من الطاف ... الله
على ... عبد الله
ولي الدين جار الله
... عنه

الجزء الرابع من تشنيف المسمع شرح المجمع

تأليف الشيخ الإمام العالم العلامة الهمام

الرحلة الفهامة عمدة المحققين علامة الزمن

صدر المدرسين خادم شريعة سيد المرسلين

شمس الملة شيخ الإسلام والمسلمين

أبي العباس أحمد بن [illegible] الحنفي

عامله الله بلطفه الخفي وأقام

أيامه الزاهرة وجمع له بين

خيري الدنيا والآخرة

يا رب العالمين

١٦
١٦
١٦
٤٨
٤٨
٩٦
١٦
١١٢

MİLLET GENEL KÜTÜPHANESİ
Kitap: V. Carullah
Eski Kayit No. 703
Yeni Kayit No.
Tasnif No.
٧٠٤

كتاب العتق

المناسبة بين الكتابين من حيث ان الطلاق تخليص الشخص من ذل رق ملك المتعة والاعتاق تخليص الشخص من ذل رق ملك الرقبة والعتق لغة القوة من عتق الطير اذا قوي وشرعا قوة شرعية تمكن بها من دفع يد الاستيلاء والتملك عن نفسه والاعتاق عند ابي حنيفه الفعل المفضي الى حصول العتق وعندهما اثبات العتق والاول ضعف شرعي ثبت في المحل فيعجزه عن التصرفات الشرعيه وتسلبه اهليه ثبوت الشهادة والقضاء والسلطنه والتزوج وغيرها والاسقاطات انواع تختلف اسماؤها باختلاف انواعها كاسقاط الحق عن البضع طلاق واسقاط الحق عن الرق عتق واسقاط ما في الذمة براءة واسقاط الحق عن القصاص والجراحات عفو ص يصح في ملك او مضاف اليه من قادر على التبرعات ش يصح العتق من حر بالغ عاقل مالك فلا يصح من العبد لانه لا ملك له ولا من الصبي والمجنون لانهما محجوران واما اشتراط الملك فلقوله عليه السلام لا عتق فيما لا يملكه بن ادم ويصح تعليقه بالشرط واضافته الى وقت كالطلاق واضافته الى الملك خلافا للشافعي وقد مر الكلام فيه في باب الطلاق ص بقوله كأنت حر او معتق او يا عتيق او يا حر الا ان يكون علما ش الفاظ العتق على ثلاثة انواع صريح وكناية وما هو ملحق بالصريح فالصريح يقع به العتق من غير نية سواء استعمل بلفظ

الصفه

الصفه كقوله انت حر او محرر او معتق او عتيق لانه لما وصفه بما يكون انجابه جعل انجابا للتحقيق وصفه او بلفظ الاخبار كقوله حررتك او اعتقتك لان كلام العاقل تحمل على الصحة ما امكن ووجه الصحة يتعين وهو الانشاء وصيغة الاخبار والانشاء في العتق واحدة او بلفظ النداء كقوله يا حر يا عتيق يا محرر لانه لاستحضار المنادى وقد ذكرنا هو وصف له حتى يعلم انه هو المقصود واختلف في انه اخبار او انشاء او اخبار والصحيح لا يفتقر الى النية كما ذكرنا ولو اراد به صدق ديانة للاحتمال لا قضاء لانه صار لازالة الرق كالحقيقة ولغيرها كالمجاز كما في الطلاق فيصدق في المجاز ديانة لا قضاء وانما استثنى كونه علما لانه اذا اداه باسمه العلم اتين مراده الاستحضار بالاسم الدال على الذات دون ملاحظة الوصف فلم يكن اثباته من دون دلالة عليه ص او وجهك او راسك لا يدك او رجلك ش اذا اضاف العتق الى عضو معين يعبر به عن جميع البدن كقوله راسك حر او وجهك حر او رقبتك حر كما اضافته الى الكل فيعتق وان اضافه الى جزء معين لا يعبر به عن الكل كيدك حر او رجلك حر لم يعتق خلافا لزفر كما في الطلاق ولو قال هذا حر يريد به انه عفيف كريم الاخلاق يعتق ولا يصدق في القضاء ص وبالكناية كلا ملك لي عليك ولا سبيل ان نوى ش والكنايه تحتاج الى النية لاحتمال اللفظ العتق وغيره فلا يتعين احدهما الا بالنية مثل ان يقول لعبده لا سبيل لي عليك ولا ملك لي عليك لان نفي السبيل والملك يكون بالبيع ويكون بالكتابة ويكون بالعتق وغيرها فلا

يتعين العتق الا بالنية وعلى هذا سائر كنايات العتق مثل ان يقول خليت
سبيلك وخرجت عن ملكي وغير هما ص ولا يعتق بلا سلطان مطلقا
ش وان قال لا سلطان لي عليك لا يعتق سواء نوى او لم ينو وهو معنى
الاطلاق لان السلطان عبارة عن اليد سمي السلطان به لقيامه مقامها
وانتفاء اليد لا يوجب العتق كما في المكاتب بخلاف لا سبيل لي عليك
لان نفيه مطلقا ينفي الملك وذكر في الهارونية اذا قال لامته لا سلطان لي
عليك تعتق اذا نوى وعن الكرخي انه قال لم يتضح وجه الفرق بين نفي
السبيل والسلطان وقد نفى عمر ص وقوله انت لله ليس بعتاق
ش قال ابو حنيفة اذا قال المولى لعبده انت لله او انت خالص لله لم
يعتق وان نوى وقال ابو يوسف ومحمد يعتق وان لم ينو لان هذا
يستعمل للتقرب فيصير كانه قال اعتقتك لله وللامام انه اخبر عن
وصف ثابت قبل الحرية اذ الاشياء كلها لله تعالى بحكم التخليق حكم
يستفيد العبد بهذا الاخبار شيا لم يكن حاصلا من قبل فلا يجعل
انشاء وفي رواية عتق ان نوى ووجه التوقف على النية انه صالح
للاخبار والانشاء بواسطة ازالة ملكه الى الله تعالى فيتوقف على النية
ولو قال جعلتك لله ان نوى العتق عتق والا فلا لانه تحتمل النذر
ويحتمل الاعتاق فلا يتعين احدهما الا بالنية ص ولو قال هذا مولاي
اي يا مولاي عتق لا يا ابني ويا اخي ش هذا هو الملحق بالصريح اذا قال
المولى لعبده انت مولاي عتق وان لم ينو لان المولى مشترك وكثر
استعماله في المولى الاعلا والاسفل والاعلى منتف لا يتحقق الا بعد
العتق ولان المشترك اذا تعين احد محتملاته عمل في افادته تحقيقة

ولا

ولا يحتاج الى النية وان اراد النصرة او الكذب صدق ديانة لا قضاء لانه
خلاف الظاهر وكذا اذا ناداه بهذا الاسم فقال يا مولاي يعتق وان
لم ينو خلافا لزفر له انه يقصد به الاكرام المحض بمنزلة قوله يا سيدي
يا مالكي ولنا ان حقيقته لا تكون الا بولاء له عليه بخلاف يا سيدي
ويا مالكي لانه ليس فيه ذكر ما يختص باعتاقه الولاء في فتاواه
اذا قال لعبده مولاي او يا مولاي او قال لامته مولاتي او يا مولاتي
قيل هو صريح من كل وجه حتى لو قال عنيت به الناصر لا يصدق
في القضاء وقيل هو بين الصريح والكناية حتى لا يعتق من غير نية
والاول اصح وان قال يا ابني او يا اخي او يا ابتي لم يعتق واصله ان
المقصود من النداء استحضار المنادي والاستحضار اذا كان
بلفظ يشتمل على وصف يمكن اثبات ذلك الوصف من جهته المنادى
كان استحضارا له بتحقق ذلك الوصف كقوله يا حر فيعتق وان لم
يمكن اثباته من جهته ان يعلق به حدا وتعزيرا فلذلك لغو قوله يا زاني
يا سارق لتعلقه بالتهمة وان لم يتعلق به ذلك كان لمجرد الاعلام
لا لتحقق الوصف كقوله يا ابني لان المتخلق من ماء الغير لا يكون
ابنا للمنادي بالنداء بلفظ الابن ص وقوله لمن لا يولد له مثله هذا
ابني لعتاق ش قال ابو حنيفة اذا قال المولى لعبده الذي هو اكبر سنا
منه هذا ابني او هذا ولدي عتق عليه وقالا لا يعتق لان الحرية
تثبت ضرورة البنوة والبنوة مستحيلة فلا يثبت ما هو من
ضروراتها وللامام ان هذه اللفظة مجاز عن الحرية وتعذر ثبوت
النسب لا ينفي الحرية كما لو قال لصغير معروف النسب هذا ابني ثم

وذكره

لمثله ص

للامام طريقان احدهما انه انشا التحرير فعلى هذا لا يكون الا مدبرا ولده
اذا كانت في ملكه والثاني انه اقرار بالتحرير كانه قال عتق علي من حين ملكته
وهو الاصح فعلى هذا نصير الجاريه ام ولده ووجه المجاز ان البنوة
في المملوك سبب لحريته واطلاق السبب وارادة المسبب من طرق
المجاز او الحريه من لوازم النسب في الملك والاقرار بالشيء اقرار بـ
وبلوازمه كانه قال هو ابني وحر فيلغو ما يستحيل ويعتبر ما لا
يستحيل وفي المسئلة كلام متسع في الاصول بخلاف ما لو قال له
هذه بنتي في الاظهر لان الذكر مع الانثى من بني آدم جنسان فيعتبر
المسمى وهو معدوم ولا تصور لتصحيح الكلام في المعدوم بخلاف
ما لو قال لصغير هذا جدي لانه لا موجب له الا بواسطة الاب
وهي غير ثابته وبدونها لا موجب له وبخلاف قوله اعتقتك فانه
اخلق او خلق لانه لا موجب لما يصرح به وبخلاف قوله قطعت يدك
ولم يكن قطع لانه لا موجب له بعد البرء وبخلاف قوله هذا اخي لانه اسم
مشترك ولان الاخوة لا تكون الا بواسطة الاب او الام لانه للمجاورة
في الصلب والرحم ص ولو نواه بانت طالق لاحكم به ش قال علماؤنا صريح
الطلاق وكنايته لا يقع به العتق وان نوى خلافا للشافعي له انه نوى ما
تحتمله من صريح الطلاق وكنايته لفظه لان بين الملكين موافقة
اذ كل واحد منهما ملك العين حتى كان التابيد من شرطه والتاقيت
مبطلا له ولهذا يصح التعليق فيه بالشرط ولنا انه نوى ما يحتمله لفظه
لان الاعتاق لغة اثبات القوة والطلاق رفع القيد وبين الاثبات
والرفع تضاد ولان ملك اليمين فوق ملك النكاح فكان اسقاطه اقوى

واللفظ

واللفظ يصلح مجازا عما هو دونه حقيقة لا عما هو فوقه ولان الطلاق
مستعمل لحرمة الوطء وحرمة الوطء تنافي النكاح ولا تنافي المملوكية ولا
يقع كناية عنه ص ولو قال انت مثل الحر لم يعتق او ما انت الا حر عتق
ش قال لعبده ما انت الا حر يعتق لانه اكد من الاثبات بخلاف قوله
انت مثل الحر او ما انت الا مثل الحر لانه للمشابهة فلا يعتق بدون النية
ص وقوله عبدي او حماري حر اعتاق ش قال ابو حنيفه قال عبدي
او حماري حر يعتق العبد وقالا لا يعتق الا اذا نوى لان كلمة او للشك
فقد وقع الشك في عتقه ولابي حنيفه ان الحمار ليس بمحل للعتق فتعين العبد
وانما توجب او الشك اذا دخلت بين شيئين قابلين للايجاب ولهذا يوجد
وعلي اذا جمع بين كل ما يحتمل عتقه وما لا يحتمله كالدار والبيت وغيرهما
ص ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه ولا يخص الولاد ش قال علماؤنا
من ملك ذا رحم محرم منه وهو كل قريب ليس بفرع للعمومة والخولة عتق
عليه وقال الشافعي لا يعتق الا قرابة الولاد وهذا بنا على ان كل رحم محرم
قرابة يفترض وصله عندنا وعنده يفترض وصل قرابة الولاد فقط
ص ومن اعتق لغير الله او كان مكرها او سكران عتق ش ولو اعتق لغير الله
عتق وكان عاصيا لانه لا يوجب الا نفي القربه وانه لا يمنع العتق كما
لو اعتق على مال والاعتاق قد يكون قربة بان اعتق لوجه الله تعالى
عن كفارة وقد يكون مباحا بان اعتق من غير نية او اعتق لوجه فلان
وقد يكون معصية بان قال انت حر لوجه الشيطان او الصنم
كالطلاق في حالة الحيض واعتاق الرجل افضل من اعتاق المراة ولهذا
جعل النبي عليه السلام اعتاق امراتين كاعتاق رجل ودية المراة

نصف دية الرجل وعتق المرأة والسكران واقع لوجود الركن من المكلف
في المحل وخلافا للشافعي في العتاق مثله في الطلاق ص ولو اعتق الام
عتق حملها ولا ينعكس ش اذ العتق حاملا عتق حملها للتبعية ولو
اعتق الحمل عتق هو خاصة ليلا يلزم قلب الموضوع بخلاف البيع والهبة
للعجز عن التسليم والقبض ولو اعتقه على مال عتق ولا يجب المال
لعدم الولاية عليه في ايجاب المال وتعذر ايجابه على غيره بخلاف الخلع
لامكان الايجاب على الاجنبي وانما يعرف قيام الحمل يوم الاعتاق اذا جاءت
به لاقل من ستة اشهر ص ويتبع الولد الام مطلقا الا من الوجه ش
معنى الاطلاق ان الولد يتبع الام في الحرية والمملوكية وامية الولد
والتدبير والكتابة وولد الامة من مولاها حر للحرية ومن الزوج
رقيق ترجيحا للام لان ماءه يصير مستهلكا بمائها بخلاف ولد المغرور
لعدم رضاه برقه وصورته اذا اشترى امة واستولدها فاستحقت
كانت الجارية للمستحق ووجب عليه العقر وولده يكون حرا بالقيمة
وعلى ذلك اجماع الصحابة رضي الله عنهم ص واذا ولدت المكاتبة بنتا
وهي اخري فاعتق الوسطى فالسفلى حرة تبعا ش اذا ولدت المكاتبة
بنتا ثم ولدت البنت بنتا اخري فاعتق المولى البنت الوسطى قال
ابو حنيفه تعتق هي وتعتق السفلى معها وقالا لا تعتق السفلى وهي منشأ
الخلاف ان السفلى تبع للجدة عنده بما كالوسطى وليست تبع للوسطى
لانها تبع والتبع لا يستتبع وعندهما تبع لامها لانها تبع بلا واسطة
وتبع العلي بواسطة الوسطى فيعتق باعتاق كل منهما كدين على زيد له
وبه كفيل وعن الكفيل كفيل فابرأ زيدا برأ لهما جميعا وابرأ الكفيل

كفيله

كفيله ابرأ له خاصة وابرأ هو كفيل زيد ابرأ هو كفيل الكفيل دون زيد ص ولو
قال اول ولد تلد ميتة حرفولدت به ميتا فالثاني حي حر ش قال ابو حنيفه
اذا قال الرجل لامته ان ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم
اخر حيا يعتق الحي وقالا لا يعتق لان الشرط ولادة ولد مطلق وقد
وجد فان الميت ولد وللامام ان مطلقه يقيد الحي بدلالة اللفظ
لان الداخل تحت الجزاء هو الداخل تحت الشرط والجزاء هو التحرير
والقابل للتحرير الحي دون الميت كما لو قال ان ضربتك فكذا ينصرف
الى محل يقبل الضرب وهو الحي لانه اسم لفعل مولم ولا يقبله الا
الحي ولا يرد لو علق به طلاقا او عتق الام حيث تحنث بالميت
لان الشرط اذا كان لتحقيق الجزاء في غيره يشترط وجوده فقط اما
اذا كان لتحقيق الجزاء في نفسه يجب ان يكون صالحا لذلك الجزاء
وعلى هذا الخلاف لو قال اول ولد تلدينه حر فولدت ميتا ثم
حيا وذكر في الاصل اذا قال اول عبد دخل علي فهو حر فدخل عليه
عبد ميت ثم حي عتق الحي ولم يذكر خلافا وانه على الاتفاق لان
الميت لم يبق عبدا له بعد الموت لان الرق يبطل بالموت ص واذا
خرج عبد مسلما الينا عتق ش خرج عبد الحربي الينا مسلما مراغما
كان حرا لقوله صلى الله عليه وسلم في عبيد الطائف حين خرجوا اليه
مسلمين هم عتقاء الله ولانه احرز نفسه قبل الاستيلاء عليه فسبقت
يده الى نفسه والمسلم لا يسترق ابتداء وكذا لو اسلم ثم ظهر على الدار
لانه لما التحق بمنعة المسلمين صار كانه خرج الى دار الاسلام وفي المخلف
لو دخل حربي دارنا بغير امان فهو في عند الامام وقالا هو لمن اخذه

وان اسلم قبل الخلاف لا يملك عندهما وعند الامام في وان اسلم قبل
دخوله دارنا لا يملك بالخلاف ولو خرج طالبا لمولاه يباع وثمنه للحربي
لانه لم يغلب على رقبته ص واعتاق حربي مثله ثمنه باطل مالم يفارقا عنه
ش قال ابو حنيفه لعتاق الحربي عبده الحربي في دار الحرب لا يصح
اذا لم يدخله وقالا يصح قبل الخلاف في الولاء دون العتق ويعتق بالخلاف
ولا يثبت الولاء عندهما وعندهما يثبت والصحيح ان الخلاف في العتق لهما
ان الملك ثابت للحربي ولهذا تصح عقودهم واشتريتهم فيملك ان الته
بالعتق كما يملك بالبيع وللامام انه معتق بلسانه مستردن ببنانه
لانه تحت يده وقهره ولو طرأ الاستيلاء على الحربي ابطل حريته
فاذا قارنه اولى وعلى هذا الخلاف اذا دبره او كاتبه ولم يدخله ولو
اعتق المسلم عبده الحربي في دار الحرب عتق من غير تخلية استحسانا
وقيل انه على هذا الاختلاف وعلى هذا الاختلاف ما اذا ملك الحربي في
دار الحرب ذا رحم محرم منه لان ملك القريب يوجب العتق فكان
الخلاف كالخلاف فيه في الاعتاق ص وان خرجا مسلمين فعبد ولاء
له ش قال ابو يوسف اذا اعتق الحربي عبده الكافر في دار الحرب ثم خرجا
مسلمين يكون ولاء لمن اعتقه في دار الحرب وقال ابو حنيفه ومحمد
لا ولاء عليه للعتق فينوالي من شاء لابي يوسف ان الولاء كالنسب
وهو يثبت ممن باشره في دار الاسلام فكذلك الولاء لان سببه الاعتاق
كما لو اعتق الحربي عبدا مسلما في دار الحرب ثم خرجا الينا مسلمين ○
ولهما ان العبد الحربي ما دام في دار الحرب لا يلزمه حكم الاسلام والتزام
الولاء عليه من حكم الاسلام فخلا العبد المسلم لان الحرية البائنة

باعتاقه

باعتاقه ثم تاكدت باسلامه والمسلم في دار الحرب يلزمه كثير من احكام
الاسلام فجاز ان يلزمه هذا الحكم فاذا خرجا فقد خرج العبد وعليه ولاء
فيستمر وهذا بناء على الخلاف في عدم ثبوت الولاء للمعتق وهو رواية
الطحاوي عن الامام قال صاحب البدايع والصحيح ان الخلاف في نفوذ
العتق ورواية الطحاوي محمولة على ما اذا خرج الى دار الاسلام
فلا ولاء عليه عندهما لانه لم يعتق باعتاقه بل بخروجه الى دار الاسلام
وعند ابي يوسف عليه الولاء لانه يعتق باعتاقه ص وان دخل المستامن
عبدا مسلما الى دار الحرب فهو معتق بغير ولاء وكذا لو اسلم ثمه
فباعه من مسلم او حربي ش قال ابو حنيفه اذا اشتري المستامن
عبدا مسلما وادخله دار الحرب يعتق وقالا لا يعتق لان الاخلاص
عن رق الكافر واجب بان يجبر ولا جبر فبقي على حاله وللامام ان
الاخلاص واجب ما امكن وقد تعذر جبره فاقيم تباين الدارين
مقام العتق اقامة للشرط مقام العلة عند التعذر كما اقيم
مضي ثلاث حيض مقام التفريق وعلى هذا الخلاف لو اشتري المستامن
عبدا ذميا ودخل به دار الحرب اذ الحربي يجبر على بيع العبد الذمي
ايضا ولا يدخل به دار الحرب وعلى هذا الخلاف لو اسلم عبد حربي
في دار الحرب وباعه الحربي هناك من مسلم او ذمي او حربي عتق
سواء قبل المشتري ام لم يقبل وقالا لا يعتق وان قبل ص ولو اعتقه
على مال فقبل عتق ولزمه ش اعتق عبده على مال اي مال كان مثل
ان يقول انت حر علي كذا او بكذا او على ان تعطيني كذا او علي ان لي كذا فـ
فقبل عتق وانما قيدنا بقبوله لان الاعتاق على مال معاوضة

مال بغير مال وهو الحرية ومن شرطها القبول في الحال كالبيع فصار كالمهر
في باب النكاح ويقع القبول على مجلس ان كان حاضرا وان كان غايبا فعلى مجلس
علمه ولا يتوقف العتق على العتق على الاداء كالطلاق على مال ويكون ما
شرط من المال دينا عليه لانه دين صحيح حتى تصح الكفالة به بخلاف
بدل الكتابة ويسعى وهو حر ويجوز ان يكون العوض حيوانا وغيره
ومكيلا وموزونا اذا كان معلوما للجنس كما في قفيز من حنطة وان
كان في الوصف جهالة بان لم يذكر الجودة والردآءة لان جهالة الوصف
يسيرة فكانت عفوا فيما كان عوضا عما ليس بمال كالمهر ويجوز ان
يكون عوضا في الذمة بعينه وهو ملك غيره ان اجاز المالك يستحق
عينه وان لم يجز لزم قيمة الرقبة وبغير عينه اذا كان معلوم
الجنس ثم ان كان موصوفا فعليه تسليمه وان كان غير موصوف
فعليه الوسط اما اذا كان مجهول الجنس بان اعتقه على ثوب
فانه يعتق ويلزمه قيمة نفسه لان جهالة الجنس تمنع صحة
البدل ولو ادى العوض فاستحق ان كان بغير عينه وهو حيوان او عرض
رجع على العبد بقيمة نفسه عند ابي حنيفه وابي يوسف وعند محمد
بقيمة المستحق وعلى هذا الخلاف اذا باع نفس العبد منه جارية ثم
استحقت الجاريه او هلكت قبل التسليم يرجع بقيمة العبد او بقيمة
الجارية وان اختلفا في المال بان قال المولى على وصيف وقال العبد على
كر حنطة فالقول للعبد كما لو انكر العبد اصل المال وان اختلفا في قدره
فالقول للمولى كما في اصل الشرط ص او علقه بادايه صح وصار ماذونا
ش ولو علق عتق عبده بادآء المال مثل ان يقول ان ادّيت الي الفا فانت

حر

حر صح لان العتق اسقاط حق فيه معنى المال ولهذا يلزم السعاية اذا كان
في مرض الموت ولا مال فيجوز اخذ العوض عنه وصار العبد ماذونا لان
الاداء لا يحصل الا بالكسب والكسب لا يحصل الا بالتجارة فكان ماذونا
دلالة وليس هذا بكتابة لان الصيغة صيغة تعليق محض وانما ينعقد
معاوضة عند الاداء لانه جعل المال عوضا عن العتق والعتق يثبت
عند الاداء فيعتبر احكام التعليق قبل الاداء واحكام المعاوضة عند
الاداء مات العبد قبل الاداء وترك ما لا فهو للمولى فلا يؤدي عنه
فيعتق بخلاف المكاتب مات المولى وفي يد العبد كسب فالعبد
رقيق يورث عنه بخلاف المكاتب ولو كان له ولد فولدت شمادت
لم يعتق ولدها بخلاف المكاتبة قال العبد للمولى حط عني شيئا
فحط عنه فادى الباقي لا يعتق بخلاف المكاتب ابراه المولى عن المال
لم يعتق بخلاف المكاتب ويقتصر فيه الاداء على المجلس حتى لا يعتق
ما لم يؤد فيه قبل الاعراض في ظاهر الرواية بخلاف المكاتب والعتق
على مال قد يقع بلفظ ينعقد معاوضة عند الاداء لا في الحال وهو في
تعليق العتق على الاداء يصح ويصير العبد ماذونا وقد يقع بلفظ ينعقد
معاوضة في الحال وهذا يتنوع الى ما يقع العتق بقبول المال قبل اداءه
وهو في تعليق العتق على مال ويقبل العبد يعتق في الحال بالقبول
ولا يتوقف على الاداء ويلزمه ما شرط عليه والى ما يقع العتق بالقبول
وسقوط المطالبة اصاب الاداء او الابراء وهو الكتابة ولا يشترط
في الكتابة تعليق العتق بالاداء خلافا للشافعي ص واذا حضر اجبرناه
على القبول ش قال علماؤنا الثلاثة اذا حضر العبد المال في المجلس اجبر

المولى على القبول خلافا لزفر له انه عتق معلق بشرط فلا يجبر على مباشرة
الشرط كالتعليق بدخول الدار ولنا ان تعليق العتق بادا المال من
فيه معنى المعاوضة عند الاداء فيجبر المولى على القبول كما في الكتابة الا ان
معنى اليمين في التعليق اضل وفي الكتابة تبع فلهذا لم تحتمل التعليق
الفسخ واحتملت الكتابة ص وتجعل التعليق بحرف ان كاذا ومتى حتى
لو باعه ثم اشتراه فاحضره ما مر يجبره ش قال ابو يوسف فيما
رواه بشر عنه اذا قال المولى لعبده ان اديت الي الفا فانت حر لا يقتصر
على المجلس كاذا ومتى لانه تعليق محض كما في قوله ان دخلت الدار
وذكر في الاصل ان التعليق بان يقتصر الاداء فيه على المجلس ووجهه
انه لما علق بالاداء نزل الاداء منزلة الجواب في قوله انت حر ان شئت
بخلاف اذا ومتى فانه عبارة عن الوقت وانه نكرة في موضع النفي فتعم
ولو باع المولى هذا العبد ثم اشتراه فاداي المال يجبر على القبول
في رواية بشر ولا يجبر عليه على ما ذكر في الاصل الا ان قبل
يعتق ص او على ان يخدمه سنة ثم مات او على قدر من الخمر فاسلم
احدهما رجع في تركته وعليه قيمة نفسه وحكم بقيمة خدمته وقدرها
ش اعتق عبده على خدمته اربع سنين فقبل العبد عتق في الحال
وعليه ما شرط وهو خدمة البيت المعروفة بين الناس فان مات
العبد من ساعته قبل ان يخدمه شيا قال ابو حنيفه وابو يوسف
يرجع المولى في تركة العبد بقيمة نفسه وقال محمد قيمة خدمته اربع
سنين وهي فرع مسيلة بيع العبد من نفسه بجاريه بعينها او
اعتاقه على جارية بعينها ثم استحقت يرجع المولى بقيمة العبد

عندهما

عندهما وعند محمد يرجع بقيمة الجاريه وهذا مبادلة مال بمال عندهما
فترجع بقيمة المبدل كما في البيع ومبادلة مال بغير مال عند محمد فيرجع
بقيمة البدل فان مات المولى فلورثته قيمته الا قدر قيمة ما اخذ
عندهما وعند محمد قيمة ما بقي من الخدمة واذا مات العبد فالاخذ من
تركته على هذا الاعتبار لخدمه سنة ثم مات فعليه على قولهما
ثلاثة ارباع قيمته وعلى قول محمد عليه قيمة خدمته ثلاث سنين
وعلى هذا الخلاف ذمي اعتق عبده الذمي على قدر معين من الخمر فقبل
العبد ثم اسلم احدهما فعلى العبد ان يدفع الى المولى قيمة نفسه
عندهما وعند محمد عليه قيمة الخمر **فصل في العبد**
يعتق بعضه ص والاعتاق يتجزى ش قال ابو حنيفه الاعتاق
يتجزى وقالا لا يتجزى لان الاعتاق اثبات العتق والعتق لا يتجزى
فلا يتجزى الاعتاق وللامام ان الاعتاق ازالة الملك لان محل تصرفه
المال دون الرق وازالة الملك يتجزى فيتجزى الاعتاق والاعتاق
ليس باثبات العتق لان تصرف المرء لا يصح الا فيما هو داخل تحت
ولايته لانه الاختصاص المطلق للحاجز دون العتق لان العتق
اثبات قوة شرعيه جالبة للولايات وانه لله تعالى وفي البدايع
من مشايخنا من قال لا خلاف في ان العتق لا يتجزى ثم قال
وهو غير سديد لان الاعتاق لما كان عند الامام متجزيا كان
العتق متجزيا ضرورة اذ العتق حكم الاعتاق والحكم يثبت على
وفق العلة مع ان القول بالتجزي قول بتخصيص العلة فانه يوجد
الاعتاق في البعض ويتاخر العتق فيه انتهى وعلى هذا قول صاحب

المنظومة ص وفي تجزي العتق والتدبير على ظاهر يستغني عن تاويل
العتق بالاعتاق ويكون الاختلاف فيهما جميعا فالنفي بذكر احدهما
عن الاخر وان لم يجوز تجزي العتق يؤل العتق بالاعتاق اطلاقا
لاسم المسبب على السبب او تحمل على لغة من يعني عتق فيقول عتق
فلان عبده وعبد معتوق لمعرفاه وفوه والرق معنى اذا ثبت
في الادمي يصح تملكه ولا يتجزي ثبوتا ولا سقوطا في ظاهر المذهب
اذ لا يجوز استرقاق بعض الشخص دون بعضه ووصف الرق بالنقصان
من حيث الوصف حيث يوجد فيه سبب العتق فلا يدل النقصان
على تجزيه كما يقال حياة الدنيا ناقصة لكونها على شرف الزوال
وحياة الاخرة كاملة لعدم ذلك ص ومعتق البعض يسعى في قيمته
وهو كالمكاتب وقالا كالحر المديون ش قال ابو حنيفة اذا اعتق
المولى بعض عبده عتق ذلك القدر وله ان يستسعيه في بقية
قيمته وقالا عتق كله بلا سعاية لان عتق البعض عتق للكل لعدم
التجزي وللامام ما قدمنا من عدم تجزي الاعتاق غير انه سمي عتاقا
مجازا لان المقصود منه الجزية او لان مآله الى الحرية وقد اختبست
مآليته عنده فله ان يستسعيه وهو بمنزل المكاتب لتعلق عتقه
باداء المال الا انه لا يرد الى الرق لثبوت سبب الحرية في البعض
وله ان يعتقه او يدبره او يكاتبه لبقاء الملك فيه كما في المكاتب
ولا فرق بين ما اذا اعتق بعضا معلوما كالنصف والربع والثمن او
بعضا مجهولا بان يقول بعضه حر او جزوه ويرجع الى بيانه فيه فيعتق
قدر ما بينه ويسعى العبد في الباقي وعندهما يعتق كله من غير سعاية

بيع منابذة

وللمستسعى

والمستسعى كالمكاتب وعندهما كالحر المديون وفي الايضاح المستسعى على
ضربين ضرب يسعى في تخليص رقبته وهو في حكم المكاتب عند الامام
وضرب يسعى في بدل رقبته الذي لزمه بالعتق او قيمة رقبته لبدل
شرط عليه او لدين ثبت في رقبته فهو كالحر في احكامه كالعبد المرهون
اذا اعتقه الراهن والعبد المأذون اذا اعتق وعليه دين والامة اذا
اعتقها مولاها على ان تتزوجه ثم ابت فانها تسعى في قيمتها وهي حرة
والمستسعى كالمكاتب في جميع احكامه الى ان يؤدي بدل السعاية
لان عتقه يعلق باداء المال فلا تقبل شهادته ولا يرث ولا يورث
ولا يزوج ص واذا اعتق احد الشريكين نصيبه وهو موسر فللاخر
ان يعتق او يضمن او يستسعي والمعسر لا يمنع السعاية او معسر
فله ان يعتق او يستسعي وقالا له الضمان مع اليسار والسعاية
مع الاعسار ش قال ابو حنيفة اذا كان العبد بين شريكين فاعتق
احدهما نصيبه عتق ثم ان كان موسرا فللساكت ثلاثة خيارات
ان شاء اعتقه لبقاء ملكه فيه والولاء بينهما وان شاء ضمن المعتق لانه
افسد عليه نصيبه حيث لم يبق منتفعا به ويكون الولاء كله للمعتق
ويرجع المعتق على العبد لانه قام مقام الساكت في نصيبه وان شاء
استسعاه لاحتباس ملكه عنده كما لو هبت الريح بثوب انسان والقته
في صبغ غيره والولاء بينهما وان كان معسرا فله خياران ان شاء اعتق
وان شاء استسعى والولاء بينهما ولا يرجع العبد على المعتق بشيء لانه باداء
السعاية يخلص رقبته من الرق بخلاف الراهن اذا اعتق المرهون
لانه يسعى لقضاء دينه وقال ابو يوسف ومحمد ان كان المعتق موسرا

فليس للساكت الا التضمين وان كان معسرا فليس له الا السعاية والولاء
للمعتق في كل حال لان الاعتاق لا يتجزى لانه اثبات القوة واثرها في ثبوت
اهلية الولايات وانها لا تتجزى حصولا فلا يتجزى تحصيلا وعند الامام
تتجزى لانه ازالة الملك والملك يتجزى زوالا فيتجزى ازالة لان
تعرف الانسان انما يصح في حقه لا في حق غيره وحقه في الملك اذ الرق
يثبت حقا لله تعالى على الادمي جزاء على استنكافه عن عبادته والمعتبر
اليسار ان يملك قدر قيمة نصيب الساكت وتعتبر القيمة في الضمان
والسعاية يوم الاعتاق لانه سبب الضمان وكذا يعتبر حال العتق في
يساره واعساره يوم الاعتاق حتى لا يسقط الضمان اذا اعسر بعد
اليسار ولا يثبت الضمان اذا ايسر بعد الاعسار وفي البدايع وغيره
اذا كان موسرا فيه خمسة خيارات اعتاق نصيبه او التضمين او
الاستسعاء او الكتابة او التدبير واذا دبر ما نصيبه مدبر اه
ويسعى العبد للحال ويعتق ولا يوخر عتقه الى ما بعد الموت وان كان
معسرا فيه اربع خيارات الاعتاق او التدبير او الكتابة او السعاية
ولو كان الساكت صبيا او مجنونا والمعتق موسر قوله ان شاء ضمن
او استسعى والتضمين الى وليه وان لم يكن له ولي ينتظر بلوغه او ينصب
القاضي له وليا ولو باع الساكت نصيبه للمعتق او وهبه له على عوض
لا يجوز لان هذا تمليك للحال وهو غير محل له بخلاف التضمين فانه تمليك
من وقت الافساد واختلفت الرواية عن الامام فيما هو الاصل في روايته
عنه انه الضمان وهو قولهما وفي اخرى احدهما غير عين واذا اختار الضمان
او السعاية تبين له انه الاصل والضمان انواع ضمان تملك كاستيلاد الجارية

المشترك

المشترك وضمان افساد كالاتلاف وضمان احتباس كاعتاق المشترك
عند الامام اما عندهما فانه ضمان اتلاف ص ولو شهد كل منهما على الاخر
بالعتق فالعبد يسعى في نصيب كل منهما مطلقا وقالا ان كانا معسرين
او احدهما الا موسرين والولاء لهما وقالا موقوف ش قال ابو حنيفه
اذا شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بعتق نصيبه يسعى العبد
لكل واحد منهما في نصيبه مطلقا اي سواء كانا موسرين او معسرين
او كان احدهما موسرا والاخر معسرا والولاء لهما وقالا وزفر ان كانا
معسرين لا يسعى لواحد منهما لان في زعم كل واحد على اصلهما
ان صاحبه اعتق وهو موسر وان له الضمان لا السعاية وقوله
مقبول على نفسه في براءة العبد عن السعاية وليس بمقبول على صا حبه
في دعوى الضمان لانكاره وان كانا معسرين يسعى لهما لان في زعمهما
ان الواجب هو السعاية ولا حق له في تضمين المعسر وان كان احدهما
موسرا والاخر معسرا سعى للموسر لان في زعمه ان صاحبه معسر
فالواجب السعاية لا الضمان ولا يسعى للمعسر لان في زعمه ان صاحبه
موسر والواجب الضمان لا السعاية وزعمه موثر في حقه لا في
حق غيره فكان قوله مقبولا في براءة العبد لا في تضمين صاحبه
لانكاره فلم يكن للمعسر شيء وللامام ان في زعمه ان صاحبه اعتق وان
له الضمان او السعاية فانتفى الضمان لانكاره فتعينت السعاية على كل
حال ولو بيع فرق بين اليسار والاعسار ويكون الولاء بينهما وقالا
يكون موقوفا حتى يتفقا على اعتاق احدهما لان في زعم كل واحد ان جميع
الولاء لصاحبه وصاحبه يجحد ذلك وللامام ان نصيب المعتق عتق

باعتاقه ونصيب الاخر عتق بالسعاية وهذا كله بعد ان يحلف كل واحد
على دعوى صاحبه لان كلا منهما يدعي على الاخر الضمان والضمان مما يصح بدله
فيستحلف عليه ولو شهد كل منهما على صاحبه بالتدبير او الاستيلاد فلا
سبيل لكل واحد منهما على صاحبه ولا على الامة موسرين كانا او معسرين
بلا خلاف لان كل واحد يدعي حق الحرية من جهته وابرأ الامة من السعاية
وادعى الضمان على صاحبه ص وشهادتهما على الشريك الحاضر بعتق الغائب
نصيبه مردودة ش قال ابو حنيفة اذا شهد شاهدان على الشريك
الحاضر ان شريكه الغايب اعتق نصيبه من هذا العبد المشترك بينهما
والحاضر ينكره والعبد يدعيه لم يقض به قال في المبسوط لكن
يحال بينه وبين الحاضر ان يسترقه ويوقف حتى يقدم الغايب
استحسانا وقال ابو يوسف ومحمد يقضي به وهذا بناء على ان الاعتاق
عند الامام تجزي فكان قضاء على الغايب فلم يقض بما لان القضاء على
الغايب لا يجوز وعندهما لا يتجزي فكان شهادة بعتق نصيب الحاضر
فكان حكما فيقضي بها ولو كان العبد لمسلم ونصراني فشهد نصرانيان
عليهما بالعتق جازت شهادتهما على النصراني وشهادتهما على المسلم مردودة
وثبت العتق في نصيب النصراني خاصة وبهذا تبين انه لا يلزم من
بطلان الشهادة في البعض بطلانها في الكل ص واذا اشتريا ابن احدهما
فنصيب الاخر غير مضمون على الاب مطلقا وكذا اذا ورثاه وللشريك
العتق او السعاية وضمناه في الشرامع اليسار واستسعياه مع الاعسار
ش ملك اثنان قريب احدهما بسبب لاصنع لهما فيه بان ورثاه عتق
عليه ولا يضمن نصيب الاخر موسرا كان او معسرا ويسعى العبد فيه

في قولهم

في قولهم جميعا وصورة الارث امرأة اشترت ابن زوجها ثم ماتت عتق
نصيب شقيق وزوج او ابن عم لرجلين زوج جارية احدهما فولدت ولدا
ثم مات ابن العم عتق الولد على الاب او لامرأة زوج واب ولهما عبد
هو ابو زوجها فمات ثم اذا اذن له باعتاق نصيبه صريحا او ان
ملكاه معا بسبب واحد لهما فيه صنع كالشراء وقبول الهبة
والوصية قال ابو حنيفة عتق نصيبه ولا ضمان عليه للاخر سواء علم
انه ابن شريكه او لم يعلم وهو معنى الاطلاق كما سنذكر ثم الشريك
ان شاء اعتق نصيبه وان شاء استسعى العبد وقالا يضمن الشريك
ان كان موسرا او يسعى العبد فيه ان كان معسرا لهما انه امتلك
نصيب شريكه او شراء القريب اعتاق فصار كعبد بين اثنين
اعتق احدهما نصيبه وللامام انه افسد نصيب شريكه برضاه اذ
رضي بالملك دلالة ولا عدوان مع الرضا فلا يضمن للشريك ولا فرق
بين العلم وعدمه كما قدمنا لان الحكم يدار على السبب وهو الملك
ولو اشتري الاجنبي نصفا او لا ثم اشتري الاب النصف الاخر وهو
موسر فالاجنبي ان شاء ضمنه لانه ما رضي بافساد نصيبه وان
شاء استسعى العبد في نصيبه لاحتباس ما لبنه عنده وقالا يضمن
الاب نصف قيمته لاغير ولو اشتري نصف قريبه وهو موسر ممن
يملك جميعه لم يضمن للبايع شيأ وقالا يضمن وعلى هذا الخلاف
اذا اشتريا ه وقد حلف احدهما بملكه ان ملك شقصا منه ذكر ابو
بكر الرازي الخلاف وكان الكرخي يقول لا اعرف في هذه المسئلة
رواية وعلى هذا الخلاف اذا باع نصف عبده من قريبه او وهبه

له لايضمن القريب له عند الامام وعندهما يضمن ص ولو علق عتقه
بشرطين متنافيين في محل واحد وحمل وجوده عتق نصفه وعليه
السعاية في الباقي اماما مطلقا او وافق ان كانا معسرين لاموسرين
وياسرهما للموسر منهما في ربع قيمته واوجبهما في كله ان كانا معسرين
لاموسرين وامرهما للموسر في نصفه ش عبد بين رجلين علق عتقه
بشرطين متنافيين في محل واحد بان قال احدهما ان دخل فلان هذه
الدار غدا فهو حر وقال الاخر ان لم يدخلها غدا فهو حر فمضى الغد ولم
يدر ادخل فلان ام لا قال ابو حنيفه يعتق نصف العبد ويسعى في
نصف قيمته بينهما على كل حال وقال ابو يوسف ان كانا معسرين سعى
في نصف القيمة لكل منهما في الربع وان كانا موسرين لايسعى في شي
وان كان احدهما موسرا والاخر معسرا اسعى للموسر في ربع قيمته ولا
يسعى للمعسر في شي وقال محمد ان كانا معسرين سعى لهما في جميع القيمة
وان كانا موسرين فلا سعاية وان كان احدهما موسرا والاخر معسرا
سعى للموسر في نصف القيمة ولايسعى للمعسر في شي لان المقضي عليه
بسقوط السعاية مجهول فلا يصح القضا عليه ولهما ان العبد بري
من نصف السعاية يقينا لحنث احدهما والجهالة تندفع بالتوزيع
بخلاف الشهادة لعدم اليقين به ثم على اصل الامام ان ضمان
السعاية لايختلف بالايسار والاعسار وعند ابي يوسف يختلف
ولو قال احدهما ان دخل عبدي حر وقال الاخر ان لم يدخل فعبدي حر
ولايدري شي منهما لم يعتق واحد منهما للجهالة الفاحشة لان في القضا
ثلاثة اشيا المقضي له والمقضي به والمقضي عليه وفي الاول الجهالة

في المقضي

في المقضي عليه فغلبت جهة العلم وفي الثاني في المقضي له والمقضي عليه
فغلبت جهة الجهل فان اشتراهما رجل يعتق احدهما والبيان اليه لان
لم يسبق الاجهالة المحل ص ولو ادعى مشتريه ان البايع كان دبره فانكر
ثم جنى العبد فالحال موقوف وقالا يسعى ش اشتري عبدا فادعى
ان بايعه كان دبره والبايع ينكر تحال بين العبد والمشتري لاقراره
بحقه استرقاقه ولايعتق حتى يموت البايع ولايعتق بموت المشتري
فان جنى العبد جناية قال ابو حنيفه الحال موقوف حتى يظهر حاله
بتصديق احدهما صاحبه وقالا ينظر الى الارش وقيمته فيجب
اقلهما ان لم يكن له كسب وان كان فهو لمولى كسبه لايوجب جنايته على المولى
فاذا جعل ذلك في كسبه فقد جعل على المولى وللامام ان موجب
جنايته على مولاه ومولاه مجهول والقضا على المجهول متعذر ص ولو
حلف بعتقه ان قيده رطلان وان لا يحل فشهد اثنان انه رطل فحكم
به ثم حل عن رطلين فا لضمان عليهما ش رجل قيد عبده ثم حلف
بعتقه ان وزن قيده عشرة ارطال من الحديد ثم حلف بعتقه ان لا
يحله احد لاهو ولاغيره ثم شهد شاهدان ان وزن قيده خمسة
ارطال لاغير فقضى القاضي بعتقه بشهادتهما ثم حل عن قيده فاذا هو
عشرة ارطال من الحديد فظهر انهما كاذبان قال ابو حنيفه يضمن
الشاهدان بضمان قيمة العبد للمولى وقالا لايضمنان وهذه المسئلة
فرع لفوود قضا القاضي بشهادة الزور ظاهرا وباطنا في العقود والفسوخ
عند الامام وعندهما ينفذ ظاهرا لاباطنا فتبين ان عند الامام ان
العبد انما عتق بالقضا والقضا كان بالشهادة فضمنا لانلافهما المالية

بالشهادة الباطلة وعندهما القضا بالشهادة لم ينفذ في الباطن والعتق
حصل بالحال بالشهادة فلم يضمنا او ردان شهود الزور شهود الشرط
ولا ضمان على شهود الشرط واجيب بان شهادتهم بتحيز العتق حيث
قالوا انه علق عتقه بشرط كاين والتعليق بشرط كاين بتحيز وشهود
التحيز يضمنون عند الرجوع وفيه بحث اذ القضا انما ينفذ اذا لم
يتيقن ببطلانه وقد يتيقن بالبطلان حيث كان الوزن رطلين
كما لو تبين ان الشهود عبيد او كفار وجوابه ان نفوذ القضا عند الامام
باعتبار انه يسقط من القاضي تعرف ما لا طريق الى معرفته وهو حقيقة
صدق الشهود ولا يسقط عند الوقوف على ما يتوصل اليه من زهم
وكفرهم اذ التكليف بحسب الوسع وهنا تعذر على القاضي الوقوف على
حقيقة وزن القيد فانه لا يعرف الا بعد الحل فاذا اعتق فيسقط
عند حقيقة معرفة وزن القيد ونفذ قضا العتق بشهادتهما ظاهرا
وباطنا ص ولو حكم بشهادتهما ثم رجعا فضمنا فشهدا حران به قبله
فهي مردودة ش قال ابو حنيفه اذا شهد شاهدان على رجل بعتق عبده
فقضى القاضي به ثم رجعا عن شهادتهما واخذ المولى الضمان منهما
ثم شهد شاهدان انه حران بالعتاقة قبل شهادتهما لا تقبل ولم يسقط
الضمان عنهما وقالا يسقط الضمان عنهما قيل هذه فرع نفوذ القضاء
بشهادة الزور وعلى هذا الفرق بين العبد والامة وقيل هي فرع مسئلة
اشتراط الدعوى في العتق لانه لما نال العتق لم تحتج الى الدعوى
فلم يقبل في عبده وعلى هذا في مسئلة الامة لانه تقبل ص ودعوى
العبد لا الامة في الشهادة بعتقه شرط ش قال ابو حنيفه الشهادة

على عتق العبد من غير دعواه مردودة وقالا مقبوله وهذا بنا على ان عتق
العبد حق العبد عند الامام فيشترط فيه الدعوى بخلاف عتق الامة
وطلاق الزوجة لانه يتضمن تحريم الفرج وتحريم الفرج حق الله
تعالى فلا يشترط فيه الدعوى وعندهما حق الله فلا يشترط فيه
الدعوى قال في البدايع وعلى هذا الخلاف الشهادة على تدبير الامة
من غير دعواها وذكر في الفتاوى الرشيديه انه لا خلاف في ان
الشهود اذا شهدوا انه حر الاصل قبل بدون الدعوى لانها
شهادة على حرية امته وانه شهادة على تحريم الفرج وحرمة
الفرج حق الله تعالى والصحيح ان دعوى العبد عند ابي حنيفه
شرط في حرية الاصل وفي العتق العارض ص وهي على عتق احدهما
او احداهما مردودة ش قال ابو حنيفه اذا شهد شاهدان على رجل
انه اعتق احد عبديه فالشهادة باطلة الا ان يكون في وصيته بعد
موت المولى وقالا جايزة لان عند الامام الشهادة على عتق العبد
لا تقبل بغير دعوى وقد جهل المدعي فلا تقبل بخلاف الوصية
لان بالموت شاع العتق فيهما فصار كل واحد منهما خصما معينا
وعندهما تقبل وعدم المدعي فيه لا يمنع فهما لته اولى ان لا تمنع
وعلى هذا الخلاف الشهادة على عتق احدى امتيه لانها لا توجب
تحريم الوطي فان الوطي لا يكون بيانا وان شهدا انه طلق امراتيه احدى ص
جازت الشهادة واجبر على طلاق احديهما لان الطلاق لا خ عن تحريم
الفرج في الجملة فكانت الشهادة حقيقه فتقبل من غير دعوى ص
ووطي احدهما لا يكون بيانا اذا اعتق المولى احدى امتيه ثم وطي

احديهما ش قال ابو حنيفه اذا اعتق المولى احدي امتيه ثم وطي احديهما
لايكون وطيه بيانا لعتق الاخري وقالا يكون بيانا وتعتق الاخري
لان الوطي تصرف لايحل الا في الملك فالاقدام عليه دليل الاستبقاء
فصار كما اذا اعلقت منه وكما اذا وطي احدي المراتين في الطلاق
المبهم وللامام ان العتق المبهم معلق بالبيان والمعلق بالشرط
لاينزل قبله واقدامه على الوطي لا يدل على البيان لان وطي الاماء
لقضاء الشهوة لا لطلب الولد فلا يراد به الاستبقاء فصار كالاستخدام
بخلاف ما اذا اعلقت منه لانها صارت ام ولد ومن ضرورته صحة
امية الولد استحقاق العتق بها واستحقاق العتق بامية الولد
ينفي العتق المنجز عنهما واذا انتفي عن احدهما تعين في الاخري لزوال
المزاحمة وبخلاف وطي احدي المطلقتين لان الاقدام عليه في المنكوحة
يكون لقصد الولد والولد انما يحصل باستبقاء النكاح والامة
المقصود منها قضاء الشهوة فلا يدل وطيها على الاستبقاء فلا يدل
الاقدام عليه على البيان ولهذا يحل له وطيهما ولكن لا يفتي به للاحتياط
في باب الحرمات ص ولو قال لعبديه احدكما حر ثم باع احدهما
او مات او دبر عتق الاخر ش رجل قال لعبديه احدكما حر او قال لهذا
حر وهذا يومر بالبيان لانه المجمل فيصرف العتق الى ايهما شاء والبيان
يكون صريحا مثل ان تقول اعتقت هذا بالعتق الاول السابق
او اخترت ان يكون هذا حرا بذلك العتق او نحو ذلك والدلالة
مثل ان يبيع احدهما او يدبره او يعوت فيعتق الباقي لانه لما تصرف
في احدهما تصرفا يختص بالملك او فاتت المحلية فيه تعين الاخر

للعتق

للعتق واختلف المشايخ في كيفية التصرف في الاعتاق المجهول
قيل التعليق معنى لا صورة ولا يثبت العتق في احدهما قبل الاختيار
وانما يثبت وقت الاختيار في معين وقيل هو بخير للحال في غير
معين والاختيار بيان لمن وقع عليه العتق بالكلام السابق
من وقت وجوده ونسب هذا القول الى محمد والاول اليهما والخلاف
على هذا الوجه غير منصوص ولكن مدلول عليه ومشار اليه
امّا الدلالة فقد ظهر الاختلاف فيمن قال لامرأتيه احديكما طالق
ان العدة من وقت الاختيار عند ابي يوسف والعدة انما تعتبر
من وقت وقوع الطلاق فهذا يدل على ان الطلاق لم يكن واقعا
وانما وقع عند الاختيار وعند محمد تعتبر من وقت الكلام السابق
وهذا يدل على ان الطلاق قد وقع من وقت وجوده واما الاشارة
فانه يروي عن ابي يوسف انه قال اذا اعتق احد عبديه تعلق
بذمته ويقال له اختر العتق وهذا اشارة على ان العتق غير
نازل في محل اذ لو كان نازلا لما تعلق بالذمة وذكر محمد في الزيادات
انه يقال له بين وهذا اشارة الى الوقوع في غير المعين لان البيان
للموجود لا للمعدوم ومشايخ العراقيين يقولون بالبيان اختلفوا في كيفيته
قيل البيان اظهار محض وقيل اظهار من وجه وانشاء من وجه
وزعموا ان المسايل تخرج عليه وهذا غير سديد لان القول
الواحد لا يكون اظهارا وانشاءا ذ الانشاء اثبات لم يكن والاظهار
ابدا امر كائن وبينهما تناف اجيب بانه انشاء عرفا واظهار حقيقة
ولغة وذكر في غاية البيان انه اظهار فيه شبهة الانشاء وتحقيق

امرة

ذلك في حروف المعاني في شروح الاصول ص ولو قال احدكما حر فخرج احدهما
ودخل ثالث فاعاده ومات مجملا افتى بعتق ربع الداخل وهما بنصفه
وعتق نصف الخارج وثلاثة ارباع الثابت ش رجل له ثلاثة اعبد دخل
عليه اثنان فقال احدكما حر فخرج واحد منهما ودخل اخر فاعاد القول
وذلك في الصحة ثم مات ولم يبين اجمعوا على انه يعتق من الخارج
نصفه ومن الثابت ثلاثة ارباعه اما عتق نصف الخارج فلانه
يعتق في حال دون حال فينتصف واما عتق ثلاثة ارباع الثابت
فلان الايجاب الثاني دايرا بين الداخل والثابت فينتصف بينهما
ايضا لان الثابت استحق نصف الحرية بالايجاب الاول فشاع النصف
المستحق بالايجاب الثاني في نصفه فما اصاب المستحق بالاول
يعني وما اصاب النصف الثاني بقي فيكون له الربع صمت له ثلاثة
ارباع واما الداخل فقال ابو حنيفة وابو يوسف يعتق نصفه وقال
محمد يعتق ربعه لان الايجاب الثاني دايرا بين الصحة وعدمها
لانه ان اريد بالايجاب الاول الخارج صح الايجاب الثاني لكونه
دايرا بين العبدين فاوجب عتق رقبة وان اريد في الثابت
بطل الايجاب الثاني لكونه دايرا بين الحر والعبد فدار بين ان يوجب
وان لا يوجب فينتصف فيعتق نصف رقبة بينهما نصفان فنصيب
كل واحد منهما الربع ولابي حنيفة وابي يوسف ان الايجاب الثاني
صحيح في حق الداخل من كل وجه فاوجب عتق رقبة فاصاب نصفه
وفي حق الثابت صحيح من وجه دون وجه فاوجب عتق رقبة بن
فنصيبه ربعها ص وان قال في المرض قسم الثلث على هذا ش وان وقع

دين في المرض ولم يخرج هذه السهام من الثلث ولم تجز الورثة قسم الثلث
بينهم على قدر سهامهم وبيان ذلك انك تنظر الى مخرج اقل جزء
من سهامهم وهو الربع وذلك اربعة فللثابت منها ثلاثة اجزاء
ولكل واحد من الاخرين جزآن فبلغت سهام العتق سبعة فيقسم
الثلث عليها فيسقط عن كل واحد منهم من السعاية قدر ما اصاب
سهمه مثاله لو كان قيمة كل واحد منهم سبعماية درهم وليس له مال
غيرهم كان جميع ماله الفين ومايه وثلثها سبعماية فاذا قسمت
الثلث على سبعة اصاب كل واحد مايه فمن كان له سهمان وهو الخارج
والداخل سقط عنه ما اصابهما وهو ماتان ومن كان له ثلاثة اسهم
وهو الثابت سقط عنه ما اصابها وهو ثلثمايه ويسعى كل واحد منهم
فيما بقي من قيمته فيسعى كل واحد من الخارج والداخل في خمسمايه
ويسعى الثابت في اربع مايه وعند محمد يجعل الثلث اسداسا لاجل ان
الداخل لا يستحق عنده الا الربع فينتقص سهمه لذلك وبانى العمل ما
ذكرنا ص ولو اعتق عبيده الثلاثة في المرض وهو ماله وقيمتهم سوا عتق
من كل ثلثه وسعى في ثلثيه ولا تقرع ش رجل له ثلاثة اعبد قيمتهم سوا
اعتقهم في مرضه ولا مال له غيرهم ولم تجز الورثة قال علماؤنا
يعتق من كل عبد ثلثه ويسعى في ثلثي قيمته للورثة وقال الشافعي
يعتق واحد منهم ويقترع بينهم فمن خرجت قرعته فالعتق له لما
روي عن عمران بن حصين رضي الله عنه ان رجلا اعتق ستة اعبد
له عند موته ولم يكن له مال غيرهم فدعى بهم رسول الله صلى الله عليه
وسلم فجزأهم اثلاثا ثم اقرع بينهم فاعتق اثنين وارق اربعه

ولنا انهم استووا في سبب الاستحقاق وهو اعتاقهم فيستوون في
الاستحقاق ولان العتق نازل في الكل حتى لو برئ من مرضه عتقوا والبراءة
لا يوجب عتقا لم يصح فظهر انه واقع في جميعهم ولا العتق يحوز رفعه بالقرعه
قال ابو بكر الرازي القرعة بين العبيد من جنس الميسر المحرم بنص القران
لما فيه من نقل الحرية عن من وقعت عليه الى غيره بالقرعه ولما فيه
من تخس حق وابطال حق واحل لبعضهم حقه وحق غيره فهذا هو الميسر
بعينه والحديث قضائي شيء بعينه وهو واقعة عين ووقايع الاعيان لا
عموم لها ولانه لا يتفق لانسان ستة اعبد ولا يملك غيرهم من شيء قل
ولا جل وهو منكر مستحيل عاده فيرد به كما يرد خبر الواحد فيما تعم به
البلوى ولانه لا يتفق ان يكون ستة اعبد قيمتهم سوا لا يزيد قيمة
احدهم على بعضهم بل ما كان من ذوات الامثال تختلف قيمته لان فيه
الجيد والوسط والردي فكيف بذوات القيم وانما يجوز استعمال
القرعة عندنا فيما يجوز فعله بغير قرعة لتطييب القلوب كما في قسمة
الغاضي بين الورثة والغنايم والمساكن بالزوجة ونحو ذلك لان القرعة
تظهر الحق ص ولو قال ان او مكاتب ما سالمك حر فعتقا ثم ملكا مملوكا
فهو ان ش قال ابو حنيفه اذا قال ان او مكاتب كل عبد املكه فيما يستقبل
فهو حر ثم عتق ان اوادي المكاتب بدل الكتابة ثم ملك عبدا
لم يعتق وقالا يعتق لان ما ملكه بجهة الرق ملك ناقص وما ملكه
بعد الحرية ملك كامل ومطلق الاسم ينصرف الى الكامل دون الناقص
وللامام ان للعبد الماذون وللمكاتب نوع ملك مجازي وهو الثابت في
الحال وحقيقي وهو ما ثبت بعد العتق والمجازي هو المراد لان اللفظ

مرسل

مرسل غير معلق بشرط العتق والمرسل لا يحتمل المعلق لتنافي بينهما ه
والملك المجازي لا يقبل العتق فصار كما لو قال كل مملوك املكه فهو حر
فانه يتناول القايم للحال دون ما يملكه بعد العتق ولو قال الصبي
كل مملوك املكه بعد البلوغ فهو حر ثم بلغ فملك عبدا لا يعتق لان الصبي
ليس من اهل الاعتاق تنجيزا ولا تعليقا بخلاف العبد اذا كان بالغا عاقلا
الا انه لا ينفذ تنجيزه لانعدام شرطه وهو الملك بخلاف تنفيذ تعليقه
لانه لا مانع له من الجواز لعدم اشتراط الملك فيه ص ولو قال
ان كلمت زيدا فانت حر فدعاه زيد وشهد ابناه برد ها وسمعها ش
قال ابو يوسف اذا قال المولى لعبده ان كلمت فلانا فانت حر فقال
كلمته وصدقه فلان وحجر المولى فشهد ابنا فلان به لا يقبل وقال
محمد يقبل لابي يوسف ان في ذلك تصديق الاب وهو موضع التهمة
فلا يقبل ولهما شهد لحرية العبد ولا تهمة فيها ونظير هذا الخلاف
في كتاب النكاح اذا زوج بنته وانكر الزوج واذعى الاب فشهد ابناه
والبنت بالغة ص او ان تسريتك يضع طلب الولد الى ما شرطا من
التحصين والوطي والبتوبة والمنع من الخروج ش قال ابو حنيفه
ومحمد اذا قال المولى لامته ان تسريتك فانت حرة يقع التسري على
تحصينها وتبوئها ووطيها والمنع من الخروج لخدمة خارج البيت
وليس طلب الولد شرطا للتسري وقال ابو يوسف هو ما قالا مع
طلب الولد لان التسري في العادة طلب الولد ولهما ان لخادها في
العرف لا يقف على طلب الولد والمراد من طلب الولد ان لا يعزل ماه ه
ص او لامة غيره ان تسريتك فانت حرة فاشتراها وتسراها الغينا

التعليق ش قال علماؤنا الثلاثة اذا قال الرجل لامته غير ان تستريتك فانت حرة فاشتراها وتسرى بها لم تعتق وقال زفر تعتق لان التسري لا يصح الا في الملك فاضافة العتق اليه كاضافته الى الملك دلالة ولنا ان التسري ليس من اسباب الملك الا انه لا يحل بدونه فلم توجد الاضافة الى الملك بخلاف ما اذا قال لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر لان محل الجزاء في ملكه حتى لو قال لها ان طلقتك واحدة فانت طالق ثلاثا فتزوجها وطلقها واحدة لا يقع الثلاث

فصل في التدبير وجه المناسبة بين هذا الفصل والذي قبله والذي بعده من الفصول من حيث ان كلها توابع الاعتاق والتابع يلي المتبوع والتدبير لغة النظر فيما يؤول اليه عاقبته وفي الشريعة تعليق العتق بالموت على الاطلاق ص ولو قال اذا مت فانت حر او حر عن دبر مني او مدبر او قد دبرتك صار مدبرا لا يجوز اخراجه عن ملك الا بالعتق ش هذا تمثيل للتدبير المطلق لانه علق عتقه بمطلق موته فيعتبر به مدبرا وهذه الالفاظ صريحة في هذا المعنى فانها لاثبات العتق عن دبر من الانسان ولو قال انت حر مع موتي او عند موتي او في موتي او اوصيت لك بنفسك او برقبتك او بثلث مالي او امتاع فانها للقران والشيء اذا اقترن بالشيء يقتضي وجوده معه فكان اثباتا للعتق في حال وجود الموت واما عند فلانه تعليق العتق بالموت فيستدعي وجوده اولا واما في فلان حرف الظرف اذا دخل على الفعل يصير شرطا كقوله انت طالق في دخولك الدار واما الوصية بالرقبة ونحوها فلان العبد لا يملك رقبة نفسه والرقبة تقتضي زوال ملك الموصي عما اوصي به وانتقاله الى الموصى له وانه في العبد حر به كقوله بعت نصيبك منك واما

الوصية

الوصية بالثلث فلانه تمليك منه لثلث جميع ماله ورقبته من ماله فيملكها فيعتق ولا يشترط في التدبير القبول ولا يرتد بالرد بخلاف سائر التصرفات واذا صح التدبير فحكمه ان لا يجوز اخراجه عن الملك ببيع ولا هبة لكن بالعتق كما في الكتابة لقوله عليه السلام المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من الثلث ص ويجوز استخدامه واجارته ووطئها وتزويجها ش اي ويجوز استخدام المدبر واجارته للناس ويطأ المولى الامة المدبرة ويزوجها من انسان بغير رضاها لان ملك الرقبة سبب للثبوت ولاية يتصرف فيها ولاية جبر به لان ملكه ثابت فيه ولهذا يدخل تحت قوله كل مملوك لي حر والملك ليستفاد هذه التصرفات وهي لا تبطل حق المدبر في نفسه بخلاف البيع ونحوه فانه يبطل حقه فيه فلا يملكه ويجوز كتابته لانها لتعجيل الحرية فتجوز كما في ام الولد وليس له ان يرهنه لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء من المالية بطريق البيع وهو ليس محلا له كام الولد ويثبت العتق بالموت لانه متعلق به ص ويعتق من الثلث ان خرج والا فبحسابه وان كان مولاه مديونا سعى في كل قيمته ش اي اذا مات المولى عتق من ثلث ماله ان خرج منه لان التدبير وصية لكونه تبرعا مضافا الى ما بعد الموت فينفذ من الثلث كسائر الوصايا والا فبحسابه فان كان على المولى دين يستغرق ماله سعى في جميع قيمته لتقدم الدين على الوصية لكن نقض العتق حقيقة غير ممكن فيجب نقضه معنى برد قيمته ولا فرق في هذا الحكم بين المدبر المطلق والمقيد لان كلا منهما مطلق بشرط فينزل المعلق والموت الحكمي كالحقيقي والتدبير في المرض كالتدبير في الصحة لانه وصية في الحالين ص ولو قال لعبده ومدبره

احدكما حر والاخر مدبر يعتق القن واشاعه فيهما ش رجل جمع بين
عبده ومدبر وقال احدكما حر والاخر مدبر ولا مال له غيرهما او مات
مجملا قال ابو يوسف يعتق العبد والمدبر مدبر على حاله كما لو قال
احدكما مدبر والاخر حر لان قوله والاخر مدبر صلح اخبارا فلا حاجة
الى جعله انشاء وقال محمد يعتق نصف القن ونصف المدبر لان قوله
احدكما حر افاد انقسام العتق عليهما لحاجتهما الى العتق فلو جعل
قوله والاخر مدبر اخبارا محضا لبطل حق المدبر من الكلام ص
ولو اعتق احد الشريكين ودبر الاخر معا عتق ويغرم نصف قيمته
قنا لامدبرا ش عبد بين شريكين اعتق احدهما ودبره الاخر معا
عتق كله وقال ابو يوسف يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته
قنا لان العتق اقوى من التدبير فيدفعه فيتملك المعتق نصيب
شريكه فيضمن وقال محمد يضمن له نصف قيمته مدبرا لان
العتق والتدبير حصلا معا لوجود سببهما معا ثم غلب العتق
على التدبير لكونه اقوى منه فيعتق كله لانه اقوى منه فيعتق كله
باعتاقه فيضمن ما بقي للمدبر في نصيبه بعد التدبير وفي البدايع
اذا خرج الاعتاق والتدبير معا لا يرجح احدهما على صاحبه بضمان
لان الضمان انما تجب باتلاف مال الغير فاذا خرج الكلامان معا
كان كل منهما متصرفا في ملك نفسه لا متلفا ملك غيره فلا تجب عليه
الضمان ومنهم من قال هذا على قياس قول الامام لان
الاعتاق والتدبير يتجزا ان عنده فيصح الاعتاق في النصف والتدبير
في النصف اما على قولهما ينفذ الاعتاق ويبطل التدبير لانهما

لا يتجزان

لا يتجزآن والاعتاق اقوى فيدفع الادنى والمسئلة على اربعة انواع
خرج الكلامان معا او على التعاقب علم السابق او لم يعلم وقد عرفت
في موضعها ص ولو اسلم مدبر الذمي حكمنا بعتقه بعد السعاية
لانقبلها ش ذمي دبر عبده الذمي فاسلم العبد قال علماؤنا
الثلاثة حكم عليه بان يسعى في قيمته لمولاه ويكون حكمه حكم
المكاتب فاذا ادى السعاية عتق وقال زفر يعتق في الحال
ويسعى في قيمته لانه بالاسلام صار واجب الازالة في ملكه وتعذرت
الازالة بالبيع فيعتق للحال فيسعى وهو حر ولنا انه لو عتق
للحال لوانى الى الكسب فيودي الى تعطيل حق المولى فيتوقف عتقه
على الاداء رعاية للجانبين وعلى هذا الخلاف ام ولد النصراني
اذا اسلمت تعتق عندنا بالسعاية وعند زفر يعتق للحال ويلزمها
السعاية فان مات المولى قبل الفراغ من السعاية عتقا وبطلت
لانهما يعتقان بموت سيدهما فهذا مكاتب معنى استفاد عتقا
من جهة المولى لا بالكتابة ص وان علقه بموته على صفة لم يكن
مدبرا فان تحقق المجموع عتق كالمدبر ش اذا علق المولى التدبير
بموته على صفة مثل ان يقول ان مت من سفري هذا او من مرض
كذا كان مدبرا مقيدا يجوز بيعه وسائر التصرفات فيه
لان استحقاق العتق لم يثبت اذ الموت على هذه الصفة قد لا يكون
وقد لا يكون فصار كالمحلوف بعتقه فان مات المولى على تلك الصفة
عتق من الثلث كالمدبر المطلق لوجود الشرط ولو قال
ان مت الى سنة او الى عشرين فانت حر فهو مدبر مقيد وان قال

الي مائة سنة ومثله لا يعيش اليه في الغالب فتدبير مطلق وهو رواية
الحسن عن الامام وقال ابو يوسف هو تدبير مقيد لان العبرة
للتوقيت ولا ينظر الي طول المدة او قصرها كما في التوقيت في
النكاح والمختار الاول لانه اذا كان في الغالب لا يعيش اليه صار
كالكاين لا محاله ص او ان مات فلانا او انا فانت حر قبل موتي بشهر
اجزنا بيعه ش قال علماونا الثلاثة اذا قال المولى لعبده اذا
مات فلان او مت انا فانت حر لم يصر مدبرا مطلقا خلافا لزفر
له انه علق عتقه بموت كل منهما على الانفراد والتعليق بموت
المولى يوجب التدبير ولنا ان احتمال ان يموت فلان قبل المولى
قايم وعلى هذا التقدير لا يكون مدبرا مطلقا وعلى هذا الخلاف
اذا قال انت حر قبل موتي بيوم او بشهر فمضت تلك المدة لم
يصر مدبرا مطلقا خلافا لزفر ايضا له انه تعلق عتقه بموته وهذا
هو التدبير المطلق ولنا ان التدبير المطلق هو ايجاب العتق
عند الموت مطلقا وهذا تعليق بشرط قد يوجد وقد لا يوجد
فلا يكون ايجابا مطلقا واذا مضت المدة قبل موت المولى وهو
في ملكه ذكر الكرخي في مختصره انه مدبر في قول الامام وزفر وفي
الفتاوى الظهيرية قيل انه صار مدبرا مطلقا لتعلق العتق
بمجرد الموت وقيل يكون مدبرا مقيدا لتعلق العتق بموته ومضي
شهر متصل بموته قال في البدايع وهو الصحيح لانه ما اضاف
العتق الي الموت قبل اضافته الي بدء الشهر فلا يكون مدبرا مطلقا
وفي المحيط لو قال انت حر قبل موتي بشهر وهو صحيح فمضي شهر

بلغ مقابلة

ثم مات

ثم مات قيل يعتق من الثلث يصير كانه قال وقت الموت انه حر قبل ذلك
والصحيح انه يعتق من جميع المال عند الامام لاستناد العتق عنده فيظهر
انه لم يكن وصيه بالعتق ولو قال اذا مت انا وفلان فانت حر او قال
انت حر بعد موتي وموت فلان ان مات المولى اولا صار مدبرا وان
مات فلان اولا صار مدبرا لان التدبير صار مطلقا كما لو قال
انت حر بعد كلامك فلانا وبعد موتي وكلم فلانا كان مدبرا او قال
ان كلمت فلانا فانت حر بعد موتي بشهر فليس بمدبر ولا يعتق
حتى يعتقه وعن محمد انه قال القياس ان يكون باطلا ولهذا
لو جني قبل الشهر دفع بالجناية ولو لحقه دين بيع فيه وفي الاستحسان
يجعل وصيه بالاعتاق حملا للتصرف على الصحة ما امكن

فصل في الاستيلاد

وهو في اللغة طلب الولد مطلقا
فان الاستفعال لطلب الفعل وفي الشرع طلب الولد من الامة
وام الولد شرعا كل مملوكة ثبت نسب ولدها من مالك لها او لبعضها
والاستيلاد فرع النسب فكل علوق تعلق به ثبوت النسب صارت
الجارية بذلك العلوق ام ولد وما لا يتعلق به ثبوت النسب
لا تصير ام ولد به حتى لو استولدها بزنا ثم ملكها لا تصير ام ولد
له لعدم النسب ولو استولدها بنكاح ثم ملكها تصير ام ولد
لوجود النسب ص اذا اتت بولد من مولاها فاعترف به ثبت نسبه
منه لا باقراره بوطيها ش قال علماونا لا يثبت نسب ولد الامة الا
بالدعوة وان وطيها وقال الشافعي اذا اعترف بوطيها ثم
اتت بولد ثبت نسبه منه وان لم يدع وهذا فرع على ان الامة تملك

يمين لانصير فراشا بالوطي ولايثبت نسب ولدها الا بالدعوة عندنا
وعند الشافعي يثبت باعترافه بالوطي ولآ يحتاج الى قوله ان الولد منه
لان الاصل في ثبوت النسب المآ والعقد والوطي سببه فاذا ثبت
السبب بالعقد فلان يثبت بالوطي وانه اشد افضا اولى ولنا
ان وطي الامة يقصد به قضا الشهوة دون الولد لوجود ما يمنع من
الولد وهو سقوط تقومها او نقصان قيمتها او الاستنقاص باولاد
الامة عادة او حساسة المحل فان النفوس الابية تستنكف عن
وطيهن فضلا عن طلب الولد منهن وآنما يتفق ذلك لبعض الناس
لغلبة الشهوة بخلاف النكاح فان المقصود الاصلي منه التوالد ولهذا
يثبت نسبه منه وان لم يطأها لوجود الفراش القوي ولهذا لا
ينفرد بالعزل وروى الطحاوي باسناده عن عكرمة عن ابن عباس
انه كان له جاريه يطأها فحملت فقال ليس مني ابتهما اتيانا لا اريد
به الولد وان اعترف بالحمل ان جآت به لستة اشهر ثبت نسبه منه
للتيقن بوجوده وقت الاقرار ولا فرق في ذلك بين ان يكون حيا
او ميتا بعد ما استبان خلقه وان جآت به لاكثر لم يثبت لعدم
ذلك وان كان قد وطيها ولم يعزل عنها وحصنها ينبغي ان يلتزمه
ويعترف به لان الظاهر انه منه وان عزل عنها او لم تحصنها جاز
له النفي لتعارض الظاهرين ص فان ولدت بعد ذلك ثبت من غير
دعوة ش اي اذا ولدت ام الولد ولدا بعد الولد الاول ثبت نسبه
من غير دعوة منه لانه لما ادعى الولد الاول تعين الولد مقصودا
منها فصارت فراشا له بخلاف الاول وقال عليه السلام الولد للفراش

وصارت

وصارت كالمنكوحة ولهذا لو اعتقها المولى او مات عنها تعتد بثلاث
حيض وانما يثبت من غير دعوة اذا كان بحل وطيها اما اذا حرمت على المولى
على التابيد لا يثبت نسبه الا بالدعوة كما لو وطيها ابن المولى او ابوه او وطئ
المولى امها او ابنتها او حرمت عليه برضاع او كتابة لا يثبت الا بالدعوة
لانقطاع الفراش ص وينتفي بمجرد نفيه ش اي ينتفي نسب ولد ام
الولد بعد ما اعترف به اولا بمجرد نفيه من غير لعان لان فراشها
ضعيف حتى انه يمكن نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة حيث لا ينتفي
نسب ولدها الا باللعان لانه شرع في الزوجين ولتاكد الفراش
الا ترى انه لا يملك ابطاله بالتزويج ولو اعتقها ثم جآت بولد الى سنتين
لزمه ولا ينتفي بنفيه لان فراشها قد تاكد بالحرية ولهذا لم يملك نقله
بالتزويج والفراش على ثلاثة انواع قوي كفراش النكاح حتى يثبت
النسب فيه من غير دعوة ولا ينتفي الا باللعان ومتوسط كفراش ام
الولد حتى يثبت النسب فيه من غير دعوة وينتفي بغير لعان وضعيف
كفراش الامة حتى لا يثبت النسب فيه من غير دعوة وآنما ينتفي بمجرد
النفي اذا لم يقض به قاض او لم يتطاول المدة اما اذا قضى به او تطاولت
المدة لا ينتفي لانه يتاكد بالقضا فلا يحتمل النفي بعد ذلك وتطاول
المدة من غير ظهور النفي اقرار منه دلالة والنسب المقر به لا ينتفي بالنفي
ولم يقدر الامام لتطاول المدة تقديرا وهما قدراه بمدة النفاس ص
ولا يجوز اخراجها عن ملكه الا بالعتق ش لا يجوز لمولى ام الولد ان
يخرجها من ملكه ببيع ولا هبة ولا صدقة او غيرها الا الى الحرية لما روي
انه عليه السلام لما قيل له الا نعتق مارية القبطية ام ابراهيم قال

اعتقها ولدها رواه ابن ماجة والدارقطني وروي عن ابن عباس رضي الله
عنهما انه عليه السلام قال من وطئ امه فولدت له فهي معتقه
عن دبر منه رواه احمد وابن ماجه وعن ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى
الله عليه وسلم نهي عن بيع امهات الاولاد وقال لا يبعن ولا يوهبن
ولا يورثن يستمتع بها السيد ما دام حيا فاذا مات فهي حرة رواه الدارقطني
واذا ثبت حقيقة الاعتاق لمانع وجب ان يثبت بعض احكامه وهو
حرمة التملك بمقتضى الحديث تجب العتق وهو لم يثبت اجماعا
فيثبت حق الحرية في الحال وحقيقتها في المآل اعمالا للحديث بالقدر
الممكن ولان الحرية تثبت بين الواط والموطوءة فان المآل قد
اختلطا حتى لا يمكن التمييز بينهما حتى انه يضاف الى كل منهما ما عرف
في حرمة المصاهرة وبالانفصال ست الحرية حكما لا حقيقة ضعف
السبب فاوجب حكما مترجحا الى ما بعد الموت اي لو سبب الجزية
حقيقة لحصلت حقيقة الحرية ولما ثبتت حكما ضعف سبب الحرية
فيثبت حق الحرية في الحال وحقيقته في المآل اثباتا للحكمة
بقدر العلة وتقال الحرية حكما يثبت في حقهم لا في حقهن اذ الحرية
باعتبار السبب والانساب الى الآباء لا الى الامهات حتى لو استولد
رجل جارية الغير بنكاح ثم ملكها صارت ام ولد له واذا ملكت
الحرة زوجها الذي ولدت منه لم يعتق بموتها وحكي ان ابا سعيد
البردعي شيخ الكرخي حاجا من بردعه فوصل الى بغداد فراى قوما ص ٥٥٥
جلسوا بعد صلاة الجمعة للنظر وفيهم داود الاصبهاني الظاهري
فساله حنفي عن بيع ام الولد فقال تجوز لان بيعها كان جايزا قبل

العلوق

العلوق بالاجماع فنحن على هذا الاجماع حتى ينعقد اجماع اخر لان ما ثبت
باليقين لا يزول الا بيقين مثله فتجبر الحنفي فانه لا يقبل القياس وخبر
الواحد لا يوجب اليقين وعارضه ابو سعيد فقال اجمعنا على عقد
جوازهما بعد العلوق لان في بطنها ولدا حرا فنحن على هذا الاجماع
حتى ينعقد اجماع اخر فتحير داود وسمع ابو سعيد ليلة هاتفا يقول فاما
الزبد فيذهب جفاء واما ما ينفع الناس فيمكث في الارض فمالبث ان
قرع بابه واخبر بموت داود واستقر ابو سعيد ببغداد للتدريس
واجتمع عليه اصحاب داود وهذه المناظرة استحسنها اهل المذاهب
الاربعة قيل كان لداود ان يجيب بان بيعها حاملا يستلزم بيع ولدها
وهو حر ولا كذلك الحامل والكلام فيها لا في الحامل اجيب بان الانفصال
بقيت الحرية حكما وتعذر هذا المعنى ولم يرتفع مع ان مثل هذا
لا يندفع بالمعارضة كما عرف ص ويجوز استخدامها واجارتها ووطئها
وتزويجها يجوز للمولى ما ذكر لانه ملكه لم يزل عن ام الولد كالمدبر وانما
يثبت لها حق العتق لا حقيقته وان اراد تزويجها ينبغي له ان لا يزوجها
حتى يستبرئها بحيضة لاحتمال ان تكون حاملا من مولاها وهذا الوهم
يوجب الاحتياط ويبطل التزويج فان زوجها قبل الاستبراء فولدت
لاقل من ستة اشهر فهو من المولى والنكاح فاسد للتيقن بان العلوق
على فراش المولى سابق على النكاح وانه زوجها وهي حامل ص فان ولدت
من زوجها تبعها في حكمها ش ولو زوجها فاتت بولد فحكمه حكم امه
لان الاستيلاد استقر فيها والاوصاف القارة في الامهات تسري
الى الاولاد لان الولد جزء الام فحدث على وصفها كالتدبير ونسب

الولد الى الزوج لان فراش ام الولد بطل من المولى بفراش الزوج ولو ادعاه المولى
لا يثبت نسبه منه لانه ثابت النسب من الزوج ولعتق ولدها بدعوة المولى
وان لم يثبت النسب منه لاقراره بالحرية رجل استولد جارية بنكاح فجاءت
بولد وثبت نسب ولدها منه ثم فارقها وزوجها المولى من آخر فجاءت
بولد ثم ملكها الزوج الاول وولدها منه صارت الجارية ام ولد
خلافا للشافعي ولا يصير ولدها ولد ام ولد وقال زفر حكمه
حكم امه لان الاول لما ملكها صارت ام ولده بالعلوق السابق والولد
حدث بعد فيحدث على وصف الام ولنا ان امومية الولد
انما ثبت وقت ملك الام والولد منفصل فيه والسراية لا تثبت
في الولد المنفصل ص وتعتق من جميع المال ولا يسعى في ديونه
ش واذا مات المولى تعتق ام الولد من جميع المال ولا تسعى للوارث
ولا للغريم لحديث سعيد بن المسيب انه عليه السلام امر بعتق
امهات الاولاد وان لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث ولان الحاجة
الى الولد اصليه فتقدم على حق الورثة والغرماء كالكفن بخلاف
التدبير لانه تبرع ص وهي غير متقومة ش قال ابو حنيفة مالية
ام الولد غير متقومة حتى انها لا تضمن بالغصب ولا باعتاق
احد الشريكين ولا بالقبض في البيع الفاسد وقال ابو يوسف
ومحمد لها قيمة حتى تضمن في ذلك كله وتسعى اذا مات احد مواليها
وقيمتها ما يقومها به رجلان من اهل البصارة بقيم الاشياء وهي ثلث
قيمتها قنة لفوات منفعة التمليك ومنفعة قضاء دين المولى
وبقاء منفعة الاستخدام لما انها كانت متقومة قبل الاستيلاد

ولم

ولم يثبت بالاستيلاد الا حق العتق لا حقيقته فلا يزول التقوم باستحقاق
العتق لعدم المنافي له كالمدبر وللامام ان التقوم مبني على الاحراز وام
الولد لا تحرز احراز الاموال بل احراز المنكوحات حيث يصان وتحرز
للنسب فدل ذلك على زوال التقوم عنه ولهذا لا تسعى لغريم
ولا لوارث بخلاف المدبر والخلاف في تقومها من حيث انها مال اما من
حيث هي نفس فمتقومة بلا خلاف ولا خلاف في المدبرة انها تضمن
وان المدبر متقوم من حيث انه مال وعلى هذا ام ولد بين اثنين
مات احدهما حتى عتقت لم تسع للاخر عنده وعندهما تسعى ام ولد
بين اثنين ولدت ولدا فادعاه احدهما ثبت نسبه منه ولا شيء
عليه لشريكه من ضمان ولا سعاية وقالا يضمن نصف قيمتها الشريكه
ان كان موسرا وتسعى في نصف قيمتها ان كان معسرا ام ولد بين
اثنين اعتق احدهما نصيبه لا ضمان على المعتق ولا سعاية عليها
عنده وعندهما الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار رجل باع
امة حاملا فولدت لاقل من ستة اشهر بعد البيع ثم ماتت الام
عند المشتري فادعى البايع الولد يصح وعلى البايع ان يرد جميع الثمن
ولا يحبس بازاء الام شيا عنده وعندهما يحبس حصتها من الثمن
رجل غصب ام ولد رجل فهلكت عند الغاصب لم يضمن عنده
وعندهما يضمن ص وان هلكت هي او مدبرة عند المشتري فهي غير مضمونة
ش قال ابو حنيفة اذا اشتري ام ولد او مدبرا وقبضه فهلك في
يده لا ضمان عليه للبايع وقالا يجب القيمة لان البيع وان كان غير صحيح
الا انهما مقبوضان بجهة البيع فيضمنان لان للمقبوض بجهة البيع حكم

بالمقبوض بالبيع الفاسد كالمقبوض على سوم الشراء اذا عين ثمنه وللامام
انه قبضه باذن البايع فصار امانة في يده فلم يكن مضمونا اذا هلك عنده
وان كان متقوما ولا تلحق جهة البيع بحقيقة البيع الفاسد عند عدم
تصور حكمه وهو الملك بالقبض فامتنع الضمان لامتناع الالحاق ○
واتفقت الروايات عن الامام على ان للمدبر قيمة تضمن بالغصب
وقيل قيمة ام الولد ثلث قيمة القن لان منفعة المملوك ثلاث والاستيلاد
يبقي الاستخدام فقط ص واذا تكاتمة فولدت ثم ملكهما بجعلها ام ولد له
ش قال علماؤنا اذا استولد امة غيره بنكاح او بوطء بشبهة
ثم ملكهما مع الولد او بغير الولد تصير ام ولد له من حين ملكهما لا من
حين العلوق لقول زفر وقال الشافعي لا تصير ام ولد والمسئلة
بناء على ان سبب الاستيلاد عند زفر ثبوت النسب حقيقة او شرعا
لانه اذا ملكهما تصير ام ولد له بالعلوق السابق ثم كل من ولدت
له حق الحرية وعند الشافعي علوق الولد حرا ولم يوجد لانهما حين علقت
علقت برقيق وعندنا سببه ثبوت النسب شرعا سواء كان بملك نكاح
صحيح او فاسد او ملك يمين او وطي بشبهة وقد وجد لانها علقت
بولد ثبت نسبه ولو زنى بامة فولدت ثم ملكها لم تصر ام ولد خلافا
لزفر لانه ثبت للولد حكم الحرية فيثبت لامه امية الولد ولنا
ان الاستيلاد جزؤه متعلق بالنسب ولم يثبت النسب فلم يثبت
الاستيلاد وانما عتق الولد لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة
بخلاف امية الولد فانها لو ثبتت تثبت بواسطة نسبة الولد ونسبة
الولد الى الزاني منقطعة ص ولو وطي جارية ابنه فولدت فادعاه

صارت

صارت ام ولد له ويضمن قيمتها لا قيمة ولد ولا يوجب مهرها ش رجل وطئ
جارية ابنه فولدت منه وادعاه كانت ام ولد له لان له تملك مال
ولده عند الحاجة وقد تحققت وهي صيانة مائه وعن ابي يوسف
انها لا تصير ام ولد له كما في جارية المكاتب قلنا للاب شبهة
الملك في مال ابنه دون رقبته عكس المكاتب والنسب تحتاط في اثباته
فشبهة الملك فيه كحقيقته كما في شبهة النكاح وعليه قيمتها
لان هذا ليس من ضروريات البقاء كخلاف الحاجة الى الطعام وليس عليه
قيمة ولدها ولا عقرها وقال الشافعي زفر يجب عليه عقرها
لانهما يثبتان الملك حكما للاستيلاد وحكم الشيء يعقبه ولنا انه يتملكها
قبل الوطي لحاجته الى تحصين نفسه والملك شرط صحة الاستيلاد
وليس فيها حقيقة الملك ولا حقه فيما في الوطء بملكه فلا يلزمه
العقر ويشترط لصحة استيلاد الاب جارية ابنه ان تكون الجارية
في ملك الاب من وقت العلوق الى وقت الدعوى حتى لو اشتري
الاب فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر وادعاه الاب او باعها فجاءت
بولد في يد المشتري لاقل من ستة اشهر وادعاه الاب او كان
العلوق في ملكه وولدت في ملكه وخرجت عن ملكه فيما بينهما
وادعاه الاب لم تصح دعوته وان يكون الاب صاحب ولاية حتى لو كان
عبدا او مكاتبا او كافرا لم تصح دعوته لعدم الولاية ص ولا يثبت بوطي
الجد مع بقاء الاب ش لا يثبت نسب الولد بوطي الجد اب الاب لانه
لا ولاية له حال وجود الاب ولو كان الاب ميتا يثبت منه كما يثبت
من الاب لظهور ولايته حينئذ ورق الاب او كفره او الردة واللحاق

بمنزلة الموت لانه قاطع للولاية ص واذا ادعاه احد الشريكين ثبت منه
وصارت ام ولد له وضمن نصف عقرها ونصف قيمتها لا قيمة الولد ش
جارية بين رجلين ولدت ولدا فادعاه احدهما وهو صحيح او مريض ثبت
نسبه منه لاحتياج الولد الى النسب وصارت كلها ام ولد له لان
ذلك يثبت بشبهة الملك فبحقيقته اولى وعليه نصف قيمتها لانه
ملكها بالاستيلاد ضرورة انه لا يتجزا ونصف عقرها يوم علقت لان
الوطي في ملك الغير لا يخلو عن حد زاجر او عقر جابر وقد سقط
للشبهة فيجب العقر ولا يدخل العقر في القيمة لان كل واحد منهما ضمان
جزء فلا يستتبع احدهما الاخر بخلاف جارية الابن فان العقر لا يلزم
لانه ضمان جزء ولا يغرم قيمة الولد لانه ملكه عند العلوق ولا قيمة
له عند ذلك ولا يختلف باليسار والاعسار لانه ضمان تملك وهذا
اذا حملت على ملكهما اما اذا اشتراها وهي حامل فادعى احدهما ثبت
نسبه ويضمن نصف قيمة الولد لانه لا يمكن استناد الدعوة الى وقت
العلوق لان اصل العلوق لم يحصل في ملكهما ص وان ادعياه ثبت نسبه
منهما ولا يعتبر قول القايف وتصير ام ولد لهما ويغرم كل منهما نصف
العقر قصاصا وورث من كل منهما كابن ويرثانه كاب ش رجلان لهما
جارية فاتت بولد فادعاه كل منهما قال علماونا يثبت نسبه
منهما اذا حملت به على ملكهما وكذا اذا اشترياها حبلى لا يختلف في
حق ثبوت النسب منهما وقال الشافعي يرجع في ذلك الى قول
القافة لان اثبات النسب من شخصين مع التيقن بان الولد لا يتخلق
من ماءين متعذر فيعمل بالسنة وقد سر النبي صلى الله عليه وسلم

يقول

يقول القايف في اسامة بن زيد ولان النسب مما لا يتجزا فلا يتصور
فيه الشركة كالنكاح ولنا كتاب عمر رضي الله عنه الى شريح رحمة
الله عليه في هذه الحادثة لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما ورثا
وهو للباقي منهما وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير وهو مذهب
علي وابن عباس وزيد بن ثابت ولانهما لما استويا في سبب الاستحقاق
استويا فيه والنسب وان كان مما لا يتجزا لكن يتعلق به احكام تقبل
التجزي كالميراث والنفقة والتصرف في المال فما يقبل التجزية
يثبت في حقهما على الكمال كانه ليس معه غيره وما لا يقبلها يثبت في
حق كل واحد منهما كالنسب وولاية النكاح الا اذا وجد المرجح كما في
كالوليين في النكاح الا اذا كان احد الوليين ابا للاخر لان للاب
حقا في مال ابنه او لان الاسلام يعلو ولا يعلى عليه والحر اولى من
العبد والكتابي اولى من المجوسي والمرتد اولى من الذمي ولانه رجم
بالغيب والله تعالى هو المنفرد بعلم الغيب ويعلم ما في الارحام
ولان قول القايف لو كان معتبرا شرعا لرجع اليه في اللعان بنفي
الولد ولم ينف الولد بالحمل وهذا دليل على ان قوله غير معتبر
ولان القايف في اللغة هو الذي يقول الباطل قال الشاعر
وطال حذاري خيفة البين والنوى ومن قايف في قوله يتقول
اي يقول الباطل وسرور النبي صلى الله عليه وسلم كان لقطع
طعن المشركين لانهم كانوا يطعنون في نسب اسامة بن زيد
لاختلاف لونهما وكانوا يعتقدون ان القايف يعلم ذلك ولما
مر مجزز المدلجي عليهما فقال هذه الاقدام بعضها من بعض انقطع

طعنهم وثبتت الحجة على زعمهم فستر النبي عليه السلام بذلك لا لان قول القائف حجة شرعا وتصير الجارية ام ولد لهما تبعا لولدها لان دعوة كل واحد منهما في نصيبه في الولد معتبرة راجحة على دعوة صاحبه لقيام المرجح فتصح دعوته فيه فتبعه امته فيصير نصيبه فيها ام ولد له تبعا لولدها وعلى كل واحد منهما نصف العقر لان الوطي في المحل المعصوم سبب الضمان للجابر او للحد الزاجر وتعذر ايجاب الحد للشبهة فيجب العقر وتقاصا لعدم فايدة الاشتغال بالاستيفاء الا اذا كان نصيب احدهما اكثر من نصيب الاخر فيأخذ منه الزيادة اذ المهر يجب لكل واحد منهما بقدر ملكه فيها بخلاف النفقة والارث منه حيث يكون لهما على السواء لان السبب لا يتجزى وهو في الحقيقة لاحدهما فيكون بينهما على السواء ويرث من كل واحد منهما ميراث ابن كامل لان كل واحد منهما اقر له على نفسه ببنوته على الكمال فيقبل قوله ويرثان منه ميراث اب واحد لان المستحق لهما ان فيقتسمان نصيبه لعدم الاولية كما اذا اقام كل واحد منهما على ان هذا ابنه او على ان هذا الشيء له ص واذا وطئ جارية مكاتبه فولدت فادعاه فان صدقه ثبت وضمن عقرها وقيمته ولا تصير ام ولد والا فلا ش اذا وطئ المولى امة مكاتبه فولدت ولدا فادعاه ان صدقه المكاتب ثبت نسبه منه لتصادقهما على ذلك ولان سبب الملك موجود وهو رق المكاتب وانه كاف في ثبوت النسب لانه يحتاط في اثباته وانما اعتبر تصديقه لانه حجر نفسه عن التصرف في اكسابه وعليه عقرها لانه بدل لمنافع البضع وللمكاتب حق بمنافعه وعليه قيمة الولد

لانه

لانه في معنى المغرور حيث اعتمد دليلا وهو انه كسب كسبه ولم يرض برقه فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه كما ان المغرور اعتمد دليلا وهو الملك ظاهرا وان لم يكن له ملك حقيقة ولا تصير الجارية ام ولد له لانه لا ملك له فيها حقيقة وما له من الحق كاف لصحة الاستيلاد وليس من ضرورة ثبوت النسب ثبوت امية الولد كما في ولد المغرور ولا حاجة الى النقل وتقديم الملك بخلاف جارية الابن لان الاب ليس له فيها حقيقة الملك وانما له حق التملك وذلك غير كاف لصحة الاستيلاد فاحتجنا الى نقلها الى ملك الاب ليصح الاستيلاد وان كذبه المكاتب لم يثبت نسب الولد منه لان فيه ابطال الملك فلا يلزم الا بتصديقه فلو ملكها صارت ام ولد له فكذا لو كذبه اذا ملكها تصير ام ولد له ص ولو ادعى استيلاد شريكه وانكر افتى بالسعاية له في نصف قيمتها وقالا لخدمه يوما ايوما ش قال محمد اذا ادعى احد الشريكين في امة ان شريكه استولدها وانكر الاخر يسعى للمنكر في نصف قيمتها فاذا ادت عتقت وقال ابو حنيفه هي ام ولد موقوفة تخدم المنكر يوما وترفع عنها الخدمة يوما ولا سبيل للمقر عليها ولنصف كسبها للمنكر ونصفه موقوف ونفقتها في كسبها فان لم يكن لها كسب فنصفها على المنكر لمحمد ان الاقرار في ثبوت العتق صح على صاحبه في حق المقر فامتنع عليه التصرف في ملكه فيمتنع التصرف على المنكر لان هذه حرمة لا تتجزأ ومتى امتنع التصرف على المنكر استسعاها كما لو اقر على صاحبه بحقيقة العتق وللامام انها ان كانت ام ولد فللمنكر كمال استخدامها بصيرورة كلها ام ولد له

واستقل ملك شريكه اليه بالاستيلاد وان كانت قنه فله نصف استخدامها
فكان النصف ثابتا بيقين والسعاية عليها لا باعتبار كونها ام ولد ولا
باعتبار كونها قنة والقولان روايتان عن ابي يوسف ص فان جنت هذه
فنصف الارش على المنكر والنصف موقوف ويوجب النصف في كسبها
واوجب الكل فيه ش قال ابو حنيفه اذا ادعى احد الشريكين على
الاخر انه استولد الجارية المشتركة بينهما فجحد ثم جنت الجارية كان
على المنكر نصف موجب جنايتها ونصفه الاخر موقوف لان النصف على
المنكر بيقين اذ المدعي ان كان صادقا فعلى المنكر نصفان وان كان
كاذبا فعليه احد النصفين فيوقف نصف موجب جنايتها لتوقف
نصفها وقال ابو يوسف النصف على المنكر والنصف الاخر عليهما
تؤديه من كسبها لانه في مال مولاها وكسبها لمال مولاها وقال
محمد كل موجب جنايتها عليه يؤديه من كسبها لان هذه الامة عنده
كالمكاتبة تسعى للمنكر ولا تخدم واحدا منهما ولو جني عليها فالنصف
للمنكر والنصف موقوف وعند ابي يوسف النصف للمنكر والنصف
لها وعند محمد الكل لها ص وان ولدت فباعها فادعاه ابو المولى تحكم
ببنوته منه ويغرمه قيمته ش قال ابو يوسف اذا ولدت
امة ولدا ثم باعها المولى او وهبها وسلمها ثم ادعى ابو المولى الولد
تصح دعوته ويثبت نسب الولد منه ويعتق الولد ويغرم الاب
قيمته للابن وان لم تصر الجارية ام ولد له لان الولد اصل في النسب
وهو قايم وقال محمد في الجامع الكبير قيل وهو قول للامام لا يثبت
النسب منه لانه لم يملك الام فلا يكون العلوق في ملكه فلا يثبت

النسب

النسب منه **فصل في الكتابة** مدار هذا اللفظ في اللغة
على الجمع ومنه كتب البغلة اذا جمع بين شفريها بحلقه وفي الشرع تحرير
مملوك يدا في الحال ورقبة في المآل وهذا العقد كتابة لما يثبت فيه
للمولى على العبد وبالعكس ولم يسم غيره من العقود بهذا الاسم وان
كان يوجد فيه معنى الكتابة ليلا يبطل التسمية كالقارورة سميت
قارورة لقدار المايعات فيها ولم يسم الكوز قارورة وان كانت المايعات
تقر فيه ليلا يبطل الاعلام ويوضحه ان هذا مناسبة لا وصف
وكثيرا ما يلتبسان على السامع فاعتبار المعنى في التسمية ليصح الوصف
واعتباره في الوصف لصحة اطلاقه عليه ولهذا لا يشترط بقاء المعنى
في التسمية دون الوصف والقياس ان لا تجوز لما فيها من اثبات الدين
للمولى على عبده وهو لا يستوجب عليه دينا وجوزت استحسانا
بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى فكاتبوهم
ان علمتم فيهم خيرا اي ادا اي قدرة على الاداء رواه محمد في الاثار
عن ابي حنيفه عن حماد عن ابراهيم واما السنة فقوله عليه السلام
من كاتب عبدا على ماية اوقية فاداها الا عشرة اواق فهو عبد
وعلى جوازها انعقد الاجماع وعقد الكتابة مستحب مندوب اليه
للاية المذكورة وليس الامر فيها للايجاب بالاجماع ولا يراد به الاباحة
ايضا ليلا يتعطل معنى الشرط لان الاباحة حاصلة بدونه والندب
متعلق به ثم سبب الكتابة رغبة المولى في بدل الكتابة عاجلا
وفي ثواب العتق اجلا ورغبة العبد في الحرية واحكامها حالا ومآلا
وشرطها ان يكون الرق قايما في الحال فلا يكون البدل معلوم الجنس

والقدرة وركنها الايجاب والقبول وحكمها من جانب المولى ثبوت ولاية المطالبة بالبدل في الحال وثبوت حقيقة الملك عند الاداء ومن جانب العبد فكالحجر وثبوت حرية اليد في الحال حتى العبد اخص بنفسه وكسبه بايجاب الضمان على المولى بالجناية عليه او على ماله وثبوت حقيقة

يكون صح

ش اي واذا كاتبه عبده على مال قليل او كثير فقبل صار مكاتبا صح

الحرية عند الاداء ص ومن كاتب عبده على مال فقبل صار مكاتبا لان هذه صورة المكاتبة وشرط قبول العبد لانه يلزمه مال فيشترط التراضي لا يعتق حتى يؤدي كل البدل لما روى الطحاوي في شرح الآثار مسندا الى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال المكاتب عبد ما بقي عليه من كتابته درهم وعن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه قال المكاتب عبد ما بقي عليه درهم واذا ادى عتق وان لم يقبل المولى اذا اديتها فانت حر خلافا للشافعي بنا على ان عندنا معنى المعاوضة اصل وعنده معنى التعليق اصل والعتق يثبت من حيث التعليق فلا بد من حرف التعليق ولنا ان هذا عرض العقد وموجبات الاشياء تثبت من غير تنصيص على الموجب كما في البيع اذا صح ووقع يثبت موجبه وهو خروج الملك من البايع الى المشتري وان لم يوجد التنصيص على الخروج ولشترط للانعقاد ان يكون بدل الكتابة مالا للعبد وهو ما كان حاضرا بعد العقد بتجارة او بقبول هبة او صدقة لان ذلك ينسب الى العبد ولا يدخل فيه الارث والعقر وان حصلا بعد العقد ويكون للمولى لان ذلك لا ينسب الى العبد ص ولا تجب حطيثي من البدل ش قال علماؤنا اذا تقرر بدل الكتابة يندب حط شي من بدلها وقال الشافعي تجب ولم يقدره بشي والتقدير

بالربع

بالربع او ما لا خطر عرفا وشرعا وجهان ووقت الحط بعد الاداء الاكثر او العتق وجهان لـه قوله تعالى وآتوهم من مال الله الآية ولنا قوله عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم من مكاتبته ولانه عقد معاوضة او دين فلا يلزم فيه الحط كالبيع وسائر الديون والمراد بالآية قيل لان قوله وآتوهم معطوف على قوله فكاتبوهم وحكم المعطوف حكم المعطوف عليه وقال الكلبي المراد دفع الصدقة اليهم دل عليه اضافة المال الى الله تعالى ص ويجوز منجما وموجلا وخيره حالا ش يندب ان يكون البدل موجلا وقال الشافعي لا يجوز الا ان تكون موجلا منجما لانه يعجز في الحال ظاهرا ولنا اطلاق قوله تعالى فكاتبوهم الآية واعتبارا لسائر المعاوضات والتعليقات بخلاف السلم لان البدل مفقود به ولا يشترط لصحة العقد القدرة عليه والتسلم فيه معقود عليه ويتعلق العقد به وهو بيع المفاليس فلا بد من زمان يقدر فيه على تحصيله والتاجيل زيادة على النص فلا يجوز اثباته بالراي والتسليم لا تجب في الحال ويوخر عنه يومين وثلاثة فالظاهر قدرته على ذلك واقدامه على العقد يدل عليه ص ومن صغير يعقل ش في هذه المسالة خلاف الشافعي ايضا لانها معطوفة على ما فيه خلافه اي ويجيز علماؤنا ان يكاتب المولى عبده الصغير اذا كان يعقل خلافا للشافعي وهذا فرع جواز الاذن للصبي العاقل في التجارة وعدم جوازه له انه ليس من اهل التصرف فلا يصح الاذن له ولنا انه من اهل التصرف اذا كان يعقل البيع والشرا ونقصان رايه تجيز باذن الولي فصح وان كان لا يعقل لا يجوز حتى ان ادى عنه غيره استرد ما دفع ولا يعتق وان قبل عنه انسان ذكر

في شرح مختصر الطحاوي انه يتوقف على ادراكه وذكر القدوري انه لا يتوقف
وهو الصحيح فان ادى القابل عتق استحسانا وليس له ان يسترده خلافا
لزفر ص ويخرج عن يد المولى دون ملكه ش اذا صحت الكتابة فالحكم ان يكون
العبد خارجا عن يد المولى دون ملكه حتى يثبت له حرية اليد والاختصاص
بمكاسبه لانه كان مملوكا رقبة ويدا فالعقد اثبت له مالكية اليد لانها
من كرامات بني آدم وهو مع الرق اهل لبعض الكرامات الا ترى انه اهل
لملك النكاح وهو بملك اليد بمنفصل عن ملك الرقبة كالرهن وهل
يزول رقبة المكاتب عن ملك المولى بالكتابة قال علمائنا لا تزول وقيل تزول عن ملك المولى ولا يملكها العبد بمنزلة البيع بشرط
الخيار للمشتري على اصل الامام قال صاحب البدايع وهذا غير سديد
لان الملك صفة اضافية يستحيل وجودها بدون المضاف اليه
كسائر الاوصاف فلا يتصور مملوك لا مالك له ص ويضمن ماله باتلافه
والعقر بوطيها والارش بالجناية عليها او على ولدها ش اذا اتلف المولى
مال المكاتب ضمنه لان اكسابه له فيكون المولى فيها كالاجنبي وان
وطئ مكاتبه فعليه العقر لانها صارت احق باجزايها حتى يتوصل بها
الى مقصود العقد وهو العتق ولهذا الوطيت بشبهة كان العقر لها
وان جنى عليها او على ولدها او اتلف مالها ضمن كالاجنبي واذا جنى المدبر
على مولاه او رقيق مولاه او متاعه فهو هدر وان جنى المولى عليه
فجنايته هدر ولا يلزم المولى شيء لانه عبده وجناية ام الولد على المولى
وجناية المولى عليها هدر لانها مملوكة له وما جنى عليها فارش ذلك للمولى
ص وان اعتقه سقط البدل ش اذا اعتق المولى عبده المكاتب نفذ

عتقه

عتقه لبقاء ملكه في رقبته لكن يسلم له اولاده واكسابه ويسقط عنه بدل
الكتابة وكذا لو ابراه عن البدل او وهبه منه يعتق قبل ان له لم يقبل
لانه اتى بمعنى العتق وهو ابراؤه لحصول المقصود به ونه وهو العتق
عن البدل واسقاطه عنه الا انه اذا قال لا اقبل يعتق ويبقى البدل
دينا عليه لان هبة الدين ترتد بالرد والعتق لا يرتد لانه
استحق ذلك بالعقد فلا يملك ابطاله ص وان اختلفا في قدره
فالقول للعبد وقالا يتحالفان ش قال ابو حنيفة اذا اختلف
المولى والعبد في مقدار ما كاتبه عليه من المال او جنسه فالقول
قول المكاتب مع يمينه وقالا وهو قوله الاول يتحالفان ويترادان
كالبيع لان في الكتابة معنى المبادلة ثم رجع الى ما قدمناه سوا
ادى من بدل الكتابة شيئا ام لم يؤد لانه المستحق عليه ومتى وقع
الاختلاف في قدر المستحق او جنسه فالقول قول المستحق عليه بخلاف
البيع فانه لازم من الجانبين والكتابة ليست بلازمة من جانب
المكاتب ص ويتصرف كالماذون ولا يمتنع بمنع المولى ش المكاتب كالماذون
في جميع التصرفات فيبيع ويشتري بالقليل والكثير وقالا لا يجوز
فيما لا يتغابن في مثله ويوجر ويستاجر لانه لا يمتنع بمنع المولى
لانه يؤدي الى فسخ الكتابة والمولى لا يملك فسخها لانها من جانبه تعليق
العتق ولا يملك فسخه ص وليس له ش لان السفر من باب التجارة اي للمكاتب ان يسافر
والاكتساب وان شرط المولى ان لا يخرج من بلده لانه شرط يخالف
موجب العقد وهو حرية اليد والتفرد بالتصرف الا انه لا يفسد
العقد لانه لم يتمكن في صلبه ومثله لا يفسد العقد لان الكتابة

تشبه البيع من حيث انها عقد معاوضة والنكاح من حيث انها مقابلة
مال بما ليس بمال فلشبهها بالبيع تبطل بالشرط الفاسد اذا تمكن في صلب
العقد وهو ان يكون في البدل مثل مكاتبة على خمر او خنزير ولشبهها
بالنكاح لا تبطل اذا لم يتمكن في صلب العقد كاشتراطه ان لا يخرج من البلد
او لا يبيع بالسنة ونحو ذلك ص وتزوج الامة لا العبد ش اما تزوج
الامة فلانه من باب الاكتساب فانه موجب للمهر والنفقة
واما عدم تزوج العبد فلانه ليس من باب الاكتساب في شيء لان
المهر والنفقة يصيران دينا في رقبته وفيه تعييب للعبد
وتنقيصه وكل من كان تصرفه عاما في التجارة وغيرها يملك تزوج الامة
كالاب والجد والوصي والمفاوض والمكاتب والقاضي وامينه وكل
من كان تصرفه خاصا في التجارة كالمضارب وشريك العنان والماذون
لا يملك تزوج الامة عندهما خلافا لابي يوسف ولو زوج امته من عبده
لا يجوز خلافا لابي يوسف له النظر الى امته ولهما النظر الى عبده
لان الداخل تحت الكتابة تجارة والاكتساب وتزوج امة عبده
ليس بتجارة ولا الاكتساب في الحال وانما يصير اذا حصل الولد وانه
موهوم ولا يجوز للمكاتب ان يزوج ابنه وبنته لان جواز التزوج
يعتمد الولاية ولا ولاية له اذ هو عبد وينبغي ان يملك تزوج بنته
لان فيه اكتسابا للمهر الا ان بنته مملوكة لمولاه دون امته حتى
ينفذ اعتاق المولى في بنته دون امته ص ولا تتزوج الا باذن
ش اي لا يملك المكاتب التزوج بغير اذن المولى لان فيه تعييب
نفسه لما فيه من شغل ذمته بالمهر والنفقة ولم يطلق له الاعهود

بلغ مقابلة

توصله

توصله الى تحصيل مقصوده وهو كل عقد فيه اكتساب المال وفي حمار
ليس فيه هو باق على الحجر وحكمه فيه كحكم العبد المحجور عليه بخلاف
تزوج امته لان فيه اكتساب مال على مباينتا ويملك التزوج باذن
مولاه لان الحجر كان لاجله لما ان ملكه باق فيه فجاز باتفاقهما لا غير لخروجه
عن ملك المولى يدا وثبوت ملكه في الرقبة ص ولا يكفل مطلقا ش اي
بمعنى الاطلاق انه لا يملك الكفالة بالنفس ولا بالمال لان كل ذلك
تبرع محض وليس من ضرورات التجارة ص ولا يعتق على مال ش اي ليس
للمكاتب ان يعتق بمال ولا بغير مال لان ذلك فوق الكتابة والشيء لا
يتضمن ما هو فوقه ولا يجوز ان يبيع نفس عبده منه لانه في معنى
الاعتاق على مال ولو اشترى قريبه لا يعتق لان شراء القريب
اعتاق وهو لا يملك اعتاقه ولو اشترى قريب مولاه لا يعتق على مولاه
لانه كسب المكاتب والمولى لا يملك اعتاق كسبه صرحا فبالشراء
اولى ص ويكاتب ش يجوز للمكاتب ان يكاتب في الاستحسان لان فيه
اكتساب المال كالبيع بل هو انفع لانه لا يزول ملكه الا بوصول المال اليه
وهذا يملكه الاب والوصي وفي القياس لا يجوز ذلك وهو
قول زفر والشافعي لان مال الكتابة يتأخر الى العتق والعبد
ليس من اهله كالاعتاق على مال ص فان ادى الثاني قبله كان
ولاؤه للمولى والا فله ش مكاتب المكاتب او ابدل الكتابة قبل ان
يعتق الاول جاز ولاؤه للمولى لان له فيه نوع ملك يصح اضافة الاعتاق
اليه بطريق التسبيب فاذا تعذرت الاضافة الى المباشر للعقد
لعدم اهليته تعينت الاضافة الى المولى لان المولى حصل

اي الاكتساب للمكاتب ان يكفل عن احنبي بالمال والنفس دون المولى ولا بقبض اوبه وهو صح

١٩ م

معتقا والولاء لا ينتقل عن المعتق وان عتق الاول ثم ادى الثاني
فولاؤه للاول لانه اهل وهو الاصل وان عجز الاول ورد في الرق
ولم يعد الثاني مكاتبا على حاله لان كتابة الثاني قد
صحت من المكاتب وكل تصرف صح من المكاتب لا يبطل بعجز المكاتب
كالعبد المأذون اذا اذن لعبده في التجارة ثم حجر المولى على الاول
بقي الثاني مأذونا واذا بقي الثاني مكاتبا صير للمولى مملوكا على
الحقيقة حتى لو اعتقه نفذ عتقه على الحقيقة ص ويدخل ولده
من امته في كتابته ويأخذ كسبه ش اذ ولد للمكاتب ولد من امته
التي اشتراها دخل في كتابته لانه لو كان حرا عتق عليه فاذا كان مكاتبا
يكاتب عليه تحقيقا لصلة الرحم بقدر الامكان واذا دخل في
كتابته كان كسبه له لان الولد كسبه وكسب الولد كسب كسبه
فيكون له وحكم الولد حكمه لان الولد من حكمه ان يبيع الاب ماله
ينتقل بالام حكمه عنه ص واجزنا اعتاق الولد ش قال علماؤنا الثلاثة
اذا اعتق المولى ولد المكاتب جاز مطلقا استحسانا سواء كان مولودا
في كتابته او استولدها المكاتب ولا يسقط شيء من بدل الكتابة وقال
زفر وهو القياس لا يجوز اعتاقه لان في اعتاقه ابطال حق المكاتب
لانه يملك كسبه وولده وبالاعتاق يبطل وجه الاستحسان ان المكاتب
انما يسعى في حرية نفسه واولاده وقد نال هذا المقصود وانما الرق
يسقط من بدل الكتابة شيء لان البدل كله على المكاتب فلا يسقط
شيء منه بعتق ولده ص ولو زوج عبده من امته ثم كاتبهما فولدت
تبع امه في كتابتها ش اذا زوج المولى عبده من امته ثم كاتبهما فولدت

منه

منه ولدا دخل في كتابتهما لان الولد تبع للام في الرق والحرية فيكون
كسبه للامة دون الاب ترجيحا لها في التبعية وكذا قيمته لو قتل
ص فان ولدت من مولاها مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها
وصارت ام ولد ش اذا ولدت المكاتبة من مولاها خيرت ان شاءت مضت
على الكتابة وان شاءت ابطلت الكتابة وكانت ام ولد لانه توجه
اليها جهتا عتق فتختار احديهما واذا اختارت الكتابة اخذت العقر
من مولاها ان كان العلوق في حال الكتابة بان جاءت به لاكثر من
ستة اشهر لانها صارت احبص من بمنا فيها ويثبت نسب ولدها
من المولى بالدعوة سواء صدقته المكاتبة على ذلك او كذبته
جاءت به لاقل من ستة اشهر او اكثر لان ما للمولى من الملك فيهما
كاف لصحة الاستيلاد وان فسخت الكتابة وصارت ام ولد عتقت
بموته بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة وان ماتت وتركت
مالا ادى عنه بدل الكتابة وما بقي فميراث لابنها وان لم تترك مالا
فلا سعاية على الولد لانه حر وان ولدت ولدا اخر لم يلزم المولى الا
بالدعوة لحرمة وطئها بخلاف ام الولد طوعا لم يدع وماتت من غير وفاء
سعى هذا الولد لانه مكاتب تبعا لها ولو مات المولى بعد ذلك عتق
وبطل عنه السعاية لانه بمنزلة امه ص وان كانت ام ولد جاز
وسقط البدل بموته ش اذا كاتب المولى ام ولده جازت الكتابة
لبقاء الرق فيهما ولان في كتابة ام الولد ايصال حقها اليهما معجلا
فجازت لحاجتها الى تعجيل العتق بادا بدل الكتابة قبل موت المولى
وتعتق بموته لانها استحقت الحرية بالاستيلاد ويبطل عنها بدل الكتابة

