحة) فكما أن في حالة الضرورة تباح الميتة ، فكذلك تباح تناول عند غلبة الحلال على الحرام ، لأن للغالب حكم الكل ، لأن القليل لا يمكن الاحتراز عنه ، وكل قليل لا يمكن الاحتراز عنه فهو عفو كما في النجاسة القليلة .

ألا ترى أن أسواق المسلمين لا تخلو من المحرم والمسروق والمغصوب ،
ومع ذلك يباح التناول اعتماداً على الغالب ، وهذا لأن القليل
لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطيع الامتناع منه ، فسقط اعتباره
دفعاً للحرص كقليل النجاسة وقليل الانكشاف . بخلاف ما إذا
كانا نصفين أو كانت الميئة أغلب ، لأنه لأ ضرورة فيه ، والله أعلم
بالصواب وإليه المرجع والمآب .

(ألا ترى أن أسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم والمسروق والمغصوب ، ومع ذلك يباح
التناول اعتماداً على الغالب ، وهذا لأن القليل لا يمكن الإحتراز عنه ، ولا يستطيع
الامتناع عنه فسقط اعتباره دفعاً للحرص كقليل النجاسة . وقليل الانكشاف من العورة ،
بخلاف ما إذا كانا نصفين ، أو كانت الميئة أغلب ، لأنه لا ضرورة فيه ، والله أعلم
بالصواب ، وإليه المرجع والمآب) فلا توكل التحري ، بخلاف الثياب النجسة ، فإنه
يتحرى فيها ، وإن كان الظاهر والنجس نصفين عنده ، وبه قال الشافعي وفي الأواني
النجسة لا يتحرى إلا إذا كانت الغلبة للظاهر .

وقال الشافعي يتحرى في التنصيف وفي الغلبة . وقال أحمد والمزني وأبو ثور لا يتحرى
في الأواني أصلاً ويتيمم ويصلي ، واختلفت الرواية عن أحمد في جواب إراقة ماء
الأواني قبل التيمم . وقال ابن الماجشون المالكي لا يتحرى ، ولكنه يتوضأ بأحدهما
ويصلي ثم يتوضأ بالآخر ويميد الصلاة التي صلاها ، والله أعلم بالصواب .

* * *

خاتمة المؤلف

وهذا آخر ما انتهيت من تأليف كتاب البناية في شرح الهداية في العشرين من شهر الله المحرم الحرام عام خمسين وثمانمائة بالقاهرة المحروسة في مدرسة البدرية تجاه كسامه بالقرب من الجامع الأزهر ، فنسأل الله من فضله ولطفه قبول ذلك والقاء الانصاف في قلب من ينظر فيه ، بحيث انه إذا اطلع على محاسنه يترحم على مؤلفه وإذا اطلع على عيب من العيوب التي لا تخلو عنها زلل القلم وخود الذهن بأنواع من الألم يبادر إلى إصلاحه وستر عيبه . وأما الحاسد فإنه لا يصدر منه إلا الإنكار واطلاع الناس على العثرات ، وما وقع فيه من الاسقاطات خصوصاً ، كأن جمعي لهذا الشرح في زمن تأخر فيه من يستحق التقديم ، وتقدم فيه من يستحق التأخير من الفجرة العظام والجهلة اللثام ، وتراكم الهوم والاحزان حتى من الأصدقاء والأخوان ، وخصوصاً كنت في سن الذي تاهز التسعين من ضعف البصر ، وغالب الكتابة في الليالي ، وليس بمعجيب أن يسلم شخص من السهو والنسيان ، وهو في هذه الحالات ، ولكن هذا يكون من الكرامات ببركة أدعية مشايخي الذين أخذت عنهم وهم أصحاب الكرامات بظهورها للأفراد والجماعات .

وكان السبب في تأليف هذا الشرح أن شخصاً من الفضلاء المستعربين من ابناء المعجم قريباً ، سألني قراءة كتاب الهداية فأجبتة بذلك ، فقال ما أقرأ إلا من اول كتاب المضاربة فقلت نعم ، ثم شرعت في شرح درسه أولاً بأول ، وكتبت مجلداً في شرح كتاب المضاربة إلى كتاب القسمة ، وكان ابتدائي فيه في غرة صفر من سنة سبعة عشر وثمانمائة من الهجرة وكان فراغي منه في نهار الخميس ، الثاني والعشرين من جمادى الأولى من السنة المذكورة ثم شرعت في شرح كتاب القسمة عقيب فراغي من شرح كتاب المضاربة ، وأتممته في سلخ رجب الأصم من سنة سبعة عشر وثمانمائة ، ثم تمادى الحال من هذا التاريخ إلى سنة سبعة وثلاثين وثمانمائة ثم شرعت في شرح الكتاب من أوله اباب الطهارة وفرغت منه ليلة الأربعاء السادس عشر من جمادى الآخر من سنة سبعة وثلاثين . ثم كتبت الجزء الثاني وفرغت منه في السادس عشر من رمضان المعظم من السنة المذكورة ثم شرعت في الثالث وفرغت منه نهار الجمعة قبل الزوال الثالث والعشرين من شوال من سنة ثمانية