لانه وجب لتحصيل العتق وقد حصل مجانا وسلم لها الاكساب والاولاد
لان الكتابة انفسخت نظرا لها وفي هذا نظر لها كذا في الهداية فان
قبل رقم الولد لا قيمة له عند الامام فينبغي ان لا يجوز اخذ العوض
عنه بالكتابة قلنا لرقها قيمة في السعاية وانما لا قيمة له في العقود
ص او مدبر جاز فان مات ولا مال فهو يسعى في ثلثي قيمته او كل البدل
ويأسره بالسعاية في الاقل منهما لا من ثلثيهما ش رجل كاتب مدبره
جاز لقيام الرق فيه واستحقاق الحرية من وجه لا ينافي استحقاقها
من وجه اخر فجازت فان مات المولى ولا مال له سواه عتق ثلثه بلا
خلاف ولا يسقط شيء من بدل الكتابة وقال محمد يسقط ثلثه
ثم عند الامام له الخيار ان شاء سعى في ثلثي قيمته او في جميع بدل
الكتابة لانه توجه له جهتا عتق بالتدبير والكتابة فالسعاية
معجلة والكتابة موجلة ورد ت على ثلثي قيمته لاستحقاق
الثلث بالتدبير السابق مخير للتفاوت بين الامرين وفي التخيير
فايدة لجواز ان يكون اداء الاكثر المالين ايسر باعتبار الاجل واقلهما
اعسر اداء للمونة حالا فكان في التخيير فايدة وعند ابي يوسف لا
خيار له ويسعى في الاقل من ثلثي قيمته وجميع البدل لان كل عاقل
يختار اقل الدينين على اكثرهما وقال محمد لا خيار له ايضا ويسعى
في الاقل من ثلثي قيمته وثلثي بدل الكتابة لان الكتابة انعقدت
على كله بكل البدل وقد عتق بالتدبير السابق ثلثه فيسقط
بقدره من البدل اعتبارا للبعض بالكل فيسعى في الاقل منهما
لان كل عاقل يختار اقل الدينين على اكثرهما ولهما ان بالموت ظهر

استحقاق

استحقاق عتق الثلث لسبب سابق وهو التدبير والمستحق بالتدبير
لا يصلح محلا للكتابة فلا يدخل في الكتابة الا الباقي فلا يسقط شيء من
البدل كما لو طلق امراته ثنتين ثم طلقها ثلاثا على الف كان الثلاث
بمقابلة الواحدة قالوا في قول ابي يوسف ابطال الارفق والاوفق وفي
قول محمد جعل البدل في مقابلة الجميع وهو لا يملك ذلك وابو الليث
اخذ بقول محمد ص او دبر مكاتبه جاز ومضى على الكتابة ان شاء والا عجز
نفسه وصار مدبرا ش اذا دبر المولى مكاتبه جاز لانه يملك تنجيز
العتق فيملك التعليق بشرط الموت وهذا لانه يملك رقبته وهذا
التصرف نافع له لاحتمال ان يموت المولى قبل اداء بدل الكتابة فيعتق
مجانا او يعجز عن اداء بدل الكتابة فيبقى له حمة الحرية متحصلة
ثم ان شاء مضى على الكتابة وان شاء نقضها وصار مدبرا لانه توجه
له سببا عتق عاجل ببدل واجل بغير بدل فيختار ايهما شاء ص
فان مات ولا مال فهو يسعى في ثلثي قيمته او ثلثي البدل وقالا في اقلهما
ش فان مات المولى ولا مال له سواه عتق ثلثه وسقط بدل ثلث
الكتابة لان الكتابة انعقدت على كله بكل البدل وبالموت
عتق ثلثه لا جمة الكتابة فسقط بقدره من البدل ثم قال
ابو حنيفة ان شاء سعى في ثلثي قيمته وان شاء سعى في ثلثي بدل
الكتابة لان السعاية بالتدبير معجلة والكتابة موجلة فيختار
ما شاء منهما وقالا ابو يوسف ومحمد يسعى في الاقل منهما
لان عندهما كلا المالين حال فلزم اقلهما فالخلاف في هذه في الخيار
دون المقدار ص وان كاتباه فاعتقه احدهما فنصيب الاخر باق

جميع الالف م

على الكتابة ويوجب على المعتق نصف قيمته قنا وجب السعاية في
الاقل من نصف قيمته ونصف البدل ش رجلان كاتبا عبدا ثم
اعتقه احدهما عتق نصيبه فقط ولا ضمان عليه لشريكه موسرا
كان او معسرا ونصيب شريكه باق على الكتابة عند ابي حنيفه وهذا
بناء على تجزي الاعتاق عنده فان اداي عتق والولاء بينهما لوجود الاعتاق
منهما وان عجز كان لعبدين اثنين اعتقه احدهما وقال
ابو يوسف ومحمد عتق كله لعدم تجزي الاعتاق عندهما ويكون الولاء
كله للمعتق لوجود الاعتاق منه وللاخر الضمين ان كان موسرا ن
والاستسعا ان كان معسرا لان ضمان العتق تختلف باليسار والاعسار
ثم عند ابي يوسف يضمن نصف قيمته وعند محمد يضمن الاقل
من نصف قيمته ونصف بدل الكتابة وعلى قول ابي يوسف قيل
تجب نصف قيمته قنا لان الكتابة انفسخت في نصيبه سابقا على العتق
تكميلا للعتق من جهة العتق وقيل يضمن نصف قيمته مكاتبا وهو
الصحيح لان سبب الضمان الاعتاق والاعتاق صادف المكاتب
وانلاف للكاتب لا يوجب قيمة القن وعلى هذا الخلاف مكاتبة بين
اثنين استولدها احدهما ص والكتابة تتجزا ش قال ابو حنيفه الكتا
تتجزا وقالا لا تتجزا لانها من فروع الاعتاق حتى لو كاتب نصف عبده
فنصف كسبه لمولاه ونصفه له فان اداي الكتابة عتق منه ذلك
القدر وسعى فيما بقي من قيمته بقدر ما يطيق وقالا يصير كله
مكاتبا وكل الكسب له ص ولو اشتري اباه او ابنه دخل في كتابته
ش اشتري المكاتب قرابة الولاد دخلت في كتابته لان المكاتب

من

من اهل ان يكاتب وان لم يكن اهلا للعتق فيجعل مكاتبا معه تحقيقا للصلة
بقدر الامكان وهذا لان المكاتب ليس بمالك رقبه والعتق يختص بمن
يملك الرقبه لقوله عليه السلام لا عتق فيما لا يملكه بن ادم فاذا
تعذر الاعتاق صار مكاتبا مثله للتعذر بخلاف الحر فانه يملك
الرقبة ولا يعذر في حقه فيعتق عليه سواء كان اصلا للاعتاق بان
كان بالغا عاقلا او صغيرا او مجنونا لان هذه الصلة وهي العتق يجب
حقا للعبد فلا يختلف بين ان يكون مكلفا او لم يكن كنفقات الزوجات
والاقارب ثم ذكر الاب والابن وقع هنا اتفاقا ولا يختص هذا
الحكم بهما بل جميع من له قرابة الولاد يدخل في كتابته تبعا له
ثم الاقوى في الدخول تبعا في الكتابه لانه اجتمع فيه الملك
والبعضية حقيقة في حق العبد انه يكون حكمه حكم ابيه حتى لو
مات ابوه ولم يترك وفا يسعى على نحو ابيه ثم الولد المشتري
لان فيه الملك والبعضية حكما في حق العبد حتى تحرم بيعه ويقبل
منه البدل حالا لا بعد موت ابيه والاير في الرق لا بعد الانفصال لانه
لا بعضية بينهما ثم الوالدان لان فيهما الملك لا البعضية اذ
ليسا ببعض للولاد فانحطت تبعيتهما عن تبعية الولد المشتري
فيحرم بيعهما حال حياته ولا يقبل منهما بدل الكتابة بعد موته
لا حالا ولا منجما ثم المولى اذا اعتق الولد المشتري لم تسقط حصته
من البدل وينبغي ان تسقط لدخوله في الكتابه كما اذا كاتب عبده
مع اولاده الصغار ثم اعتق المولى احدهم لان دخوله ضمنا لا قصدا
فلا يكون العقد مضافا اليه ص او ذا رحم محرم منه فله بيعه

ش قال ابو حنيفه المكاتب اذا اشترى ذا الرحم المحرم الذي لا ولاد
له كالاخ والعم وبن الاخ لم يدخل في كتابته حتى يجوز بيعه ك
وقالا يدخل القرابة الولاد ولا يجوز بيعه لكمال الرحم وللامام ان
هذه قرابة متوسطة فتلحق بالقرابة القريبة في العتق لانه اسرع
نفوذا حتى ملكه الشريك ويلحق بالقرابة البعيدة في حق الكتابة
لانها دون العتق في النفوذ وحتى يملك فسخه ص او ام ولده وهو
معها تكاتب عليه وحرم بيعها وان لم يكن معها فله بيعها ش اذا اشترى
المكاتب امة ولده الذي استولدها بالنكاح ومن لم يفسخ النكاح
لانه لم يملكها فجاز له ان يطاها استسعى بيع امه تبعا للولد
لقوله صلى الله عليه وسلم اعتقها ولدها ولم تدخل في كتابته
حتى لا تعتق بعتقه ولم يفسخ النكاح لانه لم يملكها فجاز له ان
يطاها بملك النكاح وذكر في شرح الطحاوي والكامل اذا ملك
المكاتب الام والولد منع من بيعهما لان الولد دخل في الكتابة
ودخلت الام في كتابة الولد فلا يجوز له بيعها ولو ملك الام وحدها
بدون الولد قال ابو حنيفه يجوز له بيعها وقالا لا يجوز لانها
ام ولده حقيقه لاعتبار الحرية فانه لا يتفاوت حكمها اذا اشتراها
بينما اذا كان معها ولدها او لم يكن وله ان القياس جواز بيعها وان
اشتراها مع ولدها منه لان كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به
ما لا يقبل الفسخ لكن لما دخل الولد في كتابته دخلت الام لحكم السعية
في كتابة الولد فحرم بيعها بناء على مكاتب الولد لان اتصاف الولد
الحاصل في ملك اليمين بصفه شرعيه قايمة بالاب توجب حرمه

بيعه

بيعه على اصله وبدون الولد لو حرم بيعهما لحرم ابتداء والقياس بنفيه
وان لم يكن معها ولد تجوز وقالا لا يجوز لان ام الولد استحقت حق الحرية
فيمتنع بيعها كيلا يلزم ابطال الحرية وللامام ان حقها تابع وثبوت
التبع بثبوت الاصل ص واذا كاتب مسلم على خمر او خنزير او قيمة ك
لنفسه فسدت ش اذا كاتب المسلم عبده المسلم على خمر او خنزير
او قيمه نفسه فالكتابة فاسدة وكذا اذا كان احدهما مسلما
والاخر ذميا لان كلا من الخمر والخنزير ليس بمال متقوم في حق المسلم
وتسميه ما ليس بمتقوم في عقد تحتاج فيه الى التسمية البدل
لصحته توجب فساد العقد كالبيع واما اذا كاتبه على قيمة نفسه
فلانها مجهولة القدر اذ هي تختلف باختلاف المقومين والحبس لان
القيمة تعتبر بجنس الثمن وهو النقدان ولم يتعين واحد منهما
فتفسد العقد لفاحش الجهالة كما اذا كاتبه على ثوب او دابة لانهما
اجناس مختلفه وما هو مجهول الحبس لا يثبت في الذمة اصلا حتى في
النكاح ص فان اداي الحر حكمنا بعتقه ويسعى في قيمته بالغة
ما بلغت ويحكم به لاداء اعيانها او قيمتها واداء العتق باداء العين معلق
باشتراطه في رواية ش قال علماؤنا كاتب عبد على خمر
فان اداي المسمى قبل الترافع الى القاضي عتق لان العقد منعقد وان
كان فاسدا فيعتق بالاداء عليه قيمة نفسه لان وجب عليه
رد نفسه لفساد العقد وقد تعذر الرد بالعتق عليه رد قيمته
لان الكتابة فسدت والمعقود عليه في العقود الفاسدة مضمون
بالقيمة بالغة ما بلغت وقال زفر لا يعتق الا باداء قيمة نفسه

فيجب

لان المكاتب لا يعتق الا باداء البدل والبدل في الكتابة الفاسدة
هو القيمة وقال ابو يوسف وهو ظاهر الرواية اذا ادى المشروط
او قيمة نفسه ايهما ادى عتق لان للمشروط بدل صورة والقيمة
بدل معنى فيعتق بايهما كان ولا يعتق بادا قيمة المسمى بلا خلاف في
عامة الروايات وعن الامام انه يعتق بادا المسمى اذا صرح بذكر
الشرط بان قال ان ادّيته فانت حر فيكون العتق بالشرط
لا بالعقد كما لو كانت على ميتة او دم وهذا ظاهر الرواية وهو
انه يعتق بادا المسمى صرح بذكر الشرط او لم يصرح ان المسمى مال
في الجملة وان لم يكن لما فيه في حق المسلمين فالعقد العقد
بهما للمالية وموجبه العتق عند ادا العوض بخلاف الميتة
والدم لانهما ليسا بمال اصلا عند احد فلم ينعقد العقد بهما
فاعتبر الشرط وانه بالتنصيص عليه ص ويعتق بادا قيمة
نفسه ش اذا كاتب عبده على قيمة نفسه فالكتابة فاسدة
على ما تقدم والاصل ان جهالة البدل متى كانت جهالة جنس
منعت صحة التسمية في العقود كلها سواء كان العقد عقدا
هو معاوضة مال بمال كالبيع والاجارة او عقدا هو معاوضة
مال بما ليس بمال كالخلع والكتابة وجهالة البدل متى كانت
جهالة وصف منعت صحة التسمية في عقد معاوضة مال بمال ولا
تمنع صحة التسمية في عقد هو معاوضة مال بما ليس بمال لان
في معاوضة المال بما ليس بمال ليس بمقصود وباختلاف الوصف
انما تختلف المالية واذا لم تكن مقصودة لا تخل هذه الجهالة بالمقصود

فصار

فصار وجودها وعدمها بمنزلة اما في معاوضة المال بالمال المال
مقصود وباختلاف الوصف تختلف المالية فتخل بالمقصود فيجب
اعتبارها وبيان هذا الاصل فيما اذا كاتب على عبد جازت الكتابة
لان الكتابة معاوضة مال بما ليس بمال وجهالة وصف البدل
في مبادلة المال بما ليس بمال لا تمنع صحة التسمية وتنصرف الى
عبد وسط حتى لو اداه الى المولى يعتق لان التسمية اذا صحت
وجب العبد دينا في الذمة والحيوان المجهول اذا وجب دينا
في الذمة ينصرف الى الوسط كما في الزكاة والدية والوصية
ولو كانت على حنطة او شعير وسمى مقدارا معلوما ان وصفه بصفة
بان شرط الجيد او الوسط او الردي انعقد على الوصف وان لم
يصفه بصفة انصرف الى الوسط كما في العبد ولو كاتبه على
ثوب ولربس هرويا او مرويا كانت التسمية فاسدة
لان الثياب اجناس مختلفة ولو ادى ثوبا لا يعتق ولو كاتبه
على قيمته كانت الكتابة فاسدة لان البدل مجهول القدر لان
القيمة تعرف بالحزر والظن بخلاف الكتابة على عبد فانه تجوز
وجب قيمة عبد وسط وهي مجهولة القدر لان القيمة بتسمية
العبد تجب حكما لا قصدا وفي تسمية قيمة نفسه نص على تسمية
القيمة فكانت مقصودة وقد تثبت الشيء حكما لغيره ولا يثبت
قصدا فان ادى قيمته وقبل المولى عتق بخلاف الكتابة على ثوب
وادى ثوبا لا يعتق لان في الكتابة معاوضة وتعليقا والقيمة
تصلح عوضا لانها معلومة الجنس وتصير معلوم القدر عند

الاداء وهو ملفوظ فيتعلق العتق باداءه والثوب لا يصلح عوضا لانه
مجهول الجنس والقدر وما لا يصلح عوضا في المعاوضات لا يتعلق
العتق باداءه في الكتابة لان عتق المكاتب يتعلق باداء العوض اذ
التعليق يثبت بالمعاوضة فيتعلق باداء ما هو عوض فلا يتعلق
باداء الثوب ثم اذا كاتبه على قيمته تثبت القيمة اما بتصادقهما
لان الحق لا يعدوهما واما بتقويم المقومين وان اختلفا فما اتفق
عليه اثنان منهم وان اختلفا يعتبر اقصى القيمتين والمسمى في الكتابة
اذا لم يكن مالا متقوما لا تنعقد الكتابة اصلا فلا يعتق باداء
المسمى ولا باداء قيمة نفسه واذا كان مالا متقوما الا انه مجهول
الجنس او القدر ينعقد على القيمة ويعتق باداءها ص والكتابة
على نوعين في يد العبد جائزة في رواية وبمنعها في اخرى
ش قال ابو حنيفة فيما روي عنه اذا كاتب المولى عبده على مال
عين في يده من كسبه فان كان مأذونا له في التجارة لا يجوز لانه
كاتبه على مال معلوم مقدور التسليم قال صدر الاسلام
البزدوي وهو الصحيح لانه يكون قادرا على اداءه ويصلح ان يكون ذلك
بدل الكتابة لانه لما جعل العين بدل الكتابة وهو في يد العبد
من جملة كسبه فقد جعله احق بكسبه فيصير في معنى كسبه الذي
اكتسبه بعد العتاق وروى ابو يوسف عنه وهو قوله في رواية
انها لا تجوز لانه عند الاجازة يملكه من وقت العقد فيكون مال المولى
ص او على عبد على ان يرد عليه المولى عبدا بغير عينه يجزها ش قال
ابو يوسف اذا كاتب المولى عبده على الف درهم على ان يرد المولى اليه

عبدا

عبدا بغير عينه فالكتابة جائزة وتقسم الالف على قيمة رقبته وقيمة
عبد وسط فتبطل منها حصة العبد ويكون مكاتبا على ما بقي
اعتبارا للاستثنا بالكتابة على عبد موصوف وقال ابو حنيفه
ومحمد الكتابة فاسدة لان استثنا العبد من الالف لا يكون الا
بالقيمة وهي مجهولة فاوجبت جهالة الكتابة ولهذا لو كانت
على قيمته لم تصح ص او على حيوان غير موصوف جازت ش اذا كاتب
المولى عبده على حيوان او غيره وبين جنسه كالعبد والوصف
ولم يبين نوعه ولا صفته فالكتابة جائزة ويجب الوسط ويجبر
على اداء القيمة لانه عوض عما ليس بمال فكان التزام المال ابتدا
بالجهالة المستدركة كالاقرار بعبد وقيمة الوسط اربعون
دينارا في قول الامام وعندهما لتعتبر الرخص والغلا قيل
التقدير كان في زمنه لان الاسعار كانت مستقرة وفي
زمنهما كانت مضطربة فعند الاستقرار يحكم العرف وعند
الاضطراب تراعى قيمة الوسط فان جاءا بالوسط او قيمته
اجبر المولى على القبول لان كلا من العين والقيمة اصل العين
باعتبار التسمية والقيمة باعتبار ان الوسط لا يتعين الا بهما
فصارت اصلا من حيث الايفاء وقال الشافعي لا يجوز كالبيع
قلنا البيع مبناه على المماكسة والكتابة مبناها على المسامحة فيتحمل
فيها الجهالة اليسيرة وان لم يبين الجنس كالدابة واللولوة والياقوتة
لم تجز حتى لا يعتق وان اداه لتفاحش الجهالة ص وكتابة المرتد
تبطل بقتله مرتدا ويجزها كطرف الصحة لا مرض الموت ش

قبول ح

قال ابو حنيفه اذا كاتب المرتد عبده ثم مات موقوفة ان اسلم نفذت
وان اسلم ومات او قتل ولحق بدار الحرب بطلت وقالا كتابته جايزة
ثم كيفيه الجواز قال ابو يوسف تجوز كما تجوز من الصحيح
حتى يعتبر ثبر عاته من كل المال وقال محمد تجوز كما تجوز من المريض
مرض الموت حتى تعتبر ثبر عاته من الثلث وعلى هذا الخلاف بيعه
وشراؤه واعتاقه وهبته ورهنه واشباه ذلك ص ولو كاتب
الابن بين ردة ابيه وقتله ابطلناه ش قال علماؤنا
الثلاثه اذا ارتد الرجل والعياذ بالله تعالى وله عبد فكاتبه
وارثه ثم قتل المرتد على الردة فالكتابة باطلة خلافا لزفر
له ان المرتد اذا قتل يرثه وارثه مستندا الى اخر
اسلامه فيظهر بالقتل انه تصرف في عبد نفسه ولنا
ان الكتابة من شعب العتق فيتوقف على الملك والملك يثبت
للوارث عند القتل فكان تصرفا في ملك الغير فلا ينفذ بملك
حدث بعده كما لو باع عبد غيره ثم اشتراه ص ولو كاتبهما معا
بالف ان اديا عتقا وان عجزا رد احكمنا بعتقهما لاداء الكل لا
بعتق احدهما باداء نصيبه ش رجل كاتب عبدين على الف
كتابة واحدة واذى احدهما حصته من البدل يعتق خاصة
وان عجز لا يكون عجزا في حق الاخر وان كاتبهما على انهما ان اديا
عتقا وان عجزا رد في الرق يعتقان اذا اديا ويردان الى الرق اذا
عجزا وان عجز احدهما لا ينفسخ في العجز وان اذى الجميع عتقا ولا يرجع
على الاخر بنصف ما اذى لانه اذى بغير امر الاخر وان اذى بقدر

نصيبه

نصيبه لا يعتق وحده خلافا لزفر له ان كلا منهما لم يلتزم الا
حصته ولنا ان المولى علق عتقهما باداء الكل فما لم يوجد الشرط
لا يقع العتق وصار الجميع على كل منهما ونظير الاختلاف اذا قال
لامرأتيه ان شيتما فانتما طالقان او قال لعبديه ان شيتما
فانتما حران لا يقع شيء ما لم توجد مشيتهما وعند زفر ينصرف
مشيئة كل منهما الى ما لنفسه ص او على ان كل واحد منهما ضامن عتقا
باداء احدهما ورجع على صاحبه بنصيبه ش اذا كاتب الرجل عبده
كتابة واحدة على ان كل واحد منهما ضامن للاخر لا يجوز هذه الكتابة
قياسا لانها كتابة بشرط الكفالة والكفالة بمثل الكتابة لا تجوز
وجازت ذلك استحسانا لانه في الحقيقة ليس بكفالة بل تعليق
للعتق بالاداء والمولى يملك تعليق عتقهما باداء كل منهما وايهما اذى
رجع على الاخر بنصف ما اذى قليلا كان او كثيرا لانه قضاء بنا
عليه بامره فيرجع تحقيقا للمساواة فان مات احدهما لا يسقط
شيء من البدل ويؤخذ الجميع من الحي وان اعتق احدهما سقطت
حصته لان الميت ليس من اهل ان يكون عليه الكتابة لا العتق
وللمولى ان يأخذ حصته من المكاتب للاصالة او من المعتق للكفالة
فان اخذ من المكاتب لا يرجع هو عليه لانه اذى دين نفسه وان
اخذ من المعتق رجع هو على المكاتب لانه كفيله ص او على الف
وخدمته ابدا فسدت الكتابة فان اداها وهي اكثر من قيمته
حكمنا بعتقه من غير استرداد الفضل ش رجل كاتب عبده على
الف وان يخدمه ابدا في الكتابة فاسدة لان هذا شرط يخالف

مقتضى العقد اذ مقتضاها ان يصير المكاتب احق بنفسه ومكاسبه
وشرط الخدمة ينافيه وداخل في صلب العقد لكونه داخلا في المبدل
ومتى لم يخالف الشرط مقتضى العقد جاز الشرط والعقد واذا
خالف مقتضاه ولم يدخل في صلبه بطل الشرط وبقي العقد صحيحا
وعلى هذا اذا كاتبها على الف على ان يطأها ما دامت مكاتبة او على ان
يطأها مسرة فالكتابة فاسدة لفساد الشرط لانه يخالف مقتضى
العقد اذ العقد يوجب حرمة الوطء وانه داخل في صلب
العقد لدخوله في البدل ولو كاتبها على الف على ان لا تخرج من المصر
او لا يسافر فالشرط فاسد لانه يخالف مقتضى العقد اذ العقد
يقتضي فك الحجر والاطلاق ولا يفسد به العقد لانه ليس بداخل
في صلبه ولو اداه الى الف عتق لان خدمة الاب لا تصلح عوضا في
الكتابة لانها منافية في العقد فلا تتعلق العقد بها والتحق ذكره بالعدم
واذا اداه وعتق ان كانت قيمته الفا فلا شيء للمولى عليه ولا له على
المولى لانه مضمون بالقيمة لكونه مقبوضا بحكم عقد فاسد فيجب
عليه رده وهو عاجز عنه فيرد قيمته وان كانت قيمته اكثر رجع
المولى عليه بما زاد لانها مضمونة بكمال قيمته وما ادى
اليه كمال قيمته فيرجع عليه وان كانت قيمته اقل وادى
الالف وعتق لا يرجع على المولى بالزيادة على قيمته خلافا
لزفر له ان المولى اخذ منه زيادة على ما يستحقه فيجب
عليه ردها كما في البيع الفاسد ولنا ان عقد الكتابة
يشتمل على المعاوضة والتعليق واعتبار المعاوضة يوجب

حق

حق الرجوع على المولى بما زاد واعتبار التعليق لا يوجب فيقع الشك في ثبوت
الرجوع فلا يرجع ولا فرق في الفساد بين ذكر التابيد وعدمه ولو كاتبه
على ان يخدمه شهرا فهو جائز استحسانا والقياس ان لا يجوز لجهالة
الخدمة وجهالة البدل تمنع صحة الكتابة وللاستحسان ان الخدمة
المطلقة ينصرف الى المعهود ص واذا عجز عن نجم فان كان له دين يقضيه
او مال يقدر مرافظره الحاكم يومين وثلاثة والا عجزه بطلب مولاه
ورده في الرق واخذ اكسابه ويأمره بتاخير نجمين ش اذا عجز المكاتب
عن نجم ورفعه المولى الى الحاكم ليرده في الرق ان كان له دين يقضيه
او مال يرجى قدومه انظره يومين او ثلاثة اتماما وابراما للعقد
المندوب اليه ولا يزاد على ذلك وان لم يكن له شيء قال ابو حنيفة
ومحمد يرده في الرق وقال ابو يوسف وابن ابي ليلى لا يرده
حتى يمضي عليه نجمان لقول علي رضي الله عنه اذا توالى على المكاتب
نجمان رد في الرق ولان مبنى الكتابة على التخفيف والتسهيل
لانه عقد ارفاق بالعبد ولهذا كان التاجيل والتنجيم احسن
من الكتابة الحالة وان كانت جائزة ولنا ان المولى لم يرض بزوال
ملكه الا بالاداء الى هذه النجوم ولانه لما عجز عن نجم كان اعجز
عن نجمين فلا حاجة الى الانتظار الى نجم آخر والثلاثة ضربت
لاجل الاعذار كامهال المديون والاعسر استدلال بالمسكوت
او محمل على الندب ولا يملك المولى رده في الرق الا برضاه او بالقضاء
لانه عقد لازم كرد المبيع المعيب بعد القبض ويملك في رواية
كالمبيع المعيب قبل القبض وهل للعبد ان ينفرد بتعجيز نفسه

قال محمد بن سلمة لا ينفرد وقال ابو بكر البلخي هذا خلاف ما ذكر في كتب
اصحابنا وعلى هذا فالكتابة من جانب المكاتب على قول محمد بن سلمة لازمة
وعلى قول اصحابنا غير لازمة واذا ارد في الرق كان ما بيده من الكسب
لمولاه لانه مملوكه والحاكم يشمل المحكم لان حكمه يصح فيما سوى الحدود
والقصاص اذا كان له اهلية القضاء ص وان مات عن مال بقيت كتابته
منه وحكم بعتقه في اخر حياته ولا يبطل لما ش قال علماؤنا اذا مات
المكاتب وترك وفاء بكتابته لا ينفسخ عقد الكتابة ويؤدي مكاتبته
من ماله وحكم بحريته في اخر اجزاء حياته وما بقي فهو لورثته وعتق اولاده
وقال الشافعي تبطل كتابته ويموت عبدا لان المقصود من الكتابة
تحصيل العتق ولا يمكن اثباته بعد الموت فانفسخت الكتابة لعدم الفائدة
وهو قول زيد بن ثابت رضي الله عنه ولنا قول علي وابن مسعود رضي الله
عنهما على ما قلنا ولانه عقد معاوضة لا ينفسخ بموت احدهما وهو
المولى فلا ينفسخ بموت الاخر وهو المكاتب كالبيع بتسوية بين المتعاقدين
والجامع الحاجة الى الايفاء وحاجة العبد الى ابقاء ما لكية الكسب
لتحصيل العتق به فوق حاجة المالك الى الابقاء لتحصل الولاء وان
البدل كان في ذمته والذمة لا تبقى صالحة فتنتقل الى التركة
وله ان الاجل به تفرغت الذمة وفراغ الذمة يوجب العتق
الا انه لا يحكم بحريته حتى يصل المال الى المولى فاذا وصل اليه حكم
بحريته في اخر جزء من اجزاء حياته فيموت حرا فتعتق اولاده تبعا له
واذا افضل شيء فلورثته لانه حر وهم احرار ص او عن مولود في الكتابة
يسعى كالاب ش اذا مات المكاتب من غير مال وخلف مولودا في الكتابة

حكم

سعى هذا الولد في كتابته على نجوم ابيه فاذا ادى حكم بحريته وحرية
ابيه قبل موته وكانت اكسابه للاب لان الولد لما تكاتب عليه
سري حكم العقد اليه وقام مقام الاب ص والد المشتري يؤدي
حالا والايرد وجعلاه كالاول ش قال ابو حنيفة اذا مات المكاتب
وترك ولدا اشتراه في الكتابة ان شاء ادى الكتابة حالة وان شاء
رد رقيقا وقالا يؤدها على نجومه لانه يكاتب عليه كالمولود في
الكتابة وللامام ان حكم العقد لم يسر اليه وانما صار مكاتبا
بطريق التبعية لان السراية لا تكون بعد الانفصال اصلها
ان كل من ملكه الحر يعتق واذا ملكه المكاتب يكاتب عليه ويقوم
مقامه وكل حر اشتراه امرأة تصير ام ولد له فاذا اشترى المكاتب ولده
صارت ام ولد له وان اختلفا فقال المولى ولد قبل العقد وقال
المكاتب ولد بعد الحكم يحكم فيه الحال ان كان الولد في يد المولى
فالقول له وان كان في يد الامة فالقول قولها ص ولو كاتبها بشرط
الخيار فولدت في المدة وهلكت فاجاز ابطلها وقالا يسعى الولد كامه
ش قال محمد اذا كاتب امته على انه بالخيار فولدت في مدة الخيار
وماتت وبقي الولد بطلت الكتابة ولم تصح اجازة المولى وقال
ابو حنيفة وابو يوسف لم تبطل الكتابة وللمولى الاجازة ويسعى
الولد على نجوم الام واذا ادى عتق وعتق امه في اخر اجزاء حياتها
لهما ان المعقود عليه فات فبطل العقد ولهما ان العقد انعقد
على وجه ينفذ بالاجازة في المدة والولد متصل بها وقت الانعقاد
قابل للحكم فيتناوله العقد على الصفة التي انعقد عليها وهو مرتب

ولده

التفاده

النفاذ على الاجازة ص ولو لحق بدار الحرب مرتدا وترك مالا منعنا الحكم
بموته ثم ان عاد مسلما اخذه وان مات اد ي عنه ش قال علماؤنا
الثلاثه اذا ارتد المكاتب والعياذ بالله تعالى ولحق بدار الحرب
وترك مالا بدار الاسلام يتوقف حتى ان عاد مسلما اليه ماله وان
مات اد ي عنه من ماله بدل الكتابة وقسم ما بقي بين ورثته وقال
زفر لحوقه بدار الحرب مرتدا كموته لان لحوق الحر المرتد كموته
فكذا المكاتب ولنا ان الكتابة تعلق بها حقه وحق مولاه واحتمال
العود مسلما قايم فيجب رعاية حقهما ص ولو قتل خطا فصالح على مال
او اقر به تقضي عليه بالقيمة ثم عجز فرد او اقر به عمدا ثم صالح
فهو مطالب به بعد العتق وقالا مطلقا ش قال ابو حنيفه المكاتب
اذا قتل رجلا فصالح على مال او اقر بالقتل خطا يقضي عليه بقيمته
او قتل عمدا او اقر بالقتل عمدا حتى وجب القصاص فصالح الولي
على مال ولم يود المال الذي عليه لسبب الجناية حتى عجز ورد في
الرق لا يطالب به الا بعد الحرية وقال ابو يوسف ومحمد يطالب
به للحال لان الصلح قد صح وصار البدل دينا عليه فلا يبطل بالعجز
كدين الشرا والاقرار والاستهلاك وللامام ان بدل الصلح ليس
بتجارة ولا كسب لانه بدل مال بما ليس بمال فلا ينفذ على المولى
وانما يطالب به في حال الكتابة لانه يوديه من كسبه من غير ضرر
المولى وكذا اقراره بالخطا وقضا القاضي عليه بالقيمة غير لازم
للمولى لانه ليس من باب التجارة والكسب ص ولو جنى خطا ثم
عجز قبل القضا خيرنا مولاه بين الدفع والفدا ومنعنا مطالبة

سلم ص

بلغ مقابلة

العبد

العبد في الحال ش قال علماؤنا الثلاثة اذا جنى المكاتب جناية خطا ثم
عجز فرد في الرق قبل ان يقضي القاضي عليه بموجبها خير مولاه بين
دفعه بالجناية وبين ان يفديه بارشها وليس له مطالبة العبد
في الحال بقيمته وقال زفر يواخذ به للحال لان جناية المكاتب
تصير عنده مالا في الحال لان المانع من الدفع قايم وقت الجناية
وهو الكتابة فوجب ان تصير موجبة للقيمة بنفس وقوعه
الجناية فاستوى فيه القضا وغيره وعندنا لا تصير مالا الا
بالقضا او الرضي او الموت ولم يوجد شي منها فتعلق الجناية
برقبته فيخير مولاه كما لو قتل ص ولو تكررت قبل القضا او جنيا
قيمة واحدة لا متعددة ش قال علماؤنا الثلاثة اذا جنى المكاتب
جنايات قبل القضا بموجب الاولي لم يلزمه الا قيمة واحدة
وقال زفر يلزمه بكل جناية قيمة لا يختلف الحال بالقضا وعدمه
وهذا فرع اختلافهم في ان جنايته تتعلق رقبته والرقبة
لا تسع اكثر من قيمة واحدة وعنده يتعلق بذمته والذمة
متسعة وستاتي هذه المسيلة في جناية العبد ص واذا مات
المولى لم ينفسخ ويودي الكتابة على نجومها الى الورثة ش اذا مات
المولى لم تنفسخ الكتابة لان الكتابة سبب استحقاق الحرية وسبب
حق المرء حقه فلا يجوز ابطاله ويودي المكاتب البدل الى الورثة
على نجومه لان الورثة خلفوا الميت والدين لا يتعلق بموت من له
قال الطحاوي في مختصره ومن مات وله مكاتب كانت الكتابة
التي على المكاتب موروثة عن مولاه كما يورث عنه ساير اموالة

في حق المكاتب

من له ص

وكان ولا المكاتب اذا ادي المكاتبة لمولاه لا لورثته وقال
الاستبجابي في شرحه المكاتبة لا تورث وانما يورث ما في ذمته
من المكاتبة فاذا ادي وعتق كان الولا من الميت لا من الورثه حتى انه
يرث الذكور من عصبة الميت دون الاناث ص ويعتق بإعتاقهم
ويسقط البدل لاباحدهم ش فان اعتقه الورثه كلهم عتق وسقط
عنه البدل والقياس ان لا يسقط لان العتق لا يصح الا في الملك وهم ليسوا
مالكوه والاستحسان ان اعتاقهم جميعا يقتضي ابراءهم اياه عن حقهم
فيثبت الابرا اقتضاء سابقا وان اعتقه بعضهم لم يعتق ولم يبرا
خلافا للشافعي لان اثبات عتقه لا يمكن بطريق الابراء عن حصته
لان العتق تعلق بسقوط جميع البدل وهذا الخلاف فرع على اصل
وهو ان المكاتب لا يصح ان يملك ولا يجوز بيعه عندنا وعند الشافعي
في احد قوليه تجوز ص ولو مات وقد كاتبه في مرضه بالف الى
سنة وقيمته نصفها ولا مال ولا اجازه افتي بان يحمل ثلثي قيمته
والا يرد وهما بثلثي البدل ويتاجل الباقي ش قال محمد اذا
كاتب المريض مرض الموت عبده على اكثر من قيمته بان كاتبه على الفين
الى سنة وقيمته الف ثم مات ولم تجز الورثة تاجيله يودي ثلثي
قيمته حالا والباقي الى اجله او يرد رقيقا لان له ترك ما زاد على القيمة
فله تاجيله بالطريق الاولى وقال ابو حنيفه وابو يوسف
يقال له ان تودي ثلثي البدل حالا والباقي الى اجله او ترد في الرق
لان حقهم كان متعلقا بالعبد فانتقل الى بدله وهو الفان فيومر
بتسليم ثلثي البدل للحال ويوخر ثلثه كما اذا كانت قيمته الفين وهذه

المسيلة

٢٩

المسيلة ذكرت في المبسوط في كتاب الشفعه وفي المكاتب وفي الجامع
الكبير ولم يذكر قول الامام الاتي في الجامع الصغير اصله ان المريض اذا باع
داره بضعف قيمتها الى سنة ومات ولم تجز الورثه عند محمد يقال له
ادفع ثلثي القيمة حالا والباقي موجلا او انتقض البيع وعندهما يقال
للمشتري ادفع ثلثي الثمن حالا والباقي موجلا او انتقض البيع فالمحاباة
بالاجل عند محمد تعتبر في قدر القيمة من الثلث وفيما زاد عليهما
من راس المال وعندهما في جميع الثمن وصية من الثلث ولو كان على
العكس قيل له اد ثلثي القيمه حالا او انت حر والا رد في الرق في قولهم
جميعا لانه تبرع بالف واخر الفا وهو في معنى التبرع ص ولو اوصى
مكاتب بالثلث ثم اعتق ثم مات فهي باطلة ش وصية المكاتب
على ثلاثة انواع باطل وهو اذا اوصى بعتق من ماله لانه لا ملك له
حقيقة وهو تبرع محض وجايز وهو اذا اضاف الوصيه الى ملك
بعد العتق بان قال اذا اعتقت فقد اوصيت بثلث مالي للفلان
لانه صرح باضافة الوصية الى ملك يقبل الوصيه وباطل عند
الامام وهو اذا قال اوصيت بثلث مالي للفلان ثم عتق وجايز
عندهما والخلاف مبني على ان للمكاتب ملكا حقيقيا وهو ما
بعد العتق ومجازيا وهو ما قبل العتق فعند الامام ينصرف الى
المجازي فلا تصح الوصية وينصرف عندهما الى الحقيقي فتصح وصيته
وتحقيقه في قول العبد او المكاتب كل عبد املكه في المستقبل
فهو حر **فصل في الولاء** الولا من الولي وهو القرب
يقال بينهما ولا اي قرابة في قرابة حكمية حاصلة من العتق ومنه

قوله عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب قال تعلب في فصيحة
لحمة النسب بالضم ولحمة الثوب بالفتح قال في الذخيرة اختلف
العلماء في سبب ولاء العتاقة قال بعضهم سببه الاعتاق لقوله
عليه السلام الولاء لمن اعتق وعلتهم على ان سببه العتق وهو الصحيح
الا ترى ان من ملك قريبه حتى عتق عليه كان ولاؤه له ولم يوجد
منه الاعتاق وقال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي والاكثر
اصحابنا يقولون ان سببه الاعتاق وهو ضعيف والاصح ان
سببه العتق على ملكه لان الحكم يضاف الى سببه يقال ولاء العتاقة
ولا يقال ولاء الاعتاق ص يثبت ولاء العتاقة لمن اعتق او باشر
سببه او حصل في ملكه ذكرا كان او انثى ش ومن اعتق مملوكه بمال
او بغير مال او باشر سبب العتق كالكتابة والاستيلاد والتدبير
او حصل العتق على ملكه بسبب القرابة او الوصية او نحو هما كان ولاؤه
له وسواء كان المعتق ذكرا او انثى لان ظاهر قوله عليه السلام الولاء
لمن اعتق عام قال في البدايع ولثبوت الولاء شرايط بعضها يعم
ولاء العتاقة وولاء ولد العتاقة وبعضها يخص ولاء ولد العتاقة
اما الذي يعمهما جميعا فهو ان لا يكون للعبد المعتق او لولده عصبة
من جهة النسب فان كان لا يرثه المعتق لانه يرث من طريق التعصيب
وفي العصبات يعتبر الاقوى فالاقوى ولا شك ان العصبة من
جهة النسب اقوى فكان اقوى وهذا لان الولاء وان كان لحمة كلحمة
النسب حقيقة لكنه لا يكون مثل حقيقة النسب
وكذا اصحاب الفرائض ذوو الارحام فحكمه يذكر في موضعه ان شاء
الله تعالى

الله تعالى واما الذي يخص ولاء ولد العتاقة فمنها ان تكون الام معتقة
فان كانت مملوكة فلا ولاء لاحد على الولد ومنها ان لا تكون الام حرة
اصلية فان كانت فلا ولاء لاحد على ولدها وان الاب معتقا لما ذكرنا
ان الولد يتبع الام في الرق والحرية ولا ولاء لاحد على امه فلا ولاء على ولدها
فان كانت الام معتقة والاب معتقا فالولد يتبع الاب في الولاء ويكون
ولاؤه لمولى الاب لا لمولى الام لان الولاء كالنسب والاصل في
النسب هو الاب الا اذا تعذر ومنها ان لا يكون الاب عربيا والام
مولاة لقوم فالولد تابع للاب ولاؤه عليه لان الولاء اثر من آثار الرق
ولا رق على عربي ولو كان الابن نبطيا وهو حر مسلم لم يعتق وله ولاء
مولاه اولم يكن فالولد يتبع الام في ولاء العتاقة عند ابي حنيفه
ومحمد وعند ابي يوسف يكون تبعا للاب كما في العربي وجه
قول ابي يوسف ان النسب يشبه النسب والنسب الى الاب
وان كان اضعف الا ترى ان الام اذا كانت من العرب والاب
من الموالي فالولد يكون تابعا لقوم الاب ولهما ان ولاء الام لمواليها
لاجل النصرة فثبت للولد هذه النصرة ولا نصرة له من جهة الاب
لان من سوى العرب لا يتناصرون بالقبايل فصار كمعتقة تزوجت
عبدا فيكون ولاء ولدها لمواليها ومنها ان لا يكون الاب مولى عربية
فان كان لا ولاية لاحد عليه لان حكمه حكم العربي لقوله صلى الله
عليه وسلم وان مولى القوم منهم ومنها ان لا يكون الولد معتقا
فان كان لا يكون ولاؤه لمولى الاب ولا لمولى الام بل يكون لمن اعتقه
لانه اذا عتق صار له ولاء نفسه لقول النبي صلى الله عليه وسلم الولاء لمن

كان ٩

اعتق فلا يكون تبعا لغيره في الولاء وبيان هذا الاصل يذكر في بيان صفة
الولاء انتهى ص ولو شرطه لغيره او سايبه بطل الشرط ش شرط ان لا يكون
عليه ولاء او يكون ولاؤه لغيره فالشرط باطل لقوله عليه السلام انما
الولاء لمن اعتق ولان الرقيق مملوك حكما لا تري انه لا يثبت في حقه
كثير من الاحكام التي تختص بالاحياء كالشهادة والقضاء والملك في الاعتاق
وكثير من العبادات فكان الاعتاق احياء له لثبوت احكام الاحياء به
كالايلاد فيرث به كما يرث الاب من ولده ولهذا سمي ولاء نعمة لانه
انعم عليه حين احياه حكما قال تعالى واذ تقول للذي انعم الله
عليه وانعمت عليه اي انعم الله عليه بالهدي وانعمت عليه بالاعتاق
ولانه يعقل عنه فوجب ان يرثه ولم يرد من غيرهم خلافه لان الغنم
بالغرم ص واذا مات المعتق قدمت عصبته النسبية على مولاه ش
ش اذا مات العبد المعتق كانت عصبته من جهة النسب اقرب اليه
تعصيبا فيقدمون في الارث على المولى لان النبي صلى الله عليه وسلم
اجري ولاء العتاقة مجري النسب حيث قال الولاء لحمة كلحمة النسب
وما اجري مجري غيره يثبت حكمه عند عدمه وولاء العتاقة تعصيب
وهو اخر العصبات لما روي ان بنت حمزة اعتقت عبدا لها فمات وترك
بنتا فجعل النبي صلى الله عليه وسلم نصف المال لبنته ونصفه لبنت
حمزة ص وان مات المولى ثم المعتق ورثة بنو مولاه دون بناته
ليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن او كاتبن او
كاتب من كاتبن او جر ولاء معتقهن ش اذا مات المولى ثم المعتق ولم
يكن له عصبة من النسب فالاولى عصبة مولاه الاقرب فالاقرب

ويشترط

ويشترط في العصبة النسبية الذكورة حتى لا ترث النساء بالولاء مورثهن
لقوله عليه السلام ليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن الي اخره والحديث
وان كان شاذا لكنه قد تلقته الامة واشتهر عن اكابر الصحابة وحديث
بنت حمزة ولم يرد عن غيرها خلافه لان الولاء جري فيه الارث
وانما يثبت للعصبة بطريق الخلافة والخلافة انما تتحقق ممن
يتحقق منه المضرة والمضرة من الذكور دون الاناث الا تري
انهن لا يتحملن الدية في العاقلة كما تتحمل الرجال لعدم المضرة
منهن فاذا كان ثبوته بطريق الخلافة يقدم الاقرب فالاقرب
من عصبة المعتق فيقوم مقامه كالارث حتى لو ترك ابا مولاه وابن
مولاه كان الولاء للابن ولا يشترط الذكورة في العصوبة السببية
لان الانثى ساوت الذكر في السبب وهو احراز قوة المالكية فكانا
مجيبة له فينسب المعتق بالولاء اليهما وينسب اليهما من ينسب
الى مولاهما الذي اعتقه وينسب اليهما من ينسب الى معتق معتقهما
الى ما لا يتناهى بخلاف النسب حيث لا ينسب اليهما الا ولاد لانما
تنسب الى الاب لانه المالك وصاحب الفراش والمراة مملوكة
نكاحا فلا تكون مالكة والنسبة في النكاح بالفراش والملك وهي
لا تساوي الرجل فيه وفي ولاء العتاقة النسبة بسبب اثبات
القوة الحكمية للمعتق وهي تساوي الرجل فيه لما انهما تساويه
في ملك المال فينسب اليهما كما ينسب الى الرجل ولهذا جعلت عصبة
فيه كالرجل وعلى هذا مكاتبتهما ومكاتبة مكاتبتهما لان الكتابة سبب
استحقاق الولاء كالعتق وصورة جر ولاء العتق امراة اشترت عبدا

فتزوج باذنهما معتقة قوم فولدت ولدا فولاء هذا الولد لمولي الام لانه
تعذر اثبات الولاء من جانب الاب لكونه عبدا لانه هالك معنى فيثبت
من جانب الام فلو اعتقت هذه المراة العبد جر ولاء الولد الى نفسه
وجرته هي الى نفسها لان الاصل في ولاء الولد الاب لان الولاء لحمة
كلحمة النسب والنسب الى الآباء فكذا الولاء انما ثبت ولاؤه لمولي
الام للعجز عن اثباته من الاب فاذا زال المانع انتقل الى مولي الاب
كما في حقيقة النسب كولد الملاعنة فانه ينسب الى قوم الام شرعا
اذا اكذب نفسه انتقل الى موالي الاب لزوال المانع والاصل في جر
الولاء ما روي عن عمر رضي الله عنه انه قال اذا كانت الحرة
تحت مملوك فولدت عتق الولد بعتقها واذا اعتق هو جر الولاء وروي
ان الزبير رضي الله عنه ابصر فتية لعسا بجبير فاعجبه ظرفهن
وامهن لرافع بن خديج وابوهن عبد لبعض الحرقة من جهينة او لبعض
اشجع فاشتري الزبير اباهن فاعتقه ثم قال انتسبوا الي وقال
رافع بل هن موالي فاختصما الى عثمان رضي الله عنه فقضى بالولاء للزبير
وفي هذا دليل على ان الولد ينسب الى قوم الام ما لم يظهر له ولاء
من قبل ابيه فاذ اظهر له ولاء بالعتق جر ولاء الولد **فان قلت**
ما معنى قول جدك عمر بن الخطاب رضي الله عنه الحرة في قوله اذا
كانت الحرة الى اخره **قلت** اعلم ان حرة الاصل تستعمل عند الفقهاء
في معنيين احدهما من لم يجر عليه رق بل تولد من مغتفه بعد مضي
ستة اشهر من وقت النكاح والعلوق او من في اصلها رقيق والثاني
من لا يكون في اصله رقيق اصلا وان الولاء كما صرح به صاحب الهداية

وغيره مبني على زوال الملك ولهذا قالوا لا تقبل الشهادة بالتسامع في الولاء
كما في العتق وزواله فرع ثبوته وثبوته على الولد يكون من الام كما تقرر
ان الولد يسبع الام في الرق والحرية ولا يسري ملك الاب الى الولد
فلا يكون زواله عن الولد الا من قبل معتق الام وعصبته في حكمه
فاذا لم يكن في جانب الام رق لا يتصور على الولد ولاء وان اللفظ
اذا كان قطعيا في معنى وجب ان يحمل عليه الظاهر المحتمل له ولغيره
وان المطلق يحمل على المقيد في الروايات اذا عرفت هذه المقدمات
فاعلم ان صاحب البدايع ذكر فيه ان من شرايط ثبوت الولاء ان لا
يكون الام حرة اصلية كما تقدم لك الفاؤه والحاصل ان الابوين
اذا كانا حرين اصليين بالمعنى الثاني فلا ولاء على الولد وان كانا
معتقين وفي اصلهما معتق فالولاء لقوم الاب وان كان الاب
معتقا او في اصله معتق والام حرة الاصل بذلك المعنى سواء
كانت عربية اولا ولاء على الولد لقوم الاب وان كانت الام
معتقة والاخر الاصل بذلك المعنى فان كان عربيا فلا ولاء على
الولد لقوم الام وان كان غير عربي فعند ابي حنيفة ومحمد يكون
لقوم الام عليه ولاء خلافا لابي يوسف وهذه المسئلة وقع فيها خلاف
كثير وافرد علماء الروم فيها التصانيف نبهت على ذلك بفضله وصورته حر
ولاء معتق المعتق امراة اعتقت عبدها فاشتري هذا المعتق عبدا
فزوجه معتقه قوم فولدت فولاء الولد لمولي الام فلو ان هذا
المعتق اعتق العبد جر العبد ولاء ولده الى نفسه ثم جر المعتق
الاول ذلك الى نفسه ثم جرت المراة الى نفسها وفي الذخيرة

وغيره لو مات المعتق ولم يترك الا ابنة المعتق ميراثه لبيت المال لا
لبنت المعتق في ظاهر الرواية لانها ليست بعصبة والسبب
النصرة وهي ليست من اهلها ولهذا لا تدخل في العاقلة ولكن بعض المشايخ
كانوا يفتون بدفع المال اليها في هذا الزمان لا بطريق الارث بل لانها
اقرب الناس الى الميت فكانت اولى من بيت المال الا ترى انها لو
كانت ذكرا كانت تستحقه وليس في زماننا بيت المال ولا احتياط
القضاة وبيت المال كان في زمن الصحابة والتابعين ولهذا افتوا
باعطاء المال للابن لو لابنة من الرضاع لا لبيت المال لعدمه
كما افتى اصحاب الشافعي بتوريث ذوي الارحام في هذا الزمن لفساد
بيت المال والذميون يتوارثون بالولاء كالمسلمين لانه احد اسباب
الارث ص ولو اعتقت وهي حامل فاتت به لاقل من ستة اشهر
من حينه لم ينتقل ابدا ش ومن عتق على ملك مالكه فولاؤه له لا
ينتقل عنه ابدا فلو اعتق حاملا من زوجها القن لا ينتقل ولاء الحمل
عن مولى الام ابدا لان الجنين عتق بعتق امه وعتقت امه مقصودا
فكذا هو لعتق مقصودا لانه جزء الام والمولى اوقع الاعتاق على جميع
اجزائها مقصودا فيكون للجنين والولاء لا ينتقل من المعتق لقوله
عليه السلام الولاء لمن اعتق فانه يقتضي ثبوت الولاء له على التابيد
ولهذا لم يجز اشتراطه للغير ولاسبابه وانما يعرف كون الحمل موجودا
عند العتق اذا اتت به لاقل من ستة اشهر من وقت العتق للتيقن
بوجود الحمل وقت الاعتاق وكذا لو اتت بولدين احدهما لاقل من ستة
اشهر لانهما خلقا من ماء واحد ص او لاكثر من ستة اشهر من حين

الاعتاق

الاعتاق فولاء الولد لمولى الام ش وان اتت بالولد لستة اشهر فاكثر
فولاؤه لمولى امه لانه عتق تبعا للام لا مقصودا لاحتمال عدمه عنده
ولان الاصل اضافة الحادث الى اقرب الاوقات هذا اذا لم تكن معتدة
فان كانت معتدة فجاءت بولد لاكثر من ستة اشهر من وقت العتق
ولاقل من سنتين من وقت الفراق لا ينتقل ولاؤه الى مولى الاب
لانه كان موجودا عند عتق الام لثبوت نسبة العلوق الى ما قبل
العتق بل قبل الفراق ولهذا يثبت نسبه من الزوج بصادفه
الاعتاق ضرورة فلا ينتقل الى اقوى ص واذا ولدت معتقة من اعجمي
او من مولى موالاة بحمل ولاءه لمولى ابيه وقالا لمولى امه ش قال
ابو يوسف اذا تزوج اعجمي معتقة فولدت منه ولدا يكون تبعا
للاب لان الولاء بمنزلة النسب والنسب مضاف الى الاب وان
كانت الام اشرف لكونه اقوى فكذا الولاء وهذا لان الاب حر
له عشيرة وموالي فكيف ينسب الى امه وهذا بخلاف ما اذا كان الاب
عبدا لانه هالك فينسب الى قوم امه حتى يعتق للعذر فصار كمن
لا اب له وقال ابو حنيفة ومحمد يكون ولاء الولد لمولى الام لان
ولاء العتاقة معتبر لقوته في نفسه حتى اعتبرت الكفاءة فيه
وقال عليه السلام مولى القوم منهم والنسب في حق العجم ضعيف
لانهم ضيعوا انسابهم ولهذا لا تعتبر الكفاءة فيه فيما بينهم
ولا يفتخرون به اصلا وانما افتخارهم قبل الاسلام بعمارة الدنيا
وبعدها بالدين واليه اشار سيدنا سلمان الفارسي رضي الله
عنه حين قيل له سلمان بن من فقال ابن الاسلام فاذا ثبت هذا

الضعف من جانب الاب كان وجوده كعدمه كالعبد ويبطل ما ذكره
بالعبد فان السبب يثبت منه دون الولاء وعلى هذا الخلاف نبطي
كافر تزوج معتقة كافرة فاسلم ووالى رجل ثم اتت بولد كان
ولاؤه عند ابي يوسف لمولي ابيه لان الولاء يتبع السبب والسبب
للاب فكان الحاقه به اولي وعندهما ولاؤه لمولي الام لان له ولاء
عتاقه وهو اقوي من ولاء الموالاة الا ترى ان ولاء العتاقة لا يلحقه
الفسخ وولاء الموالاة يلحقه الفسخ ثم ان المصنف وضع الخلاف
في مطلق المعتقة وهو الصواب والقدوري وضعه في معتقة
العرب وهو وقع اتفاقا لان ولاء العتاقة قوي معتبر شرعا فلا يختلف
الحال بين ان يكون المعتق من العرب او من غيرهم فيجب في الجميع بسبة
اولاد المعتقة الي المعتق ما لم يكن ابوهم عربيا علي ما قالوا وثمرة
الخلاف تظهر فيما اذا مات وترك عمة او غيرها من ذوي الارحام
ومعتق امه او عصبة معتقها كان المال عند ابي يوسف لذوي
الارحام لان حكمه حكم ابيه فلا يكون عليه ولاء ما اذا كان الاب
عربيا وعند مما يكون المال لعتق امه او عصبته واجمعوا علي انهما
لو كانا معتقين او كان الاب معتقا والام مولي موالاة او كان الاب
عربيا والام معتقة يكون الولد تبعا للاب في مولي الموالاة ص واذا
اسلم علي يد رجل وولاه او والي غيره علي ان يرثه اذا مات ويعقل عنه
اذا جني صح ان لم يكن مولي عتاقة ش من والي انسانا علي ان يرثه اذا
مات ويعقل عنه اذا جني فقبل صح العقد وسبب ثبوت ولاء الموالاة
العقد والمطلوب منه التناصر وهو الايجاب والقبول وهو ان

يقول

يقول الذي اسلم علي يد انسان له او لغيره والبتك فيقول قبلت والاسلام
وحده علي يديه ليس بكاف لثبوت ولاء الموالاة بل لابد من العقد
لقوله تعالي والذين عاقدت ايمانكم فاتوهم نصيبهم اي من الميراث
بالولاء ولان الناس كانوا يسلمون علي عهد رسول الله صلي الله عليه
وسلم والتابعين ولا يقول احد منهم بثبوت الولاء والاسلام
ليس بشرط لجواز هذا العقد فيجوز موالاة الذمي والذمي المسلم
والمسلم الذمي لان الموالاة بمنزلة الوصية بالمال ولو اوصي ذمي لذمي
او لمسلم جازت الوصية ولو والي الذمي الذمي ثم اسلما جاز
ولا تبطل الولاء والمذكورة ليست بشرط فيجوز موالاة الرجل المرأة
وبالعكس ودار الاسلام ليست بشرط حتي لو اسلم حربي فوالي
مسلما في دار الاسلام او في دار الحرب جاز لان الموالاة عقد فلا
تختلف بالذكورة والانوثة ودار الاسلام تساير العقود ولو اسلم
علي يد حربي ووالاه قيل يصح وقيل لا يصح ولجواز هذا العقد شروط
منها العقل فلا صحة للايجاب والقبول بدونه ومنها البلوغ وهو
شرط الانعقاد في جانب الايجاب فلا ينعقد الايجاب من صبي حتي
لو اسلم صبي علي يد رجل ووالاه لم يجز وان اذن ابوه الكافر لان
هذا العقد يوقف علي اذن وليه ولا ولاية للكافر علي ولد المسلم
فكان اذنه كعدمه اما في جانب القبول فالبلوغ شرط البقاء
حتي لو والي رجل صبيا فقبل توقف علي اجازة وليه وكذا الوصي
عبدا قبل العبد توقف علي اجازة المولي الا ان في العبد اذا اجاز
المولي كان الولاء من المولي ويكون العبد وكيلا عنه لان العبد ليس

من لهله يثبت الولآ لاقرب الناس اليه وهو مولاه وفي الصبي اذا اجاز الولي
فالولآ لايكون من الصبي لانه من اهل الولآ، وبلوغ الي مكاتبا قال في البدايع
جاز وكان مولا لمولي المكاتب وقال في المحيط فيه روايتان ومنها ذكر
الميراث والعقل او مقتضاها لان العقد يقع عليهما ولو شرط الارث
من الجانبين صح لان سببه العقد والشرط فعلي اي حال وجد الشرط
يثبت الحكم بخلاف ولآ العتاقه لان سببه الاحياء وانه وجد في حق
الاسفل فقط ومنها ان لايكون من العرب لان جواز الموالاة التناصر
والعرب يتناصرون بالقبايل والنصرة بالقبيلة اقوي فلا يصير مولا
ومنها ان لايكون من موالي العرب لان مولي العربي عربي لقوله عليه
السلام مولي القوم منهم ومنها ان لايكون معتقا لاحد لان ولآ العتاقه
اقوي من ولا الموالاة فيمنع ثبوت الاضعف ومنها ان لايكون عقل
عنه احد سوا عاقد غيره ام لم يعاقد ومنها ان لايكون للعاقد
وارث لان القرابة اقوي من العقد واما كون المولي مجهول النسب
فقيل ليس بشرط وذكر في التيسير في سورة النسآ ان كونه
مجهول النسب شرط وهو المذكور في المحيط ويدخل في الولآ الاولاد
الصغار للتبعية والولاية وكذا كل من يولد له بعد ذلك لانهم
يتبعونه في النسب فكذا في الولآ، وهو عقد مشروع لقوله عليه
السلام لما سئل عن اسلم علي يد رجل هو احق الناس به محياة ومماتة
ان والاه اي بميراثه لايتخصه وروي ان رجلا اسلم علي يد تميم
الداري ووالاه فقال عليه السلام هو اخوك ومولاك تعقل عنه
ويرثه ص ويورثه اذا لم يكن له وارث ش قال علماونا اذا مات هذا

المولا

هديي هدمك ودمي دمك ترثني وارثك فكان ذلك للتناصر على الحق
والباطل لخطر الاسلام التناصر على الباطل واوجب التعاون على البر
والتقوى فلومات الاسفل والاعلى ميت فميراثه لاقرب الناس عصبة
الى الاعلى كما في ولاء العتاقه ص وتجوز فسخه قولا وفعلا ش لكل ان يفسخ
العقد بالقول لان احدهما متبرع بالقيام بنصرته وعقل جنايته
والاخر متبرع وجعله خليفة والتبرع لا يلزم ما لم يتصل به القبض
ويحصل المقصود ولو كان معاوضة باعتبار المعنى لم تخرج عن كونه
متبرعا صورة فيكون كالهبة بشرط العوض وللاسفل الفسخ
بالفعل بان يوالي غيره فينتقض الولاء مع الاول وليس للاعلى
ذلك فانه لو قال جعلت ولاي لفلان لم يصر له ولو كان الاخر
غايبا لم يملك فسخه وان كان غير لازم لان العقد تم بما تم في
الشركة ولا يعري عن ضرر لانه ربما يموت الاسفل فياخذ
الاعلى ما له ميراثا فيكون مضمونا عليه فلا يصح الفسخ الا بحضر
من الاخر بخلاف ما اذا عاقد الاسفل الموالاة مع غيره بغير حضر
من الاول حيث يصح وينفسخ العقد الاول لانه فسخ حكمي فلا
يشترط فيه العلم كما في الشركة وانما كان كذلك لان الولاء كالنسب
اذا ثبت في شخص يبقى في ثبوته من غيره فينفسخ ضرورة ص الا ان
يعقل عنه ش يعني يجوز للاسفل ان يتحول الى غير الاعلا ما لم
يعقل عنه اما اذا عقل عنه ليس له ان يتحول الى غيره لتاكده
بتعلق حق الغير به وحصول المقصود به ولان ولاية التحول
قبل ان يعقل عنه باعتبار انه عقل تبرع من حيث انه تبرع بالقيام

بنصرته

بنصرته وعقل جنايته فاذا عقل عنه صار كالعوض في الهبة ص وان
اقر به عتاقه فقال بل موالاة تثبت الموالاة والانتقال عنها لا يجوز
وكذا لو كذبه فيه اصلا ثم اقر به لغيره ش اذا اقر رجل ان مولى
فلان ولاعتاقه وقال فلان بل انت مولى الموالاة تثبت ولا
الموالاة لتضادهما على اصل الولاء وهو ادنى حالا لقبوله الفسخ
دون الاول فيحمل عليه فان اراد التحول عنه الى غيره ففي قياس
قول الامام ليس له ذلك وعلى قولهما له ذلك وهذا بناء على ان
الثابت عند الامام ولاء العتاقه وولاء العتاقه لا يقبل التحويل
وعندهما الثابت ولاء الموالاة وولاء الموالاة يقبل التحويل ولهما
ان الولاء يثبت بتصديق المقر له فيثبت بقدر ما وجد منه من
التصديق وله ان المقر يعامل باقراره لانه محق في زعمه
وفي زعمه ان عليه ولاء العتاقه وفي عكسه له ان يتحول الى غيره
لان الثابت عند تصديق المقر له مقدار ما اقر به والمقر له
اقر بولاء الموالاة وذا لا يمنع التحول ما لم يتاكد بالعقل وعلى
هذا الخلاف لو اقر به فكذبه اصلا ثم اقر به لغيره لم يصح عنده
وقالا يصح لان اقراره بالاول بطل بتكذيب المقر له فله ان يتحول
الى غيره وللامام انه اقر بما لا يحتمل النقض فلا يبطل برد المقر له
كمن شهد على رجل بنسب وردت شهادته لمعنى ثم ادعى الشاهد
انه ابنه لم يصح ص واذا ولدت مجهول النسب بعد ان والت
فهو تبع لها فيه وكذا لو اقرت به او انشاته وهو معها ش قال
ابو حنيفه اذا والت امراة رجلا ثم ولدت ولدا لا يعرف ابوه

واقرت بالولاء لفلان او انشاته وفي يدها صبي لا يعرف ابوه فالولد
تبع لامه في الجميع وقالا لا يثبت ولاء ولدها لمولاها في هذه الصور
كلها لان الامر لا ولاية لها على مال الولد الصغير فكيف يكون لها
ولاية على نفسه وللامام ان الولاء كالنسب وانه نفع محض في حق
الصغير فتملك الام اثباته كقبول الهبة وذكر في البدايع لو والت
امراة عقد الولاء ولها اولاد صغار لا يصيرون موالي للذي والته
امهم ولا شبهة الام في هذا الاب لانه ليس للمراة ولاية على اولادها
الصغار ولم يذكر الخلاف ذمية اسلمت ووالت رجلا ولها ولد
صغير من ذمي يكون ولاء ولدها لمولاها في قياس قول الامام بمنزلة
العتاقة وقالا لا يكون لمولاها وكما يثبت حكم الولاء من الرجال
يثبت في الاولاد الصغار تبعا حتى لو والى انسان وله اولاد صغار
صاروا موالي للذي والاه الاب وكذا اذا والى ثم ولد له اولاده
دخلوا في ولاء الاب بالتبعية ولو كبر بعض اولاده الصغار واراد
التحول عنه جاز ما لم يعقل عنه او عن ابيه ولا تصير اولاده الكبار
موالي بموالاة الاب لانقطاع التبعية والولاية بالبلوغ حتى
لو والى الاب وله ابن كبير فوالى رجل اخر فولاؤه له لا لمولى ابيه
ولو والى رجل رجلا ثم ولد له ولد من امراة قد والت رجلا
فولاء الولد لمولى الاب لانه اجتمع ولاء الام وولاء الاب فيرجح جانب
الاب على جانب الام لان للاب ولاية على اولاده دون الام وكذا
لو والت وهي حبلى بحلاف ولاء العتاقة اذا اعتقها وهي حبلى فان
الولاء يثبت بالعتق والعتق يثبت في الولد كما يثبت في الام فكان

للولد

كتاب الجنايات

لما ذكر العبادات والمعاملات شرع في ذكر الزواجر
وهي خمسة انواع زاجر عن قتل النفس وهو القصاص وزاجر
عن هتك الستر وافساد الفراش واضاعة النسب وهو حد
الزنا وزاجر عن اخذ المال وهو حد السرقة وانه شرع في
بيانها على هذا الترتيب والجنايات جمع جناية وهي في اللغة اسم
لما يجنيه المرء من شر اكتسبه وكل ما لا يجوز فعله اذا فعل سمي جناية
سواء وقع على النفس او على المال لكن في عرف الشرع اختص بما يقع
على النفس والاطراف وبسيم جناية وما يقع على المال يسمى غصبا
او للعرف غيره في تخصيص الاسامي ص وينقسم القتل الى عمد
وشبهة وخطا وما هو في حكمه وما هو بسبب ش القتل على
ما ذكر ابو بكر الرازي والقدوري خمسة عمد وشبهة عمد
وخطا وما اجري مجري الخطا والقتل بالتسبيب وقال صاحب
المنافع انه اربعة ولم يذكر ما اجري مجري الخطا لان حكمه
حكم الخطا وذكر في الاصل انه على ثلاثة انواع عمد وشبهة عمد
وخطا ووجه ان القسمين الاخيرين اجري احدهما مجري
الخطا والاخر ليس بقتل مباشرة والمراد به قتل يتعلق به
الاحكام من القصاص والدية والكفارة وحرمان الارث والاثم
على ما نبين ان شاء الله تعالى واما الذي لا يترتب عليه
الاحكام المذكورة فاكثر كقتل المرتد والقتل قصاصا ورجما
وصلبا كما في قطاع الطريق وقتل الحربي فاذا قصده بسلاح

ص

اومانا سيه من تفريق الاجزا كان عمدا ش العمد القتل بالة جارحة
كالسيف والسكين اوحديد لاحد له كعمود وسنجة حديد او
نحاس اورصاص في ظاهر الرواية وعلى رواية الطحاوي لايكون
عمدا مالم يجرح قال في الايضاح وهو الصحيح ولوضربه بسنجة
ذهب اوفضة اورصاص لم يكن عمدا لانه لا يستعمل منه شي يستعمل
استعمال السلاح ومالا حد يعمل عمل السلاح كالزجاجة واللبطه والمروة
والريح الذي لاسنان فيه اذا خرج فهو عمد محض لانه اذا فرق الاجزا
عمل عمل السلاح ولهذا قالوا اذا حرق بالنار لقتص به لان النار
تعمل عمل السلاح في تفريق الاجزا وانما اشترط القصد لان الجنايه
لاتحقق بدونه ولابد منه ليترتب عليه العقوبة لقوله عليه
السلام رفع عن امتي الخطا والنسيان الحديث واما اشتراط
السلاح اومايجري مجراه فان العمد هو القصد وهو فعل القلب
لايوقف عليه اذ هو امر مبطن فاقيم استعمال الاله القاتلة غالبا
مقامه تيسيرا كما اقيم السفر مقام المشقه والنوم مضطجعا
مقام الخارج من السبيلين والبلوغ مقام اعتدال العقل تيسيرا
والاله القاتلة غالبا هي المحددة لانها هي المعدة للقتل ص فياثم
ش اما وجوب الاثم فلقوله تعالى ومن يقتل مومنا متعمدا
فجزاؤه جهنم الاية وقال عليه السلام سباب المومن فسق
وقتاله كفر وقال عليه السلام لزوال الدنيا اهون على الله من
قتل امرء مسلم وعليه اجماع الامة ص ولا موجب كفارة ش قال
علماونا لايجب الكفارة بالقتل العمد وقال يجب اعتبارا بالخطا بل

بلغ مقابلة

الشافعي م

اولى لانها شرعت لمحو الاثم وهو في العمد اكثر فكان ادعى الى ايجابها ولنا
قوله عليه السلام خمس من الكبائر لا كفارة فيهن الاشراك بالله
وعقوق الوالدين والفرار من الزحف وقتل النفس عمدا بغير حق واليمين
الغاجرة ولان العمد كبيرة والكفارة عبادة فلا يجب بالكبيرة والقياس
على الخطا غير ممكن لانه دونه في الاثم فشرعيته لدفع الادنى لا
تدل على دفع الاعلى ص وتوجب به القود لا الخيار بينه وبين الدية
ش قال علماونا موجب القتل العمد القود على التعيين وقال
الشافعي في احد قوليه هو مخير بين القود واخذ الدية من القاتل
بطالب المولى بايهما شا لقوله عليه السلام في حديث خزاعه فمن
قتل بعد مقالتي قتيلا فاهله بين خيرتين ان احبوا قتلوا وان
احبوا اخذوا العقل ولنا قوله تعالى كتب عليكم القصاص في
القتلى وقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس ولان
القتل العمد لان الله تعالى اوجب في القتل خطا الدية بقوله تعالى
ومن قتل مومنا خطا فتحرير رقبة مومنة ودية مسلمة الى اهله وقال
عليه السلام العمد قود ولان القود شرع للغايث وانه لتقضي
المماثلة ولا مماثلة بين الادمي والمال فلا يتحقق معنى الجبر بالمال
بخلاف الخطا فانه لم يجب فيه القود لشبهة الاباحة في الفعل
فورد الشرع بايجاب المال تعظيما لامر الدم وصونا له عن الهدر
وروي فيما رواه وان احبوا فاد واو المغادات لاتكون الا عن تراض
ولان العقل ما تحمل العاقلة والعاقلة لا تحمل العمد الا عن تراض وعلى
هذا الخلاف الجرح العمد فيما يمكن قصاصه وانما يجب القود فيه اذا كان

اوجب

القاتل من اهل العقوبة بان يكون بالغا عاقلا مخاطبا مسلما كان او كافرا
ذكرا كان او انثى حرا كان او عبدا او المقتول معصوما الدم عصمه ابديه
ليس بينهما شبهة ملك ولا شبهة ولادة ص الا ان يموت او يعفو الاولياء
او يصالحه على مال برضاه فيجب في ماله او يسقط بشبهة فتجب
الدية في ماله في ثلاث سنين او يعفو بعضهم او يصالح فتجب
بقيتها على العاقلة ش يسقط القود بامور منها فوات محله بان مات
من عليه بافة سماوية لانه لا يتصور بقاء الشيء في غير محله واذا
سقط بالموت لا تجب الدية خلافا للشافعي في احد قوليه له
ان الواجب احدهما فان فات المحل انصرف الى الاخر تصحيحا لتصرفه
ولنا ان القود هو الواجب وكذا لو قتل من عليه القود بغير حق
بان قتله انسان بغير سبب لو حق بان ارتد او قتل انسانا فقتل به
سقط القود ولا تجب المال والقصاص الواجب في الطرف اذا فات ذلك
الطرف بافة سماوية او بغير حق يسقط ولا تجب الارش وان فات
بحق سقط القود لفوات محله ولكن تجب ارش اليد والفرق في موضعين
احدهما بين القتل والقطع بحق والثاني بين القطع بغير حق والقطع
بحق وهو انه اذا قطع طرفه بحق قضي به حقا واجبا عليه فجعل كالقائم
وجعل صاحبه ممسكا له تقديرا وتعذر استيفاء القود لعذر الخطا
فيجب الارش ولا يوجد هذا المعنى فيما اذا فات بغير حق لانه لم
يقض حقا واجبا عليه وفي القتل ان قضي حقا واجبا عليه لكن لا
يمكن ان تجعل ممسكا للنفس بعد موته تقديرا لانه لا يتصور
حقيقته بخلاف الطرف ومنها ان يعفو الاولياء عنه لان الحق

لهم وقد اسقطوه واذا سقط القود بالعفو انقلب ما لا عندنا خلافا
للشافعي في احد قوليه لان عندنا الواجب احدهما وقد عفي عن القود
فانصرف الى الاخر وعندنا الواجب القود عينا وقد اسقطه لا
الى بدل فيسقط مطلقا كالابراء عن الدين والولي اذا عفى عن
القاتل هل يبرأ فيما بينه وبين الله تعالى يبرأ عن القود ولا يبرأ
عن ظلمه وعدوانه كالمديون اذا هات الطالب وابرأه الورثة
لا يبرأ عن ظلمه المتقدم ومنها ان يصالح القاتل الاولياء على مال
يجب عليه المال ولا تحمله عاقلته لانه ملك العفو فيملك الصلح
سواء كان بدله قليلا او كثيرا من جنس الدية او خلافه حالا او
موجلا باجل معلوم او مجهول جهالة متفاوتة كالحصاد والدياس
بخلاف الصلح عن الدية على اكثر مما تجب فيه الدية للربا ومنها
ان يسقط القود بشبهة كما اذا قتل الاب ابنه عمدا يسقط
القود الى المال لحرمة الابوة ويجب عليه في ماله لانه عوض عن القود
لا على عاقلته كالقود ويجب الى ثلاث سنين وقال الشافعي
حالا وسيجيء ومنها ان يعفو عن بعضهم او يصالح على مال لان الحق
مشترك بين الورثة فلكل واحد العفو عن نصيبه والصلح عنه
كعين من الحقوق والقصاص لا يتجزأ فاذا سقط الجزء سقط الكل
وثبت نصيب غيره مالا لئلا يسقط الحق لا الى عوض ولم تجب على
القاتل لعدم التزامه فوجب بقية الدية على العاقلة لانها مال
وجب بغير قصد كالخطا ولا شيء للعافي منه لسقوط حقه بعفو بخلاف
ما اذا قتل واحدا اثنين وعفى احد الوليين فان للاخر ان يقتله

الصلح عن دم العمد في مرض الموت
من كل المال

لان الواجب قصاصا ن ص واعتبرنا الصلح في مرض الموت من كل المال
لا من ثلثه ش قال علماونا الثلاثة الصلح عن دم العمد في مرض موت
الجاني يعتبر من جميع المال وقال زفر من الثلث لانه تبرع ولنا
يقابله مال ولنا انه يقابله اعز الاشيا وهو النفس فلا يكون
تبرعا ويجوز ان يكون الصلح عن القطع عمدا على هذا الخلاف وان كان
الصلح عن الخطا ان كان بدل الصلح اكثر لا يجوز بلا خلاف او اقل جاز
ويستوي فيه الصحة والمرض وان كان الصلح في مرض موت
المجني عليه عن دم عمد او قطع عمد يعتبر من جميع المال او كان عن
الخطا فمن الثلث لان موجب العمد القود والقود ليس بمال
والحجر عن التصرف انما هو في ماله ص وجعلوا شبه العمد نوعا
ش قال علماونا شبه العمد نوع من انواع القتل كما بيناوقال
مالك لا اعرف في القتل شبه العمد اذ لا واسطة بين العمد والخطا
كما في الاطراف ولنا قوله عليه السلام الا ان قتيل خطا العمد
قتيل السوط والعصا ولان اتفاق الصحابة على تغليظ دية
شبه العمد دليل على انه نوع غير الخطا والعمد ويجوز ان يجتمع في
الشي الواحد الخطا والعمد من جهتين ولا منافاة سمي عمدا لانه تعمد
الضرب وسمي خطا لانه لم يقصد القتل حيث ضرب بالة ليست
موضوعة للقتل فكان عمدا في القصد وخطا في الالة وهذا الاسم
انما عرف بالشريعة ولا تعرفه اهل اللغة ص وهو ان يقصده
بما لا يفرق الاجزاء غالبا ش قال ابو حنيفه شبه
العمد ان يتعمده بكل الة لم توضع للقتل وقالا بكل الة لم تعمل لانها

اذا ضرب بخشب فيه حز لكن شبه عمد حيث لم يقصد القتل لانه ما ضرب بالة موضوعة للقتل فكانه العمد في القصد والخطا في الالة

تعمل

تعمل عمل السيف وزياده فوجب ان تلحق به وللامام ان هذه الالة غير
موضوعة للقتل فكانت كالسوط ولانها توثر في الباطن دون
الظاهر فلا تعدل ما يوثر فيهما ولانها الة لا يجوز بها الذكاة فلا يجب
بها القود كالسوط ولا يلزم الاحراق بالنار لان النار يقع بها الذكاة
لو جعلت على المذبح فقطعت الحلقوم والودجين ذكره القدوري
في شرحه وعليه الفتوى ولكن شمس الايمه وفخر الاسلام ذكرا فتوى
في اصوليهما في دلالة النص انها لا يقع بها فالقتل بالعصا الكبير
والحجر والخشب الكبير والالقا من الجبل والسطح وفي البير
ومواراة الضرب بالسوط الصغير والغريق من لا يحسن السباحة
او يحسن وهو مغموط لا يمكنه السباحة عند الامام شبه العمد
وعندهما عمد والحريق فمات فهو شبه عمد الا ان يعتاد فيقتل
سياسة وعندهما عمد ولو سقاه سما او اوجره اونا وله ثم اكرهه
على شربه فشرب او صاح على وجه الانسان فمات فلا قود واشترط
في المجتبى عندهما ان يقصد التاديب دون الاتلاف ص ويجب فيه
الاش ش لانه تعمد الضرب بغير حق وهو ممنوع فيتعلق به الماثم
قصد القتل ام لم يقصد ص والتكفير بعتق رقبة مومنة فان لم يجد
صام شهرين متتابعين والدية المغلظة على العاقلة ش اي
ويجب فيه التكفير لانه خطا من حيث الالة وعن الامام انه لا كفارة
فيه لان اثمه متناه فاشبه العمد وكفارته عتق رقبة مومنة
لقوله تعالى في كفارة الخطا فتحرير رقبة مومنة الاية وشبه
العمد في معنى الخطا فان لم يجد صام شهرين متتابعين بالنص المذكور

ولا تجزي فيها الاطعام لان النص لم يرد فيه بالاطعام بخلاف كفارة اليمين
وكفارة الظهار وكفارة الصوم وان اعتق رضيعا احد ابوين مسلم
اجزاه لان المامور به اعتاق رقبة مومنة وقد ثبت للرضيع حكم الايمان
باسلام احد ابويه وان اعتق عنها جنينا لم تجزه لان الجنين له
حكم بعض الرقبة ولا قود فيه لانه عليه السلام اوجب فيه الدية
لا القود ولان القود عقوبة متكاملة وشبه العمد خطا من وجه
وعمد من وجه ويجب فيه الدية المغلظة على العاقلة في ثلاث سنين
لان عمر رضي الله عنه قضى بوجوب الدية على العاقلة في ثلاث سنين
بحضرة الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكر عليه احد منهم ولان كل دية
تتعلق وجوبها بالقتل تجب على العاقلة في ثلاث سنين كدية الخطا
وكل دية وجبت بمعنى حادث فانها على القاتل كما زال وجب بالصلح
وحرم الميراث لقوله عليه السلام لا ميراث لقاتل ولانه تعمد الضرب
ولا يومن ان يكون تعمد القتل ص ويكون عمدا فيما دون النفس ش
ليس فيما دون النفس شبه عمد فلما جعل شبه عمد في النفس فهو
عمد فيما دونها لان الجناية فيما دونها لا تختص بالة دون الة لان
الحكم لا يختلف فيه باختلاف الالة بخلاف الجناية على النفس بالقتل
ص واذا رمى عرضا فاصاب ادميا او من يظنه حربيا فاذا هو مسلم
فقد اخطا فلا اثم وتجب الكفارة على العاقلة ش الخطا ان يقصد
مباحا فيصيب محظورا وهو نوعان احدهما في الفعل وهو ان يرمي
الى هدف او صيد او كافر فاصاب مسلما فهو خطا من حيث انه
اعدم القصد الى محل الاصابة بخلاف ما اذا قصد موضعا من جسده

فاصاب

فاصاب موضعا اخر لان القتل وجد بالقصد الى ضربه والثاني خطا
في القصد وهو ان يرمي شخصا يظنه صيدا او حربيا فاذا هو مسلم
فهو خطا باعتبار قصده وان قصد المحل الذي اصابه وموجبه في
الوجهين الدية على العاقلة في ثلاث سنين والكفارة وحرمان الارث
اما الدية فلقوله تعالى فدية مسلمة الى اهله واما كونها على العاقلة
في ثلاث سنين فلقضاء عمر رضي الله عنه ولان كل دية تجب على القاتل
ابتداء لا لمعنى تحدث تجب على العاقلة في ثلاث سنين واما الكفارة
فلان الرمي مباح وترك التثبت فيه محظور فصار جناية قاصرة
فصلحت سببا للعقوبة القاصرة وهي الكفارة وشرط وجوب الكفارة
كون القتيل معصوما مسلما سواء كان مسلما او ذميا او مستامنا
اسلم في دار الاسلام او في دار الحرب سواء هاجر الينا ام لم يهاجر ولو
التقاصف المسلمين وصف المشركين فقتل مسلم مسلما وقد
ظن انه مشرك فعليه الكفارة والدية لا القود لانه خطا في القصد
قالوا انما تجب الدية اذا كان الصفان مختلطين اما اذا كان في صف
المشركين فلا تجب الدية لانه هو الذي اهدر دمه حيث وقف
في صفهم وكثر سوادهم واما حرمان الميراث فلقوله عليه السلام
لا ميراث لقاتل ولانه لا يومن كونه قاصدا في الباطن واظهر الخطا
ولا اثم فيه اي اثم القتل العمد لقوله عليه السلام رفع عن امتي
الخطا والنسيان في الخطا ارتكاب محظور ولهذا وجبت فيه الدية ○
والكفارة تعمد ان يضرب يد رجل فاصاب عنقه فقتله فهو عمد ولو
اراد ان يضرب يد رجل فاصاب عنق غيره فهو خطا ص واذا انقلب

النايم على غيره فقتله اجري مجراه ش هذا القسم ملحق بالخطا في جميع
احكامه وهو ان ينقلب النايم على انسان فيقتله لانه لا يتصور منه
القصد حتى يتصور منه ترك القصد او ترك التحرز لكن تلف ما انقلب
عليه يتحقق منه فيجري هذا مجرى الخطا فيجب فيه الكفارة والدية
على عاقلته وحرمان الارث لتوهم ان يكون مميتا وما قصد منه الا
استعجال الارث كما في الخطا لتوهم ان يكون عالما والذي سقط من
سطح على انسان فقتله او كان في يده لبنة او خشبة فسقطت
من يده على انسان فقتلته او كان على دابة فاوطات انسانا فقتلته
جرى مجرى الخطا لكونه قتلا للمعصوم من غير قصد فيترتب عليه
احكام الخطا ولو سقط انسان على قاعد فقتله ان كان القاعد في طريق
العامة او في ملك نفسه فهو جبار مجرى الخطا ولو مات الساقط دون
القاعد ان كان القاعد في ملك نفسه او في موضع لا يكون قعوده فيه
جناية فعليه الدية تتحملها العاقلة لانه متعد في القعود فيضمن
المتولد منه ولا كفارة عليه لحصول القتل بالتسبيب وكذا الماشي
في الطريق حاملا حجرا او خشبة فسقط من يده على انسان فقتله
لوجود معنى الخطا فيه وحصوله على سبيل المباشرة ولو سقط عنه
ثوبه على انسان وهو لابسه فتعلق به فتلف لا ضمان عليه اذ في
لبس ما يلبس ضرورة والاحتراز عن سقوط المحمول ممكن ص واذا حفر
بيرا او وضع حجرا في غير ملكه فعطب به انسان وجبت ديته على
العاقلة لا غير ويضمن غير الادمي من ماله ش هذا هو القسم الخامس
وهو القتل بالتسبيب مثل حفر البير في قارعة الطريق لان المباشرة

باتصال

باتصال فعل من القاتل الى المقتول وفعله اتصل بالارض وهو متعد فيهما
فتجب الدية على عاقلته للحاجة الى الصيانة عن الاهدار ولا كفارة
عليه ص وتحرم الميراث بالكل لانه للتسبيب ش اي كل نوع من انواع
القتل الذي تقدم ذكره من عمد وشبهه عمد وخطا يوجب حرمان
الارث الا القتل بسبب فانه لا يوجب ذلك لقوله عليه السلام
لا ميراث لقاتل والسبب ليس بقاتل ولا متهم لانه لا يعلم ان مورثه
يقع في البير وهو متهم في الخطا لاحتمال انه قصد ذلك في الباطن
ولا كفارة فيه لان الكفارة لدفع ذنب اثم القتل لا ذنب التعدي
في الارض ولو ركب دابة فوطئت مورثه فقتله انما تجب الكفارة
وحرمان الارث لان التسبيب صار كالمباشرة وفي المسئلة
قيود وهي ان الحفر ان كان في ملكه فلا ضمان عليه وان كان في غير
ملكه ان كان في غير الطريق في المفازة فلا ضمان عليه ايضا لان الحفر
مباح فانعدم القتل حقيقة وتقديرا وان كان في طريق العامة
ان كان الحافر حرا وجبت الدية على العاقلة لان جنايات الحفر
وان كثرت تجب عليه لكل جناية ارشها وان كان عبدا فجنايته بالحفر
بمنزلة جنايته بيده فيخاطب المولى بالدفع او الفدا ولو امر عبده
بان يحفر في الطريق فحفر ان كان الحفر في فنايه فالضمان على عاقلة
المولى لانه يملك الحفر في هذا المكان فينتقل فعله الى الامر وان
كان في غير فنايه فالضمان في رقبة العبد تخاطب المولى بالدفع
او الفدا لان الامر بالحفر لا ينصرف الى غير فنايه فصار مبتدئا
بالحفر بنفسه سواء علم العبد انه من فنايه امر ام لا يعلم بخلاف

الاجير لان وجوب الضمان على الامر بمعنى الغرور ولا يتحقق الغرور من العبد
ومولاه فيستوي فيه العلم والجهل وقالوا فيمن حفر بئرا في سوق
العامة لمصلحتهم فوقع فيها انسان ومات ان كان الحفر باذن الامام
لا ضمن وان كان بغير اذنه ضمن وعن ابي يوسف انه لا ضمان مطلقا
لان الاذن لمصالح المسلمين ثابت دلالة والثابت دلالة كالثابت
نصا والظاهر ان التدبير في امر العامة الى الامام فكان الحفر
فيه بغير اذن الامام كالحفر في دار انسان بغير اذنه ص ونجعل
عمد الصبي والمجنون خطأ فنوجب الدية على عاقلتهما لا في مالهما
ونحرمهما الميراث ولا نوجب عليهما الكفارة ش قال علماؤنا
عمد الصبي والمجنون والمعتوه خطأ حتى تجب فيه الدية على العاقلة
له حكم العمد في غير القصاص حتى تجب الدية في مالهم لان العمد هو
القصد وهو ضد الخطأ فمن تحقق منه الخطأ يتحقق منه العمد ولهذا
يعذر والتعزير انما يكون على فعل يقع عمدا لا على الخطأ وينبني على
القصد حرمان العقوبة ووجوب الضمان في ماله وهم ليسوا من
اهل العقوبة لانها تبنى على الخطاب ولا خطاب في حقهم وهم من
اهل وجوب الضمان كما في غرامات الاموال بمنزلة المسترقة يتعلق
بها حكمان القطع وهو عقوبة والضمان وهم اهل له دونها ولنا
ما روي في كتب الفقه ان مجنونا سعى على رجل بسيف فضربه فرفع
ذلك الى علي رضي الله عنه فجعل عقله على عاقلته وقال عمده وخطؤه
سواء انما وجب خطأ البالغ العاقل على عاقلته بمعنى النظر والتخفيف

في صلح القصاص بالاجماع حتى لا
تجب في القصاص عليهم اما في حكم
الاخرة هل له حكم الخطأ ام
حكم العمد هو محل الخلاف فعندنا
له حكم الخطأ ح

على القاتل وهو لا ادعي الى التخفيف لانهم مظنة المرحمة فكانوا
اولى بالوجوب على العاقلة وعلى هذا يترتب حكم التكفير وحرمان
الارث عنده لتعلقهما بالقتل وقد تحقق منه ولنا ان حرمان الارث
عقوبة والكفارة فيها معنى العقوبة ايضا وهم ليسوا من اهلها
كالمحدود ص وينقض من حر لعبد ش قال علماؤنا يقتل الحر بالعبد
او بالامة خلافا للشافعي له قوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد
فهذا يقتضي لمقابلة الجنس بالجنس ومن صورة المقابلة ان لا يقتل
الحر بالعبد ولان القصاص يقتضي المساواة ولا مساواة بينهما اذ الحر
مالك والعبد مملوك والمالكية امارة القدرة والمملوكية امارة العجز
قال الله تعالى ضرب الله عبدا مملوكا لا يقدر على شيء فلا مساواة بينهما
ولان للحرية حياة والرق موت حكما الا ترى انه ينسب الى معتقه
بالولاء حتى انه يرثه لانه احياه ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرف
العبد بالاتفاق مع ان الطرف اهون واقل حرمة لكونه تبعا
للنفس فالان لا تجب في النفس وهي اعظم حرمة اولى بخلاف العكس
لانه تفاوت الى قصاص فلا يمتنع كما في المسلم والمستأمن ولنا
عموم قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس وقوله
تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وقوله عليه السلام العمد
قود ولا معارض بما تلى لان فيه مقابلة مقيدة وفيما تلوناه مقابلة
مطلقة فلا تحمل على المقيدة على ان مقابلة الحر بالحر لا تنفي مقابلة الحر
بالعبد لانه ليس فيه الا ذكر بعض ما شمله العموم على موافقة
حكمه وذلك لا يوجب تخصيص ما بقي الا ترى انه قابل الانثى بالانثى

والذكر بالذكر شرط لا يمنع ذلك مقابلة الذكر بالانثى وكذا لا يمنع مقابلة
العبد بالحر حتى يقتل به العبد بالاجماع فكذا بالعكس اذ لو منع ذلك
لمنع العكس ايضا وفي مقابلة الانثى بالانثى دليل على جريان القصاص
بين الحرة والامة وفائدة هذه المقابلة في الآية على ما قال
ابن عباس رضي الله عنهما انه كان بين بني اسرائيل وبين بني قريضة
مقاتلة وكانت بنو قريضة اقل منهم عددا وكان بنو النضير
اشرف عندهم فتواضعوا على ان العبد من بني النضير بمقابلة
الحر من بني قريضة والانثى منهم بمقابلة الذكر من بني قريضة فانزل
الله تعالى الآية ردا عليهم وبيانا ان الجنس يقتل بجنسه على خلاف
مواضعتهم من القبيلتين جميعا فكانت اللام لتعريف العهد لا للتعريف
الجنس ولان وجوبه يعتمد المساواة في الدم والرق لا يوثر في
الدم ص ومسلم بذمي ش في هذه المسئلة خلاف الشافعي ايضا لانها
معطوفة على ما فيه خلافه قال علماؤنا يقتل المسلم بالذمي
خلافا للشافعي له قوله عليه السلام لا يقتل مسلم بكافر ولا
ذو عهد في عهده ولانه لا مساواة بينهما وقت الجناية لقوله
تعالى لا يستوي اصحاب النار واصحاب الجنة ولنا ما روي انه
عليه السلام اقاد مسلما بذمي وقال انا احق من وفى بذمته
وفيه تنصيص على وجوب القود على المسلم بقتله ذميا وفي بعض
الروايات ان مسلما قتل ذميا فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم
بالقصاص وقال انا احق من وفى بذمته ولان دم الذمي
مضمون بالقصاص حتى اذا كان القاتل ذميا يجب وذا دليل التفا

المشتملة

الشبهة المبيحة فيستوي ان يكون القاتل مسلما او ذميا وعطف
بعض ما انتظمه لفظ العموم عليه بحكم مخصوص لا يدل على تخصيص
عموم اللفظ في المعطوف عليه قوله ولا ذو عهد في عهده كلام
يفتقر الى ما قبله ليتقيد بما فيد به الاول تحقيقا للعطف
والايصير كقولهم في عين الذباب حموظ وكلام الخليفة في غاية
وقوله لا يقتل مسلم بكافر غير مجرى على اطلاقه لانه اذا اسلم
يقتل واراد به الحربي يعني لا يقتل المسلم بمن لا يحل قتله من اهل
الحرب كالنساء والصبيان بدليل قوله ولا ذو عهد في عهده وانما
لا يقتل ذو العهد بالحربي ص ولا يقتلان بمستامن ش لا يقتل
المسلم ولا الذمي بالمستامن لعدم التساوي في حقن الدم
على التابيد ويقتل المستامن بالمستامن قياسا للمساواة ولا قتل
استحسانا لقيام المبيح وهو الكفر الباعث على الحراب ص ويقتل
الرجل بالمراة والكبير بالصغير والصحيح بالاعمى والزمن والمجنون
ش يقتل الذكر بالانثى والكبير بالصغير والصحيح بالاعمى وبالزمن
وبالمجنون وبناقص الاطراف لعمومات النصوص ووجود
التساوي في المقصود ونقصان الجوارح والمعاني لا يمنع التكافي
في النفس ص لا بعبده وعبد ولده ومكاتبه ومدبره وام ولده
ولا والد وان علا بولده وان سفل ش لا يقتل الرجل بعبده لقوله
عليه السلام لا يقاد والد بولده ولا سيد بعبده ولان القصاص
لو ثبت لثبت للمولى والمولى لا يجوز ان يثبت له قصاص على نفسه
ولا بعبد ولده لان الولد لا يجب له على ابيه قصاص ولا بمكاتبه

او لا مدبره او ام ولد لان ملكه باق فيهم فصار كالعبد ولا بعبد ملك
بعضه لان القصاص يسقط في نفسه فيسقط في باقيه كالدم اذا
كان بين شريكين فعفى احدهما ولا يقتل بالولد الابوان لما روينا
ويدخل في قوله وان علا الاجداد والجدات من قبل الرجال والنسا
لان النص الوارد في الاب يكون واردا فيهم دلالة فكانت الشبهة
للجميع في جميع صور القتل ولانهم كانوا سببا في وجوده فينزلون
منزلة الاب والام وقال وان سفل وكذا الولد لان اسم الولد
يصدق عليه كما قال الشاعر بنونا بنو ابنائنا
ص ولم يقتصوا منه لوذبحه ش قال علماؤنا الوالد اذا ذبح ولده
لا يقتص منه وقال مالك اذا ذبحه او شق جوفه او وضع القتل
على وجه لا يبقى فيه الشبهة يقتل به لانتفاء الشبهة بخلاف
ما لو قتله بالسيف فان الشبهة في عدم العمدية بالسيف
قائمة وهو انه يقصد بتحريك السيف عليه تاديبه طلبا للازدجار
فيصيبه السيف ولنا ان شرط الوجوب وهو المحلية لم يوجد
لان الاب ليس بمحل لحال القتل في حق الولد لقوله عليه السلام انت
لابيك والد بولده ولانه سبب في احيائه فلا يجوز ان يكون سببا
في فنائه ص ونوجبها في ماله في ثلاث سنين لا في الحال ش اذ الم
يكن على الاصل العود وجبت الدية في ماله لان العاقلة لا تعقل
عمدا ويجب عندنا علينا موجلة وقال الشافعي حالة لان الواجب
بدل النفس فيجب ان يكون حالا كالقصاص والتاجيل في الخاطي
للتخفيف وهذا عامد ولنا انه واجب بنفس القتل كما في شبه

العمد

العمد والقياس يابى لتقوم الادمي لعدم المماثلة بين النفس والمال
لكن ورد الشرع به موجلا فلا يعدل عنه ص ومن ورث قصاصا
على ابيه سقط ش من ورث قصاصا على ابيه سقط لحرمة الابوة
مثل ان قتل امرأة ابنه او زوجة ابنه او امرأته ثم ماتت المرأة
وتركت ابنا لها من القاتل ودم المقتول يورث كسائر امواله
يدخل فيه الزوج والزوجة وسائر ورثته على فرائض الله تعالى
ص ويقتص من العبد اذا قتل عبدا ش عبدا او مدبرا او قاتله قتل
عمدا لزمه القصاص لانه مبقى على اصل الحرية في حق الدم وقال
زفر لا يصح اقراره كاقراره بقتل الخطا ولنا ان اقراره بالحد والقصاص
غير متهم فيه لانه اقر بالعقوبة على نفسه بخلاف الاقرار بما يوجب
المال فانه متهم فيه لتضمنه اتلاف حق المولى وينتقض قوله
بما اذا ارتد العبد فانه يقتل مع وجود المعنى الذي ذكر ولو اقر
به خطأ لا يلزمه شيء ولا مولاه ص ومن جرح عبدا فمات المجروح
منها اقتص منه ش اذا جرح رجل رجلا عمدا فصار ذا فراش حتى مات
فعليه القصاص لانه لم يتخلل برء ولا عارض فيضاف الحكم الى
الظاهر ومن رمى انسانا بسهم عمدا فخلص منه السهم الى آخر فماتا
فعليه القصاص للاول والدية للثاني على عاقلته لان قتل
الاول عمد وقتل الثاني احد نوعي الخطا والفعل متعدد بتعدد
الاثر ص ونستوفيه بالسيف لانه بما قتل به ش قال علماؤنا
لا يستوفي القصاص الا بالسلاح وقال الشافعي يستوفى بما
قتل به ان كان مشروعا والا قتل بالسيف وجه قوله القتل باعتبار المماثلة

وقال العلامة الشيخ على الدين السغدي رحمه الله تعالى

المراد بالسيف السلاح

ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف والمراد السلاح هكذا فهمت الصحابة رضي الله عنهم حتى قال علي العمد السلاح وقال اصحاب بن مسعود لا قود الا بالسيف وانما كني بالسيف عن السلاح لانه المعد للقتال على الخصوص من بين الاسلحة فانه لا يراد به شيء سوى القتال وهو معنى قوله عليه السلام بعثت بالسيف بين يدي الساعة

ص واذا قتل مكاتب عن وفاء وله مولى استوفاه ومنعه **ش** اذا قتل مكاتب عمدا ولا وارث له سوى المولى ان ترك وفاء فللمولى القود خلافا لمحمد له ان المستحق وان تعين وهو المولى لكن جهة استحقاقه مختلف فيها بعلى قول البعض الارث وعلى قول الاخرين الولاء فاختلاف الجهة كاختلاف المستحق ولابي حنيفة وابي يوسف انه اذا تعين المستحق فلا يعتد باختلاف جهة الاستحقاق لان في الحالين يتمكن من الاستيفاء **ص** او ورثه فلا قصاص وان اجتمعوا معه **ش** وان كان له وفاء ووارث غير المولى فلا قصاص في قولهم وان اجتمعوا مع المولى لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في موته حرا او عبدا فاشتبه المستوفي وجب قيمته وان لم يكن له وفاء فالقصاص للمولى لانه مات عبدا **ص** او اعتقه مولاه بين القطع والسراية وهو الوارث حكم بالارش وهما بالقصاص **ش** رجل قطع يد عبد عمدا فاعتقه مولاه ثم سري الى النفس فمات العبد من القطع فان كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه بلا خلاف لاشتباه الولي وان كان لا وارث له غير المولى قال محمد له ارش يده وما نقصه القطع الى ان اعتقه حتى اذا كانت قيمته وقت القطع مائة وعاش

بالقطع

بالقطع الى خمسين ثم صارت لتواثر الضعف والا لم عند العتق ثلاثين تجب على القاطع سبعون وما بقي من القيمة يسقط بالاعتاق لانه حصل على ملك المولى وبطل الفضل لمحمد انه اشتبه سبب الحق فالحق باشتباه الولي وقال ابو حنيفة وابو يوسف يقتص منه لان المستحق معلوم وهو الولي وجهالة السبب لا تمنع لانها لا تفضي الى المنازعة وهذه المسئلة والاختلاف فيها نظير سابقتها فان عند محمد لا تجب القصاص للتردد في سبب الاستيفاء وعندهما تجب لان المستوفي وهو المولى واحد معلوم بخلاف ما اذا كان له وارث اخر غير المولى للتردد في المستوفي ○

ص او عبد مرهون لم يستوف حتى تجتمع الراهن والمرتهن **ش** اذا قتل العبد المرهون عمدا قال القدوري لم يقتص منه حتى تجتمع الراهن والمرتهن لان المرتهن لا يليه لعدم الملك وكذا الراهن لا يليه لما فيه من ابطال حق المرتهن في الدين لانه لو قتل القاتل لبطل حق المرتهن في الدين لهلاك الرهن بلا بدل وليس للراهن ان يتصرف تصرفا يودي الى ابطال حق الغير وذكر في العيون وشرح الجامع الصغير لفخر الاسلام انه ليس لهما القصاص وان اجتمعا لان استيفاء القصاص لا بد له من ولي والولي غير معلوم لان ملك الرقبة للراهن وملك اليد للمرتهن فاشتبه الولي فيمتنع استيفاء القصاص قال في الايضاح وهو الاقرب الى الفقه وان اختلفا على القصاص لا يقتص من القاتل رعاية لحقهما وعلى القاتل قيمة المقتول في ماله في ثلاث سنين وكانت

القيمة رهنا مكانه وان قتل العبد المبيع قبل القبض قال ابو
حنيفه يثبت القصاص للمشتري ان اجاز البيع لانه الملك وان
نقض فللبايع لان البيع ارتفع فظهر انه الملك وقال ابو يوسف
هو كذلك ان اجاز البيع لما بيّنا وان فسخ فلا قصاص للبايع لعدم ملكه
عند الجناية فلم ينعقد موجبا له ووجب له القيمة وقال محمد
تجب القيمة في الوجهين لاشتباه المستحق ص ولكبار الورثة الاستيفا
وقالا حتى يبلغ الصغار ش قال ابو حنيفه من قتل عمدا وله
ورثة صغار وكبار فللكبار ان يقتلوه قبل ان يدرك الصغار
وقالا ليس لهم ان يقتلوه حتى يدرك الصغار ولان القصاص حق
مشترك بين الصغار والكبار فلا تجوز للكبار ان يستوفوا
حق غيرهم وللامام ان قاتل علي وهو ابن ملجم قتله الحسن وفي
ورثة علي صغار منهم العباس بن علي وكان عمره اربع سنين بحضرة
الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكروا عليه ولان ولاية القصاص لا تتجزا
فتكامل فيثبت لكل واحد منهم كما في ولاية النكاح وان كان الوارث
واحدا وهو صغير قيل ينتظر بلوغه وقيل يستوفيه الامام او نايبه
فان كانوا جماعة كبارا فلكل منهم ان يستوفيه حتى لو قتله احدهم
صار القصاص مستوفى الا ان حضور الكل شرط جواز الاستيفا وليس
للبعض استيفا مع غيبة البعض لاحتمال العفو من الغايب ولو كان
الكل صغارا فولاية الاستيفا الى الامام او نايبه وقيل ينتظر بلوغهم
او بلوغ احدهم ص ولو قام احد وليين بينة بالقتل والاخر غايب
حبس القاتل حتى تحضر ويعيدها والاعادة شرط وقالا لا حضوره ش

قال

قال ابو حنيفه اذا قتل رجل عمدا وله وليان احدهما غايب فاقام الحاضر
بينة على القاتل وقضي به حبس القاتل حتى يحضر الغايب فاذا حضر
امر ان يعيد البينه وقالا لا يومر كما في الخطا وللامام ان القصاص
تجب للورثه ابتدا فاثبت الحاضر حق نفسه لا حق غيره بخلاف
الخطا فان المال يجب حقا للميت من حيث انه ينتفع به والورثه
خلف عنه فينتصب احدهم خصما عن الميت ص ويقتل جمع بواحد
ش اذا قتل واحد جماعة عمدا فعلى كل واحد منهم القصاص والقياس
ان لا يقتلوا لعدم المساواة ولكن تركناه باجماع الصحابة رضي الله عنهم
وروي ان شعبة من صنعا قتلوا واحدا فقتلهم عمر رضي الله عنه
وقال لو تمالا عليه اهل صنعا لقتلتهم ولان القتل يطريق التغالب
غالبا والقصاص شرع لحكمة الزجر فيجعل كل واحد منهم كالمنفرد
به فيجري القصاص تحقيقا لمعنى الاحيا ولولا ذلك لازم سد باب
القصاص وفتح باب التقاتل اذ لا يوجب من واحد غالبا لانه يقاومه
الواحد فلا يقدر عليه ولم يحصل الانا ذرا اذ الزاجر سيرع فيما يغلب
لا فيما يندر ولان زهوق الروح لا يتجزا واشتراك الجماعة فيما لا يتجزا
يوجب التكامل في حق كل واحد منهم فيضاف القتل الى كل واحد منهم
كملا كانه ليس معه غيره وكولاية الانكاح في باب النكاح ص وواحد
جمع ونكتفي به ش قال علماونا اذا قتل واحد جماعة قتل بالجميع قصاصا ولا
يلزم شي من المال كما في القلب اذ الحقيقة لا تختلف وقال
الشافعي يقتل لواحد منهم وتجب للباقين الديات وان اجتمعوا قتل
لواحد وقسمت الديات بينهم كما في الاطراف وهذا مبني على ان موجب

الواحد

العمد عندنا القود عينا وقد فات فتعذر الاستيفاء وعنده موجب العمد
القصاص او المال ففوات احدهما لا يبطل الاخر ص ولا لقص من شريك
الاب والصبي والمجنون كالخاطي ش قال علماونا اذا اشترك في القتل
اثنان احدهما من يجب عليه القصاص اذا انفرد الاخر كالصبي مع البالغ
والمجنون مع العاقل والخاطي مع العامد والاب او المولي مع الاجنبي فلا
قصاص عليه وقال الشافعي علي من يجب عليه القصاص اذا انفرد القصاص
الا في العامد مع الخاطي لانه قتل ادميا معصوما علي احمة التعمد فيجب
القصاص ولنا ان فعل كل منهما ليس بقتل علي الكمال اذ القتل بفعلهما
جميعا لا بكل منهما فلا يجب عليه القصاص كالخاطي ثم ما يجب علي
الصبي والمجنون والخاطي تحمله العاقلة وما يجب علي البالغ والعاقل
والعامد في ماله لان القتل عمد وسقط القصاص للشبهة والعاقلة
لا تعقل العمد وفي الاب والاجنبي الدية في مالهما لان القتل عمد
وفي المولي مع الاجنبي علي الاجنبي نصف قيمة العبد في ماله وعلي هذا
الخلاف اذا جرح نفسه وجرحه اجنبي فمات لا قصاص علي الاجنبي
وعليه نصف الدية لانه مات بجرحين احدهما هدر والاخر معتبر
ص ولو قطعا يده فمنعه من القصاص وجب عليهما نصف الدية
ش قال علماونا كل جناية فيما دون النفس اذا جناها اثنان
او اكثر علي واحد كقطع اليد وما اشبه ذلك لا يجب فيها القصاص
ويجب عليهما ارش واحد بينهم بالسوية وقال الشافعي يجب القصاص
بوجد العدد بالفرد كما توجد الانفس بالنفس الواحدة ولنا ان شرط
وجوب القصاص المماثلة ولم يوجد لان كل واحد قطع بعض اليد فلا يجاري

مبلغ مقابلة

بقطع

بقطع كل اليد بخلاف القتل فانه لا يتبعض والقطع يتبعض ليجزي محله
وهو اليد ص ولو قطع يمني اثنين قطعا يمينه واقتسما نصف الدية
ولم يوجب الدية للثاني والقطع للاول ش قال علماونا اذا قطع واحد
يميني اثنين معا او متعاقبا فحضرا قطعت يمينه لهما وغرم لهما
نصف الدية وقال الشافعي في التعاقب يقطع للاول ويغرم
للثاني المال لان اليد استحقها الاول فلا يثبت الاستحقاق فيها
للثاني وفي القران يقرع بينهما لان اليد الواحدة لا تفي بالحقين فرجح
بالقرعة ولنا ان حق كل واحد منهما ثابت في جميع اليد لتقرر
سببه وشغله بحق الاول لما يمنع تقرر السبب في حق الثاني
لا يمنع الاستيفاء الا تري ان ملك المولي في العبد لا يمنع القصاص
بخلاف الرهن بعد الرهن فان السبب هناك حكمي واشتغال المحل
بحق الاول يمنع ثبوت السبب في حق الثاني حكما والمساواة في
السبب توجب المساواة في الاستحقاق كالغريمين في التركة
والشفيعين الا انه اذا قطعت بهما صار كل واحد مستوفيا نصف
حقه فقد قضي بنصف طرفه حق كل واحد منهما فيضمن للاخر كما
لو قطعت بالسرقة وبه تبين ان ما يجب به نصف الارش غير ما يجب
به القصاص فلا يكون جمعا بين الارش والقصاص بفعل واحد
ص وان اقتص احدهما وحضر الاخر اخذ المال ش اذا حضر احدهما
قطع له وللاخر ارشه لان حق الحاضر ثابت في كل اليد فلا يمنع من
استيفاء الحق الغايب الموهوم عليه واذا استوفي احدهما كان للاخر
الدية لان حقه لا يسقط الا بعوض ولو قطع من زيد يمينه ومن عمرو

بساره قطعت يمينه لصاحب اليمين ويساره لصاحب اليسار لامكان
المماثلة ص ولو قضي بهما فعفي احدهما قبل الاستيفا اوجب للعافي نصف
الدية وللاخر كلها وقالا له القصاص ش قال محمد اذا قطع رجل
يميني رجلين فقضي القاضي لقطع يمينه قصاصا وبارش يد يقتسمانها
بينهما ثم عفي احدهما فللاخر عليه ارش اليد دون قصاصها وقال
ابو حنيفه وابو يوسف للاخر ان يقتص لمحمد ان القاضي قضي لكل منهما
بنصف الديه ومن ضرورته بطلان حق كل واحد في نصف القصاص
ولهما ان الامضا من القضا في العقوبات فصار كالعفو قبل القضا
ولان القضا مما كان على ما كان فينزل منزلة الفتوى كما لو مات
وترك ابنا وبنتا يقضي بالميراث بينهما اثلاثا ما كان كالفتوى
ص ولا يجري القصاص في الاطراف بين العبيد ولا بين الرجل
والمراة ش قال علماونا لا يجري قصاص في الاطراف بين العبيد
لانهم ان تفاوتت قيمتهم فظاهر وان تساوت فذلك مبني على
الحزر والظن فلا يثبت به القصاص ولا بين الاحرار والعبيد
سوا قطع الحر يد العبد او بالعكس ولا بين الرجل والمراة وقال
الشافعي يجري بين العبيد وبين الاحرار والعبيد ان كان القاطع
العبد لا في العكس وبين الرجال والنسا ان كان القاطع للمراة لا
في العكس والخلاف بنا على ان التساوي في الارش شرط جريان
القصاص فيما دون النفس عندنا وعنده ليس بشرط
له الاعتبار بالانفس ولنا ان القصاص مبناه على المساواة ن
وارش الاطراف مختلفة ونص محمد على جريان القصاص بين الرجل

والمراة

والمراة في الشجاج التي يجري فيها القصاص لما فيها من الحاق الشين وهما
مستويان فيه وليس فيه تفويت منفعة بخلاف الاطراف ص
ويجري بين المسلم والذمي ش اي ويجري علماونا القصاص في
الاطراف بين المسلم والذمي لتساويهما في الدية خلافا للشافعي ه
وهذا بنا على ان الاطراف عند علمائنا يلحقه بالنفوس فكما يجري
القصاص بينهما في النفوس كذلك تجري في الاطراف وعنده كما لا
يجري القصاص بينهما في النفس لا يجري في الاطراف اعتبارا للجزء
بالكل ص ومن قطع يد غيره من المفصل قطعت يده ش فاذا قطع
يد غيره قطعت يده ولا معتبر لصغر اليد وكبرها فان المنفعة
الفايتة بالقطع وهي البطش لا تفاوت وعلى هذا الرجل ومالا
دون الانف والاذن وكل عضو ابان جارحة من مفصل ففيه القصاص
والمفصل مفصل الزند او المرفق او الكتف او الكعب او الركبة او
الورك وكذا كل شجة يتحقق فيها المماثلة لقوله تعالى والجروح
قصاص وقوله تعالى والسن بالسن والقصاص ينبني عن المماثلة
فكل ما امكن رعاية المماثلة فيه تجب فيه القصاص وما لا فلا وقد
امكن ذلك فيما ذكر ص او من نصف الساعد او حوحه حائفه فبرا
منها فلا قصاص ش ومن قطع يد غيره من نصف الساعد او جوحه
جائفه فبرى تصل الى البطن من الظهر او الصدر او البطن ه
فبرا منها فلا قصاص لتعذر المماثلة في الاولى وكذا لا قصاص في
العضد والساق والفخذ والالية ولحم الفخذين والظهر والبطن
وجلد الراس وجلد اليدين لتعذر ولندور البرء في الثانية

المماثلة ه

فيفضي القصاص الى الهلاك وهل يحبس حتى يبرا ان كان جرحا يوجب
القصاص اذا برئ تحبس والا يستوثق ص ولو كانت يد القاطع
شلا او ناقصة الاصابع قطعها ان شاء والا اخذ الارش كاملا ش
اذا كانت يد الجاني عليه صحيحة وجارحة الجاني ناقصة او معيبة
فالمجني عليه ان شاء اقتص ولا شيء له غيره وان شاء اخذ الارش كاملا
لان عين حقه ناقص فخير بينه وبين القيمة كمن غصب مثليا فانقطع
عن ايدي الناس ولم يوجد الا ناقصا ان شاء استوفى الناقص ولا شيء له
غيره وان شاء اخذ قيمة الجيد وقال الشافعي له ان يقتص ويضمن
النقصان لانه قدر على استيفاء البعض دون البعض فيستوفي منه
ما قدر عليه ويضمن ما تعذر استيفاؤه قلنا الغاية كالوصف
فلا يضمن بانفراده فصار كما اذا جوز بالردي مكان الجيد ولو
ذهبت الحاجة المعينة قبل ان يختار المجني عليه ان ذهبت بحق
فعليه الارش وان ذهبت بغير حق بطل حق المجني عليه لان حقه
عندنا كان في القصاص عينا وقد فات محله فيسقط لفوات
محله ضرورة وقال الشافعي تجب الارش في الوجهين لان
الموجب عنده احدهما غير عين واذا تعذر استيفاء القصاص تعين
الارش لان كلا منهما ضمان اصلي عنده وهذا اذا كان المعيب
ينتفع به اما اذا كان لم ينتفع به فلا يكون محلا للقصاص فله
الارش كاملا من غير خيار وعليه الفتوى ص ويقتص في المارن
والاذن والسن والشجة التي يمكن المماثلة فيها ش ولو قطع عمدا مارن
الانف وهو ما لان منه فعليه القصاص لان المماثلة ممكنة او قطع

فتوى

قصبته

نصبته فلا قصاص لانها عظم ولا قصاص في العظم سوى السن
ولو قطع الاذن كلها ففيها القصاص لامكان المماثلة لانها لا تنقبض
ولا تنبسط وان قطع بعضها وللقطع حد يعرف امكنة المماثلة
فيجب القصاص وان لم يكن تعرف سقط القصاص ولو نزع
السن او كسر بعضها ففيه القصاص لامكان المماثلة التنية
بالتنية والناب بالناب والضرس بالضرس والاعلى بالاعلى والاسفل
بالاسفل ولا معتبر بكبر السن وصغرها لان منفعة السن
وهي القطع في الثنايا والطحن في الاضراس لا تختلف وكل شجة
يمكن فيها المماثلة في القدر وفي مثل موضع الشجة ففيها القصاص
لقوله تعالى والجروح قصاص بخلاف ما اذا لم يمكن المماثلة ص
وان كان راس الشاج اكبر فان شاء المشجوج اخذ لقدر شجته والا
اخذ ارشها ش شج موضحة فاخذت ما بين قرني الشاج فخير المشجوج
ان شاء اخذ الارش وان شاء اقتص يبدا من اي الجانبين شاء
حتى يبلغ مقدارها في طولها لان الاصل في الشجاج اعتبار المساواة
في المشاجة والشين لان البدل يختلف بحسب اختلافه فان
شجه شجة تاخذ بين قرنيه كان الكثر في المشاجة والا لم وان
شجه مثل الاولى في المشاجة كان في الشين اقل فيخير بخلاف اليد
فان للمعتبر فيها منفعة البطش فلعل الصغيرة اقوى في البطش
الا ترى ان الارش لا يختلف وكذا الشين فان لم تاخذ ما بين
قرني المشوج وهي تاخذ ما بين قرني الشاج وتفصل بخير ايضا
لان للمشاجة لو اعتبرت كان ازيد في الشين وان شجه الى مثل

ذلك الموضع من راسه كان دون حقه في الطول وان كانت اخذت
من المشجوج ما بين جبهته الى قفاه ولا تاخذ من راس الشاج الا نصف
ذلك فان شا اخذ الارش وان شا اقتص له مقدار شجته الى حيث
يبلغ ويبدا من اي الجانبين احب لان المعنى لا يختلف ص ولا قصاص
في اللسان والذكر الا ان يقطع الحشفة ش لا قصاص في اللسان ولا
في الذكر لان المماثلة تتعذر باعتبار الطيفها وانبساطهما
وعن ابي يوسف ان القصاص يجب باستيفائهما لامكان المماثلة
وفي الحشفة القصاص لان لها مفصلا معلوما كسائر المفاصل
بخلاف بعض الحشفة وبعض الذكر لان البعض لا يعرف مقداره
بخلاف الاذن اذا قطع بعضه او كله لانه لا ينقبض ولا ينبسط
وله حد يعرف فيمكن المماثلة وفي الانثيين وثدي المراة ينبغي
ان لا يجب فيه القصاص لانه ليس له مفصل معلوم فلا يمكن المماثلة
وحلمة ثدي المراة ينبغي ان يكون كالحشفة ص ولو ضرب عينه
فقلعها فلا قصاص فان ذهب ضوءها وهي قايمة جعل على عينه
قطن رطب وقويل بمراة محماة ش لا قصاص في العين اذا انخسفت
او قلعت الحدقة لان المماثلة لا تتاتى في المحل والشين فهو بمنزلة
كسر العظم الا ان يذهب ضوءها وهي قايمة فحينيذ يمكن القصاص
بان يوضع على عينه قطن رطب ويقابل عينه بالمراة المحماة حتى
يذهب ضوءها لان عليا رضي الله عنه حكم بذلك في زمن عثمان
بحضرة جماعة من الصحابة رضي الله عنهم من غير خلاف ولانه لا يمكن
المماثلة الا بهذا الطريق **فصل** ص ولو قتل عبد اثنين

فربهما

قربهما او مولاه وله ابنان فعفى احدهما وجب لاخر شي وخير الغايب في دفع
نصف نصيبه او فدايه بربع الدية ش اذا قتل العبد مولاه ان كان
عمدا فعليه القصاص وان كان خطا فجنايته هدر لان المولى لا يستوجب
على عبده دينا ولو كان العبد بين مولين فقتل قريبا لهما عمدا
او قتل مولاه وله ابنان فعفى احدهما حتى سقط القصاص بطلت
الجناية وهو عبد بينهما ولا شي للذي لم يعف عند ابي حنيفه
ومحمد وقال ابو يوسف يدفع الغايب نصف نصيبه وهو ربع
العبد الى الاحر او يفديه بربع الديه لان القود وجب لهما في
الكل على سبيل الشركة واذا انقلب مالا بالعفو بطل مالا في
ملكه وبقي مالا في ملك صاحبه وهو الربع ولهما ان القصاص لما
سقط بالعفو والقلب مالا صار بمعنى الخطا وفي الخطا لا يجب على
عبده شي وقول محمد مضطرب قيل انه مع الامام وقيل انه
مع ابي يوسف والمحققون قالوا ما نقل عن ابي يوسف هو الاصح
في الفصل الاول وما نقل عن ابي حنيفه ومحمد هو الاصح الاخر في الفصل الثاني
ص او احد مستحقي دم ولم يعلم الاخر فقتله اوجبنا ديته في
ماله لا القصاص ش قال علماونا الثلاثه اذا كان دم بين اثنين
فعفى احدهما عن نصيبه ولم يعلم الاخر بالعفو او علم به ولم يعلم
بالجهة فقتله على وجه القصاص عليه الدية في ماله وقال
زفر عليه القصاص لانه قتل عمدا في محل معصوم **ولنا** انه
استوفاه وعنده انه حقه فاورث الشبهة والعاقلة لا تعقل
العمد ولو علم بالعفو فالحرمة وقتله لحكمه القصاص بالاجماع

لان المانع من الوجوب الشبهة وانما انتفت عن الظن ولم توجد
في قول المانع وله على المقتول نصف الدية لانه قد كان القلب نصيبه
ما لا يعفو صاحبه فبقي ذلك على المقتول وهذا اذا كان القصاص
الواحد مشتركا بين اثنين اما اذا اوجب لكل واحد قصاص كامل
بان قتل واحد رجلين فعفي ولي احدهما لا يسقط القصاص الاخر
لان عفو احدهما عن حقه وهو القصاص لا يوثر في حق صاحبه
ص وان جرح عبد فعداه مولاه ثم مات يحكم عليه بالدية
وخيراه ثانيا ش عبد جرح انسانا خطا فخوصم فيه المولى فاعطى
الارش ثم صار ذلك قتلا بالسراية فالقياس ان يكون اختيارا
للفدا وتلزمه الدية وهو قول ابي يوسف لانه لما اختار الفدا
فقد اختار موجب الجناية والسراية اثرها فلم تتبدل الجناية
بها لان السراية اثر القتل لا اثر الجرح لان الجرح لا يسري
وهو قد اختار الفدا عن موجب الجرح لا عن موجب القتل وعندهما
تخير اما ان يدفعه ويسترد ارش الموضحة واما ان يودي الدية
لانه اختار ارش الموضحة على دفع العبد ولا يلزم منه ان يكون مختارا
للفدا الذي هو الدية على دفع العبد فيتخير بين الدفع والفدا
بالدية ص ولو اعتقه في مرضه فقتله خطا وسعى في قيمته ن
فعليه السعاية ثانية للورثة وقالا الدية على عاقلته ش رجل
اعتق عبده البالغ في مرض موته ثم قتله العبد خطا لزم العبد
قيمته اذ الاعتاق في مرض الموت وصية ولا وصية للقاتل ووجب
بعض العتق والعتق لا يتبعض فينتقض بمعنى برد قيمته

ش

ثم تجب عليه قيمة اخرى لولي القتيل اي الاقل من قيمته ومن الدية
وقال ابو يوسف ومحمد تجب عليه الدية بنا على ان المستسعى
عنده كالمكاتب وحكم المكاتب وجوب الاقل من قيمته ومن الدية
وعندهما كالحر المديون فتجب الدية على عاقلته وعاقلة
مولاه فعند الامام تجب قيمته نقضا للعتق الذي هو وصية
وقيمة اخرى بالقتل وعندهما تجب قيمة نقضا للعتق ودية
كاملة على عاقلته ص وان ترك مدبرا فقتل خطا وهو يسعى للوارث
فعليه قيمته لوليه وقالا الدية على عاقلته ش قال ابو حنيفه
اذا مات الرجل وترك مدبرا لا مال له غيره فقتل المدبر انسانا
خطا يلزمه ان يسعى في قيمته اي الاقل من قيمته ومن الدية
لولي القتيل وعندهما تلزمه الدية على عاقلته بنا على انه
كالمكاتب عنده وعندهما حر مديون ص وان اعتقه بين الرمي
والوصول فعلى الرامي قيمته وقالا افضل ما بين قيمته مرميا
وغير مرمي ش رجل رمى سهما الى عبد غيره فاعتقه مولاه بعد
الرمي قبل وصول السهم اليه ثم اصابه السهم فمات قال
ابو حنيفه على الرامي قيمة العبد لمولاه وقال محمد لا يجب تمام
قيمته بل عليه فضل ما بين قيمته مرميا وغير مرمي حتى لو
كانت قيمته الفا وبالرمي قبل الوصول صارت ثمان مايه
لزمه مايتان لان ابتدا الفعل اوجب نقصانا في العبد والعتق يمنع
سراية الجناية وللامام ان ابتدا الفعل انعقد على ملكه فيلزمه
قيمته للمولى وقبل الاصابه لا يجب شي بل بقل الرغبات فيه

بخلاف القطع والجرح فانه يوجب الضمان للمولى لانه اتلاف حقيقة
فلو كانت السراية مضمونة وجب للعبد قيمة النهاية مخالفة
للبداية وذكر الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف
مع محمد وذكره فخر الاسلام قبيه مع الامام ص ولو ارتد ما بينهما فعليه
ديته وهدر اه ش قال ابو حنيفة اذا رمى رجل مسلما فارتد الرمي
اليه بعد الرمي قبل الوصول اليه ثم اصابه السهم فعلى العاقلة له
الدية وقالا لا شيء عليه لظهور الاثر في محل غير معصوم واتلاف
غير المعصوم هدر وهذا لانه بالردة استوجب تقويم نفسه فيكون
مبرئيا للرامي عن موجبه فصار كما اذا برأه في هذه الحالة وهذا لان
اخراج نفسه عن التقويم كالابراء الا ترى ان المغصوب منه
اذا اعتق العبد المغصوب برئ الغاصب عن الضمان وللامام
ان الضمان يجب بفعله وهو الرمي لانه هو الذي يدخل تحت قدرته
دون الاصابة ولا فعل له بعده اصلا فيصير قاتلا بالرمي والمرمي
اليه متقوم في تلك الحالة الا ترى انه لو رمى لي صيدا وهو مسلم
ثم ارتد والعياذ بالله تعالى فاصابه السهم وهو مرتد فجرح
الصيد ومات حل اكله وكذا لو كفر بعد الرمي قبل الاصابة جاز
تكفيره فدل ذلك على ان المعتبر حالة الرمي فكان القياس ان يجب
القصاص لما ذكرنا الا ان باعتبار حالة القتل اورث شبهة
بردته فسقط القصاص فتجب الدية فابو حنيفة يعتبر حالة
الرمي لان الرمي فعل الرامي ولا فعل له بعده فوجب اعتبار حاله
في حق الحل والضمان عند ذلك وهما يعتبران حالة الاصابة لانها

حالة

حالة التلف الموجب للعقوبة وفي حالة التلف استوطن عصمة نفسه
بالردة فكانه ابرأ الرامي فصار كما اذا ابراه بعد الجرح قبل الموت
ص وان اسلم ما بينهما فلا شيء عليه ش ولو كان المرمي اليه مرتدا
فاسلم بعد الرمي قبل الوصول اليه فلا شيء على الرامي في قولهم
جميعا لان الحل حين الرمي غير متقوم فلا ينعقد الرمي موجبا
للضمان فلا ينقلب موجبا له بصيرورته متقوما بعد ذلك وهذا
كله ليشهد لابي حنيفة رحمة الله عليه ص ولو ارتد بعد ان
قطعت يده عمدا ثم اسلم ثم مات اوجب ارشها وهما ديته ش
قال محمد اذا قطع رجل يد مسلم عمدا ثم ارتد المقطوع يده
والعياذ بالله تعالى ثم اسلم ومات تجب ارش اليد لا غير وقال
ابو حنيفة وابو يوسف فيه كل الدية على عاقلة القاطع لمحمد
انه لما ارتد انقطع حكم السراية وبعد ما اسلم ما وجد فعل
من الجاني ولهما ان المحل معصوم حالة القطع وحال فوات الحياة
والمعتبر في الضمان هاتان الحالتان ص ولو شهد واقتص عمد
ثم رجعوا مع الولي لم يقتص منهم ويلزم الولي بالدية من شاء
والضمان لا يرجع على غيره وقالا يرجع الشهود على الولي ش قال
علماؤنا اذا شهد الشهود على رجل انه قتل فلانا عمدا وقضي القاضي
به وقتل الولي القاتل ثم جاء المشهود بقتله حيا اورجع
الولي والشهود جميعا وقالوا تعمدنا الكذب لا يقتص منهم وقال
الشافعي يقتص منهم لان الولي قاتل حقيقة والشهود قاتلون معنى
بالجائهم القاضي الى القضاء والولي الى الاستيفاء كالمكره فيجب عليهم

القصاص **ولنا** ان الولي قتل عن حجة ظاهرة وهم مسببون
للقتل لكافر ابيرفا شتركن في القتل من عليه القود ومن لا قود عليه
فلا يجب القصاص وقول علي رضي الله عنه للشاهدين لو علمت انكما
تعلمتما عمدا لقطعت ايديكما يحتمل انه كان على سبيل الزجر او على سبيل
الحد لانهم صاروا عنده ممن يسعى في الارض بالفساد ومع الاحتمال
لا يبقى حجة ويجب عليهم الدية وتخيير ورثة المقتول ان شاؤا
ضمنوا الولي ثم هو لا يرجع على احد بلا خلاف وان شاؤا ضمنوا الشهود
ثم هم لا يرجعون على الولي عند ابي حنيفه وقالا يرجعون بما ضمنوا
على الولي لانهم ضمنوا بفعله اذ لولا فعله لما ضمنوا شيا فصار ذلك
كما لو كان خطا ولابي حنيفة انهم لم يملكوا المضمون وهو الدم فانه
لا يقبل التملك اذ هو ليس بمال بخلاف الخطا لانهم لما ضمنوا صار
المال الذي اخذه الولي ومه ملكهم اذ المضمونات تملك عند اداء
الضمان فيثبت لهم المطالبة له ص ومن له قصاص في النفس اذا
قطع طرفه عمدا وخطا ثم عفى ثم برئ فعليه دية الطرف
وقالا لا شئ عليه لانه عند القطع كان مالكا لاهلان كله فقد استوفى
بعض حقه وعفى عن الباقي فلا يضمن كما لو استوفى بعض ديته
ثم ابراه عن الباقي وللامام انه قطع طرفا بغير حق لان حقه
في القتل لا في القطع والقتل ازهاق والقطع ابانه وبينهما مغايرة
فكان القياس ان تجب القصاص في الطرف الا انه سقط للشبهة
لان له ان يتلف طرف من عليه القصاص تبعا للنفس فكان ذلك
شبهة فتجب دية الطرف ص او في الطرف فاستوفاه فسري

في

البدائع عفى فبرئ فعليه ارشها ش قال ابو حنيفه رضي الله عنه من له قصاص في النفس اذا قطع

نهى على عاقلته وتفيا هاش قال ابو حنيفه اذا كان له قصاص في
الطرف عفو او شجة فاستوفاه ثم سري الى النفس ومات
لزمته الدية على المقتص له وقالا وهو قول زفر لا يلزمه شي لان
هذا قطع بحق لانه ماذون في الاستيفا شرعا فلا يكون سرايته
مضمونة عليه لانه لا يوصف بالتعدي بداية فلا يوصف بالتعدي
سراية لان السراية لا تخالف البداية كما اذا قطع الامام يد
السارق وكما اذا احتجم او فصد او شرع باذن المحجوم والمفصود
وللامام انه قطع طرفا بغير حق لان حقه في القطع لا في القتل
فكان القياس ان يقتل الا انا استحسنا جعله بمنزلة الخطا
لان قصده استيفا حقه فيكون بمنزلة ما لو رمى الى صيد او حربي
فيضمن بالدية بخلاف المسايل المذكورة فان الفعل واجب
بالامر او العقد والواجب لا يتقيد بالسلامة ص ومن قطع
يد غيره خطا ثم قتله عمدا قبل البرء او خطا بعده او قطعهما
عمدا ثم قتله خطا او عمدا بعد البرء اخذ بهما او كانا خطاين
من غير برء اكتفي بدية او عمدين فللولي استيفاؤهما وقالا يقتل
ش رجل قطع يد رجل خطا ثم قتله عمدا قبل البرء او على العكس
او كلاهما خطا وخلل البرء او كلاهما عمدا وخلل البرء يوخذ بالامرين
لان الجمع بين الجراحات واجب ما امكن وجعل الاخر تتميما للاول
لان القتل في الاعم يكون بضربات الا ان لا يمكن الجمع بان يختلف
حكم الفعلين كما في الفصلين الاولين او لا يمكن جعل الاول
ساريا بخلل البرء كما في الفصلين الاخرين ومتى لم يتخلل البرء وجانسا

ان كان خطا جمع بلا خلاف والكفي بدية واحدة وان كان عمدا فالامام
بالخيار ان شا اعتبر جمعة التعدد وقطع وقتل وان شا اعتبر جمعة
الاتحاد فقتل لاغير لاتحاد المقصود وقالا اعتبر جمعة الاتحاد لان
الفعل متحد معنى وهو القتل ولامعنى لتعدد الصورة اذا كان الفاعل
واحدا والمسئلة على اربعة اوجه وكل وجه على وجهين قتل
البرا ولعدم صارت ثماني مسايل هذا اذا كان الجاني واحدا اما
اذا تعدد فلا يدخل ما دون النفس في النفس سوا تخلل البرا بينهما
او لم يتخلل لان الاصل اعتبار كل جناية على حدة الا ان عند تحاد
الجاني وعدم البرا قد تجعلان كجناية واحدة ولا يمكن ذلك عند
التعدد ص وضمان الصبي اذا مات من ضرب ابيه او وصيه تاديبا
عليهما ش قال ابو حنيفة اذا ضرب الاب او الوصي الصبي للتاديب
ضربا معتادا فمات ضمنا وقالا لا يضمنان لانهما يعلمان للصبي
فلا يضمنان كالامام اذا عزر وللامام ان الضرب اطلق للتاديب
مقيدا بالسلامة فاذا لم يسلم يضمنان كالزوج ضرب امراته على
المضجع فماتت بخلاف المعلم والاستاذ اذا ضربا باذن الاب
او الوصي حيث لا يضمنان لان الاب او الوصي مستوهب ومستعين
بالمعلم والاستاذ والمعلم واهبان عقلهما للصبي فلا يضمنان
بخلاف الاب او الوصي فانه لا يهب عقله للصبي وانما يقيم حقا
بحكم ولاية التاديب وانها مقيدة بالسلامة وان ضربه الامر
للتاديب ضمنت عندهما روايتان

كتاب الديات

وجه المناسبة بين الكتابين من حيث ان الجناية بسبب

الدية والسبب مقدم على المسبب والديات جمع دية واصلها ودية
كعدة واصلها وديه كعدة من وداه يديه اي ادى ديته والدية اسم
لضمان يجب بمقابلة الادمي او طرف منه سمي بها لانها تودى عادة وقل
ما جرى فيه العفو لعظم حرمة الادمي ولم تسم قيمة لان القيمة
اسم لما يقام مقام الفايت وفي قيام القيمة مقام الفايت
تصور لعدم المماثلة بينهما وضمان المال يسمى قيمة لا دية لان معنى
القيام فيه اكمل والمماثلة المطلقة ولو سميت القيمة دية لانها
تودى او القيمة دية بمعنى القيام جاز ولكن غلب الاستعمال
بخلافه ثم اعلم ان محمدا لم يسم كتاب الجنايات اصلا وانما ذكر
احكامها في كتاب الديات لان عامة احكامها الديات والقصاص
لا يجب الا بالعمد المحض ووجوب الدية في القتل لحكمه بالغه
وهي صون بنيان الادمي عن الهدم وهدمه عن الهدر وجبت
بالكتاب والسنة اما الكتاب فقوله تعالى ودية مسلمة الى
اهله واما السنة فقوله عليه السلام في النفس المومنة مايه
من الابل اي تجب بسبب قتل النفس المومنة مايه من الابل
والدية تجب في شبه العمد وفي الخطا وفي عمد يتمكن فيه الشبهة
ص تغلظ دية شبه العمد في الابل فتجب اربعا وخمس وعشرون
بنت مخاض ومثلها بنت لبون وحقاق وجذع وجملا ثلاثين
جذعة ومثلها حقه واربعين بنات لبون ش قال ابو
حنيفه وابو يوسف دية شبه العمد مايه من الابل اربعا
خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس

الدرية

وعشرون حقه وخمس وعشرون جذعة وقال محمد اثلاثا ثلاثون
حقه وثلاثون جذعه واربعون ثنيه في بطونها اولادها لقوله
عليه السلام الا ان قتيل الخطا بالسوط والعصا والحجر فيه ماية
من الابل اربعون منها في بطونها اولادها وهو مذهب عمر وزيد
بن ثابت رضي الله عنهما ولان هذه الدية اغلظ من دية الخطا
فوجب اظهار غلظها على هذا الوجه ولابي حنيفة وابي يوسف
ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في الدية بماية من الابل اربعا
ومعلوم انه لم يرد به الخطا لانها تجب فيه اخماسا فعلم ان المراد
به شبه العمد وهو مذهب بن مسعود ولانه لا خلاف بين الامة
ان الدية مقدرة بماية من الابل فلو اوجبنا خلفات لزاد الواجب
على الماية ولانه سن يجب في الدية فلا يعتبر فيه الحمل كالحقاق
والجذاع ولان الحمل شيء لا يوقف عليه حقيقه وايجاب ما لا
يوقف عليه ايجاب ما ليس في الوسع والاخذ بالاقل المتيقن
به اولى وما رواه منها اربعون خلفه لم يثبت اذ لو ثبت ما اختلف
الصحابة رضي الله عنهم في صفة التغليظ فمذهب بن مسعود
مثل مذهبنا ارباعا ومذهب علي اثلاثا ومذهب عثمان تجب
اثلاثا من كل جنس ثلاثة وثلثون وثلث ومذهب عمر وزيد بن
ثابت وابي موسى اثلاثا فمذهبهما ولم يجز المحاجة به بينهم
ولو كان صحيحا لجرت ولوقع الاتفاق بينهم ولا تعارض بمثله
لانا نقول اذا تعارضت الاخبار فان الاخذ بالمتيقن به وهو
الادنى اولى ولا يثبت التغليظ الا في الابل لان الشرع ورد به وعليه

الاجماع

والمقدرات لا تعرف الا سماعا اذ لا مدخل للراي فيها فلم
يتغلظ بغيره حتى لو قضى به القاضي لا ينفذ قضاوه لعدم التوقيف
في التقدير بغير الابل ص ويجب في الخطا منها اخماسا عشرون
بن مخاض ومثلها بنت مخاض وبنات لبون وحقاق وجذع ش
اي دية الخطا من الابل اخماسا عشرون بن مخاض ومثلها بنات
مخاض وبنات لبون وحقاق وجذع فهي اخماس من كل صنف
عشرون لما روي بن مسعود ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال في دية الخطا عشرون حقه وعشرون جذعه وعشرون
بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون بن مخاض ذكر
رواه ابو داود والترمذي واحمد ولان الخطا اخف فيناسبه
التخفيف في موجبه وذلك بما ذكرنا او الف دينار ص ويجب
من الورق عشرة الاف درهم لاثني عشر س اما الدية من
العين فهي الف دينار بالاجماع واما من الورق فقال علماوننا
هي عشرة الاف درهم كل عشرة وزن سبعة مثاقيل وقال
الشافعي في القديم اثنا عشر الفا لما روي عن بن عباس رض
الله عنهما ان رجلا قتل فجعل النبي صلى الله عليه وسلم ديته اثني
عشر الفا رواه ابو داود والترمذي ولانه لا خلاف انها من الدنانير
الف دينار وكانت قيمة الدينار على عهد رسول الله صلى الله عليه
وسلم اثني عشر درهما ولنا ما روي عن بن عمر رضي الله عنه ان
النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالدية في قتيل لعشرة الاف
درهم وما روي ان عمر رضي الله عنه لما دون الدواوين جعل الدية

على اهل الابل مائة من الابل وعلى اهل الذهب الف دينار وعلى اهل
الورق عشرة الاف درهم بحضرة من الصحابة من غير نكير وروي البزار
بن حارثة ان يدا قطعت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقضى على القاطع بخمسة الاف درهم وما قلنا اولى للتيقن لانه
اقل وتاويل ما رواه انه عليه السلام قضى بدراهم كانت توزن
عشرة بها لستة مثاقيل ذكره محمد بن الحسن فيحمل على ذلك توفيقا
ومما يرجح مذهبنا ما روي ان الواجب في الجنين خمسمائة درهم
وهو عشر دية الام عنده سواء كان ذكرا ام انثى وعندنا عشر دية
نفسه ان كان انثى ونصف العشر ان كان ذكرا فعلم بذلك ان
دية الام خمسة الاف ودية الرجل ضعف ذلك وهو عشرة
الاف ثم الخيار في هذه الثلاثة الى القاتل لانه هو الذي عليه
فيكون الخيار اليه كما في كفارة اليمين والدراهم والدنانير
اصل في الدية كالابل لان للقاضي ان يقضي بالدية من الدراهم
موجلا فلو كان الاصل الابل وقط وهو دين والدراهم دين كان هذا
دين بدين ص وهي منحصرة في هذه وزاد من البقر مائتين ومن
الشياه الفين ومن الحلل مائتين وقولهما رواية ش قال ابو
حنيفه حبس الدية من الابل والدراهم والدنانير خاصة
وقال ابو يوسف ومحمد تجب منها ومن البقر مائتان بقرة قيمة
كل بقرة خمسون درهما ومن الغنم الفا شاة قيمة كل شاة خمسة
دراهم ومن الحلل مائتا حلة قيمة كل حلة خمسون درهما ثوبان ازار
ورداء لما روي جابر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم فرض

في الدية

في الدية على اهل الابل مائة من الابل وعلى اهل البقر مائتي بقرة وعلى
اهل الشياه الفي شاة وعلى اهل الحلل مائتي حلة رواه ابو داود وهكذا
قضى عمر رضي الله عنه بالدية في الانواع الستة بحضرة الصحابة
رضي الله عنهم ولم ينكر عليه احد وللامام قوله عليه السلام
في النفس المؤمنة مائة من الابل وتضعيفه ان لا يجب غيرها
الا انه ورد السمع في الذهب والفضة فيبقى ما وراءهما على الاصل
ولان التقدير انما يستقيم بشيء معلوم المالية وهذه الاشياء
مجهولة المالية ولهذا لا يقدر فيها ضمان المتلفات والتقدير
بالابل عرف بالايات المشهورة ولم يوجد ذلك في غيرها فلا
يعدل الى القياس والاثار التي وردت فيها تحتمل القضاء فيها
بطريق الصلح فلا يلزم حجة وقولهما رواية عن الامام ولهذا
قال الخصاف الاصل هو الابل وما وراءها وجب باعتبار القيمة
فان قيل ذكر في كتاب العاقلة لو صالح على اكثر من مائتي بقرة
او الفي شاة او مائتي حلة لم تجز وهذا يدل على ان هذه الاصناف
اصول في الدية بلا خلاف اجيب عن ذلك بوجهين الاول
انه لا خلاف بينهم وقول الامام قولهما ولهذا قال في العيون
لا خلاف ان الديات من ستة وانما ذكر الامام الثلاثة لانها
الغالب في ايدي الناس الثاني ان الخلاف ثابت نص عليه في
كتاب الديات وتظهر فائدة الخلاف فيما اذا صالح على اكثر من مائتي
بقرة او الفي شاة او مائتي حلة تجوز عنده كما لو صالح على جنس اخر
وعندهما لا تجوز كما لو صالح على اكثر من مائة من الابل وقال

بعضهم عن الامام روايتان رواية كتاب الديات اصناف الدية
ثلاثة ورواية كتاب المعاقل ستة وقال بعضهم ماذكر في
الديات قوله الاخر وماذكر في كتاب المعاقل قوله الاول وقيل
هو اختلاف زمان ومكان كانت في زمنهما وبلدهما هذه الثلاثة
الاخيرة ولم يكن في زمنه وبلده ص وتجب في المراة نصفها ش دية
المراة في النفس وماد ونها على النصف من دية الرجل قال في
الاصل بلغنا عن علي رضي الله عنه انه قال دية المراة على النصف
من دية الرجل في النفس وماد ونها وبه ناخذ حتى تجب في قتل المراة
خطا خمسة الاف درهم وفي قطع يدها الفان وخمسمايه وفي
موضحتها مايتان وخمسون ولان حالها نصف حال الرجل لانه
اهل لما لكية المال والنكاح وهي لا تملك النكاح ولانها في الميراث
والشهادة على النصف من الرجل فكذلك في الدية وهو مروي
عن عمر وابن مسعود وزيد بن ثابت رضي الله عنهم ص ولم يجعلوا
دية الذمي ستة الاف درهم بجعلها كالمسلم لا للكتابي اربعة
الاف وللمجوسي ثمان مايه ش قال علماونا لا تختلف قدر الدية
بالاسلام والكفر الذمي الكتابي وغير الكتابي والحربي المستامن
وكل من كانت نفسه محظورة في قدر الدية سواء وقال مالك
دية اليهودي والنصراني ستة الاف درهم لما رواه عمرو بن شعيب
عن ابيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في خطبته
يوم تمام فتح مكة ودية الكافر نصف دية المسلم ودية المسلم
عنده اثنا عشر الفا وقال الشافعي دية اليهودي والنصراني

اربعة الاف

بسلغ مقابلة

٦٩

اربعة الاف درهم ودية المجوسي ثمان مايه درهم لما روي ان النبي
عليه وسلم قضى ان دية اليهودي والنصراني اربعة الاف درهم
ودية المجوسي ثمان مايه درهم ولنا ما روي عن ابي القاسم
ان النبي صلى الله عليه وسلم وابا بكر وعمر وعثمان قالوا دية المعاهد
دية الحر المسلم وقال عليه السلام دية كل ذي عهد في عهده
الف دينار وقال علي كرم الله وجهه انما بذلوا الجزية لتكون
دماهم كدمائنا واموالهم كاموالنا وقال عليه السلام اذا
قبلوها فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين وللمسلمين
اذا قتل قتيلهم الف دينار فيكون لهم كذلك ودية المستامن
مثل دية الذمي في الصحيح لما روي بن عباس رضي الله عنهما ان
مستامنين جاءا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فكساهما وحملهما
وخرجا من عنده فلقيهما عمرو ابن امية الضمري فقتلهما ولم يعلم
بامانهما فوداهما رسول الله صلى الله عليه وسلم بديتي حرين مسلمين
ص وتجب في المارن واللسان والذكر والعقل والشم والذوق
والسمع والبصر وذهاب منفعة العضو ش الاصل في ذلك حديث
سعيد بن المسيب انه عليه السلام قال في النفس الدية وفي
اللسان الدية وفي المارن الدية فالنص الوارد في البعض يكون
وارد افي الباقي دلالة لانه في معناه وهكذا كتب رسول الله صلى الله
عليه وسلم لعمرو بن حزم والاصل في الاعضاء انه متى فوت جنس
منفعة على الكمال او ازال جمالا مقصودا في الادمي على الكمال تجب
كل الدية لان فيه اتلاف النفس من وجه اذ النفس لا تبقى منتفعا بها

من ذلك الوجه واتلاف النفس من وجه ملحق بالاتلاف من كل وجه
في الادمي تعظيما له دليله ما رويناه من الحديث ويستوي في النفس
الصغير والكبير والوضيع والشريف والمسلم والذمي لاستوائهم
في الحرية والعصمة وتمال الاموال في الاحكام الدنياوية والاعضا
خمسة انواع منها ما هو افراد المعاني التي هي افراد العقل والبصر
والسمع والشم والذوق ومنها ما هو مزدوج ومنها ما هو رباع
ومنها ما هو اعشار ومنها ما يزيد على ذلك وفي كل واحد من
الافراد تجب كل الدية وفي كل نوع من المزدوج والارباع والاعشا
كذلك اذا ثبت ذلك فنقول في الانف الدية اذا كان استوعب
او قطع المارن والارنبة والكل عضو واحد فلا يجب بقطع الكل الا
دية واحدة لانه يفوت به منفعة الجمال وفي اللسان الدية
اذا استوعب او قطع بعضه اذا منع الكلام لتفويت معظم المقاصد
من الادمي وان منع البعض ففيه حكومة عدل في ظاهر الجواب
لان الممكن به النقصان ومنهم من قال يقسم على عدد الحروف
التي تتعلق باللسان وهي التا والثا والجيم والدال والذال
والراء والزاي والسين والشين والصاد والضاد والطا
والظا واللام والنون والياء فما اصاب الغايت يلزمه ولا
مدخل للحروف الحلقيه فيه وهي الهمزة والها والعين والغين
والخا والحا ولا الشفوية وهي البا والميم والواو وقيل ان قدر
على ادا الاكثر هاجب حكومة عدل لحصول الافهام والاصل فيه
ما روي عن علي رضي الله عنه انه قسم الدية على الحروف فما قدر عليه

من الحروف

من الحروف يسقط بحسابه من الدية وما لم يقدر عليه لزمه بحسابه
منها وكذا في الذكر لان فيه تفويت منفعة حملة من الوطو والايلاد
واستمساك البول والدرء ودفق الما والايلاج الذي هو طريق الاعلاق
عادة وكذا في الحشفة الدية لانها اصل في منفعة الايلاج والدفق
والقصبة كالتابع له وكذا في العقل الدية اذا ذهب بالضرب
لفوات منفعة الادراك لان الانسان يمتاز به عن غيره من
الحيوان وبه ينتفع بنفسه في معاشه ومعاده وفي كل واحد من
الشم والذوق والسمع والبصر كمال الدية لان كل واحد
منها منفعة مقصودة وقد روي ان عمر رضي الله عنه قضى لرجل
على رجل باربع ديات بضربة واحدة وقعت على راسه فذهبت بها
عقله وسمعه وبصره وكلامه ويمتحن في ذهاب البصر بان يلقى
بين يديه حبه وفي الاصل ينظر اليه اهل ذلك العلم وقال
بن مقاتل يستقبل عين الشمس فاذا دمعت عيناه علمان
الضوباق والا فذاهب وفي السمع والكلام بان يشغل وينادي
فان اجاب علمانه لم يذهب سمعه وكلامه وحكي ان امراة ضربت على
راسها فادعت ذهاب سمعها فاستغفلها القاضي وقال لها
استوي عورتك فجعلت تضم ثيابها فعلم القاضي انها كاذبة
وفي الشم ان يوضع بين يديه ما له رايحة كريهة فان نفر عنه
علمانه لم يذهب وفي الصلب اذا منع الجماع او انقطع ماوه او احدوب
الدية لما فيه من تفويت منفعة كاملة لا نظير لها في البدن
وفي وجوب الدية يشترط ان يكون الجاني خاطيا فيما عدا القصاص

مقصودة وتفويت جمال كامل
وفي افضا المراة الدية اذا لم يستمسك
البول لانه تفويت منفعة مهمة

واما الذي لا قصاص في عمده فيستوي فيه العمد والخطا وان يكون الجاني والمجني عليه
ذكرا او لو كان انثى تنتصف الدية وان يكون الجاني والمجني عليه حرين
او لو كان الجاني حرا والمجني عليه عبدا وجب القيمة ولو كان الجاني عبدا
والمجني عليه حرا او كانا عبدين وجب الدفع الا ان يختار المولى الفدا
وتجب الدية ايضا في كل عضو ذهب نفعه كيد شلت وعين ذهب
ضوءها لان وجوب الدية تعلق بتفويت جنس المنفعة فاذا
زالت منفعته كلها وجب عليه موجه كله ولا عبرة للصورة
بدون المنفعة لكونها تابعة ص ويوجب فيه من حصي وعنين
حكومة عدل لا دية ش اي ويوجب علماوينا في ذكر الخصي والعنين
حكومة عدل وقال الشافعي دية كاملة لاطلاق قوله عليه
السلام وفي الذكر الدية ولان هذا نوع مرض فلا يوجب نقصان
الدية ولنا انه ناقص المنفعة على التابيد فلا توجب فيه
كمال الدية كالعين القائمة التي لا تبصر والرجل العرجاء واليد
الشلاء بخلاف المرض فانه يزول والمطلق ينصرف الى الكامل
فكان النص مقيدا معنى ص وبعكس في حلق اللحية والراس ش
قال علماوينا يجب في حلق اللحية والراس اذا لم تنبت الدية وقال
الشافعي حكومة عدل لانه لا تعلق بذلك منفعة مقصودة
كشعر الصدر والساق ولنا ان عليا رضي الله عنه قضى في ذلك
بكمال الدية ولانه ازال جمالا على الكمال فان اللحية تعد جمالا في الرجال
قال عليه السلام ان لله ملائكة تستبيحهم سبحان من زين الرجال
باللحا والنسا بالقرون والدواب بخلاف شعر الصدر والساق

لانه

لانه لا يتعلق به جمال وعدمها يعد في الكبر شينا وكذا الاقرع
حتى يتكلف في ستر راسه والنتف والسقوط بالضرب كالحلق ولو حلق
بعض اللحية ولم تنبت قال يجب فيه حكومة عدل والصحيح انه
يجب الدية لانه في الشين فوق ما لا لحية له اصلا وكان ابو
جعفر الهندواني يقول في اللحية انما يجب فيها الدية اذا
كانت لحية كاملة يتجمل بها اما اذا كانت طاقات متفرقة
لا يتجمل بها فلا شي فيها وان كانت غير متوفرة ولا يقع بها جمال
كامل وليست مما تشين ففيها حكومة وفي المنتقى في لحية
السنوط حكومة وان كانت قد استوت الا انها رقيقة ففيها
الدية وان نبتت كما كان فلا شي فيه لانه لم يبق اثر الجناية
ويودب على ارتكابه ما لا يحل ص وكذا لو نبتت بيضا في الحر
وفي العبد حكومة عدل واوجباها فيهما ش قال ابو حنيفه
اذا حلق رجل لحية شاب حر فنبتت بيضا لا يجب شي ذكره اسد
بن عمرو ويفتي ان الدية في الاسود والابيض سوا ويجب عنده
في العبد اذا حلقت فنبتت بيضا حكومة عدل لان الشيب
ينقص قيمته وقالا يجب حكومة عدل في الحر والعبد جميعا
وهو اختيار الفقيه ابي الليث لان البياض قبل وقته عيب
تعود منه الابباء في دعايهم وللامام ان في الحر لا يعد عيبا فلا
يوجب نقصا وفي العبد يعد عيبا فيوجب نقصا والخطا والعمد
في ذلك سوا ص ويجب الدية في كل ما في البدن منه اثنان فيهما
وبصفها في احدهما ايهما كان مزدوجا من الاعضا كالعينين الى اخر

فتوجب

ش ح

ما ذكر الدية وفي قطع احديهما نصف الدية والاصل في ذلك ما روي
انه عليه السلام قال في العينين الدية وفي قطع احديهما نصف
الدية وفي اليدين الدية وفي احديهما نصف الدية وفي الرجلين
الدية وفي احديهما نصف الدية ولان في تفويت اثنين منها تفويت
جنس المنفعة او تفويت الجمال على الكمال فيجب كل الدية وفي
تفويت احديهما تفويت نصف المنفعة فيجب النصف وبيان ذلك
ان في تفويت العينين والشفتين واليدين تفويت منفعة
الابصار وامساك الطعام عن الاكل والبطش وتفويت منفعة
الجمال على الكمال وفي تفويت الرجلين تفويت منفعة المشي
وفي تفويت الاذنين تفويت الجمال على الكمال وقد قضى
رسول الله صلى الله عليه وسلم في الاذنين بالدية وفي تفويت
الانثيين تفويت الامناء والنسل وفي تدبي المراة تفويت
منفعة الارضاع بخلاف تدبي الرجل لانه ليس فيه تفويت المنفعة
ولا الجمال على الكمال فيجب فيه حكومة عدل وفي حلمتي المراة
جمال الدية وفي احديهما نصفها لفوات منفعة الارضاع وامساك
اللبن لانه اذا لم يكن لتديها حلمة يتعذر على الصغير الالتقام
عند الارتضاع ص وربعها في واحد مما هو في اربعة ش واما
ما يكون من الاعضاء ارباعا كاشفار العينين واهدابها ففيه
الدية اذا قطعها ولم تنبت وفي احديهما ربع الدية لانها يتعلق
بها الجمال على الكمال ودفع الاذى والقذى من العينين وتفويت
ذلك ينقص البصر ويورث العمى فاذا وجب في الكل الدية وهي

اربعة

اربعة وجب في الواحد منها ربع الدية وفي الاثنين نصف الدية
وفي الثلاث ثلاثة ارباع الدية ولو قطع الجفون باهدابها يجب
دية واحدة لان الاشفار مع الجفون كشيء واحد كالمارن مع العصبة
والموضحة مع الشعر ص وعشرها في كل اصبع ولتقسم على مغا
صلها ويتبعها الكف ش واما ما يكون من الاعضاء اعشارا ه
كاصابع اليدين واصابع الرجلين ففي كل عشرة من اصابع
اليدين وكل عشرة من اصابع الرجلين دية كاملة لان
المنفعة المقصودة من اصابع اليدين تفوت بفواتها فتجب
دية كاملة فتقسم عليها وهي عشرة فيكون لكل اصبع عشر
لقوله عليه السلام في كل اصبع عشر من الابل والحديث دال
على تساوي الاصابع في الحكم لانها في اصل المنفعة سواء فسقط
اعتبار الزيادة فيها وكذا الكلام في اصابع الرجلين لان المنفعة
المقصودة من اصابعهما وهي المشي تفوت بقطعها كلها فيجب كمال
الدية وهي عشرة ايضا فتقسم الدية عليها ولتقسم ارش كل اصبع
على ما فيها من المفاصل فما فيها ثلاث مفاصل ففي كل مفصل ثلث
عشر الدية وما فيها مفصلان ففي احديهما نصف عشر الدية
لانه نصفها وهذا نظير انقسام دية اليد على اصابعها ولا شيء في
قطع الكف مع الاصابع اي لا يفرد له حكم على حدة لان منفعة
البطش بالاصابع فكان الكف تبعا لها وعلى هذا القدر مع الاصابع
ثم اعلم ان حمسة تبع لخمسة الكف تبع للاصابع والثدي تبع
للحلمة والاهداب تبع للاشفار والذكر تبع للحشفة والانف تبع

للارنبه ص فان قطعها من نصف الساعد وجبت حكومة في الزايد
ش اذا قطع اليد من نصف الساعد ومن المرفق او من الكتف وجب
في الزايد حكومة عدل لا يبلغ بها ارش اصبع وقال ابو يوسف
في رواية لا يجب فيه شي لان ما ليس له ارش مقدر اذا اتصل بما له
ارش مقدر تبعه في الارش كالكف ولهما ان الدية انما يجب
في الاصابع والكف تبع ولو جعل الذراع تبعا لا يجوز ان تجعل
تبعا للاصابع لانه يفصل بينهما عضو ولا يجوز ان يتبع الكف
لانه تبع في نفسه فلا يستتبع غيره وعلى الخلاف اذا قطع الرجل
من الساق او الفخذ اصلها ان اصابع اليد لا يتبعها الا الكف
فلا يجب في ارشها غير ارش الكف واصله ان ما فوق الكف من اليد وما
فوق القدم من الرجل تبع فيدخل ارش التبع في المتبوع ص او فيها
فيها اصبع ففيها ارش الاصابع واوجبا الاكثر من ارشها ومن الحكومة
في الكف ش وان قطع كفا فيها ثلاث اصابع لزم ارش الاصابع وسقط
ضمان الكف بالاجماع لانها اكثر الاصابع فاخذت حكم كلها وان كان
للكف اقل من ثلاث اصابع وقال ابو حنيفه لزم ارش ما بقي منها
ولو كان معصلا واحدا من اصبع وقالا يلزم الاكثر من ضمان الاصابع
وارش الكف لان القليل يتبع الكثير لا بالعكس وللامام ان الاصابع
اصل والكف تبع والاصل وان قل يستتبع التبع وان جل فهما ترجحا
بالكثرة من حيث القيمة والامام اعتبر الرجحان بالاصاله وعن ابي
يوسف وان قطع كفا لا اصبع فيها ففيها حكومة عدل لا يبلغ بها ارش
اصبع لان التبع لا يبلغ رتبة الاصل ص وان شلت بقطع جارتها

ففيها

ففيها الارش وقالا القصاص في الاولى والارش في الثانية ش قال
ابو حنيفه اذا قطع رجل اصبع رجل عمدا فشلت الى جانبها اخرى لا قصاص
في شي وعليه دية الاصبعين وقالا وزفر والحسن يقتص في القطع
ويجب الارش في الشلل وعلى هذا الخلاف اذا قطع يده اليمنى فشلت
اليسرى وعلى هذا الخلاف اذا شج موضحة عمدا فذهبت عيناه يجب
الدية فيهما عند الامام وقالا في الموضحة القصاص وفي البطش الدية
ولو قطع مفصلا من اصبع فشل الباقي او قطع الاصابع فشلت الكف
ففي الكل الارش ويجعل كله جناية واحدة لهما جنايتان مختلفتان انهما
احديهما عمد والاخرى خطا فوجب ترتيب حكم العمد على الاول
والخطا على الثاني وللامام انهما وان كانا جنايتين حقيقة ولكن
شبهة الاتحاد ثابتة بناء على اتصال المحل فلم يصلح سببا لوجوب
القصاص ص او نصف عشرها في كل سن ش واما ما يزيد
على ذلك كالاسنان ففي كل سن نصف عشر الدية اذا كان خطا
وهي خمس من الابل او خمسمايه درهم او خمسون دينارا لقوله
عليه السلام وفي كل سن خمس من الابل وقيمة كل بعير مايه درهم
والاسنان كلها سوا انيابها وثناياها واضراسها لاطلاق ما روينا ولما
روي في بعض طرقه والاسنان كلها سوا ولان المحل في اصل المنفعة
سوا فلا يعتبر التفاوت كالايدي والاصابع ولين كان في بعضها
زيادة منفعة وفي الاخرى زيادة جمال فاستويا في زيادة دية هذا
الطرف على دية النفس ثلاثة اخماس الدية لان للاسنان اثنين
وثلاثين سنا عشرون ضرسا واربعة انياب واربعة ضواحك

فاذا وجب في الواحدة نصف عشر الدية تجب في الكل دية وثلاثة اخماس
الدية وذلك ستة عشر الف درهم هذا اذا كان خطا وان كان عمدا
فيه القصاص وقد بيناه من قبل ولو قلع جميع اسنانه ان لم يكن
كوسجا فهي اثنان وثلاثون سنا عشرون ضرسا الى اخرها فعليه
دية وثلاثة اخماس وهي من الدراهم ستة عشر الف درهم
وان كان كوسجا فعليه اربعة عشر الفا لان اسنانه ثمانية وعشرون
ص ولو نبت عوضها فهي ساقط كسن الصغير ش قال ابو
حنيفه اذا قلع رجل سن البالغ فنبتت مكانها اخرى سقط
الارش وقالا يجب الارش كاملا لتحقق الجناية الموجبة لها
وما حدث فنعمة من الله تعالى ولابي حنيفة ان السن يتأنى فيه
لينظر ما يكون فاذا نبتت فقد عاد الجمال والمنفعة على ما كانا
فصار كسن الصغير وذكر في الهداية الخلاف فيه بين ابي
يوسف ومحمد وذكر في شرح مختصر الكرخي الخلاف لابي يوسف
دون محمد ص ولو ضربها فاصفرت فالارش واجب كما لو اسودت
او اخضرت او احمرت وقالا حكومة وهي رواية ش ولو ضرب
السن فاسودت او اخضرت او احمرت يجب كمال الدية لان ذلك
يبطل منفعتها فانها سارت في العادة ويفوت بذلك الجمال على
الكمال وان اصفرت فعن الامام في رواية يجب الارش كاملا لان
الجمال للكمال الحاصل بالسن البيضا وقد فات بضربه فيجب
تمام ارشها كما لو اسودت او اخضرت او احمرت وفي رواية عنه يجب
حكومة عدل وهو قولهما لان الغالب بعض الجمال لان من الاسنان

في العاده ص

مايكون

مايكون مصفرا ولا يعد ذلك فوتا للجمال بل نقصانا فيه والنقصان
غير مضبوط فتجب حكومة عدل كما في العبد وذكر في المحيط وجوب
الحكومة ولم يذكر فيه خلافا وقال في خلاصة الفتاوى في الاصفرار
اختلاف المشايخ والمختار وجوب الدية كالاسوداد ولو ضرب
سنه فتحرك ينتظر به حولا لاحتمال انه يشتد وان سقط
او حدث فيه صفة مما ذكرنا وجب فيها ما قلنا لان الجنايات
يعتبر فيها حال الاستقرار قال عليه السلام السن بالسن والجراح
حتى يبرأ ولانها اذا لم تستقر لا تعلم الواجب فلا يجوز القضا
ص وتجب حكومة في الاصبع الزايدة وعين الصبي ولسانه
وذكره اذا لم يعلم صحته ش وفي الاصبع الزايدة والسن الشاغية
اي الزايدة حكومة عدل لشريفها للادمي لانه جزؤه ولا
ارش لانه لا منفعة فيهما ولا دية ولسان الاخرس واليد الشلا
والرجل العرجا والسن السودا كالاصبع الزايدة وروي بشر
عن ابي يوسف عن ابي حنيفه في رجل قطع من يد رجل اصبعا
زايده وفي يد القاطع اصبع زايده انه لم يكن بينهما قصاص وفي
عين الصبي وذكره ولسانه اذا لم يعلم صحته الحكومة لان منفعتها
غير معلومة فلا تجب الدية بالشك وتعرف الصحة في العين
بما يستدل به على النظر وفي اللسان بالكلام لا باستدلال
لانه مجرد صوت وفي الذكر بالحركة فاذا علم ذلك ينزل منزلة
البالغ في العمر والحظا واما ذكر الشيخ الكبير فان كان يتحرك
ولا يقدر على الوطء فلذكره وعينين فيه حكومة عدل ص ولو ذهب

عقله اوشعر راسه بموضحه اقتصرنا على الدية او سمعه او بصره او
كلامه وجب الارش ايضا شر قال علماونا الثلاثة اذا شجه موضحة
خطا فذهب بها عقله اوشعر راسه و لم ينبت يدخل ارش الموضحة
في الدية وقال زفر يجب ارش الموضحة ايضا لانهما جنايتان مختلفتان
فيما دون النفس لاختلاف محلهما فيجب موجب كل جناية كساير
الجنايات ولنا ان العقل يتعلق بجميع البدن وقد فاتت
المنفعة من جميع الاعضا فصار كمن اوضح فمات واما الشعر فلان
ارش الموضحة يجب لفوات جزء من الشعر بدليل انه لو نبت
الشعر واستوى كما كان لم يجب شي والدية وجبت لفوات
الشعر وقد تعلقا بسبب واحد وهو فوات الشعر فيدخل
الجزء في الكل كمن قطع اصبع رجل فشلت به فان ذهب
سمعه او بصره او كلامه لم يدخل ارش الشجة في الدية وعن
ابي يوسف انه في السمع والكلام يدخل لان السمع والكلام كل
منهما باطن فيدخل ارش الموضحة في ديته كالعقل بخلاف البصر
لانه ظاهر كاليد والرجل وللظاهر ان منفعة كل واحد
منهن تختص به فلا يدخل بعضه في بعض كالاعضا المختلفة ومنفعة
العقل لا تختص به وانما تعود الى جميع الاعضا فصار كالروح وان
ذهب به العقل والسمع والبصر والكلام ففيه اربع ديات
وهو مروي عن عمر رضي الله عنه وانما يعرف فواته بتصديق الجاني
او نكوله وفي البصر يقول عدلين من الاطبا وقيل يمتحن بالقاحة
بين يديه وفي السمع يتغفل ثم ينادي وفي العقل يتغفل ثم

اخرى م

نخاطب

نخاطب بشي ص واذا زال اثر الشجة فالارش ساقط ويوجب ارش
الالم لا اجرة الطبيب شر قال ابو حنيفه اذا شج انسان رجلا ثم
التحمت الشجة ولم يبق لها اثر سقط الارش لان الارش لالحاق
الشين به وقد زال والالم لا قيمة له والاجرة بدلها باختياره
فلا يستوجب الضمان على غيره وقال ابو يوسف يجب حكومة
عدل لئلا يضيع حقه بغير عوض وقال محمد يجب اجرة الطبيب
وثمن الدواء لان ذلك القدر تلف من ماله بتسبيب منه
واذا برات الجراحة وبقي اثرها ان كانت مختصة بالراس والوجه
ففيهما ارش بتقدير الشرع وان كانت في غيرها ففيها حكومة
عدل اذا بقي لها اثر لان المقادير لا تعرف الا سماعا والنص
ورد في المختصة بالراس والوجه ولا يمكن الحاق غيرهما بدلالة
النص لان النص اوجب للشين بهذه الشجاج لا لعينها والحاق
الشين فيها يكون اكثر من الالحاق في غيرهما فلم يكن نظيرهما ورد ص
وينتظر في قصاص الجرح برؤه شر لا يقتص من الجراحات
ولا يحكم بارشها حتى يبرا لقوله عليه السلام يستانى في
الجراحات سنة ولانه لو اقتص في الحال كما قال الشافعي
اعتبارا بالقصاص فحكمها في الحال غير معلوم في الشجاج ص ويجب
حكومة في الشجة الحارصة والدامعة والدامية والباضعة
والمتلاحمة والسمحاق بان يقوم عبدا سالما وسليما فيجب من
الدية ما نقصته الجراحة من القيمة شر الشجاج احدى عشرة
مرتبة الحارصة وهي التي تحرص الجلد اي تشقه ولا تخرج دما ماخوذة

[illegible]

من حرص القصار الثوب اي شقه في الدق ثم الدامعة بالعين المهملة
وهي التي منها ما يشبه الدمع ولا يسيل ماخوذة من الدمع سميت
بذلك لان الدم تخرج منها بعد الدمع من القلة ولم يذكرهما محمد
لانهما لا يبقى لهما اثر غالبا فلا يتعلق بهما حكم ثم الدامية وهي
التي تسيل الدم وذكر المرغيناني انها هي التي تدمي من غير ان يسيل
منها دم هو الصحيح روي ذلك عن ابي عبيد ثم الباضعة وهي التي
تبضع الجلد اي تقطعه ماخوذة من البضع وهو الشق والقطع ومنه
مبضع الفصاد والمتلاحمة وهي في ظاهر الرواية ما يذهب في اللحم اكثر
مما يذهب الباضعة ثم تتلاحم بعد ذلك اي تلتئم وتتلاصق
سميت بذلك لفاولا على ما ياول اليه ثم السمحاق وهي التي تقشر
الى السمحاق وهي الجلدة الرقيقة التي بين اللحم وعظم الراس
فهذه الستة تجب فيها حكومة عدل في رواية الحسن عن الامام
واختاره الهندواني لانه لا حد فيهن ينتهي السكين اليه فلا
يمكن استيفاء المماثلة ولان هذه الاشياء ليس فيها ارش مقدر
من جهة الشرع ولا يمكن اهدارها فيجب فيها حكومة عدل وهو ما
يرى عن النخعي وقال عمر بن عبد العزيز ما دون الموضحة خدوش
فيها حكومة عدل واختلفوا في تفسير هذه الحكومة فقال
الطحاوي تقوم الحر لو كان عبدا وهو صحيح ويقوم وبه الاثر
فما نقص من القيمتين فهو ارشها من دية الحر لان الحر لا يمكن
تقويمه والقيمة في العبد كالدية في الحر فوجب ان يقتص من
دية الحر ما بين القيمتين في العبد وبه اخذ شمس الايمة الحلواني

جرح م

والصدر

والصدر الشهيد لانه لا يسير وقال الكرخي ينبغي طركم مقدارها من
الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان ما
لا نص فيه يرد الى المنصوص عليه بالمعنى وكان ينكر قول الطحاوي
ويقول ما ذكره الطحاوي ليس بصحيح لانه لو اعتبر بذلك الطريق
فربما يكون نقصان القيمة اكثر من نصف عشر القيمة فيودي الى
ان تجب في الشجة الصغيرة اكثر مما تجب في الكبيرة اذ يجوز ان
يكون نقصان السمحاق في العبد اكثر من نصف عشر قيمته
فيجب في السمحاق اكثر مما تجب في الموضحة واختار هذا قاضيخان
وصاحب المحيط واكثر اهل العلم ولانه لا يصح وتفسير قول
الطحاوي انه لو كانت قيمته بلا شجة الف ومع الشجة تسعمايه
كان النقص عشر القيمة فينقص من الدية عشرها
وتفسير قول الطحاوي ان يقاس الباضعة مثلا بالموضحة ان كان
ربعها وجب ارش ربع الموضحة وان كانت نصفها تجب نصف ارش
الموضحة وعلى هذا ص والقصاص في الموضحة عمدا ونصف عشر
الدية في الخطا وعشر في الهاشمة وعشر ونصف في المنقلة
وثلث في الامة وثلث في الجائفة وثلثان في النافذة ش ثم
الموضحة وهي التي توضح العظم اي تبينه وفيها القصاص ان كانت
عمدا لما روي انه عليه السلام قضى بالقصاص في الموضحة ولانه
يمكن تحقيق المماثلة فيها بان ينتهي السكين الى العظم فتحقق المساواة
وان كانت خطا ففيها نصف عشر الدية خمسماية درهم في
الرجل ومايتان وخمسون في المراة ثم الهاشمة وهي التي تكسر

العظم وفيها عشر الدية وهو الف درهم في العمد والخطا ثم المنقلة
وهي التي تخرج منها العظم وفيها عشر الدية ونصف عشر الدية
الف وخمسماية درهم ثم الامة وهي التي تصل الى ام الراس وهي
الجلدة تحت العظم فيها الدماغ وفيها ثلث الدية وبعض العرب يسميها
المامومة والجايفة وهي تختص بالجوف والجنب والظهر فيها ثلث الدية
كالامة فان نفذت فهما جايفتان وفيهما ثلثا الدية لما روي عمرو
بن حزم ان النبي صلى الله عليه وسلم كتب له وفي الموضحة خمس من
الابل وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة خمسة عشر وفي الامة
ثلث الدية وقال عليه السلام في الجايفة ثلث الدية وعن
ابي بكر رضي الله عنه انه حكم في الجايفة نفذت بثلثي الدية
من غير نكير ولانها اذا انفذت فهي جايفتان ولا قصاص فيما
بعد الموضحة لقوله عليه السلام لا قود في المامومة ولا في
المنقلة ولا في الجايفة رواه ابن ماجه ولتعذر المماثلة والشجاج
تختص بالراس والوجه لغة وما كان في غيرهما في البدن كاليد
والساق يسمى جراحة هذا هو الحقيقة والحكم يترتب على الحقيقة
فلا يجب بالجراحة ما يجب بالشجة من المقدر لان التقدير بالنقل
وهو انما ورد في الشجاج وهي مختصة بالراس والوجه فيختص الحكم
المقدر بها ولا يجوز الحاق الجراحة بها دلالة ولا قياسا لانها ليست
معناها في الشين لان الراس والوجه يظهران في الغالب وغيرهما
مستور غالبا ولا يظهر والجايفة تكون بين اللبة والعانة في البطن
والظهر والجنب او في الموضع الذي يتصل بالجوف حتى لو جرحه بين

ذكره

ذكره ودبره جراحة واصلة الى جوفه تكون جايفة فكان ينبغي ان لا يذكر
الجايفة مع الشجاج الا انها ذكرت لبيان الشارع معها

فصل في الجنين

ص واذا ضرب بطن امراة فالقت جنينا ميتا وجبت
الغرة خمسون دينارا على العاقلة في سنة ش اذا ضرب بطن
امراة حرة فالقت جنينا ميتا ذكرا كان او انثى فعليه غرة والغرة
عبد او امة قيمته نصف عشر دية الرجل ان شاء دفعه او دفع
قيمته خمسا من الابل او خمسين دينارا او خمسماية درهم
والقياس ان لا يجب شي لانه لا يعلم حياته والظاهر لا يصلح حجة
للاستحقاق الا انا تركنا القياس بما روي ان امراة ضربت ضرتها
بعمود في بطنها فالقت جنينا ميتا فاختصما الى رسول الله صلى
الله عليه وسلم فحكم على عاقلة الضاربة بالغرة عبد او امة
او قيمتها خمسماية وفي رواية او خمسماية ولم يستفسر
اذكر هو ام انثى ولانه يتعذر التمييز بين الذكر والانثى في الجنين
فيسقط اعتباره دفعا للحرج ويجب على العاقلة لما روينا
واعتبارا بالدية لانها بدل النفس وان لم يكمل ويجب في سنة
واحدة لما روي عن محمد بن الحسن انه قال بلغنا انه جعلها على
العاقلة في سنة ولا فرق بين ان يستبين خلقه او بعض خلقه
وان لم يستبن شي من خلقه فلا شي فيه لانه ليس بجنين وانما
هو مضغة وانما قال في المختصر خمسون دينارا لان القدوري
قال ففيه غرة نصف عشر الدية ومراده بذلك نصف
عشر دية الرجل والغرة ايضا عشر دية المراة والخمسون

والغرة خمسون دينارا في سنة

او كان بعض خلقه ... وان لم يستبن من خلقه شي لا شي فيه لانه مضغة لا جنين

دينارا اهي الغرة علي التفسيرين ص اوحيا ثم مات فالدية ش
وان القته حيا ثم مات ففيه الدية الكاملة والكفارة لانه نفس
من كل وجه فصار قاتلا وتعرف جناية بالامارات والتنفس والعطاس
والاسترضاع وغير ذلك ص اوميتا ثم مات فدية وغرة ش
وان القته ميتا ثم مات الام بعده فدية في الام وغرة في
الجنين لما روي المغيرة انه عليه السلام قضى علي عاقلة الضاربة
بالدية وبغرة الجنين ولانه جنا جنايتين فيجب عليه موجبهما
وهذا ما عرف ان الفعل يتعدد بتعدد اثره فصار كما اذا رمي
فاصابت شخصا ونفذ منه الي آخر فقتله فانه يجب عليه
ديتان ان كان خطا وان كان الاول عمدا يجب القصاص والدية
ص اومات ثم القته حيا ثم مات فديتان ش وان مات
الام من الضربة ثم القت الجنين حيا ثم مات الجنين يجب
ديتان دية في الام ودية في الجنين لانه قاتل شخصين ص اومات
ثم القته ميتا فدية لاغير ش وان ضربها فماتت من الضربة
ثم القت الجنين ميتا فدية للام ولا شئ في الجنين لان الظاهر
ان موت الام سبب لموته فانه انما يتنفس بنفسها ويحتمل
ان موته بالضربة فلا يجب الغرة بالشك وهذا علي اصل الامام
ظاهر لانه لا يجعل ذكاة الام ذكاة الجنين فكذا لا يجعل قتلها
قتل الجنين ص ولا توجب فيه كفارة ش قال علما وبالاكفارة في
الجنين الميت الا ان يتبرع بها وقال الشافعي يجب فيه الكفارة
لانه من وجه فتجب احتياطا لما فيها من معني العبادة ولنا ان الكفارة

وبالكفارة يحسن

نفس من

فيها معني العقوبة لانها شرعت زاجرة وفيها معني العبادة لانها تؤدي
بالصوم وقد عرف وجوبها في النفوس المطلقة فلا يتعداها
لان العقوبة لا تجري فيها القياس وقول الشافعي متناقض فيه
لانه كان يعتبره جزأ حيا اوجب فيه عشر قيمة الام وهنا
اعتبره نفسا حيا اوجب فيه الكفارة ونحن اعتبرناه جزأ من
وجه ولهذا لم يجب فيه كل البدل فكذا لا يجب فيه الكفارة لان
الاعضاء لا كفارة فيها الا اذا تبرع بها هو لانه ارتكب محظورا
فاذا تقرب بها الي الله تعالي لاسقاطه كان افضل له وليستغفر
الله تعالي مما صنع من الجريمة ص وتورث الغرة ش غرة الجنين
يرثها ورثته لانها نفس من وجه علي ما بيناه والغرة بدل لها
فيرثها ورثته ولا يرث الضارب منها شيا لانه قاتل مباشرة
ظلما ولا ميراث للقاتل بهذه الصفة ص ولا تعتبر في جنين
الامة عشر قيمة الام مطلقا فيجب نصف عشر قيمته ذكرا
لو كان حيا وعشر قيمته لو كان انثي في مال الضارب حالا ش
اذا ضرب بطن امة فالقت جنينا ميتا ان كان ذكرا فغرته
نصف عشر قيمته لو كان حيا وان كان انثي فعشر قيمته
وقال الشافعي يجب فيه عشر قيمة الام ذكرا كان او انثي وهو
معني الاطلاق في المختصر لانه جزء منه وضمان الاجزاء توصف
مقدارها من الاصل ولهذا وجب في جنين الحرة عشر ديتها
بالاجماع وهو الغرة ولنا ان ضمان الجنين بدل نفسه فلا
يقدر بغيره اذ لا نظير له في الشرع والدليل علي انه بدل نفسه

وبالكفارة يحسن

ان الامة اجتمعت على انه لا يشترط فيه نقصان الاصل ولو كان ضمان
الطرف لما وجب ويويد ذلك ان ما يجب في جنين الحرة موروث
ولو كان بدل الطرف لما ورث والحر والعبد لا يختلفان في ضمان الطرف
لانه غير موروث وانما يختلفان في ضمان النفس ولو كان ضمان الطرف
لما ورث في الحر فاذا وجب انه ضمان النفس كانت ديته مقدرة ن
بنفس الجنين لا بنفس غيره كما في سائر المضمونات ولا نسلم ان
الدية مقدرة بدية الام لا بنفس الجنين ان لو كان حيا فيجب
نصف عشر ديته ان كان ذكرا وعشر ديته ان كان انثى فكذا في
جنين الامة تجب بتلك النسبة من قيمته لان كل ما كان مقدرا
من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد فيجب نصف عشر قيمته
ان كان ذكرا وعشر قيمته ان كان انثى وجنين المسلمة والكافرة
سواء والكلام في جنين امة علقت من سيدها او من مغرور
ويكون الولد حر الجنين الحرة وما يجب في جنين الامة فهو في
مال الضارب يوخذ به حالا بخلاف جنين الحرة فانه يكون على
العاقلة في سنة لان تحمل العاقلة ثبت على خلاف القياس بالنص
في جنين الحرة فبقي الحكم في جنين الامة على اصل القياس وفي
الفتاوي الصغري امراة ضربت بطن نفسها متعمدا او شربت
دواء متعمدا لاسقط الولد فاسقط الولد ضمن عاقلتها الغرة
ان فعلت ذلك بغير اذن الزوج وان فعلته باذنه لا يجب شيء امراة
شربت دواء لاسقط ولدها عمدا فالقت جنينا حيا ثم مات فعلى
عاقلتها الدية في ثلاث سنين ان كان لها عاقلة وان لم يكن في

بلغ مقابله حيا

امراة شربت دواء والقت جنينا
فمات الولد على العاقلة ثلاث سنين ان كانت
لها عاقلة والا ففي مالها حالا ولا ترث منها شيئا وعليها الكفارة
وان القت جنينا منا فعلى العاقلة الغرة في سنة واحدة وان كان الزوج لا ضرر
في شيء فيه لكن لا يرث منه شيئا

مالها

مالها ولا يرث منها شيئا وعليها الكفارة ولو القت جنينا ميتا فالغرة
على العاقلة في سنة واحدة وان كان الشرب لاصلاح البدن فلا شيء فيها
ولا ترث منه

فصل فيما يحدث في الطريق وغيره

هذا الفصل
في التصرفات الموجبة للضمان ص ومن اخرج الى طريق العامة
روشنا او ميزابا او نحوه كان لكل منهم انتزاعه ش من اخرج في
الطريق الاعظم رشنا او ميزابا او كنيفا او دكانا او حفر
بالوعة فلكل احد من اهل الخصومة مطالبته بالنقض كالحر
المسلم البالغ العاقل او الذمي لان لكل منهم الم ور بنفسه
وبدوابه فتكون له الخصومة كما في الملك المشترك اذا بنى فيه
احدهم شيئا كان لكل واحد من الشركا نقضه كذا هذا بخلاف
العبد والصبيان المحجور عليهم حيث لا يومر بالهدم ن
بمطالبتهم لان خصومة المحجور عليه لا تعتبر وليسعه ان
ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين لان له حق الانتفاع بالمرور
فاذا لم يضر اشبه المرور واذا اضر كره فاذا كان السلطان لم يعلم
بذلك او اجبره عليه لا يضمن لانه بالامر صار مباحا مطلقا
ص وليس لاحد من اهل درب غير نافذ احداث ذلك الا
باذنهم ش ليس لاحد من اهل درب غير نافذ احداث ما ذكرنا
الا باذن اهله لان الطرق التي ليست بنافذة مملوكة لاهلها فهم
فيها شركا ولهذا يستحقون بها الشفعة والتصرف في الملك
المشترك من الوجه الذي لم يوضع له لا يملك الا باذن الكل
اضر بهم او لم يضر بخلاف النافذ لانه ليس لاحد فيه ملك

يجوز الانتفاع به ما لم يضر باحد ولان الطريق اذا كان نافذا كان حق العامة
فيتعذر الوصول الى اذن الكل فجعل كل واحد منهم كانه المالك وحكم في
حق الانتفاع ما لم يضر باحد ولا كذلك غير النافذ لان الوصول الى ارضاهم
ممكن فبقي على الشركة حقيقة وحكما ص ولو مال حايط فطولب مالكه
بنقضه واشهد عليه فلم ينقضه في مدة الامكان فسقط ضمن ما تلف
به ش اذا مال حايط الى طريق العامة فطولب صاحبه بنقضه واشهد
عليه ولم ينقضه في مدة يقدر على نقضه فيها حتى سقط ضمن ما تلف به
من نفس او مال خلافا للشافعي له انه لم يوجد منه تعد والميلان
والسقوط ليسا من صنعه ولنا ان هواء الطريق قد اشتغل به
فاذا طولب بالتفريغ وامتنع منه بعد التمكن يصير متعديا باستيلاء
يده عليه فيضمن بمنزلة ثوب هبت به الريح والقته في حجر غيره
بخلاف ما قبل الاشهاد فانه لم يطالب بالتفريغ ولا معتبر بالاشهاد
انما الشرط هو الطلب لكنه ذكره ليمكنه اثباته اذا جحد كما في
الشفعة وما تلف به من النفس تجب الدية على العاقلة لانه
دون الخطاء في الجناية فيستحق التخفيف وما تلف به من المال
تجب ضمانه في ماله لان العاقلة لا تعقل المال وظهور الملك
لصاحب الحايط شرط تحمل العاقلة حتى قال محمد لا يضمن العاقلة
حتى شهد الشهود بالتقدم اليه وبانه مات من السقوط وبان
الدار له ويشترط ان يكون الطالب حرا مسلما كما ذكرنا او صغيرا
اذن له وليه في الخصومة او عبدا اذن له مولاه فيها وصورته ان
يقول له ان هذا الحايط مايل فارفعه وان مال الى سكة غير نافذة

فالخصومة

فالخصومة لواحد من اهل السكة ص وان مال الى دار جاره طالبه هو
ش وان مال الى دار انسان فالاشهاد الى المالك والى من يعود ضرر
الوقوع اليه من السكان ولو احله صاحب الدار او ابراه منها او سالمها
جاز ولا ضمان عليه فيما تلف لان الحق لهم بخلاف الطريق فانه يصح
من الذي اشهد ولا من الامام لان الحق للعامة الا ان الواحد قام
مقامهم فيما ينفعهم لتعذر اجتماعهم لا فيما يضرهم ص وان
طولب احد خمسة خمس الدية على عاقلته او حفر احد ثلاثة في دارهم
بيرا بغير اذنهما فعلى عاقلته ثلثاها وقالا النصف فيهما ش هاتان
مسالتان الاولى اذا كانت دار بين خمسة نفر وطولب احدهم
بنقض حايطها المايل واشهد عليه فلم ينقض في مدة الامكان
حتى وقع على انسان فمات قال ابو حنيفة على عاقلته خمس دية
وقالا نصفها الثانية اذا كانت دار بين ثلاثة نفر فحفر احدهم
فيها بيرا او بنى حايطا بغير اذن شريكه فعطب به انسان قال
ابو حنيفة تضمن عاقلته ثلثي الدية وقالا النصف ايضا لان
التلف بنصيب من اشهد عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد
عليه هدر وفي الحفر باعتبار ملكه غير متعد وباعتبار ملك
شريكه متعد فكانا قسمين فانقسم عليهما نصفين كما اذا
مات بجرح رجل او عقر اسد او نهش حية ولابي حنيفة ان للوت
حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر والعمق المقدر لان اصل
ذلك وهو القليل منه ليس بعلة حتى يعتبر كل جزء علة على حدة
فتجتمع العلل واذا كان كذلك يضاف التلف الى العلة الواحدة ثم

يقسم علي اربابها بقدر الملك خلافا للجراحات لان كل جراحة علة مستقلة
بنفسها للتلف صغرت الجراحة او كبرت الا ان التلف عند المزاحمة
يضاف الي الكل لعدم الاولوية ص وان مات فيها عما نهوهدر
ش قال ابو حنيفه اذا حفر انسان بيرا في غير ملكه فوقع فيها انسان
فمات من الغم لا يجب شيء علي عاقلته وقالا عليهم ديته لان الموت
يضاف الي الوقوع ولابي حنيفة انه مات بمعنى في نفسه والضمان
انما يجب اذا مات من الوقوع ص او جوعا حكم بالضمان ش قال
محمد اذا وقع انسان في بير احتفرت بغير حق فمات فيها جوعا يجب
علي عاقلة الحافر ديته وقال ابو حنيفة لا شيء عليهم وعن ابي
يوسف ان مات من الغم لم يضمن وان مات من الجوع او العطش لم
يضمن لان موته كان بسبب فساد هوا البير فاضيف الي الحافر
والجوع والعطش لا نسبة لهما الي الحافر وقال محمد يضمن في الجميع
لانه سبب لتلفه فيه وظاهر الرواية ان اكثر ما في الباب ان الحفر
ملحق بالايقاع واثر الايقاع الوقوع لا الغم والجوع والعطش
فيضاف اليه دونهما فالحاصل ان الامام لم يوجب شيا في هذه
المسئلة والتي قبلها ومحمد اوجب فيهما وابو يوسف وافق محمدا
في الاولى فاوجب ووافق الامام في الثانية فلم يوجب شيا
ص ولو التقى الواقع فيها اخر وهو اخر وجهلت كيفية موتهم
يلغى ثلث دية الاول ويوجب ثلثها علي الحافر وثلثها علي الثاني
ونصف دية الثاني لاغير علي الاول واوجب دية الاول علي الحافر
والثاني علي الاول ووجب للثالث علي الثاني ش رجل حفر بئرا في

قارعة

قارعة الطريق فوقع فيها انسان وجر انسانا اخر والثاني ثالثا ووقع
بعضهم علي بعض فماتوا ولم يعلم كيفية موتهم فقال محمد وهو القياس
ان دية الاول علي الحافر ودية الثاني علي الاول ودية الثالث علي الثاني
علي عواقلهم لان الظاهر موت الاول بوقوعه وموت الثاني بجر
الاول وموت الثالث بجر الثاني فلا يقطع الحكم عن الظاهر
ما لم يعارضه مثله وقال ابو يوسف وهو الاستحسان ان دية
الاول اثلاث ثلث علي الحافر وثلث علي الثاني وثلث هدر لان
لموته اسبابا ثلاثة وقوعه ووقوع الثاني والثالث عليه وليس
البعض باولي من البعض والترجيح في هذا لا يقع بالسبق كما في
الجراحات ودية الثاني نصفان النصف هدر والنصف علي الاول
لانه ظهر لموته سببان ودية الثالث كلها علي الثاني لانه لا سبب
لموته سوي جره قال الحاكم وبه ناخذ ص ولو حفرها عبد فمات
بها انسان فاعتق مع العلم به ثم آخر ضمن المولي الدية وولي
الثاني ياخذ منها قدر قيمة العبد وقالا لا بل يضمن له نصف قيمته
من غيرها ش عبد انسان حفر بيرا علي قارعة الطريق فوقع
فيها انسان فمات فاعتقه المولي مع العلم به ثم وقع فيها آخر
كان علي المولي الدية الكاملة ثم قال ابو حنيفه يقتسمان الدية
فيضرب فيها ولي الاول بالدية وولي الثاني بقدر قيمة العبد
حتي لو كانت قيمته مائة دينار فللثاني الستدس وللاول خمسة
اسداس الدية وقالا للثاني نصف قيمته وسلمت الدية للاول
لان العبد صار قاتلا كليهما من وقت الحفر الا ان المولي اعتقه وهو

يعلم باحدهما دون الاخر فصار مختارا للفداء في حق من علم به وعليه
نصف القيمة للذي لم يعلم به وللامام ان دفع الدية كدفع قيمة
العبد فانه تخلص لها عن دفع العبد ولو كان اعتقه وهو لا يعلم
وعزم قيمته للاول لا يغرم للثاني شيا وانما يشارك الاول
فكذا هذا وان دفع فيها ثالث فعند الامام يشارك الاول في الدية
يضرب بان بقيمة العبد والاول يضرب بالدية وقالا للثالث سدس
قيمته يضمنه لي نصف القيمة التي اخذها الثاني ويكون بينهما
نصفين ص والنوم والجلوس والقيام في المسجد بغير صلاة فيه
موجب لضمان ما تلف به ش قال ابو حنيفه اذا دخل مسجدا فنام
فيه او جلس او اقام فيه بغير صلاة فتلف به شي ضمنه وسواء كان
من اهل المسجد لم من غير اهله هو الصحيح وهذا ليس لاهل المحلة
ان يمنعوا غيرهم من الدخول في مسجدهم او يغلقوا بابه عنه ولهذا
اطلق الجواب في الكتاب وقيده بالاجنبي في المسئلة الاتية وقالا
لا يضمن بكل حال لهما ان المسجد بني للصلاة والذكر قال تعالى
وانتم عاكفون في المساجد وقال تعالى في بيوت اذن الله ان ترفع
ويذكر فيها اسمه واذا ثبت لهما ولا يمكن ادا الصلاة مع الجماعة
الا بانتظارها كان الجلوس فيه من ضروراتها فيباح له ولان المنتظر
في الصلاة في الصلاة ما دام ينتظرها فصار المسجد في حقه كمنزلة
وللامام ان المسجد بني للصلاة وغيرها من العبادة تبع بدليل ان
المسجد اذا ضاق على المصلي كان له ان يزعج القاعد غير المتعبد من موضعه
حتى يصلي فيه وفي العادة ايضا لا يعرف بنا المسجد الا للصلاة واسمه

يدل

رجل م

يدل على ذلك ايضا لان المسجد اسم لموضع السجود واذا كان كذلك فلا بد
من اظهار التفاوت بينهما فكان الجلوس فيه في حق الصلاة مباحا مطلقا
من غير تقييد بشرط السلامة وفي حق غيرها مقيد بشرط السلامة
ليظهر التفاوت بين الاصل والتبع ولا يبعد ان يكون الفعل قربة
مقيدا بشرط السلامة الا ترى ان الوقوف في الطريق لاصلاح ذات
البين قربة في نفسه ومع هذا يضمن اذا تلف به شي قال شمس الائمة
الحلواني واكثر المشايخ اخذوا بقولهما وعليه الفتوى ص وكذا طي فتوى
حصيره ورفع قنديله من اجنبي وحب بحفره وبنا به ش قال
ابو حنيفه اذا بسط رجل من اهل المحلة في المسجد حصيرا او طواه
او علق قنديلا او عطب به شي لم يضمن وان كان من غيرهم ضمن وقالا
لا يضمن في هذه المسئلة ايضا لان هذه قربة يثاب عليها الفاعل
فصار كاهل المسجد وهذا لان بسط الحصير وتعليق القنديل
من باب التمكين من اقامة الصلاة فيه فيكون من باب التعاون
على البر والتقوي فيستوي فيه اهل المسجد وغيرهم وللامام
ان التدبير فيما يتعلق بامر المسجد لاهله دون غيرهم كنصب
الامام واختيار المتولي وفتح بابه واغلاقه وتكرار الجماعة حتى لا
يعتد بمن سيقيم في حق الكراهية وبعدهم يكره فكان فعلهم
مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم
بها وقصد القربة لا ينافي الغرامة اذا اخطا كما اذا وقف على الطريق
لاماطة الاذي او لدفع الظلم فعثر به غيره فانه يوجر على ذلك
ويغرم والطريق فيه الاستيذان من اهله ص ويضمن الراكب

مما اوطات الدابة بيدها او رجلها او كدمت او صدمت لاما نفحت برجلها او ذنبها او تلف بروثها سايرة او واقفة له ش اذا سار الانسان علي دابة في طريق العامة فوطيت انسانا بيد او رجل ضمن لانه مستعمل للدابة بالنقل من مكان الي مكان وهي مجبورة علي هذا الفعل من جهته فصارت جنايتها بمنزلة جنايته وان كدمت بفيها والكدم العض بمقدم الاسنان او صدمت والصدم الضرب بالجسد او خبطت والخبط الضرب باليد او اثارت حجرا كبيرا ضمن لان فعل الدابة انما يضاف اليه بواسطة الحمل والاحمال ولكن يلزمه حفظ الدابة وصيانتها عما في وسعه وفي وسعه الصيانة عن الكل فمتي لم يصنها فيه صار متعديا فيواخذ به ولا يضمن ما نفحت برجلها اي ضربت بحافرها او ذنبها وهي تسير او ضربت بحافرها حصاة او نواة او حجرا صغيرا ففقا عينا لانه غير مستعمل في ذلك فلا يصير بها قاتلا حقيقة والسبب المحض انما يلحق بالمباشرة بوصف التعدي وقد عدم فلا يوخذ به بخلاف ما اذا اثارت حجرا كبيرا فانه يضمن لان التحرز عنه ممكن وانما يكون ذلك عادة من قلة هداية الراكب وان راثت في الطريق او بالت لم يضمن من عطب به وان اوقفها لذلك لان سير الدابة لا يخلو عن روث او بول ولا يمكنه التحرز عنه اما حالة السير فظاهر واما حالة الايقاف لذلك فلان من الدواب من لا يروث حتي يقف فلا يستطاع الامتناع عنه فالتقييد بقوله او واقفة له دليل علي انه لو اوقفها لغير ذلك فانه يضمن لانه يمكنه الاحتراز عنه بترك الايقاف والرديف كالراكب لان السير مضاف اليهما

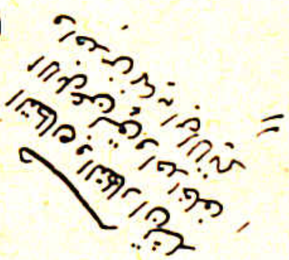
والاصل

والاصل في ذلك ان المرور في طريق المسلمين مباح بشرط السلامة لانه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين جميع الناس فقلنا بالاباحة مقيدا بالسلامة نظرا للجانبين ومراعاة للحقين فيما يمكن الاحتراز عنه لا فيما لا يمكن لان تقييده بها مطلقا يودي الي المنع من التصرف وسد بابه وهو مفتوح والاحتراز عن الايطا والكدم والصدم والخبط ممكن لانه ليس من ضرورات السير فقيدناه بشرط السلامة عنه والاحتراز عن النفحة بالرجل والذنب مع السير علي الدابة غير ممكن فلم يتقيد بها وان اوقفها في الطريق ضمن النفحة ايضا لانه يمكنه التحرز عن الايقاف وان لم يمكنه عن النفحة فصار متعديا بالايقاف وشغل الطريق به فيضمن او نقول الطريق تشبه ملكه من حيث ان المرور فيه مباح له ويشبه ملك الغير من حيث انه ليس له ملك مطلق له التصرف فوفرنا علي الشبهين حظهما فجعلناه كملكه في حق ما لا يمكن الاحتراز عنه وكملك غيره في حق ما يمكن الاحتراز عنه كيلا يتعذر عليه الانتفاع وهذا الحكم في طريق العامة واما في ملك نفسه فانه لا يضمن شيا من ذلك الا الايطا لان ذلك تصرف منه في ملك نفسه فلم يكن متعديا فلم يكن مشروطا بالسلامة لجاز البين في ملكه الا ان الوطء بمنزلة فعله لحصول الهلاك بثقله ولهذا وجبت عليه الكفارة وحرم الميراث في الوطء دون غيره واما في ملك الغير فان كان باذن مالكه فهو كما لو كان في ملكه وان كان بغير اذنه فان دخلت هي من غير ان يدخلها هو ولم يكن معها لا يضمن شيا

هو ح

وان ادخلها هو ضمن الجميع سواء كان هو معها او لم يكن لوجود التعدي بالادخال
والملك المشترك كملكه فيما ذكرنا لان لكل واحد من الشركاء السير والايقاف
ص والقايد ما اصابت يداها دون رجلها ش اي ويضمن القايد
ما اصابت الدابة بيدها لانه عمد من عينه فيمكنه الاحتراز عنه
دون رجلها لعدم ذلك ص والسايق ما اصابت بهما ش اي ويضمن
السايق ما اصابت الدابة بيدها ورجلها هكذا ذكر القدوري وفي
ان النفحة عمد من عينه فيمكنه التحرز عنه بابعاد الناس عنها
والتحذير منها فوجب عليه الضمان ص وقيل كالقايد في الاصح ش
ظاهر الرواية ان السايق كالقايد لما روي انه عليه السلام
قال الرجل جبار ومعناه النفحة بالرجل وهو مروي عن شريح
ايضا ولان الاحتراز عنه غير ممكن لانه ليس على رجلها شيء يمنعها من
النفح وما لا يمكن الاحتراز عنه لا يضمن وعلى هذا اكثر المشايخ ص
وقايد القطار ما اوطأت ش اي ويضمن قايد القطار ما اوطأه اوله
واخر لان سير الدابة مضاف اليه وعليه ضبطه وصيانته
عن الوطء والصدمة ص فان كان معه قايد سايق ضمنا ش
اذا كان مع القايد سايق فالضمان عليهما لان السير مضاف اليهما
وان كان معهما سايق وسط القطار فعليهم اثلاثا فما اصابه مما
هو خلفه فضمانه عليه خاصة وما اصابه مما هو قبله فضمانه
عليهما لان الذي في الوسط سايق لما بين يديه قايد لما خلفه
وكذا ان كان احيانا يتقدم واحيانا يتوسط واحيانا يتاخر ص
ويوجب دية كل من المصطدمين على عاقلة الاخر لانصفها ش قال

قال الرجل جبار معناه النفحة بالرجل



علماؤنا

علماؤنا اذا اصطدم حران سواء كانا فارسين او راجلين خطأ فوقعا
وماتا فعلى عاقلة كل منهما دية صاحبه وهذا استحسان وقال
الشافعي وهو قول زفر يضمن نصف دية صاحبه لان كلا منهما مات
بفعل نفسه وبفعل صاحبه ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه
انه جعل دية كل واحد من المصطدمين على عاقلة صاحبه ولان
كل واحد قاتل صاحبه بصدمته لان دفع صاحبه اياه علة معتبرة
لاتلافه وقوم المصطدم لا تصلح علة معارضة لدفعه لانه يباح
له المشي بخلاف ما اذا اصطدما عمدا او جرح كل منهما نفسه
وصاحبه او حفر ابيرا فانهار عليهما فانه تجب على كل منهما نصف
دية صاحبه لان الفعلين محظوران وان كان احدهما حراما
والاخر عبدا تجب على عاقلة الحر قيمة العبد كلها في الخطأ ونصف
قيمته في العمد وتاخذها ورثة الحر المقتول ويبطل حقهم من الدية
فيما زاد على القيمة او نصفها لان الواجب كان على رقبة العبد
ويبطل بموته الاقدر ما اخلف وهو القيمة او نصفها فياخذها ورثة
الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف وهذا عند ابي حنيفه
ومحمد لان قيمة العبد المقتول تجب على العاقلة على اصلهما لان ضمان
الادمي ولو كانا عبدين يهدر الدم فيهما لان الجناية تعلقت
برقبته دفعا او فداء وقد فاتت لا الى خلف من غير فعل يصير
به المولى مختارا للفداء وفي العمد فات محل القصاص وفي خلاصة
الفتاوي رجلان اصطدما فوقعا فماتا ان وقع كل منهما على وجه
فلا شيء على كل منهما وان وقع على قفاه فعلى عاقلة كل منهما دية صاحبه

وان وقع احدهما على وجهه والاخر على قفاه فدية الذي وقع على وجهه
تهدر ودية الاخر على عاقلة صاحبه ولو ركب دابة فنخسها اخر
فاصاب رجلا على الفور فالضمان على الناخس لان من عادة الدابة
النفحة والوثبة عند النخسة فكان مضافا اليه والراكب مضطر
في ذلك فلم يصر سيرها مضافا اليه فصار الناخس هو المسبب
ولو سقط الراكب فمات من النخسة فالضمان على الناخس ايضا لما
بينا ولو قتلت الدابة الناخس فهو هدر لكحافر البير اذا وقع فيها
ولو امره الراكب بالنخس ضمن الراكب لانه صح امره فصار الفعل
مضافا اليه ولو نفرت الدابة من حجر وضعه رجل في الطريق فالواضع
كالناخس لان الوضع سبب لنفور الدابة او وثبتها كالنخسة
ولو تجاذب رجلان حبلا فانقطع فسقطا وماتا ينظر فان وقعا
على القفا لا تجب لهما دية لان كل واحد منهما مات بقوة نفسه
وان وقعا على الوجه وجب دية كل واحد منهما على عاقلة الاخر
لان كل واحد منهما مات بقوة صاحبه وان وقع احدهما على القفا
والاخر على الوجه فالذي وقع على القفا لا دية له والذي وقع على
الوجه ديته على عاقلة الاخر وان قطع انسان الحبل بينهما فوقع كل
واحد منهما على القفا فماتا فديتهما على عاقلة القاطع ص وورثوا
كلا من الزوجين من دية الاخر ش قال علماؤنا كل من القصاص
والدية يصير ميراثا لكل الورثة بالنسب والسبب جميعا والشهور
عن مالك ان القصاص موروث العصبات خاصة واما الدية
فلا يرث احد الزوجين من دية الاخر شيأ لانها بدل نفسه

وله

ولا حق لاحدهما في نفس الاخر بعد ارتفاع الزوجية بالموت بخلاف
المال لثبوت حق كل واحد منهما في ترکة الاخر بالنص ولنا ما روي
عن الضحاك بن سفيان الكلابي انه قال ورد علي كتاب رسول الله
صلى الله عليه وسلم ان ورث امراة أشيم الضبابي من دية زوجها
والحديث مشهور ولان عليا رضي الله عنه كان يقسم الدية على
من احرز الميراث ص وتضمنه قيمة جمل صال عليه فقتله ش قال
علماؤنا اذا صال صبي او مجنون او دابة على انسان فقتله
المصول عليه وجب الضمان وقال الشافعي لا يضمن لانه قتله
دفعا للهلاك عن نفسه كالحر والعبد اذا صال على انسان فقتله
المصول عليه وروي عن ابي يوسف ان الضمان تجب في الدابة
لا في الصبي والمجنون لان فعل الدابة لا يعتبر لان جرح العجما
جبار وفعل الصبي والمجنون يعتبر ولان عصمتهما لانفسهما
وعصمة الدابة لحق المالك فكان فعلهما مستندا لعصمتهما دون
فعل الدابة وللظاهر انه اتلف شخصا معصوما بالعصمة
الابدية فيجب الضمان كما في الصبي والمجنون الا ان القصاص
لا يجب لانه مضطر في دفع الشر عن نفسه او اتلف مالا معصوما
للمالك كما في الدابة فيجب الضمان وفعل الصبي والمجنون والدابة
لا يسقط العصمة لعدم الاختيار الصحيح ولا يشبه البالغ العاقل
اذا صال بالسلاح حيث تسقط عصمته لان له اختيارا صحيحا
والفرق بين الدابة والعبد ان خطر قتل العبد لم يتعلق بالمولى
ولان العبد يملك اباحة دمه بارتداده وقتل عمد خلافا الدابة

فصل في جناية العبد والجناية عليه

هذا الفصل في التصرفات الموجبة للضمان واختلف في موجب جناية العبد فقيل الدفع وللمولى ان يتخلص بالفدا وهذا يبن المولى بهلاكه ولو كان الموجب الاصلي غيره لما بري بهلاكه قبل الاختيار لان الدفع يفوت به لا الفدا وهذا هو الاصح وقيل موجبها الارش لان النصوص مطلقه من غير فصل الا ان للمولي ان يتخلص بالدفع تخفيفا عليه ثم جناية العبد لا توجب الا دفع رقبته اذا كان محلا للدفع بان كان قنا وهو الذي لم ينعقد له شي من اسباب الحرية كما في التدبير والكتابة واموميّة الولد سواء كانت الجناية علي حر او عبد في النفس او فيما دونها قل ارشها او كثر وسواء كانت واحدة او كثر اذا كانت في النفس موجبة للمال والا فقيمة واحدة ان لم يكن محلا للدفع بان انعقد له شي مما ذكرنا ولا يزيد عليها وان تكررت الجناية ص اذا جني العبد خطا فان شاء مولاه دفعه الي الولي فيملكه والا فداه بالارش حالا ش اذا جني العبد جناية خطا فوليه بالخيار ان شاء دفعه الي ولي الجناية فيملكه لان ملكه زال عنه فيملكه المولي وان شا فداه بارشها لما قلنا لما روي عن ابن عباس رضي الله عنه انه قال اذا جني العبد فمولاه بالخيار ان شاء دفعه وان شا فداه ثم اذا دفعه الي ولي الجناية لما قلنا كان فداه فداه بارش الجناية كل ذلك حالا امّا في الدفع فلان حقه تعلق به فاذا خلي بينه وبين الرقبة سقط حقه في المطالبة واما في الفدا فلانه لا حق له الا الارش فاذا اوفاه حقه سلم العبد له وكذا اذا اختار احدهما ولم يفعل او فعل

يلزمه

ولم يخيره قولا فان حق الولي يسقط في الاحوال المقصود تعيين المحل حتى يتمكن من الاستيفا والتعيين كما يحصل بالفعل يحصل بالقول بخلاف كفارة اليمين حيث لا يحصل التعيين الا بالفعل لان المقصود في حقوق الله تعالى الفعل والمحل تابع ضرورة وجوده ولا فرق بين ان يكون المولي قادرا علي الارش او لم يكن قادرا عند ابي حنيفة لانه اختيار اصل حقهم فيبطل حقهم في العبد لان ولاية التعيين للمولي لا للاولياء وقال ابو يوسف ومحمد لا يصح اختياره الفدا اذا كان مفلسا لابرضا الاولياء لان العبد صار حقا لهم حتى يضمنه المولي بالاتلاف فلا يملك ابطال حقهم الا برضاهم او بوصول البدل اليهم وهو الدية وان لم يختر شيا حتي مات العبد بطل حق المجني عليه لفوات محل حقه بخلاف ما اذا مات بعد اختياره الفدا حيث لم يبرا المولي لتحول الحق من رقبته الي ذمته وهذه الجناية من العبد لا تظهر الا ببينة او باقرار المولي او بعلم القاضي ولا تظهر باقرار العبد محجورا كان او ماذونا فلا يؤاخذ باقراره لا في الحال ولا بعد العتق ص فاذا جني ثانيا عاد الحكم ش ولو فداه المولي ثم عاد فجني كان حكم الجناية الثانية كحكم الاولي لانه لما ظهر عن الجناية الاولي بالفدا جعل كانه لم يكن من قبل وهذا بيدا جناية ص او اكثر من واحدة خير بين دفعه الي الاولياء يقتسمونه بقدر حقوقهم او فدايه بارشهم ش ولو جني العبد قبل ان يختار المولي في الاولي شيا او جني جنايتين دفعة واحدة او جنايات قيل للمولي اما ان تدفعه بالكل او تفديه بارش كل واحدة من

الجنايات لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها كالديون للتلا
الا ترى ان ملك المولى لا يمنع تعلق الجناية فحق المجني عليه الاول اولى بعد
المنع بخلاف الرهن حيث لا يتعلق به حق غيره من الغرماء والفرق ان
الرهن ايفاء واستيفاء حكما فصار كالاستيفاء حقيقة واما الجناية فليس
فيها الا تعلق الحق الاولى وذلك لا يمنع تعلق آخر به ثم اذا دفعه
اليهما اقتسموه على قدر حقوقهم وحق كل واحد منهما ارش جناية
حتى لو قتل واحدا وفقأ عين آخر يقتسمانه اثلاثا لتعلق حقهما
اثلاثا ولو شج رجلا موضحة واخرها شمة واخرى مثقله اقتسموه لصاحب
الموضحة سدس العبد ولصاحب الهاشمة ثلثه ولصاحب المثقله
نصفه وللمولى ان يدفع الى احدهم قدر ما تعلق به حقه ويفدي
لبعضهم لاختلاف [illegible] والمحل حتى لو احد بان قتل رجلا وله ابنان
يدفع اليهما او يفدي من غير خيار لاتحاد السبب وانه تجب
للمقتول ثم يورث عنه ص وان اعتقه او باعه او وهبه او دبره
او استولدها قبل العلم بها ضمن الاقل من القيمة والارش او بعضه
ضمن الارش ش حتى احدث المولى في العبد تصرفا يعجزه عن الدفع
كالعتق والبيع والهبة والصدقة والتدبير والاستيلاد وهو
غير عالم بالجناية ضمن الاقل من قيمته ومن الارش لانه فوت حقه
في اقلهما فيضمنه ولم يصر مختارا للفداء بهذه الافعال لان الاختيار
بدون العلم لا يتحقق وان علم بهذه الجناية واخرجه عن ملكه باحد
هذه الاسباب ضمن الارش لانه صار مختارا للفداء لان الاعتاق يمنعه
من الدفع والاقدام عليه اختيار منه للفداء وكذا اخوات الاعتاق لان

الحق م

كلا

كلا منهما مانع من دفعه الى المولى واذا احدث تصرفا لا يعجزه عن الدفع
لا يصير مختارا والبيع بشرط الخيار للبائع والبيع الفاسد بدون
التسليم ليس باختيار للفداء ص وما جعلناه بالاجارة والرهن
والعرض على البيع والاقرار بعده مختارا للفداء ش قال علماؤنا اذا علم
المولى بالجناية فاجر العبد او رهنه او عرضه للبيع او اقر به لغيره
فهو على خياره ان شاء دفعه بالجناية وان شاء فداه وقال زفر
يكون بذلك مختارا للفداء لانه دليل الامساك فيصير به مختارا
للفداء كالتدبير والاستيلاد ولنا ان هذه التصرفات قابلة
للنقض فلم يثبت بها الاختيار وفي رواية كتاب العتاق الاجارة
والرهن اختيار لانه احدث تصرفا يعجزه عن الدفع اذ حق المستاجر
والمرتهن في العين لازم يمنع المولى من الدفع كالبيع ولرواية
كتاب الديات انه لم يعجز عن الدفع فانه يمكنه ابطال حقهما
بالفسخ لحق المجني عليه بخلاف البيع فان حق المجني عليه لا يمنع نفاذ
تصرفه فيثبت الملك للمشتري والملك اقوى من الحق فلا يبطل
لصون الحق والاقرار به للغير مع العلم بالجناية في رواية الاصل
لا يكون اختيارا وفي غير رواية الاصل وهو قول زفر يكون اختيارا
لان الاقرار لا يوجب سقوط حق المولى وليس فيه نقل الملك لجواز
ان الامر على ما قال للمقر وفي غير رواية الاصول وهو قول
زفر يكون اختيارا لان العبد على ملكه في الظاهر فاذا اقر به استحقه
المقر له باقراره ص ولو علق عتقه بقتل زيد فقتله خطأ جعلنا
مختارا له والزمناه الدية لا القيمة ش قال علماؤنا الثلاثة اذا قال

المولي لعبده ان قتلت فلانا فانت حر فقتله العبد خطأ يصير مختارا للفدا وعلي المولي دية القتيل وقال زفر لا يصير مختارا وعليه قيمة القاتل لانه لم يوجد منه الاختيار بعد الجناية ولنا ان العتاق بعد الجناية والعلم بها اختيار وقد وجد لان المعلق بالشرط كالمنجز عند وجوده فيصير معتقا بعد العلم بالجناية كما اذا قال ان مرضت فانت طالق ثلاثا فمرض من ذلك المرض يصير فارا الا يصير مطلقا من حين وجود المرض بخلاف ما اذا علق الطلاق او العتاق بالشرط ثم حلف لا يطلق او لا يعتق لان غرضه طلاق او عتاق يمكنه الامتناع عنه اذ اليمين للمنع فلا يجب ما لا يمكنه الامتناع عنه لانه حرضه علي مباشرة الشرط بتعلق اقوي الدواعي اليه والظاهر الاقدام عليه فقامت دلالة الاختيار ص والمفلس اذا اختاره لا يجبر علي الدفع ش قال ابو حنيفة اذا جني عبد المفلس جناية خطا واختار المولي الفدا لا يجبر علي الدفع فاختيار المولي صحيح موسرا كان او معسرا فيسار المولي ليس بشرط لصحة الاختيار حتي لو اختار الفدا ثم تبين انه فقير معسر صح اختياره وصارت الدية دينا عليه وقال ابو يوسف ومحمد يسار المولي شرط لصحة اختياره الفدا ولا يصح اختياره اذا كان معسرا الا برضا الاولياء ويقال له اما ان تدفع او تفدي حالا هكذا الاختلاف في ظاهر الرواية وذكر الطحاوي قول محمد مع الامام في جواز الاختيار الا عند محمد تكون الدية في عين العبد لولي الجناية يبيعه فيها المولي لولي الجناية وهكذا روي عن ابي يوسف

ص ولو جني مكاتب فلم يقض بشي حتي جني اخري اوجبنا قيمة واحدة لاثنتين

ش

كانت واجبة وتقرر الوجوب باتصال القضاء به او بالصلح علي القيمة لان الصلح بمنزلة القضاء

ش اهمل المصنف رحمه الله ما يحتاج اليه وذكر ما لا يحتاج اليه فان المسئلة التي ذكرها مكررة ولا يحتاج اليها لانها ذكرت في فصل الكتابة واما المحتاج اليه فهو ان المكاتب اذا جني جناية خطا ماذا يكون الحكم فيه لم يتعرض لذلك فاقول وبالله التوفيق ان المكاتب اذا جني جناية خطا كان عليه الاقل من قيمته ومن الارش لان المكاتب مملوك للمولي رقبة وذا لا حر يدا وتصرفا فباعتبار انه مملوك رقبة يكون موجبا علي المولي وباعتبار انه حر يدا يجب ان يكون موجب جنايته عليه لا علي المولي فجعلنا موجب جنايته في كسبه حتي يكون موجب جنايته عليهما لان لهما حقا في كتابته وقد تعذر دفعه بسبب الكتابة وهي حقهما فوجبت القيمة فيما لهما يجب الاقل من قيمته ومن الارش لان المكاتب عبد الان وقد تعذر دفعه بسبب الكتابة ولو كان يمكنه الدفع تخلص المولي بدفعه وان كان الارش اكثر من قيمة العبد فاذا تعذر دفعه تخلص بدفع قيمته كما في المدبر كذا في المحيط وفي البدايع اختلف اصحابنا في كيفية وجوب موجب

ص والزمنا المدبر قيمة واحدة عن جناياته ش قال علماونا الثلاثة اذا جني المدبر جناية او جنايتين او ثلاثة او اكثر كان علي المولي قيمة واحدة وقال زفر عليه لكل جناية قيمة لان قيمته تجب للاولي في ذمة المولي لتعذر دفعه بالتدبير الذي فعله فكان المدبر غير مشغول بالدين عند الجناية الثانية فيصير الدين مستحقا بالثانية وقد منعه المولي بسبب تدبيره السابق فيلزمه قيمته وهلم جرا فيما يتبعهما من الجنايات ولنا ان المولي لم يمنع عنهم بالتدبير السابق الا رقبة واحدة فلا يكون عليه الا قيمة واحدة وقيمة المدبر قبل

يرجع فيها الى تقويم المقومين وقيل ينقص بالتدبير ثلث قيمته قنا
والصحيح نصف قيمته قنا لان الانتفاع نوعان انتفاع بعينه وهو الاستخدام
والاستهلاك وانتفاع من حيث التصرفات المزيلة للملك وقد فات احدهما
وبقي الاخر فذهب نصف قيمته ص ولو قتل خطا واخر عمدا فعفي احد ولي
العمد فقيمته ثلثين لولي الاول وثلثا لشريك العافي وقالا ارباعا
ش مدبر قتل انسانا خطا واخر عمدا وللمقتول عمدا وليان فعفي احدهما
بطل نصيبه وانتقل نصيب الاخر مالا وضمن المولى قيمة المدبر قال
ابو حنيفه تقسم قيمته اثلاثا باعتبار العول والمضاربة ثلثاها
لولي الخطا وثلثها الذي لم يعف من ولي العمد لان حق ولي الخطا في كل
العبد وحق غير العافي في نصف العبد فجعل كل نصف بينهما فصار
حق ولي الخطا في سهمين وحق غير العافي في سهم فيقسم بينهما اثلاثا
وقال ابو يوسف ومحمد تقسم ارباعا بطريق المنازعة
فيسلم النصف لولي الخطا بلا منازعة واستوت منازعتهما في النصف
الاخر فيتنصف فيكون لولي الخطا ثلاثة ارباعه ولغير العافي ربعه
وهذا اصل عظيم متنوع نوع على المنازعة ونوع على المضاربة ونوع
جعله الامام على المضاربة وهما جعلاه على المنازعة ونوع العكس فيه
الاختلاف وبيان الكل في الزيادات ص ويضمن في المدبر وام الولد الاقل
من قيمتهما ومن الارش ش اذا جنى المدبر او ام الولد جناية خطا ضمن
المولى الاقل من قيمته ومن الارش في ماله حالا لما روي ان ابا عبيدة
بن الجراح رضي الله عنه قضى جناية المدبر على المولى بمحضر من الصحابة
من غير نكير وكان يومئذ امير ا بالشام فكان اجماعا ولان المولى صار

بالتدبير

بلغ مقابلة

بالتدبير مانعا تسليمه في الجناية وكذا بالاستيلاد من غير ان يصير
مختارا للفدا لعدم علمه بما يحدث فصار كما اذا دبره وهو لا يعلم بالجناية
وانما يلزمه الاقل من القيمة ومن الارش لان الارش ان كان اقل فلا
حق لمولى الجناية في الاكثر من الارش وان كانت القيمة اقل فلم يتلف
بالتدبير الا الرقبة وقيمتها تقوم مقامها ولا خيار بين الاكثر والاكثر
قل لانه لا يفيد في حبس واحد لاختياره الاقل بخلاف ما اذا كان
الجاني قنا حيث تخير بين الدفع والفدا ولا يجب الاقل لان
فيه فائدة لاختلاف الحبس لان من الناس من تختار دفع العين
ومنهم من تختار دفع النقد على ما هو الايسر عنده او يبقي ما
تختاره على ملكه ويخرج الاخر عن ملكه ثم الاصل فيه ان جنايات
المدبر لا توجب الا قيمة واحدة وان كثرت لانه لا منع منه الا
رقبة واحدة ولان دفع القيمة فيه كدفع العين وهي لا تتكرر
فكذا ما قام مقامها ويتضاربون بالحصص في القيمة كانه
قايمة مقام عينه فيشتركون فيها كما يشتركون في عينه
اذا دفع ويعتبر قيمته في حق كل واحد منهم في حال الجناية
لانه يستحقه في ذلك الوقت ولا يعتبر يوم التدبير لان موجب
الجناية لا يسبقها حتى اذا قتل رجلا وقيمته الف ثم قتل
اخر وقيمته خمسمايه تجب على المولى الف درهم ص فان عاد فجنى
وقد دفع القيمة الى الاول بقضا شاركه ولي الثانية ش اي اذا دفع
المولى القيمة لولي الجناية الاولى بقضا القاضي ثم جنى جناية
اخرى بعد ذلك فلا شيء على المولى لان جناياته كلها لا توجب الا قيمة

واحدة ولا تعدي من المولي بدفعها الي ولي الجناية الاولي لانه محجور بالقضا
فيتبع ولي الجناية الثانية ولي الاولي فيشاركه فيها ويقتسمانها
علي قدر حقهما ص او بغيره فالثاني يرجع علي الاول او علي المولي ثم
يرجع المولي عليه وقالا لا شيء علي المولي ص او دفع المولي القيمة الي ولي
الجناية الاولي قال ابو حنيفه وولي الجناية الثانية بالخيار ان شا
اتبع المولي بما يخصه من القيمة وان شا اتبع ولي الجناية الاولي
وقال ابو يوسف ومحمد لا شيء علي المولي لانه فعل عين ما
يفعله القاضي ولا تعدي فيه بتسليمه الي الاول لانه حين دفع
الحق الي مستحقه وان لم يكن لجناية الثانية موجودة ولا علم له
بما يحدث حتي تجعل متعديا ولابي حنيفة انه صار بتدبير عند
الجناية مانعا والجناية وان تراخت كالجناية الواقعة دفعة
واحدة في حقه فصار دافعا بعد حقوق الباقين فيضمن وفي الدفع
بقضا القاضي مضطر فيه غير مختار فصار كالوصي اذا دفع التركة
الي الغرما ثم ظهر غريم اخر ولو جني خطا ثم جني خطا ثم
دفع المولي القيمة الي الاول ان كان بقضا فلا سبيل علي المولي
اصلا لانه مجبور في الدفع وان كان بغير قضا فولي الثاني ان شا
ضمن المولي وان شا ضمن ولي الاول فان ضمن المولي لم يرجع
علي الاول فان ضمن ولي الاول فلا يرجع علي المولي بلا خلاف هذا
اذا كانت قيمته وقت الجنايتين علي السوا اما اذا كانت متفاوتة
بان قتل رجلا وقيمته الف ثم ازدادت فصارت الفين ثم
قتل آخر ضمن المولي لولي الاول الفا اخر ولا حق لولي الاول

في الزيادة

في الزيادة لانها لم تكن موجودة وقت الجناية علي الاول وسلمت الزيادة
للثاني وتقسم تلك القيمة وهي الالف بين اوليا الاول والثاني
يتضاربون فيها فيضرب الاول بعشرة الاف والثاني بتسعة
الاف فانه وصل اليه الف من عشرة الاف فكانت قسمة الالف
علي تسعة عشر بينهما عشرة اسهم للاول وتسعة اسهم
للثاني ولو كانت قيمته الفين فانتقصت فرجعت الي الف
ثم قتل اخر لم يضمن المولي شيا والف يكون لولي الاول تسعة اسهم والالف
الاخر تقسم بينهما علي تسعة عشر سهما عشرة اسهم لولي الثاني
وتسعة اسهم لولي الاول وهذه المسئلة مرت في كتاب الصلح
ص وجناية المغصوب علي مولاه معتبرة وعلي الغاصب هدر
ش هاتان مسئلتان الاولي اذا جني العبد المغصوب جناية
موجبة للمال او علي مال مولاه قال ابو حنيفه تعتبر فيجب للمالك
علي الغاصب قيمة الجاني الا ان يكون الارش او قيمة المتلف من المال
اقل فيجب الاقل وملكه متقدر عليه وقال ابو يوسف ومحمد جنايته
عليه وعلي مولاه هدر لانها لو اعتبرت ادي الي التناقي والتضاد
لانه جناية علي المالك فيكون المولي دافعا عبده او قيمته الي نفسه
فيكون مملكا ومتملكا وللامام انها جناية حاصلة من مغصوب
علي اجنبي حكما فوجب اعتبارها قياسا علي الاجنبي حقيقة وحكما
وهذا لان الغاصب في حق المغصوب جعل بمنزلة المالكية والمولي
بمنزلة الاجنبي الا تري لو جني علي اجنبي يكون قرار الضمان
علي الغاصب لا علي المالك ولا تضاد ولا تناقي لان المخاطب باقامة

اذا جني المغصوب علي مولاه وعلي الغاصب
اذا جني المغصوب علي موجب المال
او علي مال مولاه تجب قيمته علي الغاصب ثم الغاصب
يرجع بها علي المولي اذا رفع الامر الي القاضي

حكم الجنايه هو الغاصب فانه مامور بدفع ماهو الاقل من قيمته ومن
الارش لانه عجز عن دفعه لعدم الغايده في الدفع فيعتبر الاقل كما
في المدبر او اجنبي فيكون الغاصب مملكا والمالك متملكا والفايدة
ظاهرة وهو تملك المولى الاقل من قيمته والارش ولم يكن له تملك
ذلك من قبل فصار كما اذا جنى العبد على اجنبي فرضي باخذ ماهو
الاقل منهما ومن الغاصب ولم يطلب الدفع من المولى فان على الغاصب
ان يودي الاقل منهما اليه ويظهر العبد عن الجناية فكذا المولى يطالبه
بماهو الاقل منهما لينزله منزلة الاجنبي المسئلة الثانيه اذا جنى
المغصوب على غاصبه او على ماله قال ابو حنيفة هي هدر وقالا
هي معتبرة ويخاطب المولى بالدفع او الفداء لانها حاصلة من مملوكه
على اجنبي فتعتبر كما لو كانت على اجنبي آخر غيره وهذا لان ملك المولى
قايم فيه بعد الغصب كما هو قبله فكان اجنبيا مطلقا ولابي
حنيفة انها جناية حاصلة على ماله حكما فتعتبر بمالكه حقيقة
فيجب اهدارها كما مر في المسئلة الاولى ونظير هذا الخلاف
جناية المرهون على المرتهن حتى لا يخاطب المولى بالدفع او الفداء
ففي المسالتين جناية المملوك على مالكه فتكون هدرا الا ان الامام
اعتبر المال فيما اذا جنى على الغاصب لانه يتملكه بالضمان وهما اعتبرا
الحال ص ولو قتل عند الغاصب خطا فرده فقتل آخر عند المولى
فاختار دفعه بهما ورجع على الغاصب بنصف قيمته امره بتملكه
وامراه بدفعه الى ولي الاولى وبالرجوع ثانيا بمثله لنفسه ش
رجل غصب مدبرا فقتل عنده انسانا خطا ثم رده على مولاه فقتل عند

مولاه

صح العبد مغصوب على الغاصب
بهدر قيمته لا تضمنها

مولاه آخر فعلى المولى قيمته بينهما نصفان لتساويهما في الحق والمضمون
على المولى بجنايات المدبر قيمة واحدة ثم يرجع بنصف قيمته على
الغاصب لانه غرمه بسبب كان عنده ويدفع الى ولي الجناية الاولى
ثم يرجع على الغاصب به وقال محمد يرجع بنصف قيمته
على الغاصب فيسلم له ولا يدفع الى ولي الجناية الاولى لان ما
يرجع به على الغاصب عوض عما اخذ ولي الجناية الاولى فلا يدفعه
اليه ثانيا لئلا يجتمع العوض والمعوض له ولابي حنيفة وابي يوسف
ان حق ولي الجناية الاولى في جميع القيمة لولا المزاحم وما وصل الى
المولى من الغاصب بدل العبد فيجب اكمال حقه ثم يرجع به على
الغاصب لانه استحق عليه بسبب كان عنده فلم يسلم له واذا
رجع بنصف القيمة ثانيا سلم له ذلك لانه وصل الى اولياء الجناية
تمام حقهم وان جنى عند المولى اولا ثم غصبه رجل فجنى عنده
فعلى المولى قيمته بينهما ويرجع بنصف قيمته على الغاصب فيدفعه
الى ولي الجناية الاولى ولا يرجع به في قولهم محمد فرق فقال يدفع
الماخوذ هنا الى ولي الجناية الاولى لانه استحق تمام القيمة بسبب
كان عنده بخلاف الاولى وهما فرقا بان الدفع هناك لم يكن بسبب
كان عند الغاصب بخلاف الاولى ولو كان مكان المدبر عبد
لم يختلف الجواب وفاقا وخلافا الا ان المولى في العبد يدفعه
وفي المدبر يدفع قيمته لانه لا يحتمل النقل وذكر القدوري في
كتاب التقريب قول الامام وحده وذكر قول ابي يوسف وزفر
مع محمد ص ولو اشترى عبدا فقتل قبل القبض عدا فان امضاه