وثلاثين . ثم شرعت في الجزء الرابع وفرغت منه في الثالث عشر من شوال من سنة سبعة وأربعين وثمانمائة . ثم شرعت في الجزء الخامس وفرغت منه في اليوم الثاني من ربيع الآخر من سنة ثمانية وأربعين وثمانمائة . ثم شرعت في الجزء السادس وفرغت منه في أنهار الخميس الثباني عشر من شهر شوال من السنة المذكورة . ثم شرعت في الجزء السابع وفرغت منه في يوم الأربعاء السادس عشر من شعبان من سنة تسع وأربعين وثمانمائة . وأما الثامن والتاسع والعاشر فقد ذكرناه ؛ والذي ينظر فيه يعرف مقدار الخلو من الصيف سنين عديدة ، ويعرف مقدار التكميل والإتمام مدة لطيفة كل ذلك بنظر الله وتوفيقه ، فنسأل الله تعالى خاتمة الخير والاجتناب عن الشر ، إنه على ذلك قدير وبالإجابة جدير .

ورأيت في آخر شرح قوام الدين الكاكي رحمه الله انه قال هذا آخر ما انتهيت اليه من تأليف معراج الدراية في شرح الهداية الحادي والعشرين من محرم سنة خمس وأربعين وسبعمائة ، ورأيت بخط الإمام العالم العلامة قوام الدين شارح الهداية في آخر شرحه يقول المبد الضميف أبو حنيفة قوام الدين أمير كاتب ابن أمير عمر العهد الفازي الأبعاني هذا آخر غاية البيان فادرة الزمان في آخر الأوان في شرح كتاب الهداية

ثم قال بخطه أيضاً وكان افتتاح شرحنا بالقاهرة غرة شهر ربيع الآخر من سنة إحدى وعشرين وسبعمائة ، وبعضه عمل بالعراق وازاه في زمن السلطان أبي سعيد نور الله مرقد ، وبرد مضجعه ، وأكثره عمل ببغداد وكرامات معدودة ، وآخره بدمشق إلى أن ختم في السابع عشر من ذي القعدة يوم الخميس أول يوم من آذار سنة سبع وأربعين وسبعمائة ، وكان جميع مدة الشرح ستة وعشرين سنة وسبعة أشهر وسبعة عشر يوماً ، والحمد لله رب العالمين وصلواته على محمد وآله أجمعين غفر الله لكاتبه وللناظر فيه وللقارئ فيه ولمن رأى فيه خلل وأصلحه ولمن دعا لكاتبه بالمغفرة وجميع المسلمين آمين ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه أجمعين ، والحمد لله رب العالمين ، آمين .

فهرس الجزء الثاني عشر

صفحة	صفحة
٣٩٥ » غصب العبد والمندبر والصبي والجنابة في ذلك .	٣ باب الرهن الذي يوضع على يد العدل .
٤٠٨ باب القسامة .	٦٠ باب التصرف في الرهن .
٤٥٢ (كتاب المعامل) .	والجنابة عليه وجنابته على غيره .
٤٨٤ (كتاب الوصايا) .	٦٧ فصل في رهن العصير وتخمره .
٤٨٤ باب صفة الوصية .	٨٣ (كتاب الجنابات) .
٥١٨ » الوصية بثلاث المال .	٨٤ باب القصاص فيما دون النفس .
٥٥٧ » العتق في مرض الموت .	١٨٧ » الشهادة في القتل .
٥٧٦ » الوصية للأقارب وغيرهم .	١٩٧ » في اعتبار حالة القتل .
٦٠٢ » الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة .	٢٠٢ (كتاب الديات) .
٦١٨ باب وصية الذمي .	٢٨٣ باب ما يحدثه الرجل في الطريق .
٦٢٦ » الوصي وما يملكه .	٣١٧ » جنابة البهيمة والجنابة عليها .
٦٦٢ (كتاب الخنثى) .	٣٤٤ » جنابة المبلوك والجنابة عليه .
٦٧٥ مسائل شتى .	