فله القصاص وان فسخ فهو للبايع ويوجب القيمة للبايع في الفسخ
واوجبها في الحالتين ش قال ابو حنيفة اذا اشتري رجل عبدا فقتل
قبل قبضه عمدا ان اجاز المشتري البيع فله القصاص لان ملكه
كان ثابتا فيه عند القتل وانتهي في ملكه بالاجازة فله ان يقتص
وان فسخ فللبايع القصاص لان بالفسخ ارتفع البيع من الاصل
وظهر ان العبد قتل علي ملك البايع وعن ابي يوسف انه لا قصاص
للبايع لان ملك المشتري قد زال ولم يظهر ان الملك كان للبايع
عند القتل فلم ينعقد القتل موجبا للقصاص فتجب القيمة
وقال محمد تجب القيمة للمشتري ان امضي البيع وللبايع ان فسخ لان
الشبهة متحققه في الوجهين باعتبار ان القتل حين وجد
لم يكن المستوفي للقصاص متعينا وعدم التعيين يقتضي عدم
وجوب القصاص للجهل واذا اخلف المدلول عن الدليل ثبت
شبهة المدلول وفي كتاب التقريب ذكر مكان محمد زفر ولم
يذكر لمحمد فيه قولا ص ومن قتل عبدا خطا كانت قيمته علي العاقلة
لا يزاد علي عشرة الاف الا عشرة وفي الامة علي خمسة الاف
الا عشرة ونوجبها في ماله بالغة ما بلغت كالمغصوب ش
قال ابو حنيفة ومحمد اذا قتل رجل عبدا او امة لغيره خطا فعلي
عاقلته القيمة في ثلاث سنين لكن اذا كانت قيمة العبد عشرة
الاف درهم او اكثر نقص منها عشرة دراهم وان كانت قيمة
الامة خمسة الاف درهم او اكثر نقص منها ايضا عشرة دراهم
لقول بن مسعود رضي الله عنه لا يبلغ بقيمة العبد دية الحر

مسئلة من قتل عبدا او امة لغيره
خطا فعلي عاقلته القيمة
في ثلاث سنين

وينقص

وينقص منها عشرة دراهم والاثر في المقادير كالخبر لانها لا تعرف
الا سماعا ولان ادميته انقص بدليل تنصيف النعم والعقوبات
في حقه اظهارا لانحطاط رتبته فلذا تكون بدلها اقل كالمراة والجنين
وانما نقص منها عشرة لما قدمنا من قول بن مسعود رضي الله عنه
ولانها ادني مال له خطر في الشرع ولهذا قدر نصاب السرقة
والمهر بها وقال ابو يوسف تجب قيمته بالغة ما بلغت لما روي عن
عمر وعلي وبن عمر رضي الله عنهم انهم اوجبوا في قتل العبد قيمته
بالغة ما بلغت ولان الضمان بدل المالية ولهذا تجب للمولي وهو لا
يملك الا من حيث المالية ولو كان بدل الدم لكان للعبد اذ هو في
حق الدم مبقا علي اصل الحرية فعلم انه بدل المالية فصار كقليل
القيمة والغصب ولابي حنيفة ومحمد قوله تعالي ودية مسلمة
الي اهله مطلقا من غير فصل بين ان يكون المقتول حرا او عبدا
والدية في العرف اسم لما يودي في مقابلة الادمي لا في مقابلة المال
وهو ادمي فيدخل تحت النص وهذا لان المذكور في الاية حكمان
الدية والكفارة والعبد داخل فيهما في حق الكفارة لكونه ادميا
فكذا في حق الدية لانه ادمي ولهذا تجب القصاص بقتله عمدا
بالاجماع ويكون مكلفا ولولا انه ادمي لما وجب القصاص وكلف
ولانه لما كان في معني الادمية والمالية والجمع بينهما متعذر وجب
اعتبار اعلاهما وهو الادمية واهدار ادناهما وهو المالية وهذا
اولي من اعتبار العكس لان فيه اهدار ادميته والحاقه بالبهايم
والجمادات غاية الامر ان يقال فيه معني الادمية والمالية وذلك

لا يمنع اعتبار الادمية لما ذكرنا من الاحكام وما رواه معارض بقول
بن مسعود فيحمل على الغصب بمقابلة المالية لانه لا معارض لها اذ
الغصب لا يرد الا على المال وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الادمية
ايضا الا انه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته رايا بخلاف كثير القيمة
لورود قول بن مسعود فيه وهذا الذي قدرناه لما هو اظهر
الروايتين وروى الحسن عن الامام انه يجب في الامة خمسة
الاف الا خمسة ووجهه ان دية الانثى نصف دية الذكر فيكون
الناقص عن دية الانثى نصف الناقص عن دية الذكر كما في الاطراف
والاول اظهر لما قدمنا بخلاف الاطراف لان الواجب فيها بعض
الدية فينقص من كل جزء بحسابه ولو نقص من كل جزء عشرة
لما وجب اصلا ص وتقدر من القيمة ما تقدر من الدية فلا يزاد
في يد العبد على خمسة الاف الا خمسة ويجب في مال الجاني
ش ما قدر من دية الحر قدر من قيمة العبد ففي يده نصف
قيمته لان القيمة في العبد كالدية في الحر اذ هي بدل الدم على ما
بينا فيكون في يده نصف قيمته لا يزاد على خمسة الاف الا خمسة
لان اليد من الادمي نصفه فيعتبر بكله وينقص هذا المقدار اظهارا
لانحطاط رتبته وفي الموضحة خمسمائة الا نصف درهم وفي الاصبع
الواحدة عشر عشر الدية الا درهما لما بينا وعلى هذا سائر الاعضاء
وفي لحية العبد روايتان في رواية الاصل تجب حكومة عدل
وهو الصحيح لان المقصود من العبد الخدمة لا الجمال وروى
الحسن عن ابي حنيفة انه تجب كمال القيمة لان الجمال في حقه

مقصود

مقصود ايضا

فصل في القسامة

وهي مصدر اقسم يقسم قسامة وهي الايمان وسمي بها هذا الباب
لان مبناه على الايمان في الدماء وهي مشروعة بالاجماع والاحاديث
على ما ياتي والاصل فيها ما روي ان قتيلا وجد في محلة فاوجب
النبي صلى الله عليه وسلم القسامة والدية ولان حفظ المحال
والاماكن وصيانتها عن القتل والنوايب واجب على اهلها
وصون دم المعصوم عن الهدر واجب فالشرع الحقهم بالقتلة
لترك حفظها وصونها عن القتل في حق وجوب الدية حقنا للدم
المعصوم المحترم ص اذا وجد قتيل في محلة وبه اثر او كان دمه
يسيل من عينه او اذنه او وجد بدنه او اكثره او نصفه مع الراس
ولا يعلم قاتله وادعى وليه قتله على اهلها او على بعضهم عمدا
او خطا ولا بينة يختار منهم خمسين رجلا احرارا بالغين عقلا
يقسمون بالله ما قتلناه ولا عرفنا قاتله ثم يقضي بالدية
ش اذا وجد قتيل حر مسلم او ذمي عاقل او مجنون بالغ او صبي ذكر
او انثى في محلة من محال المسلمين او اهل الذمة وبه اثر جراحة
او ضرب او خنق او سيلان دم من غير مخارقه كالعين والاذن
او وجد بدنه كله او اكثر من نصفه او النصف ومعه الراس
ولا يعلم قاتله وادعى وليه قتله على اهلها او على بعضهم عمدا
او خطا ولا بينة يختار منهم خمسين رجلا احرارا بالغين عقلا
فيحلف كل واحد منهم بالله ما قتلته ولا عرفت له قاتلا ثم يقضى
بالدية عليهم لقول بن عباس رضي الله عنه وجد قتيل بخيبر

فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اخرجوا من هذا الدير فقالوا قد
وجد قتيل في بني اسرايل على عهد موسى فقضى في ذلك فان كنت
نبيا فاقض فقال تحلفون خمسين يمينا ثم يغرمون الدية
فقالوا قضيت بالناموس اي بالوحي ولان المقصود من القسامة
استظهار الحق واستكشافه وتحليف الخمسين ابلغ في تحصيل
المقصود من تحليف الواحد المتهم وانما جمع بين اليمينين البتات
والعلم لان احداهما كانت على فعلهم والاخرى على فعل غيرهم
ثم من شرط القسامة والدية ان يعلم كونه قتيلا بالاثر
من جراحة او ضرب او خنق او سيلان دم من غير مخارجه كالعين
والاذن لان الدم لا يخرج منها عادة الا بفعل فيجري عليه
احكام القتيل فان جرح من مخارقه كالفم والدبر والذكر فليس
بقتيل لان الدم يخرج من هذه المواضع من غير فعل عادة فلا يستدل
به على انه قتيل فلا تجب القسامة لانها انما تجب في القتيل
وهذا ليس بقتيل وانما مات حتف انفه وفي مثله لا قسامة ولا
غرامة لان القسامة لاحتمال القتل منهم فلا بد من اثر يكون بالميت
ليستدل به على انه قتيل وذلك بان يكون به شيء مما ذكرناه والغرامة
مع قتل العبد او بوجد به نه كله او اكثر من نصفه او النصف مع
الراس فانه وجد اقل من النصف سوا وجد معه الراس ام لا فلا
شيء عليهم لان هذا حكم عرف بالنص وقد ورد في البدن ولكن اكثر
البدن كله حكمي فالحق بالكل حقيقة تعظيما لامر الدم وما دونه
ليس بكل حقيقة ولا حكما فبقي على اصل القياس فلا تجب فيه قسامة

ولا دية ولا شيء لو اعتبرناه لاجتمعت القسامات والديات بمقابلة
شخص واحد بان يوجد اطرافه في القرى متفرقة ولم يرد بذلك
نص والجملة في ذلك ان ما وجد ان لو كان وجد باقيه جرى فيه
القسامة لم تجب فيما وجد وان كان لو وجد باقيه لم تجز فيه
القسامة وجبت فيه وينبني على هذا صلاة الجنازة لانها
لا تتكرر ومن شرائط ذلك ان لا يعلم قاتله لانه اذا علم قاتله
فلا قسامة وتجب القصاص او الدية ومنها الدعوى من اولياء
القتيل لان القسامة يمين فلا تجب بدون الدعوى ومنها
ان لا يكون للمدعي بينة على دعواه لانه اذا كان له بينة فلا حاجة
الى القسامة ومنها ان يكون اهل القسامة احرارا بالغين عقلاء فلا
يدخل صبي ولا مجنون في القسامة سوا وجد في ملكهما او في غير
ملكهما لانهما ليسا من اهل النصرة وهل يدخلان في الدية على العاقلة
ان وجد القتيل في ملكهما يدخلان والا فلا ولا يدخل العبد المحجور
والمدبر وام الولد في القسامة والدية واما المأذون والمكاتب
فلا يدخلان في قسامة وجبت في قتيل وجد في غير دارهما وان
وجد في دارهما فالمأذون ان لم يكن عليه دين فلا قسامة عليه
بل على مولاه وعاقلته استحسانا وان كان عليه دين فينبني على قياس
قول الامام ان تجب القسامة على العبد وفي الاستحسان تجب
على المولى والمكاتب اذا وجد قتيل في داره فعليه الاقل من قيمته
ومن الدار وهل تجب عليه القسامة ذكر القاضي في شرح
مختصر الطحاوي ان عليه الايمان وان حلف تجب عليه الاقل من قيمته

قتل

ومن الدية الا قدر عشرة دراهم ولو كان القتيل مولي فحاليه الا
من قيمته ومن الدية وتكون القيمة حالة لا موجلة ولا تدخل المراة
في القسامة والدية في قتيل وجد في غير ملكها لما قلنا في الصبي والمجنون
ومنها ان لا يكون القتيل مملوكا لصاحب الملك الذي وجد فيه
القتيل فلا قسامة ولا دية في قن او مدبر او ام ولد او مكاتب
او ماذون وجد قتيلا في دار مولاه ومنها ان يكون القتيل من بني آدم
فلا قسامة في بهيمة وجدت في محلة قوم ولا غرم فيها وتجب في
العبد والمدبر وام الولد والمكاتب القسامة والقيمة وانما كان
الخيار الي الولي لان الايمان حق له والظاهر انه يختار من يتهمه بالقتل
فكان الخيار اليه لا للسلطان م وتكرر ان نقصوا ش اي ان لم يتم
العدد المذكور كرر الحلف عليهم ليتم خمسون يمينا لان الخمسين
يمينا واجبة بالسنة فيجب اتمامها ما امكن ولا يشترط فيه
الوقوف علي الغاية فيما ثبت بالنص وقد روي ان عمر رضي الله عنه
لما قضي بالقسامة وافاه تسعة واربعون رجلا فكرر اليمين علي رجل
منهم حتي تمت الخمسون ثم قضي بالدية وعن شريح والنخعي مثل
ذلك ولان فيه استعظاما لامر الدم فتكمل وتكرار اليمين من واحد
علي سبيل الوجوب ممكن شرعا كما في كلمات اللعان وان كان العدد
كاملا فاراد الولي ان يكرر علي احدهم فليس له ذلك لان المصير الي
التكرار ضرورة للاكمال وقد حصل م فان نكلوا حبسوا اليقروا
او يحلفوا ويحكم بها لنكولهم ش اي ومن ابي منهم ان يحلف حبس
حتي يقر او يحلف عند ابي حنيفة ومحمد لان اليمين واجبة عليهم

فمن نكل

العاقلة والديوان وجد في ملك امراة
ولا تحلف الصبي والمجنون
لانه ليس من اهل
اذا وجد العبد قتيلا في دار مولاه
لا قسامة ولا دية ولو المدبر
وام الولد والمكاتب

منها

ويجب القسامة والقيمة في العبد
والمدبر وام الولد والمكاتب
الكتابة ... لا السلطان
ولا قسامة في البهيمة في محلة قوم
ويكرر الحلف الي ان تتم الخمسون
اليمين ... النقص

روي ان عمر حلف تسعة واربعون
رجلا فكرر اليمين علي رجل
منهم حتي تمت الخمسون ثم قضي
بالدية

ومن ابي منهم عن الحلف حبس حتي
يقر او يحلف عندهما
وعند ابي يوسف يقضي عليه
بمجرد النكول الدية

فمن نكل منع حقا عليه ومنع الحق ظلم وجزا الظلم الحبس واذا حلف دفع
القتل واذا اقر وجب موجب ما اقر به لان اقراره حجة عليه وعن ابي
يوسف انه يقضي عليه بمجرد النكول بالدية كما في دعاوي المال
وللظاهر ان اليمين في القسامة مستحقة لذاتها وليست ببدل
عن الدية تعظيما لامر الدم ولهذا تكرر ويجمع بينها وبين الدية
بخلاف الاموال لانها بدل عن اصل حقه ولهذا تسقط ببدل المدعي
عليه وفي القسامة لا تسقط اليمين ببدل الدية وفي الذخيرة
وقاضي خان ان الجبر علي اليمين بالحبس عند النكول اذا كانت الدعوي
في القتل العمد لما في الخطا فيقضي بالدية علي العاقلة ولا يحبس
م ولا يبدا بيمين الولي اذا كان لوث ليحكم له بها ان حلف وعليهم
ان نكلوا وبالبراة ان حلفوا ش قال علماونا لا يبدا بيمين الولي بل
الحكم ما ذكرناه وقال الشافعي اذا كان لوث اي علامة القتل
علي احد بعينه او ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة او شهادة
عدل او جماعة غير عدول بان اهل المحلة قتلوه يستحلف الولي
اولا خمسين يمينا ثم يستحلف اهل المحلة ان نكلوا فعليهم
الدية وان حلفوا فلا دية عليهم سوا كانت الدعوي في العمد
او الخطا والخلاف في تحليف الولي وفي براة اهل المحلة باليمين له
في البداة يمين الولي ما روي عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده
ان رسول الله صلي الله عليه وسلم انه قال البينة علي المدعي واليمين
علي من انكر الا في القسامة ولان اليمين حجة لمن يشهد له الظاهر
والظاهر يشهد للولي عند قيام اللوث فيبدا بيمينه فيثبت

والحبس عند النكول في العمد
اذا ادعي الولي العمد وفي الخطا
يقضي بالدية علي العاقلة كما في الذخيرة
وقاضي خان

القصاص في العمد والدية في الخطا / الا ان عند هذه الدلالة فيها نوع
شبهة والقصاص يندري بالشبهات والمال يثبت مع الشبهة
ولنا اطلاق قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على
من انكر وروي سعيد بن المسيب ان النبي صلى الله عليه وسلم بدا
باليهود في القسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتل بين اظهرهم
ولان اليمين ليست بحجة صالحة لاستحقاق فلس فاولى ان لا يكون
حجة لاستحقاق نفس واليمين انما شرعت لابقاء ما كان فلا يستحق بها
ما لم يكن مستحقا والاستثناء فيما روي معارض باطلاق الحديث
المشهور ولو ثبت فتاويله ان اليمين على المدعي عليه بعينه الا في
القسامة فانه يحلف من لم يدع عليه القتل بعينه او اليمين كل
الواجب على المدعي عليه / الا في القسامة فانه تحلف فان الدية
تجب معها وله في براءة المدعي عليه باليمين قوله عليه السلام ت
قسم بكم اليهود بايمانهم ولان اليمين مبراة في الشرع عن الدعوى
لا ملزمة كما في سائر الدعاوي ولنا انه عليه السلام جمع بين القسامة
والدية فيما رويناه وما رواه ضعفه جماعة من اهل الحديث فلا يلزم
حجة ولين ثبت فانما قال ذلك على سبيل الاستفهام انكارا عليهم
لما لم يرضوا بايمانهم فكانه قال ان اليهود وان كانوا كفارا ليس عليهم
فيما يدعون عليهم غير ايمانهم وكما لا يقبل منكم وان كنتم مسلمين ايمانكم
فتستحقون بها كذلك لا تجب على اليهود بدعواكم عليهم غير ايمانهم
ويدل عليه ان عمر رضي الله عنه قضى بمثله في القتيل الذي وجد بين
وادعة واوجب وجعل على اهل وادعه القسامة والدية فقالوا لا

ايماننا

حكم باليهود قسامة لصاء
وما حكم في الدية والكفا
عند وجود القسامة منهم

ايماننا تدفع عن اموالنا ولا اموالنا تدفع عن ايماننا فقال اموالكم تحقن
دماءكم واما ايمانكم فلوجود القتيل الظاهر ولاحكموا له بالقود ان ادعى
العمد وحلف مع اللوث ش قال مالك اذا وجد قتيل في محلة وبه لوث
وادعى وليه على احد من اهل المحلة انه قتله عمدا يحلف خمسين يمينا
انه قد قتله ض وان ادعى على غيرهم سقطت القسامة عنهم لا على واحد
منهم س اذا ادعى الولي على غير اهل المحلة القتل سقط حقه في القسامة
والدية لانه قد ابراهم بدعواه على غيرهم وان ادعى على بعض اهل المحلة
بعينه لم تسقط في ظاهر الرواية لان وجوبه لوجود القتل فيهم
وتقصيرهم وعدم العلم بالقاتل وبه لا ينتفي الوجوب وعن الامام
محمد انها تسقط لان الدعوى على واحد منهم ابراء للباقين اذ دعوى
وجود القتل عنه نفي لوجوده من غيره وشهادتهم على المدعي عليه
مردودة س قال ابو حنيفه اذا ادعى الولي على احد من غير اهل
المحلة فشهد عليه اثنان منهم لم تقبل شهادتهما ولا يثبت
القتل على المدعي عليه لانهما خصمان فيها كالوصي والوكيل اذا خاصم
ثم عزل وقالا لا تقبل لانهما لا يدفعان بها مغرما ولا يجران مغنما
قال في الاسرار ما قاله الامام اظهر وما قالاه احق وتبرا اهل المحلة
من القسامة والدية بالاجماع وعلى هذا اذا ابراهم الولي لا تقبل
شهادتهم عند الامام لاحتمال انه يوصل به الى تصحيح شهادتهم
وعندهما تقبل وان ادعى الولي على واحد من اهل المحلة بعينه وشهد
عليه اثنان منهم لم تقبل بالاجماع لان الخصومة ثابتة تقديرا
مع اهل المحلة جميعا فكانا متهمين في هذه الشهادة فترد ص

واذا قال المستحلف قتله فلان استثناه في يمينه ش اذا قال الذي
يستحلف قتله فلان استثناه في يمينه فيقول احلف بالله ما قتلته
وما علمت له قاتلا سوى فلان لانه لما اقر بالقتل على واحد صار
مستثنيا عن اليمين وبقي حكم من سواه على حاله فيحلف عليه ولا
يقبل عليه قول المستحلف انه قتله لانه يريد بذلك اسقاط الخصومة
عن نفسه فلا يقبل ويحلف على ما ذكرنا وفي النهاية هذا قول محمد
واما على قول ابي يوسف فلا يحلفون على العلم لانه قد عرف القاتل
واعترف به فلا حاجة اليه ومحمد يقول انه عرف له قاتلا اخر معه
ص واذا وجد على دابة كانت على عاقلة السايق ش اذا وجد القتيل على
دابة وله سايق او قايد او راكب فديته على عاقلته دون اهل المحلة
لانه هو المختص بتدبير الدابة وما في يده فصار كما كان في داره ولا
فرق بين كون الدابة ملكا للسايق او القايد او الراكب وان اجتمعوا
فعليهم جميعا الدية لان القتيل في ايديهم دون اهل المحلة فصار
كما اذا وجد في دارهم ولا يشترط ان يكونوا مالكين للدابة بخلاف
الدار والفرق ان الدابة اليهم وان لم يكونوا مالكين لها وتدبير
الدار الى مالكها وان لم يكن ساكنا فيها وقيل القسامة والدية على
مالك الدابة فعلى هذا لا فرق بينها وبين الدار وان لم يكن مع الدابة
احد فعلى اهل المحلة لان وجوده على الدابة كوجوده في الموضع الذي فيه
الدابة وفي البدايع وان لم يكن مع الدابة احد فان كان ذلك الموضع
ملكا لاحد فهي على المالك وان كان لا مالك له فعلى اقرب المواضع اليه
بحيث يسمع الصوت وان كان لا يسمع فهي هدر ص او بين قريتين

كانت

كانت على اقربهما ش واذا وجد قتيل بين قريتين او قبيلتين فالقسامة
على اقربهما بذلك قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم وعمر في القتيل
بين وادعة وارحب ولان حفظ ذلك الموضع على اقربهما وهذا اذا
كان بحال يسمع الصوت منه لانه يلحقه الغوث فيمكنهم النصرة
وقد قصروا واذا كان لا يبلغ الصوت فلا شيء على واحد منهما لانه
لا يلزم نصرته فلا تقصير منهم ص او في دار انسان كانت
القسامة عليه ش واذا وجد القتيل في دار فالقسامة على رب
الدار لانه احض بالدار من اهل المحلة والدية على عاقلته لان
الدية للنصرة ونصرة رب الدار على عاقلته وذكر في الدخيرة ان
الدية على عاقلة صاحب الدار باتفاق الروايات والقسامة
على صاحب الدار في رواية وعلى عاقلة صاحب الدار في اخرى
وكان الكرخي يوفق بين الروايتين ويقول الرواية التي توجب
القسامة على صاحب الدار محمولة على ما اذا كان قومه فيها
لانه لا تهمة تلحقهم فلم تجز دخولهم في القسامة ووجه الرواية
الاخرى انهم دخلوا في الدية مع الغيبة فيدخلون في القسامة
كالحاضرين والرواية التي توجب على قومه محمولة على ما اذا كان
قومه حضورا لان التهمة موجودة في حقهم والقاتل يجوز ان يكون
منهم ص ويشارك بين السكان والملاك في القسامة واخرجا
السكان ش قال ابو يوسف اخرا اذا كان في المحلة ملاك وسكان
فالقسامة عليهم جميعا وقال ابو حنيفة ومحمد القسامة على الملاك
خاصة لان ابي يوسف ان ولاية الحفظ تثبت بالسكنى كما تثبت

بالملك ولهما ان الملاك اصل والسكان تبع والاصل اولى بولاية الحفظ
وقول محمد مع الامام فيما ذكره الطحاوي وغيره وجعله صاحب النافع مع
ابي يوسف واهل الذمة كالمسلمين في القسامة لاستوايهم في
اهلية النصرة وولاية الحفظ ص وهي على اهل الحظة ولو بقي واحد دون
المشترين وشاركا بينهم ش قال ابو حنيفة القسامة على اهل
الحظة وهم الذين حظ لهم الامام عند فتحها وقسم الاراضي بحظه
لتميز اصبابهم ولو بقي منهم واحد لا تنتقل عنهم وقالا الكل
مشتركون في ذلك لانها وجبت بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ
والولاية بالملك لستوي اهل الحظة والمشترون في ذلك لاستوايهم
في الملك ولابي حنيفة ان اهل الحظة اخص بنصرة البقعة والحكم
يتعلق بالاخص فكان المشتري معهم كالاجنبي ولان العقل يعلق
في الاصل باهل الحظة فما بقي منهم واحد لا تنتقل عنهم حمواي الاب
اذا الزمهم العقل لا تنتقل الى موالي الام ما بقي منهم واحد وقيل
ابو حنيفة بني ذلك على ما شاهد من عادة اهل الكوفة فان اهل
الحظة هم الذين كانوا يدبرون امر المحلة وينصرونها دون المشترين
فبني الامر على ذلك ولم يذكر الكرخي قول محمد وذكره غيره مع الامام
وان لم يبق من اهل الحظة احد فهي على المشترين بالاجماع لان الولاية
انتقلت اليهم لزوال من يتقدم عليهم عندهما وعند ابي يوسف
خلصت لهم الولاية لزوال من يزاحمهم واذا وجد في دار السكان بدخل
العاقلة في القسامة ان كانوا حاضرين عندهما وعند ابي يوسف
لا تدخل لان رب الدار اخص به من غيره فلا يشاركه غيره فيها

كاهل المحلة لا يشاركهم فيها عواقلهم فصاروا كما اذا كانوا غايبين
ولهما انهم احضر لزمهم لنصرة البقعة كما تلزم صاحب الدار فيشاركونه
في القسامة ص وان وجد في دار بيعت قبل القبض فهي على عاقلة من في
يده مطلقا وقالا ان كان باتا ففي عاقلة المشتري والا فعاقلة
من تصير له ش قال ابو حنيفة اذا اشترى رجل دارا فلم يقبضها
حتى وجد فيها قتيل فالقسامة على عاقلة من الدار في يده مطلقا
اي سواء كان البيع باتا او بشرط الخيار لاحدهما وقال ابو يوسف
ومحمد ان كان البيع باتا ففي عاقلة المشتري وان كان فيه خيار
ففي عاقلة من يستقر الملك له لانه انما نزل قاتلا باعتبار التقصير
في الحفظ فلا يجب الا على من له ولاية الحفظ والولاية لتستفاد
بالملك ولهذا لو كان الدار وديعة تجب الدية على صاحب
الدار دون المودع والملك للمشتري قبل القبض في البيع البات
وفي الذي يشترط فيه الخيار يعتبر قرار الملك كما في صدقة
الفطر ولابي حنيفة ان القدرة على الحفظ باليد دون الملك
والاقدرة بالملك دون اليد في الدار المغصوبة وفي البيع البات
اليد للبايع قبل القبض وكذا في كل ما فيه الخيار لاحدهما لانه
دون الثابت ولو كان المبيع في يد المشتري والخيار له فهو اخص
الناس به تصرفا وان كان الخيار للبايع فهو في يد مضمون عليه
بالقيمة كالمغصوب فيعتبر يده اذ بها يقدر على الحفظ بخلاف
صدقة الفطر لانها تجب على المالك لا على الضامن وهذا ضمان
جناية فيجب على الضامن لان ضمان الجناية لا يشترط فيه الملك

الاتري ان الغاصب يجب عليه ضمان جناية العبد المغصوب والملك
وبخلاف ما اذا كانت الدار في يده وديعة لان هذا ضمان ترك الحفظ
وهو انما يجب على من كان قادرا على الحفظ وهو من له يد اصالة لا يد
نيابة ويد المودع يد نيابة وكذا المستعير والمرتهن لان يده يد امانة
لان العقار لا يضمن بالغصب عندنا ذكره في النهاية وكذا في الهداية
ما يدل على ان الضمان على الغاصب فالحاصل ان الامام اعتبر اليد لان
القدرة على الحفظ انما تكون بها وهما اعتبرا الملك فاذا اسقط
يصير كالبات والخلاف في القسامة والدية واحد وهما متلازمان
ص او في دار نفسه فهي على عاقلته بخلاف ش قال ابو حنيفه
اذا وجد الانسان قتيلا في دار نفسه فعلى عاقلته القسامة
والدية وقال ابو يوسف ومحمد وهو قول زفر وجه هذا احتمال
انه قتل نفسه فتمكنت فيه شبهة عدم الوجوب وللامام ان
قتله نفسه نادر فلا يمكن ان يجعل قاتلا نفسه حكما بترك حفظ
الدار فجعلت عاقلته قاتله بترك حفظ الدار صونا لدمه عن
الهدر كما لو وجد جميع اهل المحلة قتلا يجب ديتهم على عواقلهم
ولا تسقط القسامة كذا هذا ولم يذكر القسامة على العاقلة على
قول الامام في مختصر الكافي ومختصر الطحاوي والكرخي والقدوري
وفي كتاب التقريب للمقدوري قيل لا تجب واختاره شمس الائمة
السرخسي ومن تابعه وقيل تجب واختاره النسفي وصاحب البدائع
ص او في دار امراة في مصر خال عن عشيرتها تجب بها مع الدية
على عاقلتها وحضها بالقسامة والعاقلة بالدية ش قال ابو يوسف

اذا وجد

اذا وجد قتيل في دار امراة في مصر ليس فيه احد من عشيرتها او
كان تجب القسامة والدية على عاقلتها لان القسامة باعتبار النصرة
كالدية وهي ليست من اهلها وقال محمد القسامة عليها وتكرر عليها
الايمان ثم يقضي بالدية على عاقلتها لان وجوبها بالملك والمراة كالرجل
فيه بخلاف الصبي وبخلاف المحلة لانها في المحلة بمنزلة الصبي من
حيث القيام بحفظ المحلة والتدبير فيها هكذا ذكر الخلاف في الاصل
بين ابي يوسف ومحمد ولم يذكر قول الامام وذكر الطحاوي والكرخي
وغيرهما قول الامام مع محمد في هذه المسئلة ثم ظاهر ما يقول
في الكتاب يدل على انه ليس عليها شيء من الدية وهو اختيار الطحاوي
في مباشرة القتل ايضا فانه يقول ان كان القاتل من حملة العاقلة
فعليه جزء من الدية وان كان غيرهم فلا شيء عليه والمراة لا تدخل
في العاقلة ان كان القاتل غيرها ومن اصحابنا من يقول هي لا تدخل
في العاقلة لان النصرة لا تقوم بها اما اذا كانت هي المباشرة فعليها
جزء من الدية لانه وجب على غير المباشر فعلى المباشر اولى ووجوب
جزء على المالك باعتبار ان التدبير اليه وفي هذا الرجل والمراة سوا
وفي المحيط وغيره اذا وجد قتيل في دار امراة كرر عليها خمسون
يمينا وقضي بالدية على عاقلتها عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي
يوسف يضم اليها اقرب القبايل منها فيقتسمون ويحلفون
وذكر القدوري ان عند ابي يوسف القسامة والدية على عاقلتها
ص او في سفينة كانت على من فيها مطلقا ش اذا وجد قتيل
في سفينة فالقسامة على الملاح والركاب وعلى من بيدها لانها

اذا وجد قتيل في دار امراة في مصر ليس فيه احد من عشيرتها او كان القسامة والدية على عاقلتها وقال محمد القسامة عليها وتكرر عليها الايمان

في ايديهم كالدابة وظاهر على قول ابي يوسف لانه يرى القسامة على
الملاك والسكان والغرق على قولهما ان السفينة تنقل وتحول فتعتبر
فيها اليد دون الملك كالدابة ولا كذلك الدار والمحلة فافترقا
ص او في مسجد محلة فعلى اهلها ش اذا وجد قتيل في مسجد محلة كانت
القسامة على اهل المحلة احض بتدبيره والتصرف فيه فكانه وجد
في نفس المحلة ص او الجامع او الشارع فلا قسامة وتجب الدية في
بيت المال ش اذا وجد قتيل في الجامع او الشارع الاعظم او الجسور
العامة فلا قسامة فيه لانه لا يختص به احد دون غيره بل يتعلق
بجماعة المسلمين فما يجب لاجلهم يكون في بيت مالهم لانه معد
لنوايب المسلمين ولو وجد في دار الوقف او الارض الموقوفة
فان كان القوم معلومين فالقسامة والدية على الارباب
ولو كان الوقف على مسجد المحلة تجب على اهل المحلة كما لو وجد في
المسجد ص او في وسط الفرات اهدرناه ش وان وجد في نهر
عظيم كالدجلة والفرات تجري فيه المآقال علماؤنا الثلاثة
دمه هدر وقال زفر ليس بهدر والقسامة والدية على
اقرب القرى منه كالمحتبس الى جانب منه ولنا انه لا يد لاحد
على هذا النهر فهو كالموجود في المفازة ولانه ينتقل من مكان الى
مكان ولا يدري موضع قتله بخلاف المحتبس فانه غير منتقل
وان وجد في نهر صغير لقوم معروفين فهي عليهم لانه منسوب
اليهم كالمحلة وان وجد على شط النهر العظيم فهو على اقرب القرى
منه لانه كالملقى وهذا اذا كانوا بالقرب من ذلك الموضع بحيث يسمع

الصوت

الصوت اما اذا كانوا بحيث لا يسمع الصوت فلا شيء عليهم والفلاة
على هذا ان كان بعيدا عن العمران بحيث لا يسمع الصوت فلا شيء على احد
وان كان قريبا بحيث يسمع الصوت فعليهم لانه في ايديهم وتدبيره
اليهم الا ترى انه ليس لاحد ان يحي ذلك الموضع **فصل ١٢**
في العاقلة العاقل جمع معقلة بفتح الميم وضم القاف كمكرمة
وهي الدية وسميت عقلا لانها تعقل الدماء من ان تسفك اي تمسكها
يقال عقل البعير عقلا اي شده بالعقال ومنه العقل لانه يمنع
عن القبايح والاصل في وجوب الدية على العاقلة ما تقدم من
حديث الجنين حيث قال عليه السلام لاولياء الضاربة
قوموا فدوه ولان العقل يابى مواخذة غير الجاني وانما اوجب
الشرع العاقل على العواقل لانه لحق اهل التناصر والتعاون
بالقاتل في المواخذة بالضمان حالة الخطاء والنسيان لانهم قصروا
في حقه عن التجاسر على قتل العدوان والمعقول ايضا يدل عليه
فان الخاطي معذور وعنده لا يعدم حرمة النفس بل يمنع وجوب
العقوبة عليه فاوجب الشرع الدية صيانة للنفس عن الهدار
وفي ايجاب الكل عليه في ماله اجحاف واستيصال له فيكون عقوبة
له فتضم العاقلة اليه دفعا للعقوبة عنه ولان ذلك انما يكون
بظهور عشيرته وقوة اعضاده بكثرة نصرته وقوة اعضاده
منهم فكانوا كالمشاركين له في القتل فضموا اليه كذلك كالردء
والمعين ولانه يتحمل عنهم اذا قتلوا فيتحملون عنه اذا قتل فيكون
من باب المعاونة كعادة الناس في التعاون بخلاف المتلفات

بخلاف المتلفات لان قيمتها لا تكثر فلا يحتاج الى التخفيف

لان قيمتها لا تكثر فلا تحتاج الى التخفيف والدية مال كثير تجحف
بالقاتل فاحتيج الى التخفيف ص وتجب على العاقلة كل دية وجبت
بنفس القتل ش كل ما وجب بنفس القتل ابتدا كقتل الخطا وشبه العمد
فهو على العاقلة اما وجوبها في الخطا فلان عمر رضي الله عنه قضى فيه
بالدية على العاقلة بحضرة الصحابة من غير نكير فكان اجماعا واما شبه
العمد فلحديث الجنين الا ترى انها تعمدت ضربها بالعمود فقضى رسول
الله صلى الله عليه وسلم بالدية على العاقلة ولان الخاطي معذور
لانه لم يقصد القتل وكذا الذي باشر شبه العمد لان الالة ليست
موضوعة للقتل فكان في معنى الخطا بخلاف ما وجب في ثاني الحال
كالواجب بالعمد الذي دخله شبهة كالاب في قتل ولده او
بالصلح عن الجناية على مال او بالاقرار على نفسه بالقتل خطا وما دون
ارش الموضحة ونحو ذلك فانه لا يجب على العاقلة ص ونجعلهم اهل
الديوان ان كان القاتل منهم لا اهل عشيرته ش قال علماونا العاقلة
هم اهل الديوان ان كان القاتل منهم واهل الديوان هم الذين لهم رزق
في بيت المال وفي زماننا اهل الديوان هم اهل العسكر لكل راية ديوان
على حدة وقال الشافعي هم العصبات من النسب لما روي انه عليه
السلام قضى بدية المراة المقتولة ودية جنينها على عصبة القاتلة
وكان كذلك الى ايام عمر رضي الله عنه ولا نسخ بعد النبي صلى الله عليه
وسلم فيبقى على ما كان ولان لزوم الدية بطريق الصلة والصلة
المالية تستحق بالقرابة دون الديوان كالارث والنفقة ولنا
ما روي عن ابراهيم النخعي انه قال كانت الديات على عهد رسول الله صلى
الله عليه وسلم

الله عليه وسلم وابي بكر وعمر على عشيرة القاتل فلما جا عمر ووضع الدواوين
جعلها على اهل الدواوين من المقاتلة بحضر من الصحابة رضي الله عنهم
ولم ينكر عليه احد فكان اجماعا منهم وانما جاز لعمر التحويل لانه عرف
ان العقل كان باعتبار النصرة لا باعتبار النسب ولهذا لم يوخذ من
النسوان والصبيان من العشيرة في زمنه فكان فعله وفاقا لما قضى
رسول الله صلى الله عليه وسلم على العشيرة باعتبار اتحاد المعنى
وهو النصرة لا نسخا لان العقل كان على اهل النصرة وقد كانت بانواع
من الحلف والولا والقرابة وفي زمن عمر صارت بالديوان فجعلها
على اهلها اتباعا للمعنى ولهذا قالوا لو كان اليوم قوم يتناصرون
بالحرف فعاقلتهم اهل الحرفة وان كانوا يتناصرون بالحلف فاهله
ولما كان ايجابها بطريق الصلة كان ايجادها فيما يصل اليهم صلة
وهو العطا اولى من ايجابها في اصول الاموال لانه اخف وما تحملت العاقلة
الا للتخفيف ص فيوخذ من عطاياهم الى اخر ش التقدير بثلاث
سنين مروي عن النبي صلى الله عليه وسلم ومحكي عن عمر رضي الله عنه
والاخذ من العطا للتخفيف وهو يخرج في كل سنة مرة واحدة ويعتبر
الاجل من يوم القضا لا من يوم القتل لان القياس يابي وجوب المال
بمقابلة الادمي لان ضمان العدوان مقيد بالمثل ولا مماثلة بين
الادمي والمال وانما انتقل اليه بالقضا بعذر الخطا اذ القود عقوبة
زاجرة لا يمكن ايجابها على المعذور فيعتبر الاجل من يوم القضا ثم
ان كانت العاقلة اهل الديوان اخذت من عطاياهم في ثلاث سنين
في كل عطا ثلثها فان عمر رضي الله عنه فرض الدية على اهل الديوان في

اعطيا تهم في كل عطية تخرج لهم الثلث ولان القاتل استحق تخفيفا بتحمل
الدية على العاقلة مع انه جان والعاقلة اولى ان تستحق التخفيف
بايجابه موجلا فان خرجت العطايا في اكثر من ثلاث سنين او اقلها لان
المقصود هو التيسير حتى لو لم تخرج سنين لم يطالبوا بشيء وان خرج
بعد القضا بشهر عطا قضي منه ثلثها وان عجل لهم اعطيه ثلاث سنين
مرة واستحقوها بعد القضا يوخذ الكل من تلك الاعطية لوصول
الحق اليهم وان خرج لهم عطا وجب قبل القضا بالدية لم يكن فيه شيء
واشتغلت الدية في الاعطية المستقبلة بعد القضا لان المال تجب
بالعطا فيتعلق بالاعطية التي تخرج بعد القضا لا بالاعطية قبله
وان خرج لكل ستة اشهر وجب فيه سدس من الدية وفي كل اربعة
اشهر سبع الدية وقس عليه وان كانت لهم ارزاق في كل شهر
وعطا في كل سنة قضي بثلث الدية في العطا لان العطا لعرض
الدية هو الاصل والرزق كالبدل عنه فان عمر فرض الدية في الاعطية
ولم يفرض في الرزق ولا يصار الى البدل حالة القدرة على الاصل
ولان الفرض في العطا اخف على العاقلة من فرضه في الرزق لان العطا
مال فاضل عن الحاجة الاصلية والرزق مال مشغول بحاجته
والدية مبناها على التخفيف فكان الفرض في العطا اولى وان لم
يكن لهم الا ارزاق قضي في كل رزق بحصته لان الفرض في ارزاقهم
اخف عليهم من مال اكتسب بكد ايديهم وان لم يكن القاتل من اهل
الديوان فعاقلته عصباته من النسب لان النقل عن القبيلة كان في
صاحب الديوان فبقي غيره على الاصل ويقدم الاقرب فالاقرب

الاخ

الاخ ثم بنو الاخوة ثم الاعمام ثم بنو الاعمام والبنون والابا
قيل يدخلون لانهم اقرب وقيل لا يدخلون لان هذا بعض على من
يكثر ولا يلحقهم الحرج في تحمل والابا والاولاد لا يوصفون بالكثرة
وان لم يكن له عصبة من النسب تجب في ماله وذكر في الفتاوى ان لم
يكن له قبيلة تعلى انصاره ان كانت نصرته بالمحال والدروب فالدية
على اهلها وان كانت نصرته بالحرفة تعلى المحترفين الذين هم انصاره
وهل للعجم عاقلة قال ابو جعفر الهندواني والفقيه ابو الليث
وظهير الدين المرغيناني لا عاقلة لهم لانهم ضيعوا النسب فلا
يتناصرون فيما بينهم وهو الاشبه واكثر المشايخ قالوا لهم عاقلة
لان لهم عادة في التناصر ودب بعضهم عن بعض وبه كان يفتي محمد
بن سلمة وشمس الائمة الحلواني تعلى هذا طلبه للعلم لبعضهم عاقلة
بعض وقال الاستجابي اهل صناعة القاتل عاقلته بشرط ان
يكونوا يتناصرون بها وهو اختيار كثير من المشايخ ولا يقضي على كل
واحد من العاقلة اكثر من اربعة دراهم من الدية ولا يزاد على
درهم وثلث في كل سنة نص عليه محمد لانها وجبت مواساة
على جهة التخفيف والتبعية فلا يبلغ مقدارا تجب بنفسه
اصلا وهو الزكاة وقال القدوري في مختصره لا يزاد الواحد على اربعة
دراهم في كل سنة وينقص منها وهذا اشارة الى انه يزاد الواحد
على اربعة من جميع الدية واثبت في شرح الاقطع روايته لقوله
لا يزاد الواحد على اربعة دراهم في كل سنة درهم ودانقان وينقص
منها فعلى هذا لا فرق بين نص محمد ورواية القدوري وهو الاصح

فان قلت العاقلة تكلف نصيب الواحد في جميع الدية الكثير من اربعة دراهم نضم اليهم اقرب القبايل في النسب حتى يصيب الواحد اربعة لانهم انما يتحاملون عنه على وجه لا يلحقهم فيه حرج فلو ضم اقرب القبايل اليهم انما يستقيم في حق العربي لحفظ العرب انسابهم انما في حق العجم فلا فانهم ضيعوا انسابهم فلم يمكن ايجاب العقل على اقرب القبايل منهم واختلف المشايخ فيه هل يعتبر المحال والدروب والقرى الاقرب فالاقرب وقيل يجب الباقي في مال الجاني وقيل يجب في بيت المال ومن لم يكن عاقلة نعقله على بيت المال في ظاهر الرواية وروي عن الامام انه يجب في ماله وكذا اذا لم يتسع اهل الراية للعقل ضم اليهم اقرب الرايات نصرة اذا حزبهم امر ليفوض اعتبار الاقرب الى الامام لانه هو العارف به وعاقلة المعتق قبيلة مولاه ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه ويعقل القاتل مع العاقلة كاحدهم لانه اهل في الجناية وانما تحملوا عنه تخفيفا وقال الشافعي لا تعقل عليه لانه عليه السلام اوجب الدية على عاقلة القاتل في حديث الحمل قلنا القاتل اذا كان امراة لا يكون من اهل التحمل وانما يكون القاتل احد العواقل اذا كان له عطاء في الديوان مثلا اما اذا لم يكن فلا تعقل عليه من الدية ص ولا يعقل صبي ولا امراة ولا كافر عن مسلم ولا بالعكس ش لا يعقل صبي ولا امراة لقول عمر رضي الله عنه لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امراة لان النصرة لا تتبع بهم ولهذا لا يقتل اذا كان من الحرب ولو كان القاتل الصبي او المراة

اذ كان م
هل م

ن
القاتل

اهل م

لا يشارك

لا يشارك العاقلة وما كان من العطا ليس باعتبار النصرة بل للمعونة وفي فتاوى قاضي خان الصحيح ان القاتل يشارك العاقلة صبيا كان او مجنونا او امراة ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر لعدم التناصر لاختلاف الملة وتعقل الكفار بعضهم عن بعض وان اختلفت مللهم لان الكفر كله ملة واحدة قالوا واذا كانت المعاداة بينهم ظاهرة كاليهود والنصاري ينبغي ان لا يتعاقلوا وهكذا عن ابي يوسف ص وتعقل قبيلة المولى عن المعتق س تعقل المعتق عن قبيلة مولاه لقوله عليه السلام مولى القوم منهم ولان نصرته بهم ويعقل عن مولى الموالاة مولاه وقبيلته لان عقد الموالاة عقد يتناصرون به فما زاد يتحمل به الدية كولاء العتاقة ص ولا تعقل العاقلة جناية عبد ولا عمد ولا صلح ولا ما لزم باعتراف الجاني الا ان يصدقوه ولا ما نقص عن خمسين دينارا ش لا تتحمل العاقلة ما وجب بجناية العبد او العمد او بالصلح عن الجناية على مال او بالاقرار على نفسه بالقتل خطا لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما موقوفا ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العواقل عبدا ولا عمدا ولا صلحا ولا اعترافا ولان بالصلح والاقرار لا يلزمهم شيء لقصور ولاية المصالح والمقر عنهم الا ان يصدقوه في الاقرار لان التصديق اقرار منهم فيلزمهم باقرارهم ولان سقوط التحمل كان للتهمة وقد زالت بتصديقهم او تقوم بينة لان ما ثبت بالبينة كالمشاهد لانها كاسمها مبينة وتقبل البينة هنا مع الاقرار وان كانت لا تعتبر معه لانها تثبت

لا يعقل الصامد صاحبه ولا عكسه
لا صلح ولا اقرار عاقلة

ما ليس بثابت باقرار المدعي عليه وهو الوجوب على العاقلة ويجب
بالاقرار اذا لم يصدق العاقلة في مال الجاني في ثلاث سنين لانه
واجب بنفس القتل الا اذا وجب الصلح موجلا فيكون موجلا وكان
ارشا مقدرا وهو خمسمايه او اكثر فهو على العاقلة وما كان دون
خمسمايه فهو في مال الجاني وعند الشافعي تحمل العاقله القليل
والكثير لان الوجوب على العاقلة للتخفيف والجناية الصغيرة
اولى بالتخفيف من الكبيرة ولنا ما روي عن النبي صلى الله عليه
وسلم ان العاقلة لا تعقل ما دون ارش الموضحة والقياس في
مقابلة النص لا يكون حجة ولان الوجوب على العاقلة من خصائص
النفس وتقدير الضمان يختص بالادمي فلا بد من ضمان مقدر
لتظهر خاصة النفسية فتجب على العاقله ولا يلزم ارش الامة له
حيث لا تجب على العاقلة مع كونه مقدرا فانه ليس بمقدر في ذاته
وانما هو جزء من المقدر وانما تجب القليل في مال الجاني لانه
الاصل وان جنى الحر على العبد جناية خطأ كانت على العاقلة لانه
عقل عن الحر وفيه نظر لاهل اللغة قال الاصمعي عقلت عنه
اديت الدية عنه وعقلته اديت ديته وقال في تهذيب
ابنية الافعال لابن القطاع عقلت القتيل غرمت ديته وعقلت
عن العاقل غرمت عنه الدية وكان ابو يوسف القاضي لا يفرق
بين هذين حتى عرفه الاصمعي ذلك في مجلس الرشيد واجيب
بان عقلته بمعنى عقلت عنه لان سياق الحديث وهو لا يعقل العا
قلة عمدا وسياقه وهو ولا صلحا ولا اعترافا يدل عليه لانه في

معنى عن عمد وصلح واعتراف

الحدود هي جمع حد والحد في اللغة المنع ومنه سمي البواب حدادا
لمنعه الناس من الدخول وفي الشرع اسم لعقوبة مقدرة تجب حقا
لله تعالى وفيه معنى اللغة ولهذا لا يسمى التعزير حدا لانه ليس بمقدر
ولا القصاص على ما عليه عامة المشايخ لانه يجب حقا للعبد حتى
انه يجري فيه العفو والصلح وقال ابو اليسر البزدوي في
مبسوطه والقصاص يسمى حدا وحكمه الاصلي الانزجار عما
يتضرر به العباد وصيانة دار الاسلام عن الفساد ولهذا كان حقا
لله تعالى لانه شرع لمصلحة تعود الى كافة الناس والطهرة من
الذنب ليست بحكم اصلي لاقامة الحد لانها تحصل بالتوبة الا ترى
الى قوله تعالى في حد قطاع الطريق الا الذين تابوا فانه وعد
المغفرة للتايب وهنا يقام الحد على الكافر ولا طهرة له وهو مشروع
بالكتاب والسنة والمعقول اما الكتاب فقوله تعالى الزانية والزاني
الآية وقوله تعالى والسارق والسارقة الآية وقوله تعالى والذين
يرمون المحصنات الآية وآية المحاربة وغيرها واما السنة فحديث
ماعز والغامدية والعسيف وغيرها من الاحاديث المشهورة
على ما ياتي في اثنا الابواب واما المعقول فلان الطباع البشرية
والشهوة النفسانية ما الى قضاء الشهوة واقتناص الملاذ من
وتحصيل مقصودها ومحبوبها من الشرب والزنا والتشفي بالقتل
واخذ مال الغير والاستطالة على الغير بالشتم والضرب
خصوصا من القوي على الضعيف ومن العالي على الداني فاقتضت

الحكمة الالهيه شرع هذه الحدود حسما لهذا الفساد وزجرا عن
ارتكابه ليبقى العالم على نظم الاستقامة فان اخلاء العالم عن
اقامة الزواجر يودي الى الخرابه وفيه من الفساد ما لا يخفى والية
الاشارة بقوله تعالى ولكم في القصاص حياة ومن كلام حكما العرب
القتل ابقى للقتل ص اذا زنى رجل بامراة بان وطيها في القبل
في غير ملكه وشبهته فشهد اربعة رجال ويشترط اجتماعهم
فيسالهم الامام عن ماهيته وكيفيته ومكانه وزمانه والمزني
بها فيبينوا كالميل في المكحلة وعدلوا سرا وجهرا واقربه
عاقل بالغ واعتبروه من دمي بدمته اربع مرات في اربع مجالس
من مجالسه ولا يكتفي بالمرة فسئل عما تقدم فبين حكوبه
ولم يلحقوا بهما لظهور الحبل س الوطء الموجب للحد هو الزنا
لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا الايه والزنا هو الوطء الحرام
الخالي عن ملك الرقبة وملك البضع وشبهة الملك اما كونه الوطء
الحرام فلانه هو المفهوم عند الاطلاق واما عدم الملك فلان الملك
يبيح الوطء فلا يكون زنا واما عدم الشبهة فلقوله عليه السلام
ادرؤا الحدود بالشبهات والوطء هو ايلاج الذكر في فرج المراة ويشترط
مجاوزة الحتان الحتان لانه به تتحقق المخالطة اذ ما دونه ملابسة
فلا يظهر الزنا الا بالبينة او الاقرار لان الوصول الى العلم القطعي متعذر
فاكتفي بالدليل الظاهر وهو البينة او الاقرار وعلم القاضي ليس بحجة
في الحدود وان كان القياس يقتضي اعتباره لان علمه فوق البينة
والاقرار والبينة ان يشهد اربعة احرار مسلمون عدول بالزنا على رجل

وامراة

وامراة فشهادة الاربعة لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن اربعة منكم
وقوله تعالى ثم لم ياتوا باربعة شهداء ولان الله تعالى يحب الستر على
عباده ويندب اليه وهم من احب ان تشيع الفاحشة فشرط الاربعة
تحقيقا للستر ولو شهد اربعة واحد بعد واحد على الزنا لم تقبل
الا ان يكونوا في مجلس واحد فيتقدم واحد بعد واحد في ساعة
للقاضي خلافا للشافعي بناء على اشتراط اتحاد المجلس لصحة الشهادة
على الزنا وعدمه له ان قول كل واحد منهم شهادة فلا يتوقف
على حضور غيره ولنا قول عمر رضي الله عنه لو جاوا مثل ربيعة ومضر
فرادى لحددتهم ولان قول كل منهم قبل قول غيره لقع قذفا فلا ينقلب
شهادة بخلاف المجلس الواحد لانه لا يمكن ادا الشهادة جملة واذا شهد
اربعة بالزنا ينبغي للقاضي ان يسالهم عن الزنا ما هو لاحتمال
النظر لقوله عليه السلام العينان يزنيان وزناهما النظر
واليد ان يزنيان وزناهما البطش ومن الناس من يعتقد
ان كل وطء حرام زنا الا ترى انه عليه السلام استفسر ماعزا
وكيف زنا احترازا عن مماسة احد الزوجين الاخر وعن الوطء
بالاكراه فانه لا يوجب الحد ومتى زنا لجواز تقادم العهد واين
زنا لجواز ان يكون في دار الحرب وممن زنى لسوال النبي صلى الله
عليه وسلم لماعز ويجوز ان يكون بينهما نكاح او شبهته وهم
لا يعلمون به فاذا بينوا وقالوا رايناهما كالميل في المكحلة حبسه
حتى يسال عن عدالة الشهود اذا لم يعرفهم حتى لا يقر لانه يثبت
التهمة وروي انه عليه السلام حبس رجلا بالتهمة ولا يكتفي بظاهر

العدالة تحقيقا لمعنى الستر بخلاف سائر الحقوق لانها نهاية العقوبة فلا
تجلس الا عند تحقق الظلم وعدلوا سرا وجهرا طلبا للدرء وحكم بشهادتهم
ولا تصح الشهادة حتى يقول الشهود رأينا كالميل في المكحلة او القلم في
المحبرة او الرشا في البير وبتعديل السر ان يبعث القاضي اسما الشهود
الى المعدل بكتاب فيه اسماؤهم وانسابهم وحلاهم ومحالهم وسوقهم
حتى يعرفهم المعدل فيكتب تحت اسم من كان عدلا عدل جايز
الشهادة ومن لم يكن عدلا لا يكتب تحته شيا او يكتب الله يعلم
وتعديل العلانية ان يجمع بين المعدل والشاهد فيقول المعدل
هذا هو الذي عدلته والاقرار ان يقر بالغ عاقل اربع مرات في مجالس
مختلفة كلما اقر رده القاضي هكذا فعل النبي صلى الله عليه وسلم
بماعز واعتبار البلوغ والعقل لان كلام الصبي والمجنون ليس
بصحيح ولا يشترط الاسلام حتى يحد الذمي باقراره بالزنا بذمته
اذا ترافعوا الينا وقال مالك لا يحد لان قول الذمي لا يوجب على
القاضي شيا ولنا انه اقر على نفسه بوجوبه عليه فيقبل لقوله
تعالى بل الانسان على نفسه بصيرة ووجوب الحكم على القاضي
بسبب تقلده القضا لا بقول الذمي ومن لا يشترط الاقرار اربع مرات
وقال الشافعي يكتفي بالاقرار مرة واحدة وهذا فرع على الخلاف
في وجوب القضا فيهم بترافعهم وعدم وجوبه وانما قيدنا بالذمية
لان الزنا بالمسلمة على وجه الاستكراه موجب للقتل لانه عدل نقض
للعهد ولنشترط الاقرار اربع مرات وقال الشافعي يكتفي بالاقرار
مرة واحدة لان الاقرار مظهر وتكراره لا يزيد شيا كما في سائر الحقوق

بخلاف كثرة العدد في الشهود لانه يفيد زيادة طمانينة القلب ولنا
حديث ماعز فانه اخر اقامة الحد عليه الى ان تم اقراره اربع مرات
في اربعة مجالس يعرض عنه صلى الله عليه وسلم في كل مرة حتى يخرج
من المسجد وفي رواية طرده حتى توارى بحيطان المدينة ولو
كانت المرة الواحدة كافية لما اخر الى الرابعة لثبوت الوجوب بالاولى
لقوله عليه السلام بعد ان اقر بالرابعة الان اقرت اربعا
فانه دليل على ان الوجوب تعلق بها ولان الشهادة فيه اختصت
بزيادة العدد فكذا الاقرار تعظيما لامر الزنا وتحقيقا للستر
ويشترط اختلاف مجلس المقر دون القاضي هو الصحيح وهو ان
يذهب المقر حيث لا يرى ثم يجي فيقر مستانفا هكذا الى اربع
مرات لان النبي صلى الله عليه وسلم اعتبر اختلاف مجالس المقر
حيث كان تخرج ماعز من المسجد في كل مرة ثم ليعود ومجلس
رسول الله صلى الله عليه وسلم لم تختلف ولان الاقرار قايم
بالمقر فيعتبر في وجوب الحد اختلاف مجلسه واذا تم اقراره اربع
مرات سأله القاضي كما مر في الشهادة وهو ان يسأله عن الزنا
ما هو وكيف هو واين زنى وبمن زنا ومتى زنا ليزول الاحتمال
على ما مر ولا يشترط السؤال عن الزمان لان التقادم مانع
من الشهادة للتهمة للحقد والمرء لا يتهم على نفسه فيقبل
اقراره وان تقادم العهد والاصح ان يسأله لجواز انه زنى في حال
الصغر ولا بد من التصريح في ذلك ولا يكتفي بالكناية لانه عليه
السلام قال لماعز لعلك قبلت او غمزت او نظرت قال لا قال أنكتها

انكتها ولا يكني قال فاذا بين ذلك وظهر زناه سأله عن الاحصان
ما هو فان وصفه بشرايطه حكم برجمه ولا يعتبر اقراره عند غير
القاضي ممن لا ولاية له في اقامة الحدود ولو كان اربع مرات حتى لا
تقبل الشهادة عليه بذلك لانه ان كان منكرا فقد رجع وان كان
مقرا لا تعتبر الشهادة مع الاقرار ص ولم يلحقوا بهما ظهور الحبل
ش قال علماؤنا لا يظهر الزنا بظهور الحبل كما لا يثبت بعلم
القاضي وقال مالك يثبت به كما يثبت بالبينة وبالاقرار
لان ظهور الحبل من غير زوج اول دليل على زناها فيثبت به
لظهور دليله ولنا ان حال المسلم والمسلمة يمنع من اقتراف
هذه الكبيرة وهذا الحبل تجوز ان يكون من نكاح صحيح او من نكاح
فاسد وهذا الاحتمال يستند الى دليل وهو حال الاسلام المانع
من اقتراف هذه الكبيرة فقامت الشبهة الدارية للحد ص ويقبل
رجوعه ش اذا رجع عن اقراره قبل اقامة الحد او في وسطه
قبل رجوعه وخلي سبيله لانه عليه السلام لقن الرجوع
فلو لم يصح الرجوع لم يكن للتلقين فايدة ولانه حق الله تعالى
وليس احد يكذبه فتحقق الشبهة في الاقرار بخلاف القصاص
وحد القذف لتعلق حق العبد بهما بخلاف ما هو خالص حق
الله تعالى ص ويستحب تلقينه اياه ش اي يستحب للامام ان
يلقنه الرجوع لقوله لعلك لمست او قبلت كما فعل النبي عليه
السلام بماعز حيث قال له لعلك قبلت او غمزت او نظرت
قال لا يا رسول الله قال انكتها قال نعم فعند ذلك امر برجمه

رواه البخاري واحمد وابو داود وقال في الاصل وينبغي للامام
ان يقول لعلك تزوجتها او وطيتها بشبهة والرجل والمرأة في ذلك
سواء لان الاصل في التكاليف التسوية ص وان اقر بعد القضا
بالبينة يسقط واقامة ش قال ابو يوسف اذا اقامت بينة بالزنا
وقضى القاضي به ثم اقر المشهود عليه به مرة تبطل الشهادة
خلافا لمحمد وهذا مبني على ان القصاص من الامضا عند ابي يوسف
في الحدود فما قبل الامضا بمنزلة ما قبل القضا وعند محمد
بمنزلة ما بعد القضا كيف يقام الحد واذا وجب الحد وكان
الزاني محصنا فحده الرجم حتى يموت لانه عليه السلام رجم
ماعزا بعد ما سأل عن احصانه وان لم يكن محصنا فحده الجلد
لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا الآية وهذا عام في
المحصن وغير المحصن الا ان الرجم في المحصن بآية اخرى تنسخت
تلاوتها وبقي حكمها رواها عمر رضي الله عنه بحضرة الصحابة رضي الله
عنهم من غير نكير وهي ان مما يتلى في كتاب الله الشيخ والشيخة
اذا زنيا فارجموهما البتة نكالا من الله والله عزيز حكيم ص
ويبدأ الشهود برجم المحصن ثم الامام ش واذا حكم الحاكم بالرجم
بان وجب بالبينة امر الشهود ان يبدؤا بالرجم ثم الامام ثم
الناس لما روي عن علي رضي الله عنه انه قال ترجم الشهود ثم
الامام ثم الناس ولان في بدايتهم نوع احتياط ربما يستظلمون
قتله فيرجعون عن شهادتهم ان شهدوا كذبا بخلاف سائر الحدود
لان الاثر لم يرد فيها ص ويقدم في الاقرار ثم الناس ش وان

وجب بالاقرار بدا الامام بالرجم ثم الناس لما روي انه عليه السلام حفر
للغامدية الى صدرها واخذ حصاة مثل الحمصة فرماها بها وقال
ارموا واتقوا الوجه ص ويجوز ان يحفر لها في الرجم س في رجم المراة
ان شاء حفر لها الى الصدر لانه عليه السلام حفر للغامدية وعلى
الهمداني وان شاء لم يحفر لانه عليه السلام لم يوجه والستر
تحصل بثيابها والحفر احسن للامن عن الانكشاف ولم يحفر للرجل
في ظاهر الرواية لانه عليه السلام ما حفر لماعز ولان مبنى الحد
على التشهير وقال الطحاوي ان شاء احفر وان شاء لم يحفروا
والربط والامساك غير مشروع الا ان يخافهم وان اخذوا في
رجمه فهرب لا يتبع ويكون رجوعا بخلاف الشهادة فانه يتبع لان
بعد الشهادة لا يصح رجوعه وذكر الطحاوي واذا اتوا للرجم
يصطفون كما في الصلاة وكل ما رجم قوم انصرفوا وتقدم غيرهم ورجموا
ولم يذكر هذا في الاصل ص ويغسل ويكفن ويصلي عليه ش واذا رجم
غسل وكفن وصلي عليه لحديث ماعز ولانه مسلم ارتكب ذنبا ثم
مات وليس في معنى شهداء الحد فكان كالمقتول في قصاص ص فان امتنع
الشهود سقط ش واذا امتنع الشهود من الابتداء سقط الحد لان
الامتناع دليل الرجوع ولاحد الشهود لانهم ثابتون على الشهادة على
الزنا وقد يمتنع الانسان عن مباشرة القتل بحق وعن ابي يوسف
انه لا يسقط لانه حد كالجلد والفرق ان الجلد لا يحسنه كل احد بخلاف
الرجم ص او غابوا يحكم باقامته وهما بانتظارهم ش قال ابو يوسف
اذا مات الشهود او غابوا لا يسقط الرجم لظهور الزنا في المحصن بالحجة

الكاملة

الكاملة فلا يتوقف وفي ظاهر الرواية يسقط لان اقامة الحد في الزنا
الثابت بالبينة لم يشرع الا بدا وانيه بالشهود لما روينا فوجب التوقف
ليقام على الوجه المشروع وصار كما لو ماتوا وهذا اذا كان المشهود عليه
محصنا اما اذا كان غير محصن فيقام عليه الحد في الموت والغيبة
بخلاف ما سوا هما من العمى والخرس والجنون والفسق والارتداد
وغيرها لان الطاري على الحد قبل الاستيفاء كالموجود في الابتدا
ص ومنع الناس من الحد لقول القاضي ما لم يعاينوهم ش واذا
قال القاضي قضيت عليه بالرجم فارجمه او بالقطع فاقطعه او
بالضرب فاضربه وسعه ان يفعل وان لم يعاين السبب في ظاهر
الرواية لانه مطاع ومن طاعته تصديقه وعن محمد انه لا يفعل
حتى يعاين السبب وهو احوط لفساد القضاة في زماننا فلا يؤمنون
وقال الامام ابو منصور الماتريدي القضاة ثلاثة قاض عالم
عدل فيجب قبول قوله وقاض عدل جاهل فليستفسر فان
احسن وجب قبول قوله وقاض عالم فاسق او جاهل فاسق
فلا يصدق الا ان تعاين الحجة ص وتجلد الحرة مائة جلدة ش
اي لو كان الزاني غير محصن وهو حر فحده مائة جلدة لقوله تعالى الزانية
والزاني فاجلد والاية والخطاب للائمة لان اجتماع الامة متعذر
فتعين الامام لقيامه مقامهم وهي عامة في المحصن وغيره الا انها
تستحب في حق المحصن بما ذكرنا فبقيت معمولا بها في حق غيره وقدمت
الزانية في الذكر لان الفاحشة منها اكثر لغلبة شهوتهن وقلة
دينهن وعدم حفظهن للمودة ص والعبد خمسين ش وان كان الزاني

عبد الجلد خمسون نصف جلد الحر لقوله تعالى فان اتين بفاحشة فعليهن
نصف ما على المحصنات من العذاب والمراد به الجلد لان الرجم لا يتنصف
فتعين الجلد لذلك او لعدم الاحصان لفقد شرطه وهو الحرية
فاذا ثبت التنصيف في الاماء لمكان الرق للنصف للكرامات والعقوبات
ثبت في العبد لانه النص الوارد في احد المثلين فيكون واردا في
المثل الاخر ص ولا يجبن لمولاه بغير اذن الامام ش قال علماؤنا لا يجوز
للمولى ان يقيم الحد على مملوكه الا باذن الامام او نائبه وقال
الشافعي يجوز اذا كان رجلا حرا عدلا والحد جلد واختلف اصحابه في
القطع في السرقة والقصاص والقتل بالردة له قوله عليه السلام
اقيموا الحدود على ما ملكت ايمانكم ولقوله عليه السلام اذا زنت
امة احدكم فليجلدها وقياسا على التعزير ولنا ما روي عن العبادلة
الثلاثة موقوفا ومرفوعا اربعة الى الولاة الحدود والجمعة والفيء
والصدقات ولان الحدود حق الله تعالى ولهذا لا تسقط باسقاط
احد فيستوفيه نائبه بخلاف التعزير فانه حق العبد حتى يسقط
باسقاطه ويشترط طلبه ويعزر الصبي مع انه لا يطالب بحق
الشرع وما رواه متروك الظاهر فان قضية الامر الوجوب والاقامة
لا تجب على المولى فكان محمولا على التمكين والتسبيب بان يكون
سببا في حد عبده بالمرافعة الى الامام او على ان الخطاب المولاه لقوله
تعالى فاجلدوا فاقطعوا وفائدة تخصيص المماليك ان لا تحملهم الشفقة
على ملكهم على الامتناع من اقامة الحد عليهم ص وتنزع عنه ثيابه
والفرو والحشو عن المراة ويفرق على اعضايه قايما بسوط لا ثمرة له

ضربا

ضربا متوسطا ويمنعون عن الوجه والفرج والراس ويامر بضربه سوطا
ش ينزع في حد الرجل ثيابه لانه ابلغ في الزجر والثياب تمنع ولا ينزع ازاره
ليلا تنكشف العورة لحد الشرب والتعزير بخلاف حد القذف فلا ينزع
عنه الا الفرو والحشو والمراة لا ينزع عنها ثيابها ليلا تنكشف عورتها
وينزع عنها الفرو والحشو لانه يمنع اثر الضرب ويضرب في الحدود كلها
قايما مجردا غير ممدود الا المراة فانها تضرب قاعدة لقول علي رضي الله عنه
يضرب الرجال في الحدود قياما والنساء قعودا ولانه استر واختلفوا
في قوله غير ممدود قيل ان يبقى على الارض ويمد كما يفعلون في زماننا
وقيل ان يمد الضارب يده فوق راسه وقيل ان يمد السوط على بدنه
بعد الضرب وقيل لا يمد العفاسين وكل ذلك لا يفعل لانه زيادة على
السنة ويامر الامام بضربه بسوط لا ثمرة له ولا عقد عليه لما روي
عن علي لما اراد ان يقيم الحد كسر الثمرة ولانها توجب زيادة الالم ويضرب
ضربا متوسطا كيلا يفضي الى الهلاك او الخلو عن فايدة الزجر ويفرق
على اعضايه لان الضرب في موضع واحد ربما يفضي الى التلف ولا يضرب
الوجه والراس والفرج لان الوجه مجمع المحاسن والراس مجمع
الحواس والفرج مقتل فيخاف ان يعير مثله وقال ابو يوسف
اخرا انه يضرب الراس سوطا او سوطين اذ المخف التلف لقول
ابي بكر رضي الله عنه اضربوا الراس فان فيه شيطانا قلنا يحتمل
انه كان في التعزير ولا يتوقى فيه التلف وهذا كان اشد الضرب
ص ولا يجمع بين الجلد والرجم ش لا يجمع بين الجلد والرجم لان ماعزا
رضي وهو محصن فرجمه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يجلده

بلغ مقابلة

ولان العقوبات المتفق عليها شيء واحد فيكون حد المحصن شيئا واحدا
وهو الرجم وقوله عليه السلام الثيب بالثيب جلد مايه ورجم بالحجارة
اي جلد مايه في ثيب غير محصن ورجم بالحجارة في ثيب محصن او هو
منسوخ بحديث ماعز والغامدية فان حد الزنا كان الاذى باللسان
ثم نسخ الى الحبس في البيوت ثم نسخ واستقر على الجلد في حق غير المحصن
وعلى الرجم في حق المحصن ص ولا يجمع بين الجلد والنفي حد ش قال
علماؤنا لا يجمع بين الجلد والنفي في البكر وقال الشافعي يجمع
بينهما حد له قوله عليه السلام البكر بالبكر جلد مايه وتغريب
عام ولنا قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا الآية فان الجلد
ذكر في الآية بالفاء وهي للجزاء والجزاء ما يقع به الكفاية لانه من جزأ
بالهمز اي كفى فيكون كل الموجب اذ الموضع موضع الحاجة الى البيان
فلو وجب التغريب لكان الجلد بعض الموجب فيكون نسخا وهو لا يجوز
الا بمثله ولانه عليه السلام لم يجمع بينهما في حق ماعز والغامدية
ولان في التغريب تحريضا لها على الزنا لانها اذا بعدت عن الاقارب
ارتفع الحياء واذا انزلت في الخانات والرباطات لوجها انقطاع مواد
المعاش الى ايجاد الزنى ملتبسة لارتفاع الاستحياء من المعارف ملتقى
وهو اقبح وجوه الزنى لكونه يقع جهرا لكونه ناشيا عن وقاحة ومع
الاقارب ان وقع وقع خفية ومكتوما لكونه ناشيا عن استحياء ولهذا
قال علي رضي الله عنه كفى بالنفي فتنة ونفى عمر رضي الله عنه شخصا
فارتد ولحق بدار الحرب فحلف ان لا ينفي بعده احدا وبهذا يعرف ان
نفي بعض الصحابة رضي الله عنهم كان على وجه التعزير والسياسة لا

بطريق

بطريق الحد فان الامام اذا راه مصلحة غرب على قدر ما يرى ويكون تعزيرا
ولا يختص ذلك بالزنا فانه عليه السلام نفى المخنث وعمر نفى نصر ابن الحجاج
وكان غلاما صبيحا تفتتن به النساء والجمال لا يوجب النفي ولكن فعل
ذلك لمصلحة رآها فان الغلام قال له ما الذنب يا امير المومنين
فقال له لا ذنب لك وانما الذنب لي حيث لا اطهر دار الهجرة منك
ننفاه والتحق بالروم فحلف ان لا ينفي بعد هذا احدا دمار واه منسوخ
كشطره وهو قوله عليه السلام الثيب بالثيب جلد مايه والرجم
فان الجلد والرجم لا يجتمعان على المحصن بالاجماع وبيان نسخه ان الزنا
كان في الابتداء بالايذاء باللسان كما قال تعالى فاذوهما ثم
نسخ بالحبس في البيوت بقوله تعالى فامسكوهن في البيوت
حتى يتوفاهن الموت او يجعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد
مايه وتغريب سنه والثيب بالثيب جلد مايه والرجم فكان
هذا قبل نزول سورة النور بدليل قوله عليه السلام خذوا عني
ولو كان بعد نزولها لقال خذوا عن الله ثم نسخ بقوله تعالى فاجلدوا
الآية فكان الجلد حد كل زان ثم نسخ في حق المحصن بالرجم فبقي في
حق غير المحصن معمولا به فاشتهر الحكم على الجلد فقط في غير المحصن
وعلى الرجم فقط في حق المحصن ص ويرجم المريض بعثكول وجلد
الحامل حتى تعالى في نفاسها ورجمها حتى تضع والتاخير الى استغنا
الولد لعدم المربي رواية ش اذا كان الزاني مريضا حد الرجم
رجم لانه مستحق الاتلاف وان كان حد الجلد لم يجلد حتى يبرا
كيلا يتلف ولهذا لا يقطع في البرد الشديد والحر الشديد واذا

كانت المراة حاملا والواجب عليها الرجم اخرت رجمها حتى تضع حملها صيانة
للولد وان كان الواجب عليها الجلد لم تجلد حتى تخرج من نفاسها لانها
مريضة وعن الامام انها لا ترجم حتى يستغني ولدها اذ الربيب له من
يربيه لان الغامدية اقرت بالزنى وهي حامل فقال لها عليه السلام
اذهبي حتى تضعي وتستغني ولدك ولان في عدم التاخير تضييع الولد
ص ويشترط الاسلام في الاحصان مضافا الى الحرية والبلوغ والعقل
والدخول بزوجته في نكاح صحيح وبما محصنان ش قال علماؤنا في ظاهر
الرواية الاسلام شرط الاحصان وقال الشافعي وهو مروي
عن ابي يوسف انه ليس بشرط لانه عليه السلام رجم يهوديين زنيا
ولان بكرهم تجلد كبكر المسلمين فترجم ثيبهم كثيب المسلمين
وللظاهر ما رواه الدارقطني عن ابن عمر رضي الله عنه ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال من اشرك بالله فليس بمحصن ولان زنا
الكافر الثيب لا يساوي زنا الثيب المسلم في كونه جناية وتفاوت
الجناية يوجب التفاوت في العقوبة على ان اثبات الرجم في الكافر بالقياس
على المسلم لا يجوز لان الحدود لا تثبت بالقياس لما فيه من الشبهة
وما رويناه كان قبل كون الاحصان شرطا بدليل انه لم يسال
عن احصانهما وفائدة الخلاف تظهر في ان الذمي الحر اليتيب اذا زنى يجلد
في ظاهر الرواية خلافا للشافعي ثم شرائط احصان الرجم سبعة
الحرية والاسلام والبلوغ والعقل والنكاح الصحيح والدخول على وجه
يوجب الغسل وهما على صفة الاحصان الحرية شرط لشرط تكميل
العقوبة لا شرط الاحصان والاسلام شرط الاحصان في ظاهر الرواية

عليهما قدمناه والبلوغ والعقل شرط التحريم وتوجه الخطاب وشرط
الاحصان الدخول لقوله عليه السلام الثيب بالثيب ولانه لا يكون
عادة الا بالدخول والنكاح الصحيح لان المقصود بغلظ الجريمة لان الزجر
اغلظ العقوبات فيستدعي اغلظ الجنايات وذاني الاقدام عليها
بعد توفر النعم والموانع ولا تشترط العفة من الزنا في احصان المزني
بخلاف احصان القذف لان الزنا بعد الزنى اغلظ من الزنا بعد
العفة بخلاف نكاح الصغيرة والمجنونة والكتابية والامة لانه العفه
ليس بنعمة كاملة لقصور الشهوة في الصغيرة وتوافق الاخلاق في المجنونة
والكتابية ونقصان الحال في الامة وبخلاف الشرف والعلم والجمال
لان الشرع لم يعتبرها لانها لا تضبط اذ ليس لها حد معلوم وعرف هذا
عرفت ان احصان احد الزوجين شرط لاحصان صاحبه واحصان
احد الزانيين ليس بشرط لاحصان الاخر حتى يحد كل منهما حد نفسه
جلدا كان او رجما ثم لا يكون محصنا بالدخول في النكاح الفاسد
ولا بالدخول في النكاح الصحيح اذا كان قال ان تزوجتك فانت طالق
لانه لا يسع الوطء ص ويحكم به باسلامهما بعد ش اعلم ان الدخول
اخر شرائط الاحصان حتى لو وجد الدخول اولا بالكتابية ثم اسلمت
بعد الدخول لا يثبت احصانها حتى يدخل بها بعد الاسلام وقال
ابو يوسف يثبت احصانه لان النعمة متكاملة بوطء البالغة العاقلة
قلنا بتوافر الرغبة من الجانبين وللظاهر قوله عليه السلام لحذيفة
لما تزوج يهودية دعها فانها لا تحصنك ولان في الرغبة اليها نكاحا وطئا
خللا فصارت كالامة المجنونة ص وابتنيناه برجل وامراتين ش خلافا لزفر

قال علماؤنا الثلاثة يثبت الاحصان برجل وامراتين هم

له انه شرط في معنى العلة اذ الجناية تتغلظ عنده فيضاف الحكم اليه
فاشبه حقيقة العلة وهو الزنا ولنا ان الاحصان شرط والحكم
يضاف الى العلة لا الى الشرط فلا يضاف الى شهادتهن والذكورة في
الشهود انما تعتبر فيما يدرأ بالشبهات وهو الحدود وهم لم يشهدوا
بها بل بفعال حميده فيقبل ويجب على القاضي ان يسأل الشهود
عن الاحصان ما هو فان له شرايط جوزان يخفى عليهم ويتفرع
على هذا الخلاف شهود الاحصان اذا رجعوا لا يأتي عليهم عندنا
وعندزفر يضمنون ص ولو قالوا دخل بها فهي مقبوله كالجماع وخالف
ش قال ابو حنيفه اذا قال شهود الاحصان لم نشهد ان هذا تزوج
امراة مسلمة بالغة عاقلة نكاحا صحيحا ودخل بها ثبت احصانه
وقال محمد لا يثبت احصانه لان لفظ الدخول مشترك بين الوطء
والخلوة والزفاف فكان محتملا وللامام ان الدخول متى ذكر مضافا
الى المراة مقرونا بالبا لا يراد به الا الجماع شرعا ويقال له في العرف
فلان دخل بامراته اذا اريد الوطء ودخل على امراته اذا خلا بها فلا يكون
محتملا وذكر الخلاف في النظم عند الامام يكتفي بالدخول وعند محمد لا يكتفي به
وذكر القاضي الاستجابي الخلاف على العكس وذكر في المحيط عدم الاكتفاء به
قول محمد والاكتفاء قولهما ص واذا شهد واحد متقادم لا بعدهم
ردت شهادتهم الا في القذف ش التقادم يمنع صحة الشهادة في الحدود
الخالصة لله تعالى الا لعذر لقول عمر رضي الله عنه ايما قوم شهد واحد
بحد لم يشهد واعند حضرته فهم شهود ظنين ولا شهادة لهم ولانه
لا يحل للشهود التاخير لاقامة الحسبة فاذا اخروا اثم اظهروا التهموا ان

ظنين

اظهارهم

اظهارهم كان لضغينة حملتهم على ذلك فصاروا فسقه والشهادة ترد
بالتهمة بخلاف حد القذف لان شرط الشهادة الدعوى فلا تفسق
الشهود بالتاخير وحد التقادم في الزنا مقدر بستة اشهر على اشارة
الجامع الصغير والطحاوي وعن الامام انه لم يقدر بشيء وفوض التقدير
الى راي القاضي وعنه انه قدره بشهر وهو رواية عنهما وهو الاصح
ويأتي التقادم في الشرب ان شاء الله تعالى ص ويحدون لنقصان عددهم
ش اذا نقص عدد الشهود عن اربعة حدوا حد القذف اذا طلب المشهود
عليه لان الله تعالى اوجب حد القذف اذا حصل العجز عن اتيان الاربعة
من الشهداء لما روي عن عثمان النهدي انه قال شهد ابو بكرة
ونافع بن علقمة وشبل بن معبد على المغيرة انهم نظروا اليه كما ينظر
الى المرود في المكحلة فجاء زياد فقال عمر جاء رجل لا يشهد الا بالحق فقال
رايت مجلسا قبيحا وانبهارا فخلدهم عمر الحد ص ولو جلد وظهر احدهم
عبدا حدوا ش اربعة شهدوا على رجل بالزنا فجلد بشهادتهم او لم
يجلد ثم وجد احدهم عبدا او محدودا في قذف او اعمى حدوا لانهم
تبين ان الشهود ثلاثة فيكونون قذفة وسواء علم ذلك قبل القضاء
او بعده قبل الامضاء او بعده ص وارش الضرب الجارح غير واجب
واوجباه في بيت المال ش قال ابو حنيفه اذا وجد احد الشهود عبدا
او محدودا في قذف بعد ان جلد بشهادتهم وجرحته السياط لم يجب
ارش الضرب على احد وقالا يجب الارش في بيت المال لان الجرح مضاف
الى شهادتهم فكان مضافا الى قضاء القاضي كالرجم وللامام ان القاضي
قضى بجلد غير جارح وانما حصل الجرح بحرق الجلاد وقلة الاحتياط

العمى ستة اشهر وعن الامام
شهر وروي عنه اربعة اشهر

والتقادم عند ابي حنيفة

الا انه لاشئ عليه لانه ما تعمد الجرح فلو اخذ بالضمان امتنع الناس عن اقامة
الحد وعلى هذا الخلاف اذا مات من الجلد وعلى هذا الخلاف اذا رجع الشهود
بعد الجرح بالجلد او الموت بالجلد وان رجم ثم ظهر احدهم عبدا او محدودا
او اعمى فالدية في بيت المال بالاتفاق لانه اضيف الى قضايه وهو عامل
للعامة ص ولو رجعوا بعد الرجم حدوا ناهم وغرموا الدية ش وبه
علماؤنا الثلاثة اذا شهد اربعة على رجل بالزنا فرجم المشهود عليه
ثم رجعوا او رجع واحد منهم يحدون حد القذف ويغرمون الدية
وقال زفر لا يحدون له انه ان كانوا قد قذفوه حي بطل بموت المقذوف
لان حد القذف لا يورث وان كانوا قد قذفوه ميتا فكذلك لانه مرجوم بحكم
القاضي ولا يحد قاذف المرجوم ولنا ان شهادتهم انقلبت الان قذفا بالرجوع
كالملاعن اذا اكذب نفسه بعد اللعان يحد وان رجع احدهم قبل الحكم
حد الكل حد القذف لان كلامهم قذف وانما يخرج كونه قذفا بالقضاء لم
يوجد وقال زفر لا يحد الا الراجع خاصة لان كلامهم وقع شهادة لتمام
العدد ولا يوثر رجوع الراجع الا في حقه خاصة ص ولا تقبل شهادتهم
ش قال علماؤنا لا تقبل الشهود في المسئلة المذكورة وقال الشافعي
يقبلون لانهم قتلوه معنى حيث الجوا القاضي الى القضاء والسبب عنده
كالمباشر ولنا في تضمينهم وعدم قبولهم انهم ليسوا مباشرين
ولا مسببين اما المباشرة فظاهرة واما التسبيب فلان الحكم
انما يضاف الى السبب اذا لم يمكن اضافته الى العلة وقد تخللت هنا واسطة
من القضاء ورجم الناس اياه باختيارهم والقاضي لا يصلح آلة للشهود
وكذا الناس لجعل ما وجد منهم كالموجود من الشهود بخلاف المكره فانه

يصح

يصلح آلة للمكره ص واحدهم قبل الامضاء حده وغرمه ش قال محمد
اذا شهد اربعة على رجل بالزنا فقضي بوجوب الحد ثم رجع احدهم
قبل اقامة الحد حد الراجع وحده وقال ابو حنيفة وابو يوسف
حد واجمعا حد القذف وسقط الحد عن المشهود عليه لمحمد ان
كلامهم وقع شهادة باتصال القضاء به فلا ينقلب قذفا برجوع
احدهم ولهما ان القضاء من الامضاء في باب الحد فالمعترض بعد
القضاء قبل الامضاء كالمعترض قبل القضاء ص ولو شهد واحد انه زنى
بمكة واخران بالبصرة فرجم ثم رجعوا ضمنوا ومنع من حدهم ش اذا
شهد اربعة على رجل محصن انه زنى بمكة واربعة آخر شهدوا عليه
انه زنى بهذه ورجم ثم رجع الفريقان ضمنوا الدية بلا خلاف ولا
يحدون عند محمد وقالا يحدون لمحمد ان رجوع كل فريق لا يصح في حق الآخر
فيما انجاب الحد عليهم ولهما ان اقرار كل منهما على نفسه صحيح وقد
اقروا كلهم انهم قذفوه ضرارا لما لو كانوا اربعة فرجعوا وعلى هذا
الخلاف اذا رجع اكثرهم وبقي اقل من اربعة ص ومعناه لاختلافهم
في مكانه ش ولو شهد اثنان انه زنى بها في مكان كذا وشهد آخران
به في مكان آخر وللمكانين متباينان لا يجوز ان يقع فيهما فعل واحد
فلا حد على المشهود عليه لاختلاف الفعل باختلاف المكان وعلى هذا
اختلافهم في الاوقات ولا حد الشهود في المسئلتين خلافا لزفر
له ان العدد انتقص فصاروا قذفة ولنا ان الاربعة شهدوا على
وطء امرأة واحدة وانه يمنع وجوب الحد على القاذف ولو شهدوا انه زنى بها
في بيت واحد فقال اثنان في مقدمه وقال اثنان في مؤخره حد لانهم اجتمعوا

بعمرة

على فعل واحد واختلفوا فيما لو يكلفوا والتوفيق ممكن بان كان ابتداء الفعل
في متقدمه والانتهاء في موخره او كان في وسط البيت فظن احدهما انه
متقدم البيت والاخر انه موخر وهذا اذا صغر البيت بحيث تحتمل
هذا اما اذا كبر بحيث لا يحتمل فلم يقبل ولم يذكر اذا تفاوت على وجه
يقبل التوفيق اختلافهم في الزمان والجواب فيه كالجواب في المكان اذا
تفاوت ص فيما يمنعه عنهم فسقه ش قال علماؤنا اذا شهدوا وهم فساق
او ظهروا فساقا لم نحدهم خلافا للشافعي وهذا بناء على ان الفاسق له
اهلية الشهادة عندنا بالنص ولكن فيه نوع قصور فاورث شبهة
وعنده ليس باهل كالعبد واصله ان الشهود ثلاثة شاهد له
اهلية التحمل والادا بصفة الكمال وهو العدل وشاهد له اهلية
التحمل واهلية الادا بصفة النقصان وهو الفاسق وشاهد له
اهلية التحمل وليس له اهلية الادا وهو الاعمى لعدم الة التمييز بين
المدعي والمدعى عليه وآ لا يجب الحد على العدل لان شهادته لاقامة
الحسبة وكذا الفاسق لانه لو قضي بشهادته فقد فاذا احتمل ان يكون
كلامه حسبة لم يتعين قذفا ولا يجوز الحكم بشهادة الاعمى والمحدود
فتعين قذفا فيحد وقول الشافعي كقولنا ص وان شهدوا فرجوا
فرجم ثم ظهروا او احدهم عبدا فلا ضمان على المزكين ان تعمدوا وقالا لا في بيت
المال ش ولو زكى شهود الزنى فرجما فاذا هم او بعضهم عبيد او كفارا
او محدود في قذف قال ابو حنيفه الدية على المزكين اذا رجعوا عن التزكية
وقالوا علمنا انهم عبيد ومع ذلك زكيناهم وان قالوا اخطانا فلا ضمان
عليهم ذكره في الاصل والحاكم الشهيد في الكافي والاتقاني وصاحب المحيط

والميزان

وعلى هذا يحمل اطلاق الجامع وقال ابو يوسف ومحمد لا شيء عليهم والدية في بيت
المال لان التلف حصل بالقضاء لا بالتزكية لان التزكية ليست الا الثنا
على الشهود بالخير وللامام ان الشهادة انما تصير حجة موجبة للقضاء بالتزكية
فكان التزكية بمنزلة علة العلة والحكم يضاف الى علة العلة عند
التعدي وتتعذر الاضافة الى العلة كما في حفر البير بخلاف شهود الاحصان
لانه شرط او علامة ولا ضمان فيه على شهود الزنى لان رجوع المزكين
علم ان شهادتهم لم تقع شهادة ولا حد القذف لانهم قذفوا حيا
فسقط الحد بموت المقذوف ص ولو رجع المزكون عزروا وعليهم
الضمان ش قال ابو حنيفه اذا شهد اربعة على رجل بالزنا فزكوا
فرجم ثم رجع المزكون عن التزكية يعزرون ويجب عليهم الدية
وقال ابو يوسف ومحمد يعزرون ولا يجب عليهم ضمانه لانهم بمنزلة
شهود الشرط وللامام انهم بمنزلة علة العلة ص ولو شهد وابه
فشهد اخرون به على المشهود فالحد غير واجب مطلقا وقالا حد
الاولون ش اربعة شهدوا بزنا رجل وشهد اربعة على الشهود انهم
هم الذين زنوا بها قال ابو حنيفه لا تقبل شهادة واحد منهم
ولا يحد احد للشبهة وهو معنى الاطلاق وقال ابو يوسف ومحمد
يحد الشهود الاولون حد الزنا لثبوت زناهم بحجة وصاروا فسقة
فسقط الحد عن المشهود عليه وللامام ان شهادة الفاسق حجة
في الجملة فاوجبت شهادته شبهة ثبوت الزنا على المشهود عليه
فلا يجب عليهم حد القذف وشبهة الثبوت في حق المشهود عليه
تورث شبهة العدم في حق الشهود لان الشهادة من الكل قامت

على زنى واحد ص وشهد ثم مع اختلافهم في طوعها مردودة ش قال ابو
حنيفة اذا شهد اربعة بالزنا اثنان انه زنى بها مكرهة واخران انه
زنى بها طايعة فلا حد عليهما وقالا يحد الرجل خاصة لان الشهود اتفقوا
على زنى موجب للحد في حقه فتقبل شهادتهم في حقه ولا تقبل
في حقها فلا يحد وللامام انهم شهدوا بفعلين مختلفين فان الزنا
كرها غير الزنا طوعا وليس على احدهما حجة تامة فلا يجب شيء ولا
تحد الشهود في قولهم لانهم اتفقوا على نسبته الى الزنا في اول الشهادة
ولو شهد ثلاثة انه زنا بها طاوعة وشهد واحد انه استكرهها
لم تحد واحد من الشهود لانهم اتفقوا في شهادتهم على نسبتها
الى الزنا وقالا تحد الثلاثة لان شهادة الواحد على زناها بالكره لا يسقط
احصانها فلم يسقط عن الثلاثة فيقام عليهم فان قيل يمكن ان
يكون ابتداء الفعل بالاكراه وانتهاؤه بطوع فمسئلة الزاويتين
اجيب بان الاكراه يسقط الحد عنها سواء كان اول الفعل الى الاخر
اكراها او اوله اكراها واخره طوعا اذ بالنظر الى ابتداء الفعل
لا تجب وبالنظر الى انتهائه تجب فلا تجب بالشك وفي الزاويتين
تجب الحد بالنظر اليهما جميعا ص واقراره به مع انكارها غير موجب ش
قال ابو حنيفة اذا اقر الرجل اربع مرات في اربعة مجالس من مجالس المقر
انه زنى بفلانة وقالت كذب ما زنى بي لم تحد الرجل وقالا يحد لان
اقرار المقر حجة على نفسه فيواخذ به ولا يسقط بانكار غيره وللامام
ان الزنى لا يتصور الا بالطرفين فاذا سقط الحد عن احدهما صار
شبهة في الطرف الاخر فيسقط وان اقرت اربع مرات ان هذا زنى بها

اذا قال زنيت بفلانة وكانت غايبة ولم تصدقه فكذبته لا حد على المقر عندهما يحد وكذا لو كذب امراته والحد الرجل

ولم يحد الرجل لم تحد المراة وقالا تحد وان قال الرجل صدقت حدت
المراة ولم تحد الرجل لانه لم يقر الا مرة واحدة وحضرة المزني بها في الاقرار
والشهادة ليست بشرط حتى لو اقر انه زنى بامراة غايبة او شهد عليه
الشهود انه زنى بامراة غايبة صح الاقرار والشهادة واقيم الحد على الرجل
لان الغايب لغيبته ليس الا المدعي وهي ليست بشرط ولا يشترط
العلم بالمزني بها لصحة الاقرار ويشترط في الشهادة ص ولا حدها
اذا طاوعت صبيا او مجنونا ش قال علماؤنا اذا زنى صبي او مجنون بامراة
طاوعته فلا حد عليهما خلافا للشافعي وزفر لهما ان فعلها زنا ولنا
ان فعل المراة تابع لفعل الفحل والاصل غير موجب للحد فكذا التبع وان
زنى بالغ عاقل او صغير مجامع مثلها حد الرجل خاصة لوقوع فعله
زنا وانه اصل والحد متى سقط عن احد الزانيين بشبهة سقط عن
الاخر للشركة ثم اذا ادعى احدهما النكاح والاخر يكره ومتى سقط
عن احدهما لقصور الفعل فان كان القصور من جهتها سقط عنها
ولا يسقط عنه ثم اذا كانت صبية تجامع مثلها او مجنونة او
نايمة تجب الحد عليها وتجب عليه وان كان القصور من جهته سقط
الحد عنهما جميعا ثم لو كان مجنونا او صبيا ص ولا اذا زنى في دار الحرب
ثم خرج الينا ش قال علماؤنا اذا زنى الرجل في دار الحرب او دار البغي
ثم خرج الينا لم يحد خلافا للشافعي وهذا بنا على ان الدار دار ان
عند علمايا ودار واحدة عنده والخلاف فيما اذا دخل دار الحرب وحده
او في سرية لان امير العسكر والسرية لم يفوض الحد اليهما وان
غزى الخليفة او امير المصر حد من زنى في عسكره اما لو دخل دار الحرب

صح او مجنون زنى بامراة طاوعته لا حد على الطرفين لان فعلها مع فعل الفحل

وزنا خارجا من العسكر لا تحد كالمستامن في دار الحرب للشافعي ان المسلم ملتزم لحكم الاسلام فيلزمه اينما كان ولنا انعدام الولاية وقت الفعل فلا ينعقد موجبا لعدم الفايدة كالحربي اذا زنى في دار الحرب ثم خرج الينا مسلما ص ويحكم بحد المستامن الا في الخمر وعكسا الا في القذف

ش قال ابو يوسف تقام جميع الحدود على الحربي المستامن الا حد شرب الخمر وقال ابو حنيفة ومحمد لا تقام عليه وعلى المستامنة شي من الحدود الا حد القذف لابي يوسف ان الحربي كالذمي في المعاملات لانه التزم احكامنا ما دام في دارنا وحد الزنا من احكام الاسلام وهو يعتقد حرمته فيقام عليه كحد القذف لاعتقاد حرمته بخلاف حد الشرب لعدم اعتقاده حرمته فصار كالذمي في استثنا هذا الحد ولابي حنيفة ومحمد ان الحربي ليس كالذمي وانما يلزمه ما التزم من الحقوق لا ما لم يلتزمه وقد التزم حقوق العباد لا حقوق الله تعالى فحد الشرب لا تجب عليه بلا خلاف لانه يراه حلالا وحد القذف تجب بلا خلاف لان فيه حق العبد ص ولو زنى مسلم بمستامنة تحد بهما وحضاه به

ش قال ابو يوسف اذا زنى مسلم او ذمي بمستامنة يحدان وقال ابو حنيفة ومحمد يحد الرجل خاصة والحجة ما تقدم ص او مستامن بمسلمة يحدهما والامام تحضها به ومنعه ش قال ابو يوسف اذا زنى مستامن بمسلمة او ذمية يحدان وعند الامام تحد المراة خاصة وعند محمد لا يحدان وان زنى المستامن بمستامنة فلا حد عليهما وعند ابي يوسف يحدان بنا على ان المستامن والمستامنة بمنزلة الغايب والغايبة وعند ابي يوسف بمنزلة الذمي والذمية وعند محمد بمنزلة المجنون والمجنونة ص ولا تجب على واطي

جارية

جارية ولده وان سفل مع العلم بالحرمة ش اعلم ان الشبهة على ثلاثة انواع شبهة في المحل وشبهة في الفعل وتسمى شبهة الاشتباه وشبهة في العقد فالشبهة في المحل ان يطا الرجل جارية ولده او ولد ولده وان سفل فهي هذه المسئلة لا تجب الحد عليه مطلقا اي سوا قال علمت انها حلال علي ام حرام لان الشبهة ان كانت في الموطوة يثبت فيها الملك من وجه فلم يبق معها اسم الزنا فامتنع الحد على التقادير كلها وهذا لان الدليل المثبت للحل قايم وان تخلف على اثباته حقيقة لمانع فاورث شبهة فلهذا سمي هذا النوع شبهة في المحل لانها نشات عن دليل موجب للحل في المحل وانه مانع من الحد لعدم كونه زنا خالصا وهي في ستة مواضع بيانه ان قوله عليه السلام انت ومالك لابيك يقتضي الملك لان اللام فيه للملك واذا لم يفد حقيقة الملك فلا اقل ان يفيد شبهته وولد الولد ولد ويثبت النسب اذا ادعى الاب لانه ملكها بالقيمة ولا عقر عليه لان الاب لما ملكها بجميع القيمة سقط العقر لانه ضمان الجز وللجد اذا وطي جارية ولد ولده لا يثبت النسب اذا كان الاب حيا لانه محجوب به فلم يثبت النسب لعدم تاويل الملك في الحال ولا يجب الحد لان القرابة التي تتناول الملك في ثاني الحال ثابتة في الحال فتمكنت الشبهة ومن هذا النوع ان يطا البايع الجارية المبيعة قبل التسليم او الزوج الجارية الممهورة قبل القبض او الشريك الجارية المشتركة او المرتهن الجارية المرهونة على رواية كتاب الرهن او السيد جارية مكاتبه او عبده الماذون له وعليه دين يحيط برقبته وماله او الزوج جارية زوجته للبان يالكناية اما الجارية المبيعة والممهورة فلبقا ملك اليد فيهما واما الجارية

المشترك فليتا حقيقة الملك في البعض وأما المرهونة فلان استيفاء الدين
يقع لها عند الهلاك وقد انعقد له سبب الملك في الحال فصارت كالمشتراة
بشرط الخيار للبائع وأما جارية المكاتب والعبد المأذون فلان للسيد
حقا في كسب عبده فكان شبهة في حقه وأما المبانة بالكناية فلاختلاف
الصحابة رضي الله عنهم فيها فمن ذهب عمر أن الواقع بها رجعي فاورث شبهة
وان كان المختار قول علي وعلى هذا كل موضع سقط فيه الحد لشبهة في
المحل لا فرق فيه بين العلم بالحرمة وعدمها لقيام الشبهة في الحالين
ص ونفيناه عنه في جارية اصوله مع ظن الحل لجارية زوجته وسيده
ومعتدته عن ثلاث ويجب للعلم بالحرمة ش النوع الثاني من الشبهة
الشبهة في الفعل وهو ان يجعل غير الدليل دليلا وهي في ثمانية مواضع
وانما سميت بذلك لان الملك والحق غير ثابت له فيما ذكر ولا يثبت
بغير الدعوى لانها لا تثبت الا في حق من يشتبه عليه قال علماؤنا
الثلاثة اذا وطئ الرجل جارية اصوله كجارية ابيه وان علا او جارية
ابنه وان علت وقال ظننت انها تحل لي لا يحد خلافا لزفر له قيام المقتضي
وهو الوطء في المحل الخالي عن الملك وشبهته ولا اعتبار بتاويله الفاسد
في اسقاط ما وجب عليه بوطيه كما لو وطئ جارية اخيه او عمه وقال
ظننت الحل ولنا ان لكل منهما سبوطية يد في مال صاحبه فاذا ادعى
الاشتباه سقط عنه الحد للشبهة ولكن لا يثبت النسب لان الفعل
في الواقع زنا ولا يحد قاذفه لان الفعل وقع زنا الا ان الحد سقط للشبهة
وقاذف الزاني لا يحد واذا قال علمت انها علي حرام حد لزوال الاشتباه
والمصنف قاس في المختصر هذه المسئلة على وطئ جارية زوجته وما

يعدها

بعدها تنبيها على الحكم فيها اما جارية الزوجة وجارية السيد فلانه
ظن ان الفعل مباح له كما يباح له الانتفاع بما لها فظن ذلك مما يبيح
وطيها فكان ظنه مستندا الى دليل فكان شبهة في درء الحد عنه
اذ الشبهة عبارة عن امارة الدليل مع تخلف المدلول او ما يشبه
الثابت لا عين الثابت واما المطلقة ثلاثا فلان حرمتها مقطوع بها
والاملاك بينهما متباينة ايضا فلم يبق له فيها ملك ولا حق غير ان بعض
الاحكام من النفقة والسكنى وغيرها بقي فيها لحصك بذلك الاشتباه
فاورث شبهة ان ظن حله لانه موضع الاشتباه فتعذر ولا فرق في
ذلك بين ان يقع الثلاث جملة او متفرقة وكذا المطلقة على مال وامة
الولد بعد العتق في العدة لثبوت حرمتها بالاجماع وتثبت الشبهة
عند الاشتباه لبقاء اثر الفراش وهي العدة ص وفي جارية الاخ والعم
مطلقا ش اي ويحد واطئ جارية محارمه سوى الولاد كالاخ والعم
والخؤلة وان ظن انها تحل له لعدم الانبساط في مال هؤلاء عادة فلم
يستند ظنه الى دليل شرعي فلم يعتبر كخائف السرقة منهم حيث
لا يقطع بها يده لان حد السرقة يجب بهتك الحرز ولم يوجد الحرز
في حقه لان المحارم يدخل بعضهم على بعض بغير استيذان ولا حشمة
لوجود الاذن بالدخول عادة فيندرئ به الحد واما هنا يجب الحد
بالزنا وقد وجد وطئ المحل او بشبهته ولم يوجد ويتبين لك
هذا المعنى في الضيف فانه اذا سرق من الضيف لا يقطع يده وان زنى
بجارية بعض ص ولا حد في وطئ من زفت اليه غير امرأته واخبرانها
امرأته ويجب المهر ش ولو زفت اليه غير امرأته وقالت انها امرأته

فوطيها الرجل ويلزمه المهر بذلك حكم عمر رضي الله عنه ولان الرجل يميز
بين امراته وغيرها عند عدم المصاحبة الا باخبار النساء فقد اعتمد دليلا
لان الملك ثابت من حيث الظاهر باخبارهن ولا حد قاذف في ظاهر
الرواية لان قاذف الزاني لا يحد والمقذوف زنا لانه لا ملك له في الاجنبية
فسقط احصانه ص ولو وجد امراته على فراشه فوطيها حد ش اذا وجد
امراة اجنبية على فراشه فوطيها حد وان قال ظننت انها امراتي لانه يمكنه
معرفة زوجته بصوتها وكلامها وحسها وحركتها ومسها فاذا لم يفحص
عن ذلك لم يعذر وقد سبق نظائر غيرها من المحارم والجيران في فراشها فلم
يستند الظن الى دليل فلا يعتبر وكذا اذا كان اعمى لان امراته لا تخفى
عليه بعد طول الصحبة فانه يعرفها بالحس والمس والصوت والرائحة
فلا يعذر بترك الفحص عنها الا اذا دعاها فاجابته اجنبية وقالت
انا امراتك فوطيها فلا يحد لان ظنه استند الى دليل شرعي وهو الاجابة
ولو جاءت بولد ثبت نسبه منه لان الشارع جعل الاخبار بالملك كالمتحقق
دفعا للضرر المعزور عنه في الامة التي اشتراها ثم استحقت بعد ما
وطيها واستولدها ولو اجابته ولم تقل انا امراتك يحد لعدم ما يوجب
السقوط ص وواطئ محرمه بعد العقد والعلم والمستاجرة للزنا واللائط
ومن اتى امراة في الموضع المكروه يعذرون وقالا يحدون ش هذا هو
الشبهة في العقد وهنا اربع مسايل الاولى منهن اذا تزوج الرجل بامراة
لا تحل له نكاحها كالمحارم والمطلقة ثلاثا ومنكوحة الغير ومعتدة الغير
والنكاح بغير شهود فوطيها وهو عالم بالحرمة قال ابو حنيفة يعذر ولا
يحد وعليه مهر المثل وقال ابو يوسف ومحمد يحد ان علم انه حرام في كل

وطي

وطي يحرم عليه على التابيد وان كان لا يعلم او ليس بحرام على التابيد كالنكاح
بغير ولي وبغير شهود لا يحد لهما انه وطي حرام محض فكان زنا فلا يكون
العقد شبهة وللامام انه وطي فيه شبهة الحل بالعقد الموضوع للملك
مضافا الى محل قابل للمفاسد النكاح فلا يوجب الحد كما اذا وطي امته وهي
اخته من الرضاع وحكي ان محمدا اجتمع مع ابراهيم بن صالح على ما ياتي
فقال له لم قال ابو حنيفة في رجل تزوج بذات رحم محرم منه ودخل
بها انه لا حد فقال له شبهة فقال شبهة من يشتبه وشبهة من لا
يشتبه فبقيت اللقمة في يده ثم قال بل شبهة حكمته وعن بعض
المشايخ ان نكاح المحارم باطل عنده وسقوط الحد لشبهة الاشتباه
لا شبهة العقد ومنهم من قال نكاح المحارم عنده فاسد وسقوط الحد
عنده لشبهة العقد والمروي عن محمد يبطل القول الاول ويصح الثاني
الثانية قال ابو حنيفة اذا استاجر الرجل امراة ليزني بها فوطيها يعزر
ولا حد عليه وقالا يحد لان منافع البضع لا تملك بالاجارة فصار
وجود الاجارة وعدمها بمنزلة وللامام ان امراة استسقت راعيا لبنا فابى ان يسقيها حتى تمكنه من نفسها ففعلت فدرا عمر رضي الله
عنه الحد عنه وقال ذلك مهرها ولان الاجارة تمليك المنافع ومنافع
البضع منافع فاورثت شبهة فصار كالمتعة الثالثة قال ابو حنيفة
اللائط يعزر وقال في الجامع الصغير يعزر ويودع في السجن حتى
يتوب او يموت وقالا يحد حد الزنا فيرجم ان كان محصنا والا يجلد
كما روي عن علي رضي الله عنه ولان في اللواطة معنى الزنا لان فيها
قضاء الشهوة بسفح الماء في كل مشتهى على الكمال على وجه تحض حراما

كالزنى في القبل بل فوقه لان الزنا يتوهم منه حدوث ولد يعتذر به
ولا يتوهم ذلك في عمل قوم لوط فكان فوقه في تضييع الماء فكان ادعى
الى الزاجر ولاخفاء في كونه مشتهى لان المحل انما يشتهى باللين والرخاوة
والدبر في هذا المعنى كالقبل ولهذا ترغب فيه العقلاء كما يرغبون
في القبل ويكثر وقوعه كالزنا بل اكثر واشد حرمة منه لان في الزنا يمكن
ازالة الحرمة بالتزوج او الشراء ولا يمكن في عمل قوم لوط فكان ادعى الى الزاجر
من هذا الوجه وللامام ان اللواطة لا تسمى زنا لغة لان اهل اللغة
لا يسمونها زنا بل لواطة قال الشاعر من كن ذات حرمة ذي ذكرها محبان لوطي وزنا وكما شرعا ولا شرعا لان كل واحد منهما
اختص باسم وانه ينفي الاشتراك كاسم الحمار والفرس فلا يكون زنا فلا
يلحق بالزنا في الحد اذ الحدود لا تثبت قياسا ولان الواحد ولانه لو كان
زنا لما اختلفت الصحابة في حده فان حد الزنا منصوص عليه في محكم
القرآن ومتواتر السنة وهو ليس في معنى الزنا لانه ليس فيه اضاعة
الولد ولا اشتباه الانساب فلا يلحق به وقوله عليه السلام اقتلوا
الفاعل والمفعول محمول على السياسة او الاستحلال لوجوب القتل
مطلقا من غير اشتراط الاحصان ولا يمكن الحاقه بالزنا ايضا بطريق
الدلالة لان شرط الدلالة ان يكون مثلا له واللواطة لغة بمثله
لان في اللواطة تصور اذ دون الزنا لان الداعي في الزنا من الجانبين
ويودي الى افساد الفراش واهلاك البشر باعتبار انه يفضي الى ولد ليس
له اب يقوم بتربيته ولفقته فيكون هالكا وليس شيء من هذه الاشياء
موجودا في اللواطة وهو انذر وقوعا لكون الداعي فيها من جانب واحد

بلغ مقابلة

ولو

ولو لبهيمة الا في الحرمة وذلك لا يجوز الالحاق به الا ترى ان البول مثل
الخمر في الحرمة ولا يلحق بها في وجوب الحد على شاربه لتصور فيه فكذا
هنا لاجل تصوره امتنع الالحاق به وسفح الماء ليس بمحظور الا ترى انه يجوز
العزل في المملوكة وكذا في المنكوحة برضاها والراي في التعزير الى الامام
من الاحراق وهدم الجدار والتنكيس من مكان مرتفع باتباع الحجارة الرابع
قال ابو حنيفة اذا اتى امراة في الموضع المكروه يعزر وقالا يحد حد الزنا
والتعليل من الجانبين مامر في اللائط ومن اتى مملوكة في غير ما تاما
لا يحد عندهما ايضا وان كان محرما عليه لان من الناس من يستحله بتاويل
القرآن قال تعالى او ما ملكت ايمانكم فانه لم يفصل بين محل ومحل
ص ومن وطئ اجنبية فيما دون الفرج او اتى بهيمة عزر ش ولو وطئ
اجنبية فيما دون الفرج كالتفخيذ والتبطين او وطئ بهيمة لم يحد
لانه ليس بزنا حقيقة والداعي اليه قاصر ويعزر لمباشرته منكرا
وقوله عليه السلام من وجدتموه على بهيمة فاقتلوه واقتلوا البهيمة
ضعفه البخاري ويحيى بن معين وابو داود وروى ابو بردة عن ابن
عباس رضي الله عنه انه قال لا حد على من اتى بهيمة وما روي انها تذبح
وتحرق فهو جائز لا واجب ص او صغيرة مشتهاة بشهوة او كبيرة مستكرهة
فافضاها فوجبت الدية والمهر والعقر ايضا ش اذا زنى بصغيرة تشتهى
بشهوة او بكبيرة مستكرهة بشهوة فافضاها ولم تستمسك البول
وجبت الدية لتفويت المنفعة وعند محمد لا يدخل العقر في الدية
وعندهما يدخل فيها لان سبب الدية والمهر مختلف فان الدية
باتلاف العضو والمهر يجب باتلاف المنفعة فلا يدخل احدهما في الاخر

ولنا ان سبب الوجوب متحد اذ الدية تجب باتلاف هذا العضو
والعقر باتلاف منفعة البضع ويدخل ضمان الجزء في ضمان الكل اذا
وجد السبب واحد لخلاف ما اذا كانت تستمسك لان الواجب
بعض البدل وهو نظير ما اذا افقاء عين عبد تجب نصف القيمة
ولا يملك من العبد شيأ ولو فقاء عينيه حتى وجب كمال الدية
ملك العبد كله ولو طاوعت الكبيرة فافضاها فلا شيء عليه وان
طاوعته الصغيرة ضمن كل الدية ان لم تستمسك البول والا
فثلثها لان رضاها غير معتبر ولو كانت الصغيرة لا تشتهى فالحكم
فيها بلا دعوى شهوة كالصغيرة المشتهاة بدعوى الشهوة وللقضاء
من جعل مسلك البول والحيض واحدا وقيل من جعل مسلك البول
والغائط واحدا وانما يعرف من يجامع مثلها بالسلامة ان سلمت
بعد الوطء علم انها ممن يجامع مثلها وان لم تسلم علم انها ممن لا يجامع
مثلها ص ولا يجمع العقر مع الحد في المستكرهة ش قال علماؤنا اذا
زنى بمكرهة يحد ولا عقر عليه وقال الشافعي عليه العقر لانه
وجد الزنى واتلاف منافع البضع فيوفر على كل منهما موجبه ولنا
ان منافع تقومت حقا للشرع فلا يجب الضمان حقا لها وهو نظير
القطع مع الضمان ص ولسقط الحد عمن زنى بجارية فقتلها به وجبت
قيمتها واشتراها او نكحها او كانت جنت عليه قبله فرفعت اليه بعد
ش قال ابو يوسف اذا زنى بجارية فقتلها بالزنا لا يحد وقالا يحد
وعليه القيمة وعلى هذا الخلاف اذا زنى بها ثم اشتراها وذكر ابو يوسف
في الامالي انه يحد في قول ابي حنيفة خاصة وفي قول ابي يوسف

البضع م

لا يحد

لا يحد والاشبه ان محمدا مع الامام لان مسائل الجامع الصغير منصوصة
عن الامام ولو كان فيه قول لمحمد على خلاف قوله لبينه وانما لم يذكر ابو
يوسف قول محمد لانه كان تلميذه فلم يعتد بخلافه وعلى هذا الخلاف
اذا زنى بامة ثم تزوجها او زنى بها وكانت جنت عليه قبل الزنا
ثم رفعت اليه بالجناية او زنا بها ثم غصبها ثم ضمن قيمتها لابي
يوسف ان العارض بعد الوجود كالموجود عند وجود السبب كالسرقة
اذا ملكها السارق قبل القطع ولنا انه جنى جنايتين فيواخذ بموجبهما
ووجوب العقر لا يمنع الحد لانه ضمان دم فلا يوجب الملك ولانه
لا يظهر في المستوفي بخلاف ملك السارق لانه ملك العين ولان الخصومة
شرط اقامة الحد فيها وبالملك انقطعت الخصومة وفي الزنا لا تشترط
الخصومة ص واسقطناه عن المكره ش قال علماؤنا الثلاثة اذا اكره
رجل على الزنى ففعله لا يحد خلافا لزفر له ان انتشار الالة دليل
على الطواعية ولنا ان الانتشار قد يكون من غير قصد كما في النائم
وقد وجد السبب الملجئ فلا يترك ثم الاكراه لا يتحقق عند الامام الا من
السلطان وعندهما يتحقق وفي ظاهر الرواية قول ابي يوسف مع محمد
وذكره الطحاوي مع الامام قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا حجة وبرهان
فلم يكن في زمنه لغير السلطان من القوة ما لا يمكن دفعها الا به وفي
زمنهما ظهرت القوة لكل متغلب ويفتى بقولهما

فصل

في حد الشرب لما فرغ من بيان الزاجر عن هتك النفس وافساد
الفراش وهو حد الزنا شرع في بيان الزاجر عن ازالة العقل وهو حد
الشرب ص يحد شارب الخمر طوعا بعد الافاقة اذا اخذ وريحها موجود

مكرهه لان المعتبر عند ما خوف التلف وقد يتحقق من السلطان وغيره اذا كان المكره فاعلا ليفاع ما هدد به سلطانا او غيره بل خوف التلف هنا اظهر لان المتغلب يكون مستعجلا لما يفعله خوفا على نفسه من السلطان ص

الا ان ينقطع لبعد المسافة والتي اشتراطه ص الاصل في وجوبه قوله
عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه والطواعية
شرط فان المكره مساوب الاختيار فلا يعد جانيا ولايقام الحد الا بعد
الافاقة لتيقنا لوجوب الضرب فيزجر واشتراط الرايحة مذهب ابي حنيفه
وابي يوسف خلافا لمحمد والاصل في ذلك ان التقادم فيه يمنع قبول
الشهادة غير ان اباحنيفه وابا يوسف قدرا التقادم بزوال الرايحة
في الخمر وفي كل مسكر ومحمد قدره بالزمان كالزنا لان التاخير هو المؤثر
في الباب وانه بالزمان ولا اثر للرائحة فانها محتملة ولابي حنيفه
وابي يوسف ان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة رضي الله عنهم واجماعهم
لاينعقد الا برأي عمر وبن مسعود رضي الله عنهما وهما لم يقيماه الا بقيام
الرايحة واستثنى في المختصر انقطاع الرايحة لبعد المسافة يريد
انها اذا اخذ من مكان بعيد فلما اتي به الى الامام لم توجد منه رايحة
حد بالاتفاق لقيام العذر ولايعد انقطاعها دليلا على التقادم كما
قلنا في حد الزنا ثم لايشترط للوجوب الاسلام فلا حد على الذمي
والمستامن بالشرب ولا بالسكر في ظاهر الرواية وعن الحسن انه
يحد للسكر لا للشرب لان السكر حرام في الاديان كلها فقول الحسن
حسن ومنها عدم الاضطرار والاكراه لما قلنا ومنها بقاء اسم الخمر
المشروب وقت الشرب حتى لو خلطت بالماء ان كانت الغلبة للماء لم يجد
شاربها لزوال الاسم وان كانت الغلبة للخمر او كانا سواء وجد لبقاء الاسم
ومن وجد منه رايحة الخمر او تقيأها لم يحد لان الرايحة مشتبهة كما قيل
سفر جلة تحكي لدى النواهد لها عرف ذي فسق وصفرة زاهد

ويحتمل

ويحتمل انه شربها مكرها ص ولا يثبت به بل بشهادة رجلين او باقراره
مرتين والتفيا بمرة ش ويثبت الشرب بشهادة رجلين كسائر
الحدود غير الزنا ولا تقبل فيه شهادة رجل وامرأتين لانه من الحدود
او بالاقرار مرة عند ابي حنيفة ومحمد وعن ابي يوسف اشتراط الاقرار
مرتين في مجلسين وهو قول زفر اعتبارا لعدد اقراره بعدد شهوده كما
في الزنا وللظاهر ان كل حكم يثبت بشهادة شاهدين يثبت بالاقرار
مرة والزنا ثبت نصا بخلاف القياس فلا يقاس عليه غيره ص ويحد
السكران من دردبها لا من شربه ش قال علماؤنا من شرب دردي
الخمر لا يحد الا ان يسكر وقال الشافعي يحد سكر ام لم يسكر لانه
شرب اجزاء الخمر ولنا ان الغالب عليه الثقل فلا يحد ما لم يسكر
كالمغلوب بالماء ويكره شرب دردي الخمر والامتشاط به لما روي
ان عايشة كانت تنهى النساء عنه والدردي ما يبقى في اسفل كل شيء
ص والسكران من لا يعرف بين السماء والارض وقالا من يختلط كلامه
ويختار للفتوى ش قال ابو حنيفه السكر الموجب للحد ان لا يعرف
الرجل من المرأة ولا الارض من السماء لان زوال العقل لا يعرف الا به
ولانه سبب العقوبة فيشترط اقصاء درء الحد وقالا ان يختلط غالب
كلامه حتى لو اختلط نصف كلامه لا يكون سكران واليه مال اكثر المشايخ
وبه يفتى وهو قول مالك والشافعي اعتبارا للعرف فان العادة ان الشارب
اذا جعل يهذي يسمى سكران والخلاف في السكران الذي سكر بغير الخمر
من الاشربة المحرمة اذ في الخمر لا يشترط فيها السكر لان حرمتها قطعية
لا اجتهادية بل يحد بشرب قطرة منها وبالسكر من النبيذ لقوله عليه

فتوى

السلام حرمت الخمر بعينها والسكر من كل شراب والاطلاق قوله عليه السلام
من شرب الخمر فاجلدوه وعليه اجماع الصحابة رضي الله عنهم ص ولا يجد
باقراره فيه الا الحد القذف ش واذا اقر السكران على نفسه بشئ من الحدود
لا يواخذ به لاحتمال الكذب احتياطا للدرء بخلاف الاقرار بحقوق العباد
فانه يواخذ بها وحد القذف فيه حق العبد حتى لا يبطل بالتقادم
ولا يصح الرجوع فيه ولا يقام بدون الدعوي فيواخذ به ولو بر
او سرق حال سكره حد به ش ويوجب ثمانين جلدة في الحر الا اربعين
ش قال علماؤنا حد الخمر والسكر في الحر ثمانون سوطا وقال الشافعي
اربعون لما روي ان ابا بكر رضي الله عنه جلد اربعين ولنا ان عمر
رضي الله عنه جلد ثمانين بحضرة الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكر
عليه احد منهم فحل محل الاجماع وروي ان جلد ابي بكر رضي الله عنه
كان بجريدتين فلم تختلف العدد على ان عمر رضي الله عنه متاخر
فكان العمل به اولى وعن علي رضي الله عنه اذا سكر هذي واذا هذي
افترى وحد المفتري ثمانون سوطا ص ويجب نصفها في العبد ش
وحد العبد على النصف من حد الحر على المذهبين لما روي عن ابن
شهاب انه سئل عن حد العبد في الخمر فقال بلغني ان عليه نصف
حد الحر وان عمر وعثمان وعبد الله بن عمر جلدوا عبيدهم نصف
الحد في الخمر رواه مالك في الموطا ولان الرق منصف على ما مر من
قبل ص ويستوفى كما مر ش يعني ان الضرب يفرق على اعضائه
لان الحد يراد به الطهرة من الذنب وجميع الاعضا تحتاج الى التطهير
ولا يضرب في موضع واحد كما في الزنا لان الضرب في موضع واحد قد يفضي

الى التلف

قال م

الى التلف والحد شرع زاجرا لا متلفا ويعطي كل عضو حظه من الضرب
ما خلا الوجه والراس والفرج ويجرد عن ثيابه في المشهور لان التخفيف
قد حصل مرة بنقصان العدد من حد الزنا فلا يخفف ثانيا بترك التجريد
وعن محمد انه لا يجرد لعدم ورود النص به قال في غاية البيان
وهو الاصح عندي ص ولو اقر ثم رجع لم يحد ش اي لو اقر انسان بحد
من حدود الله تعالى كحد شرب الخمر او السكر بفتحتين ثم رجع صح
رجوعه لانه خالص حق الله تعالى

فصل ١٥

في الاشربة لما ذكر حد الشرب اخذ في بيان ما يحد به والاشربة
جمع شراب وهو في اللغة اسم لما يشرب من المايعات حلالا كان
او حراما وفي اصطلاح الفقها ما يسكر والمراد به هنا ما يحرم منها وكان
مسكرا وياتي تفصيل ذلك ثم نحا سن حرمة الاشربة المسكرة
ظاهرة لانها تزيل العقل الذي هو اشرف الاشيا واعزها لامتياز
البشر به عن غيرها ولتعلق خطاب الشرع به وانما كانت الخمر
مباحة على الامم الماضية لطول اعمارهم ولتحملهم بافة الشرب
ولا يتسارع اليهم السكر اما هذه الامة فانها مكرمة باشيا منها
الخيرية وصفا العقل وصفا الفكر فكان صلاحهم في حرمة الخمر
قليلها وكثيرها وهذا فضل من الله تعالى على هذه الامة ببركة نبيها
صلى الله عليه وسلم واي فضل اعظم من حفظ العقل ثم الاعيان
التي تتخذ منها الاشربة ستة العنب والزبيب والتمر والعسل
والالبان والحبوب كالحنطة والشعير والذرة والدخن وتلحق بها
الفواكه كالاجاص والتوت ومنها ما حرمته غليظة ومنها ما هو

والرمان ص

اخف تحريما ومنها ما هو حلال فيحتاج الى تفسير الاشربة المحرمة في الجملة وهي
ثمانية الخمر والسكر ونقيع الزبيب ونبيذ التمر والفضيخ والباذق والطلا
ويسمى المثلث والجمهوري اما الخمر فسيأتي تفسيرها واما السكر فهو النيء
من ماء الرطب بعد ما غلا واشتد وقذف الزبد عند الامام وعندهما
اذا غلا وان لم يسكن غليانه مشتق من سكرت اذا اسكنت واما نقيع
الزبيب فهو ان ينقع الزبيب في الماء حتى خرجت حلاوته الى الماء من غير
طبخ وغلا واشتد وقذف بالزبد واما نبيذ التمر فينقع على الماء الذي
ينقع فيه التمر حتى خرجت حلاوته ثم غلا واشتد وقذف بالزبد
وهذا الاسم يقع على المطبوخ والنيء منه واما الفضيخ فهو البسر
المذنب اذا خرج منه الماء وغلا واشتد وقذف بالزبد سمي فضيخا لانه
يفضخ اي يكسر ويرض واما الباذق فهو اسم لما طبخ من ماء العنب
وذهب به اقل من الثلثين سواء كان اقل من الثلث او النصف او طبخ
ادنى طبخة بعد ما صار مسكرا او سكن عن الغليان واما الطلا فهو
عصير العنب اذا طبخ حتى ذهب اقل من ثلثه وقيل اذا ذهب ثلثه
فهو الطلا وان ذهب نصفه فالمنصف وهو حرام ايضا وان طبخ ادنى
طبخة فهو الباذق وانما سمي طلا لقول عمر رضي الله عنه ما اشبهها
بطلاء البعير وهو القطران الذي يطلى به البعير اذا كان به جرب
وهو يشبهه واما الجمهوري فهو الطلا الذي يلقى فيه الماء حتى يرق
ويعود الى الاصل هذا بيان الاسماء وقد ذكر المصنف منها اربعة مما
ياتي في موضعه من عبارته ص وتحرم الخمر عصير العنب اذا غلا واشتد
وقذف الزبد شرط ش اعلم ان المحرم من هذه المذكورات اربعة

اولها

اولها الخمر وهي اغلظها تحريما حتى حرم قليلها وكثيرها بعد ان لم يكن الذاهب
ثلثين وهي عصير العنب اذا غلا واشتد هذان شرطان بالاجماع واختلف
ابو حنيفة وصاحباه في قذف الزبد فقال ابو حنيفة هو شرط وقالا
اذا غلا واشتد فهو خمر وان لم يقذف بالزبد لان اللذة المطربة والقوة
المسكرة تحصل بالاشتداد وهو الموثر في الاقناع ولابي حنيفة ان
الغليان بداية الشدة وكماله بقذف الزبد لانه يتميز به الصافي
عن غيره واحكام الشرع المتعلقة بها قطعية كالحد والكفار
مستحلها وكذلك ينبغي ان يناط بالنهاية وقيل يوخذ في حرمة الشرب
لمجرد الاشتداد احتياطا وفي الحد بقذف الزبد احتياطا للدرا وشيخ
الاسلام خواهرزاده اخذ بقولهما دفعا لتجاسر العوام فانهم اذا علموا
انه لا يحد قبل قذف الزبد يقعون في الفساد ثم الكلام فيما يقع في مواضع
احدها في بيان ماهيتها والثاني في وقت ثبوت هذا الاسم لها وقد
بينا هما والثالث ان نجاستها مغلظة لثبوتها بالدليل القطعي الرابع
انه لا قيمة لها في حق المسلم حتى لا يجوز بيعها ولا يضمن غاصبها ولا متلفها
لان ذلك دليل عزتها وتحريمها دليل اهانتها وقال عليه السلام ان الذي
حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها رواه مسلم واحمد ولان الله تعالى لما
نجسها فقد اهانها والتقوم يبتنى على العزة الخامس حرمة الانتفاع
بها لنجاستها ولان في الانتفاع بعدمها والله تعالى يقول فاجتنبوه
السادس وجوب الحد بشرب القليل منها السابع ان الطبخ لا يحلها
لان الطبخ في العصير يمنع الحرمة لا يرفعها بعد ثبوتها الثامن جواز تخليلها
على ما ياتي التاسع ان مستحلها يكفر لانكاره الدليل القطعي العاشر ان عينها

حرام غير معلول بالسكر ص والعصير اذا طبخ فذهب اقل من ثلثيه ش
الثاني من الاربعة المحرمة الطلا وهو عصير العنب اذا طبخ حتى ذهب
اقل من ثلثيه وان ذهب نصفه فهو المنصف وان طبخ ادنى طبخه فهو الباذق
وكل ذلك حرام اذا غلا واشتد وقذف بالزبد لم يقذف على الاختلاف
المذكور لما روي عن عمار بن ياسر رضي الله عنه ان من الناس يشرب
العصير الذي قد طبخ وذهب ثلثاه وبقي ثلثه فشرب عمار وامر
الناس بشربه وقال هذا شراب لم يكن نشربه حتى ورد علينا
كتاب عمر امير المومنين علق اباحته بذهاب ثلثيه فبقي ما دونه على
التحريم وقال في المحيط الطلا اسم للمثلث وهو ما طبخ من ماء
العنب حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه وصار مسكرا وهو الصواب لما روي
ان كبار الصحابة رضي الله عنهم كانوا يشربون من الطلا ما ذهب
ثلثاه وبقي ثلثه وقد تقدم وجه تسميته بذلك ص ونقيع الرطب
ش الثالث من الاربعة المحرمة السكر وهو النيء من ما التمر اذا غلا
واشتد وقذف بالزبد على الخلاف المتقدم لما روي ابو هريرة رضي
الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الخمر من هاتين الشجرتين
واشار الى الكرم والنخلة وعليه اجماع الصحابة رضي الله عنهم ص
والزبيب اذا غلا واشتد ش الرابع من الاربعة المحرمة نقيع الزبيب
وهو النيء من الزبيب اذا غلا واشتد وقذف الزبد على الاختلاف المذكور
لما تقدم من حديث ابي هريرة فدل ذلك على ان النيء من ما التمر حرام اذا
كان مسكرا كالنيء من ما العنب وروي ان رجلا اتى ابن مسعود رضي الله
عنه فقال له في بطني ضغر فوصف لي السكر فقال له ابن مسعود ان الله

لم يجعل

الطلا اسم للمثلث وهو كقطران يعالج البعر به

لم يجعل شفاكم فيما حرم عليكم والصفرحية في البطن في زعم العرب
انها تعض الانسان اذا جاع وفي الحديث لا هامة ولا صفر وكانت
العرب تزعم ان روح القتيل الذي لا ياخذ بثاره تصير هامة وهي
من طير الليل ص وتخليل الخمر مطلقا ولا يحلها الطبخ ش قال
علماؤنا يجوز تخليل الخمر مطلقا اي سواء تخللت هي او خللت وتحل الخل
منها وقال الشافعي اذا تخلل بالعلاج فيها كالملح لا تحل وان نقلها الى
الشمس او منها الى الظل حتى تخلل فله فيه قولان وان تخللت
بنفسها من غير معالجة تحل له ما روي عن انس رضي الله عنه ان ابا طلحة
سال النبي صلى الله عليه وسلم عن ايتام ورثوا خمرا قال اهرقها قال افلا
نجعلها خلا قال لا رواه احمد وابو داود ولان الله تعالى امر باجتنابها
وفي تخليلها اقترابها ولنا ان اطلاق قوله عليه السلام خير خلكم
خل خمركم وقال عليه السلام نعم الادام الخل مطلقا فيتناول
جميع صورها ولان التخليل ازالة الوصف المفسد واثبات صفة
الاصلاح فوجب ان يكون مشروعا كدباغة جلد الميتة والاجتناب
المامور به هو الاجتناب عن الانتفاع بها فانه كان معهودا ولهذا
اجاز اقترابها لا راقتها لانها اعدام المفسد في التخليل اولى لانه اعدام
المفسد وصيانة للعين عن التلف والنهي عنه فيما روي ان تستعمل
الخمر استعمال الخل بان ينتفع بها كالانتفاع بالادام وغيره وهو نظير
ما روي انه عليه السلام نهى عن تخليل الخمر وتخمير الخلال وان تتخذ
الدواب كراسي والمراد الاستعمال فشرا اذا صارت الخمر خلا يطهر ما يوارثها
من الوعاء واما اعلاه وهو الذي انتقص منه الخمر فقيل يطهر تبعا وهو

الخلاصات

محكي عن الهندواني واختاره الفقيه ابو الليث والصدر الشهيد وقيل
لا يطهر لانه نجس بإصابة الخمر ولم يوجد ما يوجب طهارته فبقي على ما
كان الا ان يغسل بالخل فيتخلل من ساعته فحينئذ يطهر لاستحالاله
وكذا اذا صب منه الخمر ثم ملئ خلا في الحال لما قلنا واذا اريفعل وملئ من
العصير ينجس العصير ولا يحل شربه لانه عصير خالطه خمر ص ولا
يحلها الطبخ ش لما تقدم وهو ان الطبخ جعل ما بقاء من ثبوت الحرمة
لارتفاعها بعد تقررها الا انه لو شرب منه مطبوخا كان حراما
وتحد بالسكر لا بمجرد الشرب على ما قالوا ص وبيع غيرها جايز ش
قال ابو حنيفه بيع غير الخمر من الاشربة المحرمة جايز ويضمن متلفه
الا انه يضمن القيمة لا المثل لانه ممنوع من الانتفاع بها بالمكان
الحرمة فتعينت القيمة وقال ابو يوسف ومحمد لا يجوز بيعه ولا
يضمن متلفه اعتبارا بالخمر والجامع الاشتراك في الحرمة ولابي حنيفه
انه مال متقوم لعدم الدلالة القطعية على سقوط التقوم بخلاف
الخمر ص ويحل شرب ما لا يسكر مما طبخ من نبيذ التمر اديني طبخة والزبيب م
وان اشتد اذا ذهب ثلثاه لغير لهو وما يتخذ من العسل والتين
والحبوب من غير طبخ وحرمها مطلقا وتحد للسكر منها في الصحيح ش
الحلال من الاشربة ثلاثة اقسام الاول ما طبخ من نبيذ تمر او نبيذ
زبيب سواشتد ام لم يشتد اذا شرب لا على وجه التلهي بل
لاستمراء الطعام او للتداوي او التقوي على طاعة الله تعالى وذلك
عنه ما فعله على ظن انه لا يسكر وليس في طبخه حد ويكتفي فيه
باد في طبخة الثاني عصير العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه

اذا شربه م

اذا شربه لغير لهو الثالث ما يتخذ من العسل والتين والحنطة
والشعير والذرة اذا شرب لغير لهو وان اسكر وذكر في شرح الاقطع وان اسكر م
لان النبي صلى الله عليه وسلم قال الخمر من هاتين الشجرتين فحصل التحريم
بهما فبقي ما وراءهما على اصل الاباحة ولان هذه الاطعمة مقتاته
فلا تعتبر بما يحدث منها من الشدة والسكر كما لا يعتبر السكر الذي
يوجد في الخبز في بعض البلاد والسكر الذي يوجد في اللبن طبخ
او لم يطبخ ولا يتعلق الحد بالسكر منه ولا يقع طلاقه ولا عتاقه
ولا يصح اقراره وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وعن محمد ان الجميع
حرام اذا سكر من ذلك وهو الاصح قال في واقعات الحسام الشهيد
وبه ناخذ لان الفساق يجتمعون عليه كسايرالاشربة المحرمة
وقال ابو الليث في تنبيه الغافلين وهو المذهب الصحيح الذي
عليه الفتوى وادعى عليه الاجماع وما شربه بالتلهي لا يحل
بلا خلاف ولما حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب حص
السكر من غير الخمر بالتحريم فلا يلحق غير الخمر بالخمر في التحريم
العين مع المض ولو بالنص وقوله عليه السلام ما اسكر كثيره
فقليله حرام طعن فيه ابراهيم النخعي ويحيى بن معين او حمل على
القدح الاخير او على قصد التلهي والسكر وقال الامام لا احرم
النبيذ ديانة ولا اشربه مروة وقال ابو يوسف في نفسي شيء
من النبيذ كالجبال الراسيات وقال هشام ترك شرب الاربعة
مروة ص ولا باس بالخليطين والانتباذ في الدباء والحنتم والمزفت
والنقير ش لا باس بالخليطين بالاتفاق نبيذ التمر والزبيب

او التمر والرطب او الزبيب لانه لا يوجب الحرمة والنهي محمول على حالة الشدة ولا بأس بالانتباذ في الدباء والحنتم والمزفت والنقير لقوله عليه السلام واشربوا في كل ظرف فان الظرف لا يحل شيئا ولا يحرمه قال ذلك بعد ما نهى عنه ويكره الانتقاع بالخمر واقطارها في الاجليل ولا يجب الحد وان جعل الخمر في مرقه لم تؤكل وان عجن الدقيق بها لم يؤكل

فصل في حد القذف

لما فرغ عن بيان الزاجر عن ارتكاب العظيم شرع في الزاجر عن تلطيخ العرض والقذف في اللغة الرمي مطلقا ومنه قولهم هم بين قاذف وحاذف اي رام بالحصى وحاذف بالعصا والتقاذف الترامي وفي الشرع رمي مخصوص وهو الرمي بالزنا صريحا ومنه الحديث ان هلال بن امية قذف زوجته اي رماها بالزنى فكان القاذف وضع حجر القذف في مقذفة اسنانه ويرمي به الى المقذوف وهو من الكبائر باجماع الامة قال عليه السلام اجتنبوا السبع الموبقات قيل وما هي يا رسول الله قال الشرك بالله والسحر وقتل النفس التي حرم الله واكل الربا واكل مال اليتيم والتولي يوم الزحف وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات متفق عليه وشرطه احصان المقذوف وعجز القاذف عن اتيانه بالبينة ولو قال لي بينة حاضرة في المصر امهله القاضي ليوم او يومين لان التاخير الى آخر المجلس لا يعد تاخيرا كتاخيره الى ان يحضر الحاد ص وحد الحر قاذف الحر المسلم البالغ العاقل العفيف بصريح الزنا ثمانين سوطا اذا طلبه والعبد اربعين

ش اعلم ان الاحصان منصوص عليه وشرطه الحرية لان الرقيق

ليس بمحصن والاسلام لقوله عليه السلام من اشرك بالله فليس بمحصن والبلوغ والعقل لان حد القذف لدفع العار عن المقذوف والصبي والمجنون لا يلحقهما العار لعدم تحقق فعل الزنا منهما ولانهما لعدم عقلهما او لقصوره لا يقفان على عواقب الامور فلا يلحقهما الشين والعقل زاجر عن ارتكاب ما له عاقبة ذميمة وكماله بالبلوغ فلا بد منه والعفة عن فعل الزنا لان القاذف انما يحد على نفي بيته والقاذف صادق في حق من لم يعف عن الزنا ويشترط ان يكون المقذوف معلوما حتى لو قال لجماعة كلكم زناة الا واحدا او قال ليس فيكم زان الا واحدا او قال لرجلين احدكما زان لا يجب الحد لان المقذوف مجهول وعلى هذا لو قال جدك زان لا حد لان الحد يقع على الاسفل والاعلى فكان المقذوف مجهولا ولو قال اخوك زان ان كان له اخوان لا حد لانه مجهول وان لم يكن له الا اخ واحد اذا حضر وطالب لانه معلوم وليس لهذا الاخ ولاية المطالبة وفي شرح الطحاوي وشرائطه خمسة ان يكون حرا مسلما بالغا عاقلا عفيفا لم يكن وطئ امراة بالزنى ولا بالشبهة ولا بنكاح فاسد في عمره فان فعل مرة سقطت عدالته ولا حد على قاذفه ولو حصل وطيه في غير الملك او وطئ جارية مشتركة سقطت عدالته ولو وطيها في الملك الا انه محرم ان كانت حرمته موقتة كما اذا وطئ امراته في الحيض او اشترى جارية مجوسية فوطيها لا تسقط عدالته وان كانت الحرمة مؤبدة كما اذا وطئ امه وهي اخته من الرضاعة سقطت عدالته ولو وطئ امراة بالنكاح ثم تزوج ابنتها ودخل بها سقط احصانه ولا يشترط حرية القاذف ولا اسلامه ولا عفته عن فعل

الزنا فيحد الرقيق والكافر ومن لا عفة له من الزنا ويشترط ان لا يكون القاذف
ابا للمقذوف ولا جده ولا امه ولا جدته فان كان من هؤلاء فلا حد لان النبي
عن التاثيف نهي عن الضرب ولهذا لا تقتل به قصاصا ويشترط ان يكون
القذف في دار الاسلام فلا يجب الحد في قاذف وجد في دار الحرب
لان الامام لا ولاية له في دار الحرب ولا يجب الحد الا بصريح الزنا بان يقول
لمحصن يا زان او لمحصنة يا زانية او يقول يا ابن الزنا او يا ولد الزنا لان
في قوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية القذف بالزنا لا بغيره
بدلالة اربعة شهداء لانها لا تشترط الا في الزنا خاصة والبض وان ورد
في المحصنات لكن الحكم ثبت في المحصنين دلالة اذ الوجوب لدفع العار
وذا يتحقق في الكل وانما خص ذكرهن لان القذف في الغالب يقع لهن
وانما لا يجب الحد الا بطلب المقذوف لان الوجوب لدفع الشين بالقذف
فاذا لم يطالب المقذوف فقد ترك حقه فلا يستوفى الحد وانما
يحد بطلبه بعد عجزه عن الاتيان باربعة شهود ليشهدوا بصدق
وانما طرح هذا الشرط لانه علم من باب الزنا وتقدير الحد في الحر
والحرة بثمانين سوطا منصوص عليه في الآية وتقدير الحد بالاربعين
في العبد والامة لان الرق منصف ص وينزع عنه الفرو والحشو
ويفرق عليه ش وينزع عنه الفرو والحشو لانهما يمنعان ايصال الالم
اليه غير انه لا يجرد عن ثيابه لان سببه غير مقطوع به لاحتمال انه
صادق فلا يقام الحد على الشك بخلاف حد الزنا ويفرق الضرب على اعضائه
لئلا يفضي الى الهلاك ص ولو رجع عن اقراره لم يقبل ش ومن اقر
بالقذف ثم رجع عنه لم يصح رجوعه لانه وجب للمقذوف حق دفع الشين

فلا يملك

فلا يملك اسقاطه بالرجوع وان اقر بالحدود الخالصة لله تعالى ثم رجع صح
رجوعه لعدم المكذب ويظهر القذف اما بالبينة بشهادة رجلين
ولا يقبل فيه شهادة النساء او بالاقرار مرة اعتبارا بسائر الحقوق
ولا يبطل بالتقادم والاولى للمقذوف ان يترك الخصومة لان فيها
اشاعة الفاحشة وهو مندوب الى تركها والعفو عن الخصومة من
باب الفضل والكرامة قال تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى ولا
تنسوا الفضل بينكم واذا رفع الامر الى القاضي يستحسن ان يقول
قبل الاثبات بالبينة اعرض عن هذا لانه ندب الى الستر والعفو
وان لم يترك الخصومة وادعى القذف ولا بينة له واراد استحلافه
بالله ما قذفه ذكر الكرخي انه لا يحلف عندنا خلافا للشافعي وذكر في ادب
القاضي للخصاف انه يحلف ص ويطالب للميت من يقع القدح في نسبه
بقذفه ش لا يطالب بحد قذف الميت الا الولد وولد الولد وان
سفل والوالد والجد وان علا للحوق العار بالجزء فيكون قذفا
له وليس للاخ والاخت والعم المطالبة به عندنا وقال الشافعي
يثبت بنا على ان حد القذف يثبت لكل من يقع القدح في نسبه على
طريق الاصالة وارثا كان او غير وارث حتى كان للابن الكافر والقاتل
والابعد الدعوى مع قيام الاقرب وفيه خلاف زفر وسيأتي مفصلا
ان شاء الله تعالى لانه لا يورث فيطالب من يتغير به لان الاحصان في
الذي تناوله القذف شرط ليقع به التغير على الكمال ثم يتعدى
الى ولده على الوصف الذي تناوله وقد وجد اذ الميت محصن والطالب
من اهل استحقاق الحقوق والكفر والبعد لا ينافي اهلية الاستحقاق

وعند الشافعي بناء على ان حد القذف عنده يثبت ابتدا للميت ثم يتنقل
بطريق الارث والمراد من النسب الولاد دون حقيقة النسب فان الام
وام الام يملكان المطالبة وان لم يثبت النسب منهما لان الانساب الى الآبا
لا الى الامهات ص ويغلب حق الشرع فلا تورثه ولا يجز العفو عنه
ولا الاعتياض فيه ولا عدم التداخل ش حد القذف حق الله وحق
العبد والمغلب فيه هو حق الله تعالى وهو الاظهر وقال صدر الاسلام
المغلب فيه حق العبد وهو قول مالك والشافعي واحمد لان العبد يحتاج
والله تعالى غني فيغلب فيه حق العبد لدفع حاجته وللاظهر ان اخلا
العالم عن الفساد حق الله تعالى وليس فيه حق العبد وصيانة العرض
حق العبد وفيها حق الله تعالى وفي النفس حق الانتفاع للعبد وحق
الاستعباد لله فكان حق الله تعالى فيه من وجهين وحق العبد من
وجه فيغلب حق الله ثم حق الله تعالى لا يجري فيه الارث ولا يسقط
باسقاط العبد ولا يجري فيه الاعتياض ويجري فيه التداخل وحق
العبد بالعكس وقال الشافعي يجري فيه الارث ويسقط بالعفو
ويجري فيه الاعتياض ولا يتداخل بقذف الجماعة بكلمة واحدة
او بقذف واحد مرارا وعندنا لا يورث ولا يصح العفو عنه ولا الاعتياض
ويتداخل ص واجزنا طلب الابن الكافر والعبد بقذف الاب ش قال
علماؤنا الثلاثة اذا كان المقذوف ميتا وهو محصن وولد او والد
عبدا او كافرا جاز له ان يطالب بالحد خلافا لزفر بنا على ان احصان
الطالب ليس بشرط عندنا وعنده شرط وليس للعبد ولا للكافر
احصان وهذا لانه لا جايز ان يكون لابنه لان الحد لا يورث ولا لاجل

نفسه

نفسه لانه غير محصن ص وولد الولد بقذف الجد مع وجود ابيه
ش في هذه المسئلة خلاف زفر ايضا لانها معطوفة على ما فيه خلافه
قال علماؤنا الثلاثة لا يراعي الترتيب بتقديم الاقرب على الابعد في
طلب الحد حتى كان لولد الولد ان يطالب به مع قيام الولد خلافا
لزفر وتقدم بعض الكلام عليه في اثبات القاعدة ص ومنع ابن البنت
ش قال محمد لا تثبت المطالبة لولد البنت وقالا تثبت له كما تثبت
لولد الابن لمحمد انه من قوم اخرين ولهذا لا يدخل ابن البنت في الوقف
على اولاده واولاد اولاده في ظاهر الرواية وللظاهر انه يلحق به العار
اذ لا بقي كريم الطرفين ولهذا كان له المطالبة بقذف امه بخلاف
الاخ لعدم انتمايه اليه وعدم دخوله في الوقف ممنوع على رواية
الخصاف ولين سلم في الوقف في معنى الوصية وفي الواقعات
الفتوى على قول محمد لانه صار كالاخ ص ولا يطالب العبد مولاه
ولا الابن اباه بقذف امه الحرة ش اذا قذف المولى ام عبده الحرة
او قذف الاب ام ولده الحرة لا يجوز لكل منهما ان يطالب بموجب
القذف لان المولى لا يعاقب بسبب عبده ولا الاب بسبب ابنه
ولهذا لا يمتلان بهما ص ومن وطي وطا حراما لعينه سقط احصانه
ش قوله لعينه قيد لما كان شرط الاحصان العفة عن الزنا
فلا بد من تفسيرها وهو كون المقذوف لم يطأ في عمره مكلفا في غير
ملك ولا نكاح اصلا ولا في نكاح فاسد باجماع السلف على ما ذكره
والاصل فيه ان من وطي وطا حراما لعينه لا يجب الحد بقذفه
لان الزنا هو الوطي المحرم لعينه وان كان محرما لغيره يحد قاذفه

فتوى

لانه ليس بزنا فلا يسقط احصانه لعدم زناه وال عفته به نقل من البدايع
وبيان هذه الجملة في مسايل اذا وطي امراة بشبهة بان زفت اليه غير امراته
فوطيها سقطت عفته لوجود الوطي الحرام في غير ملك ونكاح اصلا لانه
لايجب الحد لقيام الدليل المبيح من حيث الظاهر وكذلك اذا وطي جارية
مشتركة لان الوطء يصادف كل الجارية وكلها ليس بملك فصادف ملك
الغير لامحاله فكان الفعل زنا من وجه لكن دري الحد للشبهة
وكذلك اذا وطي جارية ابويه او زوجته او جارية اشتراها وهو لايعلم
انها لغير البايع ثم استحقت لما قلنا وكذلك وطي جارية ابنه اعلقها
ام لم يعلقها وكذلك اذا كان مكرها على الزنا فان الوطء حرام ليعنيه في
هذه الصور كلها فيسقط احصانه فلا يحد قاذفه واما الوطي الحرام
لغيره فهو وطي الحايض او النفسا او الصايمة او المحرمة او الحرة
التي ظاهر منها او الآمنها او امته المزوجة لم تسقط عفته لقيام
الملك او النكاح حقيقة وانه محلل الا انه منع من الوطي لغيره فلا يكون
الوطي حراما لعينه وقد تقدم بعض الكلام في شرط الاحصان ص
وناكح بنت ملموسة بشهوة محصن ش قال ابو حنيفه من مس امراة
بشهوة او نظر اليفرجها بشهوة او قبلها بشهوة ثم تزوج بنتها ودخل
بها او تزوج امها لم تسقط عفته حتى يحد قاذفه وقالا تسقط فلا
يحد قاذفه لان النظر او التقبيل بشهوة اوجب حرمة المصاهرة
وانها حرمة موبدة فتسقط العفة كحرمة الرحم المحرم ولابي حنيفه
ان كثيرا من الفقها لايحرمونها ويعتبرون النكاح صحيحا فهذه الحرمة
ليست مجمعا عليها بل هي في محل الاجتهاد بين السلف ولا تسقط العفة

فيحد

فيحد قاذفه بخلاف ثبوت وجود المصاهرة بالوطء او وجود النص وهو
قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم من النسآء الا ما قد سلف والنكاح في
الوطء حقيقة فتسقط اعتبار الاختلاف مع النص ولو تزوج امراة
بغير شهود فوطيها سقطت عفته لان فساد هذا النكاح مجمع عليه
في السلف ولا يعرف الخلاف فيه بين الصحابة رضي الله عنهم فلا يعتد
بمخالفة مالك فيه كذا في المنبع ص واذا لاعنت بولد سقط احصانها
ش ولو قذف امراة لاعنت بولد لا يحد بالقذف لان النسب انتفى
عن الملاعن بقضاء القاضي فيتحقق في جانبها علامة الزنا وهو قيام
ولد لا اب له ظاهرا وكذا لو قذفها بعد موت الولد لان هذه الشبهة
لا تزول بموت الولد بل تتقرر لان الامومية لا تزول عنه ولو قذف
امراة لاعنت بغير ولد حد القاذف لعدم امارة الزنا واللعان قايم
مقام حد القذف في جانب الزوج فصار موكدا للعنة بخلاف ما اذا
لاعنها بولد لان قطع النسب بعد اللعان يوجب بطلان الاحصان
ولو لاعنت المراة بولد ثم اكذب الزوج نفسه ولزمه الولد ثم
قذفها قاذف حد القاذف لزوال التهمة ولو قذف امراة لها ولد
لا يعرف له اب فقال يا زانيه لا يحد لان الموجب للحد قذف المحصنة
والعفة عن الزنا من شرايط الاحصان وقد تمكنت الشبهة في العلة
عن الزنا لان الولد الذي ليس له اب ظاهر امارة الزنا فقد تمكن في
انتسابها شبهة العدم والحد يسقط بالشبهة ص ولو نسبه
الى جده او نفاه عنه او الى عمه او خاله او زوج امه او قال يا ابن ما السما
او لعربي يا نبطي لم يحد ش ولو نسبه الى جده بالبنوة او نفاه عنه لم يحد

سطع متابلة

اما في النسبة فلان الجد يسمى ابا مجازا واما في النفي فلانه صادق وان
نسبه الى عمه او خاله او زوج امه لم يحد ايضا لانهم يسمون ابا مجازا
قال تعالى واله ابائك ابراهيم واسماعيل واسحاق ويعقوب واسماعيل
كان عمه وقال عليه السلام الخال اب وقيل في قوله تعالى ورفع
ابويه على العرش انما كانت خالته وقيل في قوله تعالى ان ابني من اهلي ان
انه كان بن امراته ولو قال لرجل يا بن ماء السما او يا بن مزيقيا او يا بن رجلا
لم يحد لانه يراد به الصفا والسماحة والجود ولو قال لعربي يا بن نبطي
او يا عجمي او لست بعربي لم يحد لانه يراد به النسبة في الاخلاق من
جهة الحساسة والبخل او عدم الفصاحة والنبط قوم بين لون بسواد
العراق وفسر الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير برجل غير عربي
ص وحد بقوله لرجل يا زانيه ش قال محمد اذا قال انسان لرجل يا زانيه
يحد وقالا لا حد عليه لجواز ان الهاء كما تدخل للتانيث تدخل للمبالغه
ولتعيين غير التانيث بالاشارة الى المذكر ولما انها للتانيث
في الاصل والمحل لا يقبله فلغى ولو قال لامراة يا زاني حد بالاجماع لانه
اثبت اصل الفعل وهو الزنا واسقط علامة التانيث لعدم الاشباه
بالاشارة كحايض وطالق او يكون من قبيل الترخيم وهو حذف اخر
الاسم للمنادي ففي الفصل الاول اثبت علامة التانيث فلا تقدر
وفي الثاني اسقط العلامة وعدم علامة الشي لا تدل على عدمه
ص وعكس في زنأت في الجبل يريد الصعود ش قال محمد اذا قال انسان
لرجل زنات في الجبل بالهمز وقال عنيت الصعود لم يحد وقالا يحد
لمحمد انه نوى ما يحتمله لفظه فيصدق فان الزنا بالهمز حقيقة في

الصعود

الصعود ولابي حنيفة وابي يوسف ان المهموزين والملين يهمز
وحقيقة في الظرفية فلا يعدل عنها لمجرد اعتبارها ولو قال
زنا مت على الجبل قيل يحد وقيل لا يحد فالحاصل انه اذا قال زنات
الجبل لا يحد اجماعا ولو قال زنيت على الجبل يحد اجماعا وانما الخلاف
في زنأت على الجبل على ما بيناه ص وما اوجبناه على المصدق ش
قال علماؤنا الثلاثة اذا قال انسان لرجل يا زاني فقال اخر صدقت
لم يحد المصدق خلافا لزفر له ان تصديق القذف قذف
ولنا انه ما صرح بنسبته الى الزنا وتصديقه يجوز ان يكون
في الزنا او في عين فلا يحد بالاحتمال الا ان يقول صدقت هو كما قلت
ولو قال اشهد انك زان فقال الاخر وايضا اشهد يحد الاول دون
الثاني لان الاول شهد بصريح الزنا ولم يشهد معه ثلاثة اخر
فعليه الحد وقول الثاني انا اشهد يحتمل انا اشهد بما شهدت
ويحتمل انا اشهد بغير ما شهدت بحق اخر من الحقوق فلا يجعل
شهادة بالزنا بالشك ص ولم يجعلوا قوله في خصومة لست بالزاني
ولا امي قذفا ش قال علماؤنا لو قال رجل لاخر وهما متخاصمان لست
بالزاني ولا امي زنت لم يكن قذفا فلا يحد به وقال مالك يكون قذفا
لانه تعريض بالاخر والحال والعرف يدلان عليه فيحد بالقذف
ولنا ان حقيقته لتزكية نفسه وتزكية امه والاصل في الكلام
ارادة الحقيقة واحتمال التعريض لا يوجب الحد لان الحد لا يثبت مع
الاحتمال ص ولو اختلف شهوده في مكانه او زمانه فهي مقبولة ش قال
ابو حنيفة اذا اختلف شاهدا القذف في المكان او الزمان حد وقالا لا

اناصح

لايجد لان القذف في هذا المكان او الزمان غير القذف في غيره ولم
يوجد على كل منهما الا شهادة فرد ولا تثبت وللامام ان القذف
كلام يعاد ويتكرر فيكون الثاني غير الاول واذا سمع كل منهما في مكان
غير المكان الذي سمعه الاخر جاز لما ان يشهد اعليه بالقذف
من غير بيان مكان فاشبه شهادة اثنين بالبيع مع اختلافهما في مكانه
او زمانه بخلاف ما اذا شهد احدهما على انه قذفه يوم الخميس والاخر
بانه اقر انه قذفه يوم الخميس فانه لايجد لان القذف ان كان كاملا لكن
الاقرار مخالف الانشا حكما لان الانشا اثبات امر لم يكن والاقرار
اخبار عن امر كان فكانا مختلفين حقيقة فكان المشهود به مختلفا فلم
تتم الحجة على واحدة من الصيغتين فلم تقبل ولهذا لو قال لامرأته
زنيت قبل ان اتزوجك لاعن ولايجد لان قوله زنيت انشا للقذف
فكان قاذفا لها للحال وهي للحال زوجة وقذف الزوجة يوجب
اللعان لا الحد ولو قال قذفتك بالزنا قبل ان اتزوجك حد ولا لعان
لانه اقرار منه بقذف كان منه قبل التزوج وقذف الاجنبية
يوجب الحد لا اللعان بخلاف ما اذا اتفقا في صيغة اللفظ واختلفا
في المكان والزمان فانه يقبل لاتفاقهما في الصيغة فلو كان المشهود
به قولا كالبيع والاجارة او فعلا ملحقا بالقول كالقرض فاختلاف
الشاهدين في المكان او الزمان لايمنع قبول الشهادة بلا خلاف
وان كان فعلا كالغصب والجناية او قولا ملحقا بالفعل كالنكاح
فاختلافهما في المكان والزمان يمنع القبول بالاجماع واختلفوا فيما
عدا ذلك ص وترد شهادة المحدود فيه وان تاب ش قال علماؤنا

عن م

اذا احد

اذا حد المسلم في القذف لم تقبل شهادته ابدا وقال الشافعي تقبل
اذا تاب قياسا على المحدود في الزنا وتوبته عنده اكذابه نفسه
لما روي عن عمر رضي الله عنه انه قال توبة القاذف اكذابه نفسه
ولنا قوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا معطوفا على قوله
تعالى فاجلدوهم والاستثنا يعود الى ما يليه لان الضرورة تندفع
به فيرتفع الفسق ولا يلزم من نفي الفسق قبول الشهادة كما في شهادة
العبد فالاختلاف صدر عن الاختلاف في ان الاستثنا اذا تعقب
الجملة المنفيه ينصرف عندنا الى الاقرب لقربه واتصاله به
وانقطاعه عما سواه وعنده الى الكل كما في الشرط والمشيه
والدليل على ان الاستثنا مقصور على ما يليه من زوال سمة الفسق
دون جواز الشهادة ان حكم الاستثنا في اللغة رجوعه الى ما
يليه والدليل عليه قوله تعالى الا آل لوط انا لمنجوهم اجمعين الامرأته
فكان المراة مستثناة من المنجين لانها تليهم ولو قال لفلان علي عشرة
دراهم الا ثلثة الا دراهما يلزمه ثمانية فكان الدرهم مستثنى
من الثلاثة واذا كان كذلك وجب ان يكون حكم الاستثنا الاقتصار
على ما يليه وذكر بعض الشراح من اصحابنا نقلا عن المبسوط والصحيح
من المذهب عندنا انه اذا اقام اربعة من الشهود على صدقه بعد
اقامة الحد عليه تقبل شهادته ص ولو بسوط او بالكف او بتمامه
وبه قال ش اذا ضرب المسلم بعض الحد ثم هرب ففيه عن الامام
ثلاث روايات في رواية ترد شهادته بضرب سوط واحد من الحد
ووجهها ان حد القذف جرح في الشهادة فيستوي في اسباب الجرح

فرع غريب

القليل والكثير فكذا الحد وفي رواية لاترد شهادته ما لم يضرب الاكثر
ووجهها ان الاكثر يقوم مقام الكل فيكون ضرب الاكثر كضرب الكل
وفي ظاهر الرواية لاترد ما لم يضرب جميع الحد وهو قولهما ووجه
هذه الرواية ان الله تعالى امر برد الشهادة بعد ضرب الكل فما لم يوجد
فاسق فيه الكل لاترد الشهادة وان ضرب القاذف الكافر فعن الامام على الرواية
الاولى اذا ضرب سوطا في الاسلام لاتقبل شهادته وعلى الرواية
الثانية اذا ضرب الاكثر في الاسلام بطلت شهادته وعلى ظاهر
الرواية ما لم يضرب كله في الاسلام لاتبطل شهادته ص وتقبل بعد
الاسلام لا العتق ش وان حد الكافر في قذف ثم اسلم قبلت شهادته
لان هذه الشهادة لم تكن حالة الحد فلا تبطل به وان حد العبد في قذف
ثم اعتق لم تقبل شهادته ابدا لانه ليس من اهل الشهادة والرد
من تتمة الحد فيتوقف على صيرورته اهلا وبالعتق صار اهلا ان
يصير مردودا تتميما للحد والفرق للظاهر انه لاشهادة للعبد اصلا
في حال رقه فيتوقف رد الشهادة على حد وثم له فاذا حدث كان رد
شهادته شهادته بعد العتق من تمام حد بخلاف الرمي فان له حال كفر على مثله
فكان ردها من تمام حد وبالاسلام حدث له شهادة اخرى فافترقا

فصل في التعزير

لما فرغ من الزواجر المقدرة شرعا اخذ في بيان الزاجر الذي هو دونها
في القدر والقوة في الدليل وهو التعزير واصله من العزر بمعنى الرد
والرجع قال في الكشاف العزر المنع ومنه التعزير وهو مشروع بالكتاب
والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى وواضربوهن فان اطعنكم الاية

ولما السنة

واما السنة فقوله عليه السلام لاترفع عصا ان عن اهلك وقال عليه
السلام رحم الله امرأ علق سوطه حيث يراه اهله وروي انه عليه
السلام عزر رجلا مالا لغيره بالمخنث وحبس رجلا بالتهمة واجتمعت
الامة على وجوبه في كبيرة لاتوجب الحد او جناية لاتوجب الحد وسبب
وجوبه ارتكاب جناية ليس لها حد مقدر شرعا سواء كانت الجناية
على حق الله تعالى بترك الصلاة والصوم او على حق العباد بان اذى مسلما
بغير حق بفعل او قول يحتمل الصدق والكذب بان قال يا فاسق
وشرط وجوبه العقل فيعزر كل عاقل حرا كان او عبدا ذكرا كان
او انثى مسلما كان او كافرا صبيا كان او بالغا ص ولو قذف عبد او امة
او كافرا بالزنى او قال لمسلم يا فاسق او يا خبيث او يا كافر عزر
ش ومن قذف عبدا او امة او ولد او كافرا بالزنا عزر اقصى
التعزير لانه قذف بالزنى ولا حد لعدم احصان المقذوف فيجب
نهاية التعزير او قذف مسلما بغير الزنا فقال له يا فاسق او يا كافر
او يا خبيث او يا يهودي او يا نصراني او يا بن فاسق او يا بن كافر
او يا بن النصراني او يا سارق او يا فاجر او يا منافق او يا لوطي او يا من
يعمل عمل قوم لوط او يا من يلعب بالصبيان او يا اكل الربا او يا شارب
الخمر او يا ديوث او يا مخنث او يا خائن او يا بن العجمة او يا زنديق
او يا قرطبان او يا ماوى الزواني او اللصوص وهو ليس متصف
بهذه الاشياء عزر لانه اذاه بالحاق الشين به ولا مدخل للقياس
في باب الحدود وفي هذا النوع لايصل الى اقصى التعزير لان النوع
الاول هو القذف بالزنا لكن لغير محصن فلهذا يصل فيه الى نهاية

التعزير وفي النوع الثاني الراي فيه الى الامام ان شاء عزره بالضرب وان
شا بالحبس وان شا بهما وان شا لا استخفاف بالكلام ومن المشايخ
من قال قاعدة في هذا فقال كل من قذف انسانا بمعصية غير موجبة
للحد وهو غير صادق في اخباره يعزر فيه لانه بالقذف والنسبة
الى المعصية الحق الشين والاذى به فيعزر لينجزر وان كان صادقا
في قذفه او كاذبا في نسبته ظاهر الا يعزر لقوله عليه السلام
اذكروا الفاجر بما فيه لكي تحذره الناس ومن كان كذبه ظاهرا
فقد الحق الشين والعار بنفسه بكذبه مع علم الناس بطهارة
المقذوف عن لوثه ورجسه ص او يا حمار او يا خنزير لم يعزر
وقيل يعزر ان كان شريفا ش وان قال يا حمار او يا خنزير يا كلب
يا بقر يا تيس لا يعزر مطلقا في ظاهر الرواية عن اصحابنا لانه
قذف بما لا يتصور فيرجع عار الكذب اليه وقيل يعنف مطلقا
اعتبارا للعرف فانه يعد فيه سبا وشتيمة ومنهم من فصل
فقال ان كان من الاشراف كالعلوي والعباسي والفقيه وذي
الوجاهة يعزر لان الوحشة تلحقه بذلك وان كان من العامة
لا يعزر للتيقن بكذبه والتفصيل احسن وتعزير كل شخص
بحسبه ومن المشايخ من رتب التعزير في هذا النوع على مراتب
فقال التعزير على اربع مراتب تعزير الاشراف وهم الدهاقين والقواد
وتعزير اشراف الاشراف وهم العلوية والعباسية والفقها
وتعزير الاوساط وهم السوقة وتعزير الاخساء وهم السفلة
فتعزير الاشراف الاعلام والزجر الى باب القاضي والخطاب بالمواجهة

وتعزير

وتعزير اشراف الاشراف بالاعلام المجرد يان يبعث القاضي امينه اليه
فيقول له بلغني انك تفعل كذا وكذا وتعزير الاوساط الاعلام والزجر
والحبس لان المقصود من التعزير هو الزجر واحوال الناس في الانزجار
على هذه المراتب والتعزير بالشتم مشروع اذ الركين قذفا وعن ابي
يوسف التعزير باخذ المال جايز ومنهم من فسره بان ياخذه
ويمسكه فان ايس عن توبته صرفه الى ما يري وقال في شرح
الاشار التعزير باخذ المال كان في ابتدا الاسلام ثم نسخ وقال
صاحب خلاصة الفتاوي سمعت ثقة يقول في التعزير باخذ
المال ان راي القاضي او الوالي جاز ومن جملة ذلك رجل لا يحضر
الجماعة يجوز تعزيره باخذ المال ولا يحبس في التعزير قبل ثبوته
كما شرع في الحد لان الحبس لما كان صالحا للتعزير لم يشرع بمجرد
التهمة لان الحبس بدون الضرب يجوز في التعزير ص ويقدر
اكثر بخمسة وسبعين سوطا وهي تسعة وثلاثون ش وقال ابو حنيفة ومحمد
ابو يوسف اكثر التعزير خمسة وسبعون سوطا وقال محمد اكثر ابو حنيفة ومحمد
تسعة وثلاثون والاصل في ذلك قوله عليه السلام من بلغ حدا
في غير حد هو من المعتدين فتعذر تبليغه حدا بالاجماع بهذا
الحديث ولكن اختلفوا في اي حد فابو يوسف حمله على حد الاحرار
لانهم هم الاصول وهما حملا على ما ينطلق عليه اسم الحد وحد العبيد
كامل في ذاته وقول محمد في ظاهر الرواية مع الامام كما تقدم في الذيل
وروي عنه مثل قول ابي يوسف ص ولا ينقص في الاقل عن ثلاثة
ش اي اقل التعزير ثلاث جلدات وهكذا ذكره القدوري لان الزجر

لايحصل بمادونها وليس كذلك بل تختلف ذلك باختلاف الاشخاص
فالامر مفوض لتقدير مع حصول المقصود بدونه فيكون مفوضا الى راي
الامام ليقيمه بقدر مايري فيه من المصلحة على ما بيناه تفاصيله
ص وان راي الامام الحبس ايضا فعل ش اذا راي الامام ان الحبس
في التعزير مع الضرب فعل ذلك لان الحبس يصلح تعزيرا ولهذا جاز
الاكتفاء به فجاز ضمه ايضا ص ويقدم التعزير في شدة الضرب
اشدهم ثم الزنا ثم الشرب ثم القذف ش الضرب التعزير
لان فيه تخفيفا من نقصان عدد الحد ثم حد الزنى لان جنايته
اعظم من الشرب وهو حرام في الاكل الاديان وهو ثابت بالكتاب
وشرع فيه الرجم ولهذا لاتنكشف حرمته بحال بخلاف حرمة
الخمر فانها تنكشف بالضرورة والاكراه ثم حد الشرب
لان جنايته مقطوع بها بقول الصحابة ثم حد القذف لاحتمال
ان يكون القاذف صادقا فيه وقيل ان الشارب قلما يخلو عن
القذف فيصير كل شارب خمرا معا بين الشرب والقذف فتحقق
منه جنايتان ومن القذف جناية واحدة فلهذا كان ضرب
اخف من ضرب الشارب وذكر في حدود الاصل انه يفرق التعزير
على الاعضاء وفي اشربة الاصل يضرب التعزير في موضع واحد فموضع
الاول اذا بلغ التعزير اقصاه وموضع الثاني اذا لم يبلغ وقال
في الهداية لم يخفف من حيث التفريق على الاعضاء ص ويعزر زوجته
على ترك الزينة وغسل الجنابة والخروج من المنزل وترك الاجابة
الى الفراش ش للزوج ان يعزر امرأته على ترك الزينة وغسل الجنابة

والخروج

والخروج من المنزل بغير اذنه وترك الاجابة الى الفراش لوجوب
طاعته عليها وفي الفتاوى الظهيرية للزوج ان يضرب امرأته
على ترك الزينة اذا اراد ها وترك الاجابة اذا اراد الجماع الا اذا كانت
مريضة لاتطيق الجماع وعلى ترك الصلاة وفي المحيط وشرح الهداية
انما يباح ضرب الزوج امرأته اذا كانت المنفعة تعود اليه كما اذا
ضربها لتعود الى مضجعه امااذا كانت منفعته تعود اليها لايباح
له الضرب الا ترى انه ليس له الضرب على ترك الصلاة لان منفعتها
تعود اليها بخلاف الاب يضرب ولده على ترك الصلاة وفي الفتاوى
الظهيرية ايضا رجل له امرأة لاتصلي كان له ان يطلقها وان لم يكن
له مال يوفي به مهرها وعن ابي حفص الكبير البخاري انه قال يلقى
الله تعالى ومهرها في عنقه احب الي من يطأ امرأة لاتصلي ولا يسع
المرأة ان تخرج الى مجلس العلم بغير اذن زوجها ما لم يقع لها نازلة
وهي محتاجة اليها ولم يعلمها الزوج وان عزر زوجته ومات
يضمن الدية بالاجماع بخلاف الامام اذا عزر شخصا ومات
فانه لايضمن عندنا خلافا للشافعي هو يعتبره بفعل الزوج ولنا
الفرق بان الامام مامور باقامة الحد والتعزير فانتقل فعله
الى الامر وهو الله تعالى فصار كان الله تعالى امره بغير واسطة
فلا يتقيد فعله بشرط السلامة فلم يجب الضمان بخلاف تعزير
الزوج فانه مباح له والمباحات تتقيد بشرط السلامة كالمرور
في الطريق واورد على هذا ما اذا جامع امرأته فماتت من الجماع او
افضاها فانه لاضمان عليه خلافا لابي يوسف مع انه مباح له فكان

ينبغي ان يتقيد بوصف السلامة اجيب بانما لزم بجب الضمان
في ذلك لوجوب ضمان المهر في ابتداء ذلك الفعل فلو وجبت الدية
بموتها اخرا كان فيه ايجاب ضمانين وهو المهر والدية بمقابلة
مضمون واحد وهو البضع وذلك غير جايز

فصل 18
في حد السرقة واثباتها وكيفية القطع

في المتن م

لما فرغ عن الزاجر الملتقدم شرعا شرع في الزاجر عن اخذ المال وهو
حد السرقة وهي في اللغة اخذ الشيء من الغير علي وجه الخفية بغير
اذن المالك سواء كان الماخوذ مالا او غيره ومنه استراق السمع لانه
ليسمع كلام المتكلم علي غرة منه وسمي به لانه يسارق كلامه في
طلب غفلته وفي الكبري اخذ المال في مكان لا يلحق صاحبه الغوث
ويطلب غفلة ممن التزم حفظ ذلك المكان وهو السلطان وفي
الشرع اخذ مال معتبر شرعا من حرز اجنبي لا شبهة فيه خفية
وهو قاصد للحفظ في نومه او غيبته فاحترز بقيد المعتبر
شرعا عن التافه وما دون النصاب وبقيد الاجنبي عن قريب
ذي رحم محرم وبقيد حرز لا شبهة فيه عما فيه شبهة وبقيد
الخفية عن النهب والغصب والاختلاس وبقيد القصد للحفظ
عن النبش وبقيد النوم والغيبة عن الطرار والسرقة التي يتعلق
بها القطع شرايط الخفية ابتداء وانتهاء فابتداء بان ينقب البيت
خفية ثم ياخذ المال من يده مكابرة بان استيقظ صاحبه وان لا
يكون للسارق في المسروق ملك ولا شبهة ملك وان لا يكون
السارق ماذونا بالدخول في المكان الذي سرق منه وان يكون

للمسروق

المسروق منه يد صحيحة علي المال حتي ان السارق من السارق
لا يقطع وان لا يكون بين السارق والمسروق من زوجية ولا رحم
كامل وان يكون المسروق متقوما وان لا يوجد جنسه مباحا
في الاصل وان لا يكون تافها ولا مما يسارع اليه الفساد وان تعتبر
قيمته عشرة وقت السرقة ووقت القطع وذكر الطحاوي ان
المعتبر قيمته وقت الاخراج وان يكون الماخوذ محرزا ولو كابر السارق
ليلا وسرق متاعه قطع ولو كابر نهارا فنقب عليه بيته
سرا واخذ متاعه مغالبة لم يقطع والقياس ان لا يقطع في الفصلين
جميعا لانعدام ركن السرقة وهو اخذ المال علي سبيل الخفية
والخفية ان وجدت وقت الدخول فلم توجد وقت الاخذ وانما
استحسنوا بالليل لانه اخذ خفية عن اعين سائر الناس ص
اذا سرق بالغ عاقل من حرز نصابا بلا شبهة فيهما ش شرط وجوب
القطع كون السارق مكلفا والماخوذ نصابا محرزا وانعدام الشبهة
والاصل في ذلك الكتاب والسنة والاجماع وضرب من المعقول
اما الكتاب فقوله تعالي والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما
وفي قراءة ابن مسعود رضي الله عنه فاقطعوا ايمانهما واما السنة
فقوله عليه السلام من سرق قطعناه ورفع سارق الي النبي عليه
السلام فقطعه وعلي وجوبه انعقد الاجماع وان اختلفوا في مقدار
النصاب واما المعقول فلان المال محبوب الي النفوس يميل
اليه الطباع البشرية خصوصا عند الحاجة ومن الحاجة
من لا يرده عنه عقل ولا يمنعه نقل لا تزجره الديانة حتي ترده الزوة

والامانة فاولا الزاجر الشرعي من القطع وغيره لبادر والى اخذ الاموال
خفية على وجه الاستسرار وفيه من الفساد ما لا يخفى فناسب شرعية
هذا الزاجر في حق المستسر حسما لمادة الفساد واصلاحا لاحوال العباد
امّا اشتراط التكليف فلان شرع القطع للنكال وهو عقوبة فيستدعي
كون السرقة جناية ولا جناية بلا تكليف ولا تكليف بلا بلوغ وعقل
لان الصغير والمجنون غير مكلفين فلا يترتب عليهما الحد الذي شرع
للزجر واما اشتراط الحرز فلان الاستسرار والاخفاء لا يظهر دونه
واما اشتراط النصاب فلانه لابد من اعتبار مال له خطر لان ما لا يس
بخطير تقل الرغبة عنه ولا يوخذ على وجه الخفية فلا يتحقق فيه
ركن السرقة فلا يترتب على اخذه حكم الزجر لان الزجر شرع فيما يغلب
وجوده واما اشتراط عدم الشبهة في الحرز والنصاب فلان الشبهة
دارية للحد ص وقدره بعشرة دراهم مضروبة او ما هو قيمته
لاربع دينار ش قال علماؤنا نصاب السرقة مقدر بعشرة
دراهم او ما يبلغ قيمة عشرة دراهم مضروبة جيدة محرزة بلا
شبهة وقال الشافعي مقدر بربع دينار او ما قيمته ربع دينار
لانه عليه السلام قطع في مجن وكانت قيمته ربع دينار ن
ولنا قوله عليه السلام لا قطع في اقل من عشرة دراهم
او دينار ومجن المجن كانت قيمته عشرة دراهم مروي ذلك عن
ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهما وعن ام ايمن رضي الله عنها قالت
انما قومت المجنة التي قطع فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم
بدينار وعن انس رضي الله عنه كانت قيمته خمسة دراهم فاخذ علماؤنا

بالاكثر احتياطا للدرء والعشرة من النقرة الخالصة المضروبة حتى لو
سرق عشرة تبرا لا تساوي عشرة مضروبة لم يقطع والمعتبر
وزن سبعة مثاقيل لانه معتبر في غالب البلدان كما في الزكاة
وغير الدراهم تعتبر قيمته بها وان كان ذهبا لقيام الدليل على ان
نصاب السرقة مقدر بعشرة دراهم وغير المنصوص لقيامه مقام
المنصوص عليه باعتبار القيمة وقد ورد في بعض الاخبار ذكر
الدينار اورده لكنه لم يبلغ مبلغ الدراهم في الشهرة وكانت
القيمة بقول رجلين عدلين اما معرفة بالقيم لانها من باب
الحدود فلا يثبت الا بما يثبت به السرقة وتعتبر قيمة السرقة
في رواية الكرخي يوم السرقة ويوم القطع وفي رواية الطحاوي
يوم السرقة خاصة ص وجود ها شرط وخالفه في الزيوف
الراجحة ش قال ابو حنيفة جودة الدراهم شرط وقال ابو يوسف
اذا سرق عشرة دراهم وهي زيوف رائجة فقد سرق نصابا
لانها اذا كانت تروج ساوت الجياد فلم يظهر النقصان ولابي
حنيفة ان مالية الزيوف مالية الجياد والمالية مما يرغب فيها
المتمكن منها لتمكنه في نفس العين حتى لو سرق من الزيوف
ما يساوي عشرة دراهم قطع اجماعا لانه لا نقصان في المالية
ص فشهد عليه اثنان فسئلا عن ماهيتها وكيفيتها وزمانها
ومكانها او اقر مرة ش تظهر السرقة باحد امرين اما بشهادة رجلين
او بالاقرار كسائر الحقوق من القصاص وحد القذف والشرب
فيسال القاضي الشاهدين عن اربعة اشياء عن ماهية السرقة

وكيفيتها ومكانها وزمانها لانه يلتبس على كثير من الناس فانها تطلق
على اشياء على الاستماع خفية فان من يسمع كلام الغير يسمى سارقا وعلى
تخفيف الصلاة قال عليه السلام ان اسوأ الناس سرقة من يسرق
من صلاته ولذا اختلف باختلاف الاحوال فان من يدخل يده من النقب
او من الطاقة ويأخذ شيأ او في دار الحرب او بيت اذن له في دخوله
او كان المال في يده او لم يكن في حرز لا تقطع وكذا اذا تقادم ليسقط
الحد دون المال اذا اقامت بينة ولا يشترط السؤال عن الزمان
اذا ثبتت السرقة بالاقرار لان تقادم العهد لا يمنع الاقرار ويسئل
عن المسروق منه لان سرقة كل مال لا توجب القطع وعن قدره
لاشتراط النصاب وعن المسروق منه هل هو اجنبي او قريب
من السارق او زوج لان جميع ذلك محتمل فلا بد من ازاحة هذه
الشبهة لانه مبني على الدرء ما استطاع وتحبسه الى ان يسأل
للتهمة بخلاف التعزير على ما بيناه ص ويعتبر مرتين ش اي ويعتبر
ابي يوسف التكرار في الاقرار فلا يقطع حتى يقر مرتين وقالا يكتفى
فيه بمرة واحدة لابي يوسف ان الاقرار احد الحجتين فيعتبر بالاخرى
كما في شهادة الزنا ولهما ان امر السرقة يظهر بمرة فلا حاجة
الى التكرار كما في الاقرار بالقصاص وحد القذف بخلاف الاقرار بالزنا
لانه ثبت بخلاف القياس بالزنا فلا يقاس عليه غيره واعترض محمد على
ابي يوسف لو لم يقطع في السرقة حتى يقر بها مرتين لكان اذا اقر
اول مرة لم يجب الحد ووجب الضمان فكان ما اقر به دينا عليه
فوجب ان لا يقطع اذا القطع والضمان لا يجتمعان وكان في اثباته نفيه

فقال

قال ابو يوسف هذا ينتقض بالاقرار بالزنا اول مرة فينبغي ان لا يجب
الحد ويجب العقر فيلزم الجمع بين الحد والعقر وهما لا يجتمعان اجيب
بان ثبوته بحديث ماعز على خلاف القياس فلا يلحق به غيره وذكر
بشر رجوع ابي يوسف الى قولهما وان الذكورة والعدالة والاصالة
شرط في شهادة الحد فلا يقبل فيه شهادة النساء ولا شهادة الفاسق
ولا الشهادة على الشهادة وعدم تقادم العهد شرط حتى لو شهدا
بالسرقة بعد حين لم يقبل في حق القطع وان كانت تقبل في حق
ضمان المال ص قطعت يمينه من الزند وحسمت بعد خصومة للمسروق
منه ش اذا استكملت الشروط كلها قطعت يمينه من الزند وحسمت
اما القطع فلقوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما
واما تعيين اليمين فلقراءة عبد الله بن مسعود رضي الله عنه فاقطعوا
ايمانهما وهذا من المشاهير بمنزلة المقيد من المطلق فكانه قيل
فاقطعوا ايمانهما من الايدي فحينئذ لا يتناول الرجل ولا اليد اليسرى
والدليل عليه انه في المرة الثانية لا تقطع يده اليسرى وانما
ذكرت الايدي بلفظ الجمع والضمير بلفظ التثنية لان السارق
اسم جنس وكذا السارقة واريد بهما الجمع فجمعت الايدي
لانها افراد مضافة الى الجمع وثني الضمير فيهما ولم يقل ايديهم لظاهر
اللفظ وهذا جمع بين اعتباري اللفظ والمعنى في كلام واحد واما
كون القطع من الزند فلان اليد ذات مقاطع ثلاثة الرسغ والمرفق والابط
وكل منها يحتمل ان يكون مرادا فازال النبي صلى الله عليه وسلم الاحتمال
حيث امر بقطع يد السارق من الزند ولان هذا القدر متيقن فيؤخذ

الحد بالمتيقن وقالت الخوارج يقطع من المنكب لان اليد اسم لكلها وقال
بعض الناس تقطع الاصابع فقط لانها الة البطش ومحل الجناية وماذكرنا
حجة عليهم ولان كل من قطع من الايمنة قطع من الرسغ فصار اجماعا
والزند في اللغة موصل طرف الذراع الى الكف واما الحسم فهو ان يكوي
يده كي ينقطع الدم لقوله عليه السلام فاقطعوا ثم احسموا رواه الدارقطني
ولان منافذ الدم تنسد بالكي فينقطع به فلو لم يكوه ربما يسيل الدم
فيودي الى التلف ونحد شرع زاجرا الا ستلفا ولهذا لا يقطع في الحر
طلبه م الشديد والبرد الشديد وفي الطلبه والمغرب الحسوان يحس في الزمن
الذي اغلى والزيت عندنا على السارق وبه قال الشافعي في وجه
وفي وجه اخر عنه في بيت المال وذلك بعد خصومة المسروق منه
ومطالبته في السرقة فلا تظهر السرقة بالبينة او بالاقرار الا
بخصومة المسروق منه خلافا لابي يوسف والشافعي في الاقرار حتى
لو اقر السارق انه سرق مال غائب لم تقطع عند ابي حنيفه ومحمد
ما لم يحضر المسروق منه ويخاصم وجه قول ابي يوسف والشافعي
ان اقراره بالسرقة اقرار على نفسه والانسان يصدق في الاقرار على نفسه
لعدم التهمة ولهذا لو اقر بالزنا بامراة غائبة قبل اقراره وحد كذا
هذا ولابي حنيفة ومحمد ما روي ان سلمة قال للنبي صلى الله عليه
وسلم اني سرقت لال فلان بعيرا فقال فانقد النبي صلى الله عليه وسلم
منا لهم فقالوا انا فقدنا بعيرا في ليلة كذا فقطعه فلولا ان المطالبة
شرط ظهور السرقة بالاقرار لما سالهم ولان كل من بيده شيء فالظاهر انه
ملكه فبمجرد اقراره للغير لم يزل عن ملكه حتى يصدقه المقر له فربما يصدقه

اذا اقر للغير شيء لم يملكه عنه بمجرد اقراره حتى يصدقه المقر له

ربما

وربما يكذبه فيبقى على حكم ملكه فكذا السارق لا يقطع بمجرد قوله حتى
يثبت الخصومة ممن له ذلك ص وقطعناه بدعوى المودع والمستعير
والمضارب مع غيبة المالك ش قال علماؤنا الثلاثة اذا خاصم المودع
او المضارب او المستعير في السرقة يقطع السارق بدعواهم مع غيبة
المالك وقال زفر لا يقطع بدعوى هؤلاء من دون حضور المالك لان
في ذلك استيفاء مع قيام الشبهة فلربما اذا حضر المالك يقول ان له
اذنا في ذلك او غير ذلك من علامات الرد ولنا ان الخصومة
شرط لتكون البينة حجة مظهرة للسرقة وكونها مظهرة تثبت
بخصومة هؤلاء عند القاضي بدعوى معتبرة لان لهؤلاء حق اليد
الصحيحة فوجب القطع اقامة لحد الله تعالى وما ذكر من اثبات
شبهة اقرار المالك له فلا اعتبار لها الا ترى ان رب الوديعة ان
يقطع بدون حضور المودع وان كان له شبهة اذن في دخول الحرز
بخلاف السارق اذا سرق منه اخر فانه لا يقطع بخصومته لان
يده ليست بيد صحيحة لانها ليست بيد ملك ولا يد امانة ولا يد
ضمان فان الاخذ من يده كالاخذ من الطريق فلم يكن له ان يخاصم وفي
الهداية وللمستودع والغاصب وصاحب الربا ان يقطعوا السراق
منهم قيل في تاويله ان رجلا باع عشرة دراهم لعشرين درهما وقبض
العشرين فسرق سارق العشرين منه اقطع السارق بخصومته
عند علمائنا الثلاثة لان هذا المال في يده بمنزلة المغصوب فكان الجواب
فيه كالجواب في المغصوب واعلم ان لكل واحد من المودع والمستعير
والمستاجر والمضارب والمبضع والغاصب والقابض على سوم الشراء

والرهن وكل من له حافظة كمتولي الوقف والاب ان خاصم السارق ويعتبر
خصومته في حق ثبوت ولاية الاسترداد والاعادة الى ايديهم بلا خلاف
بين العلما واما في حق القطع فسنذكر تقدم الكلام عليه مع ش فرض فان ثبت قطعت
رجله اليسري ش اذا سرق فقطعت يده اليمنى بما ذكرنا فان سرق ثانيا
قطعت رجله اليسري من المفصل لاجماع العلما على قطعها في المرة
الثانية استدل صاحب المنافع بقطع الرجل اليسري في السرقة الثانية
بقوله تعالى او تقطع ايديهم وارجلهم من خلاف وهذا في قطع الطريق
وجه الاستدلال به في السرقة الصغرى ان قطع اليد والرجل بهما
استحق كان بوصف كونه من خلاف كما في قطع الطريق وقد استحق فيجب
ان يكون كذلك ص فان ثلث خلد حبسه حتى يتوب ولا تقطع يده
اليسري ثم رجله اليمنى في الرابعة ش فان سرق ثالثا لم يقطع
وخلد في السجن حتى يتوب قال في الهداية وهذا استحسان
وقال صاحب النافع حتى يتوب او يظهر على وجهه سيما رجل صالح ويعزر
ايضا وقال الشافعي في الثالثة تقطع رجله اليسري وفي الرابعة
تقطع رجله اليمنى لقوله عليه السلام من سرق فاقطعوه فان عاد
فاقطعوه فان عاد فاقطعوه الى ان قال في الخامسة فان عاد فاقتلوه ولنا
قول علي رضي الله عنه اني لاستحي من الله ان لا ادع له يدا يأكل بها ويستنجي بها
ورجلا يمشي عليها ووقعت الحاجة بينه وبين الصحابة رضي الله عنهم
فانقاد والدفا بعقد اجماعهم عليه وان كان سكوتيا لانه يكفي للاستدلال
به في الحدود ولان الحد شرع للزجر لا للاتلاف وفي قطع جميع اطرافه
اتلاف معنى لتفويت جنس منفعة البطش والمشي ولان الصحابة

اختلفوا

علمائنا

بلغ مقابلة

اختلفوا ولم يحتج احد منهم بنص في الباب فتبين انه لا نص في الباب
وما رواه لم يثبت فان الطحاوي قال تتبعنا هذه الآثار فلم نجد لشيء منها
اصلا ولهذا لم يقل في الخامسة وان ذكر فيما روي ولئن صح فهو محمول
على السياسة او على الانتساخ لانه كان في الابتدا لغلظ في الحدود
الا ترى انه عليه السلام قطع الايدي والارجل من العرنيين وسمل
اعينهم ثم انتسخ ذلك باستقرار الحد واذا قطعت رجله اليسرى
في السرقة الثانية تقطع من المفصل او مفصل الكعب بمنزلة الكف
الى مفصل الزند ص ولا تقطع اذا كانت يده اليسرى او رجله اليمنى
شلاء او مقطوعة ش انما تقطع يده اليمنى في المرة الاولى اذا كانت يده
اليسرى صحيحة يمكنه ان ينتفع بها بعد قطع اليد اليمنى وكذلك اذا كانت
رجله اليمنى صحيحة يمكنه الانتفاع بعد قطع اليد اليمنى واذا كان
اشل اليد اليسرى او اقطع او مقطوع الرجل اليمنى او ابهامه اليسرى
مقطوعة او شلاء والاصبعان منهما سوى الابهام لم تقطع اليد
اليمنى لانه يؤدي الى اتلافه في حق منفعة البطش والمشي لان القطع
شرع زاجرا لا متلفا واذا لم ينتفع بيد اليسرى فقطع يده اليمنى يؤدي
الى تفويت جنس المنفعة ولا تقطع رجله اليسرى ايضا لانه يذهب
به احد الشقين على الكمال فتهلك النفس من وجه وان كانت المقطوعة
والشلاء اصبعا او اصبعين سوى الابهام قطعت يده اليمنى لان
الواحدة لا توجب خللا ظاهرا في البطش بخلاف فوت الاصبعين لانهما
يزيلان منزلة الابهام في نقصان البطش وان كانت الرجل اليمنى مقطوعة
او شلاء او هما عوج يمنع المشي عليهما لا تقطع اليد اليمنى لما فيه من فوات

الشق ولا تقطع رجله اليسري وان كانت صحيحة لانه يبقى بلا رجلين
فيفوت جنس المنفعة ولو كانت اليد اليمنى شلاء او مقطوعة الابهام
والاصابع تقطع لانها لو كانت سليمة تقطع فالناقص اولى بالنفع شم
الفرق بين القطع في السرقة وبين الاعتاق في الكفارة حيث جعل
فوات الاصبعين سوى الابهام من اليد اليسرى نقصانا مانعا
من قطع اليمين ولم تجعل فوات اصبعين نقصانا مانعا من جواز
الاعتاق ما لم يكن ثلاثا لان القطع حد وهذا النقصان يورث
شبهة بخلاف الاعتاق ص وقاطع اليسار مامور بالايمان غير ضامن
وضمناه في العمد ش قال ابو حنيفة اذا قال القاضي للجلاد اقطع يمين
هذا السارق فقطع يساره لا شيء عليه مطلقا عمدا كان او خطأ
وقال ابو يوسف ومحمد يضمن ان كان عمدا لا خطأ لانه يد معصومة
عمدا ولا تاويل لتعمده فيضمن كما لو قطعه غير الجلاد ولان المجتهد لا
يعد في الظلم كالقاضي اذا تعمد الجور في حادثة وكان ينبغي ان تجب
القود الا انه سقط بالشبهة من اطلاق النص ولابي حنيفة انه
اخلف عما اتلف من جنسه ما هو خير منه فلا يضمن لان يساره
لما قطعت سلمت يمينه لانها لا تقطع بعد ذلك واليمنى خير من اليسرى
كشاهدين شهدا ببيع عبد بالف وقيمته الف ثم رجعا بعد القضا
لم يضمنا شيأ ولو قال الحاكم للجلاد اقطع يد السارق فقطع اليد اليسرى
فان اطلق بان قال له اقطع يده فقطع اليسرى فلا ضمان عليه لانه
فعل ما امر من قطع اليد وان قال له اقطع يده اليمنى فقطع اليسرى
فان اخرج السارق يده وقال هذه هي اليمنى فقطع فلا ضمان عليه ايضا

قطع م

تعمد م

لانه

لانه قطع ما امره حكمن قال لاخر اقطع يدي فقطعها فانه لا ضمان عليه
كذا هذا وان لم يخرج السارق يده ولم يقل ذلك ولكنه قطع اليسرى
خطأ فلا ضمان عليه ايضا وهذا الخلاف كذا وجد في الخطا الذي هو في
الاجتهاد نظرا الى اطلاق اليد في قوله تعالى فاقطعوا ايديهما اذ اللام
مطلق اليد اما اذا كان الخطا في معرفة اليمنى واليسرى فانه لا يجعل
عفوا وقيل يجعل عفوا وعند زفر يجب الضمان مطلقا اي سواء كان
ذلك عمدا او خطأ وهو القياس لان الخطا غير معفو في حقوق العباد
فيضمن ولنا ان خطا المجتهد معفو بالاجماع وهذا موضع الاجتهاد
لان قوله تعالى فاقطعوا ايديهما سوى بين اليمنى واليسار
واذا قطع يساره خطأ كان معذورا ص والشهادة بسرق بقرة
مع الاختلاف في لونها مقبولة ش قال ابو حنيفة اذا شهد شاهدان
على رجل بسرقة بقرة فقال احدهما كانت سودا وقال الاخر
بيضا تقبل خلافا لهما وجه قولهما ان الشهادة لم تتم على سرقة
واحدة فتزلت منزلة اختلافهما في الذكورة والانوثة او القيمة فصار
كالغصب لان الثابت بالغصب ضمان لا يسقط بالشبهات والثابت
هنا حد يسقط بالشبهات ولابي حنيفة ان هذا اختلاف ليس من
صلب الشهادة اذ لا يجب على الشهود ذكره ولو سكتا عن ذكر اللون
تقبل شهادتهما والتوفيق ممكن فان اللونين قد يجتمعان بان يكون
احد شقيها اسود والاخر ابيض ويقع بصر احد الشاهدين على احد
شقيها وبصر الاخر على الشق الاخر والغالب ان تحمل الشهادة في
السرقة يقع في الليل من بعيد غالبا فلا يمكنهما الوقوف على حقيقة

اللوان بخلاف الغصب لانه يقع في النهار فيمكن الشاهد من الغاصب
في اوان المغصوب وبخلاف الذكورة والانوثة لان الحيوان لا يشتمل
عليهما ثم اذا قبلت الشهادة يجب الحد ضرورة لا قصدا وقال
الكرخي وهذا الاختلاف في لونين متشابهين كالحمرة والصفرة
فاما فيما لا يتشابهان كالسواد والبياض لا تقبل الشهادة بالاجماع
وفي هذا سماحة والصحيح ان الكل على الخلاف وانما وضع الخلاف
في السرقة اذ في اختلافهما في اللون في الغصب لا تقبل اجماعا وكذا
اذا اختلفا في الذكورة والانوثة او اختلفا في القيمة فانها لا تقبل
اجماعا ص وان اقر عبد محجور بسرقة نصاب معين فكذبه مولاه
فالواجب القطع والرد الى المسروق منه ولقطعه ويجعل المال
للمولى ووافق في الثاني ش قال ابو حنيفة اذا اقر عبد محجور عليه
بسرقة مال قايم بعينه وكذبه المولى تقطع واليد للمسروق منه
وقال ابو يوسف وهو قول الشافعي يقطع والمال للمولى وقال محمد وهو
قول زفر لا يقطع والمال للمولى لان اقرار المحجور بالمال مقصودا لا يصح
فلا يصح في القطع تبعا ولابي يوسف ان اقراره بالمال لم يصح في حق
استرداده للتهمة يصح في حق القطع لعدم التهمة وللامام ان اقراره
ملزم صح في حق القطع لعدم التهمة اذ العاقل لا يقر بالحد على نفسه
كاذبا بالطبع فان يصح في حق المال ضرورة ان السرقة لا تتصور الا باخذ
مال الغير ثم ان كان المال هالكا او مستهلكا لا ضمان عليه سواء كذبه
المولى او صدقه فان العبد ماذونا قطع سواء كان المال قايما او
مستهلكا وقال زفر لا يقطع سواء كان العبد محجورا او ماذونا

والمال

والمال قايم او مستهلك الا ان يصدقه المولى والمال للمسروق منه
واصله ان اقرار العبد بالحدود والقصاص صحيح في الاصل عندنا
الثلاثة وعنده باطل فان صدقه المولى قطع في الوجوه كلها وحكى
عن الطحاوي انه قال سمعت استادي بن عمران يقول الاقاويل
الثلاثة كلها عن ابي حنيفه فقوله الاول اخذ به ابو محمد ثم رجع
وقال كما قال به ابو يوسف ثم رجع الى القول الثالث واستقر
عليه وهذا نظير مسئلة الحملان على ما مر في الزكاة فعد هذه
من مناقبه ايضا حيث لم يضيع واحدا من اقاويله ص واذا قطع
والعين قايمة ردت او مستهلكة لم يضمن والضمان رواية ش
ومن قطع في سرقة والمال قايم في يده رده لانه عليه السلام
قطع سارق رداء صفوان ورد الرداء الى صفوان ولانه بيع على ملك
صاحبه فيرد عليه وان هلك او استهلك لم يضمن وعن الامام
انه لا يضمن في الهلاك ويضمن في الاستهلاك ووجه هذه
الرواية ان الاستهلاك فعل اخر غير السرقة فلا تحول منه عصمة
المال في حق الاستهلاك فيجب الضمان حقا للعبد وروي عن محمد
انه قال انما لم تجب عليه الضمان قضا اما فيما بينه وبين الله تعالى
فيجب وهذا القول احسن ص ولم يجمعوا بينهما لتيسره وقت
القطع فيمنعه مطلقا ش قال مالك ان هلك المال في يده او استهلكه
وهو موسر ضمن لقدرته عليه وان كان معسرا لم يضمن للعجز عنه
نظرا الى الجانبين وقال الشافعي يضمن مطلقا ولف المسئلة
ان القطع والضمان هل يجتمعان حكما للسرقة الواحدة او لي له ان

القطع والضمان يجتمعان لان سبب القطع السرقة وسبب الضمان اخذ
مال معصوم وقد وجدا لانهما حقان اختلفا محلا ومستحقا فوجوب
احدهما لا يمنع وجوب الاخر كالدية مع الكفارة في القتل الخطا ولنا
اطلاق ما روي عن عبد الرحمن بن عوف عنه عليه السلام انه قال
لاغرمن علي سارق بعد ما قطعت يمينه ولان الله تعالى جعل القطع
كل جزاء السرقة بقوله تعالى جزاء بما كسبا فلا حاجة الى شيء اخر وهو
الضمان ص ولو حضر احد جماعة فقطع له فهو غير ضامن مطلقا
واوجباه في غير التي قطع بها ش قال ابو حنيفة ومن سرق سرقات
من جماعة فحضر احدا ربابها فقطع لخصومته فهو للسرقات كلها
ولا يضمن لاحد وقالا القطع للذي خوصم فيه ويضمن للباقين
لانهم لم يخاصموا ولم يستوفوا حقوقهم وهو رواية عن الامام
ولابي حنيفة ان الواجب لكل السرقات قطع واحد لانه حق الشرع
فيتداخل الا ان للخصومة شرط الظهور وعلى هذا الخلاف اذا
سرق النصب من واحد سرارا فخوصم في بعض النصب لا يضمن
باقي النصب عند الامام خلافا لهما وقد ظهر بخصومة الواحد
فيكون القطع عن الكل ولان المنافي للضمان هو القطع وهو عن
السرقات كلها فينتفي الضمان في السرقات كلها هذا اذا كان المسروق
هالكا اما اذا كان قائما رد كل مسروق الى صاحبه لان القطع ينفي
الضمان لا الرد ص ولو اشترك جماعة فحمل لكل نصاب قطعوا
الا لكل نصاب لم يقطعوهم ش اذا اشترك جماعة في سرقة واصاب
كل واحد منهم نصاب قطع وان اصاب به اقل لم يقطع عندنا

وقال مالك

وقال مالك وبعض اصحابه يقطعون على كل حال لمالك ان الموجب
للقطع سرقة نصاب وقد وجد فيقطعون كما لو قتلوا واحدا
ولنا ان الاعتبار بحالة الانفراد اي لو انفرد كل واحد منهم
بسرقة بعض النصاب لا يقطع فكذا عند الاجتماع وهذا لان كل
واحد منهم يقطع بجنايته بخلاف ما لو هتكوا الحرز واخرجوا المتاع
فانهم يقطعون كلهم لانهم هتكوا الحرز وسيجيء مستوفى ان شاء الله
تعالى بخلاف القتل فانه يتعلق باخراج الروح وهو لا يتجزي فكان
كل منهم قاتلا على الكمال والمال يتجزي وبخلاف ما اذا سرق
واحد عشرة من عشرة فانه يقطع لان الفعل الموجب للقطع
كمال النصاب وقد وجد ص ولو حكم به فملك المسروق او قطع
فعاد وسرقها وهي في يده لم تقطع ش اذا ملك السارق المسروق
بعد القضاء قبل الاستيفاء بهبة او غيرها سقط القطع وعن ابي
يوسف انه لا يسقط وهو قول زفر والشافعي لان السرقة قد
تمت وبالملك بعد التمام لم يتبين انه لم يسترق ملك الغير
فيقطع ولنا ان الامضاء من القضاء في باب الحدود يضاف للملك
قبل الامضاء كالملك قبل القضاء وعلى هذا الخلاف لو سرق من
اجنبية ثم تزوجها بعد القضاء بالقطع ومن سرق عينا فقطع
فيها فردها ثم عاد فسرقها وهي في يده اي لم تتبدل العين لم يقطع
وقال الشافعي تقطع كما لو سرقها من مالك اخر وهو قول ابي
يوسف وزفر ولنا ان القطع وجب لهتك حرمة العين فتكراره
فيها لا يوجب تكرار الحد كمن حد في قذف ثم قذف ذلك الشخص بعينه

وهذا المقيس عليه ممنوع عند مشايخ العراق وعلى التسليم اختلاف
الملكين كاختلاف العينين وان كانت العين تبدلت كما اذا كان قطنا
فصار غزلا او غزلا فنسج ثوبا لانه صار في حكم عين اخرى ولو سرق
ذهبا او فضة قد رما تجب فيه القطع فصنعه دنانير او دراهم
قطع ورد الدنانير والدراهم الى المسروق منه عند ابي حنيفة
قولا لا سبيل للمسروق منه عليها واصل هذا الخلاف الغصب
وهو ان الغاصب هل يملك الدنانير والدراهم بهذه الصنعة
او بناء على انها متقومة ام لا فعنده لا يملك لانها غير متقومة
وعندهما يملك لانها متقومة عندهما ولو سرق ذهبا او فضة
وقطع فيه ورد على صاحبه فجعله المسروق منه انية ثم
عاد فسرقه لا يقطع عند الامام لان العين لم تتغير عنده وقالا
تقطع لان العين قد تغيرت عندهما ولو سرق ثوبا فخاطه
ثم رد فنقص فسرق المنقوص لا يقطع لانه لا ينقطع عنه حق
المالك لو فعله الغاصب فلم يصر في حكم عين اخرى ص ولو ادعى
ملكها لم يقطع ش واذا ادعى السارق ان العين المسروقة ملكه
لم يقطع وان لم تقم بينة ونقل عن الشافعي انه يقطع ولو قال السارق
سرقت ملكي سقط القطع بمجرد دعواه والظاهر كاف في الدفع
ولانه صار خصما في المال فاورث شبهة دارية للحد ص ولو
صبغه احمر لم يوخذ منه ولم يضمنه وافتى باخذه مع ضمان الزيادة
له ش اذا سرق ثوبا فصبغه احمر لم يوخذ منه ولم يضمنه عند ابي
حنيفة وابي يوسف وقال محمد يوخذ منه ويعطي ما زاد الصبغ

اعتبارا

قطع

اعتبارا بالغصب والجامع بينهما كون الثوب اصلا والصبغ تبعا ولهما
ان الصبغ موجود بصورته ومعناه بدليل انه لو اراد المالك اخذ ثوبه
فلا بد من ضمان ما زاد الصبغ فيه واما الثوب فهو موجود بصورته
لا بمعناه لانه غير مضمون على السارق بتقدير الهلاك فرجح جانب
السارق على جانب المالك لان الترجيح بالموجود ترجيح ذاتي وبالاصالة
والتبعية ترجيح حالي والذاتي مقدم لسبقه ص او اسود فللمالك
اخذه مجانا ومنعه وجعله كالاحمر ش قال ابو حنيفة ومحمد
اذا سرق ثوبا وصبغه اسود يوخذ منه الثوب الا ان عند ابي حنيفة
ياخذه مجانا لان السواد عنده نقصان وعند محمد وان كان السواد
زيادة عنده الا انه لا ينقطع به من المالك وعند ابي يوسف هو
والاحمر سواء في انه لا يوخذ منه لانه زيادة عنده والقطع لازم
في المسالتين

فصل ١٩ فيما يقطع فيه وما لا يقطع وفي الحرز

ص ولا تقطع في المباحة الاصل
والمتعرضة للفساد ش قال علماؤنا لا قطع فيما يوجد مباحا في الاصل
كالحشب والقصب والحشيش والسمك والطير والبازي والسباع
والزرنيخ والمغرة والجص والنورة والاجر والفخار والزجاج وفي شرح
الطحاوي كل ما يوجد مباح الاصل ولم تجر العادة باحرازه لم تجب
فيه القطع وفي الحشب لا تقطع لانه يلقى خارج الدار وانما يدخل فيها للعمارة
فكان احرازه ناقصا وفيما يسارع اليه الفساد كالفواكه الرطبة والبطيخ
والفاكهة على الشجر والزرع الذي لم يحصد واللبن وقال الشافعي
وهو رواية عن ابي يوسف انه يقطع في الفصلين لانهما مما يتمول ويتبدل

في مقابلتها الاموال وكونه يوجد في دار الاسلام مباحا لا تاثير له كالغير وزج
والذهب والفضة ولنا ان الاخذ في المباحات مفيد للملك فيورث
في السرقة شبهة وان لم يفد ملكا كالنكاح الفاسد والنكاح بغير
شهود فلا يوجب الحد وقالت عايشة رضي الله عنها ما كان يقطع
في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشيء التافه اي الحقير وروي
الحسن البصري ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا قطع في الطعام
وذلك ينفي القطع عن جميع انواع الطعام الا ان ما لا يتسارع اليه
الفساد كالحنطة ونحوها خرج من الحديث بالاجماع والاجماع فيما
يتسارع اليه الفساد كالمهيا للاكل وما في معناه كاللحم فيبقى داخلا
تحت ظاهر الحديث وهذا التفصيل في غير سنة القحط فانه لا قطع
اصلا يتسارع اليه الفساد او لا محرزا كان او غير محرز لانه سرق
عن ضرورة وجوع والضرورة تبيح التناول من مال الغير بقدر
الحاجة كذا في المنتقى والمبسوط ص ولا قطع فيما تناول فيه الانكار
ش لا قطع فيما هو معد للهو والمعصية كالطنبور والمزمار والدف
والطبل والنرد والشطرنج والصليب من الذهب والاشربة المسكرة
لان السارق لهذه الاشياء اذا قال سرقتها لكسرها واراقتها صدق
بل هو ظاهر حال المسلم في السعي في النهي عن المنكر وفي فتاوى الولوالجي
رجل سرق طبل الغزاة المختار انه لا يقطع لانه كما يصلح للغزو يصلح
للهو فتمكنت الشبهة وفي الدراهم التي عليها التماثيل القطع لانها
ليست معدة للعبادة ولا للهو ص ولا في دفاتر غير الحساب ش
لا قطع في الدفاتر كلها تفسير او حديث او شعر او عربية او غير

ذلك

ا ما بسنة التحطم

ذلك لان المقصود منها العلم الا في دفاتر الحساب اذا بلغت قيمتها نصابا
لان المقصود منها الورق وهو مال واختلف في كتب الادب قيل انها
ملحقة بدفاتر الحساب وقيل بالفقه والتفسير والحديث
ص ويأمر به في صبي حر عليه حلي ومصحف محلى ومنهي عنه في عبد
صغير كالكبير ش قال ابو يوسف في رواية عنه من سرق صبيا حرا
لا يمشي ولا يتكلم وعليه حلي يبلغ نصابا يقطع وقال ابو
حنيفة ومحمد لا يقطع وعلى هذا الخلاف اذا سرق اناء فضة او ذهب
فيه نبيذ او خمرا او سرق كلبا عليه قلادة فضة له
ان الحلي بانفراده يوجب القطع فانضمام الصبي اليه لا يسقطه
كما لو سرق ثوبا خلقا لا يساوي نصابا وفيه عشرة دراهم
مضروبة ولهما ان المسروق وهو الصبي اصل وهو ليس بمال
وما عليه من الحلي تبع له فاذا امتنع القطع عن الاصل فاولى ان يمتنع
عن التبع على انه يتناول في اخذه حمله الى منزله او الى من يرضعه
بخلاف حالة الانفراد فانه فيها اصل وفي ما قاس عليه في الثوب
ان علم السارق الدراهم يقطع وان لم يعلم لا يقطع لان المقصود
في الاول الدراهم وفي الثاني الثوب وان كان الصبي يمشي ويتكلم
لا يقطع لانه يكون في يد نفسه وقال ابو يوسف في رواية ايضا
عنه في الاملاء اذا سرق مصحفا عليه حلية تبلغ نصابا انه يقطع
وفي ظاهر الرواية لا يقطع له انه مال في نفسه يجب فيه القطع
وللظاهر ان المقصود منه ما فيه من القرآن ومعنى المالية فيه
تبع لا مقصود فصار ذلك شبهة في الدرء اورد بانه تجب القطع

في الاوراق قبل الكتابة فبعدها اولى لانها زادت بها واجيب
بان الاوراق قبل الكتابة هي المقصودة وبعد الكتابة صارت تابعة
لما فيها وما فيها ليس بمال كالقلادة تجب فيها القطع فلو سرقت مع
كلب لا يقطع لانها صارت تبعا للكلب وقال ابو يوسف من سرق
مملوكا صغيرا لا يعقل لا يقطع خلافا لما هو يعتبر بالذي يعقل
ولما انه مال مطلق ينتفع به في الحال بيعا وفي المآل استخداما
ولا يد له على نفسه فصار كالبهيمة بخلاف الذي يعقل فانه في يد
نفسه وانه عضب او خداع ص ويقطع في السّاج والابنوس والقنا
والصندل والعود والياقوت والفصوص وما اتخذ من الخشب
ش واذا سرق العود او الصندل او الياقوت او الزبرجد او الفصوص
او اللولو او الجوهر او الساج او الابنوس او القنا قطع لان هذه
الاشيا اموال لها عزة عند الناس فكانت اموالا مطلقة ولا يوجد
مباح الاصل بصورتها في دار الاسلام غير مرغوب فيها فصار
كالذهب والفضة وبهذا تبين ان التعويل في هذا الباب
في منع وجوب القطع على معنى التفاهة وعدم المالية لا على اباحته
العاج و ص الخبس وروي عن محمد انه قال لا قطع في الابنوس ما لم يتصل
بها صنعة لانها بالصنعة التحقا بالاموال النفسية وقيل
هذا الجواب في العاج الذي هو عظم الفيل فانه لا يقطع الا في المعمول منه
لخروجه عربا بالصنعة عن حد التفاهة كالخشب فاما ما هو من عظم
الفيل فلا قطع فيه اصلا سواء كان معمولا او عينا لان الفقها اختلفوا
في ماليته حتى حرم بعضهم بيعه والانتفاع به فاوجب ذلك قصورا

في ماليته

في ماليته وفي المغرب الساج شجر معظم جدا ولا ينبت الا في بلاد الهند
وتجلب منها محزوط الجوانب الاربع واما القنا فمقصورة جمع قناة
وهي التي تتخذ منها الرمح والابنوس بفتح الباء واذا سرق ما اتخذ من
الخشب كالابواب والالات والاواني اذا بلغت قيمتها نصابا قطع لانها
التحقت بالاموال النفسية بواسطة الصنعة لانها تحرز بخلاف
الحصير لان الصنعة فيها لم تغلب على الجنس حتى تبسط في مميز الحرز
وقالوا في الحصير البغدادي يجب القطع في سرقتها لغلبة الصنعة
على الاصل وقيل انما يقطع اذا كان خفيفا لا يثقل حمله على الواحد
وانما يقطع بسرقة الابواب اذا كانت محرزة في الدار اما اذا كانت
معلقة بموضع من الجدار او سرق باب دار او مسجد لا يقطع لانه
ظاهر غير محرز ولان بالباب تحرز ما في البيت وسارق الباب
هو سارق الحرز دون المحرز فهو كسرقة الحارس وعند الائمة
الثلاثة يقطع في باب الدار لانه مال متقوم محرز بحرز مثله ولا
قطع في نصب النشاب فان اتخذ منه نشاب قطع كالخشب ولا
قطع في الزجاج لان للكسور منه نافع والمصنوع يتسارع اليه
الفساد وقيل يقطع في المصنوع لانه مال نفيس لا يتسارع اليه
الفساد ص لا في كلب وفهد وانتهاب واختلاس وخيانة ومن بيت
المال والمغنم والمشترك واصوله وفروعه ش لا قطع في كلب وفهد
لان جنسهما مباح ولا يكثر الرغبات في اقتنائهما ولان الخلاف في
مالية الكلب اورث شبهة ولا فرق بين ان يكون معلما او غير معلم
لانه لا يعد مالا متقوما عليه ولا يقطع المنتهب ولا المختلس ولا

الخائن لان اسم السارق لا يتناولهم لاختصاصهم باسم اخر ولما روي جابر
رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ليس على خائن ولا منتهب
ولا مختلس قطع ولكون المال عند الخائن غير محرز والمنتهب والمختلس مجرمان
لا يسار قان عين صاحبه والخيانة اخذ المودع المأمون والانتهاب
ان ياخذ الشيء علانية قهرا والاختلاس والاختطاف ان ياخذ الشيء بسرعة
ولا يقطع من سرق من بيت المال او من الشركة العامة لما روي ان عليا
رضي الله عنه اتي بسارق من الغنم فدرا عنه الحد وقال ان له
نصيبا فيه ولا يقطع في مال له فيه شركة لان القطع لا يثبت مع
الشبهة والملك من اقوى الشبه واذا سرق من اصوله او فروعه
لم يقطع بلا خلاف لان البعضية توجب البسوطة في المال وفي
الدخول في الحرز ص ونطرده في ذي الرحم المحرم واحد
الزوجين من الاخر ولو كان محرزا عنه ش قال علماؤنا اذا سرق من
ذي رحم محرم منه لا يقطع خلافا للشافعي له انه سارق لاطلاق
النص فصار كالصديق يسرق من صديقه بخلاف قرابة الولاد للبسطة
في المال والحرز ولنا انه ماذون في دخول الحرز شرعا كما بيتنا
ولهذا اباح الله تعالى النظر الى موضع الزينة الظاهرة كالوجه والذراعين
منهن لان الاحتراز عن ذلك مع كثرة الدخول عليهن مستلزم للحرج
فلم يكن البيت حرزا في حقه ومما يؤيد ذلك قوله تعالى ليس
على الاعمى حرج الى ان قال ولا على انفسكم الى اخر الاية ولا يلزم
قوله في اخر الاية او صديقكم لانه اذا قصد السرقة فقد عاداه
ولم يبق صديقا فلعدم الصداقة عند السرقة انتفت الشبهة

ولو سرق

ولو سرق مال غيره من بيت ذي الرحم المحرم ينبغي ان لا يقطع لعدم
الحرز ولو سرق مال ذي الرحم المحرم من بيت غيره يقطع لتحقق الحرز
ولو سرق من امه او اخيه رضاعا قطع في ظاهر الرواية لان المحرمية
بلا قرابة كالقرابة بلا محرميه وعن ابي يوسف اذا سرق من امه
رضاعا لا يقطع لانه يدخل عليها بلا استيذان عادة بخلاف اخته
رضاعا وجه الظاهر انه لا تاثير في المحرمية بالزنا او بالتبني
عن شهوة والرضاع لا يشتهر عادة فلا يسقط بالقطع وقال
علماؤنا اذا سرق احد الزوجين من الاخر من حرز خاص لا يسقطان
فيه لا يقطع وللشافعي فيه ثلاثة اقوال في قول يقطع وبه قال
مالك واحمد والثاني لا يقطع وهو قولنا وقول احمد في رواية
والثالث يقطع الزوج بسرقة ماله ولا تقطع الزوجة بسرقة
ماله لان لها النفقة في ماله ولا حق له في مالها ولنا ان الاتحاد
الثابت بينهما اكثر مما بين ذوي الارحام والخلاف فيه كالخلاف
في منع قبول الشهادة فان بسوطة اليد لكل واحد منهما في مال
الاخر فعندنا لا تقبل شهادة احدهما على الاخر خلافا له وفي البدايع
ولو سرق رجل من امرأته او سرقت امرأة من زوجها ثم طلقها
قبل الدخول بها فبانت لا في العدة لم يقطع واحد منهما لان الاخذ
حين وجوده لم ينعقد موجبا للقطع لقيام الزوجية فلا ينقلب
موجبا عند الابانة لانها طارية والاصل ان لا يعتبر الطاري مقارنا
في الحكم لما فيه من مخالفة الحقيقة الا اذا كان في اعتباره اسقاط
الحد فيعتبر بان سرق من امرأته ثم تزوجها على ما مر ولو سرق

من مطلقته وهي في العدة او سرقت مطلقته منه وهي في العدة لم يقطع
واحد منهما سواء كان الطلاق رجعيا او بائنا او ثلاثا لان النكاح في حال
العدة قايم من وجه والقايم من وجه يعتبر بالقايم من كل وجه
احتياطا لادراء الحد ص والسارق من بيت ختنه او صهره لا يقطع
ش قال ابو حنيفة السارق من بيت الاختان وهم ازواج كل ذي
رحم محرم منه او الاصهار وهم ازواج كل ذي رحم محرم من امراته
لا يقطع وقالا يقطع لهما ان المانع هو القرابة ولا قرابة بين السارق
والمسروق منه فلا يمتنع وجوب القطع كما لو سرق من اجنبي اخر
ولابي حنيفة ان الحرز فيه شبهة لان حق التزاور ثابت بينه
وبين قريبه وهذا يورث شبهة اباحة الدخول للزيارة فيختل معنى
الحرز وان سرق من ذي رحم دون محرم كبني الاعمام والعمات وبني
الاخوال والخالات يقطع وان سرق من ذي محرم دون رحم كما لو سرق
من امراة ابيه او من زوج امه او من حليلة ابيه او من ابن امراته او
بنتها او امها ينظر ان سرق من منزل يضاف السارق اليه من ابيه
وامه وابنه وامراته لم يقطع لانه ماذون في الدخول في منزل هؤلاء وان
سرق من منزل كانا فيه فكذلك وان كان لكل واحد منهما منزل على حدة
ففيه الخلاف قال ابو حنيفة لا يقطع وقالا يقطع ص والموجر من بيت
المستاجر يقطع ش قال ابو حنيفة الموجر لو سرق من دار اجرها قطع
وقالا لا يقطع لان له ان يدخلها بعد الاجارة للمرمة والنظر للاصلاح
وللامام انه لا خلل في النصاب والحرز وانما يباح الدخول للمرمة وغيرها
باذن المستاجر وذكر في المحيط الخلاف بين الامام وابي يوسف وجعل

قول محمد

قول محمد فيه مضطربا ص ولا قطع على السارق من غرمه بمثل حقه
مطلقا ش ومن له على اخر دراهم فسرق منه مثلها لم يقطع لانه استيفا
حقه وكذا اذا كان موجلا استحسانا لان الاخذ مباح له لانه ظفر
بجنس حقه وكذلك اذا سرق منه اكثر من مقدار حقه لان بعض
الماخوذ حقه على الشيوع ولا قطع فيه فكذا في الباقي كما اذا سرق
ما لا مشتركا وان كان دينه دراهم واخذ دنانير قيل يقطع وقيل لا يقطع
وهو الصحيح لان النقود جنس واحد حكما كما في الزكاة وان سرق
خلاف جنس حقه بان كان له عليه دراهم فسرق منه عروضا قطع لان
فعله ليس باستيفا فلا يباح له الاخذ الا بالبيع او التراضي وعن
ابي يوسف انه لا يقطع لان له اخذ عند ابن ابي ليلى وان ظفر
بخلاف جنس حقه لوجود المجانسة فيه باعتبار صفة المالية
قلنا هذا قول لم يستند الى دليل ظاهر مورث للشبهة الا اذا
اتصل به دعواه بان قال اخذته لاجل حقي او للرهن فحينئذ لا يقطع
لانه مساول ولو سرق حليا من فضة وعليه دراهم او سرق حليا
من ذهب وعليه دنانير يقطع لان هذا لا يصير قصاصا من حقه
الا بالمراضاة ويكون ذلك بيعا واستبدالا فاشبه العروض ص ولا
من سيده او امراة سيده او زوج سيدته ولا من مكاتبة وضيفة
وبيت ماذون في دخوله وحميم لصاحب الدار ش وان سرق العبد والمكاتب
من مولاه او سرق المولى من عبده او مكاتبه او سرق احد الزوجين
من عبد صاحبه او من مكاتب صاحبه او سرق عبد احد الزوجين
او مكاتبه من صاحبه او سرق خادم احدهما من صاحبه لم يقطع لانه

ماذون له في الدخول فتمكنت الشبهة والمدبر كالمكاتب واذا سرق الضيف
من بيت مضيفه لا يقطع لانه ماذون له في الدخول في بيته فلم يبق
حرزا في حقه فكان فعله خيانة لا سرقة ولو سرق من بيت اذن للناس
فيه بالدخول وكالحانات وحوانيت التجار او حمام نهارا لم يقطع لاختلال
الحرز بالاذن الحقيقي في البيت والعادي في الحمام ولو سرق من البيت
او الحمام ليلا قطع لعدم الاذن عاده ح ويقطع فيما احرز بالحافظ
بمجرد اخذه ولو من مسجد مستيقظا كان او نايما وفي الحرز بالمكان
باخراجه ش الحرز على نوعين حرز بالمكان وهو المعد لحفظ الاشياء
فيه كالدار والحانوت والصندوق وحرز بالحافظ وهو ما لا يعد
للاحراز كالمسجد والطريق فمن سرق من الحرز بالمكان قطع ولا يعتبر
فيه الحافظ لانه محرز بدونه سواء كان بابه مغلقا او مفتوحا ام لم يكن له
باب ولا يجب القطع فيه الا بالاخراج منه وفي الحرز بالحافظ يجب
القطع كما اخذ سواء كان الحافظ مستيقظا او نايما والمتاع تحته او عنده
لان في الحرز بالمكان لا يتم فعله الا بالاخراج لما ان الدار كلها حرز واحد
وفي الحرز بالحافظ يتم بنفس الاخذ وهو ازالة يده باثبات يد نفسه
على وجه السرقة ص والحفظ في الحمام معتبر وظاهر المذهب لهدار
كما افتى به ش ولو سرق من الحمام نهارا وصاحبه عنده لا يقطع في ظاهر
المذهب وهو قول محمد وعليه الفتوى وعن الامام انه يقطع لانه
محرز بصاحبه كما في المسجد والصحرا ووجه الظاهر ان الناس ماذونون
بالدخول فاختل الحرز بخلاف المسجد والصحرا فانه ليس بحرز فاعتبر
فيه الاحراز بالحافظ ويدخل في ذلك حوانيت التجار والحانات الا اذا سرق

فتوى

ممن

منها ليلا فانه يقطع لانها بنيت لاحراز الاموال وانما الاذن يختص بالنهار
ولو سرق من البيت ولم يكن الحافظ موجودا قطع سواء كان للبيت
باب الا انه مفتوح او لم يكن له باب لان البنا لقصد الاحراز ثم
الحرز بالمكان على نوعين حرز يمكن دخول السارق فيه كالبيت
فما لم يدخل فيه ويخرج المال لا يجب القطع وحرز لا يمكن الدخول فيه
كالصندوق والجوالق في موضع ليس بحرز اذا كان محرزا بصاحبه
تجب القطع اذا ادخل يده فيه واخرج المال فجعل كانه دخل فيه
واخرج ثم ما كان حرزا لنوع يكون حرزا لكل نوع حتى لو سرق
اللولوة من الاسطبل او من حظيرة الغنم قطع وقال بعضهم
حرز كل شي معتبر بحرز مثله حتى لو سرق اللولوة من هذين الموضعين
لا يقطع فان الاسطبل حرز الدواب لا الثياب ثم لا يكون حرزا
بنفسه يكون حرزا بصاحبه سواء كان الحافظ يقظان او نايما وكان
المتاع تحته او بجنبه قريبا منه لان النايم عند متاعه يعد في
العرف حافظا له وقيل انما يكون محرزا في حالة نومه اذا كان تحت
جنبه او راسه والصحيح انه يلزم القطع بكل حال لان للعتبر الحفظ
المعتاد ص ويفتى بقطع النباش ش اي ويفتى ابو يوسف بقطع النباش
وهو قول مالك والشافعي وقال ابو حنيفة ومحمد لا يقطع لهم
قوله عليه السلام من نبش قطعناه ولانه سرق ما لا متقوما يبلغ
نصابا من حرز مثله فوجب القطع به اعتبارا بساير انواع الحرز
ولنا قوله عليه السلام لا قطع على المختفي وهو النباش بلغة
اهل المدينة ولان الخلل متمكن في السرقة والملك والمالية والحرز

والمقصود وكل واحد منها يمنع القطع امّا الاول ه فلان السرقة اخذ مال
على وجه يسارق عين حافظ قصد حفظه لكنه انقطع حفظه بعارض
كنوم وغفلة والنباش لا يسارق عين من يقصد حفظه وانما يسارق
عين من تعلله تجعل عليه فلا يكون في معناه ولهذا اختص باسم
اخر ولا يسمى سارقا فلا يتناوله اية السرقة وامّا الثاني فلان الميت
لا يملكه حقيقة لجز لان الملك عبارة عن الاقتدار والاستيلاء
والتمكن من التصرف والموت ينافيه وامّا الثالث فلان المال عبارة عما
تميل اليه النفوس وتظن به وهو مخلوق لمصالح الادمي والطباع السليمة
تنفر عنه فضلا عما نص به وامّا الرابع فلانه ليس بمحرز بالميت
لانه لا يحرز نفسه فكيف يحرز غيره ولا بالقبر لانه حفره في الصحراء
فلا يكون حرزا ولهذا لو دفن فيه مال اخر غير الكفن لا يقطع سارقه
وامّا الخامس فلان المقصود من شرع الحدود تقليل الفساد فيما
يكثر وجوده وهذه الجناية نادرة فلا تحتاج الى الزاجر وما رواه غير
مرفوع بل هو من كلام زياد وذكر في اخر من قتل عبده فقتلناه ومن جدع
انفه جدعناه وهذا لو ثبت ولئن ثبت فهو محمول على السياسة
فيمن اعتاد ذلك ونحن نقول به اذا راى الامام فيه مصلحة وقوله
من جرز مثله قلنا حرز مثله لا يختلف في جنس واحد وانما يختلف
باختلاف الاجناس كما اذا سرق من اصطبل يقطع ولو سرق منه لولوا
لا يقطع لانه حصن في حق الدابة دون اللولو لاختلاف الجنس وفيما نحن
فيه لو سرق من ذلك القبر مالا اخر غير الكفن لا يقطع فيه ولو كان
حرز الكفن يقطع فيه لاتحاد الجنس لان معنى الصيانة بالحرز لا يختلف

بلغ مقابلة

وبخطه

في جنس واحد واختلفوا فيما اذا كان القبر في بيت مقفل والاصح انه
لا يقطع سواء نبش للكفن او سرق مالا اخر من ذلك البيت وكذا لو
سرق الكفن من تابوت في القافلة ص ولو نقب ودخل وناول
المال خارجا لم يقطعا ش واذا نقب البيت فدخل واخذ المال وناوله
الخارج لم يقطع واحد منهما في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف اذا كان
الخارج داخل يده وتناوله لآخر قطعا فان اخرج الداخل يده الى
الخارج حتى اخذ منه قطع الداخل خاصة لابي يوسف ان المقصود
يحصل بالاخراج دون الدخول كما في الصيد وق وللظاهر ان فعل
السرقة تم بالداخل والخارج جميعا ثم الخارج يدرا عنه القطع
لعدم هتك الحرز فيدرا عن الداخل لانه لم يوجد تمام السرقة
منه وحده اولان الفعل تم من السارق وغير السارق ثم لم يجب
على احدهما لعدم السرقة فلا يجب على الاخر لانه فعل واحد ص
فان ادخل يده فتناول منه ناس لم يقطعا ش قال ابو يوسف اذا نقب
اللص البيت ودخل واخذ المتاع ومعه اخر خارج البيت فادخل
يده اليه وتناول المتاع منه قطع الداخل والخارج امّا الداخل
فلان الهتك تم منه فصار المال محرزا بفعله او بمعاونته وامّا
الخارج فلوجود الاخراج من الحرز وقال ابو حنيفة ومحمد لا يقطعان
لان القطع يجب بهتك الحرز والاخراج ولم يوجد في كل واحد
منهما اذ الداخل لم يوجد منه الاخراج والخارج لم يوجد منه الهتك
وان وجد باخراج يده فقد بطل باعتياض يد الاخر عليه فلم تتم
السرقة في كل واحد منهما ص ولو قطعه لو انفرد ش قال ابو يوسف

في الاملاء اذا كان اللص وحده فنقب البيت والمتاع قريب من النقب
فادخل يده واخذ شيأ وذهب يقطع وقالا لا يقطع لاني يوسف
ان السرقة اخذ المال من الحرز على وجه الخفية وقد يتحقق بادخال يده
كما يتحقق بدخوله بنفسه والدخول وسيلة اليه فلا يعتبر عند حصول
المقصود بغيره كما في الصندوق ونحوه وللظاهر
ما روي عن علي رضي الله عنه انه قال اللص اذا كان ظريفا لا يقطع قيل
وكيف ذلك قال ان ينقب البيت ويدخل يده ويخرج المتاع من
غير ان يدخله هو ولان الحرز معتبر لايجاب القطع وفي الحد درء
كمال السبب احتيالا للدرء واكمل جهة هتك الحرز بالدخول فيشترط
بخلاف الصندوق والجيب والكم ونحوها فان الدخول لا يمكن فيها
واقصى ما يتاتى فيها من الفعل اخراج ما فيها باليد وقد وجد وحصول
المقصود بغير هتك الحرز لا يوجب القطع الا ترى انه لو شق جوالق
فتبدد ما فيه من الدراهم واخذه لا يقطع وان حصل مقصوده لعدم
الهتك ص ولو القاه ثم خرج فاخذه قطعناه ش قال علماؤنا الثلاثة
اذا نقب اللص بيتا والقى المتاع خارج الدار ثم خرج واخذه يقطع
خلافا لزفر له انه لم يوجد الاخراج ولنا انه معتاد للفرار
او القتال اولانه لا يمكنه الخروج مع المتاع وقد خرج ويده ثابتة
عليه لعدم اعتراض يد اخر عليه فيكون مخرجا من الحرز وان لم
ياخذه لم يقطع لانه علم ان قصد التضييع لا السرقة ولو دخل
ووضع المتاع عند النقب ثم خرج فاخذه فالصحيح انه لا يقطع لان
وقت وجود الفعل منه وهو خارج فلا يقطع كما لو اخرجه اخذ

ص

ص ولو حمله على دابة فساقها حتى خرجت قطع ش وان حمله على دابة
فساقها واخرجها قطع لان فعل الدابة مضاف اليه ولهذا لو ذهب
السارق الى منزله فخرجت الدابة بعده حتى جاء الى منزله لم يقطع ص
وقطعنا جماعة تولى بعضهم الاخذ لا هذا وحده ش قال علماؤنا
الثلاثة اذا دخل جماعة الحرز وجمعوا المتاع وحملوه على ظهر واحد منهم
وخرجوا معه او قبله او بعده في فورهم قطعوا جميعا استحسانا وقال
زفر وهو القياس يقطع الحامل وحده لان الباقين لم ياخذوا شيأ
كما لو وقفوا خارج الدار وللاستحسان انهم اشتركوا في هتك الحرز
وصار المال مخرجا بمجموعهم كالذراري في العسكر وهذه حيلة منهم
ليكونوا مستعدين على دفع من قصدهم فلو امتنع القطع اد الى سد
باب الحد هذا اذا كان الاخذ والحامل ممن يجب عليه القطع عند
الانفراد اما اذا كان ممن لا يجب بان كان صبيا او مجنونا لا يقطع من
اخذ منهم لانه لا يجب على الاصل فكيف يجب على التبع وان كان الحامل
كبيرا عاقلا وفيهم صبي او مجنون لا قطع على واحد منهم عند الامام
ومحمد لان السرقة واحدة لا توجب القطع على البعض فلا توجب
على الباقين ص ولو شق الثوب ثم اخرجه لم يقطعه ش قال ابو يوسف
من شق في الحرز ثوبا نصفين ثم اخرجه منه وهو يساوي عشرة
دراهم لا يقطع وقالا يقطع لاني يوسف ان فيه سبب الملك وهو
الشق الفاحش وانه يوجب القيمة وتملك المضمون فصار كالمشتري
اذا سرق مبيعا فيه خيار للبايع والجامع بينهما وجود سبب الملك في
الصورتين ولهما ان الاخذ وضع سببا للضمان لا للملك وانما الملك

بثبت ضرورة ادآ الضمان كيلا تجتمع اليد لان في ملكين واحد ومثله لا يورث شبهة بخلاف ما ذكر في البيع فان البيع موضوع لاثبات الملك للمشتري وهذا الخلاف اذا لم يختر تضمين قيمة الثوب وتركه عليه فان اختار ذلك سقط القطع بالاتفاق قال المحبوبي موضع الخلاف في الشق الفاحش اما في الشق اليسير يقطع وحكي عن الفقيه ابي جعفر الهندواني موضوع المسئلة شق الثوب عرضا فاما اذا شقه طولا فلا قطع عليه لانه بالشق طولا حرقه خرقا فاحشا فيملك بالضمان وهذا يؤيد ما ذكر في الهداية عن ابي يوسف

فصل

في قطاع الطريق

انما ذكر فصله عقيب السرقة لانه من جنسها من حيث تحقق القطع فيهما بعد اخذ المال وانما قدم السرقة الصغري لكثرة وقوعها وضرر السرقة الصغري يخص الملاك باخذ اموالهم وهتك حرزهم وضرر قطع الطريق على اصحاب الاموال وعلى عامة المسلمين بانقطاع الطريق ثم شرايط قطع الطريق في ظاهر الرواية ثلاثة يعني ما يختص به دون السرقة الصغري ثلاثة ان يكون من قوم لهم قوة وشوكة ليقطع بهم الطريق وان لا يكون في مصر ولا فيما بين القري ولا بين مصرين وان يكون بينهم وبين المصر مسيرة سفر لان قطع الطريق انما يكون بانقطاع المارة ولا ينقطعون في هذه المواضع عن الطريق لانهم يلحقهم الغوث من جهة الامام والمسلمين ساعة بعد ساعة ولا يترك المرور ولا الاستطراق وعن ابي يوسف انهم لو كانوا في المصر ليلا او فيما بينهم وبين المصر اقل من مسيرة سفر تجري عليهم احكام قطاع الطريق وعليه الفتوي لمصلحة الناس وهي فتوي

دفع

دفع شر المتغلبة المتلصصة ص اذا اخرج جماعة ممتنعون او واحد ممتنع لقطع الطريق فاخذوا حبسوا ليتوبوا فان اخذوا مال مسلم او ذمي واصاب كل نصاب قطعت ايديهم وارجلهم من خلاف وان قتلوا قتلوا حدا ولا يلتفت الي عفو الاوليا وان جمعوا فالامام ان شا جمع بين القطع والقتل والصلب وان شا اكتفي بالقتل او الصلب كما قال او يأمر بالصلب في رواية ش انما شرط ان يكون الجماعة ذات منعة لان قطاع الطريق محاربون بالنص والمحاربة انما تكون عادة من قوم لهم منعة وشوكة وشرط ان يكون الماخوذ مال المسلم او ذمي لتكون العصمة المؤبدة ثابتة فانهم اذا قطعوا الطريق علي المستامنين لا يقام عليهم الحد قال واذا اخرج جماعة ممتنعون او واحد ليقدر علي الامتناع بحيث يمكن ان يدفع عن نفسه تعرض الغير لشجاعته وقوته فحالهم لا يخلو عن اربعة احوال بمقتضي التقسيم العقلي وهي انهم ان لا ياخذوا المال ولا يقتلوا او ياخذوا ولا يقتلوا او لا ياخذوا ويقتلوا او ياخذوا ويقتلوا والاصل في ذلك قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فسادا الاية والاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب ذكر الله تعالى اربعة اجزية فالحكمة تقتضي توزيعها علي هذه الاحوال اذ من المحال ان يقابل الجناية الغليظة باخف العقوبات واخفها باغلظها وكانت الحكمة الالهية تقتضي ان يكون مرتبة رعاية للعدل بين الجناية وموجبها الحالة الاولي اذا اخذ قطاع الطريق قبل ان ياخذوا المال ويقتلوا النفس حبسهم الامام حتي يحدثوا توبة

والحبس هو النفي في الآية على اقتضاء حكمة ما تقدم وهذا لان النفي عن جميع
وجه الارض غير متصور لاستحالته وكذا نفيه عن بلده لا يفيد لان النفي
لدفع الشر ولا يحصل دفع الشر لغير اهل بلده وكذا نفيه عن دار الاسلام
الى دار الحرب لما في ذلك من تعريضه للردة نعوذ بالله من ذلك فتعين
ان يكون المراد نفيه عن جميع وجه الارض بالحبس لان شره يندفع
بذلك مطلقا وقد سمي المحبوس خارجا من الدنيا في قول الشاعر
خرجنا من الدنيا ونحن من اهلها ... فلسنا من الاحياء فيها ولا الموتى
اذا جاءنا السجان يوما لحاجة ... عجبنا وقلنا جاء هذا من الدنيا
وللامام ان يعزرهم مع الحبس بما يراه لارتكابهم المنكر وهو الاخافة
الحالة الثانية اذا اخذوا مال مسلم او ذمي والماخوذ اذا قسم على
جماعتهم اصاب كل واحد منهم نصاب السرقة او ما يبلغ قيمته
النصاب قطع الامام ايديهم وارجلهم من خلاف والمراد قطع اليد
اليمنى وقطع الرجل اليسرى ليلايودي الى تفويت جنس المنفعة
من جهة البطش والمشي وهذه الجناية مقابلة بقوله تعالى او تقطع
ايديهم وارجلهم من خلاف الحالة الثالثة ان لا ياخذوا المال
ولكن يقتلوا او يقتلون حدا وهذا لم يلتفت الى عفو الاولياء لكونه
حدا وهو حق الله تعالى وقال الشافعي يقتلون قصاصا
فعندنا يوجد حكم القصاص في العقل حدا وهذه الجناية مقابلة
بقوله تعالى او يقتلوا وانما كان هذا لحق الشرع لانه جناية على حقه
فيكون الجزاء حقه لان قاطع الطريق محارب الله تعالى فان المسافرين
بالمفاوز لا اتكال لهم على ما يعصمهم من قطاع الطريق من ابنية ولا حصون

ولكنهم

قاطع الطريق اخذ المال وقدر نصاب يقطع يده ورجله من خلاف

قاطع الطريق قتل واخذ المال تعين الامام قتلهم صلبا او لا

القتل

ولكنهم يتكلون على امان الله تعالى وحفظه فالمتعرض لهم كانه يحارب الله
ويبارزه الحالة الرابعة ان يجمعوا بين اخذ المال وقتل النفس
فقال ابو حنيفة الامام مخير بين امرين ان شاء جمع عليهم بين القطع
من خلاف والقتل والصلب فالقطع باخذ المال والقتل والصلب
بالقتل وان شاء اكتفى بالقتل دون الصلب او بالصلب دون القتل
وقال ابو يوسف ومحمد يقتلهم الامام لا غير او يصلبهم لا غير ولا
يقطع لما ان القطع حد على حدة والقتل كذلك بالنص فلا يجمع بينهما
في جناية واحدة وهي قطع الطريق ولانه اجتمع عليه عقوبة في
النفس وما دونها وبهما حقا لله تعالى فيدخل ما دون النفس فيهما كما
لو اجتمع عليه حد السرقة والزجم فانه يكتفى بالزجم ويدخل فيه
ما عداه ولابي حنيفة انه وجد الموجب لهما وهو اخذ المال والقتل
فيستوفيان ولانهما عقوبة واحدة من حيث انها قطع الطريق
لكنهما مغلظة من حيث اشتمالها على القتل واخذ المال وفي ذلك
تفويت الامن الى الغاية القصوى فيتغلظ موجبها ولهذا كان قطع
اليد والرجل معا في الكبرى حدا واحدا وان كان في الصغرى حدين
والتداخل انما يكون في الحدود وهذا حد واحد وعن ابي يوسف انه
لابد من الصلب لانه منصوص عليه وانما ذكر في الآية انواع الجزاء
ولم تذكر انواع الجناية لانها معلومة فكان بيان جزائها بيانا لها
وهذا لان انواع الاجرية ذكرت على سبيل المقابلة بالجناية وهي المحاربة
وهي معلومة بانواعها فاكتفي باطلاقها وبين انواع الجزاء وجب التقسيم
على حسب انواع الجناية كيف وقد روي ان جبريل عليه السلام نزل

قاطع الطريق اخذ المال وقتل عفا عنه صح
قطع من خلاف ورفع ويصلب
وان شاء اكتفى بالقتل فقط
وهذا بها العقار فقط او الصلب فقط
اذا قطع الطريق

بهذا التقسيم في اصحاب ابي رده ص ويصلب حيا ويطعن بطعنة الى ان
يموت ولا يترك اكثر من ثلاثة ايام ش لان المقصود الردع وهو ابلغ
من صلبه بعد القتل روي ذلك عن الكرخي وعن الطحاوي انه يصلب
بعد القتل ولا يصلب حيا توقيا عن المثلة لانه عليه السلام نهى عن
المثلة ولو بالكلب العقور والاول اصح وهو اردع ولهذا لا يقتل
جزابا لسيف مع الامر بان يحسن القتلة ونظيره الرجم في
الزنا لما قلنا ش اذا تحتم له ثلاثة ايام من وقت موته يخلى بينه
وبين اهله لينزلوه ويدفنوه ولا يترك اكثر من ثلاثة ايام لان في تركه
اكثر منها ايذاء للناس بتنتنه وعن ابي يوسف انه يترك حتى يتقطع
ويسقط ميلا الى زيادة الاعتبار بحاله وهذا ابلغ في الردع والزجر
وجه الرواية الظاهرة ان ذلك حاصل بما تقدم فلا حاجة الى المبالغة
وايصال الاذى للناس وفي الينابيع كيفية الصلب ان يغرز خشبة
في الارض ثم يربط عليها خشبة اخرى عرضا فوضع قدميه على
تلك الخشبة ويربط من اعلاه خشبة اخرى تربط عليها يداه ثم
يطعن بالرمح في ثديه الايسر وتخفض الرمح حتى يموت قال في الجامع
الصغير واذا قتل القاطع فلا ضمان عليه في مال اخذه وذلك لان
الحد لما اقيم سقطت عصمة المال حتما في السرقة الصغرى ص
ويقتلون بمباشرة احدهم ش اذا كان القطاع جماعة فباشر واحد
واحد منهم القتل اجري القتل على جماعتهم لان هذا القتل جزاء
المحاربة وهي انما تتحقق بان يحفظ بعضهم بعضا وبما نوا عنهم
فمباشرة الواحد مستندة الى قوته بالباقين فيكون وانعا منهم

معنى حتى ذكر في الاصل ومن باشر ومن لم يباشر في الحكم سواء وذلك
لان معنى القتل حصل بالكل وقال الشافعي لا يجب الا على المباشر لانه
جزاء الفعل فلا يجب على الردء وانما عليه التعزير كالمعين على الزنا
ولنا ان التمكن حصل من الجميع بخلاف المعين في الزنا لان المفعول
هناك اللذة وهي لم تحصل للمعين ص وان كان فيهم صغير او مجنون
او ذو رحم محرم من المقطوع عليه او اخذ بعد التوبة وقد قتل
عمدا صار القتل الى الاولياء ش اذا كان بعض قطاع الطريق غير
مكلف بان كان صبيا او مجنونا او كان ذا رحم محرم من المقطوع
عليه صار القتل الى الاولياء يفعلون ما يشاؤون من قصاص
او صلح او عفو لسقوط الحد عن الباقين اما الصبي والمجنون
فلان هذه الجناية واحدة قامت بالكل فاذا لم يكن فعل بعضهم
موجبا صار فعل الباقين بعض العلة فلا يترتب عليه الحكم قال
صاحب الهداية المذكور في الصبي والمجنون قول ابي حنيفة
وزفر وعن ابي يوسف انه لو باشر العقلاء حد الباقون وعلى
هذا السرقة الصغرى ومحمد مع الامام فيما ذكره الشيخ ابو نصر
لابي يوسف ان الحد يجب على قاطع الطريق لفعل القتل واخذ
المال والمباشرة اصل في الفعل والردء تابع فان كان المباشر
مكلفا تجب الحد لاصالته في الفعل ولا يعتبر الخلل في التابع
وهو الصبي والمجنون لعدم القصد الصحيح منهما واذا كان الفعل
من احدهما كان اصلا فيه فسقط الحد عنه لشبهة في اصله فسقط
الحد عن الباقين للشبهة ووجه الظاهر ان الردء حكمه حكم

اخذ قاطع الطريق بعد التوبة وقتل عمدا القتل الى الاولياء

المباشر في حد قطع الطريق ولهذا يلزمهما جميعا اذا كانا مكلفين فاذا
كان كذلك كان حضور الصبي والمجنون كمباشرته ولا حد عليهما اذا
باشرا فكذا اذا حضرا واما اذا كان فيهم ذو رحم محرم من المقطوع
عليه فلان القافلة كالحرز ولهذا لو قطع لبعض القافلة على البعض
لا يجب الحد لان الحرز واحد فصارت كدار واحدة وهو ماذون في
دخوله الحرز فلم يجب الحد عليه فلا يجب على الباقين للشبهة
لان الجناية واحدة وكان الشيخ ابو بكر الرازي يقول هذه
المسئلة محمولة على ما اذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم
وفي قطاع الطريق ذو رحم محرم من احدهم حتى لا يجب الحد
باعتبار نصيب ذي الرحم المحرم ويصير شبهة في نصيب
الباقين فلا يجب الحد عليهم لان الماخوذ شي واحد فاذا امتنع في حق
احدهم بسبب القرابة امتنع في حق الباقين اما اذا كان المال مشتركا ٢
بينهم فان لم ياخذوا المال الا من ذي الرحم المحرم فكذلك وان اخذوا
منه ومن غيره يحدون باعتبار المال الماخوذ من الاجنبي والاصح جواب
ظاهر الرواية انه يجري على اطلاقه لما ذكرنا واما القاطع اذا قتل
او اخذ ما لا فتاب يعني قبل ان يوخذ فلان هذا الحد لا يقام في هذه
الحالة للاستثنا المذكور في قوله تعالى الا الذين تابوا من قبل
ان تقدروا عليهم وتوبته ان يرد المال الى صاحبه مع العزم على
ان لا يفعل مثله في المستقبل وبعد الرد لا يقطع لما ذكرنا في السرقة
الصغرى واذا سقط الحد صار الامر الى الاولياء في الارش والقصاص
على نحو ما بينا ص ولو قطع الطريق بقرب العمران بمنعته او اخذ في

لا قطع [illegible] اهل [illegible] صاحب [illegible] اذا كان المأخوذ مشتركا [illegible]

[illegible] الاصح [illegible]

لا قطع بقرب عمران البلد [illegible] والولي بالخيار [illegible] في حكم قطاع الطريق ان قطعوا ليلا او نهارا في المصر

المصر

المصر ما لا مغالبة لا يجعله قاطعا بل يحبس ويودب ويسترد مما اخذ
ويتخير ولي القتيل ش قال علماونا اذا قطع الطريق في مصر او بين مصرين
او بين القرى المتقاربة ليلا او نهارا لا يكون قاطع طريق استحسانا بل
يودب ويحبس لارتكابه الجريمة ويسترد منه ما اخذ ويتخير ولي
القتيل فان شا اقتص وان شا عفى وقال الشافعي وهو القياس
من اخذ في البلد ما لا مغالبة بمنعته فهو قاطع طريق لوجود القطع
حقيقة وجه الاستحسان ان سبب حد قطاع الطريق قطع الطريق
وذلك لا يوجد في المصر ولا فيما قرب منه لان القطع لا يكون الا
بانقطاع المارة والمارة لا تنقطع في مثل هذه المواضع للحاق
الغوث غالبا فلا يثبت الحكم لعدم سببه ومن شرايط قطع
الطريق ان يكون بين القاطع وبين المصر مسيرة سفر في ظاهر
الرواية اما اذا كان في المصر او قريبا منه لا يكون قطعا استحسانا
وعن ابي يوسف ان قطعوا نهارا او ليلا في المصر بسلاح اجري عليهم
حكم قطاع الطريق لان السلاح لا يلبث فلا يلحقهم الغوث فيتحقق
القطع به ليلا او نهارا وان قطعوا بخشب فلا لانه وان كان لا يلبث
لكن بالليل يبطي فيه الغوث فيتحقق القطع بخلاف النهار فان
الغوث يلحق قبل حصول غايلته وبالليل يستوي السلاح والخشب
فيجري عليهم الحكم وجه الاستحسان ان سبب حد قطاع الطريق
هو قطع الطريق وذلك لا يوجد في المصر او في قريب منه لان القطع
لا يكون الا بانقطاع المارة وهي لا تنقطع في مثل هذا الموضع للحاق
الغوث غالبا فلا يثبت الحكم لعدم سببه وقال

عند الامام لا قطع في العمران لان ضبط الناس
بحمل السلاح فلا يمكن القاطع

البيهقي في كفايته قيل ان ابا حنيفة اجاب عن عرف زمانه لان في زمانه
اهل الامصار كانوا يحملون السلاح فلا يمكن القاطع مقابلتهم بخلاف زمن
ابي يوسف

كتاب الصيد والذبائح

لما كانت الحدود يحصل منها صيانة النفوس عن الفساد والصيد يحصل
منه صيانة نتما عن الفساد الناشي عن الاموال الخبيثة اذ الصيد ليس
بمملوك لاحد وهو صاف عن كدر المنة والظلم ناسب ذكره عقيب
الحدود من هذا الوجه والصيد مصدر صاد يصيد وهو في اللغة
الاصطياد ويطلق على المفعول يقال صيد الامير وبنشد
صيد الامير ارانب وثعالب فصار اسما لكل حيوان متوحش
ممتنع عن الاد مي ماكولا كان او غير ماكول ثم الصيد قد يكون حراما
وقد يكون حلالا والحرام في البر للمحرم وفي الحرم والحلال له
شروط وهي خمسة عشر شرطا خمسة في الصائد وهي ان يكون من اهل
الذكاة وان يوجد منه الارسال وان لا يشاركه في الارسال من لا يحل
صيده وان لا يترك التسمية عمدا وان لا يشتغل بين الارسال والاخذ
بعمل اخر وخمسة في الكلب وهي ان يكون معلما وان يذهب على سنن الارسال
وان لا يشاركه في الاخذ ما لا يحل صيده وان تقتل جرحا وان لا يأكل منه
وخمسة في الصيد وهي ان لا يكون من الحشرات وان لا يكون من بنات الما
الا السمك وان يمنع نفسه بجناحيه او بقوائمه وان لا يكون متقويا
بانيابه او مخلبه قبل ان يموت بهذا قبل ان يصل الى ذبحه كذا في النهاية
والصيد مشروع بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى
واذا حللتم فاصطادوا واقل احوال الامر الاباحة وقال عليه السلام

لصيد لمن اخذ وقال عليه السلام لعدي بن حاتم اذا ارسلت كلبك
المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وان اكل منه فلا تاكل لانه انما امسك
لنفسه وان شاركه كلبك كلب اخر فلا تاكل فانك انما سميت على كلبك
ولم تسم على كلب غيرك والاجماع منعقد على اباحته ولانه نوع اكتساب
وانتفاع بما هو مخلوق لذلك فكان مباحا كالاحتطاب لتمكن التكليف
من الغائمة ص تجوز صيد الحيوان الممتنع مطلقا بالسهام المحددة والجوارح
المعلمة كالبازي يعود اذا دعي والكلب يترك الاكل ش الصيد مطلقا
مباح اي ما يوكل لانه يصاد للحمه وما لا يوكل للانتفاع بجلده او شعره
اولدفع شره لان ما ذكرنا من النص مطلق فيتناول الكل في غير الاحرام
والحرم اما قيد الانتفاع فلان الصيد عبارة عنه ولان الجرح اقيم
مقام الذكاة الاختيارية ضرورة للعجز ولا يتحقق العجز الا في الممتنع
حتى لو رمى ظبيا مربوطا وهو يظنه صيدا فاصاب ظبيا حل لان
آخر لا يوكل لانه بالربط خرج عن الامتناع فخرج عن ان يكون صيدا
ولو رمى بعيرا قد ند فاصاب ظبيا حل لان البعير لما ند صار صيدا
ويجوز الاصطياد بالسهام المحددة وبالجوارح المعلمة اما السهام
المحددة فلانها آلة جارحة واما الجوارح المعلمة فلقوله تعالى احل لكم
الطيبات وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله
اي صيد ما علمتم من الجوارح وهو معطوف على الطيبات والجوارح الكواسب
قال تعالى ويعلم ما جرحتم بالنهار وقيل ان يكون جارحة بنابها
ومخلبها حقيقة ويمكن حمل الاية على المعنيين وذكر كالبازي والصقر
والشاهين والباشق والكلب المعلم والفهد وفي الجامع الصغير

كل شي علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير فلا باس بصيده
ولا خير فيما سوي ذلك اذا قتله الا ان تدرك ذكاته فيذكيه ومعني مكلبين
مسلطين فيتناول الكل لعمومه وعن ابي يوسف ان الاصطياد لا يجوز
بالاسد والدب لانهما لا يعلمان لغير مما الاسد لعلو همته والدب
لخساسته والحق بعضهم الحداة بهما ولا يصاد بالخنزير بالاتفاق لانه
نجس العين فلا يجوز الانتفاع به اما التعليم فلا بد منه وهو علي نوعين
تعليم ذي مخلب وتعليم ذي ناب اما تعليم ذي المخلب كالبازي
ونحوه فهو ان يجيب صاحبه اذا دعاه لان بدن البازي لا يحتمل الضرب
وهو متوحش متنفر فكانت الاجابة اية تعليمه ولا يشترط فيه الامساك
علي صاحبه حتي لو اخذ الصيد واكل منه لا باس باكل صيده بخلاف الكلب
فانه الوف بطبعه يالف الناس ويعتاد الانتهاب فكان اية تعليمه
ترك ما الوفه وهو الاكل ص وتقدير المدة الي المعلم وقالا ثلث مرات
وهو رواية ش ذكر في الاصل ان عند ابي حنيفة لا يثبت التعليم
ما لم يغلب علي ظن الصايد انه معلم ولا يقدر بالثلث لان للتقادير
لا تعرف الا سماعا لا اجتهادا ولا سماع فيفوض الي راي المبتلي كما هو
دابه في اشيا من جنسها فهنا فوض الي راي الصايد وفي الخنزير
فوض الي راي الامام وهو للبتلي باقامة التعزير وعند ابي يوسف
ومحمد يشترط ترك الاكل ثلاثا وهو رواية عن الامام لان فيما دون
ذلك يزيد الاحتمال فلعله تركه مرتين او مرتين شبعانا فاذا تركه ثلاثا
صار عادة له لان الثلاث مدة ضربت لابلاء الاعذار كما في مدة الخيار
ص واذا ارسل المسلم او الذي او ري مسميا فجرح فمات حل ش اذا ارسل

المسلم

المسلم او الذي او ري مسميا فجرح فمات حل اشترط كون المرسل او الرامي مسلما
او مدينا لان الصيد ذكاة اضطراريه فتعتبر بالذكاة الاختياريه
فلا تجوز اكل ذبيحة غيرهما واشترط التسميه لقوله عليه السلام اذا
ارسلت كلبك وذكرت اسم الله عليه فكل شرط التسميه لحل الاكل
ولان البازي او الكلب الة والذبح لا يحصل لمجرد الالة الا باستعمال
وذلك فيهما بالارسال فينزل منزلة امرار السكين والري فلا بد من
التسمية عنده ولانه من الجرح في ظاهر الرواية في اي موضع كان لتحقق
الزكاة الاضطراريه وهي الجرح وعن ابي حنيفة اذا كسر منه عضوا
فمات حل لان الكسر جراحة باطنه فاعتبر بالجراحة الظاهرة وعن ابي يوسف
ان الجرح ليس بشرط للحل لان المراد من قوله تعالي وما علمتم من الجوارح
الكواسب علي التاويل المتقدم ووجه ظاهر الرواية ان الجرح يتحقق به الزكاة
الاضطرارية وفي قوله تعالي من الجوارح اشارة الي اشتراطه بتاويل
الاشتقاق من الجراحه فيحمل علي الجارح الكاسب بنابه او مخلبه ولا ينافي
وفيه اخذ باليقين ص وان خنقه حرم وان ادركه حيا لا يحل الا
بالزكاة اذا امكن ولو وقع في بير ولم يتمكن من حياته فوق حركته
المذبوح والحل حرم رواية ش وان خنقه ولم يجرحه لم يوكل لما
ذكرنا واذا ادرك الصيد حيا لا يحل الا ان يذكيه وان ترك تذكيته
حتي مات لم يوكل هذا في الارسال والسهم لان الارسال والري ايما
مقام الزكاة الاختيارية بحكم الضرورة وحكم البدل يبطل بالقدرة
علي الاصل قبل حصول المقصود بالبدل فتجب الزكاة وهذا اذا امكن
من ذبحه اما اذا وقع في بير ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحياة فوق ما يكون

في المذبوح ليوكل في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة وابي يوسف وهو قول
الشافعي انه يحل لانه لم يقدر على الاصل فصار كما اذا راى المتيمم الماء ولم
يقدر على استعماله وجه ظاهر الرواية انه ان لم يقدر حقيقة فقد قدر
حكما لثبوت يده على المذبح وهو قايم مقام التمكن من الذبح لانه لا بد له
من مدة والناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية
في امر الذبح فمنهم من يتمكن في ساعته ومنهم من لم يتمكن وما كان كذلك
لا يدار الحكم عليه لعدم انضباطه فاد برنا على ما ذكرنا من ثبوت اليد على
المذبح وان لم تكن الحياة فيه فوق ما يكون في المذبوح بل كانت مقدار
ما يكون فيه ولم يذبح حتى مات اكل لانه ميت حكما الا ترى انه لو
وقع في الماء وهو بهذه الصفة لا يحرم حكما اذا وقع وهو ميت والميت
ليس بمحل للذبح ص ولو ذكى المنخنقة او الموقوذة او المتردية
او النطيحة او التي بقر الذيب بطنها وبها حياة حلت ش قال في
الكشاف المنخنقة هي التي خنقوها حتى ماتت او اختنقت بسبب
والموقوذة التي اخذوها ضربا بالعصا او حجر حتى ماتت والتي تردت
من جبل او في بير هي التي المتردية والتي نطحتها اخرى فماتت بالنطح
هي النطيحة ومن ادرك من هذه المذكورات وبها حياة خفية او بينة
فذكاها حلت عند ابي حنيفة مطلقا من غير تفصيل في ظاهر الرواية
وعليها الفتوى ووجهها الاستثنا في الآية المذكور وهو قوله تعالى
الا ما ذكيتم من غير فصل فوجب العمل بالاطلاق وروي عنه انها انما
تحل اذا كانت بحال تعيش يوما ولا الذبح لانها اذا لم تكن بهذه الحالة
لا يدري انها مذكاة او ميتة لانهاق روحها بالذي اصابها قبل

فتوى

الذكاة فلا تثبت الحل بالشك وعن ابي يوسف الضرب بشجة ضيخة
ان كان بها من الحياة مقدار ما تعيش به اكثر من نصف يوم فذبحها توكل
اقامة للاكثر مقام الكل والا فلا وعند محمد ان كان الباقي فيها من الحياة
اكثر ما يكون في المذكى توكل والا فلا لانه لا معتبر بتلك الحياة كما بينا
فاعتبرت الزيادة عليها ص واذا وقع الصيد في الماء او على سطح او جبل
ثم تردى الى الارض حرم لا على وجه الارض ابتداء ش اما الاول فلانا
متردية فتحرم بالنص ولان موتها يحتمل ان يكون بغير الرمي اذ الماء
مهلك وكذلك السقوط من عال واذا كان الصيد طيرا ما يبا يحل بكل حال
لانه يعلم يقينا انه مات من الجراحة لا من الماء لانه يعيش فيه واما اذا
وقع على الارض ابتداء بان رمى صيدا على راس الجبل او على شجرة او في
الهواء فوقع على الارض فمات فانه يحل وبه قال الشافعي واحمد
وقال مالك لا يحل الا ان يكون الجراحة مهلكة او يموت قبل سقوطه
لقوله تعالى والمتردية مطلقا ولقوله عليه السلام لعدي ابصة دع
ما يريبك الى ما لا يريبك وقال ابن مسعود رضي الله عنه ما اجتمع
الحلال والحرام في شي الا وقد غلب الحرام الحلال واعتبارا بما اذا غرق
في الماء ولنا انه صيد مات بالاصابة ولم يمكن الاحتراز عن سقوطه
على الارض بخلاف ما لو غرق لانه يمكن الاحتراز عنه وهو قائل بخلاف الارض
فانها غير قاتلة والحل والحرمة اذا اجتمعا وامكن التحرز عما هو سبب الحرمة
ترجح الحرمة احتياطا وان كان مما لا يمكن التحرز عنه جري وجوده مجرى
عدمه فيما يمكن التحرز عنه اذا وقع على شجر او حايط او اجر ثم وقع على الارض
او رماه فوقع على رمح منصوب او على قصبة او على حرف اجر لاحتمال

القتل بحدة هذه الاشياء ومما لا يمكن الاحتراز عنه اذا وقع على الارض كما بيناه
او على ما هو معناه كجبل وظهر بيت او لبنة موضوعة او صخرة فاستقر عليها
لان ذلك كله بمنزلة الارض ص ولو غاب فلم يقعد عن طلبه فوجد ميتا
حل ش قال علماؤنا اذا وقع السهم في الصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل
في طلبه حتى اصابه ميتا اكل استحسانا وقال الشافعي وهو القياس
لا يؤكل لاحتمال انه مات بسبب اخر ولنا ما روي ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم مر بالروحاء على حمار وحش عقير فتباداره اصحابه اليه فقال
دعوه فسيأتي صاحبه فجاء رجل من مهر فقال هذه رميتي يا رسول الله
وانا في طلبها وقد جعلتها لك فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقسمته
ابا بكر رضي الله عنه فقسمها بين الرفاق فلو لم تحل لما امر رسول الله صلى
الله عليه وسلم بالقسمة ولان الاحتراز عنه غير ممكن لان الاصطياد
غالبا يكون في البراري فلا بد من التواري فابيح اذا لم يقعد عن طلبه
للضرورة وان قعد عن طلبه ثم اصابه ميتا لم تحل وقال الشافعي
في رواية ومالك في اخرى واحمد في اخرى تحل اذا غاب نهارا استدلالا
برواية ابي ثعلبة الخشني اذا رميت بسهمك فغاب عنك فادركته
فكل ما لم ينتن ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لعل هوام الارض قتلته
قال ذلك حين اهدي اليه عليه السلام صيد فقال من اين لك هذا فقال
كنت رميته بالامس وكنت في طلبه حتى حال بيني وبينه ظلمة الليل
ثم وجدته اليوم ميتا وفيه مزراقي فقال عليه السلام لا ادري
لعل هوام الارض قتلته وفي رواية قال عليه السلام انه غاب
عنك فلا ادري لعل بعض الهوام اعانك عليه لا حاجة لي فيه فان قيل

هذا

هذا الحديث يعارض في حق من قعد عن طلبه فانه عليه السلام لما قال له
من اين لك هذا قال كنت في طلبه فكيف يكون حجة على الحرمة وقد افاد
انه اذا غاب عنه ولم يزل في طلبه فمات حل اكله وهذا كان في طلبه قلنا
لان قوله حال بيني وبينه ظلمة الليل ثم وجدته اليوم ميتا يدل
على قطع الطلب رجح عدم الحل للاحتياط ولو وجد به جراحة سهمه لم
يحل لانه موهوم يمكن الاحتراز عنه فاعتبر محرما لخلاف وهو الهوام
فيما اذا لم يقعد عن طلبه والجواب في ارسال الكلب في هذا كالجواب
في الرمي في جميع ما ذكرنا كذا في الهداية ص ولو اكل البازي مما صاده يحل
ش وان اكل منه البازي احل لما روي عن سعيد بن جبير عن ابن عباس
رضي الله عنه انه قال في البازي يقتل الصيد ويأكل منه فقال كل وقال
لتعليم البازي ان تدعوه فيجيبك ولا تستطيع ضربه حتى يترك الاكل
وهذا قول روي عنه ولم يرو عن اقرانه خلاف فحل محل الاجماع ولان
اعتبار ترك الاكل منه متعذر لعدم احتمال جثته التعليم بالضرب
ومن عادته النفار فاذا اجاب عند الدعوة فقد علم ترك ما اعتاده
فحكمنا بانه معلم ص ولو اكل الكلب لا يحل مطلقا ش قال علماؤنا اكل
الكلب او الفهد مما صاده لم يؤكل مطلقا اي سواء كان نادرا او معتادا
وقال الشافعي في القديم انه يؤكل من صيد الكلب وان اكل منه
لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لابي ثعلبة الخشني اذا
ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل قال وان اكل منه قال
نعم ثلاث مرات وفي قوله الجديد وهو مختار المزني لا يؤكل ميتا اكل منه
ولنا قوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم فاذا اكل منه فانما امسك

على نفسه ص وهو تحريم ما بقي من صيوده من قبل ش ولو ان كلبا صاد
صيدا بعد صيد مرارا ولم يأكل منها ثم صاد صيدا واكل منه لا يوكل
هذه الفريسة بالاجماع لظهور علامة الجهل فيه ولا يوكل ايضا ما يصيد
بعد ذلك حتى يصير معلما على اختلاف القولين على ما تقدم بيانه فعند
الامام لا يثبت ما لم يغلب على ظن الصائد انه معلم وعندهما يترك
الاكل ثلاث مرات واما الصيود التي اخذها من قبل فما اكل منها لا يظهر
فيه الحرمة لانه تلاشى واضمحل فلا يتصور الحكم عليه وما ليس بمحرز فان
كان في المفازة بعد ثبت الحرمة بالاتفاق وما هو محرز في بيته يحرم
عند الامام خلافا لهما هما يقولان الاكل لا يدل على الجهل فيما تقدم لان
الحرمة قد تنسى ولان فيما احرزه قد انقضى الحكم فيه بالاجتهاد فلا
ينقض باجتهاد مثله لان المقصود قد حصل بالاول بخلاف غير المحرز
لانه ما حصل المقصود من كل وجه لبقايه صيدا من وجه لعدم الاحراز
فحرمناه احتياطا ولابي حنيفة ان الاكل علامة جهله من الابتداء لان
الحرفة لا تنسى اصلا فاذا اكل تبين ان تركه كان للشبع لا للعلم وفي
المحيط هذا اذا كان العهد قريبا باخذ تلك الصيود لم تحرم بلا خلاف
وقال شمس الائمة السرخسي الاظهر ان الخلاف في الفصلين جميعا واطلاق
النظم والنثر عليه واما ما باع المالك مما قدره فلا شك انه على قولهما
لا ينتقض البيع فيه وعلى قوله ينبغي ان ينتقض اذا تصادق المتبايعان
على كون الكلب جاهلا والتعليل للقولين قد تقدم فالحاصل انهم حكموا
بجهل هذا الكلب اتفاقا حتى حرموا اكل الصيد الذي اكل منه ولكن اختلفوا
في ان الحكم بجهله بطريق الاقتضاء او بطريق الاستناد فعندهما بطريق

بلغ مقابلة

الاستناد

الاستناد وعندهما بطريق الاقتضاء وقد مر بيانهما تعليلا قال في الذخيرة
وكذلك هذا الخلاف في البازي اذا فر من صاحبه فدعاه فلم يجبه حتى حكم
بكونه جاهلا اذا اجاب صاحبه بعد ذلك ثلاث مرات على الولا لا يحكم
بتعليمه عندهما انتهى ص ولو شاركه اهلي او غير مسمي عليه عمدا او كلب
مجوسي او اصابه المعراض بعرضه ولم يجرحه او مات من بندقة او حجر
حرم ش وان شاركه اهلي اي غير معلم او كلب غير مسمي عليه عمدا
او كلب مجوسي لم يوكل لما روينا من حديث علي بن حاتم ولان المبيح والمحرم
اجتمعا فتغلب جهة الحرمة لقوله عليه السلام ما اجتمع الحلال
والحرام الا وقد غلب الحرام الحلال وللاحتياط وقوله عليه السلام في
حديث عدي وان شاركه كلبك كلب اخر فلا تاكل كلب المجوسي والكلب
غير المعلم قوله وذكر اسم الله عليه يتناول النسيان ولو كان كلب
مجوسي او كلب غير معلم رد الصيد على الكلب الاول فمات بجرح الاول يكره
كراهية تنزيه لوجود المشاركة في الاخذ وعدم المشاركة في الجرح وقيل
يكن كراهية تحريم وهو اختيار شمس الائمة السرخسي والحلواني وعند
الائمة الثلاثة يحل لان كلب المسلم انفرد بجرحه وصار كما لو رمى المجوسي
سهمه فرد الصيد او امسك مسلم ومجوسي شاة فذبحها المسلم ولو ارسل
مسلم كلبه وسمى فزجر مجوسي فانزجر يوكل صيده ولو ارسل مجوسي كلبه
فزجر مسلم فانزجر او ارسل مسلم كلبه وترك التسمية عمدا فاتبع الصيد
فزجر فسمى فانزجر لا يوكل صيده لان العبرة للارسال وفي المبسوط وكل
من لا يجوز ذكاته كالمحرم وتارك التسمية عمدا في هذا بمنزلة المجوسي حتى لو
ارسل صيدا او سمى فزجر من لم يسم يوكل وبعكسه لا يوكل واذا اصاب

المعراض لصيد بعرضه ولم يجرحه لم يؤكل لقوله عليه السلام ما اصاب بحده فكل وما اصاب بعرضه فلا تاكل ولانه لابد له من الجرح ليتحقق معنى الذكاة ولا يؤكل ما اصابته البندقة اذا مات بها لانه يدق ويكسر ولا يجرح فصار كالمعراض اذا لم يخرق وكذلك ان رماه بحجر ولو جرحه قالوا تاويله اذا كان ثقيلا وبه حدة لاحتمال انه قتله بثقله وان كان الحجر خفيفا وجعله طويلا كالسهم وبه حدة فانه يحل لانه يقتله بجرحه كذا في الهداية قال الحاكم الشهيد في الكافي ولا يحل صيد البندقة والمعراض والحجر والعصا وما اشبه ذلك وان جرح لانه لا يخرق الا ان يكون شيء من ذلك قد حدد كالسهم وامكن ان يرمي به فان كان كذلك وجرحه حل ويضمنه يحل والمزراق كالسهم انتهى والمزراق رمح صغير يرمي به الصيد وغيره والمعراض السهم الذي لا ريش له ولو رماه بحروه ولم يضع بضعه لا يحل لانه قتله وقالوا لو كان رماه بها فابان راسه او قطع العروق لا يؤكل لان العروق تنقطع بثقل الحجر كما تنقطع بالقطع فوقع الشك فلعله مات قبل قطع الاوداج فالحاصل ان الموت ان كان من الجرح بيقين حل وان كان من الثقل لا يحل وان احتمل ان يكون من الثقل ومن الجرح لا يحل ايضا تغليبا للمحرم احتياطا ص ولو ارسل على صيد فاخذ غيره من غير عدو ولا مكث حله ش قال علماؤنا اذا ارسل كلبه المعلم على صيد بعينه واخذ غيره ولم يعدل عنه ولم يمكث حل اكله وقال الشافعي لا يحل وهو قول مالك لانه اخذ بغير ارسال اذ الارسال يختص بالمشار اليه ولنا ان الاختصاص بالمشار اليه غير مفيد لانه اذا لم يعدل عنه يمنة ويسرة ولم يمكث فهو في حكم الارسال اذ المشروط في النص هو الارسال دون التعيين اذ لا يمكنه

تعليم

بتعليم كلبه على وجه ياخذ ما عينه فسقط اعتباره وفي الدخيرة اذا ارسل كلبه او بازيه على صيد واخذ غيره حل لان التعيين في الاصطياد ليس في وسعه ولو ارسل على صيود كثيرة وسمى مرة واحدة حالة الارسال وقتل الكل بالجرح حل الكل وكذا الحكم في البازي هذا كله اذا لم ينحرف ولم يمكث بعد الارسال فلو انحرف او مكث ثم اخذ صيدا لا يحل ص ولو رماه فابان عضوا لحرم المبان لان كان بجرح غير موقف ش قال علماؤنا اذا ادرى صيدا فابان منه عضوا فمات اكل المبان منه ولا يؤكل المبان وقال الشافعي يؤكلان جميعا ان مات الصيد بجرح موقف اي قاتل في الحال لانه مبان بذكاة الاضطرار فيحل المبان والمبان منه كما اذا ابين الراس بذكاة الاختيار بخلاف ما اذا لم يمت بذلك الجرح لانه ما ابين بالذكاة فلا يؤكل المبان ولنا ما روي في السنن من قوله عليه السلام ما قطع من البهيمة وهي حية فهو ميت ص ولو قده نصفين او ثلاثا والاكثر موخرا ونصف راسه او اكثر اكل ش قال الشيخ ابو الحسن الكرخي روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ما ابين من الحي فهو ميتة فعلى هذا اذا قطع راس الصيد او اكثر الراس او نصف الراس او قطعه نصفين او قطع الثلث منه مما يلي الراس فانه يؤكل المبان منه والمبان جميعا لانه لا يتوهم سلامة الصيد بعد مثل هذا القطع ص وان اخذ صيد ارمية ثم رماه اخر فقتله حرم ويضمن للاول قيمته الا نقص جرحه وان لم يثخنه الاول حل وكان للثاني ش وان رمى صيدا فاصابه ولم يخرجه عن حيز الامتناع ثم رماه الثاني فقتله فهو للثاني ويؤكل لانه هو الاخذ وقال عليه السلام الصيد لمن اخذ وضار من اثار صيدا

فاخذ غيره فانه للاخذ كذا هذا وان اخذه الاول اي اوهنه ورماه الثاني
فقتله فهو للاول ولم يوكل وذلك لان الاول احرجه من ان يكون صيدا
فصار اخذه حكما والصيد لمن اخذ ولم يوكل لانه لما خرج عن حيز الامتناع
صار اهليا فكانت ذكاته ذكاة الاختيار لا ذكاة الاضطرار ثم لما رماه
الثاني صار كمن رمى شاة فقتلها فلا يحل والثاني ضامن قيمته للاول
غير ما نقصته جراحة الاول وذلك لانه اتلف صيدا مملوكا للاول
فيضمن قيمته للاول يوم الاتلاف وكان ذلك الوقت منقوصا بجراحة
الاول فلم يلزمه نقصانها ص ولو رميا معا فسبق احدهما والتخنه ثم
لحق الاخر فقتله كان للاول وحكمنا بحله ش اذا رمى رجلان صيدا
معا فاصابا او وقعت الرميتان في الصيد معا فمات فانه لهما ويوكل
اما كون الصيد لهما فانهما اشتركا في سبب الاستحقاق واما حل الاكل
فظاهر لوجود الجرح وان رميا معا وسميا لكن تعاقبت الاصابة فان اصاب
السهم الاول فاثخنه ثم اصابه الاخر فمات يكون الصيد للاول
اتفاقا وهل يوكل او لا فعند علمائنا الثلاثة يوكل وعند زفر يحرم له
ان السهم بالرمي الثاني اصابه وهو ليس بصيد فلا يحل بالذكاة الاضطرارية
والمعتبر وقت الاصابة لا وقت الرمي ولهذا كان للاول وصار كما
لو تعاقبا في الرمي ولنا ان فعل كل واحد منهما يوجب الحل لوقوعه
رميا الى صيد ماكول مع التسمية والمعتبر للحل وقت الرمي لان الحل
بالذكاة وهي فعل المذكي والموجود منه ذكاة منحصرة في الرمي واما في الملك
فالمعتبر وقت الاصابة لانه انما يثبت بالاحراز واحراز الصيد بالاثخان
بخلاف ما لو تعاقبا في الرمي لان الصيد عند الرمي الثاني خارج عن حيز

الامتناع

الامتناع فيحرم ص اورمى ذيبا وسمى فاصاب ظبيا اجزنا اكله
ش قال علماؤنا الثلاثة اذا رمى سهما الى ذيب او اسد او خنزير
فاصاب ظبيا حل اكله وقال زفر لا يحل له انه رمى الى ما لا يحل اكله فاصاب
ما يحل اكله فلا يحل كما لو قصد انسانا وسمى فاصاب صيدا فانه لا يحل
بالاجماع ولنا انه رمى الى صيد فاصاب صيدا اخر فجاز اكله كما لو
قصد حمار وحش فاصاب ظبيا وهذا لان الصيد اسم للمتوحش
الممتنع الذي لا يوخذ الا بحيلة والرمي اليه كذلك وعلى هذا الاختلاف
اذا سمى حين صيد ماكول او غير ماكول وقال زفر ان كان ذلك الحين حين
صيد لا يوكل كالسباع ونحوها فلا يوكل

فصل ٢٢

في الذبائح

المذبوح ه

الذبائح جمع ذبيحة والذبيحة اسم للشيء كالذبح بالكسر
والذبح بالفتح مصدر ذبح اذا قطع الاوداج وقد احل الله تعالى ذلك
في كتابه العزيز في مواضع منها قوله تعالى والانعام خلقها لكم
فيها دفء ومنافع ومنها تاكلون والذبح الذكاة قال تعالى الا ما ذكيتم
اي ذبحتم وتسميته بها اما لما فيها من الحث يقال فلان ذكي اذا كان سريع
الفهم لحدة خاطره واما من الطهارة لقوله عليه السلام دباغ الادم
ذكاته وذكاة الارض يبسها فجاز اطلاق الذكاة على الذبح بكلا المعنيين
لما فيه من سرعة الموت وطهارة المذبوح من الدم المسفوح وقال
شمس الائمة السرخسي زعم بعض العراقيين من مشايخنا ان التزكية
محظورة بالعقل لما فيها من تاليم الحيوان وهذا باطل فقد كان رسول
الله صلى الله عليه وسلم يتناول من اللحم قبل مبعثه فلا يظن به
انه يتناول ذبائح المشركين مع علمه انه كان يذبح ويصطاد بنفسه

انتهى كلامه ثم الكلام بعد ذلك فيما يحل من الحيوان وما يحرم وجملة
ذلك ان الحيوان على ضربين ضرب له دم سائل وضرب لا دم له فما لا دم له
كله حرام الا الجراد وما له دم على نوعين ما يعيش في الماء وما لا يعيش فيه
فما يعيش في الماء كله يحرم الا السمك خاصة وما يعيش في البر على ضربين
مستانس ومتوحش فالمستانس يحل منه الانعام كالابل والبقر والغنم
والمعز وكذلك الدجاج والاوز وما سوى ذلك من المستانس لا يوكل الا
الفرس عند ابي يوسف ومحمد وعند الامام مكروه واما المتوحش فيحرم
منه كل ذي مخلب وناب ويحل ما سواه الا الحشرات ص يذكى اختيارا
في الحلق واللبة واضطرارا بالجرح ان اتفق ويشترط فيهما التسمية
ش الذكاة شرط حل الذبيحة لقوله تعالى الا ما ذكيتم وهو استثنا
من قوله تعالى حرمت عليكم الميتة فالله تعالى احل لنا المذكاة والذكاة
على ضربين اختيارية واضطرارية فالاختيارية كالجرح فيما
بين اللبة واللحيين هذا لبيان محل الذبح وفيه دليل على ان اعلا
الحلق واسفله واوسطه في ذلك سواء كذا ذكر في المنافع ولكن
صرح في الدخيرة بان الذبح اذا وقع اعلا من الحلقوم او اسفل منه يحرم
اكلها لانه ذبح في غير المذبح لان المذبح هو الحلقوم والمختار ما ذكره الامام
الرستغفني لما سئل عن مثل هذا فقال هذا قول العوام كلها سواء بقيت
العقدة مما يلي الراس والصدر لان المعتبر قطع اكثر الاوداج وقد وجد
وبه قال صاحب النهاية حاكيا عن شيخه والعروق التي تقطع في الذكاة
اربعة لقوله عليه السلام افر الاوداج بما شئت فيتناول المري
والودجين لانه اسم جمع واقله ثلاثة وقطع هذه الثلاثة لا يمكن الا

بقطع الحلقوم فصار قطع الحلقوم باقتضائه وسيأتي الخلاف في ذلك ولنا
الاضطرارية وهي الجرح في اي موضع كان من البدن وهي بدل عن الاختيارية
لانها لا يصار اليها الا عند العجز عن الاختيارية وهذا اية البدلية
والتسمية شرط في الاختيارية والاضطرارية عندنا لقوله
تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وقال الشافعي هي مستحبة
وليست بشرط حتى لو تركها عامدا او ناسيا حل واستدل بما روى البرا
بن عازب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال للمسلم يذبح على اسم الله
سمي او لم يسم سوى بين التسمية وعدمها والشرط لا يكون كذلك
ولانها لو كانت شرطا للحل لما سقطت بعذر النسيان كالطهارة في
الصلاة ولئن سلمنا انها شرط لكن الملة قامت مقامها كما في الناسي
ولنا الاية الكريمة المذكورة والاستدلال بها من وجهين احدهما
ان مطلق النهي للتحريم في حق العمل والثاني قوله تعالى وانه لفسق وهو
ان كان كناية عن الاكل فالفسق هو اكل الحرام وان كان كناية عن المذبوح
فالمذبوح الذي سمي فسقا شرعا يكون حراما فيحمل ما رواه على النسيان
ليلا يكون معارضا للكتاب وتاويل الامام فخر الدين الرازي لا ينقض
للترجيح وذلك انه اول الفسق بما اهل به لغير الله كما اطلق له في قوله
تعالى وما ذبح على النصب وان تستقسموا بالازلام ذلكم فسق ولما ذكر
الفسق في سياق النهي دل على ان المراد من النهي ان يهل بغير اسم الله ولكن
هذا المعنى لا يفهم من النهي لا دلالة ولا اقتضاء فضلا عن ان يكون عبارة
او اشارة فان قال السياق يدل عليه قلنا الاعتبار لعموم اللفظ على مذهبه
ايضا فان الفسق اعم من ان يكون اطلاقه على ما اهل به لغير الله ولا يقال

الناسي مخصوص من النص فيخص العامد قياسا عليه لان الناسي ليس بمخصوص
منه لانه ذاكر تقديرا لقيام الملة مقام الذكر ولئن سلمنا فلو خص العامد
ايضا لم يبق للنص حكم لارتفاع الحرمة اصلا فيكون ابطالا للنص ص
ولو تركها ناسيا حل ش لان في تحريمه حرجا عظيما لان الانسان قلما
يخلو عن النسيان فكان في اعتباره حرج وسئل النبي صلى الله عليه
وسلم عن من نسي التسمية على الذبيحة فقال اسم الله على لسان كل مسلم
ولان الناسي غير مخاطب بما نسي بالحديث فلم يترك رضا عليه عند
الذبح بخلاف العامد وفي الحقايق وصورة متروك التسمية عمدا
ان يعلم ان التسمية شرط الحل ويتركها مع التذكر حتى لو كان
ذاكرا التسمية لكن لم يعلم ان التسمية شرط الحل فهو في حكم الناسي
وفي التحفة واذا ذبح وسمى فهذا على ثلاثة اوجه اما ان يكون له نية
او اراد التسمية على الذبيحة ففي هذين الوجهين يحل الذبح وان اراد غير
التسمية على الذبح بان اراد به التسمية عند افتتاح العمل به لا يحل
لانه لم يات بالمامور به فان المامور به التسمية على الذبح فعلى هذا
لو سبح او هلل واراد به التسمية على الذبيحة يحل واما اذا اراد به
الحمد على سبيل الشكر لا يحل ثم التسمية في الذكاة الاختيارية تشترط
عند الذبح وفي الذكاة الاضطرارية تشترط عند الارسال والرمي لان
التكليف بحسب الوسع ص ويكره ان يذكر مع اسمه تعالى غيره فان
وصل وعطف حرم ش هذه المسئلة على ثلاثة اوجه احدها ان يذكر
موصولا به من غير عطف ولا شركة كما اذا قال بسم الله محمد رسول الله
بالرفع فيكره ولا تحرم الذبيحة لان اسم الرسول صلى الله عليه وسلم

غير

غير مذكور على سبيل العطف فيكون مبتدءا لكن يكره لوجود الوصل
صورة والقران ظاهرا وان قال بالخفض لا يحل ذكره في النوازل وقال
بعضهم هذا اذا كان يعرف النحو والاوجه ان لا يعتبر الاعراب بل يحرم
مطلقا بالعطف لان كلام الناس لا يجري عليه وفي الفتاوى لو قال
بسم الله محمد رسول الله بالخفض لا يحل وبالرفع يحل ولم يذكر النصب
وفي الروضة للزندوستي النصب كالخفض لا يحل وذكر في بعض
الشروح اختلاف المشايخ في حالة النصب بالعطف فقال بعضهم
يحل لانه ما عطف بل استانف الا انه اخطا في الاعراب وقال بعضهم
لا يحل لان انتصابه على نزع الخافض كانه قال ومحمد فيتحقق الاشراك
فلا يحل انتهى والثاني ان يذكر موصولا على سبيل العطف والشركة
بان يقول باسم فلان وباسم فلان او بسم الله وفلان او باسم الله ومحمد رسول
الله بالجر فيحرم الذبيحة لانه اهل به لغير الله تعالى وقد قال
تعالى وما اهل به لغير الله وقال عليه السلام موطنان لا اذكر فيهما
عند العطاس وعند الذبح ولو رفع المعطوف على بسم الله يحل لانه
مبتدا واختلفوا في النصب ويكره فيهما بالاتفاق لوجود الوصل
صورة والثالث ان يذكر غير اسم الله تعالى منفصلا عنه صورة
ومعنى بان يقول قبل ان يضجع الشاة او قبل التسمية او بعد الذبح
اللهم تقبل هذا مني وهذا لا يكره لما روي عن النبي صلى الله عليه
وسلم انه كان يقول اللهم تقبل هذا عن امة محمد ممن شهد لك بالوحدانية
ولي بالبلاغ وكان صلى الله عليه وسلم يقول اذا اراد ان يذبح اللهم
هذا منك ولك ان صلاتي ونسكي الي وانا من المسلمين لبسم الله والله

اكبر ثم ذبح فقد مر صلى الله عليه وسلم هذه الاشياء على الذبح فدل ذلك على ان
التقديم على الذبح والتاخير عنه لا باس به وهكذا روي عن علي رضي الله
عنه والشرط هو الذكر لقول ابن مسعود رضي الله عنه جزء التسمية
حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي لا يحل لانه دعا وسوال ولو قال
باسم الله وصلى الله على محمد مع الواو تحل او بسم الله صلى الله على محمد تحل والا لا
ان لا يفعل شيا من ذلك ولو قال الحمد لله او سبحان الله يريد
التسمية يحل وان كان لا يريدها لا تؤكل ولو عطس عند الذبح فقال
الحمد لله لا يصح الا ان يريد به الحمد على نعم الله تعالى دون
التسمية بخلاف الخطبة حيث يجزي ذلك عن الخطبة لان المذكور
فيها ذكر الله قال تعالى فاسعوا الى ذكر الله وفي الذبيحة المامور
به فيها هو الذكر على المذبوح قال تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف
ومما لم يذكر اسم الله عليه منهي عن اكله بقوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر
اسم الله عليه وما تداولت الالسن عند الذبح وهو باسم الله والله
اكبر منقول عن النبي صلى الله عليه وسلم وعلي وابن عباس رضي الله
عنهم وذكر الحلواني في شرح كتاب الصيد المستحب ان يقول باسم الله
الله اكبر بدون الواو ومع الواو يكره لانه يقطع فور التسمية ص ولا
تحل ذكاة غير المسلم والكتابي ش اي تحل ذبيحة المسلم والكتابي
ذميا كان او حربيا وفي الهداية اطلاق الكتابي ينتظم الذمي والحربي
والعربي والتغلبي لان الشرط قيام الملة انتهى والشرط ان يكون الذابح
على ملة التوحيد اعتقادا او دعوى والكتابي يدعي التوحيد ولكن
ذكر في المستصفى وفتاوى قاضيخان اذا كان الكتابي لا يعتقد المسيح الها

بحليه

فان اعتقد

فان اعتقد فهو كالمجوسي سواء فلا تحل ذبيحته انتهى اما ذبيحة المسلم
فلقوله تعالى الا ما ذكيتم فهو خطاب للمسلمين وذبيحة اهل الكتاب
لقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم روى البخاري في صحيحه
عن ابن عباس رضي الله عنهما ان طعامهم ذبائحهم وتحل الذبح اذا
كان الذابح يعقل التسمية يعني يعقل لفظ التسمية وقيل يعقل
ان حل الذبيحة بالتسمية ويعلم شرايط الذبح من قطع الاوداج
والحلقوم وان كان صبيا او امراة او مجنونا وقال في النهاية
او معتوها لان المجنون لا قصد له ولا بد منه لان التسمية شرط
بالنص وهي بالقصد والاقلف والمختون سواء لما ذكرنا الا اذا من
قول ابن عباس رضي الله عنه فانه قال لا تجوز شهادة الاقلف
ولا ذبيحته على ان يكون تحريضا على اقامة سنة الختان ولا تحل
ذبيحة المشرك لقوله تعالى وما اهل به لغير الله ولا المجوس لقوله
عليه السلام سنوا بالمجوس سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم
ولا اكلي ذبائحهم ولان المجوسي مشرك ليس له ملة التوحيد ولا الوثني
لانه لا يعتقد الملة ولا ذبيحة المرتد لانه لا ملة له وقال في
الدخين ولا باس باكل سمكة يصيدها مجوسي فانها تحل من غير تسمية
ص ولو تولد من مجوسي والكتابي بحيز ذبحه ش قال علماؤنا
تؤكل ذبيحة مولود بين الكتابي وغيره سواء كان الكتابي ابا او اما وقال
الشافعي لا تؤكل ذبيحته اصلا تغليبا للحرمة ولنا ان جعل الولد
تبعا للكتابي منهما اولى لان الكتابي بالنسبة الى غير خير بما دينا فكان
اتباعه اياه اولى ص وليس بحل الابل وذبح البقر والشاة لوجود

لا يعقلون الذبح التسمية
ولا يطعنون الذبح لا
تحل ذبائحهم ص

شرط الحل وهو قطع العروق وانهار الدم ويكره العكس لغير ضرورة ش قال في
الهداية وغيرها المستحب في الابل النحر فان ذبحها جاز ويكره والمستحب
في البقر والغنم الذبح فان نحرها جاز ويكره والاستحباب لموافقه
السنة المتواترة ولاجماع العروق فيها اي في الابل في المنحر وفيهما اي في البقر
والغنم في الذبح والجواز فانه صلى الله عليه وسلم نحر الابل وذبح البقر
والغنم والكراهة لمخالفة السنة اطلق الاستحباب لكونه موافقا
للسنة المتواترة والكراهة لمخالفة السنة فجمع بينهما في الموافقه
والمخالفة والاصل المعتبر في الذكاة الاسهل على الحيوان لقوله عليه
السلام ان الله كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة
واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته
وراى رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا اضجع شاة وهو يحد شفرته
فقال هلا حددتها قبل ان تضجعها ويكره سلخهما قبل ان تبرد اي يسكن
اضطرابها لما فيه من الم الحيوان وبعد ذلك لا الم فلا يكره ص
ولم تحرموها لذلك ش قال علماؤنا اذا عكس فذبح الابل ونحر البقر
والغنم حلت الذبيحة مع الكراهة وقال مالك لا تحل ص ويذبح
ما استانس من الصيد ويجرح ما توحش من الغنم س اذا استانس
الصيد كان كالشاة فلم تحل الا بذكاة الاختيار وهي الذكاة بين
اللبة واللحيين لوجود القدرة عليه والاصل هو الذكاة الاختيارية
واما الاهلي اذا توحش فذكاته ذكاة الاضطرار سواء كان بعيرا او بقرا
او شاة وبذلك صرح الكرخي في مختصره وقد روي ان بعيرا ندي في عهد
رسول الله صلى الله عليه وسلم فرماه رجل فقتله فقال رسول الله صلى الله

عليه

عليه وسلم ان لهذه الابل اوابد كاوابد الوحش فاذا صنعت هكذا فاصنعوا
بها هكذا متفق عليه ومعناه ان لها توحشا ونفورا كتوحش الوحش
ولا فرق بين ان يكون البعير او البقر في الصحراء او في المصر فان ذكاتهما
الجرح كذا روي عن محمد لانهما يدافعان عن انفسهما ولان البعير الذي
ند في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان في المدينة ففي الصحراء
اولى واما الشاة فان ندت في الصحراء فذكاتها الجرح ايضا لانه لا يقدر
عليها وان ندت في المصر لم تجز جرحها لانه يمكن اخذها اذ هي لا تدفع عن
نفسها فكان الذبح مقدورا عليه وكذلك ما وقع منها في البئر فلم
يقدر احد على اخراجه ولا على تذكيته ومنحره فذكاته الجرح ص ويقطع
الحلقوم والمري والودجان ش العروق التي تقطع في الذكاة اربعة
الحلقوم والمري والودجان والاصل في ذلك قوله عليه السلام افر
الاوداج بما شئت والفري القطع للاصلاح والافراء القطع للافساد
فيكون كسر الهمزة في امر عليه السلام اسب اي من الثلاثي لا من باب
الافعال في الصحاح فريت الاديم قطعته على جهة الاصلاح وافريته
قطعته على جهة الافساد واختلف في تفسير العروق والاصح ما قاله
القدوري في شرح مختصر الكرخي الحلقوم مجرى النفس ويؤيد قوله
تعالى فلولا اذا بلغت الحلقوم والمري مجرى الطعام والودجان مجرى
الدم هما العرقان اللذان بينهما الحلقوم والمري اطلقت الاوداج عليهما
تغليبا ص ولم يكتف بالاولين فقطع اكثرهما مطلقا كاف ويشترط
قطع احد الودجين معهما لا الاكثر من كل منهما ش اختلف العلماء في اشتراط
ما يقطع من العروق المذكورة للحل فذهب الشافعي الى الاكتفاء بالحلقوم

قال

والمري وقال ابو حنيفه اذا قطع ثلاثا منها اي ثلاثة كانت حلت
وقال ابو يوسف في احدي الروايات عنه قطع الحلقوم والمري واحد الودجين
وعند محمد لابد من قطع الاكثر كل واحد من هذه الاربعة **وجه** قول
الشافعي ان ازالة الحياة وانهار الدم تحصل بذلك وهو المقصود من الذبح
لان الحيوان لا يعيش بعد قطعهما **وجه** قول ابي حنيفه ان الاكثر
يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام واي ثلاث قطعها فقد قطع الاكثر
منها وما هو المقصود يحصل بها وهو انهار الدم المسفوح والتعجيل في
اخراج الروح لانه لا يحي بعد قطع مجري النفس والطعام فان الثلاث لابد
وان يكون معها الحلقوم او المري **وجه** قول ابي يوسف ان المقصود من
قطع الودجين انهار الدم فينوب احدهما عن الاخر اذ كل واحد منهما مجري
الدم واما الحلقوم والمري فمخالفات الاوداج وكل واحد منهما يخالف
الاخر فلابد من قطعهما ولمحمد ان كل فرد منها اصل بنفسه لانفصاله عن
عين ورود الامر بفريه والاكثر يقوم مقام الكل فيعتبر الاكثر من كل
واحد من الاربعة وعند مالك للمعتبر قطع جميعا حتى اذا نقص واحد
منها لم تحل **ووجه** ظاهر اللفظ فان الاوداج جمع واقله ثلاثة فيتناول
المري والودجين وقطع هذه الثلاثة بدون قطع الحلقوم متعذر فثبت
قطع الحلقوم بالاقتضاء والحجة عليه ما روينا فان فيه ذكر الاوداج بلفظ
الجمع والثلاث جمع فلا معنى لاشتراط الكل وعلى الشافعي ايضا لانه لا معنى
للاقتصار على ما دون الثلاث **ص** ويجوز بما انهر الدم الا السن والظفر
القائمين **ش** يجوز الذبح بكل ما افري الاوداج وانهر الدم الا السن
القائمة والظفر القائم لقوله عليه السلام كل ما انهر الدم وافري

الاوداج

الاربعة

الاوداج ماخلا السن والظفر فانهما مدي الحبشه والحبشه
كانوا لا يذبحون بهما قائمين ولان الذبح بهما قائمين يحصل بقوة الآدمي
وثقله فاشبه المنخنقة **ص** ويجوز بهما منزوعين ويكره **ش** قال
علماؤنا الذبح بالظفر والسن والقرن المنزوعات جائز مع الكراهة
وقال الشافعي هو ميتة لقوله عليه السلام كل ما انهر الدم
وافري الاوداج ماخلا السن والظفر فانهما مدي الحبشه استثنا هما
بالاطلاق عما يجوز اكله فيتناول الحرمة المذبوح والقائم **ولنا**
قوله عليه السلام انهر الدم بما شئت وروي افري الاوداج بما
شئت وهذا باطلاقه يقتضي الجواز بالمنزوع وغير الا انا تركنا
غير المنزوع بما رواه الشافعي لكون ان فيه دلالة على ذلك وهو
قوله عليه السلام فانهما مدي الحبشه فانهم لا يقلعون الاظفار
وتحدد ون الاسنان ويقاتلون بالحدش والعض ولان كل واحد
من الظفر والسن المنزوعين آلة جارحة يحصل بها المقصود
وهو اخراج الدم فصار كالليطة والحجر والحديد والسكين الكليل
ولكن هذا الفعل يكره اذا كانت منزوعة لاستلزامه ترك المندوب
اليه لقوله عليه السلام اذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة الحديث
بخلاف غير المنزوع لامكان الموت من الثقل فاشبه المنخنقة
ص ويستحب ان يحد شفرته **ش** يستحب للذابح ان يحد شفرته
اي سكينه لقوله عليه السلام ان الله كتب الاحسان على كل شي فاذا
قتلتم فاحسنوا القتله واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد احدكم
شفرته وليرح ذبيحته رواه مسلم واحد ويكره التحديد بحضرة

الاضجاع لما روي انه عليه السلام راى رجلا اضجع شاة وهو يحد شفرته
فقال اردت ان تميتها موتات هلا حددتها قبل ان تضجعها وروي ان عمر
رضي الله عنه راى رجلا وضع رجله على شاة وهو يحد السكين فضربه حتى
اقلب الشاة ولهذا قيل يكره ان يذبح شاة والاخرى تنظر اليها فان قيل
هل تعلم ذكاها لعدم عقلها قيل انها تعرف ما يراد بها كما جاء في الخبر ابهت
البهايم الاعن اربعة خالقها ورازقها وحصنها وسعارها فانكاره
عليه السلام يدل على انها تحس بذلك ص ويكره ان يبلغ بها النخاع
او تقطع الراس او يبتدا من القفا وهي حية الى قطع العروق ش ومن
بلغ بالسكين النخاع او قطع الراس كره له ذلك ويوكل ذبيحته اما الكراهة
فلما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم نهى ان تنخع الشاة اذا ذبحت
قيل معنى النخع ان يمد راسه حتى يظهر بذبحه وقيل ان يكسر عنقه
قبل ان تسكن من الاضطراب وفي قطع الراس زيادة تعذيب فالحاصل
ان ما فيه زيادة الم لا يحتاج اليه في الذكاة مكروه وينسب صاحب
الهداية النخاع لعرق ابيض في عظم الرقبة وينسبه صاحب النهاية
الى السمهو وقال هو خيط ابيض في جوف عظم الرقبة يمتد الى الصلب
ورد عليه صاحب العناية بان بدن الحيوان مركب من عظام وعصاب
وعروق وشرايين واوتار وما تم شيء يسمى بالخيط اصلا انتهى وذكر
في المغرب ان النخاع خيط ابيض الى اخر ما قال صاحب النهاية وزاد في
المغرب ثم قال هو عرق فقد سمي بما ذكر النخاع بالبا لا خلاف في المسمى
وانما الخلاف في الاسم فليتامل والرد في الحقيقة على صاحب المغرب
والعجب من صاحب النهاية انه نسب السمهو الى صاحب الهداية بكلام الغير

وان ذبحها

وان ذبحها من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق حلت لتحقق الموت
بما هو ذكاة وهو قطع العروق ويكره لما فيه من زيادة الالم من غير حاجة
ولو ذبح شاة مريضة فلم يتحرك منها لا فمها قال محمد بن سلمة ان فتحت
فاها وعينيها ومدت رجلها ونام شعرها لم توكل وان كان الامر على العكس
اكلت ص والجنين الميت لا يوكل وقالا ان تم خلقه اكل ش قال ابو حنيفه
من حر ناقة او ذبح بقرة او شاة فوجد في بطنها جنينا ميتا لم يوكل
اشعر او لم يشعر وهو قول زفر والحسن بن زياد وقال ابو يوسف
ومحمد اذا تم خلقه اكل وهو قول الشافعي لما قوله عليه السلام ذكاة
الجنين ذكاة امه رواه الترمذي ولانه جزء من الام حقيقة وحكما
اما حقيقة فلانه متصل بها ولهذا تقطع سرته بالمقراض ويتغذى
بغذايها ويتنفس بنفسها ويعتق باعتاقها واما حكما فلانه يدخل
في بيعها واذا كان جزءا منها يكون ذكاة الام ذكاة له عند العجز كما في
الصيد والجامع العجز فيهما عن الذكاة الاختيارية فانتقل الى ما في
وسعه وهو ذبح الام في الجنين والجرح في الصيد فصار مثله
بل فوقه لانه يموت به قطعا والغالب في الصيد المجروح السلامة
لاسيما اذا وقع الجرح في اطرافه ولابي حنيفة قوله تعالى حرمت
عليكم الميتة والجنين ميت وهذا لان الميت عبارة عمن زالت عنه
الروح بلا جرح والجنين كذلك فكان ميتة فلا يوكل ولان الجنين
ينفرد بحياة نفسه واذا كانت حياته اصلا كانت ذكاته اصلا ايضا
والدليل على انه اصل في الحياة ان حياته تتصور بعد موت امه فينفرد
بالذكاة ولهذا يعتق باعتاق مفرد ويجب فيه الغرة وتصح الوصية

به وله دونها فلا يمكن جعله تبعا لامه لانه لا يحصل المقصود بذكاة
امه وهو اخراج الدم بخلاف جرح الصيد فانه مخرج للدم وهو المقصود
فيقوم مقام الذبح عند العجز بحققه ان الجنين لو اعتبرت فيه حل اكله
وان لم يتم خلقه لان جميع اجزاء الام ماكول فلما لم يوكل قبل تمامه علم
ان الحرمة لم تعتبر فيه ولانه حيوان لم تخرج دمه فصار كالمنخنقة
لان دمه لم تخرج بذكاة الام ولان موته يحتمل ان يكون بذكاة الام
او بغيره فلا يحل بالشك والجواب عن الحديث انه معارض لقوله
تعالى حرمت عليكم الميتة وقوله تعالى والمنخنقة والجنين الذي
خرج ميتا ميتة لما بينا وشرط المعارضة المساواة ولا مساواة
بين الكتاب وخبر الواحد فيحمل ذلك على النسخ وانه قد روي ذكاة
امه بالرفع والنصب فاما رواية النصب فلا اشكال فيها انه يشتبه
اي يذكى ذكاة مثل ذكاة امه فيدل على نسا ويهما في الذكاة واما
رواية الرفع فالمراد منها ايضا التشبيه اي ذكاة الجنين كذكاة امه
والتشبيه على هذا الوجه فاش قال تعالى وجنة عرضها
السموات والارض اي كعرض السموات وقال الشاعر
وعينا ان عيناها وجيد كجيدها ولكن عظم الساق منك رقيق
اي كعينها ويقال رجل اسد اي كالاسد فلا يدل على انه يكتفي في ذكاة
الجنين بذكاة الام والدليل على ارادة التشبيه منها رواية النصب
كما قدمنا وان لم يرد ذلك يفسد المعنى وبيان ذلك ان المبتدا
والخبر اذا كانا معرفين يجب تقديم المبتدا وتاخير الخبر فيكون المعنى
حينئذ ذكاة الجنين هي ذكاة امه ولم يقل احد بان ذكاة الجنين تغني

عن ذكاة

عن ذكاة الام وانما دخل الجنين في بيع الام تحريما للجواز لان البيع لفساد
باستثنايه وانما يعتق باعتاقها ليلا ينفصل من الحرة ولد رقيق ص
واذا ذبح غير الماكول طهر لحمه وجلده الا المحترم وبخس العين ش اذا
ذبح ما يوكل طهر لحمه وجلده لان الذكاة تزيل الرطوبات وتخرج الدماء لام
السايلة وهي المتنجسة لا رطوبات اللحم والجلد فيطهر كما في الدباغ
واما الادمي فلكرامته وحرمته واما الخنزير فلانه بخس العين
فلا تعمل الذكاة فيهما كما لا يعمل الدباغ في جلديهما وكما يطهر لحمه
يطهر شحمه حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده واما الانتفاع به
في غير الاكل قيل لا يجوز اعتبارا بالاكل وقيل يجوز كالزيت اذا
خالطه ودك الميتة والزيت غالب لا يوكل وينتفع به في غير
الاكل كذا في الهداية وقيل اذا ذكاه ما لم يوكل غير الادمي والخنزير
يطهر جلده باتفاق اصحابنا واما لحمه فيطهر على ما اختاره القدوري
وصاحب الهداية وفي رواية لا يطهر لحمه ويطهر جلده وهو الصحيح
عندنا فصل ٢٣ فيما يحرم اكله لما ذكر احكام
الذباح شرع في تفصيل الماكول وغيره اذ المقصود الاصلي في شرعية
الذبح التوصل الى الاكل ص ويحرم كل ذي مخلب من الطير وناب
من السباع والحشرات كلها ش لما روي بن عباس رضي الله عنه ان النبي
صلى الله عليه وسلم نهى عن اكل كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب
من الطير رواه مسلم وابو داود وروي مثله عن علي رضي الله عنه
وقوله عقيب النوعين من السباع يضرف اليهما فيثبت الحكم فيما له
ناب من السباع ومخلب من البهايم والطير دون غيرهما ولان طبيعة

هذه الاشياء مذمومة شرعا فيخشى ان يتولد من لحمها شيء من طباعها فيحرم
اكراما لبني آدم وهو نظير قوله عليه السلام لا يرضع لكم الحمقا فان اللبن
يعدي وان ورد لا عدوى ولا طيرة وفيه كلام ثم المراد من ذي ناب
السبع الذي يفترس بنابه ومن ذي مخلب الطير الذي يصطاد بمخلبه
فيتناول سباع البهايم وسباع الطير فذو ناب من السباع الاسد
والفهد والنمر والضبع والذيب والثعلب والضب والكلب والسنور
والفيل والسنجاب والسمور والعقاب والشاهين والحداة
وذو مخلب من الطير الصقر والباز
والنسر
ونحوها والخلاف في ذلك سيأتي لاكل ذي ناب ولاكل ذي مخلب
فان الحمار والعصفور لهما مخلب والبعير له ناب والبقر كذلك
فكان المراد بالناب والمخلب ما هو سلاح منهما بان يصيد بهما ان
والسبع كل مختطف منتهب جارح عاد قاتل عادة والمخلب بكسر
الميم وفتح اللام للطير كالظفر للانسان ثم الموثر في الحرمة
الايذاء وذلك تارة يكون بالناب وتارة يكون بالمخلب او بالحنث
فتارة يكون خلقه كالحشرات والهوام وقد يكون بعارض حمى في
الجلالة وفي الحديث نهي عن اكل الخطفة والنهبة والمجثمة فالخطفة
التي تخطف في الهوا كالبازي ونحوه والنهبة التي تنتهب على الارض
كالذيب والمجثمة رويت بالكسر والفتح فبالكسر كل حيوان من عادته
ان تجثم على الصيد كالذيب والكلب وبالفتح كل صيد جثم عليه
الكلب حتى مات نعما واما تحريم الحشرات وهي جمع حشرة بالتحريك
وهن صغار دواب الارض مثل الذباب والزنابير والعقارب
وسائر هوام الارض وما يدب عليها وما سيكن تحتها كالفارة والوزغة

بلغ مقابلة

والبربوع

والبربوع والقنفذ والحية ونحوها الا الجراد لان جميع ذلك من الخبايث
فيحرم وقوله تعالى ويحرم عليهم الخبايث ص والحمر الاهلية والبغال
ش اي وتحرم الحمر الاهلية والبغال اما تحريم الحمر الاهلية فلما روي
عن ثعلبة الخشني انه قال حرم رسول الله صلى الله عليه وسلم لحوم الحمر
الاهلية رواه البخاري ومسلم واحمد وعن علي رضي الله عنه ان النبي
صلى الله عليه وسلم اهدر المتعة اي نكاح المتعة وحرم لحوم الحمر الاهلية
يوم خيبر وهذا يشير الى ان حديث غالب في نبي الحمر منسوخ لان التحريم
لفظ صريح وحديث غالب محتمل لان يكون المراد كل من اثمانها كما يقال
فلان اكل عقاره ويحتمل ان يكون في حقه مخصصة فانه قال لم يبق
الا الحميرات فغلبة دلالة التحريم على الاباحة واما البغل فلانه
من نسل الحمار فكان كاصله حتى لو كانت امه فرسا كان على الخلاف
المعروف في لحم الخيل لان للعتبر في الحل والحرمة الام فيما تولد
من ماكول وغير ماكول ص وكذا الخيل ش قال ابو حنيفة
اكل لحم الخيل حرام وقال ابو يوسف ومحمد لا باس به لحديث جابر
رضي الله عنه انه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن لحوم الحمر الاهلية واذن في لحم الخيل يوم خيبر وعن انس
رضي الله عنه انه قال اكلنا لحم الفرس على عهد رسول الله صلى الله عليه
وسلم ولابي حنيفة قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها
وزينة فانه خرج من معرض الامتنان فلو جاز اكلها لذكر لان نعمة الاكل
اعظم من نعمة الركوب وروي خالد بن الوليد ان النبي صلى الله عليه وسلم
نهى عن اكل لحوم الخيل والبغال والحمر الاهلية وروي المقدام بن عدي

ان النبي صلى الله عليه وسلم قال حرام عليكم لحم الاهليه وخيلها وبغالها
وكل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير وحديث جابر معارض
بحديث خالد والترجيح للتحريم والاستدلال بقوله تعالى قل لا اجد
فيما اوحي الي الاية لا ينهض فان منها اشياء حصت للتحريم كما ذكر
انفا وروي محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة انه قال
اكره ابوال الابل وارواثها لحوم الفرس وروي ان ابا يوسف سال ابا حنيفه
اذا قلت في شي اكرهه ما رايك فيه قال التحريم ومبني اختلاف المشايخ
في قول ابي حنيفه على اختلاف اللفظ المروي عنه فانه روي عنه رخص
بعض العلما في لحم الخيل فاما انا فلا يعجبني اكله وهذا يلوح بالتنزيه
وعلى ما روي عنه ابو يوسف يدل على التحريم فلهذا قيل انه كراهة
تنزيه عنده وقيل كراهة تحريم وحكي في الدراية عن عبد الرحيم
الكرميني انه قال كنت متردد في هذه المسئلة فرايت ابا حنيفه
في المنام وهو يقول لي كراهة تحريم يا عبد الرحيم ص ويكره الرخم
والبغاث والغراب ش اي يكره اكل هذه المذكورات لانها تاكل الجيف
فكانت من الخبايث والرخم جمع رخمة وهي طاير ابقع كشبه النسر
في الخلقة والبغاث طاير دون الرخمة يطي الطيران لمانع الطيور وفي
المثل ان البغاث بارضنا تستنسر اي تتشبه بالنسور والمراد
بالغراب هو الاسود وفي الدخيرة الغراب الاسود والابقع على ثلاثة انواع
نوع يلتقط الحب ولا ياكل الجيف وهذا غير مكروه ونوع لا ياكل الا
الجيف وهذا مكروه ونوع يخلط الحب بالجيف ياكل الحب مرة والجيفة
اخرى وهذا غير مكروه عند ابي حنيفه وعند ابي يوسف يكره ترجيحا

للمحرم

للمحرم على المبيح وجه قول ابي حنيفه قياسه على الدجاج واما الخفاش
فقد ذكر في بعض المواضع انه لا يوكل لانه له نابا وفي الفتاوى الظهيريه
قيل المتفرق لا يوكل واليوم يوكل ص ويجوز غراب الزرع والارنب
والجراد ش اي يجوز اكل هذه المذكورات اما غراب الزرع فلانه ياكل
الحب وليس من سباع الطير ولا من الخبايث ولانه يالف ويدخر في
المنازل ويطير ويرجع كالحمام روي ذلك عن ابي يوسف واما الارنب
فلما روي ان اعرابيا اهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ارنبا
مشويه فقال لاصحابه كلوه رواه احمد والنسائي ولانه ليس من السباع
ولا من اكلة الجيف بل ياكل الحشيش فاشبه الظبي واما الجراد فلقوله
عليه السلام احلت لنا ميتتان ودمان اما الميتتان فالسمك
والجراد واما الدمان فالكبد والطحال ولا فرق في الجراد بين ان يموت
حتف انفه او باقة سماوية كالمطر ونحوه فانه حلال لاطلاق
النص بخلاف السمك على ما ياتي ص ويحرم الصب والضبع والثعلب
ش قال علماؤنا يحرم اكل هذه المذكورات وقال الشافعي يحل
لما روي عن ابن عباس رضي الله عنه انه قال اهدت خالتي ميمونه
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم اقطا وسمنا واضبا فاكل صلى الله
عليه وسلم من الاقط والسمن ولم ياكل من الاضب وقال كلوه
فلو كان حراما لم يؤكل على مايدته صلى الله عليه وسلم ولنا ما روي يا م م
محمد بن الحسن عن الاسود عن عايشه رضي الله عنها انه عليه السلام
اهدي له ضب ولم ياكل مسالته عن اكله فنهاني فجا سايل على الباب
فاردت ان اتصدق فيقال عليه السلام تتصدقين ما لا تاكلين والحال انه

لم يكن عند عايشة غيرها ولو لا حرمته لما منعهما عن التصدق كما في شاة الانصار
لان دليل الحرمة غالب على الاباحة وقال الطحاوي وعندي لا باس
باكله وما روي ان امة من بني اسرايل مسخت فلا ادري لعلها هي لم يصح
واما الضبع والثعلب فلما روي البخاري عن بن ثعلبة ان النبي صلى الله
عليه وسلم نهي عن اكل كل ذي ناب من السباع وان لما نابا لانهما
من سباع البر وقال الشافعي تحل اكلهما لما روي انه عليه السلام
اباح اكلهما قلنا هذا محمول على الابتداء لان دليل الحرمة غالب
على المبيح ويدخل تحت النص ايضا الفيل لانه ذو ناب واليربوع
وبن عرس من سباع الهوام ص ولا يحل من حيوان الما الا السمك
والمار ماهي والحريث ش قال علماونا لا يحل من حيوان الما الا السمك
والمار ماهي والجريث وهذان نوعان من السمك وقال
الشافعي جميع حيوان البحر حلال والخلاف في الاكل والبيع واحد له
قوله تعالى احل لكم صيد البحر من غير فاصل وقال عليه السلام في البحر
هو الطهور ماؤه الحل ميتته ولان المحرم هو اختلاط الدم المسفوح
باللحم ولا دم لحيوان الما لانه ليس كالما فاشبه السمك ولنا
قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وما سوى السمك خبيث لنخبثه
الطبع السليم ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن دوابتخذ
من الضفدع ونهى عن بيع السرطان والمراد بالصيد المذكور في الاية
الاصطياد وهو مباح فيما لا يحل اكله وقال في الكشاف صيد
البحر مصيدات البحر مما يوكل ومما لا يوكل وطعامه ما يطعم من
صيده والمعنى احل لكم الانتفاع بجميع ما يصاد في البحر واحل لكم اكل الماكول

منه

منه وهو السمك انتهى والميتة المذكورة فيما روي محمولة على السمك وهو حلال
سيبي عن ذلك لقوله عليه السلام احلت لنا ميتتان ودمان الحديث
ص ويكره الطافي ومنه ش قال علماونا يكره اكل الطافي من السمك وهو
ما مات حتف انفه وقال الشافعي لا باس باكله لاطلاق ما روي
ولان ميتة البحر موصوفة بالحل ولنا ما روي جابر رضي الله
عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ما نضب عن الما فكلوا
اي غار في الارض وسفل وما لفظه الما فكلوا وما طفى فلا تاكلوا
وعن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم كعلي وبن عباس وابي هريرة
مثل مذهبنا وميتة البحر ما لفظه البحر ليكون موته مضافا الى
البحر لا ما مات فيه من غير افة ولو ابتلعت سمكة سمكة توكل لانه سبب
حادث للموت

ابتلعت سمكة سمكة توكل

كتاب الاضحية

اورد الاضحية بعد الذبايح لما فيها من الذبح الا ان الذبح اعم من الاضحية
والخصوص بعد العموم وهي بضم الهمزة وكسرها اسم لما يضحى به ويجمع
على اضاحي بالتشديد وهي من اضحى يضحي اذا دخل في الضحى لانها تذبح
وقت الضحى فسمي الواجب باسم وقته كصدقة الفطر وفي الشرع
اسم لحيوان مخصوص بسن مخصوص يذبح بنية القربة في يوم مخصوص
عند وجود سببها وشرايطها وركنها فسببها اليسار الذي يتعلق
به وجوب صدقة الفطر وشرايطها الاسلام والوقت وركنها
ذبح ما يجوز ذبحه ثم محاسن الاضحية ظاهرة لما فيها من شكر نعمة
الله تعالى والاحسان الى الاخوان وايصال النفع للفقرا وهذا قيل
في الاضحية اظهار الصدق والمحبة فانها بدل ذبح النفس كما فعله ابراهيم في حق

الخليل عليه السلام ثم كون الاضحية ظاهرة لما فيها من ملكنا بعد اراقة
الدم لطف بنا حتى انها حل لنا وللفقرا اكلها وذلك مخصوص بهذه الامة
منة من ربنا علينا فان قرابين سائر الامم كانت تاكلها النار ولا
تنفع احيارا ولا اسرارا ثم اعلم ان القرب المالية نوعان نوع بطريق
التمليك كالصدقات ونوع بطريق الاتلاف كالاعتاق والاضحية
وفي الاضحية تجتمع المعنيان فانها قرب باراقة الدم وهو اتلاف
ثم بالتصدق باللحم وهو تمليك واباحة ص توجبها على كل حر مسلم
موسر مقيم شاة ش اما وجوبها فهو مذهب ابي حنيفه ومحمد وزفر
والحسن ومالك واحدى الروايتين عن ابي يوسف وروي عنه
الهامستة وهو قول الشافعي وذكر الطحاوي انها واجبة عند
ابي حنيفه سنة موكدة عند ابي يوسف ومحمد وجه السنه ما روا
مسلم وابو داود واحمد عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال
من اراد ان يضحي منكم فلا ياخذ من شعره واظفاره شيا والتعليق
بالارادة ينافي الوجوب وعن ابي بكر وعمر رضي الله عنهما انهما كانا
لايضحيان مخافة ان يراها الناس واجبة ولانها لو كانت واجبة
لوجبت على المسافر كصدقة الفطر والزكاة اذ الواجبات المالية
لاتاثير للسفر فيها وجه الوجوب قوله تعالى فصل لربك وانحر
فانه تعالى امر بنحر مقرون بالصلاة ولا ذلك الا الاضحية ولئن قيل
انه اريد اخذ اليد باليد على النحر في الصلاة قلنا هذا امر وانه يقتضي
الوجوب ولا وجوب فيما ذكرتم بالاجماع فتعين ما ذكرنا وقوله
عليه السلام من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا رواه احمد

وابن ماجه

الاضحية واجبة

وابن ماجه علق الوعيد بترك الاضحية وانه يدل على الوجوب وقال
عليه السلام ضحوا فانها سنة ابيكم ابراهيم عليه السلام اي طريقته
والامر للوجوب لانها قربة يضاف اليها وقتها فيقال يوم الاضحى فيدل
على الوجوب لان الاضافة اليه لاتصح الا اذا وجدت فيه لاتحاله
ولا وجود الا بالوجوب فتجب تصحيحا للاضافة كما في يوم الفطر وصدقته
وكونها سنة ابينا لاينافي الوجوب في شريعتنا والمراد بالارادة فيما
روي ما هو ضده السهو لا التخيير لانه غير مخير اجماعا لان التخيير يقع في
المباح وابو بكر وعمر رضي الله عنهما كانا فقيرين فخافا ان يظنها الناس
واجبة على الفقرا وانما لم تجب على المسافر لان اداها اختص باسباب
تشق على المسافر تحصيلها ويفوت بعض الوقت فلم يجب عليه لدفع
الحرج كالجمعة بخلاف صدقة الفطر والزكاة لانهما لايفوتان
بالوقت ويجوز فيهما التاخير ودفع التهمة وعن علي رضي الله عنه
ليس على المسافر جمعة ولا اضحية واحتر بذكر الحر عن العبد فانه
لايملك شيا وبالمسلم عن الكافر فلها قربة والكافر ليس باهل للقرب
وبالموسر عن الفقير فانه محل للصرف اليه لا محل للوجوب عليه من
المال ابتدا وبالمقيم عن المسافر فان النص وهو قوله تعالى
فصل لربك والخرورد في صلاة العيد ونحر الجزور نقلا عن اهل التفسير
وذلك في حق المقيم لان الخطاب للنبي صلى الله عليه وسلم وهو حكم لا
يعرف بالقياس فلا يتعدى الى المسافر كما في الجمعة والعيدين وحد
اليسار هو المشروط لوجوب صدقة الفطر لان العبادة لاتجب
الا على القادر وهو الغني دون الفقير ويشترط ان يكون غنيا في ايام

الفجر لانها مختصة بها على ما بيّنا ولو كان فقيرا فليس فيها يجب لانه
ادرك وقتها وهو غني لان الموجود في بعض الوقت كالموجود في اوله وقيل
لا تجب عليه لان الوجوب معلق بطلوع الفجر والفقير ليس من اهله فجعل
في هذه الرواية وطرصدقته الفجر ويستوي في الاقامة المقيم
بالامصار والقري والبوادي لانه مقيم ص وفي وجوبها عن ولد
الصغير روايتان ش الاضحية واجبة على الحر المسلم الموسر المقيم
لانه اصل في الوجوب عليه وفي وجوبها عليه عن اولاده الصغار
روايتان احديهما رواية الحسن عن ابي حنيفة انه تجب عليه
ان يضحي عن اولاده الصغار فيذبح عن كل واحد منهم شاة لان ولده
في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة الفطر وفي ظاهر الرواية
لا تجب عليه شي عن اولاده الصغار لان الاضحية قربة والاصل
في القرب ان لا تجب على الغير بسبب الغير لقوله تعالى لها ما كسبت
وعليها ما اكتسبت بخلاف صدقة الفطر لان فيها معنى المونة والسبب
راس يمونه وتلي عليه وهذا المعنى متحقق في حق ولده الصغير ولهذا
لا تجب التضحية عن عبده وتجب صدقة الفطر عنه وهل يضحي
الجد عن ولد ولده الصغير بموت الاب او فقده روي الحسن عن ابي
حنيفة انه يضحي عنه ص وتجب في ماله في الاصح ش وان كان للصغير
مال فالاصح ان يضحي عنه من ماله ويأكل منه ما امكنه ويبتاع له بالباقي
ما ينتفع بعينه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر
يضحي من ماله لا من مال الصغير حتى لو ضحى من مال الصغير يضمن والخلاف
في الاضحية نظير الخلاف في صدقة الفطر وقيل لا تجوز الضحية

من مال

من مال الصغير في قولهم جميعا لانها قربة وهو غير مخاطب بها ولان الواجب
الاراقة والمتصدق بها غير واجب فلا يجوز ذلك في مال الصغير لانه لا يقدر
على اكل جميعها عادة ولا يجوز بيعها فلا تجب وذكر القدوري في شرحه
المختصر انها تجب ولا يصدق بها لانها تطوع ولكن يأكل منها الصغير
وعياله ويدخر له ما يمكنه ويبتاع له بالباقي ما ينتفع بعينه كما يجوز
للبالغ ذلك في الجلد والكلام في المجنون الموسر كالكلام في الصغير الموسر
في جميع ما ذكرنا ومن بلغ من الصغير في ايام النحر وهو موسر تجب
عليه بالاجماع بين اصحابنا لان الاهلية تراعى في اخر الوقت لا في اوله
كالحرية والاسلام ص واجازوا البقرة والبدنة عن سبعة يريدون
القربة لا عن اهل بيت مجتمعين مطلقا ش قال علماؤنا البقرة تجزي
عن سبعة فقط والبدنة كذلك اذا كانوا يريدون القربة سواء
اتحدت الجهة او اختلفت خلافا لزفر كما سيأتي وتذبح شاة عن كل
واحد وقال مالك تجزي كل واحد من البعير والبقرة والشاة
عن اهل بيت واحد سواء كانوا سبعة او اكثر اذا كانوا مجتمعين اعتبارا
بالاتحاد موضعهم ولا تجزي عن اهل بيتين وان كانوا اقل من سبعة
لاختلاف مواضعهم لقوله عليه السلام على اهل كل بيت اضحاة وعتيرة
ولان النبي عليه السلام ضحى بكبش عن نفسه وبكبش اخر عن جميع امته
ممن لم يقدر على التضحية الى اخر الدهر فاذا ثبت ذلك في الشاة ففي
البدنة والبقرة بالطريق الاولى اما البعيرة فقد نسخ وبقيت
الاضحاة على اهل كل بيت وهو اعم ان يكونوا سبعة او اكثر شاة او
غيرها ولنا حديث جابر رضي الله عنه انه قال امرنا رسول الله

من ح

صلى الله عليه وسلم عام الحديبية ان يشرك في البدنه سبعة وفي البقرة
سبعة ولانص في الشاة فبقي على اصل القياس وعن الشعبي انه قال
ادركت اصحاب محمد وهم متوافرون كانوا يذبحون البدنة عن سبعة
والبقرة عن سبعة وعليه جمهور التابعين ولم يفصلوا بين اهل
بيت وغيرهم ولان القياس ان لا يجوز الا عن واحد لانها اراقة
دم واحدة وهي القربة الا انا تركناه بحديث جابر وانما تضحية النبي صلى الله
عليه وسلم بشاة واحدة عن امته لاجل الثواب لامته لا للاجزاء
بدليل قوله عليه السلام حين ضحى بكبش عن امته ممن لم يقدر على
التضحية الى اخر الدهر فان من لم يقدر لا يجب عليه شيء وانما
اراد به تبرعا لفقراء امته تطييبا لقلوبهم ص ولو اشتركوا في الاضحية
ثم اشترك فيها ستة حكمنا بالاجزاء عنهم ش قال علماؤنا
الثلاثة اذا اشترى بقرة يريد ان يضحي بها عن نفسه ثم اشرك
فيها ستة معه اجزاه استحسانا وقال زفر وهو القياس
لا يجزيه وذلك على اصله ان الاشراك بيع فلا يجوز بيع ما
اعد للقربة فيكون الكل لحما لو اشترى شاة ثم اشرك فيها
غيره وذبحها فانهم لا يجزي عن واحد منهم وجه الاستحسان
دفع الحرج وبيانه ان الانسان ربما يحصل له بقرة سمينة ولا يجد
له شريكا حينئذ فيشتريها ثم يطلب الشركاء بعد شرائها
بنية الاضحية فلو لم يجز الاشراك بعد ذلك لوقع في حرج وهو
مدفوع شرعا ولا يمتنع شراؤها بنية الاضحية الاشراك لبقائها
على ملكه لان مجرد النية لا يتعين للاضحية قيل ان يذبحها

وعن

وعن ابي حنيفة ان الاشراك يكره بعد الشراء لما انها اعدت للقربة
ثم اشرك فيها ص ويقتسمونها وزنا ش اذ اجازت على الشركة فقسمة
اللحم يكون بالوزن لانه موزون ولو اقتسموها جزافا لا يجوز اذا
كان مع احدهم بعض اللحم والاكارع ومع الاخر بعض اللحم والجلد
حتى يصرف اللحم الى الاكارع والجلد صرفا للجنس الى خلاف الجنس
ليلا يلزم الربا ص ويختص بالابل والبقر والغنم ش اي يختص
التضحية بما ذكر وذلك لان التضحية مستفادة من الشرع على
خلاف القياس لان كون اراقة الدم قربة غير معقول المعنى ولم
ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن الصحابة والتابعين
الهم ضحوا بغير الابل والبقر والغنم فاقتصر على مورد الشرع
ولهذا لم تجز التضحية بشيء من الوحش وان كان ماكول اللحم لعدم
ورود الشرع بذلك فان كان متولدا من الوحشي والانسي فالمعتبر
فيه جانب الام حتى لو نزى ظبي على شاة فولدت ولدا اجازت التضحية
به وبالعكس لا يجوز قال في الخلاصة والجاموس يجوز في الضحايا
والهدايا استحسانا ص فيما مر يجزي في الهدي ش اي يجزي من ذلك
كله الثني وما فوقه الا الضان فان الجذع منه يجزي لما روي
السنن باسناده الى جابر رضي الله عنه انه قال قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم لا تذبحوا الا مسنة الا ان يعسر عليكم فتذبحوا جذعة
من الضان وجه الاستدلال انه عليه السلام امر بذبح المسنة
والثني مسنة فيجوز ذبحه من الانواع الثلاثة قياسا واستحسانا الا
الجذع من الضان فيجوز استحسانا لا قياسا وجه الاستحسان حديث

ويجزي م

جابر وغيره مما روي اصحابنا قال القدوري في شرحه قال الفقها
الجذع من الغنم بن ستة اشهر والثني بن سنه والجذع من البقر بن سنه
والثني بن سنتين والجذع من الابل بن اربع سنين والثني بن خمس سنين
وسمع عن ابي علي الدقاق قال الجذع من الضان ما تمت له ثمانية
اشهر وطعن في الشهر التاسع وفي اضاحي ابي عبد الله الزعفراني ما تمت
له سبعة اشهر وطعن في الشهر الثامن ويجوز من الضان الجذع اذا كانت
عظيمة الجثة وان كانت صغيرة الجثة لا يجوز الا ان يتم لها سنة وطعنت
في الثانية واما المعز فلا يجوز الا ما تمت له سنة وطعن في الثانية
واما البقر فلا يجوز الا ما تمت له سنتان وطعن في الثالثة سواء كانت
عظيمة الجثة او صغيرتها واما الابل فلا يجوز في الاضحية الا ما تمت له
خمس سنين وطعن في السادسة وكذلك في الهدي في جميع ما ذكرنا
وقد تقدم في باب الهدي تفصيل ذلك ص ويضحى بالجما والخصي
والثولا التي تعتلف والجربا السمينة ش يضحى بالجما والخصي والثولاء
والهثما التي تعتلف والجربا السمينة فالجما التي لا قرن لها وكذلك
مكسورة القرن لان القرن لا ينتفع به الاكل ولا يتعلق به مقصود
وبالخصي لان لحمه اطيب وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين
املحين موجوين فالموجوء الخصي وروي عن ابي حنيفة انه قال
الخصي احب الي لانه اطيب لحما وانفع للمساكين وسئل عن الخصي فقال
ما زاد في لحمه انفع مما ذهب من خصيته وبالثولا وهي المجنونة اذا الرعيع
جنونها من الرعي والعلف وبالهثما وهي التي لا اسنان لها فان كانت
ترعى وتعلف جازت والا فلا وبالجربا اذا كانت سمينة لان الجرب يكون

في الجلد

في الجلد ولا خلل في اللحم وان كانت عجفا لا يجوز لسراية الجرب الى اللحم وانما
السكا فان كان لها اذن يجزي وان كانت صغيرة الاذن فان لم يكن لها اذن
فلا يجوز واختلف في السكا فقيل التي لا اذن لها خلقة وقيل
للصغير الاذنين ايضا اسك والانثى سكا كذا ذكر ابن دريد ولا يضحى بالعميا
والعورا والعرجا التي لا تمشي الى المنسك والمنسك الموضع الذي يذبح
فيه ولا العجفا التي لا سقي اي لا ينقي لها مخ لقوله عليه السلام لا يجزي
في الضحايا اربعة العورا البين عورها والعرجا البين عرجها والمريضة
البين مرضها والعجفا التي لا سقي وانما لم يذكر المصنف هؤلاء المذكورات
وغيرها اكتفا بما ذكره في باب الهدي ص ويأكل منها ويطعم
الغني والفقير ش يأكل منها ويطعم الغني والفقير لقوله تعالى
فكلوا منها واطعموا القانع والمعتر القانع الراضي عنده وبما يعطى من غير
مسيلة والمعتر المتعرض للسوال ص ويدخر لقوله عليه السلام
كنت نهيتكم عن لحوم الاضاحي فكلوا منها وادخروا فاذا جاز اكله وهو
غني فله ان يطعم غنيا وقال في البدايع الدما ثلاثة انواع
نوع لا يجوز لصاحبه ان يأكل منه بالاجماع كدم الاحصار وجزا الصيد
ودم الجنايات ونوع مختلف فيه كدم المتعة والقران فعندنا يجوز
خلافا للشافعي ونوع يجوز لصاحبه ان يأكل منه بالاجماع كدم الاضحية
لغلا كان او واجبا مذورا كان او واجبا مبتدا وفي الدخيرة وفي
نوادر هشام عن محمد اذا نذر شاة لا يأكل منها الناذر وان اكل فعليه
قيمة الاكل ص ويستحب ان لا ينقص الصدقة من الثلث ش لان
الجمات ثلاثة الاكل والادخار والاطعام فاقتسمت عليها اثلاثا لان

الآية والخبر تضمنا جواز الاكل والتصدق والادخار ص ويتصدق بجلدها
او يستعمل منه الة او يشتري به مما ينتفع به مع بقاء عينه ش اما التصدق
فلان الجلد جزوها وامّا استعمال الالة منه فلان الانتفاع بالجلد ليس بحرام
وقد روي ان عايشة رضي الله عنها اتخذت من جلد اضحيتها سقاء واما الشراء
به متاعا للبيت فلانه اطلق له الانتفاع دون البيع فان باعه تصدق
بثمنه لانه قايم مقامه وله ان يشتري به ما لا يوكل كالعربال ولو
اشتري باللحم خبزا جاز لانه ينتفع به كما ينتفع باللحم اذ اللحم لا يوكل
مفردا وانما يوكل مع الخبز ولو اشتري باللحم متاع البيت لا يجوز لان
هذا الانتفاع لا يجانس الانتفاع باللحم فلم تحصل به انتفاع من جهة
المعنى قالواو الاصل في هذا انه يجوز بيع المأكول بالمأكول وبيع غير المأكول
بغير المأكول ولا يجوز بيع غير المأكول بالمأكول ولا بيع المأكول بغير المأكول
ومن تامل هذا الاصل اتضح له ما عدا من المسايل ص وليستحب ان يذبحها
بنفسه ان كان يحسن ش لان الاولى في القرب ان يتولاها بنفسه
وان امر بالذبح غيره لا يضر لانه عليه السلام ساق ماية بدنة فنحر
منها بيده نيفا وستين ثم اعطى المدية عليا فنحر الباقي وان كان لا يحسن
ذلك فالافضل ان يستعين بغيره كيلا يجعلها ميتة وينبغي ان يشهدها
بنفسه لقوله عليه السلام لفاطمة رضي الله عنها قومي اشهدي اضحيتك
فانه يغفر لك باول قطرة من دمها كل ذنب ص ويكره ان يذبحها كتابي
ش ولو امر كتابيا ان يذبح اضحيته جاز لانه من اهل الذبح الا انه يكره لانه
قربة وفعل الكافر ليس بقربة ص ولو غلط كل منهما فذبح اضحية الاخر اجزاه
عنهما ولا ضمان عليهما ش وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز الاضحية

عن كل

عن كل واحد منهما لصاحبه ويضمن قيمتها وهو قول زفر لانه متعد في ذبح
شاة غيره بغير امره فيضمن كما اذا ذبح شاة اشتراها الغصاب والتضحية
قربة لانتفاء نية عنه وجه الاستحسان وهو جواز التضحية وعدم
الضمان انها تعينت للذبح لتعيينها للاضحية حتى انه وجب عليه ان يضحي
نفسها في ايام النحر وكره ان يبدل بها غيرها فصار المالك مستعينا
بكل من يكون اهلا للذبح في ذبحها فصار ماذونا دلالة لانها تفوت بمضي
هذه الايام وقد يعجز عن هذه الايام لعارض يعتريه فصار كما اذا ذبح
شاة الغصاب ثم اذا جاز ذلك عنهما ياخذ كل واحد منهما سلوخه
صاحبه ان كانت باقية ولا يضمنه لانه وكيله وان كانا قد اكلا ثم
علما فليحلل كل واحد منهما صاحبه ويجزي لانه لو اطعم كل واحد منهما
صاحبه من اضحيته جاز سواء كان ذلك غنيا او فقيرا فكذا له ان يحلله
اذا علم فان تشاحا فكل واحد منهما يضمن صاحبه قيمة لحمه لان
الاضحية لما وقعت لصاحبه كان اللحم له ثم يتصدق بتلك القيمة
لانها بدل عن اللحم فصار كما لو باع اضحيته فانه تجب عليه ان يتصدق
بالثمن ص ولو عصب شاة فضحى بها ثم اداي ضمانها حكمنا باجزايها
ش قال علماونا الثلاثة اذا غصب شاة فضحى بها ثم اداي ضمانها الى مالكها
اجزاته عن الاضحية وقال زفر لا تجزيه عن الاضحية لانه حين ضحى
بها لم يكن مالكا لها ولنا انه ملكها عند اداء الضمان مستندا الى وقت
الغصب السابق فكانت التضحية واردة على ملكه بخلاف ما اذا اودع
شاة فضحى بها لانه لا يضمنها بالذبح فلم تثبت الملك الا بعد الذبح
فكانت التضحية واردة على ملك الغير وبخلاف ما اذا غصب عبدا فاعتقه

ثم ملكه بادا الضمان فانه لا ينفد والفرق ان الملك يثبت للغاصب
عند ادا الضمان مستندا الى وقت الغصب والمستند ثابت للحال من
وجه دون وجه ومثل هذا الملك لا يكفي لنفاذ العتق ويكفي لنفاذ
القرب ولو كان مكان الغصب استحقاق وضمنه صاحبه قيمتها ذكر
الزعفراني انه يجزيه بلا خلاف وذكر الناطفي انه يجزيه في قول ابي
حنيفة وابي يوسف وعن نصير فيمن دعي نصابا ليضحي عنه فضحى
القصاب عن نفسه قال هي للامر ص وتختص بيوم النحر ويومين
بعده ش يعني ان التضحية لا تجوز الا في ايام النحر لقوله صلى الله عليه
وسلم ايام النحر ثلاثة اولها افضلها وهو مروي ايضا عن عمر
وعلي وابن عباس وانس وابي هريرة رضي الله عنهم وهذا لا يهتدي
اليه العقل فكان طريقه السماع وادناها اخرها لما فيه من التاخير
عن فعل الخير وتجوز التضحية بالليل لان الايام اذا ذكرت بلفظ الجمع
ينتظم ما بازائها من الليالي لما عرف من قصة زكريا عليه السلام
ويكره لانه عليه السلام نهى عن التضحية ليلا ولان الليل جعل اسنا
ومسكنا فلا يليق بالام الحيوان فيه وربما يخطئ في قطع العروق واختلفوا
في الايام المعلومات والمعدودات فالمعلومات عند ابي حنيفة
هي ايام العشر والمعدودات هي ايام التشريق وعندهما المعلومات
ثلاثة وهي ايام النحر بقرينة قوله تعالى على ما رزقهم من بهيمة الانعام
والمعدودات ثلاثة وهي ايام التشريق بقرينة قوله تعالى فمن تعجل
في يومين فلا اثم عليه وبعضي هذه السنة في اربعة ايام فالحاصل
ان ايام النحر ثلاثة وهو مذهب جمهور العلما وقال الشافعي ايام

النحر

النحر اربعة ص ويدخل وقتها بطلوع فجر النحر الا ان اهل الامصار لا يضحون
قبل الصلاة ش اي يدخل وقت التضحية بطلوع الفجر من يوم النحر وهو
يوم العيد الا انه يشترط تقديم صلاة العيد على التضحية في حق
اهل الامصار ولا يجوز لهم ان يذبحوا الاضحية قبل ان يصلي الامام صلاة
العيد لعدم الجواز قبل الصلاة لعدم الشرط لا لعدم الوقت فاما
اهل السواد فيذبحون بعد الفجر لانه لا صلاة عليهم والاصل في ذلك
قوله صلى الله عليه وسلم من ذبح قبل الصلاة فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد
الصلاة تم نسكه واصاب سنة المسلمين وقال عليه السلام
ان اول نسكنا في هذا اليوم الصلاة ثم الاضحية قال ذلك في حق
من عليه صلاة العيد كيلا يشتغل عنها بها فلا معنى للتاخير عن
القروي اذ لا صلاة عليه ولو ضحى بعدما صلى اهل المسجد الجامع ولم
تصل اهل الجبانة اجزاه استحسانا لانها صلاة معتبرة حتى انهم
لو اكتفوا بالصلاة في الجامع اجزاهم وكذا على عكسه وقيل هو جايز
قياسا واستحسانا

كتاب ٢٥ الايمان

الايمان جمع يمين وهي في اللغة القوة قال تعالى لاخذنا منه
باليمين اي بالقوة وقال الشماخ رايت عرابة الاوسي يسمو
الى الخيرات منقطع القرين اذا راية رفعت لمجد تلقاها عرابة باليمين
وفي الشرع عبارة عن عقد يقوي به عزم الحالف على الفعل او
الترك وسمي هذا العقد بها لان العزيمة تتقوى بها وهي مشروعة
بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى وتالله لاكيدن
اصنامكم واما السنة فقوله صلى الله عليه وسلم والله لاغزون قريشا

واما الاجماع فان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يقسمون وهي نوعان يمين
بالله ويمين بغير وهو تعليق الجزا بالشرط على وجه ينزل الجزا عنه
وجود الشرط وهذا النوع ليس بيمين وضعا وانما يثبت بالاصلاح
الشرعي لحصول معنى اليمين بالله تعالى فيه وهو الحمل على فعل المحلوف
عليه او المنع عن فعله فان الانسان يعلم ان الفعل مصلحة له ولا
يفعله لنفور الطبع عنه ويعلم انه مفسدة ولا يمتنع عنه لميله اليه
وغلبة شهوته عليه فاحتاج الى توكيد عزمه على الفعل او الترك
الى اليمين وكما ان اليمين بالله تحمله او تمنعه لما يلزمها من الاثم
بهتك الاسم المعظم والكفارة فكذلك الشرط والجزا تحمله او
يمنعه لما يلزمه من زوال ملك النكاح وملك الرقبة وغير ذلك
فيحصل الحمل او المنع بكل واحد من اليمينين فالحقناها بها لاشتراكهما
في المعنى واليمين بالله تعالى لا يكره وتقليلها اولى من تكثيرها
واليمين بغير مكروهة عند البعض لقوله عليه السلام ملعون
من حلف بالطلاق وعند عامتهم لا يكره لان الوثيقة تحصل بها
لاسيما في زماننا وما ورد من النهي محمول على الحلف بغير الله تعالى
لا على وجه الوثيقة كقولهم بابيك ولعمرك وحق وسببها ارادة
تحقيق ما قصده وركنها اليمين بالله تعالى او ذكر اسمه او صفته
وبغير ذكر شرط صالح وجزا صالح وصلاحية الشرط ان يكون
معدوما على خطر الوجود وصلاحية الجزا ان يكون غالب الوجود
عند وجود الشرط ليتحقق الحمل او المنع وقد يكون متحقق الوجود
عند وجود الشرط كالتعليق بالملك او سببه وشرطها كون الحالف

مكلفا

مكلفا والمحلوف عليه ستة اسما حلف وقسم ويمين وايلاء وعهد وميثاق
وفي الشرع عبارة عن تحقيق ما قصد من البر في المستقبل نفيا او
اثباتا وشرط انعقادها تصور البر في المستقبل خلافا لابي يوسف
وحكمها البر فيما تجب البر فيه والكفارة عنه فوتا ص وتنقسم
الى غموس ان يحلف بالله كاذبا فيستغفر الله تعالى ولا توجب كفارة
ش اليمين بالله تعالى على ثلاثة اضرب غموس ولغو ومنعقدة على
ما يجي بيانه ودليل الحصر فيها انها لا تخلو اما ان تكون مواخذ او لا
الثاني اللغو والاول اما ان تكون المواخذ فيه دنيوية او اخروية
الاول المنعقدة والثاني الغموس فالاولى الغموس وهو ان يحلف
على امر ماض او حال يتعمد فيها الكذب مثال الماضي قوله والله ما فعلت
كذا وهو يعلم انه فعله او والله لقد فعلت كذا وهو يعلم انه لم يفعله
والحال كقوله والله ما لفلان علي دين وهو يعلم انه عليه له وتقييد
الغموس في بعض الكتب بامر ماض ليس بقيد بل في الحال كما مثلنا
وسميت غموسا لانها تغمس صاحبها في نار جهنم قال عليه
السلام من حلف بالله كاذبا ادخله الله النار فهذه لا كفارة فيها
عند علمائنا ولكن يستغفر الله تعالى ويتوب وقال الشافعي
فيها الكفارة لقوله تعالى ولكن يواخذكم بما كسبت قلوبكم والغموس
من كسب القلب فكانه تعالى قال ولكن يواخذكم بما قصدت
قلوبكم من الايمان ولنا قوله عليه السلام خمس من الكبائر
لا كفارة فيهن الشرك بالله وعقوق الوالدين وقتل المسلم
والفرار من الزحف واليمين الغموس وقال ابن عباس وابن مسعود

رضي الله عنهما حانث واليمين الغموس من الكبائر التي لا كفارة فيها ولانها
كبيرة بالحديث والكفارة عبادة لما ذكر فلا يناط بها كسائر الكبائر وهذا
لان المشروعات اللازمة للعباد ثلاثة انواع عبادة محضة وسببها
مباح وعقوبة محضة وسببها محظور ومتردد بين العبادة والعقوبة
وهي الكفارة لانها عبادة من وجه حتى تتادى بالصوم ويشترط فيها
النية وعقوبة من وجه لانها شرعت زاجرة كالحدود فيكون سببها
ايضا متردد ا بين الحظر والاباحة ليكون العبادة متعلقة بالمباح
والعقوبة متعلقة بالمحظور ولا حجة له فيما يلي لان المراد به المعقودة
بدليل ان الله تعالى امر بحفظ الايمان بعد ما شرع الكفارة فيها
بقوله تعالى واحفظوا ايمانكم والحفظ انما يتاتي في المستقبل
الذي يقبل التضييع والغموس لا يتصور فيها ذلك فلا يتناولها
الاية وبمذهبنا قال مالك واحد واكثر اهل العلم من
الصحابة والتابعين وجماعة من اهل الحديث ص والى اللغو نفسرها
بالحلف على امر نظنه كما قال وهو خلافه لا الخالي عن القصد
فين جي ان لا يواخذ بها ش اليمين الثانية يمين اللغو وهي تكون
على الماضي مثل ان يقول الانسان والله ما كلمت زيدا وهو يظن انه لم يكلمه
والامر بخلافه وفي الحال ايضا كقوله والله ان المقبل لزيد فاذا هو عمرو
وهكذا تفسيرها عند علمائنا وقال الشافعي هي ما جرى بين
الناس من قولهم لا والله وبلى والله من غير قصد اليمين وحكي ذلك
محمد عن ابي حنيفه والاصل في ذلك قوله تعالى لا يواخذكم الله باللغو
في ايمانكم واختلف في تفسيرها فقال علما وناهي الحلف على امر نظنه

كما قال

بلغ مقابلة

كما قال وهو خلافه وهذا يكون في الماضي مثل قول الرجل والله ما دخلت
الدار ظانا انه لم يدخلها والامر بخلافه وفي الحال ايضا كقوله والله
ان المقبل لزيد فاذا هو عمرو وقال الشافعي هي ما جرى بين
الناس من قولهم لا والله وبلى والله من غير قصد اليمين وحكي محمد ذلك
عن ابي حنيفه وروي ذلك عن عايشة رضي الله عنها موقوفا ومرفوعا
وعن ابن عباس رضي الله عنه هو الحلف على يمين كاذبة وهو يرى
انه صادق فمذهبنا وتاويل ذلك عندنا فيما يكون خبرا عن الماضي
فان اللغو ما يكون خاليا عن الفايدة والخبر في الماضي خال عن فايدة
اليمين لان فايدتها الحمل او المنع وذلك لا يتحقق في الماضي فكان
لغوا فان قيل ما معنى تعليق محمد نفي المواخذة في هذا النوع
بالرجاء فانه قال نرجو ان لا يواخذ الله بها صاحبها وعدم المواخذة
في يمين اللغو منصوص عليه وما عرف بالنص فهو مقطوع به
قلنا انما قال ذلك لاحتمال ان يكون ما فسرها به عين هو الحق
او نقول الرجاء على وجهين رجاء طمع ورجاء تواضع فيجوز ان يكون محمد
ذكر ذلك على سبيل التواضع وانما قال في اللغو نفسرها
بالحلف لفايدة فان بن رستم روي ان يمين اللغو لا يكون الا في
اليمين بالله خاصة لان في تفسيرها اختلافا ص والى منعقدة ان يحلف
على فعل او ترك في المستقبل ش اليمين الثالثة المنعقدة وهي
ان يحلف على امر في المستقبل ان يفعله كقول الرجل والله لاعطين
زيدا درهما او على امر يتركه كقوله والله لا اطلع عمرا فيره في الفعل
ان يفعل مرة ويره في الترك ان يترك ابدا فمتى فعل مرة حنث

وحكم هذه اليمين وجوب الكفارة عند الحنث لقوله تعالى ولكن يواخذكم
بما عقدتم الايمان فكفارته الآية والمراد به اليمين في المستقبل
بدليل قوله تعالى واحفظوا ايمانكم والحفظ لا يتصور عن الحنث
والهتك الا في المستقبل ولان الله تعالى قال بما عقدتم الايمان
والعقد يقتضي ارتباط كلام بكلام على وجه يتعلق به احكم فيصير
عقدا شرعيا كساير العقود الشرعية ص فان كان المحلوف عليه
فرضا وجب البر او معصية فالحنث او عينه خير ايرجح الحنث او نسيانا
فالبر ش المنعقد على اربعة انواع منها ما يجب فيه البر كفعل الفرايض
ومنع المعاصي لان ذلك فرض عليه فيتاكد باليمين ونوع يجب فيه
الحنث كترك الواجبات وفعل المعاصي قال عليه السلام
من حلف ان يطيع الله فليطعه ومن حلف ان يعصيه فلا يعصه ونوع
الحنث فيه خير من البر كهجران المسلم ونحوه قال عليه السلام
من حلف على يمين فراى غيرها خيرا منها فليات بالذي هو خير وليكفر
عن يمينه ولان الحنث يجبر بالكفارة ولا جابر للمعصية ونوع مما
فيه على السواء بان كانت على مباح فعلا كان او تركا كدخول الدار ونحوه
فالافضل له البر لقوله تعالى واحفظوا ايمانكم اي عن الحنث
وله ان يحنث ويكفر عن يمينه فعلم بذلك ان حكم اليمين المنعقدة
تتفاوت بتفاوت المحل فتارة يكون حكمها وجوب البر وتارة يكون
وجوب الحنث وتارة ندبية البر او ندبية الحنث ص وتجب
بالحنث الكفارة ان شا اعتق رقبة او كسى عشرة مساكين كل واحد منهم
ثوبا شاملا لبدنه فما زاد او ما يجزي فيه الصلاة او اطعم كل واحد

ش

ش اذا حنث في اليمين المنعقدة فعليه الكفارة لقوله تعالى ولكن
يواخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته اطعام عشرة مساكين من
اوسط ما تطعمون اهليكم او كسوتهم او تحرير رقبة فكان الواجب
احد هذه الاشياء الثلاثة والكلام في الرقبة والاطعام مر في الظهار
واما الكسوة فهي اسم لما يكسى به والمقصود منها ازالة العري فكل
ثوب يصير به مكتسيا يسمى كسوة والا فلا فاذا اختار الكسوة كسى
عشرة مساكين كل مسكين ما ينطلق عليه اسم الكسوة فروي
عن ابي حنيفة وابي يوسف ان ادناه ما يستر عامة بدنه فعلى
هذا يجوز السراويل لان لابسه يسمى عريانا عرفا وعن محمد ادناه
ما يجوز فيه الصلاة حتى يجوز السراويل عنده لانه لابس شرعا اذ
الواجب عليه ستر العورة وقد فعله والصحيح الاول لما قلنا
من العرف وهو المعتبر في المطلقات وقيل لكل مسكين ازار ورداء
وقميص وقيل كسا وقيل ملحفة وقيل يجوز الازار ان كان يتوشح به
وان كان ليستر عورته دون البدن لا يجوز كالسراويل وعلى قول محمد
يجوز لان الصلاة يجوز فيه وما لا يجزيه في الكسوة يجزيه عن الاطعام
باعتبار القيمة اداؤه ولا يجوز الجمع بين الكسوة والاطعام بخلاف جزاء
الصيد حيث يجوز الجمع فيه بين الاطعام والصوم والهدي
على ما بيناه من قبل في المناسك ص ولا يجب تمليكه ش الضمير راجع
الى الاطعام اي ولا يوجب علماؤنا التمليك في الاطعام بل يجوز وافيه
الاباحة وقال الشافعي التمليك فيه واجب ايضا لانه حق مالي
فلا يتادى الا بالتمليك كالزكاة ولنا ان الاطعام عند الاطلاق

يراد به الاباحة قال تعالى من اوسط ما تطعمون اهليكم والموجود من
كل واحد في اطعام اهله هو الاباحة دون التمليك على ان الغرض من التمليك
حاصل بالاباحة فان ملكه يزول عن الطعام بالاباحة كما يزول بالتمليك
فاما غير الاطعام فلا يتادى الا بفعل يزيل ملكه عن العين ليكون
زاجرا وراداعه فيستحق معنى العقوبة فلا بد فيه من التمليك ص
وبخير اطعام واحد عشرة ايام ش قال علماؤنا اذا وجب عليه
كفارة يمين فاطعم مسكينا واحدا عشرة ايام جاز وقال
الشافعي لا تجزيه الا عن يوم واحد اعتبارا لصورة العدد وعلماؤنا
اعتبروا المعنى لانه صار في كل يوم مصرفا فصح ما صرفه اليه
عن كفارة يمينه لان صيرورته مصرفا باعتبار حاجته والحاجة
تتعدد بتعدد الايام والمقصود بالايجاب دفع عشر حاجات
لحاجة عشرة اشخاص ص واعتبر اعتاقه رقابا عنهن من غير تعيين
ش قال علماؤنا الثلاثة اذا كان عليه كفارة يمين فاعتق
عنهما رقبتين لا ينوي عن احدهما واحدة بعينها اجزاه عنهما وقال
زفر لا يجزيه عنهما ولا عن واحدة منهما لانه باعتاقهما عنهما كان
معتقا عن كل واحدة نصف عبد ونصف كل من العبدين لا يكون
رقبة لاستحالة الجمع وليس له جعل ذلك عن احدهما بعد عتقه اما
كما لو اعتق عبدا واحدا عن ظهار وافطار لم يكن له ان يجعله عن احدهما
ولنا ان نية التعيين مع اتحاد الجنس لا اعتبار بها لعدم الفائدة
بخلاف اختلاف الجنس فانها مفيدة فيه الا ترى ان من عليه قضاء رمضان
فنوى قضاء يوم صح من غير تعيين فانه اتى بيوم ولو كان عليه قضا

رمضان

رمضان ونذر لا يجوز من غير تعيين ص واطعام كل من عشر صاعا عن كفارتين
فجعله عنهما وهما عن احدهما ش يعني من عليه كفارتا يمين فاطعم عنهما
عشرة مساكين كل مسكين صاعا من البر اجزاه عنهما عند محمد رحمه الله
وقالا يجزيه عن احديهما وله انه يجعله عن ايهما شاء له انه اكمل عدد
كل من الواجبين والمسكين الواحد يصلح ان يكون مصرفا لهما فجاز عنهما
كما لو اطعم عن ظهار وافطار سنين مسكينا كل واحد صاعا من الحنطة
وكما لو اعتق عبدين عن كفارتين ولهما ان نية التعيين في مجرد
الجنس لغو فبقيت نيته للتكثير مطلقه فيجعل كما لو اه عن كفارة
احتياطا كما لو كان اليمين واحدة لان التقدير بنصف صاع انما يمنع
النقصان عند لا الزيادة بخلاف الجنس لان نية التمييز مفيدة
فيه ص ولو امره باعتاقه عنه على كذا جعلناه على الامر وان لم يذكر
البدل جعله عنه وقالا عن المامور ش هاتان مسئلتان الاولى
ما اذا قال له اعتق عبدك هذا عني بالف درهم فاعتقه جاز عن
الامر ويلزمه الالف وقال زفر يقع العتق عن المامور والولاء له لانه
هو المعتق وهذا لان الامر غير مفيد لان اعتاق الرجل ملك نفسه
عن غير محال اذ لا عتق في غير المملوك ولا يجوز اضمار التمليك هاهنا
فان الاضمار لتصحيح المذكور ولو صرح بالتمليك هاهنا لكان مبطلا
للكلام لا مصححا فانه حين يكون معتقا عن الامر عبد المامور لا عبد
نفسه وهو انما صرح بقوله اعتق عبدك ولنا ان تصحيح تصرف
العاقل واجب ما امكن ووجه التصحيح ان معنى ملكني عبدك بالف
واعتقه وهذا جائز لان التملك شرط العتق والتمليك علة الملك

فيصير التمليك كالمذكور بذكر العتق المستلزم للملك كمن نذر ان يصلي
يلزمه الطهارة او يعتكف يلزمه الصوم ولو قال لعبدك هذا العبد
بكذا فقال المشتري فهو حر عتق على المشتري ويصير القبول ثابتا
بمقتضى قوله فهو حر والمراد بقوله فهو عبدك هذا لان الاضافة للتعريف
في الحال لاضافة الملك المسئلة الثانية مما اذا لم يذكر البدل
فقال اعتق عبدك عني فاعتقه عني عن المامور عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما
الله وقال ابو يوسف العتق له عن الامر والولاء لانه استوهبه
اياه في ضمن امره باعتاقه عنه وللمامور وهبه اياه في ضمن اعتاقه
عنه فلبث الهبة اقتضاء كما يثبت البيع في المسئلة فما يثبت بطريق
الاقتضاء يثبت بشروط المقتضي وهو الاعتاق هنا لا بشروط نفسه
فليسقط القبض فيها كما يسقط الايجاب والقبول في البيع بل القبض اولى
بالسقوط لانه لما سقط ذلك في البيع وهو كن ولان يسقط القبض وهو
شرط اولى الا ترى ان القبض كيف سقط اعتباره في قوله اعتق عبدك
عني بالف ورطل من خمر فان القبض سقط اعتباره في هذه الصورة والبيع
الفاسد كالهبة من حيث ان كلا منهما يوقف ثبوت الملك على القبض
فثبت انما ثبت مقتضى لا يثبت بشروط المقتضي لا بشروط نفسه
والقبض ليس بشرط الاعتاق ولا يكون شرطا فيما تضمنه ايضا فوقع
عن الامر وصار كقوله اطعم عن كفارة يميني عشرة مساكين ولو لم يذكر
القبض فانه يقع عن الامر اجماعا ص فان لم يجد احدها صام ثلاثة ايام
ولا تشترط تتابعها ولا تعتبر الوحدان وعدمه وقت الاداء لا الوجوب
ش اي ان عجز عن اداء الكفارة الثلاثة الاطعام والكسوة والتحرير

يقع عن الامر

الاولى مع

باحدهما لما لم

صلم

صام ثلاثة ايام متتابعات عندنا وقال الشافعي رحمه الله هو مخير
ان شاء تابع وان شاء فرق واثبات الخلاف فيه من الزوائد لانه امر عنده
العجز عنها بالصوم مطلقا فيجري على اطلاقه ولا يلزم عليه ان المطلق
يحمل على المقيد عنده وان ورد في حادثتين كما في رقبة كفارة القتل
وسائر الكفارات لانه انما يصار اليه اذا كان المقيد نوعا واحدا اما
اذا كان المقيد نوعين نوعين ولا معارض وهنا كذلك لان صوم كفارة
الظهار والقتل مقيد بالتتابع وصوم المتعة مقيد بالتفريق فلما
كان المقيد مختلفا في نفسه سقط اعتبار الحمل على المقيد لانه ليس احد
الحملين اولى من الاخر فبقي المطلق على اصله فان شاء تابع وان شاء فرق
قلنا انما شرط التتابع بقراءة ابن مسعود فان قراءته كالزيادة المشهورة
عن النبي صلى الله عليه وسلم انما يقره سماعا منه عليه الصلاة والسلام
فصحت الزيادة والتقييد بها ولا يلزم ان المطلق لا يحمل على المقيد عندنا
وان ورد في حادثة واحدة كما في صدقة الفطر فانا لو لم نحمل المطلق
وهو قوله عليه الصلاة والسلام اد عن كل حر وعبد من المسلمين
لاهما ورد لهما في الحكم وهو الصوم وهو لا يقبل وصفين متضادين
في وجوده فاذا ثبت تقييده بالتتابع بتلك القراءة لم يبق مطلقا ضرورة
ومنه ورد الاطلاق والقيد والتقييد في السبب لا في الحكم وامكان
بين السببين فالتقييد في احد الحديثين لا يمنع بقاء حكم الاطلاق في
الاخر ص ولا يجبر التكفير في التكفير قبل الحنث لا يجوز اجماعا وتقديم
التكفير بالمال قبل الحنث هل يجوز هو محل الخلاف فعندنا لا يجوز وقال
الشافعي رحمه الله يجوز لان اليمين سبب للكفارة بدليل اضافتها

بالمال م

١٨٥

اليها فيجوز تقديمها على الحنث بعد وجود سببها كما جاز الزكاة بعد ملك
النصاب قبل الحول **ولنا** ان الكفارة شرعت لرفع الذنب والذنب
انما يكون بالحنث فلا يجوز قبله كالتكفير بالصوم ولو قدم لا يسترد
من الفقير لانه وقع صدقة ولا يوجب يمين الكافر كفارة **ش** اجمع العلما
ان البلوغ والعقل وفهم الخطاب في الحالف شرط لصحة كونه حالفا
ولا يصح اليمين من الصبي والمجنون والنايم وهل يشترط اسلام الحالف
فعندنا يشترط فلا يصح يمين الكافر حتى لو حلف كافر بالله ثم
حنث في حالة كفره او بعد اسلامه لم يكن عليه كفارة عندنا وقال
الشافعي رحمه الله الاسلام ليس بشرط عليه اذا حنث في حالة الكفر لكنه
بالمال لا بالصوم لان الكافر من اهل اليمين بالله بدليل انه يستحلف في
الدعاوي والخصومات **ولنا** قوله تعالى فقاتلوا ائمة الكفر انهم
لا ايمان لهم لان الكفار عبادة والكافر ليس من اهلها والدليل على ان
الكفارة عبادة لانها لا تتادى بدون النية ولان الكافر ليس اهلا
للبر لانه انما يكون ممن يعظم اسم الله والكافر هاتك لحرمة اسم الله فلا يكون
معظما وانما استحلافه في الخصومات فلانه اهل لمقصوده وهو النكول
او الاقرار **ص** ويستوي العامد والناسي والمكره في اليمين وفي فعل
المحلوف عليه **ش** اي العمد والنسيان والكره في اليمين وفي فعل
المحلوف عليه على السوا لقوله عليه السلام ثلاث جدهن جد وهزلهن
جد النكاح والطلاق واليمين فعلم ان الرضي والقصد ليس بشرط
والشافعي يخالفنا في ذلك في احد قوليه ويقول لا ينعقد على المكره والناسي
والخاطي ولا يحنث بفعل المحلوف عليه ناسيا او مكرها وصورة الناسي ان لا

يفعل يحلف

يحلف في اليمين ان لا يحلف ثم ينسى الحلف السابق فيحلف فكونه ناسيا لا يمنع
انعقاد اليمين الثانية عندنا فهذه اليمين محلوف عليها بالنسبة الى اليمين
الاول فتجب الكفارة ثم اذا باشر المحلوف عليه في اليمين الثانية حنث
ثانيا فتجب كفارة اخرى وكذلك اذا فعل المحلوف مكرها او ناسيا او فعله
وهو مغمى عليه او مجنون لان الشرط هو الفعل وقد وجد حقيقة
ولا تاثير في هذه الاشيا لانها في اعدام الرضي والقصد وذا ليس بشرط
وفي بعض نسخ الهداية ذكر الخاطي مكان الناسي وهو ان يريد ان يسبح
فيجري على لسانه اليمين كذا في التقويم **ص** ولا يصح يمين الصبي والمجنون
والنايم **ش** هذه المسئلة متعلق بشرط الحالف وان شرط صحة
اليمين ان يكون الحالف عاقلا بالغا فبانتفا الشرط ينتفي المشروط
على ما تقدم **فصل** في ما يكون يمينا وفي ما لا يكون

وتحلف بالله تعالى وباسمايه بحروف القسم الواو والبا والتا واللام
وقد تضمر فتنصب الاسم وتخفض وبصفات ذاته لا العلم **ش** اليمين
بالله تعالى على قسمين احدهما باسم الذات والثاني بالصفات فاول هو
اليمين بالله تعالى او باسم اخر من اسمايه تعالى كالرحمن والرحيم وجميع
اسما الله تعالى في ذلك سوا وسوا تعارف الناس الحلف به او لم يتعارفوه
وهو الظاهر من مذهب علمايا وهو الاصح وبه قال مالك واحمد
والشافعي في قول لان اليمين باسم الله تعالى ثبت بقوله عليه الصلاة
والسلام من كان حالفا فليحلف بالله او ليذر والحلف بساير اسمايه حلف
بالله وما يثبت بالنص او بدلالته لا يراعى فيه العرف ولهذا اطلق بقوله
وباسمايه وقال بعض علمايا كل اسم لا يسمى به غير الله كالله والرحمن والرحيم

لا يسمى به

فهو يمين وما يسمى به غير الله تعالى كالحكيم والعليم والقادر فان اراد به يمينا
فهو يمين وان لم يرد به يمينا لم يكن يمينا كذا في الكافي وبه قال
الشافعي رحمه الله في قول وفي الذخيرة والبدايع وحكي بشر المريسي
فيمن قال والرحمن ان قصد به اسم الله تعالى فهو حلف وان اراد سورة الرحمن
فليس بحالف وكانه حلف بالقران واما اليمين بصفات الله تعالى فان حلف
بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه يكون
يمينا والا فلا وهو اختيار مشايخ ماورا النهر فان قلت
العزة والجلال وما يشابههما ليست من صناعة النحو فكيف جعلتها صفات
فان الصفات عند النحاة عبارة عما يمكن ان يوصف به غيره قلت
المراد باسم الله تعالى هنا ان يكون لفظا دالا على ذات مع صفة كالرحمن والرحيم
والعالم ولم يرد من الصفة والمراد بالصفة هنا ان يكون مصدرا يحصل عن
وصف الله تعالى باسم فاعل كالرحمة والعزة والعلم فان قلت
ما الفرق بين اليمين بالله تعالى وبصفته حيث اعتبرنا العرف في الثاني
دون الاول قلت الفرق ان الصفة تذكر ويراد بها غيرها فاذا تعورف
الحلف تعينت ارادة نفس الصفة دون غيرها واما اسم الله تعالى فلا احتمال
فيه غير مدلوله فلم يعتبر فيه العرف وفي البدايع فاما صفات الله تعالى
مع كونها ازلية تعلى ثلاثة اقسام منها ما لا يستعمل في عرف الناس وعادتهم
الا في الصفة نفسها والحلف بها يكون يمينا ومنها ما يستعمل في الصفة
وفي غيرها لكن الصفة تعينت مرادا لانه القسم اذ لا يجوز القسم
بغير اسم الله تعالى وصفاته وكذا الناس يقسمون بها في العادة فكان الحلف
بها يمينا فلو قال وغضبه او سخطه لا يكون يمينا لان الغضب والسخط

الصفات في م

نفسها ونذكر ويراد بها صح

عادة

عادة هو العذاب والعقوبة لا نفس الصفة ولان العرف لم يتعارف القسم بها
ولا يصير حالفا الا اذا نوى الصفة وكذا وعلم الله ليس بيمين عندنا
استحسانا والقياس ان يكون يمينا وبه قال الشافعي رحمه الله لان
علم الله صفة كالعزة والعظمة ولنا ان العلم في العادة الجارية يذكر
ويراد به المعلوم وسيل الامام محمد رحمه الله فيمن قال وسلطان
الله تعالى ليس لا ادري ومن يحلف بهذا اي لا يكون يمينا ولو قال
وامانة الله ذكر محمد في الاصل انه يكون يمينا وسيل عن معناه فقال
لا ادري فكانه وجد العرب يحلفون بذلك عادة فجعله يمينا والحلف
بصفات الفعل كالرحمة والسخط والغضب والرضى ليس بيمين وقالوا
صفة الذات ما لا يجوز ان يوصف بضده وصفة الفعل ما يجوز ان يوصف
به وبضده فانه يقال يرحم المومنين ولا يرحم الكافرين ويرضى عن المومنين
ولا يرضى عن المنافقين وقالوا ان ذكر صفات الذات كذكر الذات
وذكر صفات الفعل ليس كذكر الذات والمذهب عندنا ان صفة
الله تعالى لا عينه ولا غيره وكلها قديمة ولا يستقيم الفرق بين
صفة الذات وصفات الفعل واما الاصح في ذلك وهو اختيار مشايخ
ماورا النهر مبنية على العرف فما تعورف به يكون يمينا وما لا فلا
لان اليمين انما تعقد للحمل او للمنع انما يكون فيما يعتقد الحالف
تعظيمه وكل مومن يعتقد تعظيم الله تعالى وصفاته وحروف القسم
الواو والبا والتا كقوله والله وبالله وتالله لان كل ذلك معهود في
الايمان ومذكور في القران والبا هي الاصل ولهذا تدخل على المظهر
والمضمر والواو بدل منها اختصت بالاسما الصريحة دون الكناية

يقال اللهم اغفر علمك فيراد به اي معلومك فينا صح

وانما اقيمت مقامها دون سائر الحروف للمناسبة لفظا لان كل واحد منهما من
حروف الشفه وانما معنى الباء للالصاق والواو لمطلق الجمع وفي الالصاق
معنى الجمع والتاء تبدل من الواو ولهذا اختصت باسم الله تعالى وحده ولا
تدخل في سائر الاسماء وانما على الحكاية قال المصنف الله في شرحه والحلف
بالاثبات يكون باللام او بالنون بان قال والله لافعلن اليوم كذا من
غير تاكيد ولم يجعله لم يلزمه كفارة لاختصاص الحلف في الاثبات التاكيد
لغة فلا يشترط التاكيد لغة ولا يشترط التاكيد في الحلف كقولك والله
ما فعلت كذا او لا افعل كذا ثم هذه الحروف كما تذكر ظاهرة في الايمان
فكذلك تذكر مضمرة كقولك لا افعل كذا لان حرف الحرف من عادة العرب
طلبا للاختصار قال تعالى واختار موسى قومه اي من قومه وعند اهل
البصرة يكون منصوبا بنزع الخافض وعند اهل الكوفة الخفض دليلا
على الحذف ص ولو حلف بغير ذلك لا يكون يمينا ش اي بغير الله تعالى
واسمايه وصفاته كما اذا حلف بالكعبة او بالنبي او بالقرآن لم يكن يمينا
لقوله عليه السلام من كان حالفا فليحلف بالله او ليذر ولو قال
بكلام الله القديم القايم بذاته يكون يمينا فان قلت قد اقسم
بالله تعالى من غير ذاته وصفاته في مواضع من القرآن مثل قوله والفجر
وكقوله والشمس ومثل قوله والليل وغير ذلك وهذا يوهن جواز الحلف
بغير الله تعالى وذلك لان الذي عظمه الله فهو واجب التعظيم فكان
الواجب على العبد ما عظمه الله تعالى بالقسم فيكون ذلك اذنا للعبد
بالاقسام به فكيف نهي عنه قلت هذا قياس خطا لان الله له ولاية
الحرمة لمن شا وليس للعبد بل له ان ينهي عما نهي الله عنه ونهي عن الحلف

بغير

بغير تحرزا عن شبه الشرك لان النبي صلى الله عليه وسلم قال من حلف
بغير الله فقد اشرك رواه الترمذي ص ولو قال وحق الله يجعله
يمينا ش اي اذا قال وحق الله لا افعل كذا لا يكون يمينا عند ابي حنيفه
ومحمد وابي يوسف في احدى الروايتين وفي الاخرى يكون يمينا لابي
يوسف قوله وحق الله وان كان اضافة الحق الى الله تعالى لكن الشي قد
يضاف الى نفسه في الجملة والحق من اسماء الله تعالى وكانه قال والله الحق
ولما ان يضاف الشي الى غيره لا الى نفسه وكان حالفا بغير الله تعالى
ولان الحق اذا اضيف الى الله تعالى يراد به الطاعات الا ترى انه
عليه السلام لما سيل ما حق الله تعالى على عباده فقال ان يعبدوه
ولا يشركوا به شيا ويقيموا الصلاة ويوتوا الزكاة ص واليمين بوجه
الله تعالى ليس بيمين وتحالفه ش اي اذا حلف وقال ووجه
الله تعالى لا يكون يمينا وعن ابي يوسف يكون يمينا لان الوجه
المضاف الى الله تعالى ذاته قال الله تعالى كل شي هالك الا وجهه
اي ذاته ولابي حنيفة رضي الله عنه انه يطلق ويراد به الذات
ولا الصفه يقال فعلت ذلك ابتغا لوجه الله فانه لا يراد به
الذات فوقع الشك في انعقاد اليمين ولا ينعقد بالشك وجعلنا ص
اشهد واقسم واحلف ايمانا كقوله اشهد بالله ش اي اذا قال
اقسم واحلف واشهد واعزم ولم يظهر المقسم به كان يمينا عندنا
وقال ز لا يكون يمينا وانما وضع للحلف فيما اذا لم يذكر المقسم
فان قال اقسم بالله واحلف بالله او اشهد بالله او اعزم بالله كان
يمينا باتفاق اصحابنا رضي الله عنهم وعند الشافعي رحمه الله لا يكون

يمينا وانما ذكر المقسم به الا اذا نوى لانه يحتمل الحال ويحتمل الاستقبال
ولايكون يمينا بالشك وفي اشارات الاسرار وجعل خلاف زفر في
الفصلين لمذهب الشافعي فقال اذا قال اشهد او اشهد بالله انه يكون
يمينا خلافا لزفر وعلله بان الشهادة واليمين مختلفان فان الشهادة
حجة للمدعي واليمين حجة للدفع فلم تكن الشهادة في معنى اليمين
وكذا اذا الكد لانه تاكيد للشهادة **ولنا** ان صيغة افعل للحال حقيقة
وللاستقبال بقرينة السين او سوف هو الصحيح فكان هذا اخبارا
عن الحلف بالله تعالى للحال ووجه قول زفر على القول انه اذا لم يذكر
المقسم به يحتمل انه اراد به الحلف بغير الله تعالى ولا يجعل حلفا مع
الشك **ولنا** ان القسم لما لم يجز الا بالله كان الاخبار عنه اخبارا عما
لايجوز بدونه كما في قوله تعالى واسئل القرية ونحو ذلك قال الله
تعالى يحلفون لكم لترضوا عنهم ولم يقل بالله وقال تعالى
اذا جاءك المنافقون قالوا نشهد انك لرسول الله سماه يمينا بقوله
اتخذوا ايمانهم جنة والقسم لايكون الا بالله في عرف الشرع ص
ويجوز بعهد الله وميثاقه لان العهد يمين قال الله تعالى واوفوا
بعهد الله والميثاق عبارة عن العهد وبقوله علي نذر او نذر الله ش
اي ويجوز الحلف بكل واحد من هذين النوعين حتى اذا حلف ان فعلت
كذا فعلي نذر او نذر الله فان نوى به قربة من القرب التي تصلح ان يصح
النذر بها لزمه ما نوى وان لم ينو يكون يمينا لقوله صلى الله عليه
وسلم من نذر نذرا ولم يسم فعليه كفارة اليمين وكذا لو قال
فعلي يمين او ان فعل كذا فهو يهودي او نصراني او كافر او بريء من الله ص م

يجعله

يجعله يمينا او فعليه غضب الله او هو زان او شارب خمر او سارق او اكل ربا
فليس بحالف هاتان مسئلتان احدهما خلافية والاخرى وفاقية ش م
فالخلافية ما اذا قال هو يهودي او نصراني او كافر او بريء من الله او بريء
من الاسلام او نعبد الصليب او نحو ذلك مما يكون اعتقاده كفرا فهو يمين
استحسانا والقياس ان لايكون يمينا وهو قول الشافعي رحمه الله
لانه علق المحلوف عليه بما هو معصية ولايكون حالفا كالمسئلة
الوفاقية وهو ما اذا قال ان فعلت كذا فعليه غضب الله
او شارب خمر واخواته وهذا لان اليمين التي تجب بها الكفارة منحصرة
شرعا في اليمين بالله او بما يحلف به من صفاته ولاينعقد موجبة
للكفارة ولفظة البراة من الزوايد وهي منقولة من الذخيرة
فلم يكن يمينا ولايكفر بالاجماع **ولنا** ما روي عن ابن عباس
رضي الله عنهما انه قال من حلف باليهودية او النصرانية فهو
يمين ولانه اذا جعل ذلك الفعل علما على الكفر والكفر حرام مجمع
عليه بخلاف قوله ان فعلته فعليه غضب الله او هو زان واخواته
لان قوله فعليه غضب الله دعا على نفسه والدعا لايتعلق بالشرط
لان الشرط ما له اثر في وجود الجزا عند وجوده لتعلقه به
ولا اثر لوجود الشرط مع عدم المعصية مع وجود الغضب
فعلم ان الغضب يحسب شان المعصية لا من تعان المطلق وكذلك لا اثر
للتعليق في وجود هذه الافعال من الزنا والسرقة وغيرهما
لان وجودها باسباب اخر وفي البدايع والتعليل الصحيح ان يفرق
بينهما بالعرف بان يقال وجه الاستحسان ان الحلف بهذه الالفاظ

ولا يعلم الشرط مع وجود
المعصية في عدم الغضب م
التعليق م

متعارف بين الناس وَالعجم يحلفون بها من لدن رسول الله صلى الله عليه
وسلم الى يومنا هذا من غير نكير فلو لم يكن ذلك حلفاً بالله تعالى لما
تعارفوها لان الحلف بغير الله منهي عنه لقوله عليه السلام من كان حالفا
الى احره وَفي الذخيرة فالحاصل ان كل شي هو حرام موبّد بحيث لا تسقط حرمته
بحال من الاحوال كالكفر وَاشباهه فاستحالته معلقا بالشرط يكون يمينا
وكل شي هو حرام بحيث تسقط حرمته بحال كالميتة وَالخمر وَاشباه ذلك
فاستحالته معلقا بالشرط لا يكون يمينا هذا اذا اضاف الى المستقبل
فامّا اذا اضاف الى الماضي بان قال هو يهودي او نصراني ان كان قد
فعل ذلك الشي وَقد تعلم فهذا يمين الغموس بهذا اللفظ ولا كفارة
فيها عندنا لكنه هل يكفر قد لم يذكره محمد رحمه الله في الاصل قيل لا يكفر
وهو المروي عن ابي يوسف رحمه الله اعتبارا للماضي بالمستقبل وَهذا
لانه قصد به اليمين وترويج كلامه وَتصديقه وما قصد به الكفر
ولا اعتقده وَقال محمد بن مقاتل انه يكفر لانه علق الكفر بشي يعلم انه
موجود وَالتعليق بالكاين تنجيز فكانه قال هو يكفر بالله تعالى وَالاصح
انه ان كان الرجل عالما يعرف انه يمين لا يكفر به في الماضي والمستقبل
وان كان جاهلا او عنده انه يكفر بالحلف يكفر به فقد رضي بالكفر او حرم
على نفسه شيا مما يملكه كان يمينا ش اي اذا حرم على نفسه شيا
مما يملكه من الطعام وَغيره كان يمينا لان حرمة الحلال مسبب عن
اليمين وَتحريمه عليه جعل كتحريمه على السبب مجازا ولو وهب
ما جعله او تصدق به لم يحنث لان المراد بالتحريم حرمة الاستمتاع
عرفا لا حرمة الصدقة وَالهبة اعلم ان قوله مما يملكه وَقع

اتفاقا

١٠٩

اتفاقا لانه لا يشترط في اليمين ان يكون مالكا حتى لو قال ملك فلان
او ماله علي حرام يكون يمينا الا اذا اراد به الاخبار عن الحرمة ص
او قال كل حلال علي حرام انصرف الى الطعام وَالشراب الا ان ينوي
غير ذلك وَقيل يفتي بوقوع الطلاق به من غير نية ش اي اذا قال
كل حلال علي حرام فانه يقع على الطعام وَالشراب الا ان ينوي غير ذلك
وَالقياس ان يحنث كما فرغ لانه باشر فعلا حلالا كالتنفس وَفتح
العين وَضمها وما اشبه ذلك وهو قول زفر وَاصله ما اذا حلف
لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل من ساعته وَجه الاستحسان
ان المقصود من اليمين البر وَلا يمكن اسقاط الا باسقاط اعتبار
العموم وانّما اعتباره انصرف الى ما يتناوله عادة وهو الماكول
والمشروب ولا يتناول المراة الا بالنية لسقوط اعتبار العموم
واذا نواها كان ايلاء ولا يخرج الطعام وَالشراب اذ القصد تولا بالنية
تعتبر فيما فيه تغليظ وهو ان يصير موليا لا فيما فيه تخفيف وهو
خروج الطعام وَالشراب وَهذا كله جواب ظاهر الرواية
وَالفتوى على انه يقع الطلاق من غير نية لغلبة الاستعمال في ارادة
الطلاق وَالمسيلة مزالزوايد ص واذا وصل بيمينه ان شا الله فلا
حنث عليه ش اي فمن حلف على يمين وَقال ان شا الله متصلا به فلا
حنث عليه لما روي عن العبادلة الثلاثة موقوفا ومرفوعا من حلف
على يمين وَقال ان شا الله فقد استثنى ومن استثنى فلا حنث عليه
وَلا كفارة ص وَمن نذر نذرا مطلقا لزمه الوفا به وَالصحيح في المعلق
بشرط لا يراد لزوم الكفارة وَفي المراد الايفا ووافقه ش اعلم

و فتح الشفتين وضمها صح

ان هنا اربع مسايل وبيانها انه اذا نذر فلا يخلو اما ان نذر منجزا او علقا
بشرط فان نذر نذرا منجزا فلا يخلو اما ان عين المنذور او لم يعين
فان لم يعين بان قال علي نذر او نذر لله او لله علي فانه يمين نذ رم
فعليه الكفارة بلا خلاف وقدم في هذا الفصل وان عين المنذور
بان قال لله علي صوم شهر او صوم يوم الجمعة او علي نذر صوم الجمعة
فعليه الوفا به ولا تنفعه الكفارة بلا خلاف وهو المراد بقوله انه لم
يعلقه بشرط يريد كونه او بشرط لا يريد كونه فان علقه بشرط
يريد كونه اما الجلب منفعة او دفع مضرة بان قال ان شفى الله مريضي
او رد الله غلامي او مات عدوي فعلي صوم سنة فوجد الشرط يلزمه
الوفا بما سمى ولا يخرج عن العهدة بالكفارة بلا خلاف ايضا ذكره في
الذخيرة وغيرها وان علقه بشرط لا يريد كونه كالكلام والدخول
بان قال ان كلمت زيدا فلله علي صوم سنة فعليه الوفا بما سمى في
ظاهر الرواية وروي عن ابي حنيفة رضي الله عنه انه رجع عن هذا
القول وقال هو بالخيار ان شا خرج بايفا ما سمى وان شا خرج عنه
بالكفارة وهكذا روي عن محمد رحمه الله وهو اختيار اسمعيل الزاهد
والامام شمس الايمة السرخسي والصدر الشهيد وبهما اخذ ائمة الايمة رحمهم الله
تعالى وكانوا يقولون في هذا مرودة لبلوي الناس فالحاصل على ظاهر
الرواية في المعلق بالشرط يلزم الوفا بما سمى كالنذر المنجز من غير
فصل بين شرط وشرط ولا تنفعه الكفارة وعن ابي حنيفة ومحمد
انهما رجعا عن ذلك فقالا ان كان نذرا معلقا بشرط يريد كونه ولا بد
من الايفا وان نذر معلقا بشرط لا يريد كونه لا يتعين عليه الوفا بالمسمى

بل تخير بينه وبين الكفارة فعمل باي هما شا وهو معنى قول المصنف والصحيح
الى اخر اي الصحيح هو التفصيل لا لزوم الوفا مطلقا على ما هو ظاهر
الرواية لان الفتوى على خلاف ظاهر الرواية قوله ووافقه اي وافق
محمدا امامه في التفصيل والرجوع عن لزوم الوفا مطلقا **فان قلت**
قد اثبت الحكم على وجه التخيير بين الكفارة والوفا في المعلق بشرط قال م
لا يريد كونه والمص اثبت فيه لزوم الكفارة من غير تخيير حيث قال والصحيح؟
في المعلق بشرط لا يريد كونه لزوم الكفارة **قلت** المراد بالمتن
ما مر حنا وانما اقتصر على احد الحكمين وهو الكفارة في الذكر لان جواز
الوفا بالمسمى مما لا يشتبه على احد فتعرض للزوم الكفارة لانه محل
النزاع ص وقوله لله علي المشي الى الحرم او المسجد الحرام غير ملزم شيا واذا اتى بما نحبة او عمرة ش اذا قال لله علي
عند ابي حنيفة رضي الله عنه والزمه ابو يوسف ومحمد بحجة او عمرة المشي الى الحرم او الى المسجد الحرام غير ملزم شيا منه
كما اذا قال علي المشي الى بيت الله او الى الكعبة او الى مكة تجب عليه
حجة او عمرة اتفاقا قوله ان ليس في اللفظ ما يدل على وجوب الحجة
او العمرة معدوم فلا يلزم كما لو قال علي الذهاب الى مكة او به شي م
الخروج لان التزام الحج بهذه الالفاظ غير متعارف وكذا لو قال
علي ان امشي الى الصفا والمروة وانما وجب المشي الى بيت الله بالنص
وهو ما روي انه صلى الله عليه وسلم امر من نذر ان يمشي الى بيت الله
ان يركب ويذبح شاة ويحرم بحجة او عمرة او ان لم احج العام فعبدي ص م
حر فادعى الحج ورهن العبد على انه ان ضحى بالكوفة اقتى يعتقه
ش اي ولو قال عبدي حر ان لم احج العام فاقام العبد البينة
انه ضحى بالكوفة العام وهو يقول حججت لم يعتق عبده عند ابي حنيفة

رضي الله عنه وابي يوسف وقال محمد يعتق لانهما شهدا باثبات
امر معلوم وهو التضحية بالكوفة ومن ضرورته تحقق شرط العتق
وهو عدم الخ **ولهما** ان هذه شهادة قامت على النفي فلا يقبل
كما لو شهدا انه لم يحج وهذا لان الشهادة بالتضحية باطلة لانه
لا مطالب له لانه لا حق للمدعي فيها لان العتق لم يتعلق بالتضحية
واذا بطلت الشهادة على التضحية ثبتت الشهادة على النفي مقصودا
والشهادة على النفي مقصودا باطلة **فان قيل** الشهادة على النفي انما
تقبل اذا لم يكن الشاهد عالما بالنفي اما اذا كان عالما بالنفي فانه
تجوز وشهادته على النفي يدل عليه ما ذكر في السير الكبير وصورتها
لو شهد على رجل اننا سمعناه يقول المسيح ابن الله ولم يقل قول
النصاري وهو يقول انما وصلت به قول النصاري تثبت هذه
الشهادة على النفي لاحاطة علم الشاهد به حتى بانت امرأته
فكذا هنا وجب ان يقبل لوقوع العلم بالنفي بذكر النحر بخلاف
شهادتهما انه لم يحج لانا لا نرى هل شهدا على علم ام بنيا على ظاهر
العدم فلهذا لم تقبل **قلنا** تعارض فيها دليلان وذلك لان
من الاحكام ما يتعلق وجوبه بالحكم على اسباب الدالة على المعاني
الموثرة وهذه الجهة نافية للقبول هنا لان الحكم يدار على حقايق
المعاني الموثرة لا على نفس الاسباب وهذه الجهة موجبة للقبول
هنا اذ هو مما يحيط به علم الشاهد **ص** وما ملكه غدا لم يصح
مما حدث فيه لاطلاقه **ش** اي لو قال رجل ما املكه غدا حر لا يعتق
عند ابي يوسف الا ما يستجد في ملكه غدا لاطلاقه وقال محمد يعتق

ما يملكه

بلغ مقابلة

١٩٤

ما يملكه في الحال وما سيملكه في يومه وليلته الثانية ليومه اذ البقي الى
وما سيحدث في ملكه في غد لابي يوسف ان قوله املكه كان يحتمل
الحال والاستقبال فذكر الغد لم يبق الحال مرادا كما في قوله كل مملوك
اشتريه غدا لا يدخل المشتري في الحال ولمحمد ان اللفظ صالح لابتداء
الملك وبقايه وهو حقيقة فيهما جميعا فمملوكه في الحال صادق
عليه انه مملوكه في الغد فيتناولهما جميعا بخلاف قوله اشتري غدا
لان مشتراه في الحال لا يصدق عليه انه مشتراه في الغد ولهذا
النذر بذبح الولد واوجبا ذبح شاة والحق العبد بالولد فيه
ونذره ذبح نفسه باطل والحقه بالولد **ش** هذه ثلاث مسايل
احدها اذا قال لله علي ان اذبح ولدي او قال لله علي ان انحر ولدي
عند مقام ابراهيم او بمكة وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة رضي الله عنه انه سوى بين ايجابه
نحر الولد عند مقام ابراهيم وبين ايجابه نحر مرسلا ولو قال لله علي
ان اقتل ولدا عند مقام ابراهيم لم يلزمه شيء لان ايمان الناس
ليس هكذا ولفظه التضحية مثل لفظ النحر والذبح بخلاف القتل
وانما وضع في الولد اذ لو نذر احد ابويه لا يلزمه شيء بالاتفاق وانما
ذكر الولد ليشتمل الذكر والانثى وولد الابن وولد البنت وهذا
كله من المبسوطين والمحيط والذخيرة والحقايق وثانيها وثالثها
ما اذا قال لله علي ان نفسي او ان عبدي او لله علي ان اضحي نفسي او
ان اذبح عبدي لا يلزم فيهما شيء عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله وقال محمد يلزمه ذبح الشاة في نفسه وعنده ما لا

صح نذره ويلزمه ذبح شاة
بملكه والتصدق بها عند ابي حنيفة
وابي يوسف ومحمد في عامة الروايات
وان نصه هذا النذر ان يقول
شرط نصه هذا النذر ان يقول
عند النذر لله علي ان الخ ولدي

الخنوص في نفسه وعبده
لا يملكه في نفسه وعبده

يملكه في ولده والحاصل ان ابا يوسف قال باهدار النذر في الفصول
الثلاثه ومحمد قال يوجب الشاة في الثلاثه وابو حنيفه فصل
وقال ان كان النذر في الولد تجب شاة كما قال محمد وفي غيره لا يجب شي
كما قال ابو يوسف وجه قول ابي يوسف وهو القياس ان
هذا نذر باراقة دم مخصوص وكان نذرا بمعصية فيلغو لقوله
عليه الصلاة والسلام لا نذر في معصية الله تعالى فصل ٢٧

في اليمين في الدخول والسكنى والخروج والركوب وغير ذلك

ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة او المسجد او بيعة او كنيسة
او لا يدخل دارا او هذا البيت فدخلهما بعد الخراب لم يحنث خلاف
هذه الدار ش الاصل ان الالفاظ المستعملة في الايمان مبنية على
العرف عندنا وعند الشافعي مبنية على الحقيقة لانها احق بان
يراد وعند مالك على عادة كلم القران لانه على اصح اللغات وافصحها
وعند احمد مبنية على النية سوا نوي ظاهر اللفظ او مجازه خاصا
او عاما لقوله عليه الصلاة والسلام لكل امري ما نوي قلنا
غرض الحالف ما هو المتعارف فيتقيد بغرضه الا تري ان من حلف
لا يستضي بالسراج او لا يجلس على البساط فاستضا بالشمس
او جلس على الارض لا يحنث وان سمي القران الشمس سراجا والارض
بساطا ثم المصنف رحمه الله ترك هذه الاصول الخلافيه واكتفي بذكر
الفروع على الاصل والنسفي اكتفي بذكر الاصول عن ذكر الفروع
حيث قال في باب مالك ونحمل الالفاظ في الايمان على معاني كلم القران
والشافعي اعتبر الحقيقه وعندنا العرف هو الطريقه والمسايل التي

ان كان م

ليست

ليست على اصولهما انواع منها ما اذا حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة او المسجد
او بيعه وهي معبد النصارى او كنيسة وهي معبد اليهود او بيت نار وهو معبد المجوس ا
حماما او حمرا دهليزا او ظلة او صفه لا يحنث لان البيت ما اعد للبيتوته
عرفا وهذه الاشيا ما بنيت للبيتوته عرفا وهذا لان الكعبة والمسجد
وان سميا بيتا في قوله تعالى اول بيت وفي بيوت اذن الله ان ترفع لكنهما
لا يسميان بيتا عرفا / لان الله تعالى قد سمي بيت العنكبوت بيتا ثم تري ان
هذا لا يدل على مطلق اسم البيت في اليمين بيتا وبه قيل يلزم على هذا وان م
ما لو حلف لا يهدم بيتا فهدم بيت العنكبوت يحنث ذكره الاسبيجابي
قلنا انما يتقيد اللفظ بالمتعارف اذا امكن العمل بحقيقته
في مسيلة الدخول في بيت لا يمكن العمل بحقيقته فلا يعتبر وفي
مسيلة الهدم يمكن العمل بحقيقته فيعتبر وقيل الجواب
المذكور في مسيلة الدهليز في دهليز يحنث لو غلق الباب يكون
خارج باب الدار لانه لا يبات فيه فاما اذا كان الدهليز بحال لو غلق
الباب يبقي داخل البيت وهو مسقف يجب ان يحنث لانه يصلح
للبيتوته وفي البدايع والصحيح ما اطلق كما في الكتاب لان الدهليز
لا يبات فيه عادة سوا كان خارج الباب او داخله وكذا الدكه وهي
الساباط الذي يكون على باب الدار فانه لا يحنث بدخوله فيهما لانهما
ليست ببيت لانه لا يبات فيهما وفي الذخيره لو حلف ودخل ظلة باب
دار ذكر في الكتاب انه لا يحنث واراد بالظلة الساباط الذي يكون
على باب الدار ولا يكون فوقه بنا لانه لا ينطلق على اسم البيت لانه
لا يبات فيه وكذا لو كان فيه ابواب مفتحه الى الطريق لا يحنث اذا كان

عقد يمينه على بيت شخص بعينه لانه من جملة بيته والجواب في الصفة
بناء على عرفنا انها ذات حوائط ثلاث فلا يكون على هيئة البيت فلا يحنث
واما على عرف اهل الكوفة فانه يحنث لان هذا اسم عندهم على هيئة البيوت والجواب
الصحيح انه يحنث مطلقا على ما ذكره في الهداية وهو اختيار شمس الائمة
رحمه الله لوجود معنى البيت في الصفة لانها مسقفة كالبيت وبيات
فيها ومنها انه لا يدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحنث ومنها ما اذا حلف ما اذا حلف
لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما خربت وصارت صحراء حنث
والفرق ان الدار اسم لعرصة اديرت عليها حيطان ولا يزول ذلك برفع
البناء الا ترى ان العرب تطلق اسم الدار بعد رفع البناء بقولهم
دار عامر ودار عابر قال لبيد عفت الديار محلها ومقامها
بمنى تأبد غولها فرجامها ولو حلف لا يدخل الدار فخربت ثم بنيت
اخرى فدخلها حنث لان اليمين متى عقدت على عين تعلقت
بالذات لا بالصفة فاذا بنيت دارا اخرى لم تتبدل ذاتها وانما
تتبدل وصفها الذي بقي في حكم اليمين وان جعلت المعنية مسجدا
او حماما او بستانا او نهرا فدخله لم يحنث لتبدل اصلها بتبدل اسمها
وبقاء الاسم دليل بقاء المسمى وزواله دليل زواله لان الاعيان
الموجودة انما تعرف باسمائها فاذا تبدلت دل ذلك على تبدل العين
فلو دخل بعد ما هدم وبني دارا لا يحنث لانه بالانهدام لم ينعدم
اسم الدار لبقاء اسم المسجد فانه يسمى مسجدا معهودا او حماما او بستانا
وبنى الدار وان عاد الاسم لكنه بصفة جديدة فينزل ذلك منزلة اسم
اخر نظرا الى تبدل الاسم ولهذا لو حلف لا يدخل هذا المسجد فدخله

بعدما

بعدما انهدم حنث ولو حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعدما انهدم
وصار صحراء لم يحنث لان البيت اسم لما يبات فيه وذا لا يكون الا
بالبناء وصار البناء من ذاته لا من اوصافه فاذا بطلت اليمين لان الاسم
متضمن للمعنى فان وقع سقف البيت وبقيت حيطانه فدخل حنث
لان السقف صفة الكمال فيه اذ البيت بدونه يحتمل عندهم ص
او لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها او دخل دهليزها او في طاق الباب
حيث اذا اغلق داخلا حنث ش اي لو حلف ان لا يدخل هذه الدار كان م
فوقف على سطحها او حائطها حنث الا ترى ان الاعتكاف لا يفسد بخروج
المعتكف سطح المسجد وكذلك لا يجوز التخلي والتغوط على سطح المسجد
وكذلك على سطح المسجد والمختار ان لا يحنث اذا كان الحالف من بلاد
العجم وعليه الفتوى لان القاعد على السطح والحائط لا يسمى داخلا
في العجم الا ترى انه يقال هو على السطح لا في الدار وان كان الحالف
من بلاد العرب يحنث وهو جواب الاصل لان السطح والحائط من الدار
حتى يدخلان في البيع بلا ذكر ومن نام على سطحه يستخبر من نفسه ان
يقول بت الليلة في داري امر لا وان وقف في طاق الباب يحنث
اذا غلق الباب فان كان خارجا لم يحنث لان الباب انما يركب لاحراز
الدار وما فيها وكل موضع اذا رد الباب بقي خارجا ليس من الدار
وكل موضع اذا رده الباب كان داخلا فهو من الدار وفي المحيط
لو قام على اخية الباب والباب بينه وبين الدار لم يحنث
ولو حلف لا يخرج فاخرج رجله او راسه لم يحنث لان قيامه بالرجلين
فلا يكون باحداهما خارجا ص او دار فلان ليشترط الحنث ان يضاف

سيان التخلي منه
لا يجوز للجنب والحائض
فتوى الوقوف م

اليه وقت اليمين والحنث وقالا وقت الحنث ش اي اذا قال والله لا اسكن
دار فلان ولم يسم دارا بعينها ولم ينوها يشترط ابو يوسف لحنثه
ان يضاف فلان الى الدار وقت اليمين والحنث وقالا وقت الحنث
لان الداعي الى اليمين وحشة لحقته من جهة فلان فيعتبر ملكه وقت
الدخول وله ان افهام الناس يقع على الدار الموجودة حال اليمين النسبة
على ملكه الى وقت دخولها في موضع سكنى الدار وفي غيرها من المملوكات
نحو الطعام والعبد ينعقد على الموجود وقت اليمين وعلى الحادث
بعد اليمين اتفاقا من الحقايق ونستوي بين المستاجره والمملوكة
ش قوله دار فلان تتناول الملك والاجارة والاعارة حتى لو حلف
وقال لا ادخل دار فلان فدخل دارا وهي في يده باجارة او باعارة
تحنث عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يحنث لان الحقيقة
في الملك مراده حتى لو دخل دارا يملكها حنث فلم يبق المجاز مرادا
لاستحالة اجتماعهما مرادين بلفظ واحد ولنا ان المراد به اسم
السكنى لا الاضافة الى الملك فلا يكون تفاوتا بين انواع السكنى فدخل
الكل باعتبار عموم المجاز لا باعتبار الجمع بين الحقيقة والمجاز لان
قوله دار فلان صار مجازا عن قوله مسكن فلان والاضافة اليه
عرفا والايمان مبنية على العرف يوضحه ما روي ان النبي صلى الله عليه
وسلم مر بحايط فاعجبه فقال لمن هذا فقال رافع بن خديج
رضي الله عنه يا رسول الله استاجرته اضافة الى نفسه فلم ينكر عليه
عليه الصلاة والسلام وفي البدايع اذا حلف ان لا يدخل دار الفلان
فدخل دارا له قد اجرها لاخر قال محمد لا يحنث لانها تضاف الى

الساكن

الساكن بالسكنى فسقط اضافة الملك والجواب انه لا يمتنع ان يضاف
تارة الى المالك لجهة الملك وتارة الى الساكن لجهة السكنى وعند اختلاف
الجهة لا تثبت الاستحالة وفي الذخيرة اذا حلف لا يدخل دار فلان
فاستعار المحلوف عليه دار الاخ او الوليمة فيها فدخل الحالف
لا يحنث الا ان ينتقل المستعير في تلك الدار ويسلمها الى المستعير
والمستعير ينقل متاعه اليها فاذا دخلها الحالف حنث في يمينه ص
او هذه الدار وهو بها لم يحنث بالقعود ش اي لو حلف لا يدخل هذه الدار
وهو فيها لم يحنث وان مكث فيها اياما حتى يخرج منها ثم يرجع ن
فيدخل وكان القياس ان يحنث تنزيلا للبقاء منزلة الابتداء وجه
الاستحسان ان الدخول هو الانتقال من الخارج الى الداخل وهذا
الفعل مما لا يمتد فلا يقال دخل يوما واذا لم يكن ممتدا لا يكون
بقاؤه كابتدايه ص ولو حلف لا يدخل بغداد فاجتاز ببغلة لم
يحنث وخالفه ش اي اذا حلف لا يدخل بغداد فاجتاز من الموصل
في سفينة الى البصرة ومر في وسط دجلة لم يحنث عند ابي
يوسف وقال محمد يحنث لان دجلة من بغداد فاذا مر فيها
فقد دخلها واجمعوا على انه اذا خرج الى الشط او خرج يمشي على الجسر
انه يحنث قال الصدر الشهيد رحمه الله الفتوى على قول ابي يوسف
ان لا يحنث لان دجلة وان كانت من بغداد حتى جانبي دجلة من الموصل
ومر ببغداد في الفلك واهله ببغداد يتم الصلاة لا لكن لم يعد
من بغداد عرفا فان ايدي اهل بغداد لا تقع عليها كما تقع على اراضيها
فلم تكن منها ولان موضع دجلة ليس بموضع قرار فلا يكون مقصودا ان

الدار ٥

قول ام فتوى

بعقد اليمين على الدخول فلا ينصرف اليه ص او لا يلبس هذا الثوب وهو
لابسه فنزعه او لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل او لا يسكن هذه
الدار وهو لها فاخذ في النقلة لم يحنث ش عدم الحنث في هذه المواضع
مذهب علمائنا الثلاثة وقال زفر يحنث وهو القياس لوجود اللبس
والركوب والسكنى بعد الحلف وان قلنا ان اليمين تعقد للبر
ولا يمكن تحقيق البر الا باستيفاء هذه الساعة اللطيفة فيكون
مستثناه عن اليمين لان مواضع الضرورة مستثناه عن قواعد الشرع
وهذا لان البر مامور به والحنث منهي عنه لقوله تعالى واحفظوا
ايمانكم ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها والظاهر انه يقصد المامور
به فان يثبت على حاله ساعة حنث وقد اشير اليه بحرف الفاء الدالة
على التعقيب فان قوله فنزعه وقوله فنزل وقوله فاخذ في النقلة
يفهم انه يلبث اذ لو لبث حنث والفرق بين هذه الافعال وبين
الدخول فانها مما يمتد والدخول مما لا يمتد ص او لا يسكن هذه الدار
فخرج وخلف اهله ومتاعه حنث ش اي لو حلف لا يسكن هذه الدار
فخرج وبقي فيها الحالف اهله ومتاعه حنث لانه لا يعد ساكنا بقاء
اهله ومتاعه فيها عرفا والمحلة والسكة كالدار في الحكم ولو حلف
لا يدخل هذا المصر فخرج وترك اهله فيه لم يحنث لانه لا يعد ساكنا
فيه عرفا والقرية بمنزلة المصر في الصحيح قال ابو حنيفة رضي الله
عنه لابد من نقل جميع الامتعة حتى لو بقي بعضه حنث وهذا اصله
كما اذا بقي مسلم في بلد ارتد اهله يصير مانعا عنده من ان يصير دار
حرب الا ان مشائخنا قالوا هذا اذا كان الباقي مما يقصد به السكنى

والله الكاف لشرط الحنث وقد
مر نظيره في الطلاق صحح

فلما

فلما بقي آلته او بوتدا او قطعة حصير لا يبقى ساكنا فلا يحنث وينبغي
ان ينتقل الى منزل خرب بلا اجر ولو انتقل الى السكة او الى المسجد يحنث
لانه ما لم يتخذ منزلا اخر والاول منزل له وان كان في طلب منزل
اخر فترك امتعته فيما لا يحنث في الصحيح لان طلب المنزل من عمل النقلة
فصار مدة طلبه مستثنى بحكم العرف اذا لم يكن يفرط في الطلب وقال
ابو يوسف نقل الاكثر قام مقام الكل وقال محمد المعتبر في
ذلك نقل ما تقوم به ضرورته لان ما وراء ذلك مما لبس من السكنى
واستحسن المشايخ هذا القول وعليه الفتوى ص او لا يخرج من المسجد فتوى
فامر من اخرجه حنث لان فعل المامور ينقل الى الامر ص ولو كان مكرها
او مريضا لم يحنث ش يعني اذا حمله انسان من غير اختيار منه او حمله
واخرجه وهو راض به ولكن لم يامره باخراجه لم يحنث لانه لم يامر
باخراجه لم يحنث لانه لم يوجد منه فعل حتى ان هذا
خرج بنفسه حنث لوجود الفعل منه حقيقة ص او لا تخرج امراته
الا باذنه اشترط الاذن في كل خروج او ان اشترط مرة ش هما ان مسيلتان
الاولى ما اذا حلف لا تخرج امراته الا باذنه فاذن لها مرة فخرجت ثم
خرجت مرة اخرى بلا اذن حنث فلا بد من الاذن في كل مرة وعلى هذا
قوله ان خرجت من الدار الا باذني او برضاي او بعلمي او قال ان خرجت
من هذه الدار الا ان اذن لك فاذن لها مرة فخرجت ثم خرجت بعدها
بغير اذن لم يحنث وان نوى بقوله الا باذني مرة واحدة يدين فيما بينه
وبين الله تعالى وفي القضاء في قول ابي حنيفة ومحمد وابي يوسف في
رواية وفي رواية اخرى عنه انه لا يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر

لان ظاهر هذا الكلام يقتضي ذكر الاذن في مرة لما بيناه وجه الظاهر ان تكرر الاذن ما يثبت بظاهر اللفظ بل يثبت باضمار الخروج فاذا نوى مرة واحدة فقد نوى ما يقتضيه ظاهر الكلام فيصدق وان اراد بقوله الا ان اذن لك الاباذن صحت نيته قضاء وديانة وهو المغلظ عليه فيصدق ص ولو اذن ولم تسمع فخرجت لم تحنث ش اي ولو اذن الرجل لامرأته في المرة السابقة ولم تسمع فخرجت فجعل ابو يوسف الحالف غير حانث دفعا لان لا يكون حانثا له الاذن عبارة عن الاطلاق وقد وجد فلا يشترط علمه غيره كالرضا ولنا ان الاذن مشتق من الاذان وهو الاعلام وذا لا يتحقق الا بالسماع كاذن العبد في التجارة حيث يشترط العلم فيه ص ولو اخرج الاباذنه ثم اذن لها فيه متى شاءت ثم لقيها فخرجت لم تحنث وخالفه كما لو حض الاذن ش اي رجل قال لزوجته ان خرجت من هذه الدار الا باذني فانت طالق ثم قال لها اذنت لك ان تخرجي متى شئت ثم لقيها عن الخروج ثم خرجت لا يقع الطلاق عند ابي يوسف ويقع عند محمد ولو كانت استاذنته في الخروج فاذن لها اذنا خاصا ثم نهاها فخرجت حنث اجماعا لمحمد ان النهي كلمة الاذن الخاص وبرفعه فكذلك يبطل الاذن العام بالقياس عليه وجه قول ابي يوسف رحمه الله ان الاذن الموجود على طريق العموم في الخرجات كلها مما يبطل الشرط لان شرط وقوع الطلاق الخروج الذي ليس بموصوف بكونه ملصقا بالاذن وهذا لا يتصور بعد الاذن العام لان كل خروج وجد بعده لا يوجد ملصقا بالاذن فخرج الشرط من ان يكون مقصود الوجود والابقاء لليمين بدون الشرط كما لابقائها بدون

يبطل الاذن الخاص

الجزاء

الجزاء لانها تركت من الشرط والجزاء فلم يبق اليمين فوجد المنهي العام ولا يمين فلم يعمل بخلاف الاذن الخاص مرة واحدة ثم النهي عنها لان هناك بالاذن بالخروج مرة لم يرفع اليمين واليمين بافه فصح النهي ص ولو اراد في الخروج فقال ان خرجت فانت طالق فجلست ثم خرجت لم تحنث ش اي لان مراد الحالف الزجر عن تلك الخرجة عرفا وتسمى يمين الفور وقد رد ابو حنيفة رضي الله عنه بها وكانوا من قبل يقولون اليمين نوعان مطلقة وموقتة فخرج قسما ثالثا وهي الموقتة معنى والمطلقة لفظا والمطلق يتقيد بدلالة حال المتكلم ص او ليأتين البصرة حنث في اخر جزء من حيوته ش اي رجل حلف ليأتين البصرة فلم يأتها حتى مات حنث في اخر جزء من حيوته لان شرط الحنث ترك الاتيان وذا لا يتحقق الا بما ذكرنا لان البر فعله موهوم مرجو اعلم هنا ثلاثة الفاظ لابد من معرفة معانيها لغة كيلا يتشابه على الطالب وهي الاتيان والخروج والذهاب فلو حلف ليأتين البصرة او لا خرجن اليها فشرط الحنث في الاتيان الوصول اجماعا ولو حلف لا خرجن الى البصرة لحا فشرط الحنث ان تجاوز فيها عمران مصر قال الله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا الى الله ورسوله ثم يدركه الموت فقد وقع اجره على الله واراد به الانفصال دون الوصول اجماعا ولو حلف ليذهبن الى البصرة فقد اختلف في شرط حنثه مشايخنا رحمهم الله تعالى فقالوا يصير بمنزلة الاتيان وقال محمد بن سلمة هو بمنزلة الخروج وهو الصحيح قال الله تعالى انما يريد الله ليذهب عنكم الرجس اهل البيت والتمسك به ان الاذهاب

افعال من الذهاب والاذهاب هو الازالة وكونه ازاله لايفتقر الى
وصول الزايل الى محل اخر فلما كان الاذهاب ازالت كان الذهاب
مرورا والا فلا يشترط الوصول فيه ايضا ولان الرجل اذا قصد سمرقند
وخرج من بخارى صح ان يقال ذهب الى سمرقند وهذا اذا نوى بالذهاب
شيا وان نوى به الاتيان او الخروج صحت يتنه ثم في الخروج والذهاب
يشترط للحنث الخروج عن مصر وفي الاتيان لايشترط القصد للحنث
بل اذا وصل اليه حنث كذا في الجامع الصغير لقاضيخان والفوايد
الظهيريه ص اوليأتينه ان استطاع حمل على استطاعة الصحة لا
القدرة ش وهي ان ترتفع الموانع من المرض لانه هو المتعارف وعليه
قوله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا لا
القدرة على الاستطاعة الحقيقة التي نجزها تعالى للعبيد حالة
الفعل مقارنة للفعل فان نوى بها قدرة صدق ديانة وفي
رواية يصدق قضاء ايضا لانه نوى حقيقة كلامه وفي المنتقى
حلف ليأتين منزله او حانوته حنث لان الاتيان هو الوصول
الى مكانه او لغيره او ليلقه ولو اتى مسجده لم يحنث ص اوليركب
دابة زيد فركب دابة عبده الماذون فهو غير حانث في المستغرق
بالدين مطلقا وحانث في غيره ان نواه ويحكم بالحنث بالنية لا
مطلقا ش اي اذا حلف ليركب دابة فلان فركب دابة عبده
الماذون وعليه دين مستغرق لم يحنث نوى او لم ينو لان المولى
لا يملك كسب عبده الماذون بناء على اصل ابي حنيفة رضي الله عنه
فان لم يكن عليه دين او كان ولم يكن مستغرقا لم يحنث حتى ينوي

فلانا فاني م

فان

فان نواه حنث لان له الملك فيها وان كانت للمولى الا انها مضافة
للعبد حقيقة لانها كسبه وعرفا لانه يقال هذه دابة عبد فلان
وشرعا لقوله صلى الله عليه وسلم من باع عبدا وله مال فهو للبايع
فاختلف الاضافة الى المولى فلا يحنث الا ان ينوي وهذا كله عند
ابي حنيفه وقال ابو يوسف رحمه الله يحنث ان نوى سواء كان عليه
دين او لم يكن لان عنده استغراق كسب العبد بالدين لا يمنع ملك
المولى الا انه يشترط الجنية لاختلاف الاضافة وعند محمد رحمه الله
يحنث بكل حال او لم ينو اعتبارا لحقيقة الملك الثابت نوى م
للسيد اذ استغراق الدين بالكسب لا يمنع ملك المولى عنده وانما
وضع الخلاف في دابة عبده اذ لو ركب دابة مكاتبه لا يحنث
عندهم فان قلت لما لم يتعرض في هذه المسئلة لما يراد
بالدابة قلت تعرض له في الفتاوي الظهيرية حيث قال رجل حلف
لا يركب دابة ولم ينو شيا فركب حمارا او فرسا او بردونا او بغلا
حنث وان ركب غير ذلك نحو البعير والفيل لا يحنث استحسانا
الا ان ينوي ص ولو حلف لا يركب فرسا فركب بردونا لا يحنث وكذلك
لو حلف لا يركب بردونا فركب فرسا لان الفرس اسم للعربي والخيل
تنتظم الكل وهذا اذا كان اليمين بالعربية وان كان بالفارسية
يحنث انتهى ص وكذا الخلاف والتفصيل في دخول عبد ماذونه
في قوله اعتقت عبيدي ش اي اذا قال الرجل اعتقت عبدي
ولعبده الماذون عبيد فعند ابي حنيفة رحمه الله لا يعتقون في
المستغرق مطلقا ولا يعتقون اذا نواهم في غير المستغرق وقال

ابو يوسف اذا نواهم لعتقون وان كان مستعز قا وقال محمد رحمه الله
لعتقون في الوجوه كلها ص او لا ينام على هذا الفراش فنام عليه وفوقه
فرام حنث لان العرام يتبع للفراش وزينة له والعرام هي الشقة من
الكرابيس ا ل و في عرف اهل مصر الان هي الملاية ص ولو جعل فوقه
آخر حنث وخالفه ش اي اذا حلف لا ينام على هذا الفراش فجعل عليه
فراشا آخر ونام عليه قال ابو يوسف تحنث لانه نام عليهما حقيقة
وعرفا يقال نام على كل حال منهما فقد وجد منه ما حنثه وزيادة
فصار كمن حلف لا يكلم فلانا فسلم على جمع هو فيهم بقوله السلام عليكم
وقال محمد رحمه الله لا تحنث لانه انما نام على الاعلى دون الاسفل ونام
عليه لانه مثله والمذكور في القدوري هو قول محمد وهو المختار وفي
البدايع لو حلف لا يجلس على الفراش او على الحصير او هذا البساط فجعل
عليه مثله ثم جلس عليه لا يحنث لان الجلوس مضاف الى الثاني دون
الاول الا ترى ان القطيفة وكذلك اذا جعل الفراش على البساط او البساط
على الفراش وخالفه ابو يوسف حاشية انتهى ص او لا يجلس على الارض
فجلس على حصير لم تحنث ش اي اذا حلف لا يجلس على الارض فجلس على حصير
او بواري او بساط لم تحنث لان الجالس على الارض من يابس الارض ولم
يجعل بينه وبينها شيئا وهذا هو الجلوس على الارض حقيقة لان الجلوس
عليها مما هو متصل بها يسمى عليها جلوسا عرفا لا هو منفصل عنها ألا
الا ترى انه يقال جلس على البساط ولا يقال جلس على الارض ص او على هذا
السرير فجلس عليه وفوقه حصير حنث ش اي اذا حلف لا يجلس على هذا
السرير او على هذا الدكة او لا ينام على هذا الشط فجعل فوقه منفصلا

اذا جعلت على البواري لا يقال جلس على البواري بل يقال جلس على القطيفة ص

به من ثياره و

كفراش

كفراش او بساط ثم جلس عليه او نام حنث لانه يقال جلس على السرير
وان كان فوقه فراش ويقال نام على الشط وان نام على الفراش ص لا سرير آخر
ش لا يحنث لو جعل فوقه سريرا آخر فجلس على الثاني لان الشيء لا يستتبع
مثله انتهى

فصل ٢٨ في يمين الاكل والشرب

اعلم ان اول ما يحتاج اليه الانسان المسكن ثم الاكل والشرب والذي
ما يصل الى جوف الانسان لا يخلو عن اربعة اشياء ما كول ومشروب
وممصوص وملعوق فالما كول ما يتاتى فيه المضغ والهشم ممضوغا كان
او غير ممضوغ والمشروب ما لا يتاتى فيه ذلك فلو حلف لا ياكل لبنا
فشربه لم تحنث ولو حلف لا يشربه فتزدد فيه واكل لم تحنث لان
هذا ليس بشرب ولا الاول باكل والممصوص ما يحصل لعلاج
اللهات فلو حلف لا ياكل عنبا او رمانا فمضغه ورمى قشره وابتلع
ماءه لم تحنث لا في الاكل ولا في الشرب لان الحص نوع ثالث ليس
باكل ولا شرب والملعوق ما يتناول باللحس بالاصبع والشفاه والذوق
عبارة عن عمل الحلق دون الشفاة وينبني على ذلك مسايل ص
ومن حلف لا ياكل من هذه النخلة كان على ثمرها ش اي من حلف لا ياكل
من هذه النخلة حنث باكل ثمرها لانه اضاف اليمين الى ما لا يوكل فينصرف
يمينه الى ما يخرج منها لانها سبب له فجازت الاستعارة فيحنث
بجميع ما يخرج منها من جمار او بسر او رطب او ثمر او طلع او دبس
يسيل من رطبها لكن يشترط ان لا يتغير بصنعة جديدة لان ما
يصنعه الناس من تلك الثمرة لا يسمى ثمرة قال تعالى ليا كلوا من ثمره
وما عملته ايديهم عطف المعمول على الثمرة والعطف يقتضي المغايرة

بينهما حتى لا تحنث بالنبيذ والخل والدبس المطبوخ لان هذه الاشيا
مضافة الى فعل حادث فلم يبق مضافا الى الشجر ولو لم يكن للشجرة ثمن
ينصرف الى ثمنها ذكر المطبوخ وان كان الدبس لا يكون الا مطبوخا احترازا
عما يسيل من الرطب فانه تحنث به لانه لا يتغير بصنعة جديدة وتحنث
بالصغير لانه لم تتغير بصنعة جديدة وهذا بخلاف ما اذا حلف لا ياكل
من هذه الشاة حيث تحنث باللحم خاصة ولا تحنث باللبن والزبد لانها
ماكولة فينعقد اليمين عليها ص او من هذا البسر فترطب لم تحنث
ش اي حلف لا ياكل بسرا من غير تعيين فاكل رطبا لم تحنث لانه لم
ياكل المحلوف عليه لانه لم يبق بسرا والبسر اوله طلع ثم خلال ثم
بلح ثم بسر ثم رطب ثم تمر وهذا اذا تعلقت باسم يبقى ببقاء ذلك
الاسم ويزول بزواله ص او لحم هذا الحمل فصار كبشا حنث ش اذا
حلف لا ياكل لحم هذا الحمل فاكله بعدما صار كبشا حنث لان صفة
الصغر في هذا البيت بداعية الى اليمين فان الممتنع عنه اكثر
امتناعا من لحم الكبش فلم يتقيد اليمين بلحم الحمل وهذه المسئلة
ايضاح للفرق بينهما وبين مسئلة البسر والرطب لان صفة
البسورة والرطوبة داعية الى اليمين فتقيدت اليمين بها ص او
بسرا فاكل لم تحنث ش اذا حلف لا ياكل بسرا فاكل رطبا لم تحنث لان
المأكول غير المحلوف عليه اذ الرطب غير البسر كما قدمنا من ان اليمين
اذا تعلقت باسم يزول بزواله ص او بسرا فاكل رطبا مذنبا او بالعكس
لم تحنث وخالفه ش هنا مسالتان وفاقيتان ومسالتان خلافيتان
فالوفاقيتان فيمن حلف لا ياكل بسرا فاكل بسرا مذنبا وهو الذي عامته

بسر

رطبا او

بسر وفيه شيء ليس من الرطب او حلف لا ياكل رطبا فاكل مذنبا وهو الذي
عامته رطب وفيه شيء من البسر فانه تحنث فيهما بالاتفاق واما الخلافيتان
فيمن حلف لا ياكل بسرا فاكل رطبا فيه شيء من البسر او حلف لا ياكل رطبا
فاكل بسرا مذنبا فيه شيء من الرطب لا تحنث فيهما عند ابي يوسف هكذا
ذكر الخلاف في عامة الكتب وفي الهداية قول محمد مع ابي يوسف فالحاصل
ان الغلبة اذا كانت للمعقود عليه تحنث عند الكل واذا كانت لغير
المعقود عليه لا تحنث عند ابي يوسف وعندهما تحنث لابي يوسف
ان العبرة للغالب والمغلوب كالمعدوم كما في الرضاع وغيره ولهذا
لو حلف لا يشتري رطبا فاشترى بسرا مذنبا لم تحنث ولهما
انه اكل المحلوف عليه وغيره والمحلوف عليه غير مستهلك بغيره لانه
يراه بعينه ويسميه باسمه فصار كما لو ميز احدهما عن الاخر فقطعه
واكلهما جميعا فانه تحنث بخلاف الشراء فانه لا يحنث بالمذنب لان
الشراء يصادف المجموع جملة فصار القليل تابعا للكثير ولهذا لو حلف
لا يشتري رطبا فاشترى جملة بسر فيها رطب فانه لا يحنث ص
او لحما فاكل سمكا لم تحنثه ش قال ابو يوسف وهو قول مالك والشافعي في رواية
وهو القياس اذا قال الانسان والله لا اكل لحما فاكل سمكا يحنث وقال
ابو حنيفة ومحمد لا تحنث لابي يوسف انه سمي في القرآن لحما قال تعالى
وهو الذي سخر لكم البحر لتاكلوا منه لحما طريا والمراد به لحم السمك
بالاجماع فيتناوله الاطلاق ولابي حنيفة ومحمد وهو الاستحسان
ان التسمية مجازية لان اللحم ينشاه من الدم ولا دم فيه اذ هو من
سوء الماء وهذا حلال كله من غير ذكاة كالجراد فكان قاصرا في اللحمية

ومطلق الاسم يتناول الكامل دون القاصر فخرج عن المطلق بدلالة اللفظ
وهذا لا يفهم من لفظ اللحم لحم السمك الا بقرينة حتى لو وكل رجلا بشراء
اللحم فاشترى لحم السمك لا يلزمه وكذا بايع السمك لا يسمى لحاما عرفا

الايمان م ومبني على العرف الآتي انه لو حلف لا يركب دابة فركب كافرا لا يحنث
لما ذكرنا وان اطلق عليه في القرآن دابة وكذا لو حلف لا يجلس على وتد

وندام فجلس على الجبل لا يحنث وان سمي في القرآن قال تعالى والجبال اوتادا
وهذا اذا لم ينو بدليل ما قال الحاكم الشهيد في الكافي وان حلف لا ياكل
لحما ولا نية له فاكل سمكا طريا او ما لحا لم يحنث الا ان يعينه وان اكل لحم
الخنزير او لحم انسان حنث لانه لحم حقيقة الا انه حرام والحرام لا يمنع
انعقاد اليمين الآتي انه لو حلف لا يشرب شرابا فشرب الخمر
يحنث وكذا اذا حلف لا ياكل لحما فاكل كبدا او كرشا حنث لانه لحم
حقيقة لان منشاه من الدم ص او شحما فهو على شحم البطن وقالا
على شحم الظهر ايضا ش قال ابو حنيفة اذا حلف لا ياكل سمنا او لا
يشتري شحما لم يحنث الا في شحم البطن وقالا يحنث في شحم الظهر
ايضا لان شحم الظهر شحم حقيقة وفيه خاصية الشحم الآتي
انه يذاب كشحم البطن ويصلح لما يصلح له الشحم ويستعمل استعماله
وبينا وله اسم الشحم قال تعالى ومن البقر والغنم حرمنا عليهم
شحومهما الا ما حملت ظهورهما او الحوايا او ما اختلط بعظم فاستثنى
من الشحوم والاصل في الاستثنا ان يكون المستثنى من جنس المستثنى منه
ولابي حنيفة انه لحم حقيقة الآتي انه ينشا من الدم ويستعمل استعمال
اللحوم لا الشحوم في اتخاذ الغلايا والمباحات وله قوة اللحم ولا يطلقون

عليه

عليه اسم الشحم ولهذا لو حلف لا ياكل لحما حنث باكله ولو لم يكن لحما لما
حنث باكله فكيف يكون شحما مع كونه لحما والاستثنا في الاية منقطع
بدليل استثنا الحوايا والاستثنا المنقطع وان كان خلاف الاصل
لكنه يثبت اذا دل عليه دليل وهنا دل عليه الدليل وهو استثنا
ما اختلط بعظم وهو المخ ولم يقل احد انه شحم ولان سمي شحما لا يلزمنا
لان الايمان مبنية على العرف على ما بينا وذكر الطحاوي قول محمد مع
ابي حنيفه والشحوم اربعة شحم البطن والكلية والامعا والظهر
فلو اكل من الثلاثة الاول حنث بالاجماع وفي شحم الظهر خلاف
وقيل يحنث في شحم البطن بالاتفاق والثلاثة على الخلاف وفي جامع
قاضي خان اختلف المشايخ في محل الخلاف فقال بعضهم هو اللحم
السمين وقال بعضهم هو الشحم المتصل بالعظم ص او من هذه
الحظة فالحنث بقضمها وما لا يا كل خبزها ايضا ش قال ابو حنيفه
اذا حلف الانسان لا ياكل من هذه الحظة لم يحنث حتى يقضمها والقضم
العتر اي الاكل باطراف الاسنان وقالا ان اكل من خبزها حنث ايضا
والخلاف فيما اذا لم ينو شيا اما اذا نوى اكلها قضما او الخبز فهو على
ما نوى لانه نوى حقيقة كلامه او محتمله وهو المجاز واصل هذه
المسئلة ان الكلام اذا كان له حقيقة مستعملة ومجاز متعارف
فعند ابي حنيفة الحقيقة المستعملة اولى وعندهما العمل بالمجاز
اولى لهما ان اكل الحظة يراد به في العرف كل ما يتخذ منها فوجب
العمل بعموم المجاز ومعناه ان يكون للمجاز افراد ومن جملة افراده محل
الحقيقه فتدخل الحقيقة في المجاز كمن حلف لا يضع قدمه في دار فلان

فانه يحنث اذا دخلها حافيا او منتعلا او راكبا لعموم المجاز اجماعا فكذا هنا
ولابي حنيفة ان لهذا الكلام حقيقة مستعملة فانها تو كل قضما وقليا
وكشكا وهريسة ومجاز استعاره فالحقيقة المستعملة اولي من المجاز
المتعارف عنده لسبقها علي المجاز فصار كمن حلف لا ياكل من هذه البيضة
فاكل من فرخها وهذا يرجع الي اصل وهو ان المجاز خلف عن الحقيقة
عنده في التكلم وعندهما في الحكم وقد علم في موضعه وذكر في الاصل
ما يدل علي انه لو اكلها قضما لا يحنث عندهما فانه قال ينصرف اليمين
الي ما يصنع الناس من الحنطة والصحيح انه يحنث باكلها قضما عندهما
كما ذكر في المختصر ووجهه دخوله في عموم المجاز كما تقدم ولو زرع
الحنطة فاكل ما خرج منها لم يحنث ص وحنثه باكل سويقها ش قال
محمد اذا حلف لا ياكل من هذه الحنطة فاكل من سويقها حنث وقالا لا
يحنث لمحمد ان هذه اليمين انصرفت الي ما يتخذ من الحنطة بالعرف
الغالب والسويق يتخذ منها وابو حنيفة اعتبر الحقيقة المستعملة
كما مر وابو يوسف يقول ان المراد من اكل الحنطة عادة اكل خبزها
فلا ينصرف الي السويق ص او من هذا الدقيق فاكل خبزه حنث ش
اذا حلف لا ياكل من هذا الدقيق فاكل خبزه حنث وقال الشافعي ان
اكل من خبزه لا يحنث وان استفه حنث كذا ذكره في شرح الاقطع
ولنا ان حقيقة الكلام مهجورة عادة لان الدقيق لا يوكل كما هو
فيتعين المجاز مرادا وهو ما يتخذ منه كما اذا حلف لا ياكل من هذه
النخلة انصرفت اليمين الي ما يتولد منها فكذا هنا هذا اذا لم ينو عين
الدقيق فان نواه لا يحنث باكل الخبز ولو استف عين الدقيق هل يحنث

لم يذكر

لم يذكر محمد هذا في كتبه وقد اختلف فيه المشايخ فقال بعضهم وهو
الصحيح لا يحنث لان المجاز وهو ما يتخذ منه صار مرادا فلا يبقي الحقيقة
مرادة وقيل حنث لانه اكل الدقيق حقيقة والعرف وان اعتبر فالحقيقة
لا تسقط وان عني اكل الدقيق لم يحنث باكل الخبز لانه نوي حقيقة
كلامه ص او الخبز اعتبر المعتاد في المصر فلا يحنث بخبز الارز والقطايف
بالعراق ش اي لو حلف لا ياكل خبزا فيمينه علي ما اعتاد اهل بلد
الحالف اكله حتي لو حلف بالقاهرة ان لا ياكل الخبز ينصرف يمينه الي
خبز البر وبطبرستان الي خبز الارز وفي زبيد الي خبز الذرة والدخن
ولو اكل الحالف خلاف ما عندهم من الخبز لم يحنث وذلك لان الايمان
مبناها علي العرف واذا كان خبز الشعير او الذرة معتادا عند طايفة
يقع به الحنث عندهم والا فلا الا ان ينويه وطبرستان معرب
من تبرستان لان اهلها يحاربون بالفاس هكذا قال بعضهم
وقال العتبي في كتاب ادب الكتاب في باب ما تغير من
اسما البلاد طبرستان بالفارسية معناه اخذ الفاس وقال
في الدراية ولو حلف لا ياكل هذا الخبز فجففه ودقه ثم شربه
بما لم يحنث لان هذا ليس باكل بل هو شرب وهو الحيلة فيمن قال
ان اكلت هذا الخبز فامراتي طالق وعن ابي حنيفة فيمن قال لامراته
ان اكلت هذا الخبز فانت طالق فطلب حيلة حتي ياكل ولا يطلق
قال ينبغي ان يدق ذلك الخبز ويلقيه في عصيدة ويطبخه حتي يصير
الخبز هالكا ثم ياكل العصيدة ولا يحنث ص او شواء كان علي اللحم
او طبيخا فعلي ما يطبخ منه او يراد به اللحم المشوي عند الاطلاق دون

وليس كذلك بل معناه محل الطبرى

ش اي
انما اعتبر المتعارف
لو حلف لا ياكل شوا فهو علي اللحم
دون الباذنجان والجزر لان الشوا مع

الماديجان والجزر المشتويين لا يري ان الشواء اعم من بيع اللحم المشوي
دون غيره لمطلق الاسم ينصرف اليه الا ان ينوي كل ما يشوي من بيض
وغيره فحينئذ يحنث لانه نوي حقيقة كلامه وفيه تشديد عليه
واذا حلف لا ياكل طبيخا فهو على ما يطبخ من اللحم قال صاحب المنافع
والطبيخ على اللحم خاصة استحسانا ما لم ينو غيره بيانه ان اللفظ العام
اذا لم يمكن اجراؤه على عمومه يراد به اخص المخصوص وهذا لا يمكن اجراؤه
على عمومه لان المطبوخ من الادوية طبيخ ايضا لكن لا يراد ذلك من اسم الطبيخ
عرفا ولان من اكل الباقلا اكل الطبيخ عرفا فلما كان كذلك حمل على المطبوخ
الذي هو خاص متعارف بالمتاز الا اذا نوي غير ذلك فيصدق فيه لانه
نوي حقيقة كلامه وان اكل من مرق اللحم يحنث ايضا لانه يقال في العرف
اكل الطبيخ وان لم ياكل اللحم ولو اكل سمكا مطبوخا لا يحنث لانه لا يسمى طبيخا
عرفا قال محمد بن سماعة في اليمين على الطبيخ ينبغي ان يكون على الشحم
ايضا لانه يسمى طبيخا في العادة وان طبخ عدسا بودك فكذلك وكذا
لو طبخه بشحم او الية فان طبخه بزيت او سمن لم يكن طبيخا واذا
حلف لا ياكل راسا فيمينه على ما يكبس في التنانير ويباع في المصر
لانا نعلم انه لا يراد به راس كل شيء فان راس العصفور والجراد
لا تدخل تحته وهو راس حقيقة فاذا لم ترد الحقيقة وجب اعتبار
العرف وهو ما ذكرنا وقال ابو حنيفة او لا يقول تدخل فيه راس الابل
والبقر والغنم ثم رجع وقال في راس البقر والغنم خاصة
وقال ابو يوسف ومحمد لا يحنث الا في راس الغنم خاصة وهذا
اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان وقد كان في زمن ابي

حنيفة يباع في الاسواق راس البقر والغنم فافتى بوقوع اليمين على
راسهما وفي زمن ابي يوسف ومحمد لا يباع في الاسواق الا راس الغنم
خاصة ص او فاكهة فاكل عنبا او رمانا او رطبا فهو غير حانث ش قال
ابو حنيفة اذا حلف لا ياكل فاكهة فاكل عنبا او رمانا او رطبا لم يحنث
وقال يحنث والاصل في ذلك ان الفاكهة اسم لما يتفكه به زيادة على
ما يقع به قوام البدن فقال ابو يوسف ومحمد ان هذه الثلاثة
اعني العنب والرمان والرطب يتنعم بها فوق ما يتنعم بسائر الفواكه
فصارت من اعز الفواكه ومبني الايمان على العرف وفي عرف الناس يعتبر
هذه الثلاثة فواكه فيحنث باكلها ولابي حنيفة ان المطلق لا يتناول
المقيد بالاتفاق ثم التقييد في الشيء باحد امرين اما لقصور فيه
او لزيادة وهذه الثلاثة لزيادة معنى فيها وهو كونها صالحة للغذاء
والدواء فخرجت عن اطلاق الاسم الا ترى ان العنب والرطب
يصلحان غذاء ودواء والرمان دواء صالح خصوصا للكبد يؤيد قوله
تعالى فانبتنا فيها حبا وعنبا الى قوله وفاكهة وابا وقوله تعالى فيهما
فاكهة ونخل ورمان فعطف الرمان على الفاكهة وعطف الشيء على الشيء
يقتضي المغايرة بينهما وقال في المحيط العرف في العرف لما يوكل على
سبيل التفكه عادة وبعد فاكهة في العرف يدخل تحت اليمين ومالا
فلا واذا اكل تينا او مشمشا او خوخا او سفرجلا او اجاصا او تفاحا او
خمريا حنث بالاجماع سواء كان رطبا او يابسا ولو اكل خيارا او قثاء
او جزرا لا يحنث لانها من البقول ولهذا يودم معها والبطيخ من الفواكه
كذا ذكره القدوري وذكر شمس الائمة الحلواني ان البطيخ ليس من الفواكه

ص اوادامافهو على مايصطبغ به وحنثه باكل اللحم والجبن والبيض بيع
الخبز ويوافقهما في رواية شش قال ابوحنيفه وهو الظاهر من قول
ابي يوسف الادام شيء يخلط به الخبز وهو من الصبغ وذلك بالمايع دون
غيره حتى لو حلف لايأتدم ولايأكل ادامافاكل شيء يصطبغ به فهو ادام
والشواء ليس بادام والملح ادام وقال محمد وهو رواية عن ابي يوسف
مايوكل مع الخبز غالبا ادام كاللحم والجبن لمحمد قوله عليه السلام سيد
ادام اهل الجنة اللحم ولان الادام من الموادمة وهي الموافقة واللحم
والبيض والجبن يوافق الخبز فيكون ادامافي العرف يستعمل الناس
هذه الاشياء استعمال الادم ولهما ان الادام مايوكل تبعا للخبز
وحقيقة التبعية الاختلاط وعدم الاكل وحده وكذا كمال الموافقه
يكون بالامتزاج ونحوه من المايعات لايوكل وحده بل يشرب والملح
لايوكل وحده عادة ولانه يذوب في الغم فيحصل الاختلاط فيكون
تبعا بخلاف اللحم والجبن فانها توكل وحدها فلم يكن ادامافاما واما
الحديث فلا حجة له فيه لانه في الجنة وكلامنا في الدنيا وهي خلافها
فيجوز ان يكون ادامافيها ولانه لايلزم من كونه سيد الادام ان يكون
من الادام كما يقال الخليفة سيد العرب والعجم وان لم يكن من العجم
وهذا الخلاف فيما اذا لم يكن له نية فاما اذا نوى فيمينه على ما نوى
اجماعا واذا حلف لايأكل ادامافاكل خلا اورئيتا اودبسا اولبنا اوزبدا
اومااشبه ذلك مما يصطبغ به الخبز حنث واما العنب والبطيخ
فقد قيل انه على هذا الخلاف وذكر شمس الائمة السرخسي انه لايكون
ادامابالاجماع ثم قال وهو الصحيح لانهما يوكلان وحدهما غالبا

ولان

بخلاف الزيت مع

ولان اكلهما لايسمى موتمدا عادة وفي المحيط التمر والجوز والبقل ليست
بادام وكذلك سائر الفواكه ص اوان اكلت اليوم الا رغيفا فعبدي حر
فاكله باحد هذه لم يحنث وخالفه شش قال ابو يوسف اذا قال لرجل ان اكلت
اليوم الا رغيفا فعبدي حر فاكل معه الجبن اوالبيض اواللحم لايحنث
لكونها تبعا له كذا ذكره في الجامع الكبير وهو عكس مسئلة الاصل
وعند المحنث هو يقول انه قد يوكل وحده مقصودا فلا يكون تبعا للخبز
بالشك بخلاف ما اذا اكله مع المايعات لانها تتبع له فلا تعد زيادة عليه
وابو يوسف يقول هو ادام من وجه لانه قد يوكل تبعا فلا يحنث بها
بالشك ولو اكله مع ما هو ادام بالاتفاق كالخل والمرقة لم يحنث بالاجماع
وكان تبعا للرغيف فصار مستثنى باستثنا الرغيف ص اولايتغدى
يحنث بالاكل من الفجر الى الظهر اولايتعشى فمنه الى نصف الليل اولا
يتسحر فمنه الى الفجر ش الغدا الاكل من الفجر الى الظهر وهو في الحقيقة
اسم لطعام يوكل في هذا الوقت وهو التغدي توسعا فلو حلف لايتغدى
فاكل في هذا الوقت حنث وان اكل قبله اوبعده لم يحنث لان الطعام
المأكول فيه يسمى غدا فيتناول الاكل الواقع فيه فيحنث ولايتناول
مايأكله بعده فلا يحنث وانما كان وقت الغدا من طلوع الفجر الى زوال
الشمس لان الغدوة اسم لاول النهار الى قبل الزوال قال
تعالى وظلالهم بالغدو والاصال قيل الغدو الى وقت الزوال
والاصال بعده ثم التغدي عبارة عن اكل متراد ف يقصد به الشبع
وكذلك التعشي ولهذا لايحنث في يمينه من حلف لايتغدى حتى يأكل
اكثر من نصف الشبع واذا اكل لقمة اولقمتين لايقال انه تغدى والعبرة

فيما يتعدى به على عادة اهل ذلك الموضع حتى يعتبر الارز عند اهل طبرستان
واللبن لاهل البوادي لا للحضري حتى لو شرب اللبن حتى شبع لا يحنث
بخلاف البدوي اعتبارا للعرف والتمر لاهل بغداد كمن حلف لا يدخل
بيتا هو على الجدر للبلدي وعلى بيت الشعر للبدوي والعشاء هو الاكل
من الظهر الى نصف الليل وانما كان وقت العشاء من زوال الشمس
الى ان يمضي اكثر الليل لما روي ابو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله
عليه وسلم انه صلى احدى صلاتي العشا الظهر او العصر فسلم في ركعتين
فسمي صلاة الظهر او العصر صلاتي العشي وانما كان الى ان يمضي اكثر
الليل لان بعد مضي الاكثر يكون السحر ومعلوم في العادة الفرق بين
وقت العشاء وبين وقت السحر والسحور من نصف الليل الى طلوع الفجر
وحقيقته ما يوكل في السحر والسحر هو الثلث الاخير من الليل الى طلوع
الفجر وما بعد نصف الليل قريب منه لامحاله ص او ان اكلت او شربت
او لبست وخصص ليسمع مطلقا ش اي من حلف وقال ان اكلت
او شربت او لبست بعبدي حر وقال عنيت شيأ دون شيء
بان قال نويت اللحم او الخبز ونحوهما لم يصدق قضاء ولا ديانة
وهو معنى الاطلاق لان النية انما تعمل في الملفوظ لانها لتعيين بعض
محتملات اللفظ والطعام او الشراب او الثوب ليس بملفوظ فلا
تصح نيته لان نية التخصيص لا تكون الا بالتعميم والعموم من صفات
اللفظ وكذا اذا قال ان ركبت ونوى دابة دون اخرى لا تصح نيته
لما قلنا وعلى هذا مسايل الجامع الكبير اذا قال لا اغتسل في هذه
الدار الليلة ثم قال عنيت به عن الجنابة لا يصح لا قضاء ولا ديانة

لان ثبوت

لان ثبوت هذه الاشياء بالاقتضاء لا باللغة والثابت بالاقتضاء ثابت
ضرورة فلا حاجة الى اثبات العموم وما لا عموم فيه لا يثبت تخصيصه
روي عن ابي يوسف في النوادر ان نيته تصح ويصدق فيما بينه
وبين الله تعالى وجه الرواية اخذ الخصاف في كتاب الحيل ونحن
نقول نية غير الملفوظ لا تصح فان قيل يشكل على هذا ما اذا قال
ان خرجت او ساكنت فلانا ونوى الخروج الى سفر والمساكنة في بيت
واحد فانه يصدق ديانة حتى لو خرج الى غير السفر او ساكنه في دار
لا يحنث مع ان السفر والسكنى غير مذكورين في اللفظ قلنا الخروج
متنوع الى قصير ومديد وهما مختلفان اسما وحكما والفعل
يحتمل التنويع دون التخصيص فتصح نيته الا ترى انه لو حلف
ان لا يتزوج ونوى حبشية او رومية صح ويصدق ولو نوى امراة
بعينها لا يصدق لان الاول تنويع دون الثاني ولان ذكر الفعل
ذكر للمصدر لغة فتصح نيته وكذا المساكنة عامة متنوعة فان اعمها
ان يكون في بلدة واحدة والمطلق فيها ان يكون في دار واحدة واعمها
ان يكون في بيت واحد وقد بينا ان نية النوع في الفعل تصح نيته
لكن اذا نوى مكانا بعينه كبغداد لا تصح نيته لان المكان لا يدل عليه
اللفظ لغة وان ثبت اقتضاء ص او طعاما او شرابا او ثوبا وخصص
قيل ديانة ش اي ان زاد هذه الكلمات على كلامه الاول بان قال
ان اكلت طعاما او شربت شرابا او لبست ثوبا او ركبت دابة او
ان اغتسلت غسلا او حلف لا يتزوج امراة وعنى شيأ دون شيء تصح
نيته فيما بينه وبين الله تعالى لان النكرة وقعت في موضع الشرط

الخصاف ظ

فتعم والعموم يحتمل الخصوص كما تعم في النفي لكنه خلاف الظاهر فلا يصدقه
القاضي وعلى هذا اذا قال ان اغتسلت الليلة في هذه الدار احد ونوى
تخصيص الفاعل او المكان تصح نيته فيما بينه وبين الله تعالى بخلاف ما اذا
قيل له انك تريد ان تغتسل الليلة في هذه الدار من الجنابة فقال
ان اغتسلت فعبدي حر فهو على الجنابة لانه جواب فيتقيد بالسؤال
ص او لا يشرب من دجلة فهو على الكرع وحنثه بالشرب من مائها
ش قال ابو حنيفة اذا حلف لا يشرب من دجلة فيمينه على الكرع
وهو ان يشرب بفيه من النهر حتى لو شرب منها بانآء لم يحنث
وقال ابو يوسف ومحمد يحنث اذا شرب من مائها بانآء لانه المتعارف
يقال شرب اهل بغداد من دجلة والمراد الشرب منها باي شيء كان
ولابي حنيفة ان كلمة من للتبعيض حقيقة وهي مستعملة فيه عرفا
وكذا شرعا قال عليه السلام لقوم نزل عندهم هل عندكم ماء
بات في شن والا كرعنا والحق ان هذه المسئلة مبنية على اصل وهو
ان الكلام اذا كان له حقيقة مهجورة ومجاز مستعمل فالمجاز اولى وان
كانا مستعملين على السوا فالحقيقة اولى وان كان المجاز اكثر استعمالا
من الحقيقة فالحقيقة المستعملة اولى عند ابي حنيفه وعندهما المجاز
المستعمل اولى والحقيقة هنا مستعملة لان الناس يكرعون من الانهار
كرعا ولهذا اذا كرع يحنث بالاجماع ولا يقال الكرع داخل في عموم
المجاز لان الاجل استعمال الحقيقة لان المصير الى عموم المجاز انما يكون
بعد تعذر الحقيقة او هجرانها وقد دل الدليل على كونها مستعملة
فلا يصار اليه وهذا الخلاف فيما اذا لم يكن للحالف نية اما اذا كان

لـه نيـة

له نية فان نوى الكرع صحت نيته على قولهما ايضا قضآء وديانة لانه نوى
حقيقة كلامه وان نوى الاغتراف صحت نيته على قول ابي حنيفه ديانة
لا قضآء كذا في الذخيرة ومن اصحابنا من قال ان ابا حنيفة شاهد العرب
بالكوفة يكرعون ظاهرا معتادا فحمل اليمين عليه وهما شاهدا الناس
بعد ذلك لا يفعلونه الا نادرا فلم يحملا اليمين وكذا لو شرب من نهر يأخذ
من دجلة او من الفرات لا يحنث بالاجماع لان الاضافة قد زالت
بالانتقال الى غير فصار كما اذا حلف لا يشرب من هذا الكوز
فصب ماءه في كوز آخر وهذه المسئلة تشهد للامام لاختصاص
اليمين عندهم بدجلة دون ما انتقل اليه ماؤها وهذا اذا لم يذكر
الما فاما اذا قال من ماء دجلة فسيأتي الكلام عليه في قوله ص او من
ماء دجلة حنث بالغرف ش اذا حلف لا يشرب من ماء دجلة فشرب
منها كرعا او بالغرف او بانآء حنث لانه عقد يمينه على ماء دجلة لا على
نهر دجلة والنسبة لا تنقطع بالآنا ولهذا يقال انه ماء دجلة اذا
صب من دجلة في الجب او الحوض وكذا اذا شرب من نهر يأخذ من دجلة
بانآء يحنث في قولهم جميعا لعدم قطع النسبة الا ترى ان ماء زمزم
يحمل الى البلاد ويقال هذا ماء زمزم ولو حلف لا يشرب من البير
والجب يحنث بالآنا وهذا في البير ظاهر لان الشرب منها لا يمكن الا
بالآنا حتى انهم قالوا لو نزل في البير وكرع لا يحنث لان الحقيقة
والمجاز لا يجتمعان في لفظ واحد والحقيقة مهجورة واما الجب فان كان
ملآنا يمكن الشرب منه لا يحنث الا بالكرع عند ابي حنيفة كما في النهر
وان لم يمكن الشرب منه كرعا يحنث بالاغتراف والآنا لتعينه ولو حلف

لا يشرب من هذا الاناء فهو على الشرب فيه لانه المتعارف فيه ص ولا يجعل
تصور البر شرطا لانعقاد اليمين المطلقة وبقاء الموقتة ش ذكر لابي
يوسف اصلا وبنى عليه فروعه قال ابو يوسف تصور البر ليس بشرط
في انعقاد اليمين المطلقة عن الوقت ولا في بقاء اليمين المقيدة به
وقال ابو حنيفة ومحمد هو شرط وجه قول ابي يوسف ان اليمين
لتعقد على ما يستحيل وجوده عادة كمن قال والله لامسن السماء
وكذلك فينعقد على ما يستحيل حقيقة فانهما سيان ولهذا تحنث
للحال في المستحيل عادة وجه قولهما ان اليمين تعقد للبر فاذا لم
ينعقد في البر لا يتصور انعقادها في حق الكفارة التي هي خلف
عن البر بخلاف المستحيل عادة لانه يتصور انعقادها في حق الكفارة
التي هي خلف عن البر بخلاف المستحيل عادة بالقدرة الالهية فانعقدت
يمينه في حق البر ثم تحنث للحال لتحقق العجز عنه عادة ص فيحكم
تحنثه في يمينه ليشربن ماء هذا الكوز اليوم فصب قبل مضيه
اوليأكلن هذا الرغيف فاكل قبله اوليقضينه حقه فسقط
بالابراء اوليقتلنه فمات او كان جاهلا بموته او ان رأيت عمرا
فلم اعلمك فعبدي حر ثم رآه معه ش هذه المسايل مبنية على
الاصل المذكور فعند ابي يوسف لما لم يكن تصور البر شرطا
لانعقاد اليمين المطلقة اي التي لم يذكر فيها اليوم ولا للبقاء
في اليمين الموقتة اي التي يذكر فيها اليوم بقيت اليمين حتى يجب
عليه الكفارة بالحنث لكن في المطلقة تحنث للحال وان كان فيه
ما يحنث عند الصب لتحقق عجزه عنه فيحنث في ذلك الوقت

وفي الموقتة

وفي الموقتة في اخر الوقت لان التوقيت للتوسعة فلا يجب الفعل الا في اخر
الوقت فلا يحنث قبله وعند ابي حنيفة ومحمد لما كان تصور البر شرطا
فيهما ولم يوجد لم يبق يمينه حتى لا يحنث وعلى هذا الاصل يخرج هذان
فيهما اذا حلف ليشربن الماء الذي في هذا الكوز اليوم فصب قبل مضيه
فعند ابي يوسف يبقى يمينه لما ذكرناه وعند ابي حنيفة ومحمد لم
يبق لان قيام المعقود عليه شرط لانعقاد اليمين فكان فواته
مبطلا لها وكذا اذا حلف ليأكلن هذا الرغيف اليوم فاكله غير قبل
مضيه وكذا اذا حلف ليقضين فلانا حقه اليوم فسقط بابرائه
او هلك احدهما في اليوم وكذا اذا حلف ليقتلن فلانا اليوم فمات
قبل مضي اليوم او حلف ليقتلنه وهو جاهل بموته من قبل
فعند ابي يوسف تنعقد يمينه ويحنث اذا مضى اليوم خلافا لهما
وان علم بموته انعقدت يمينه بالاجماع وانصرفت الى حياة تحدث
له وذلك متصور كما قال تعالى فاماته الله مائة عام ثم بعثه
ويتصور الحياة المحدثة يكون قائلا لذاك الشخص المحلوف عليه
فتنعقد اليمين ثم تحنث لتحقق العجز عن الفعل للحال عادة بخلاف
الكوز اذا لم يكن فيه ماء فانه اضاف اليمين الى الماء الذي فيه للحال
وليس فيه لا الى الذي يحدثه الله تعالى فاذا حدث فيه ما كان
غير ذلك لا محالة فلم يكن محل اليمين متصورا فلم ينعقد لهذا وكذا
لو قال لزيد ان رأيت عمرا فلم اعلمك فعبدي حر ثم رآه معه ولم يقل
شيأ او قال هو عمرو فعند ابي يوسف يعتق عبده لبقاء اليمين مع فوات
المعقود عليه وعندهما لم يعتق لفوات الاعلام واقتصر في المتن على

قوله شم راه معه لاستوا الحكم في السكوت والكلام فالحاصل ان كلما
عند ابي يوسف خبر في المستقبل سواء كان قادرا عليه او لم يكن كما في
الحلف على مس السما فانها تنعقد لانه عقدها على خبر في المستقبل
وان لم يكن قادرا عليه وعندهما خبر فيه رجا الصدق لان محل الشيء ما
يكون قابلا للحكم وحكم اليمين البر وهو غير متحقق فيما ليس فيه
رجا فلا تنعقد اصلا كيمين العموس ص وحكمنا بانعقادها على المستحيل
عادة وبالحنث في الحال ش قال علماؤنا الثلاثة اذا حلف على الاشيا
المستحيلة عادة بان قال والله لاصعدن السما او لاقلبن هذا
الحجر ذهبا انعقدت يمينه وحنث عقيبها وقال زفر لا تنعقد
يمينه لانه محال عادة فصار كالمحال حقيقة كما في الحلف على شرب ما
كوز ليس فيه ما ولنا ان تصور البر شرط وصعود السما متصور
للانبيا وكذا للملايكة وكذا للجن قال الله تعالى حكاية عنهم
وانا لمسنا السما الاية واذا كان البر متصورا انعقدت اليمين
موجبة له على وجه تحله الكفارة عند فواته كساير المتصورات
وكذا انقلاب الحجر ذهبا متصور للاولياء بتحويل الله تعالى كرامة لهم
وكرامتهم حق ثابت الا انه لما كان عاجزا بحكم العادة حنث في الحال
كما فرغ من اليمين بخلاف مسئلة الكوز فانه يستحيل ان يشرب الماء من
الكوز الفارغ فلا تنعقد لعدم التصور في الحال ولو احدث الله فيه
ما كان غير ذلك كما تقدم وهذا اذا كانت يمينه مطلقة اما اذا كانت
موقتة بان قال والله لامسن السما اليوم او لاطيرن في الهوا اليوم
او لاقلبن هذا الحجر ذهبا اليوم تحنث في آخر اليوم عند ابي حنيفة ومحمد

وعلى

وعلى قياس قول ابي يوسف تحنث للحال كذا ذكر بعض اصحابنا واعترض صاحب
العناية بان تصور البر لو كان كافيا في خلفية الكفارة لوجبت في العموس
لان الله تعالى قادر على اعادة الزمان الماضي وقد فعلها لسليمان عليه
السلام واجيب بان تصور البر في اليمين العموس بان تجعل العمل الذي
لم يوجد موجودا منه وهو مستحيل ولو قال ان تركت مس السما
بعدي حر لا يحنث لان الترك لا يتصور في غير المقدور ٥ ٥

فصل ص ومن حلف لا يكلم زيدا فكلمه وهو نايم
بحيث يسمع كلامه حنث ش اي لو حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو
نايم بحيث يسمع حنث لان هذا يعد تكلما للنايم عرفا فلهذا
يحنث وان لم يستيقظ لانه اوصل الكلام الى سمعه لكن النوم كان
مانعا من الفهم فصار كما اذا كلمه وهو غافل لم يفهم كلامه اذا
ناداه بحيث يسمع ولم يفهم لتغافله ص وايقاظه به شرط
في رواية ش روي عن ابي حنيفة انه لا يحنث بمجرد الكلام من
غير ايقاظه ووجه هذه الرواية ان الكلام اذا لم يكن موقظا له
ينزل منزلة المناداة من بعيد وهو بحيث لا يسمع صوته فكان
الايقاظ على هذه الرواية شرطا وعلى ذلك اكثر المشايخ وذكر
في تحفة الفقها ولو كان نايما فناداه ان ايقظه حنث في يمينه
لانه اسمعه كلامه وان لم يوقظه لم يحنث وهو الصحيح لان الانسان
لا يعد مكلما للنايم اذا لم يتيقظ للكلام كما لا يعد متكلما مع الغايب
بخلاف ما اذا نادى المسلم اهل الحرب بالامان من موضع يسمعون
صوته الا ان غالب الراي انهم لا يسمعون بان كانوا نياما او مشغولين

بالحرب فذاك امان لا يحتاج فيه الى حقيقة السماع لان حكم الامان
حرمة القتل وحرمة الشيء اذا ثبتت من وجه دون وجه بحسبانه
من كل وجه احتياطا وفي الامان تسامح فحصل الفرق ص او الاباذنه
فاذن ولم يعلم فكلمه لم تحنث ش قال ابو يوسف اذا حلف لا يكلم زيدا
الا باذنه فاذن له ولم يعلم الحالف بالاذن حتى كلمه لم تحنث وقال
ابو حنيفة ومحمد تحنث لابي يوسف ان الاذن عبارة عن الاطلاق
وانه يتم بالاذن كما لو حلف لا يكلم فلانا الا برضا زيد فرضي ولم
يعلم الحالف به فكلمه لم تحنث لما ان الرضي يتم بالراضي فكذلك
الاذن يتم بالاذن ولهما وهو ظاهر الرواية ان الاذن ماخوذ
من الاذان الذي هو الاعلام ومنه قوله تعالى واذان من الله ورسوله
فاذا لم يوجد العلم لا يتحقق الاذن لعدم الاعلام بخلاف الرضي فانه
يتحقق بدون العلم ص او شهرا ابتدئ من حين حلف ش اي اذا
حلف لا يكلم زيدا شهرا فهو من حين حلف اي يكون اعتبار الشهر
من زمان الحلف لان ذكر المدة لاخراج ما وراءها فلو لم يذكر لتابدت
اليمين فاذا خرج ما وراء المدة بقي الشهر متصلا بالايجاب فكان اصل
الايجاب لاجل اسم الشهر لان الشهر ذكر منكرا فلا يتناول المعين
ويستدل بدلالة حال الحالف ايضا على ذلك لان الحامل له على هذه
اليمين الغيظ الذي لحقه في الحال فكان مراده ان لا يكلمه من هذه
الحالة فيقع على ثلاثين يوما من حين حلف بخلاف ما اذا نذر ان
يعتكف شهرا او يصوم شهرا لانه لو لم يذكر الشهر لم يتابد اليمين اما
لانه نكرة في سياق الاثبات واما لان الصوم غير صالح للتابيد لتحال

الاوقات التي تصلح لان يكون محلا للصوم فكان ذكره لتقدير الصوم
به وانه منكر فانه لتعيينه اي شهر شاء مطلقا متتابعا او منفردا
واما الاعتكاف فانه لو لم يذكر الشهر لتناول ادنى ما ينطلق عليه
اسم الاعتكاف فانه يعين اي شهر شاء ويلزمه التتابع لان
التتابع فيه اصل ليلا ونهارا الا اذا قال في النهار دون الليالي
فحينئذ له ان يفرق بخلاف الصوم فان التفريق فيه اصل لانه
يوجد في النهار خاصة الا اذا قال متتابعا فيلزمه التتابع ص
او لا يتكلم فقرا في الصلاة لم تحنث ش اي اذا حلف ان لا يتكلم
فقرا القرآن في صلاته لم تحنث وان قرا في غير صلاته حنث قيل
وهذا استحسان والقياس ان يحنث في الصلاة وغيرها وجه
القياس ان الكلام اسم لحروف منظومة تحتها معان مفهومة
فيكون القاري متكلما فيحنث وكذلك التسبيح والتهليل
وجه الاستحسان ان القرآن او التسبيح او التهليل وان كان
كلاما حقيقة لكنه ليس بمراد من اليمين لانه اذا وجد في
الصلاة لا يسمى كلاما عرفا وشرعا اما عرفا فلان الانسان
لا يحلف على ترك الكلام كي يترك الصلاة فلا يسمى كلاما عرفا واما
شرعا فلانه عليه السلام قال ان صلاتنا هذه لا يصلح فيها شيء من
كلام الناس قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير
هذا في عادة اهل العراق واما في بلادنا اذا حلف ان لا يتكلم فقرا
القرآن ينبغي ان لا يحنث سواء قرا في الصلاة او في غيرها واليه ذهب
الصدر الشهيد والعتابي فان الانسان يقول ما تكلمت اليوم

وانما قرات القران وهذا حسن فيهذا التعليل ينبغي ان لا يختص ببلد دون
بلد فليتامل ص او لا يقرا كتاب فلان فهمه او لا يكلمه حتى يكلمه فاستفتا
لم تحنثه فيهما وخالفه ش قال ابو يوسف اذا حلف ان لا يقرا كتاب
فلان فنظر اليه ما فيه لم تحنث وقال محمد تحنث لابي يوسف
انه ليس بقاري حقيقة ولهذا لو نظر الى الكتاب وفهم معناه
في الصلاة لم تفسد صلاته ولو نظر الى المصحف وفهم معني القران
فيه لا يجزيه عن القراة ولمحمد اعتباران ابا يوسف اعتبر الحقيقة فقال
القراة عمل اللسان وهو لا يوجد في النظر والتفكر ومحمد اعتبر المقصود
من قراة الكتب وهو فهم ما فيها وهذا المقصود تحصل بالنظر والتفكر
بخلاف ما اذا حلف لا يقرا القران فنظر فيه لان المقصود من قراة القران
حصول الثواب وثواب القراة لا يحصل بمجرد التفكر واما المسالة
الثانية وهي ما اذا حلف لا يكلم فلانا حتى يكلمني او الان يكلمني فسلم
كل واحد منهما على الاخر معا قال ابو يوسف لا يحنث وقال محمد
تحنث لابي يوسف ان معناه في العرف اذا قال والله لا اسبقك
بكلام ولم يسبقه تحنث فكذا هذا ولمحمد انه منع نفسه بهذا اليمين
عن ان يكلمه الى غاية كلام صاحبه فلما كلمه قبل ان يكلمه صاحبه
فقد وجد كلامه قبل الغاية فوجد شرط الحنث فيحنث ضرورة قال
في التحفة كلام محمد في المسالة ظاهر قال وفي القدوري وعلى هذا
سائر الافعال فان حلف لا يدخل هذه الدار حتى يدخلها فلان فدخلاها
معا ص او لا يكلم عبد فلان او امراته او صديقه او لا يدخل داره ففعل
بعد البيع والابانة والعداوة لم تحنث وحنثه في اضافة النسبة في

وفهم

في رواية ش اذا حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبد بعينه او امراته او
صديقه او حلف ان لا يدخل داره فكلم عبده او دخل داره بعد البيع او
كلم امراته بعد الطلاق البائن او كلم صديقه بعد العداوة لم تحنث
لان هذه اليمين معقودة على فعل واقع في محل مضاف الى فلان اما اضافة
ملك او سببة ولم يوجد فلم تحنث قال صاحب الهداية وهذا في اضافة
الملك متفق عليه وفي اضافة السببة تحنث عند محمد قال في
الزيادات لمحمد ان هذه الاضافة للتعريف لا للتقييد لان المراة والصديق
يقصدان بالهجران لانهما يعاديان بذاتهما فلا يشترط دوامهما فيتعلق
الحكم بعينه كما في الاشارة ولابي حنيفة ولابي يوسف ان كلا من المضاف
والمضاف اليه مقصود ثبت ان لا يسقط اعتبار الاضافة فاذا احتمل
ان يكون كلاهما مقصودا او لا يكون مقصودا فاذا ذكره بالاضافة لا تحنث
بعد زوال الاضافة بالشك وتركيب الاضافة له مزيد هذا
كله في مطلق الاضافة ص وان زاد الاشارة حنث في المراة والصديق
وحنثه في العبد والدار ايضا ش وان زاد الاشارة مع الاضافة بان
قال والله لا اكلم عبد فلان هذا او لا ادخل داره هذه او لا اكلم
امراة فلان هذه او صديق فلان هذا فباع عبده وداره او ابان امراته
او عاد اصديقه قال ابو حنيفة وابو يوسف حنث في المراة والصديق
ولم تحنث في العبد والدار وقال محمد وهو قول زفر تحنث في العبد
والدار ايضا له ان الاضافة للتعريف وما هو للتعريف لغو عند
وجود ما هو ابلغ منه فيه والاشارة ابلغ منها لكونها قاطعة للشركة
لكونها بمنزلة وضع اليد عليه فترجحت الاشارة ولابي حنيفة وابي

يوسف ان الحالف لما جمع بين الاضافة والاشارة لزم اعتبارهما ما امكن
لان لكل واحدة فايدة امّا فايدة الاضافة فلان العبد لا يحجر لعينه وانما
يحجر لاجل مالكه فكان المقصود اظهار غيظ الحقه من المالك والدار اولى
بهذا الحكم واما فايدة الاشارة فتقييد اليمين بهذا المحل لعداوة وقعت
بينهما بسبب هذا المحل فاذا تغاير المراد بهما وجب اعتبارهما فالمحل
في الدار لا يصلح داعيا وكذلك العبد لابعادي غالبا لسقوط منزلته
فالمعتبر اضافة العبد والدار دون الاشارة بخلاف المراة والصديق
فان كلا منهما داع الى اليمين ولا تاثير للاضافة فيهما وانما التاثير لعيني
في ذاتهما ص او صاحب هذا الطيلسان او هذا الشاب فكلمه بعدما
باعه او شاخ حنث ش اي اذا حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان
فباع المحلوف عليه الطيلسان ثم كلمه حنث لان اضافة الصاحب
الى الطيلسان ليست الا للتعريف لا للتقييد لان الطيلسان لا يصلح
ان يكون للمعاداة فصار كانه قال لا اكلم هذا بالاشارة الى صاحب
الطيلسان حتى لو كلم مشتري الطيلسان لا يحنث لان الطيلسان
لا يعادي واذا حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه بعد ما صار شيخا
حنث ايضا لان الصفة في الحاضر لغو وفي الغايب معتبرة الا اذا كانت
الصفة الحاضرة داعية الى اليمين فحينئذ يعتبر وتقييد اليمين
بتلك الصفة مما اذا حلف لا ياكل هذا الرطب فاكله بعد ما صار تمرا
لا يحنث لتقييد اليمين بصفة الرطوبة لان تلك الصفة داعية الى اليمين
وان ذكرت في الحاضر وهذا لان من الناس من يضره الرطب فيقيد به
وفي مسئلتنا الصفة في الشاب لم تعتبر داعية لان هجران الصغار

مهجور شرعا لقوله عليه السلام من لم يرحم صغيرنا الحديث فلو اعتبرت
الصفة داعية الى اليمين يلزم الهجران شرعا فلا يجوز هكذا اعلل صاحب
غاية البيان اطلق الصغير على الشاب كانه اراد به الحداثة ص او
حينا او زمانا او عددهما وقع على ستة اشهر ش اي اذا حلف لا يكلم
فلانا حينا او زمانا او الحين او الزمان ولا نية له على شيء من الوقت
فهو على ستة اشهر لان الحين جاء بمعنى الوقت القصير لقوله تعالى
فسبحان الله حين تمسون وحين تصبحون اي اي ساعة تمسون
وجاء بمعنى الوقت المديد لقوله تعالى هل اتى على الانسان حين من
الدهر قال اهل التفسير انه اربعون سنة وجاء بمعنى ستة
اشهر قال تعالى تؤتي اكلها كل حين باذن ربها قال ابن عباس
وسعيد بن المسيب هو ستة اشهر فيحمل عليه لانه المتوسط
وخير الامور اوساطها وهذا لان القصير لا يقصد للامتناع عنه
باليمين لعدم الحاجة الى اليمين في الامتناع عن الكلام في ساعة
واحدة لانه يوجد فيها عادة بلا يمين وكذا المديد لا يقصد غالبا
لانه بمنزلة الابد فلو كان مراده ذلك لم يذكر الحين ولو سكت تابدت
اليمين فحيث ذكر لا بد له من فايدة سوى المستفاد عند عدم ذكره
والا لم يكن لذكره فايدة فتعين الاوسط وكذا الزمان يستعمل استعمال
الحين في اللغة يقال ما رايتك من زحين ومنذ زمان ثم لا فرق
في الحين والزمان بين المنكر والمعرف والاعتماد فيه على اللغة
ثم تعين ستة اشهر من حين حلف في قوله والله لا اكلمه فلانا
حينا او زمانا بخلاف قوله والله لا صومن حينا او زمانا حيث لا يتعين

له ان يعين اي ستة اشهر كانت ص او دهرا فهو موقوف وجعلاه
كالحين ش قال ابو حنيفه اذا حلف ان لا يكلم فلانا دهرا لا ادري
ما هو اي لا ادري كيف هو في التقدير وقال ابو يوسف ومحمد يقع
على ستة اشهر والخلاف في المنكر خاصة هو الصحيح واما المعرف بالالف
واللام فانه يراد به الابد بالاجماع قال عليه السلام لاصيام
لمن صام الدهر يعني جميع العمر لما انه يستعمل استعمال الحين عند
العرب يقال لزار فلانا منذ دهر ومنذ حين ومنذ زمان بمعنى
واحد ولابي حنيفة ان الدهر لا نص فيه عن احد من اهل اللغة
ودلالته متعارضة الا ترى الى قوله تعالى وما يهلكنا الا الدهر
والى قوله عليه السلام لا تسبوا الدهر الحديث فيجب التوقف فيه
والتوقف عند عدم المرجح من الكمال كما روي انه عليه السلام سئل
عن خير البقاع فقال لا ادري حتى اسال جبريل عليه السلام فسال
جبريل فقال لا ادري حتى اسال ربي عز وجل فصعد الى السما
ونزل فقال سالت ربي عن ذلك فقال خير البقاع المساجد
وخير اهلها من يكون اولهم دخولا واخرهم خروجا وسئل بن عمر
رضي الله عنه عن شيء فقال لا ادري ثم قال بعد ذلك طوبى لابن
عمر سئل عن شيء لا يدري فقال لا ادري فعلم ان توقفه من
علامة زهده وتورعه واضافه وقيل انما قال لا ادري
تاديبا وحفظا للسانه عن التحدث فيه فان راي استعمال الناس
فيه مختلفا فان المعرف منه للابد والمنكر منه بخلاف ذلك فقال
لا ادري ما الدهر فان اللغات لا تدرك بالراي فترك الخوض فيه

بلغ مقابلة

بالقياس

بالقياس وفيه تعليم وتنبيه للمعنى اذا لم يظهر له الدليل الواضح
توقف ويتروي حتى لا يقع في الخطا والجهل نعوذ بالله من ذلك
وقال بعض العارفين من قال لا ادري فيما لم يدر فقد افتدى
في الفقه بالنعمان وقد توقف ايضا في الحنثي ومحل اطفال المشركين
في الاصح ووقت الحنث ص او اياما وشهورا او سنين وقع على
ثلاثة وان عرفها فمن عشرة وقالا اسبوع وسنة والعمر ش
اذا حلف ان لا يكلم فلانا اياما فهو على ثلاثة ايام وهو رواية
الجامع الكبير وذكر فيه انه بالاتفاق وذكر في كتاب الايمان انه
على عشرة ايام عندهما في المعرف وذكر الاستنجابي ان الاصح
رواية الجامع الكبير لانه ذكر منكرا ولا دلالة فيه على الجنس والعهد
ينقع على اقل الجمع وهو الثلاثة وكذلك شهورا او سنين او من
او احايين فهو على ثلاثة من كل صنف بالتعليل المذكور في ايام وان
حلف لا يكلمه الايام او الشهور او السنين قال ابو حنيفه هو على
عشرة من كل صنف وقال ابو يوسف ومحمد في الايام يقع على سبعة
ايام وفي الشهور على اثني عشر شهرا وفي السنين على الابد واصل
ابي يوسف ومحمد انه ينظر ان كان ثم معهود ينصرف يمينه اليه
ولا ينصرف الى جميع العمر وفي الايام المعهود في عرف الناس ايام الاسبوع
فكانت الجمعة هي المرادة وفي الشهور المعهود شهور السنة فكانت
السنة هي المرادة ولا معهود في السنين فانصرفت يمينه الى جميع العمر
لان مبنى الايمان على العرف بخلاف قوله ان تزوجت النساء حيث
يقع اليمين على الواحدة لتعذر الصرف الى الجميع فلا يمكن صرفها الى الجميع

كما قالا في العمر والى العشرة كما قال الامام لما قلنا من تعذر العرف
الى الجميع وان عنى الجميع قيل لا يصدق لانه خلاف الظاهر وقيل يصدق
لانه نوى حقيقة كلامه ووجه قول الامام ان حرف التعريف اذا دخل
على اسم الجمع ينصرف الى اقصى ما ينطلق عليه اسم الجمع وهو العشرة
لان الناس يقولون في العرف اربعة ايام وخمسة ايام الى عشرة ايام
ثم بعد ذلك يقولون احد عشر يوما ومائة يوم والف يوم فلما كانت
العشرة اقصى ما ينتهي اليه لفظ الجمع كانت هي المرادة لان اللام للجنس
ص ومن حلف على نفي فعل تركه ابدا او على فعل فعله مرة ش
اي اذا حلف ان لا يفعل كذا لزمه الترك ابدا واذا حلف ليفعلن
كذا فاذا فعله مرة واحدة برئ في يمينه اما في صورة النفي فانما لزمه الترك
ابدا لانه نفى فعل ذلك الشيء مطلقا ولم يقيده بشيء دون شيء فيحمل
الامتناع عنه ضرورة عملا باطلاق النفي نكرة لان كل فعل يدل على مصدر
نكرة والنكرة في سياق النفي تعم وليس كذلك اذا حلف على الاثبات
مثل قوله ليصلين او ليصومن فانه اذا وجد منه فعل ذلك الشيء مرة
واحدة برئ في يمينه لان النكرة في موضع الاثبات تخص فيجتزأ بادنى
ما ينطلق عليه اسم المحلوف عليه سواء فعله مختارا او مكرها او ناسيا
او بطريق الوكالة فيبر باي فعل فعله لكنه حنث بالياس عن الفعل
وذلك اما بموته او بموت المحلوف عليه لانه محل الفعل ص ومن استحلف
الوالي ليعلمنه بكل داعر اختص بحال ولايته ش اي اذا استحلف
الوالي رجلا ليعلمنه بمكان كل داعر دخل البلد فهذا على حال ولايته
خاصة في ظاهر الرواية وذلك لان المطلق لا ينقيد الا بدليل وهنا

تقيد بحال الولاية بدليل غرض الوالي لان مقصوده دفع شر الداعر
الذي رفع خبره الى الوالي او دفع شر غيره ذلك الداعر لانه اذا زجر
وادب ينزجر غيره ودفع شره ودفع شر غيره بالزجر لا يكون الا في
حال ولايته فيتقيد اليمين بتلك الحالة حتى اذا عرفه الحالف
ولم يرفع خبره الى الوالي حتى عزل لا يحنث بترك الرفع هذا كله
وجه ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف انه يجب الرفع اليه
بعد العزل لانه مفيد في الجملة وعنه انه يبطل الرفع بعزله
لا بموته ص ولو قال لامرأته ما اكتسيه من غزلك هدي
فاشتري قطنا فغزلته واكتسى منه فهو حانث وشرطا ملكه
يوم النذر ش قال ابو حنيفة اذا قال الرجل لامرأته ان لبست
من غزلك ثوبا فهو هدي او صدقة فتصدق به على فقراء مكة
فاشتري بعد اليمين قطنا فغزلته ونسجته واكتسى به يلزمه
ان يهديه وقال ابو يوسف ومحمد ليس عليه ان يهديه الا
اذا غزلته من قطن كان في ملكه يوم حلف لان النذر لا يصح
الا في الملك او مضافا الى سببه لقوله عليه السلام لا نذر فيما
لا يملك بن آدم ولم يوجد واحد منهما اذا غزل المرأة واللبس
ليسا من اسباب الملك فلا يصح النذر في حق القطن المشتري
بعد الحلف وصار ذلك نظير ما لو قال ان تسريت امة
فهي حر ولابي حنيفة ان العادة الفاشية بين الناس ان المرأة
تغزل من قطن زوجها الا ناذرا فكانه قال كل ثوب البسه
من مغزول مملوك لي بعد ذلك فهو هدي ولو صرح بذلك كان النذر

مضافا الي الملك ويصح فكذا هذا بخلاف مسئلة التسري فان التسري
ليس من اسباب الملك ثم اذا نذر ان يهدي ثوبا جاز له
ان يتصدق به على مساكين مكة او غيرهم واما اذا نذر ان يهدي
ثوبا جاز له ان يتصدق بثمنه فلا بد ان يذبحه بمكة ويتصدق به
لانه اسم لما يهدي اليها ولو تصدق به حيا لا يكون هديا ولا
يجزيه الا اذا ذبحه ص ومشرط الحنث بالتحلي ليس اللآلي مرصعة
وقالا وحدها ش قال ابو حنيفه اذا حلف لا يلبس حليا فلبس
عقد لولو غير مرصع بالذهب لا يحنث وقالا يحنث لان اللولو
حلي قال تعالى وتستخرجون منه حلية تلبسونها والمستخرج
من البحر هو اللولو غير موضع وقد سماه الله تعالى حلية فيحنث
في يمينه لانه لبس حليا ولابي حنيفة ان التحلي باللولو في عرف الناس
لا يجري الا مرصعا بالذهب فلا يعتبر اللولو وحده فلا يحنث
بلبسه لان مبنى الايمان على العرف لا على الفاظ القران فانه لو حلف
لا يجلس في السراج فجلس في الشمس لا يحنث وان جعلت
الشمس في القران سراجا والحلي في اللغة كما يلبس من ذهب
او فضة او جوهر لكن لا يقال لخاتم الفضة حلي لعرف الناس
واطلاق الشرع للرجال في استعماله ولو كان حليا حرم عليهم كما
تحرم سائر الحلي بخلاف السوار والخلخال والقلادة فانه يحنث
بلبس كل واحد منهما وان كان فضة لانه لا يحل استعماله للرجال
فكان حليا والحلي بفتح الحاء وسكون اللام بمعنى الحلية وهو لا جمع
على حلي بضم الحاء وكسر اللام مع التشديد ص وقيل الخلاف

عرفي

عرفي فيفتي بقولهما ثم قال صاحب المختلف قيل هذا اختلاف
عصر وزمان فانه كان في زمن ابي حنيفه لا يتحلى به وحده وفي زمانهما
كان يتحلى به وحده وقال الفقيه ابو الليث قال كل واحد
منهم على عادة زمانه وقال صاحب الهداية ويفتي بقولهما
وتبعه المصنف

قال ه فتوى

فصل ٢٩ في البيع والشراء والتزوج

الاصل فيه ان كل فعل يرجع حقوقه الى المباشر لم يحنث الحالف
ان لا يفعله عما شره وكيله لوجود الفعل من الوكيل حقيقة وحكما
ولهذا لا يضيفه الى الآمر بل الى نفسه وينفذ عليه لو باشره بغير
امره وان كانت حقوقه ترجع الى الآمر بحيث يفعل الوكيل كما يحنث
بالمباشرة لان المباشر فيه سفير ومعبر ولهذا لا يضيفه
الى نفسه بل الى الآمر ويتوقف لو باشره بغير امره ولا ينفذ عليه
ص ومن حلف لا يبيع او لا يشتري او لا يواجر فوكل به لم يحنث
ش ومن حلف لا يبيع او لا يشتري او لا يواجر فوكل به اي وكل
من يعمل ذلك لم يحنث وكذا سائر المعاوضات المالية لان الفعل
وجد من الوكيل حقيقة وكذا حكما ولهذا رجعت الحقوق اليه
حتى لو كان الوكيل حالفا حنث بمباشرتها فلم يوجد الفعل من الموكل
لا حقيقة ولا حكما وانما الثابت للموكل حكم العقد وهو الملك لا
نفس العقد الذي يترتب عليه حقوق العقد فلذلك لم يحنث
الا اذا نوى ان لا يامر به غيره فحينئذ يحنث بالتوكيل لانه شدد على
نفسه فتصح نيته ويحنث بفعله ايضا لانه يتنا وله حقيقة فلا
تغير نيته او يكون مثله لا يباشر هذه الاشياء كالقاضي والامير

فحينئذ تحنث بالامر فاذا حلف لايبيع اولا يشتري فكانه قال لآمر بالبيع
ولا آمر بالشراء بدلالة الحال لانه يمنع نفسه عما يعتاده وعادته الامر
دون المباشرة فينصرف اليه لان اليمين تتقيد بالعرف وبمقصود
الحالف ولهذا يتقيد بمباشرته بنفسه لو كان مثله ممن يباشر
هذه الاشياء حتى لا يحنث بالتوكيل لان غرضه بالحلف التوقي من الحقوق
وان كان يباشرها تارة ويامر اخري يعتبر الاغلب واما السلطان
او القاضي اذا حلف ليضربنه فامر عبيده فضربه بر في يمينه الا ان
ينوي بيده فيدين في القضاء اولا يتزوج اولا يطلق اولا يعتق
فوكل به حنث ش وانما يحنث بفعل الوكيل لان حقوق العقد راجعة
الي الموكل لا الي نفسه وانما الوكيل سفير فكان لسان الوكيل كلسان
الموكل وان قال عنيت ان لا افعل بنفسي صدق ديانة لانه نوي
شيا يحتمله لفظه فصحت نيته والله يعلم المفسد من المصلح وعالم
الغيب والشهادة ولا يصدق قضاء لانه خلاف الظاهر وان كان
محتملا والفقه في ذلك ان العقد متي رجعت حقوقه الي من وقع
العقد له فمقصود الحالف من الحلف التوقي عن حكم العقد وعن
حقوقه وكلاهما يرجعان اليه ومتي رجعت حقوقه الي العاقد
لا الي من وقع حكم العقد له فمقصوده من الحلف التوقي من رجوع
الحقوق اليه وهي لا ترجع اليه فلا يحنث ومما يحنث بالمباشرة
والامر عند بعض المشايخ في اثنين وعشرين مسيله وهي النكاح
والطلاق والخلع والعتق والكتابة والصلح عن دم العمد والهبة
والصدقة والقرض والاستقراض وضرب العبد والذبح والبناء

والخياطة

والايداع والاستيداع والاعارة والاستعارة وقضاء
الدين وقبضه والكسوة والحمل فهذه الاشياء يحنث فيها بالمباشرة
والتوكيل واما الا يحنث الحالف بمباشرة المامور فهو البيع والشراء
والايجار والاستيجار والصلح عن المال وكذلك القسمة ومن المشايخ
من الحق الخصومة بهذا القسم ص او لا يتزوجها او لا يشتريه بالكوفة
فقبل بها ايجاب فضولي واجيز بالبصرة لم يحنث وخالفه وهو
ظاهر المذهب ش قال ابو يوسف اذا حلف ان لا يتزوج امراة
بالكوفة فتزوج امراة بها بغير امرها بان زوجها فضولي وهي بالبصرة
فبلغها الخبر فاجازت النكاح بالبصرة او حلف ان لا يشتري شيا
بالكوفة فقبل بها ايجاب فضولي ثم اجاز البيع بالبصرة لا يحنث
وقال محمد يحنث لابي يوسف ان تمام النكاح بنفاذه ونفاذه
باجازتها فكان تمام النكاح حاصلا بالبصرة فلا يحنث وكذلك
عقد الشراء علي هذا ولمحمد ان العقد الموجود منه بالكوفة هو النافذ
بالاجازة لان النفاذ عند الاجازة ثبت مستندا الي وقت العقد
فكان النكاح النافذ موجودا منه بالكوفة ولهذا كانت الشهود شرطا
عند العقد لا حين الاجازة والمذكور في الجامع الصغير انه ظاهر
المذهب والتنبيه عليه من الزوايد ص او لا يهب عبد لفلان
فوهبه ولم يقبله او قبل ولم يقبضه حكمنا يحنثه ش قال
علماؤنا الثلاثة اذا حلف ان لا يهب عبد من فلان فوهبه اياه فلو
يقبل فلان هبته او قبلها لكن لم يقبضه يحنث سواء قبل الموهوب له
او لم يقبل وقال زفر لا يحنث لان الهبة عقد تمليك كالبيع وفي

البيع لايحنث مالم يملكه المشتري بالقبول فوجب ان لايحنث في الهبة
مالم يملكه الموهوب له بالقبول والقبض وفي رواية عنه لايحنث
مالم يقبل ولنا ان الهبة تمليك بلاعوض فيتم بالواهب واما
القبول فشرط ثبوت الملك والملك حكم الهبة وشرط الحنث الهبة
لاحكمها ولهذا يقال وهب ولم يقبل وعلى هذا الخلاف العارية
والصدقة والعطية والاقرار والوصية بان حلف لايعير الى اخر
ففعل ولم يقبل الاخر لان كل ذلك تمليك بلاعوض بخلاف البيع فانه
لايحنث فيه الا بالقبول لانه معاوضة فاقتضى التمليك والتملك
وفي النهاية اختلف اصحابنا فقال بعضهم الملك يثبت في الهبة
قبل القبول الا ان بالرد ينتقض دفعا لصفة المنة وقال
بعضهم لايثبت لاحتمال ان يكون للموهوب محبوبا للموهوب
له فيعتق فلايمكن دفع الضرر فيتوقف الثبوت على القبول ص
اوليقضين دينه الى قريب الصرف الى مادون الشهر او الى بعيد
فالى اكثر منه ش الاصل في هذا الباب ان الديون تقضى بامثالها
وان العيب لايعدم الجنس اي ومن حلف ليقضين الى قريب
الى اخر لان مادون الشهر يعد قريبا عادة والشهر ومافوقه
يعد بعيدا عرفا ولهذا يقال بعد العهد بما لقيتك منذ شهر
فان قيل ذكر في المختصر ان البعيد اكثر من الشهر فلايكون الشهر
بعيدا قيل ان الشهر بالنسبة الى مادون الشهر كثير والضمير
في قوله منه راجع الى ما في قوله مادون الشهر فلايرد عليه سوال
وهذا فيما اذا لم ينو شيئا اما اذا نوى فهو على ما نوى بدليل ماذكر في

الاجناس

الاجناس ولو قال والله لااكلم فلانا قريبا فهو على اقل من شهر
بيوم ثم قال وقال ابو حنيفة ان نوى اكثر من شهرين في القضا
ص اوليقضين دينه اليوم فقضاه ثم وجد المستحق بعضها
زيوفا او نبهرجة او مستحقة لم يحنث او رصاصا او ستوقة حنث
فالزيف ما زيفه بيت المال ولكنه يروج فيما بين التجار والنبهرجة
ما بهرجه التجار لخش فيه وهو ردي من الزيف والستوقة
فارسية معربة ومعناها ثلاث طاقات لانها صفر ممزوج من الجانبين
بالفضة وانما لم يحنث في الثلاثة الاول لان الزيافة عيب
وهو لايعدم الجنس ولهذا لو تزوج به صار مستوفيا وكذلك
النبهرجة من جنس الدراهم ولهذا لجوز اخذها في ثمن الصرف
وكذلك قبض الدراهم المستحقة للغير صحيح ولهذا لو اجاز المالك
جاز بخلاف الرصاص والستوقة حيث تحنث فيهما اذا خرج اليوم
ولم يستبدل الجياد في اليوم لان القضا لم يقع بها لانها ليست من
جنس الدراهم ولهذا لايجوز اخذها في الصرف حلف ليقضين
من فلان حقه فاخذ من وكيله او كفيل عنه بامره او محتال عليه
بامر المطلوب بر وان كانت الكفالة والحوالة بغير امر المطلوب
حنث لان القبض ليس من المحلوف عليه الا ترى ان الدافع لايرجع عليه
وفي الفصل الاول الاخذ من وكيله اخذ منه لما بينا ان حقوق القضا
ترجع الى المامور وكذا كفيله بامره كالوكيل ولهذا يرجع بما ادى عليه
ص اولايقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه لم يحنث
حتى يقبض جميعه وان قبضه في وزنتين لم يفصلهما بغير عمل

الوزن لم تحنث ش اذا كان لرجل علي اخر مائة درهم فقال عبدي حران
اخذتها منك اليوم درهما دون درهم فاخذ منها خمسة ولم ياخذ
ما بقي حتى غابت الشمس لم تحنث لان شرط حنثه اخذ كل المائة على
التفريق فكانه قال ان اخذت المائة متفرقة ولو قال هكذا لم تحنث
ما لم يوجد قبض الكل بصفة التفريق واما اذا اخذ الكل مجتمعا
او قبض البعض متفرقا لم تحنث لانعدام شرط الحنث وهو قبض
الكل متفرقا فان قبض دينه في وزنتين لم يتشاغل بينهما الا
بحمل الوزن لم تحنث والقياس ان تحنث كذا ذكره ابو المعين النسفي
وذلك لان شرط الحنث قبض الكل متفرقا وقد حصل ذلك لانه
لما وزن خمسين فدفعها اليه ثم وزن خمسين اخرى فدفعها اليه
حصل قبض الكل بصفة التفريق لا محالة لكنه لا تحنث في الاستحسان
لان الناس يعدون هذا قبض الجملة دفعة واحدة فيقولون
قبض فلان حقه دفعة واحدة والمعنى الجامع الموجب للاتحاد وهو
المجلس موجود ولان المال الكثير لا يمكن قبضه جملة الا بهذا الطريق
فيجعل مستثنى عن اليمين بدلالة الحال وفي الجامع الصغير مسئلة
مما ينبغي ان تعرف وهي ما اذا قال الرجل ان كان لي الا مائة درهم
فامراته طالق فلم يملك الا خمسين درهما لم تحنث وذلك لان
شرط الحنث ملك ما زاد على المائة فيكون للخمسين ضرورة لان
استثناها لا يكون الا بجميع اجزايها والخمسون من اجزايها ومما
ينبغي ان يعرف مسئلة ذكرت في الفتاوي الظهيريه في تحليف الظلمة
رجل حلف رجلا فحلف ونوى غير ما اراد المستحلف ان كانت اليمين

بالطلاق او العتاق ونحوهما تعتبر نيته الحالف ظالما كان الحالف او
مظلوما وان كانت اليمين بالله عز وجل فان كان الحالف مظلوما
تعتبر نيته وان كان ظالما تعتبر نية المحلف وهو قول ابي حنيفة

كتاب ٣٠ ادب القاضي

ومحل الادب
هو التخلق بالاخلاق الجميلة والخصال الحميدة في معاشرة الناس
ومعاملتهم وادب القاضي التزامه ما ندب اليه الشرع من بسط
العدل ورفع الظلم وترك الميل والمحافظة على حدود الشرع
والجري على سنن السنة والقضا في اللغة الاحكام والاتقان
قال قاضيخان وعليهما مسرودتان قضاهما داود اوصنع السوابغ تبع
اي احكم صنعتهما وفي الشرع فصل الخصومات وهو من افضل
العبادات وبه امر كل نبي قال تعالى انا انزلنا التورية فيها
هدى ونور يحكم بها النبيون وقال تعالى لنبيه صلى الله عليه
وسلم وان احكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع اهواهم وقال
لداود عليه السلام احكم بين الناس بالحق والحاكم نايب الله
تعالى في ارضه في ايصاف المظلوم من الظالم وايصال الحق الى مستحقه
ودفع الظلم عن العباد والامر بالمعروف والنهي عن المنكر ولاجل
هذه الاشيا شرع الله تعالى الشرايع وارسل الرسل عليهم السلام
ومحاسنه لا تخفى على احد ولولا ذا كل لفسد حال العباد والبلاد وهو
مفوض الى الخلفا والسلاطين غير انهم اذا عجزوا بانفسهم اما لعدم
العلم او لاشتغالهم باموار اخر يجب عليهم ان يقلدوا من كان يصلح له
من اورع الناس وافقههم فاذا وجدا اثنان احدهما اورع والآخر افقه

فالاورع اولي لانه يمكنه ان يقضي بعلم غيره ص لا تصح ولاية القاضي حتى
يكون اهلا للشهادة ش انما كانت شرايط الشهادة من الحرية والبلوغ
والعقل والعدالة شرطا في القضا لان كل واحد منهما ثبتت به الولاية
على الغير الشاهد بشهادته يلزم الحاكم ان يحكم والحاكم بحكمه يلزم الخصم
ومن صلح شاهدا صلح قاضيا فكانا من باب واحد ليستفاد احدهما
من الاخر وما احسن ما جمع عمر بن الخطاب رضي الله عنه في كلمات جامعة
لشريح حين كتب اليه ان لا تساور ولا تضار ولا تبيع ولا تبتاع
ولا ترتشي ولا تقضي وانت غضبان بين اثنين ولا يصلح للقضا
من لا تقبل شهادته مثل الاعمى والعبد والمحدود في القذف واما
المراة فتصلح للقضا في الاموال دون الحدود ص وتفضل تولية
المجتهد العدل ش الاولى ان يكون القاضي مجتهدا الان الحادثة
اذا وقعت يجب طلبها من الكتاب ثم من السنة ثم من الاجماع فان لم
توجد في شي من ذلك استعمل الراي بالاجتهاد كما جا في حديث معاذ
رضي الله عنه حين بعثه رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن
وولاه الحكم بما قال له كيف تصنع ان عرض حكم قال اقضي بما في
كتاب الله قال فان لم تجد قال بما في سنة رسول الله قال فان لم تجد
قال اجتهد راييي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحمد لله الذي
وفق رسول رسوله لما يرضي الله ورسوله وانما لم يذكر الاجماع لانه
لا اجماع مع وجوده صلى الله عليه وسلم لانه بمنزلة القياس مع النص
بعده صلى الله عليه وسلم ولانه اقدر على الحق واختلفوا في حد الاجتهاد
فقيل ان يعلم الكتاب بمعانيه والسنة بطرقها والمراد بعلمها علم ما

يتعلق

بلغ مقابلة

يتعلق به الاحكام منها ومعرفة الاجماع والقياس ليمكنه استخراج الاحكام
الشرعية واستنباطها من ادلتها والاشبه ان يقال ان يكون صاحب
حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الاثار او صاحب فقه له معرفة
بالحديث كيلا يستعمل القياس في المنصوص عليه وقيل لا بد مع هذا
ان يكون صاحب قريحة يعرف بها عادات الناس لان كثيرا من الاحكام
تبتني عليها قالوا والمعني ينبغي ان يكون هكذا لان الناس يرجعون
اليه في حوادثهم ويعتمدون به ويقتدون قوله فينبغي ان يكون بهذه
الاوصاف وقد ذكر الخصاف ما يدل على جواز تولية غير المجتهد فانه
قال القاضي يقضي باجتهاد نفسه اذا كان له راي فان لم يكن له راي
سال فقيها واخذ بقوله ص ويجبر تولية الجاهل ش قال علماؤنا
يجوز تولية الجاهل ويقضي بفتوى غيره وقال الشافعي لا يجوز
الا ان يكون عدلا مامونا عالما لقوله عليه السلام القضاة ثلاثة
قاض في الجنة وقاضيان في النار فسر الاول بالعالم العادل الذي
يحكم بعلمه والاخرين فقال احدهما جاهل يحكم بالجهل والاخر عالم
يحكم بالجور ولانه مامور بالقضا بالحق والجاهل عاجز عنه ولا يمكن
جعله عالما بعلم غيره كما لا يجوز الصلاة بتحري غيره ولنا ان
المقصود من القضا ايصال الحق الى مستحقه وهذا حاصل بفتوى اهل
العلم كما يحصل من المجتهد بخلاف التحري فانه لا يعتقد الصواب
في تحري غيره ويعتقد الصواب في فتوى غيره ولا حجة له فيما روى
فانه عليه السلام سماه قاضيا ولو لا ان توليته تصح لما سماه قاضيا
ولان الصحابة رضي الله عنهم اجازوا وحكم من تغلب من الامرا واجازوا

تقليد الاعمال منه وصلوا خلفه ولولا ان ولايته صحيحة لما فعلوا ذلك
ص وينبغي ان لا يولي هو ولا الفاسق ش ينبغي ان لا يولي الجاهل
ولا الفاسق لانه لا يومن على كل واحد منهما لقلة سببا لاتهما بواسطة
الجهل والفسق ص وقيل لا يصح قضاوه ش ذكر في النوادر ان توليه
الفاسق ابتدا لا تصح وهو اختيار الطحاوي ووجه ذلك ان فسق
الفاسق ربما يحمله على الاجتراء على الحكم بغير علم فيعود الامر على ما وضع
له القضا بالنقض ص وينعزل بالفسق ش اذا ولي القضا وهو
عدل ثم طرا فسقه بالزنا او بشرب الخمر او باكل الحرام غير مضطر
او بالرشوة انعزل لان المقلد ما رضي بقضايه وهو فاسق ص وقيل
ان ولي فاسقا صح ش قال بعضهم في تعليل الصحة ان المقلد
حين ولاه لم يعتمد على العدالة فيصح القضا لوقوع التقليد مطلقا
ص وان طرا العزل ش اي لو قلد وهو عدل ثم ظهر فسقه بشي
مما ذكرنا العزل لما قلنا فان قيل اذا صحت تولية الفاسق
ابتدا فلم لا تصح بقا والبقا اسهل من الابتدا قيل هذا من باب
تعليق القضا والامارة بالشرط وذلك جايز وكذلك اضافتها
بان يقول اذا قدمت الى مكة فانت قاضيها او اميرها او انت قاضي بلدة
كذا او اميرها في راس الشهر واذا صح تعليق القضا بالشرط فحينيذ يكون
تقليده معلقا بالعدالة ومقيدا بها والاصل في ذلك ما روي انه
عليه السلام بعث جيشا يغزو مونه وهي شرقي كرك وامر عليهم
زيد بن حارثه ثم قال ان قتل زيد فجعفر اميركم وان قتل جعفر
فعبد الله بن رواحه اميركم وكذا يجوز تعليق عزل القاضي بالشرط

ذكره

ذكره في شرح ادب القاضي ثم الرشوة على اربعة انواع منها ما هو حرام
على المعطي والاخذ في تقلد القضا ولا يصير قاضيا بالرشوة بالاجماع سوا
كان قضاوه بحق او بغير حق ومنها ما هو حرام من الجانبين ايضا وهو
ما ياخذه القاضي على القضا ولا ينفذ قضاوه بحق او بغير حق ومنها
ما هو حرام على الاخذ لا غير وهو ما يدفعه للخوف على نفسه او ماله
ومنها ما يحل فيه الدفع ولا يحل فيه الاخذ وهو ما يدفعه ليستوي
امره عند السلطان والحيلة في اخذ ذلك ان يستاجر الدافع الآخذ
يوما الى الليل بما يريد ان يدفع اليه ثم للمستاجر ان يستعمله في
هذا العمل او غيره كذا في قاضي خان والرشوة ماخوذة من الرشا
بالمد وذلك لان نازع الماء من البير لا يصل اليه الا به كذلك الانسان
لا يصل الى مقصوده الا بها ص ولا يستفتي الفاسق ش قيل ان
الفاسق لا يستفتي لان الفتوى من امور الدين وخبر غير مقبول
في الديانات وفي الكافي للحاكم الشهيد ينبغي ان يكون المفتي
عفيفا صالحا عاقلا فهما عالما بالسنة والاثار ووجوه الفقه
الذي يوخذ منه الكلام ليقدر على الافتا فمن لم يكن بهذه الصفة
لا يفتي الا بشي سمعه فيقول قال ابو حنيفه كذا وقيل يصلح
لانه مجتهد حذر من النسبة الى الخطا فلا يترك الصواب ص
وينبغي ان لا يسال القضا ش قال القدوري وينبغي ان لا يطلب
الولاية ولا يسالها اي لا يطلب ولاية القضا بقلبه ولا يسالها
بلسانه واكتفى المصنف لعدم سوال القضا عن ذكر الطلب فان
اللسان عنوان القلب ولا يجري على اللسان ما لم يخطر بالقلب

ومما يدل على عدم السوال ما رواه البخاري عن عبد الرحمن بن سمرة ان النبي
صلى الله عليه وسلم قال يا عبد الرحمن لا تسال الامارة فانك ان اوتيتها
عن مسئلة وكلت اليها وان اوتيتها عن غير مسئلة اعنت عليها وفي الترمذي
عن انس بن مالك قال النبي صلى الله عليه وسلم من سال القضا وكل
الى نفسه ومن اجبر عليه ينزل عليه ملك يسدده ومعني وكل الي
نفسه اي فوض امره اليها وكان مخذولا لان النفس امارة بالسوء
وفي السنن عن ابي موسى قال قال النبي صلى الله عليه وسلم لا نستعمل
على عملنا من اراده ص ويرخص الدخول فيه لمن يثق باداء فرضه ش اي
لا باس بالدخول في القضا لمن يثق من نفسه انه يوديء فرضه لقوله
عليه السلام عدل ساعة من سلطان عادل افضل من عبادة ستين
سنة ولانه عليه السلام كان يقضي بين الناس وولى اصحابه
القضا وانفذهم الى النواحي كعلي ومعاذ وكان الخلفا الراشدون
يقضون بين الناس وانما كره بعض السلف الدخول في القضا لخوفهم
على انفسهم من العجز عن القيام باعبا القضا ص ويكره لمن يخاف
العجز عنه ش انما يكره لمن يخاف العجز عنه لقوله عليه السلام
القضاة ثلاثة قاضيان في النار وقاض في الجنة ولقوله عليه السلام
من ولي القضا فكانما ذبح بغير سكين فلاجل هذا الوعيد كره الدخول
فيه لمن لا يامن على نفسه ان يحيف ويجور على الناس وان كان القضا
فرض كفاية لكونه امرا بالمعروف وللخوف على النفس امتنع كثير من
العلما كابي حنيفة والشعبي قال في الهداية والصحيح ان الدخول
فيه رخصة طمعا في اقامة العدل لاجل ما ورد عدل ساعة خير

من

من عبادة ستين سنة قال والترك عزيمة فلعله يخطي خطه اي اذا
كان مجتهدا فلا يوقف له او لا يعينه غيره عليه اي اذا كان غير مجتهد
ص ويفرض على المتعين له ش اي اذا كان الانسان اهلا للقضا دون
غيره فحينئذ يفترض عليه التطلب صيانة لحقوق المسلمين واخلا
للعالم عن الفساد كصلاة الجنازة اذا تعين واحد لاقامتها يفترض
عليه وهذا اذا لم يكن في البلد قوم يصلحون للقضا وامتنع واحد منهم
لا باثم فان قيل ان ابا حنيفه كان متعينا في زمانه للقضا فلم
لم يقبله وحمل المشاقة الشديدة قيل انه كان فيما هو اهم
من القضا فانه كان متصديا لاحيا الشريعة والقضا كان يقوم بغيره
وما كل فقيه يقدر على احيا الشريعة بعد الصحابة رضي الله عنهم
فكان متعينا لذلك ولم يظهره لابي جعفر المنصور بل اخفى ذلك
ليكون سعيه خالصا لله تعالى لقضا الله تعالى ببركاته فابو حنيفه
احيا الشريعة عند انقراض الصحابة وكان المسلمون محتاجين الى
معرفة الشريعة ليدينوا بها فالله تعالى يبعث لهذه الامة على راس
كل مائة سنة من يجدد لها دينها وكان الامام ابو حنيفة في اول
راس مائة بعد الصحابة رضي الله عنهم ص ويجوز التقلد من الجائر
ش اي يجوز التقلد من السلطان الجائر كما يجوز من السلطان
العادل اما من السلطان العادل فظاهر واما من الجائر فلان
الصحابة رضي الله عنهم تقلدوا الاعمال من معاويه في نوبه
علي وكان الحق بيد علي يومئذ وقال علي رضي الله عنه اخواننا بغوا
علينا وتقلدوا من يزيد مع فسقه وجوره والتابعون تقلدوا

من الحجاج مع انه كان افسق اهل زمانه واعلم ان الاسلام شرط صحة
السلطنة في السلطان عند الائمة الاربع واما البلاد التي غلبهما
ولاة الكفار فيجوز للمسلمين اقامة الجمعة والاعياد ويعتبر القاضي
قاضيا بتراضي المسلمين ويجب عليهم ان يلتمسوا واليا منهم مسلما
فعسى الله ان ياتي بالفتح او امر من عنده ص ويجوز قضا المراة الا في
الحدود والقصاص ش اي يجوز قضا المراة كشهادتها لانها من اهل
الشهادة وفي الجملة ولا يجوز لها ان تقضي في الحدود والقصاص
كما لا يجوز شهادتها فيهما واهلية القضا تدور مع اهلية الشهادة
وقال الزهري مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه
وسلم والخليفتين بعده ان لا يقبل شهادة النسا في الحدود والقصاص
ص واذا ولي سلم اليه ديوان من تقدمه وينظر في حال اهل
السجن فمن اعترف بحق الزمه اياه ومن انكر لم يقبل قول المعزول
عليه الا ببينة ويستظهر قبل تخليته ش اي اذا قلد القضا
سال ديوان القاضي الذي قبله والمراد بديوانه الخرايط التي فيها
السجلات قال في المغرب السجل كتاب حكمي وكذلك يسمى الصكوك
والمحاضر وكتاب نصب الاوصيا والقيم في اموال الاوقاف وكتاب
تقدير النفقات وهذا لان القاضي يكتب نسختين احديهما تكون
في ديوان القاضي والاخرى في يد الخصم لانه ربما تحتاج اليها وما
في يد الخصم لا يومن عليه من الزيادة والنقصان وانما ليسالـه
لان ديوان القاضي المقصود منه الحجة والوثيقة للناس فيجب
ان تجعل في يد المولي وهذا لانه تحتاج الي معرفة ما فيه فكان له

اخذ

اخذه وهذا لانه تحتاج الي معرفة ما فيه فكان له اخذه وهذا ظاهر
اذا كان البياض الذي كتب عليه السجلات ونحوها من بيت المال
وكذا اذا كان من مال الخصوم لان ذلك انما سلم اليه لعمل القضا وقد
انتقل العمل الي غيره فيوخذ الديوان منه شا او ابى وكذلك من مال
المعزول في الصحيح لانه ما التخذ للتمول بل للتدين ويبعث
امينين ليقبضاها بحضرة المعزول او امينه ونسيا لانه شيا فشيا
ويجعلان كل نوع منها في خريطة بذاتها كيلا تشتبه على المولي
وهذا السوال لكشف الحال لا للالزام ان لا يكون قول المعزول فيه
ملزما فانه بالعزل التحق باحد من الرعايا واما نظره في حال
المحبوسين فلانه نصب ناظرا فمن اعترف بحق الزمه اياه لان
اقراره يلزم ومن انكر لا يقبل قول المعزول عليه الا ببينة لان
المعزول بقي كاحد الشهود وشهادة الواحد ليست بحجة خصوصا
على فعل نفسه فان لم تقم بينة لم يعجل بتخليته حتى ينادي عليه
وينظر في امره فالظاهر انه حبس بحق وصفة النداء ان يامر كل
يوم اذا جلس منادي ينادي في مجلسه من كان يطلب فلان بن
فلان الفلاني المحبوس بحق فليحضر ينادي اياما فان لم يحضر
حضر اخذ منه كفيلا بنفسه لعله ان يكون محبوسا بحق غايب
بخلاف فصل قسمة الميراث عند ابي حنيفة حيث لا ياخذ كفيلا
هنا لانه لا يجوز تاخير لموهوم اما هنا فثابت فحمل فعل القاضي على
الصلاح فانه ما حبسه الا لحق ولكنه مجهول فلا يكون اخذ الكفيل
لموهوم وقيل اخذ الكفيل هنا على الخلاف ايضا وفي المحيط ان اخذ

الكفيل هنا بالاتفاق في الصحيح وهذا معنى قوله ولستظهر قبل
بما تقوم به الحجة ش اي ينظر في الودايع وارتفاع الوقوف
لان القاضي نصب ناظرا في امور الناس محتاطا فيها وانما يعمل على
حسب ما تقوم به الحجة وانما ذكر الحجة ليتناول البينة والاقرار
واستشهد بين من رجالكم وامّا الاقرار فلقوله تعالى
فليملل الذي عليه الحق ولان من في يده الوديعة امين والقول
قول الامين ما لم يكذبه الظاهر ص وتجلس في المسجد ش قال
في الهداية المسجد الجامع اولى لانه اشهر ولان النبي صلى الله عليه
وسلم كان يجلس في المسجد ويحكم فيه قال في ادب القاضي للخصاف
قال ابو حنيفة ويقضي القاضي فلا يمتنع بسبب القضاء كالصلاة
على الجنازة لكن لا يخص احد الخصمين بالتسليم وهذا قبل جلوسه
في مجلس الحكم اما اذا جلس لا يسلم عليهم ولا هم عليه فانه
مشغول بحكمهم ونظيره قاري القرآن والذي جلس للتدريس
لا يسلم عليهما ولو سلم لا يجب الرد ص ولا يضيف احد الخصمين
ولا يشير اليه ولا ليساره ولا يلقنه حجة ويستوي بينهما
في المجلس ش امّا الضيافة فلما روي عن علي كرم الله وجهه
انه قال نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان نضيف الخصم
الا ان يكون معه خصمه لوجود التسوية بينهما وامّا الاشارة
الى احد الخصمين ومسارته وتلقينه الحجة فلقوله صلى الله عليه

وسلم اذا ابتلي احدكم بالقضا فليسو بينهم في المجلس والاشارة
والنظر ولان في الاشارة والمسارة الميل الى احدهما وفي تلقين
الحجة تهمة وكسر قلب الاخر واعانة لاحد الخصمين ولا يضحك
في وجه احدهما لانه يتجرأ على خصمه ولا يمازحهم لان ذلك يذهب
بهابة القضا وينبغي ان يقيم بين يديه رجلا يمنع الناس عن
التقدم بين يديه في غير وقته ويمنعهم عن اساءة الادب
ويقال له صاحب المجلس ٣ ويجلس الخصمين مقدار ذراعين من
القاضي بحيث يسمع كلامهما من غير تكلف باصغا او رفع صوت
ويمنع من رفع الصوت في المجلس ويجلس الخصمان بين يدي القاضي
ولا يجلس احدهما عن يمينه والاخر عن يساره لان لليمين فضلا
وفي الفتاوى الكبرى تخاصم السلطان مع رجل فجلس السلطان
مع القاضي في مجلسه ينبغي للقاضي ان يقوم من مقامه ويجلس
خصم السلطان فيه ويقعد هو على الارض ثم يقضي بينهما كيلا
يكون لاحدهما مزية ودلت المسئلة على ان القاضي يصلح قاضيا
على السلطان الذي قلده هكذا فعل شريح بعلي مع خصمه وهو احد
من الرعية وعلى خليفة فاذا سوى بينهما بالفعل فلا حرج عليه
فيما يجد في قلبه من الميل الى احدهما بعد ان حكم بينهما بالحق
لان ذلك لا قدرة له عليه كما في القسم بين النسا واذا حضر
الخصمان فهو بالخيار ان شا بدأهما بالكلام فقال ما لكما وان شا
تركهما حتى يبدأ بالمنطق وهو احسن كيلا يكون مهيجا للخصومة
وهو انما قعد لقطعها واذا تكلم المدعي اسكت الاخر واستمع

حتى يفهم ما يقول فاذا فرغ من الدعوة امره بالسكوت واستنطق الاخر
اذا طلب المدعي ذلك ويمثل من غير طلبه لانهما اذا تكلما جملة لا يتمكن
من الفهم هذا اذا كانت دعواه صحيحة وان لم تكن صحيحة قال
له صح دعواك لان الجواب لا يستحق الا بعد تصحيح الدعوي فاذا صحت
وانكر المدعي عليه سأله البينة فان عجز عنها استحلف المدعي عليه
ان طلب يمينه ولا يجمع بين النساء والرجال في زحمة بل يجعل الرجال
ناحية والنساء ناحية الا اذا كان لاحدهما على الاخر دعوي فمجلسان
بين يديه وقت الدعوي وينبغي للخصمين اذا حضرا بين يدي
القاضي ان يجثوا بين يديه ولا يتربعا ولا يقعيا ولا يحتبيا
تعظيما لامر الحكم كما يجلس المتعلم بين يدي المعلم تعظيما له
ويبغي للقاضي ان لا يكون فظا غليظا جبارا عنيدا وينبغي ان
يكون موثوقا به في عفته وعقله وصلاحه وفهمه بالسنة
والاثار ووجوه الفقه ويكون شديدا من غير عنف لينا من
غير ضعف لان المقصود من القضاء دفع الفساد وايصال الحق الى
مستحقه واقامة حقوق الله تعالى من اهم امور المسلمين ولا بأس
بان يحكم وهو غضبان لانه يزيد في الراي لزيادة راحة فيه والجلوس
في القضاء افضل تعظيما له وروي ان ابا يوسف استثنى في
مسيلة وهو متكي فاستوى وارتدي وتعمم ثم افتى تعظيما
لامر الفتوي وينبغي للقاضي ان لا يجلس وحده لان فيه تهمة وان
جلس وحده لا بأس به وان كان عالما بالقضاء وان كان جاهلا يسحب
له ان تجلس معه احد من اهل العلم لانه لا يومن معه ان يقول

غير الحق

غير الحق فينهونه عليه ويجلسهم قريبا منه للمشورة بخلاف الاعوان
حيث يكونون بعيدا عنه لاجل الهيبة وهو اهيب وكل من كان
اعرف واقدر واوجه واهيب واصبر على ما اصابه من الناس كان
اولى وينبغي للمولي ان يتفحص عن ذلك ويولي من هو اولى لقوله
صلى الله عليه وسلم من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه
فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين ص واذا ثبت الحق بالبينة
وطلب ذو الحق حبس غريمه حبسه ش اذا ثبت الحق بالبينة
وطلب ذو الحق حبس غريمه كما ثبت لانكاره ولظهور المطل لقوله
عليه السلام مطل الغني ظلم ص او بالاقرار ثبت وامره بالاداء فان
امتنع حبسه في كل دين هو بدل مال كالثمن او ملتزم بعقد
كالمهر والكفالة لا فيما سوي ذلك اذا ادعي الفقر حتى يقيم المدعي
بينه بيساره وقيل القول لمن عليه مطلقا اذا ثبت الحق بالاقرار ص
وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وامره بدفع ما
عليه لان المطل لا يتحقق والحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها
لانه لم يعرف كونه مماطلا في اول مهلة فلعله طمع في الامهال
فلم يستصحب ما لا فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله
فان امتنع الغريم عن اداء ما عليه حبسه القاضي في كل دين
وجب بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع والقرض لان الاصل
في الانسان الفقر والغني طاري فوجب استصحاب المال حتى
يعلم حدوث ما يخالفه وما كان بدلا عن مال فقد حصل به
الغني فسقط حكم الاصل فلهذا لم يصدق في الاعسار وصار

امتناعه ظلما فيحبس لاجله واما ما التزمه لعقد كالمهر المعجل ن
والكفالة فانه حقوق التزمها بعقد والظاهر انه لو يلتزمها الا وهو
قادر على ايفائها فاذا ادعى الاعسار لا يقبل قوله ويحبس فيه اختلاف
المشايخ وحبس في الدرهم وما فوقه لان مانع ذلك ظلم وجاز
به والمحبوس في الدين لا يخرج بمجيء رمضان والفطر والاضحى والجمعة
وصلاة مكتوبة وجمعة وجنازة بعض اهله وموت
والده وولده اذا كان ثمة من يكفنه ويغسله واعلم ان الحبس
مشروع بالكتاب والسنة فالكتاب قوله تعالى او ينفوا من الارض
اي الحبس وفي زمن النبي صلى الله عليه وسلم لم يكن سجن وفي زمن
ابي بكر الصديق كذلك وكان يحبس في المسجد والدهليز وحيث
امكن حتى اشتري عمر رضي الله عنه دارا باربعة الاف درهم واتخذه
حبسا وقيل لم يكن سجن الى زمن علي رضي الله عنه حتى انه احدثه
ولا يحبسه في ما سوى ذلك كبدل الغصب والمتلف وارش الجنايات
اذا قال اني فقير لان دلالة اليسار لم توجد فيكون القول
قول من عليه وعلى المدعي اثبات غناه ويروي القول لمن عليه
مطلقا اي في هذا وفي الاول اي المبيع والمهر وهو قول الخصاف
ووجهه ان الاصل هو الاعسار وانما يثبت اليسار بعارض
فالفقر اصل والغنى عارض والطاري يحتاج الى الاثبات ص
ويحبسه مدة يراها القاضي في الصحيح ش اي اذا حبس القاضي باحد
الوجوه التي ذكرناها يحبسه مدة مفوضة الى رايه في الصحيح لاختلاف
احوال الاشخاص فيه وذكر الطحاوي ان التقدير فيه شهر لان ما زاد على

الشهر

الشهر في حكم الاجل وما دون الشهر في حكم الاعجل فصار ادنى الاجل
شهرا والاقصر لا غاية له وقيل شهران او ثلاثة في رواية محمد
عن الامام في كتاب الحوالة والكفالة وروي الحسن عن الامام اربعة
اشهر قياسا على مدة الايلاء والحاصل انه ليس فيه شيء موقت وقد
روي الحسن ستة اشهر ثم قال هو موقوف على راي القاضي
وهو الذي اختاره المصنف ص فان لم يظهر له مال اطلقه ولا
تحول بينه وبين غرمائه ش قال صاحب الهداية يعني بعد مضي
المدة التي يراها القاضي والمفهوم من كلامه انه لا يخليه ما لم تمض
المدة وليس كذلك فقد ذكر اصحابنا في نسخ ادب القاضي انه
اذا ثبت اعساره اخرجه من الحبس لان الله تعالى قال وان كان
ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ثم اذا خلى سبيله بعد ثبوت
افلاسه لا يمنع ملازمته في ظاهر الرواية وكذلك اختار المصنف
ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار الى الطالب
الا اذا علم القاضي انه يتعدى عليه بان يمنعه من الدخول
الى داره ونحوه وهذا عند ابي حنيفة وقالا اذا افلسه الحاكم
يمنع غريمه عن ملازمته على ما مر من الخلاف في كتاب الحجر وهنا
اطلق المصنف ولم يحك الخلاف قال في الدراية قال ابو القاسم
الصفار وكيفية الشهادة ان يقول اشهد انه مفلس لا اعلم له
مالا سوى كسوته التي عليه وثياب بدنه وقد اختبرنا امره
سرا وعلانية قالوا ان هذا شهادة على النفي قال صاحب العناية
وليس هذا شهادة على النفي لان الاعسار بعد اليسار امر حادث

فيكون الشهادة بامر حادث لا ينفي ص ويحبس في نفقة المراة ش
قال شمس الائمة في شرح ادب القاضي ان فرض للمراة القاضي فسالت
حبسه بذلك لم يحبسه لان الحبس عقوبة فلا يستحق الا بالظلم
وذا لا يظهر الا بالمنع بعد الوجوب فان امتنع بعد ذلك وطلبت
حبسه حبسه لانه ظهر ظلمه وان كان مقدار النفقة يسيرا ص
والوالد في دين ولده الا اذا امتنع ان ينفق عليه ش لا يحبس الوالد في
دين ولده لان الحبس عقوبة والوالد لا يستحق العقوبة بل يستحق
الاجلال قال تعالى ولا تقل لهما اف ولما كان الادنى حراما
فالحبس بالطريق الاولى الا اذا امتنع عن الانفاق على ولده فحينئذ
يحبس دفعا للهلاك عن ولده ولانه لا يمكن تداركه الا بالحبس لانه
ليسقط بمضي الزمان وليس هذا كسائر الديون التي تسقط بمضي
الزمان ص ولا يستخلف الا بتفويض ش اي لا يجوز استخلاف
القاضي نائبا الا اذا فوض السلطان اليه ذلك لانه استفاد القضا
بالاذن وفي حق ما لم يوذن فيه بقي على ما كان قبل الاذن والاذن
للقاضي الاصل اما ان يكون صريحا وهو ظاهر واما دلالة بان
يقول جعلتك قاضي القضاه لان قاضي القضاه هو الذي يتصرف
في القضا تقليدا او عزلا كذا في الذخيرة وكذا توكيل الوكيل اذا
وكل غير لا بد من الاذن بخلاف المامور باقامة الجمعة حيث يستخلف
وان لم ياذن له الامام لانه على شرف الفوات لتوقته فكان الامر به
اذنا بالاستخلاف دلالة ولا كذلك القضا ولو قضى الثاني بحضور
الاول واجاز الاول بعد ما قضى الثاني جاز كما في الوكالة وذلك لانه

حضره

حضره راي الاول وهو الشرط واذا فوض السلطان الى القاضي يملك
الاستخلاف فيصير الثاني نائبا عن السلطان فحينئذ لا يملك الاول
عزله الا ان يفوض اليه العزل بان يقول ولي من شئت واستبدل
من شئت والمستعير له ان يعير في الحملة بغير اذن لان المنافع تحدث
على ملكه فيملك تمليك ذلك من غيره فكان منصرفا بحكم الملك بخلاف
ما نحن فيه فانه يتصرف بحكم الاذن فيملك بقدر ما اذن قال
مشايخنا في هذا قاعدة فقالوا من قام مقام غيره لغيره لا يكون
له ان يقيم غيره مقام نفسه كما في الوكيل والمودع ومن قام مقام
غيره لنفسه كان له ان يقيم غيره مقام نفسه وفقهه ما ذكرنا
ص واذا رفع اليه حكم حاكم امضاه الا ان يخالف الكتاب او السنه
او الاجماع او يعزى عن دليل ش المراد بالحاكم القاضي وبالامضا
التنفيذ والاصل فيه ان قضا القاضي في فصل مجتهد فيه
ينفذ لان المسلمين مع اختلافهم اتفقوا على ان قضا القاضي ينفذ
في المجتهدات على من خالف حسب نفوذه على من وافق رايه فاذن هذا
قضا انعقد الاجماع على نفوذه وقد روي عن علي رضي الله عنه
انه لما قدم الكوفة بعد ما انتهت اليه الخلافة قال اني لم اقدم لاحل
عقدة عقدها عمر رضي الله عنه اراد به والله اعلم ان ما امضاه عمر
رضي الله عنه بالاجتهاد لا ينقضه هو ولان الاجتهاد الاول تاييد
بالقضا والاجتهاد الثاني عرى عن ذلك ولان القول بعدم الامضا
يودي الى ما لا نهاية له وهو فاسد وهذا اذا كان القضا الاول
مما يسوغ فيه الاجتهاد واما اذا كان لا يسوغ فيه ذلك بان كان

جورا او مخالفا للكتاب او السنة المشهورة او الاجماع فانه لا ينفذ
الثاني كما لو حكم بخلاف النص بغير اجتهاد والمراد من مخالفة الكتاب
خلاف نص الكتاب الذي لم تختلف في تاويله السلف كقوله تعالى ولا
تنكحوا ما نكح اباؤكم من النسآء وقد اتفقوا على انه لا يجوز للابن ان يتزوج
امراة الاب والاجداد فلو حكم القاضي بجواز نكاح امراة الاب كان
للقاضي الثاني فسخه وكذا اذا قضى بحل متروك التسمية عمدا يبطله
القاضي الثاني لانه مخالف لنص الكتاب قال تعالى ولا تاكلوا مما لم
يذكر اسم الله عليه ونظير خلاف السنة المشهورة ما اذا قضى القاضي
بالقصاص بالقسامة يعني بحلف المدعي خمسين يمينا اذا وجد قتيل
في محلة وكان فيه عداوة ظاهرة فحلف المدعي على ان فلانا قتله
كان له ان يقتص منه في قول مالك وهو قول الشافعي في القديم
وهذا ليس بصحيح لمخالفة السنة المشهورة وهو قوله عليه السلام
البينة على المدعي واليمين على من انكر وكذا اذا قضى بحل المطلقة
ثلاثا للزوج الاول قبل دخول الزوج الثاني فالقاضي الثاني يبطله
لانه مخالف السنة المشهورة وهي حديث العسيلة ونظير خلاف
الاجماع اذا قضى بجواز بيع ام الولد كان للقاضي الثاني ان ينقضه
وذلك لانه مخالف لاجماع التابعين وذكر الشيخ ابو بكر الرازي ان
هذا مذهب محمد واما مذهب ابي حنيفة وابي يوسف فيجوز قضاؤه
فالصحابة رضي الله عنهم اختلفوا في جواز بيع امهات الاولاد روي عن
علي رضي الله عنه انه قال اجتمع راي وراي عمر في امهات الاولاد الا
لا يبعن ثم رايت بعد ذلك ان ارقهن فقال عبيدة السلماني رايك

في راي

في راي عمر احب الي من رايك وحدك ثم اجمع التابعون على عدم جواز
بيعهن فكان قضا القاضي بجواز البيع مخالف الاجماع فيبطله الثاني
عند محمد وعندهما لما لم يرتفع الخلاف المتقدم بين الصحابة باجماع
التابعين كان قضا القاضي في فصل مجتهد مختلف فيه فلا ينفذه
الثاني هكذا ذكره في غاية البيان وذكر بعض اصحابنا خلاف الصحابة
على غير هذا فقال عند علي وجابر رضي الله عنهما يجوز بيع امهات
الاولاد وعند عمر وبعض الصحابة لا يجوز ثم اجمع التابعون في العصر
الثاني على عدم الجواز فصارت المسالة اجماعية فقد قضى في فصل
مجمع عليه عند محمد وعندهما تبقى المسالة اجتهاديه ابدا فقد قضى
في فصل مختلف فيه فصح انتهى ومن خلاف الاجماع ما اذا كان القضا
في محل الاجتهاد فالقاضي الثاني يمضيه وينفذه حتى لو قضى بابطاله
ثم رفع الى قاض آخر فالثالث ينفذ القضا الاول ويبطل القضاء
الثاني لان قضا الاول كان في موضع الاجتهاد والقضا في المجتهدات
جايز بالاجماع فكان القضا من الثاني مخالفا للاجماع فيكون باطلا
والقضا بقول مهجور لا ينفذ لان القول المهجور ساقط الاعتبار في
مقابلة قول الجمهور فكان خلافا لا اختلافا والقضا ينفذ في موضع
الاختلاف لا في موضع الخلاف فكان باطلا والى مثل هذا اشار المصنف
بقوله او يعري عن دليل ولا يريد به نفي الدليل اصلا بل اراد به
ان يعري عن دليل معتمد عليه بيانه اذا كان العقد بين رجل
وامراة فعفت المراة عن العقد فابطل ذلك قاض وقضى بالعقد للرجل
وقال لا عفو للنسا فانه لا ينفذ ولقاض اخر ان ينفذ العفو ويبطل العقد

ولامعتبر لقول بعضهم لاحق للنسا فلا يصح عفوهن لان هذا القول مهجور مخالف لقول الجمهور وللكتاب قال تعالى ولهن الربع مما تركتم الاية اثبت لها الحق في ربع المتروك من غير فصل ص فان قضي مخالفا لمذهبه ناسيا نفذ وفي العمد روايتان وقالا لا ينفذ مطلقا ويفتي به ش قال ابو حنيفه اذا نسي القاضي مذهبه فقضي بمذهب غيره في مسيله مجتهد فيها ينفذ قضاوه وقال ابو يوسف ومحمد لا ينفذ مطلقا اي سوا كان ناسيا او عامدا وذكر القاضي علي السغدي وشمس الايمه السرخسي في ادب القاضي قول محمد مع ابي يوسف وجه النفاد انه ليس خطا بيقين لكونه مجتهدا فيه فالمقضي به كغيره في احتمال الخطا والصواب وقد اتصل به القضا فيرجح وبه افتي الصدر الشهيد والامام ظهير الدين ووجه عدم النفاد انه قضي في مجتهد فيه بما هو خطا في رايه واجتهاده ومذهبه والواجب عليه العمل بما غلب علي ظنه في المجتهد فيه وقد تركه الي غيره من غير مرجح فلا ينفذ واختاره المصنف وهو اختيار صاحب الهداية ان الفتوي علي قولهما في عدم النفاد ص ولا الحكم علي غايب الا بنايب ش قال علماونا لا يجوز القضا علي الغايب الا ان يحضر من يقوم مقامه كالوكيل والوصي والوارث وقال الشافعي يجوز القضا علي الغايب عن المصر بالبينة وان كان حاضرا في المصر ففيه وجهان له ان البينة للبيان والاظهار عند خفا الحال علي القاضي لا للاثبات ما لم يكن وقد ظهر الحال بالبينة فيحكم بها علي الغايب كما لو كان حاضرا وسكت ولنا قوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه حين بعثه الي اليمن

لاتقض

لاتقض لاحد الخصمين حتى تسمع كلام الاخر فانك اذا سمعت كلام الاخر علمت كيف تقضي رواه احمد وابو داود والترمذي بمعناه فقد نهاه عن القضا لاحد الخصمين قبل سماع كلام الاخر فكان منهيا ولان شرط اقامة البينة الانكار وهذا لو اقر الخصم لا يحتاج الي البينة ولان البينة حجة لاحد الخصمين فلا يلتفت اليها مع غيبة الاخر كاليمين ولان القضا لقطع المنازعة ولا منازعة عند غيبة الاخر بخلاف ما اذا سكت عن الجواب لان الشرع انزله منكرا دفعا للظلم فكان الانكار موجودا حكما ولا حجة له ايضا في قوله عليه السلام البينة علي المدعي فان تتمة الحديث واليمين علي من انكر فالمدعي امر نسبي لا يتصور بدون المدعي عليه فلا يمكن حكم للمدعي الا بحضور المدعي عليه وكذا لا حجة له ايضا في حديث هند امراة ابي سفيان حين شكت الي رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت انه رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني فقال عليه السلام خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف لانه لم يكن قضا وانما كان فتوي الا تري انها لم تدع الزوجية ولم تقم بينة وكان النبي عليه السلام عالما بسبب استحقاق النفقة علي ابي سفيان وهو النكاح وانما اشترطنا لصحة القضا علي الغايب حضور وكيل او وصي او وارث لان القضا في الحقيقة يكون قضا علي الحاضر اما الوكيل او الوصي فلانهما نايبان عنه بصحيح الانابه واما الوارث فلانه نايب عنه شرعا ص وهو لشهادة الزور نافذ مطلقا في العقود والفسوخ وقالا لا ظاهرا ش قال ابو حنيفة الحكم لشهادة الزور ينفذ ظاهرا وباطنا

فتوى

وهو قول ابي يوسف اولا وقال محمد وهو قول ابي يوسف اخرا وزفر
والشافعي ينفذ ظاهرا لا باطنا والمراد من نفاذه الحكم باطنا ثبوت الملك
والحل فيما بينه وبين الله تعالى والمراد من نفاذه ظاهرا ان يثبت فيما
بيننا مثل ثبوت التمكين والنفقة والقسم وغير ذلك لان شهادة
الزور حجة ظاهرا لا باطنا فصار كما لو كان الشهود عبيدا او محدودين
في قذف او كفارا وكما اذا قضى بنكاح لرجل على امراة وهي منكوحة
الغير او معتدته وكما في الاملاك المرسلة ولان تصحيح القضاء يفوق الحجة وهذه الحجة باطلة لان الشهود كذبة والكذب
باطل فلا ينفذ القضاء باطنا ولكن العدالة الظاهرة دليل الصدق
ظاهرا فاعتبرت حجة من حيث وجوب العمل ظاهرا فاما ثبوت
حقيقة التنفيذ فممتنع لانعدام دليله وهو الحجة الصحيحة
وشهادة الزور باطلة باطنا فكيف تثبت باطنا / الا ترى ان الشهود
لو كانوا كفارا او عبيدا او محدودين في قذف والمشهود له يعلم
حالهم والقاضي لا يعلم فان قضاءه ينفذ ظاهرا لا باطنا بالاجماع
فينبغي ان يكون الحكم في الباطن كهو عند الله تعالى واما الظاهر
فالحكم لازم على ما انفذه القاضي قال صلى الله عليه وسلم
انا اقضي بالظاهر والله يتولى السرائر ولابي حنيفة ما روي
ان رجلا من ابجر خطب امراة وهو دونها في الحسب فابت ان تتزوجه
فادعى انه تزوجها واقام شاهدين عند علي رضي الله عنه فقالت
اني لم اتزوجه ان لم يكن بد يا امير المؤمنين فزوجني منه فقضى
بالنكاح بينهما وقال شاهداك زوجاك فلو لم ينعقد النكاح بينهما

باطنا

باطنا بالقضاء لما امتنع من تجديد العقد عند طلبها ورغبة الزوج فيها
وكان الشهود زورا بدليل العقد ولان حجة القضاء قامت وافترض
على القاضي العمل بها حيث لو امتنع عن ذلك يأثم وذلك لان حقيقة
الصدق ساقطة العبرة في حق القاضي لانه لا طريق له الى معرفة ذلك
فبقيت العبرة لدليل الصدق من حيث الظاهر وهو العدالة
فاذا وجد فقد قام دليل اوجب الشرع العمل به بمنزلة الاجتهاد
من المجتهد ويكون حجة في حق وجوب العمل به فاذا بنى القاضي القضاء
على ما جعل في الشرع دليلا يجب صون قضاياه عن البطلان
ما امكن لانه فعل صدر منه بامر الشرع مضافا اليه قال
تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله وقال تعالى ممن
ترضون من الشهداء فاذا قضى بما رضي به من الشهداء فقد
قضى بامر الله تعالى فوجب ان ينفذ قضاؤه في الظاهر والباطن
جميعا الا ترى ان القاضي لو لاعن بين الزوجين وفرق بينهما وقعت
الفرقة في الظاهر والباطن جميعا مع ان احدهما كاذب
بخلاف شهادة العبد والمحدود في القذف لان الوقوف عليها
متيسر فان العبيد يعرفون بسيماهم والمحدود في القذف
باقامة الحد عليه بملا من الناس وللكافر في دار الاسلام
علامات ولا يرد علينا ما ذكروا لانا نجعل حكم الحاكم انشاء
وشرطه ان يكون المحل قابلا فاذا كانت تحت زوج او معتدة
لا يمكن الانشاء ولا يشترط حضور الشهود عند قول القاضي
قضيت على قول ابي حنيفة لانه ثبت مقتضى في ضمن صحة القضاء

وماثبت اقتضا لايراعي فيه شرايطه وعامة المشايخ على اشتراطهم
عنده وانما لاينفذ باطنا في الاملاك المرسلة اي المطلقة وهي التي لم يذكر
لها سبب معين لان في اسباب الملك تراحما وليس تعيين البعض
اولى من البعض مطلقا بغير سبب فيتعين الالغا بخلاف ما اذا ادعى
سببا معينا كالبيع او الشرا او الاجارة او الاقالة او النكاح او الزوجة
بالطلاق او غيره وصورة القضا في العقود كثيرة منها اذا ادعى على المراة
نكاحا وهي تجحد واقام الزوج عليها شاهدي زور وقضى القاضي
بالنكاح بينهما حل للزوج وطيها وحل للمراة التمكين منه عند الامام
خلافا لهما وكذا اذا ادعت نكاحا على رجل وهو يجحد ومنها اذا قضى
بالبيع لشهادة الزور وهذا على وجهين اما ان يكون من جانب المشتري
بان يدعي على غيره انه باع منه هذه الجارية او من جانب البايع بان يقول
لغيره انك اشتريت مني هذه الجاريه فانه يحل للمشتري وطيها في
الوجهين وصورة القضا في الفسوخ كثيرة منها اذا ادعى احد المتبايعين
فسخ العقد واقام بينه زور ففسخ القاضي فانه يحل للبايع وطي
الجارية ومنها اذا ادعت امراة على زوجها انه طلقها ثلاثا واقامت
بينة زور وقضى القاضي بالفرقة وتزوجت بزوج آخر بعد انقضا
العدة يحل للزوج الثاني الوطي ظاهرا وباطنا كذا في الذخيرة
فالحاصل ان في المسئلة ثلاثة اقوال احدها قول ابي حنيفة
ان نكاحهما يحل للثاني دون الاول وعندهما لايحل لواحد منهما
للحرمة وعند الشافعي يطاوها الاول سرا والثاني علانية فيما
قالا لتعطيل الفرج لانها لاتحل للاول ولا للثاني ولا يمكنها التزوج

بزوج

بزوج اخر وفيما قاله الشافعي اجتماع رجلين على فرج امراة في طهر واحد
وهو قبيح فعلم ان الاوجه ما قال ابو حنيفه كذا في الجامع المحبوبي وقال
ابو الليث وبقولهما ناخذ في الفتوي فلا تحل للاول ولا للثاني
ص والقاضي والشاهد والراوي لايعملون بالخط مع نسيان الحادثه
واجازاه اذا علموا انه خطهم ش قال ابو حنيفه القاضي اذا وجد صحيفة
فيها شهادة شهود شهد واعنده في حادثه وهو غير حافظ لها
لم يقض بذلك وكذلك اذا وجد في ديوانه اقرار رجل لرجل بحق
من الحقوق وهو لايذكره لايحكم به ولاينفذ حتى يذكره وكذا الشاهد
اذا راي خطه في صك على شهادة ولم يتذكر الحادثه لايجوز له ان يشهد
حتى يتذكر الحادثه وكذلك في رواية الاخبار لايجوز له الرواية حتى يتذكر
وقالا له ان يقضي ويشهد ويروي اذا علم انه خطه على الحقيقه
لان ذلك يفيد غالب الظن وهو في باب القضا نزل منزلة
علم الاحاطة ويفتي بقولهما ذكر ذلك في العيون والحقايق ولابي
حنيفة ان القضا والشهادة والرواية لاتجوز الا عن علم ولا علم
في هذا الجواز ان يكون الخط اشبه الخط قال تعالى وما
شهدنا الا بما علمنا والقضا والشهادة احوط من وجه لان الحكم
بالقضا الا بالشهادة وكذلك الرواية لانها تثبت احكاما عامة
وليس ذلك ممكنا بالشهادة لان الخط يشبه الخط وازداد بهذا
الظن سبب غفلته فجواز كون بعض الناس قادرا على ان يكتب
مثل خطه بلا تفاوت بمنزلة النقاشين فان اكثرهم قادر على
ان ينقش نقش غيره بلا تفاوت اذ الكتابة هي النقش ولا علم في ذلك

اذ المقصود هو الذكر والا لاتعمل القضاة والشهود والرواة عند ابي حنيفه
وقال ابو يوسف في الرواية يجوز لدلالة الظاهر وكذا القاضي
لانه تجده في ديوانه لكونه مامونا عن التبديل بخلاف الصك لانه
في يد الخصم وقال محمد ان تيقن به يجوز توسعة على الناس
فالحاصل ان ابا حنيفة اخذ بالعزيمة مطلقا في الفصول الثلاثة
وابو يوسف فصل فاخذ في مسئلة القضا ورواية الاخبار بالرخصة
وفي مسئلة الشهادة بالعزيمة لان ذلك احوط من وجه ومحمد
اخذ بالرخصة في الثلاثة وقيل في مسئلة الشهادة اذا
راى خطه في صك في يد الخصم ولم يتذكر الحادثة لا تحل له الشهادة
بالاتفاق وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي في ديوانه شهادة شهود
وهو مختوم بختمه مكتوب بخطه او بخط نايبه ص وهو ممنوع
عن الحكم بما علمه قبل الولاية ش قال ابو حنيفة ليس للقاضي ان
يقضي بما راى بمشاهدة الافعال او علم بسماع الاقرار قبل ان يقلد
القضا ولا ان يقضي بما علم به في غير مصره الذي هو قاضيه وقالا له
ذلك وهذا الخلاف في حقوق العباد اما في حقوق الله تعالى كحد
الزنا والسرقه وشرب الخمر لا يقضي بعلمه قبل القضا وبعده بالاتفاق
لهما ان العلم ثابت بالمعاينة للقاضي وهو فوق ما ثبت علمه بالبينة
العادلة لان احتمال الكذب ممكن في البينة غير ممكن في المعاينة
وكان للقاضي ان يقضي بالبينة العادله فبالاولى ان يقضي بعلمه بالمعاينة
ولابي حنيفة ان العلم له قبل التقليد علم شهادة لا علم قضا لان
ذلك العلم غير مطلق للقضا حتى انه لو شهد عند اخر لا يقضي به

لان

لان شهادة الفرد لا تصلح حجة على الغير في حقوق العباد فلا يصير موجبا
جواز القضا به بدون لفظة الشهادة والعدد والاداء في مجلس القاضي

فصل ٣١ في التحكيم

لما كان التحكيم من انواع
الحكام ذكره في كتاب القضا ولما كان ادنى رتبة من القاضي اخره
وهو جايز بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى
فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها فانها نزلت في تحكيم الزوجين
واما السنة فما روي انه عليه السلام نزل على حكم سعد بن معاذ
في بني قريظة وعليه اجماع الصحابة رضي الله عنهم ص واذا رضا
اثنان بحكم بصفة القاضي جاز في غير الحدود والقصاص ش اي اذا
رضي اثنان ان يحكما رجلا بينهما جاز لما تلونا وماروينا ولان لهما
ولاية على انفسهما فصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما لانه بمنزلة
الحاكم في حقهما ويشترط ان يكون حكمه ببينة او باقرار او بنكول
ليكون حكمه موافقا لحكم الشرع واحترز بقوله بصفة القاضي
عن ان يكون المحكم كافرا او محدودا في قذف او عبدا او صبيا والمحكمان
مسلمين لعدم اهليتهم للقضا ويشترط ايضا ان يكون المحكم اهلا
للشهادة وقت الحكم حتى لو كان عند عبدا فاعتق او صبيا فبلغ
او ذميا فاسلم لا ينفذ حكمه لعدم اهلية الشهادة حينيذ وان
حكما فاسقا جاز كما في القضا لانه اهل للشهادة ويجوز تحكيم المراة
فيما يثبت بالشبهات لانها من اهل الشهادة فيها وانما استثني الحدود
والقصاص لانها ليس لها ولاية على دمها الا ترى انها لا تملك ان تباشر
وقال ابو بكر الرازي ينبغي ان يجوز في القصاص لان ولي المقتول

لو استوفى القصاص من غير ان يرفع الى السلطان جاز فكذلك اذا حكم فيه
لانه من حقوق بني ادم ويجوز تحكيم الكافر في حق الكافر لانه اهل للشهادة
في حقه ص واذا حكم لم تجز رجوعهما ش اي اذا حكم بين المحكمين لزمهما
لان حكمه صدر عن ولاية عليهما كالقاضي اذا حكم لزم ثم بالعزل لا يبطل
حكمه فكذا هذا ولان الحكم بتراضيهما لا يكون دون الصلح الذي جرى
بينهما بالتراضي وبعد تمام الصلح ليس لواحد منهما ان يرجع عنه فهذا
اولى امّا اذا لم يحكم فلكل واحد منهما ان يرجع لانه مقلد من جهتهما
فكان لهما عزله قبل ان يحكم بينهما كما ان المقلد من جهة الامام له
ان يعزله قبل ان يحكم بين الناس ولا يقال ان التحكيم ثبت بتراضيهما
فوجب ان لا يصح عزله الا بالتفاقهما لانا نقول التحكيم في الامور الجايزة
من غير لزوم فيستبد احدهما بنقضه كما في المضاربات والشركات
والوكالات ص ويمضيه القاضي ان وافق مذهبه ش اي اذا رفع حكم
المحكم الى قاض وتحاكما عنده فان وافق مذهبه امضاه لانه لا فايدة
في نقضه ثم ابرامه ثم فايدة هذا بغير الامضا ان لا يكون لقاض
آخر نقضه اذا رفع اليه لان امضاه بمنزلة قضايه ابتداء ولهم ان وافق
مذهبهم تنظيره بالموافق ان خالف مذهبه ابطله لان حكم المحكم
انما ثبت بتسليط المحكمين على انفسهما ولا تسليط من القاضي فلا يكون
حكم المحكم حجة عليه بخلاف حكم القاضي اذا رفع الى قاض آخر حيث
يمضيه سواء كان موافقا لمذهبه او مخالفا له اذا كان في فصل مجتهد
فيه ولم يكن مخالفا للكتاب والسنة المشهورة والاجماع لان للقاضي
ولاية عامة على كافة الناس فكان قضاؤه حجة على الكل وحكم المحكم

دليل على انه

بمنزلة

بمنزلة الصلح ولو رفع الصلح الى قاض وكان مخالفا لرايه ابطله فكذا هذا
ص وان حكم في دم خطا بالدية على العاقلة لم ينفذ ش اي ان حكماه
في دم خطا فقضى بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه لان حكم المحكم لا
ينفذ في حق غير المحكمين فحينيذ لا ينفذ في حق العاقلة لانهم ما رضوا
بحكمه ولو حكم بالدية على القاتل في ماله لا يجوز لانه مخالف للشرع
لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث بن مالك قوموا فدوه بل يقضي القاضي
بالدية على العاقلة الا اذا ثبت القتل باقرار القاتل فحينيذ تجوز الحكم
بالدية في مال القاتل لان العاقلة لا تحمل صلحا ولا عمدا ولا اعترافا
بل تعقل في الخطا بحكم الحاكم ص ويسمع الحجة ويقضي بالنكول والاقرار
ش اي يجوز للمحكم ان يسمع البينة ويقضي بالنكول وبالاقرار
وذلك لانهما سلطاه على الحكم عليهما بتراضيهما وليس الحكم الاستماع
البينة او القضا بالنكول او الاقرار فجاز لكونه موافقا للشرع
ولو اخبر هذا المحكم باقرار احد الخصمين او بعدالة الشهود وهما على
تحكيمهما يقبل قوله لان الولاية قايمة واذا قال لاحد المحكمين
قد اقررت عندي بكذا او قال قامت البينة عليك والزمتك
بالحكم وانكر المقضي عليه فالحكم ماض عليه لان له ان يبتدي فيحكم
ما دام في المجلس والمجلس باق فاذا قال حكمت صدق وان قال المحكم
كنت حكمت بكذا لم يصدق لانه اذا حكم صار معزولا والمعزول
لا يقبل قوله ص ولا يحكم لاصوله وفروعه وزوجته كالقاضي
ش اذا حكم المحكم لابويه وولده وزوجته فهو باطل كحكم القاضي لهم
لان اهلية الشهادة شرط للقضا فكل من لا يصلح شاهدا لا يصلح

قاضيا والشهادة لهولاء لا تجوز فكذا لا تجوز الحكم لهم والقاضي والحكم في ذلك
سواء خلاف الحكم عليهم فانه جايز كالشهادة عليهم فان في الشهادة لهم
تهمة بخلاف الشهادة عليهم ص ويقبل بالبينة كتاب القاضي الى مثله
في كل حق لا يسقط بشبهة بكتب بالحكم او بنقل الشهادة ليحكم المكتوب
اليه ويقبل في العقار والمنقول على المختار ش اي يقبل كتاب القاضي
الى القاضي اذا شهد به او بكتاب القاضي عند القاضي المكتوب اليه
واطلق المصنف البينة لتعم الرجلين او الرجل والمرأتين فيشهد شهود
القاضي المكتوب اليه ان هذا الكتاب كتاب فلان القاضي ويذكرون
اسمه ونسبه لان الكتاب قد يزور فلا يثبت الا بحجة ثابتة وقوله
الى مثله احترز به عما اذا كتب القاضي الى المحكم او المحكم الى القاضي فانه
لا يقبل لان المحكم كالرعية في حق القاضي والقاضي لا يقبل كتاب
الرعية ولا حكم المحكم بكتاب القاضي الى القاضي لانه لم يكتب اليه
الا اذا رضي الخصمان ان ينفذ المحكم القضا بينهما فيجوز بينهما ابتداء لانهما
رضيا بحكومته كذا نقل عن المحيط ويشترط ان يكون القاضي من اهل
العدل فان كان من اهل البغي لا يعمل به قاضي اهل العدل بل يرده
كساير قضاياه ويشترط ايضا ان يكون بين القاضيين مسيرة
سفر حتى لو كان بينهما ما هو دونها لا يقبل عند اكثر العلما لانه ثبت
للضرورة ولا ضرورة فيما دون السفر ويشترط ايضا العلوم الخمسة
وهي ان يكون الكاتب معلوما والمكتوب اليه معلوما والمدعي معلوما
والمدعي عليه معلوما والمدعى معلوما وبقيت ثلاث شروط اخر
ستاتي ثم اذا اجتمعت شرايط القبول يقبل في كل حق يثبت بالشبهة

فيندرج

فيندرج تحته الدين والنكاح والطلاق والشفعة والوكالة والوصية والوقف
والنسب من الحي والميت والغصب والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة والعقار
لان هذه الاشيا مما لا ينقل فلا حاجة الى احضار المدعى به والاشارة اليه
فان غير العقار يعرف بالوصف والعقار يعرف بالتحديد
ولذلك اقبل كتابه في سايز المنقولات روي ذلك عن محمد وعليه
المتاخرون وهو المختار للفتوى وقال الصدر الشهيد في شرح
ادب القاضي وروي عن ابي يوسف في النوادر انه قال تجوز في
جميع العروض وبه اخذ مشايخنا المتاخرون والى ذلك اشار المصنف
بقوله والمنقول على المختار وخرج بقوله في كل حق لا يسقط بشبهة
الحدود والقصاص فان كتاب القاضي لا يقبل فيهما لما في ذلك من
شبهة البدلية وصار كالشهادة على الشهادة ولانهما مما يندرا بالشبهة
وهذا الذي ذكرنا استحسان والقياس ان لا يجوز لان كتابه لا يكون
اقوى من عبارته وهو لو حضر بنفسه الى القاضي المكتوب اليه وعبر
بلسانه عما في الكتاب لم يعمل به فهذا اولى ولان الكتاب قد يزور
والخط يشبه الخط وكذا الخاتم يشبه الخاتم فلا يومن عليه من الغلط
والتبديل وجه الاستحسان ما روي ان عليا كرم الله وجهه اجاز
ذلك لحاجة الناس اليه لانه قد يتعذر على الانسان الجمع بين خصمه
وشهوده فيضيع حقه فيجوز للضرورة وروي الحصاف بسنده الى
ابراهيم النخعي انه قال كتاب القاضي الى القاضي جايز ولان الكتاب
يقوم مقام الخطاب بدليل كتاب الله تعالى فانه قايم مقام الخطاب
في اللزوم حتى لزمتنا اوامر الله تعالى وقد كتب رسول الله صلى الله عليه وسلم

الي الملوك وقام مقام الخطاب في الكتب ورسم كتاب القاضي الي القاضي على
نوعين وذلك لان الشهود اذا شهدوا عند القاضي لا يخلو اما ان يكون
الخصم وهو المدعي عليه او نايبه او وكيله او كفيله حاضرا او غايبا
حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب حكمه ويسمي هذا الكتاب عند القاضي
سجلا وان لم يكن حاضرا لم يكتب حكم لان القضاء على الغايب لا يجوز
وكتب بالشهادة ليحكم بها القاضي المكتوب اليه ويسمي هذا الكتاب
كتابا حكميا وهو في الحقيقة نقل الشهادة لان السجل هو الذي اتصل
بالحادثة وحكم القاضي فيها بشهادة الشهود وحكم القاضي اذا وقع
في مسيلة مختلفا فيها ليس للقاضي المكتوب اليه الا تنفيذه وليس له
رده لانه اتصل به الحكم من القاضي بخلاف الكتاب الحكمي فان القاضي
المكتوب اليه لسبيل من رده لانه لم يتصل به الحكم وهو بمنزلة الشهادة
على الشهادة في الحقيقة والي هذا اشار المصنف بقوله فيكتب بالحكم
او بنقل الشهادة فالحاصل ان سجل القاضي الي القاضي لا يكون الا بعد
الحكم ص ويقراه على الشهود ليعلموا ما فيه ويختمه بحضرتهم ويسلمه
اليهم ويوجب الاشهاد لا غير واختاره السرخسي ش هذه الشروط
الثلاثة الموعود بذكرها اي من شرايط قبول كتاب القاضي الي القاضي
ثلاثة اشيا ايضا احدها ان يقراء عليهم الكتاب ويخبرهم بما فيه
ثانيها ان يختمه بحضرتهم ثالثها ان يحفظوا ما فيه حتي لو عدم شي من
ذلك لا يقبل عند ابي حنيفة ومحمد وهو قول ابي يوسف الاول
وفي قوله الاخر ليس شي من هذه الاشيا بشرط بل اذا اشهدهم ان
هذا كتابه وختمه فشهدوا عند القاضي المكتوب اليه على الكتاب

والختم

والختم تقبل شهادتهم فالحاصل ان ما قالا احتياط وما قال ابو يوسف
تسهيل لسهل الامر على الناس لما ابتلي بالقضا وليس الخبر كالعيان وهو
الذي اختاره الامام الاجل الزاهد شمس الايمة السرخسي في فتواه وعليه
عمل القضاة اليوم ص ولا يقبله القاضي حتي يحضر الختم ش لما فرغ
من الاحكام التي تتعلق بالقاضي الكاتب شرع في بيان ما يتعلق
بالقاضي المكتوب اليه منها يعني اذا وصل الكتاب الي القاضي المكتوب
اليه لا يقبله الا بحضرة الختم لان القبول بمنزلة ادا الشهادة
فلا بد من حضوره بخلاف سماع القاضي الكاتب لانه للنقل لا للحكم
وذلك لان المقصود من سماع الكتاب وقبوله الحكم بما فيه وهو
قول ابي حنيفة ومحمد فلا حكم بما فيه على غير الخصم فيشترط حضور
الخصم وليس كذلك سماع القاضي الكاتب شهادة الشهود حيث
يجوز بغير خصم لان المقصود نقل الشهادة لا الحكم لتحمل شهادة
شهود الفروع شهادة الاصول ص وينظر ختمه فاذا شهدوا
انه كتابه سلمه اليهم وقراه عليهم وختمه فضه وقراه على
الخصم والزمه ما فيه ويامره بذلك اذا اشهدوا انه كتابه ش
اي ينظر القاضي المكتوب اليه ختم الكتاب وهذه المسيلة فرع
على الخلاف السابق فعند ابي حنيفة ومحمد اذا شهدوا انه كتاب
فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقراه علينا وختمه فتحه
القاضي المكتوب اليه وقراه على الخصم والزمه ما فيه بعد ذلك
لان الشهادة بما في الكتاب فاذا لم يعرف الشهود ما في الكتاب
لم يقبل شهادتهم واما اعتبار الختم بحضرة الشهود فلانه لا يومن

كتاب ٣٢ الدعوى

مقامه عقيب كتاب ادب القاضي لان انقطاع النزاع يتحقق عند القاضي
والدعوي اسم لا مصدر والفعل ادعا افتعال والف دعوي للتانيث
فلا تنوّن وجمعها دعاوي بفتح الواو وكفتوي واسم الفاعل مدّع واسم
المفعول مدّعي عليه والمال المدّعا ومدعا به خطا وفي اللغة اضافة
الشي الى نفسه مطلقا من غير تقييد بالمنازعة او المسئلة ماخوذة
من تولهم ادّعي فلان شيا اذا اضافه الى نفسه اذا قال لي هذا ومنه
دعوة النسب بكسر الدال ودَعوة المأدبة بفتحها ولها تفسير لغة
وشريعة وسبب وشرط وركن وحكم اما تفسيرها لغة فقد
تقدّم ذكره واما تفسيرها شرعا فهي اضافة الشي الى نفسه
حالة المنازعة لا المسالمة ولهذا قال النبي صلى الله عليه وسلم
البينة على المدّعي واليمين على من انكر لان كل واحد من البينة واليمين
انما يحتاج اليه حالة المنازعة واما سببها فما هو سبب المعاملات
لتعلق البقا واما شرطها فمجلس القضا لان النزاع لا ينقطع الا به
وان يكون الخصم حاضرا حتي لو ادّعي على غايب لا يجاب وان يكون المدّعي به
شيا معلوما مما يمكن اثباته بالبينة ويتمكن القاضي من الحكم به
حتي لا يجب الجواب على المدّعي عليه اذا كان المدّعي به مجهولا واما ركنها فهو
تفسيرها لغة وهو اضافة الشي الى نفسه لان ركن الشي ما يقوم به
الشي والدعوي انما تقوم باضافته الى نفسه فكان ركنا واما
حكمها فوجوب الجواب على الخصم اما بالاثبات او النفي اذا صحت
وترتب على صحتها وجوب احضار الخصم والمطالبة بالجواب بلا ويعم

ان يزاد فيه فلم يجز ان يشهد وا بالشك وعند ابي يوسف اذا شهدوا
عند المكتوب اليه ان الكتاب كتاب القاضي الكاتب يامره بالالزام ولا
حاجة الى اعتبار قراءة القاضي الكاتب على الشهود فاذا اقراه المكتوب اليه
عرف ما فيه وبه قال ابن ابي ليلى شرا ان القدوري لم يشترط في
الكتاب ظهور العدالة للفتح وتبعه المصنف وقال في الهداية والصحيح
انه يفضّ الكتاب اي يفتحه بعد ثبوت العدالة وكذا ذكره الخصاف
لانه ربما يحتاج الى زيادة الشهود لانه يحتمل ان يطعن في الشهادة
ويحتاج الى زيادة الشهود وما قاله صاحب الهداية موافق
للخصاف وشرح ادب القاضي للصدر الشهيد ولكن مخالف لما اختاره
القدوري ولقبول كتاب القاضي الى القاضي شروط ايضا لم يذكرها
المصنف ولكن يفهم بعضها بالدلالة منها انه انما يقبل المكتوب اليه
اذا كان الكاتب باقيا على القضا حتي لو مات او عزل او لم يبق اهلا للقضا
قبل وصول الكتاب اليه لا يقبله لانه التحق بواحد من الرعايا
ومنها ان يكون المكتوب اليه كذلك حتي لو مات لا يقوم المولي مقامه
الا اذا كتب القاضي الكاتب الى فلان بن فلان قاضي بلدة كذا والى
كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان عين صار تبعا له والمعرف
هو الميت بخلاف ما اذا كان القاضي الكاتب كتب ابتدا من قاضي كورة
كذا فلان بن فلان الفلاني الى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين حيث
لا يقبل عند ابي حنيفه قال في الهداية والظاهر ان محمدا معه اخذ
بالاحتياط وعليه مشائخنا لانه مجهول خلافا لابي يوسف فان مبنا
في هذا على التسهيل ولو مات الخصم بعد الكتاب علي وارثه لقيامه

واقامة البينة او اليمين اذا انكر وهي مشروعة بالكتاب والسنة والاجماع
امّا الكتاب فقوله تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله وامّا السنة فقوله
صلى الله عليه وسلم لو يترك الناس ودعواهم لادعى قوم دماء قوم واموالهم
ولكن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه وفي رواية على من انكر والاجماع
على جوازها ص ويفسر المدعي بمن لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى
عليه بمن يجبر ش قال القدوري المدعي من لا يجبر على الخصومة
اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة اي الجواب لانه المراد
من الخصومة وهو اختيار المصنف وهو الاولى والاحسن ومعرفة
الفرق بين المدعي والمدعى عليه من اهم ما يبتنى عليه مسايل الدعوى
ص ويشترط لقبولها معرفة المدعى به في جنسه وقدره واحضاره
ان كان عينا حاضرة والا فبيان قيمتها ش اي يشترط لقبول الدعوى
او الخصومة ان يكون المدعي معلوما في جنسه دراهم او دنانير او
غيرها ومقداره اي كميته لان فايدة الدعوي الزام الخصم بالحجة
والالزام انما يترتب على الدعوي الصحيحة فان الدعوي نوعان صحيحة
وهي ما يتعلق بها احكامها من احضار الخصم والمطالبة بالجواب
واليمين اذا انكر والاثبات بالبينة وذلك انما يكون من الاشياء المعلومة
جنسا وقدرا وفاسدة وهي ان يدعي شيا مجهولا لان فايدة الدعوي
الالزام بواسطة اقامة البينة او نكوله ولا يتمكن من ذلك لجهالته
لانه يلزم منه تسليم غير المعلوم على المدعى عليه وذلك لا يجوز لانه
اعجاب من لا سبيل له الى الخروج عنه ولا يمكن للشهود الشهادة ولا
القاضي ان يقضي به ثم ان كان المدعي عينا حاضرة كلف المدعي عليه

احضارها

احضارها ليشير المدعي اليها في دعواه وان لم يكن حاضرة بان كانت
هالكة او غايبة ذكر قيمتها لان الاعيان تتفاوت وقد تعذر مشاهدة
عينها فوجب ان يذكر قيمتها ليصير معلوما ص وان كان عقارا
فحددين في الدعوي والشهادة شرط واكتفيا في الشهرة بالمشهود
ش اي ان لم يكن المدعي محتملا للنقل بان كان عقارا فلا بد
من تحديده في الدعوي والشهادة بذكر الحدود باسماء اصحابها
وانسابهم الى الجد لانه ابلغ في التعريف وذكر البلد والمحلة لان
العقار لا يمكن احضاره لتعذر النقل وتعذر حضور القاضي
عند العقار لكثرة اشغاله فيعذر تعريفه بالاشارة فيعرف
بالحدود ويبدا بذكر البلد لانه اعم ثم بالمحلة التي العقار
فيها ثم بين الحدود لان التعريف يقع بذلك وهذا بالاجماع
اذا لم يكن العقار مشهورا واما اذا كان مشهورا فهو على الخلاف
فعند ابي حنيفه الحدود باسماء اصحابها وانسابهم الى الجد وعندهما
لا يلزمه لان شهرتها تغني عن التحديد لان التعريف يقع بمجرد الاسم
في بني آدم حالة الشهادة فلا يشترط ذكر النسبة لحصول المقصود
وهو التعريف من غير ذكر النسبة ولابي حنيفة ان اصل البقعة
تصير معلومة بالشهرة لا بالمقدار بل المقدار على حاله لانه مما يزداد
وينتقص والاسم على حاله فلا يصير المشهود به معلوما بذكر الاسم
بخلاف بني آدم فانه لا يتغير الى زيادة ونقصان في الذات فيقع
التعريف بمجرد الاسم حالة الشهرة وهكذا ذكره في شرح
الهداية ص واكتفيا بذكر ثلاثة ش قال علماؤنا الثلاثة اذا ذكر المدعي

ثلاث حدود دارا وشهد الشهود بثلاث حدود وقالوا لا نعرف الحد الرابع
تقبل وقال زفر وهو القياس لا يقبل بل لا بد من ذكر الاربعة
لانه قد يتفق في حدود ثلاث فلا يقع التعريف ولنا انه قلما
يتفق الحدود ان في حدود ثلاثة ولو اتفق كان نادرا فيقع به التعريف
كما في بني آدم يقع به التعريف بذكر ثلاثة اشيا الاسم والنسبة
الى الاب والجد ولو ذكر اربعة حدود وغلط في واحد قيل تقبل
دعواه وقاسوا وقوع الغلط في احد الحدود بترك احد الحدود الاربعة
وذكر الخصاف في ادب القاضي لا تقبل دعواه وهو الصحيح لانه يختلف
به المدعى ولا كذلك بتركها اي متى تركوا احدا واحدا اما صار للمدعي
شيا آخر ومتى غلط في احد الحدود صار المدعي شيا اخر ص ثم
يذكر يد المدعي عليه ومطالبته وان كان دينا فمطالبته ش اي من
شروط الدعوي في المنقول والعقار ثلاثة اشيا احداها
التحديد في العقار والاشارة في المنقول وقد تقدم وثانيها
ذكر المدعي ان المدعي في يد المدعي عليه وثالثها انه يطالبه به اما
كونه في يد المدعي عليه فلان الدعوي لا بد ان يكون على خصم وللدعي
عليه انما يكون خصما اذا ذكر انه في يده والا فلا خصومة بينهما اطلق
المصنف وقال في الهداية وفي العقار لا يكتفي بذكر المدعي
وتصديق المدعي عليه انه في يده بل لا يثبت اليد فيه الا نفيا
لتهمة المواضعة اذ العقار عساه في يد غيرهما بخلاف المنقول فان
اليد فيه مشاهدة واما شرط المطالبة به فلانه حقه فيتوقف
على مطالبته ولانه يحتمل ان يكون مرهونا في يده او محبوسا بالثمن في

وتصادما

بينهما

يده

يد فلا بد من طلبه ليزول هذا الاحتمال وعن هذا قالوا في المنقول
يجب ان يقول في يده بغير حق واذا كان للمدعي دينا لا عينا لا يشترط فيه
الاحضار لان صاحب الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة لكن لا بد من
تعريفه بالوصف لانه يعرف به بان يقول دراهم كذا صفتها كذا ونحو
ذلك ص فاذا صحت سال القاضي للمدعي عليه فان اعترف قضى عليه
فان انكر سال المدعي البينة فان احضرها حكم بها وان عجز وطلب يمينه
استحلف فان نكل الزمه المدعي ش وان اخر حتى يعرض اليمين ثلاثا
كان اولى ش اي اذا صحت الدعوي بشرايطها وحضر المدعي عليه
في مجلس القاضي سال القاضي المدعي عليه عن الدعوي عينا او دينا
او عقارا لينكشف وجه الحكم فانه مشروع في الحكم وانما يسال
القاضي لانه ربما ياخذ للمدعي عليه مهابة المجلس فيعجز عن البيان
دون سوال القاضي فلهذا يساله وهذا استحسان والقياس ما ذكر
في الزيادات وهو ان القاضي لا يساله حتى يقول المدعي سل عن دعواي
لان السوال عن الدعوي انشا الخصومة وليس للقاضي ذلك ذكره
في تحفة الفقها فالاشيا التي تنقطع بها المنازعة ثلاثة اقرار او
بينة او يمين فان اعترف المدعي عليه بما ادعي المدعي قضا عليه
بما ادعاه والزمه اياه لان اقرار الانسان على نفسه حجة لعدم
التهمة قال تعالى بل الانسان على نفسه بصيرة اي شاهد وانها
للمبالغة فدل ذلك على جواز اقرار الانسان على نفسه وان انكر المدعي
عليه سال القاضي للمدعي البينة لما روي ان الامام ابو جعفر الطحاوي
في شرح الاثار مسندا الى علقمة بن وايل عن ابيه انه قال جا رجل

من حضرموت ورجل من كندة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال الحضرمي
يا رسول الله ان هذا قد غلبني على ارض كانت لي فقال الكندي هي ارضي في يدي
ازرعها ليس له فيها حق فقال عليه السلام للحضرمي الك بينة فقال لا فقال
عليه السلام فاحلفه فقال ليس له يمين فقال عليه السلام ليس لك منه
الا ذلك فانطلق ليحلفه فقال عليه السلام اما انه ان حلف على مالك
ظالما لياكله لقي الله وهو عنه معرض فعلم ان سوال البينة مقدم
على اليمين فان احضر المدعي البينة على وفق دعواه قضي بها لان دعوى
المدعي خبر يرجح صدقه بالبينة لان الشرع جعلها حجة وان عجز
عن ذلك وطلب يمين خصمه استحلفه لما روينا وانما اشترط طلب
المدعي يمين خصمه لان البينة شرعت مستحقة على المدعي عليه فلا
بد من طلب صاحب الحق حقه قيل الحكمة في شهادة شاهدين ان
الشاهد الواحد اذا شهد يرجح بعض صدق المدعي ولكن عارضه براة
في الاصل فلما شهد شاهد اخر يرجح صدق خبر المدعي فاستحق
الزام خصمه بذلك واذا نكل المدعي عليه عن اليمين قضي عليه
بالنكول والنكول التاخير يقال نكل القرن عن القرن اذا تاخر
والقرن بالكسر المقاوم لك في شجاعة او علم والنكول هنا ترك
الواجب لان اليمين واجبة عليه لقوله عليه السلام واليمين على
من انكر فلا يكون النكول الا امر هو اوجب منها لو ترك اليمين الفاجرة
اي الامتناع عن اليمين الكاذبة المهلكة كما ورد اليمين الكاذبة تدع
الديار بلاقع فعلم انه باذل عند الامام او مقر اي عندهما ولولا ذلك
لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه فحينئذ

يلزم

يلزم الناكل ما ادعي عليه لكن ينبغي للقاضي ان يقول له اني اعرض عليك
اليمين ثلاث مرات فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه المدعي
فاذا كرر العرض ثلاث مرات قضي عليه بالنكول وهذا التكرار ذكره
الخصاف وهذا الانذار استحب في موضع الخطا احتياطا وفي ساير
الكتب المسبلة على الاطلاق حتى لو قضي بالنكول بعد العرض مرة
جاز وفي المجتبى يشترط ان يكون القضا على فور النكول عند البعض
وقال الخصاف لا يشترط حتى لو استمهل القاضي بعد العرض
ثلاثا يومين او ثلاثا فلا باس به وبه قالت الايمة الثلاث ص ولا
نجيز ردها على المدعي شر قال الشافعي اذا لم يكن للمدعي بينة
يحلف المدعي عليه فان نكل ردت اليمين على المدعي فان حلف قضي له
وان نكل لا يقضي له وعند علمايا لا ترد على المدعي له ما روي
عن سهل بن ابي حثمة في القسامة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال للانصار اتبريكم يهود بخمسين يمينا فقالوا كيف نقبل ايمان قوم
كفار فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اتحلفون وتستحقون ٥
وجه الاستدلال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل
الايمان على المدعين بعد ان جعلها على المدعي عليهم فعلم ان رد اليمين
جايز وروي ان عثمان ادعى على المقداد مالا بين يدي عمر فانكر المقداد
فتوجهت اليمين عليه فرد اليمين على عثمان ولان الظاهر صار
شاهدا للمدعي بالنكول فيعتبر يمينه كالمدعي عليه لما كان الظاهر
شاهدا له اعتبر يمينه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم البينة
على المدعي واليمين على المدعي عليه فانه قسم بينهما والقسمة تنافي

الشركة فقد حصل جنس اليمين على المدعي عليه لان الالف واللام
للاستغراق وليس وراءه شئ آخر حتى يكون على المدعي وذلك ينفي رد ها
على المدعي ونظير قوله عليه السلام الايمة من قريش وفي صحيح مسلم
من رواية بن عباس رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال لو يعطى الناس بدعواهم لادعى اناس دماء رجال واموالهم
ولكن اليمين على المدعي عليه فثبت بذلك ان للمدعي لا يستحق بذلك
دما ولا مالا وانما يستحق بها يمين المدعي عليه خاصة وهذا حديث
ظاهر المعنى فيحمل عليه ما خفا من حديث يعارضه وما روي عن
عمر فهو قول صحابي وهو عنده ليس بحجة وفي المحيط وتجوز رد اليمين
على المدعي على وجه الصلح ص ولو قال لا اقر ولا انكر فالقاضي لا
يستحلفه ش قال ابو حنيفة اذا ادعى المدعي على المدعي عليه
بمال فسال القاضي عن دعواه فقال المدعي عليه لا اقر ولا انكر لا يستحلفه
القاضي وقال ابو يوسف ومحمد يستحلفه لان كلامي المدعي عليه
تعارضا فتساقطا فصار كانه لم يتكلم بشئ والسكوت انكار فيستحلفه
القاضي ويقضي بالنكول ولابي حنيفة قوله عليه السلام واليمين على
من انكر وهو لم ينكر صريحا فلم يمكن تحليفه لكن يقول له القاضي اما
ان تصدقه في دعواه واما ان تصرح بالانكار فان اصر على كلامه الاول
كان حابسا لتركه طاعة اولي الامر فيؤدبه القاضي بالحبس الى ان يقر
او ينكر ولو سكت عن جواب المدعي ولم ينطق بشئ من غير افة تجعل
السكوت انكارا بالاتفاق لان الجواب لا بد منه وهو اما اقرار او انكار
فحمل السكوت على الانكار اولى لان العاقل المتدين لا يسكت عن اظهار الحق

المدعي م

بلغ مقابلة

المستحق

المستحق لغيبة مع القدرة عليه فيعرض القاضي عليه اليمين ثلاثا ويقضي
بالنكول في غير الحدود والقصاص ص ولا يحكم بالشاهد واليمين ش
قال علماؤنا اذا احضر المدعي شاهدا واحدا لا يقضي القاضي بيمين
المدعي وقال الشافعي يحكم بها اذا حلف المدعي على ذلك مع انضمام
شاهد الى يمينه له ما روي مالك في الموطا عن جعفر بن محمد عن
ابيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد
وروي في السنن وشرح الاثار مسندا الى سيف بن سليمان المكي عن
قيس بن عمرو بن دينار عن ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله
عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد ولنا قوله صلى الله عليه
وسلم البينة على المدعي واليمين على من انكر وهذه قسمة تقتضي
نفي الشركة وقوله عليه السلام لو يعطى الناس بدعواهم ولكن
اليمين على المدعي عليه وقد تقدم تفاصيله والجواب عما استدل
به انه حكاية عن فعل النبي صلى الله عليه وسلم وليس بحديث
منه عليه السلام وحديث البينة على المدعي ثبت بطريق
الشهرة وقد تلقته الامة بالقبول وموافق لقوله تعالى واستشهدوا
شهيدين من رجالكم الآية فانه تعالى جعل نصاب الشهادة
شاهدين وعند عدمهما نقله الى شهادة رجل وامراتين والنقل
مخالف للكتاب وللحديث المشهور وفي ثبوته نزاع حتى رده
يحيى ابن معين ولانه يرويه ربيعة عن سهيل بن صالح وقد انكر
سهيل فلم يبق حجة بعد انكار الراوي فضلا عن ان يكون معارضا
للمشاهير ولانه ورد في حادثة عامة مختلفة بين السلف

فلو كان ثابتا لارتفع الخلاف ولما لم يرتفع دل على عدم ثبوته وروي
عن معمر قال سمعت الزهري يقول القضاء بشاهد ويمين
بدعة واول من قضى به معاوية وقيل هو محمول على ان المدعي اقام
شاهدا واحدا فاستحلف النبي صلى الله عليه وسلم المدعي عليه
لعدم نصاب الشهادة فنكل فقضى عليه بالنكول فلما وقع قضاؤه
عليه السلام بعد ذكر شاهد ويمين ظن الراوي انه عليه السلام
قضى بشاهد ويمين ص ولو قال ببينتي حاضرة في المصر
وطلب يمينه فهو ممنوع منه ش قال ابو حنيفة اذا قال
المدعي للقاضي شهودي حاضرون في هذا المصر ولكني استحلفه
لم يكن للقاضي ان يستحلفه وعندهما له استحلافه لان اليمين
حقه بالحديث الذي رويناه وله غرض صحيح في الاستحلاف
وهو ان يدفع به مونة المسافة عن نفسه ويتوسل بذلك الى
حقه في الحال باقراره او نكوله وفي البينة احتمال فلعلها لا تقبل
فيجيبه القاضي اذا طلبه كما اذا كانت خارج المصر ولابي حنيفة
ان ثبوت الحق في اليمين مرتب عن العجز عن اقامة البينة على
ما مر ويتبين من قوله عليه السلام للمدعي الك بينة فقال لا فقال
لك يمينه فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت البينة حاضرة
في المجلس بخلاف ما اذا كانت خارج المصر لانه قد يتعذر عليه
الجمع بين حضوره وشهوده فيكون عاجزا ولان في استحلافه مع
حضور الشهود هتك المسلم اذا اقام البينة بعد ما حلف يجب
ان يتوقاه ومحمد مع الامام في رواية ثم البينة ان كانت حاضرة

في مجلس

في مجلس القاضي لم يستحلفه بالاتفاق لان اليمين بحضور البينة ممتنعة
وان كانت غيبة عن المصر مسافة السفر يستحلف اتفاقا لتعين اليمين
لعدم حضور البينة وان كانت في المصر ولم تكن حاضرة في المجلس ففي
محل الخلاف فهما قاسا على غيبة البينة عن المصر مدة السفر وابو حنيفة
قاس على حضورها في المجلس وهو اقرب الى الحسن ص ويأخذ كفيلا
بنفسه ثلاثة ايام فان امتنع لازمه الا ان يكون غريبا فيلازمه
مقدار مجلس القاضي ش اي اذا قال المدعي لي بينة حاضرة في المصر
قيل لخصمه اعط كفيلا بنفسك ثلاثة ايام والغرض من ذلك ان لا
يذهب حقه بغيبوبه المدعى عليه وهو مروي عن ابي حنيفة
وهو الصحيح وعن ابي يوسف انه يأخذ منه الكفيل الى جلوس القاضي
مجلسا آخر معلوما عندهم فان احضر بينته والا رفع الكفيل الى القاضي
حتى يريه وهو ارفق بالناس فان امتنع المدعى عليه من اعطاء
الكفيل بنفسه لازمه المدعي وسار معه حيث كان حتى لا يغيب
فيذهب حقه ولا فرق بين ان يكون المدعى عليه معروفا او غير معروف
في ظاهر الرواية وان كان المال حقيرا ايضا ولو كان المدعى عليه غريبا
لا يجبر على اعطاء الكفيل فان اعطاه مختارا قبل والا فلا يجبر لان
الكفيل يمنعه من السفر والذهاب الى منزله فيلحقه ضرر ظاهر
وضرر المدعي موهوم فانه ربما لا يكون صادقا في دعواه وكذا لا يكفل
الا الى آخر المجلس وكذا لا يلازمه المدعي مقدار مجلس القاضي لان في اخذ
الكفيل وللازمة باكثر من هذا اضرارا بالغريب لما قلنا ولا ضرر في
هذا القدر غالبا ثم اعلم ان في اخذ الكفيل اختلافا فعن قتادة والشعبي

عدم الجواز وهو القياس ووجهه ان مجرد الدعوي ليس بسبب للاستحقاق
وقال عليه السلام لو يعطي الناس بدعواهم الحديث فالمريثبت الحجة
لايلزمه اعطا الكفيل وعن ابرهيم النخعي الجواز وهو استحسان وبه
اخذ علماونا ووجهه ان في اخذ الكفيل نظرا للمدعي فانه متي احضر
بينته ربما يخفي المدعي عليه نفسه فلا يقدر المدعي علي اثبات
حقه بالبينة فيلحقه الضرر ولا يلحق المدعي عليه ضرر كثير يصار
الي التكفيل الا تري ان القاضي بمجرد الدعوي يمنع المدعي عليه
عن اشغاله وان كانت دعواه محتملة للصدق وعدمه لانه لا يمكنه
الانصاف والنظر الي الخصمين الا بهذا ص ولا يستحلف في حد
ش اي لا يستحلف في حد بالاجماع كالحدود الخالصة حقا لله تعالى
كحد الزنا والشرب والسرقة لان الاستحلاف لاجل النكول ولا يقضي
بالنكول في الحدود لما انها تندري بالشبهات وفي البدايع واما حد
القذف فمجري فيه الاستحلاف في ظاهر الرواية لانه ليس من خالص
حق الله تعالى بل يشوبه حق العبد فاشبه التعزير وفي التعزير
تحلف فكذا هذا ص وكذا في مجرد نكاح ورجعة وفي ولاد وولا
ورق وقيل يفتي بقولهما ش قال ابو حنيفه الاستحلاف لا يجري
في هذه الاشيا الستة وعندهما يجري وصورة المسئلة في النكاح ان
يدعي رجل علي امراة نكاحها او ادعت هي عليه نكاحا وانكر الاخر
وهذا معني قول المصنف في مجرد نكاح اما لو كان المقصود فيه المال
كما اذا ادعت امراة علي رجل انه تزوجها بالف وطلقها قبل الدخول بها
ولها عليه نصف المهر فانه يستحلف بالاجماع واذا نكل يقضي عليه

بنصف

بنصف المهر وفي الرجعة ان يدعي الزوج والمراة عليه بعد انقضا العدة
انه راجعها في العدة وانكر الاخر وفي الفي ان تدعي المراة علي الزوج او هي عليه
بعد انقضا مدة الايلا انه فا اليها في المدة وانكر الاخر وفي الولاد ان يدعي
انسان علي مجهول انه معتقه ومولاه او علي العكس وانكر الاخر وكذا
في مولي الموالاة لان الولا يشملهما وفي الرق ان يدعي انسان علي مجهول
انه عبده او علي العكس وانكر الاخر وعلي هذا الخلاف الاستيلاد لانه
يلحق بهذه الستة لان الدعوي فيه دعوي النسب فجعلا شيا
واحدا وبهذا الاعتبار صارت ستا كذا افاد الشيخ حميد الدين الضرير
وصورته ان تدعي جارية علي مولاها انها ولدت منه هذا الولد
او ولد اقدمات وانكر المولي وكل مسئلة من هذه المسايل الست
تتصور من الجانبين الا مسئلة الاستيلاد فانها تاتي من جانب
واحد لان المولي اذا ادعي ذلك تثبت ولا يلتفت الي انكارها
والخلاف في هذه المسايل مبني علي ان النكول بذل او اقرار عند الامام
هو في معني البذل ولا يجري البذل في هذه الاشيا وعندهما هو في
معني الاقرار لانه فعل دال علي الكذب في الانكار السابق فيكون
مصرفا بالمدعي دلالة ولان النكول يصح ممن لا يصح منه البذل كالماذون
والمكاتب فدل ذلك علي انه ليس ببذل وللامام انا لو اعتبرناه اقرارا
يكون كاذبا في انكاره والكذب حرام ولو جعلناه بذلا لا يكون كاذبا
يجعل باذلا مسيئا له عن الحرام واذا كان كذلك فلا يقضي بالنكول
في هذه المسايل لان البذل لا يجري فيها كالقصاص في النفس
والحدود ومما يدل علي انه بذل انه لا يجوز الا في مجلس القاضي وقضايه

ولو كان اقرار الحجر مطلقا بدونهما وانما جاز في المأذون والمكاتب لان فيه
ضرورة وهي دفع الحجومة فيدخل تحت الاذن في التجارة كما تدخل الضيافة
اليسيرة للضرورة اذ لابد للتجارة من ذلك ولا يقال عدم اليمين في
هذه المسائل مخالف للحديث المشهور وهو قوله عليه السلام البينة
على المدعي واليمين على من انكر لانه خص منه الحدود واللعان فجاز
هنا ايضا وقال ابو الليث الفتوى على قولهما لعموم البلوى
ص ويحلف في دعوى القصاص في النفس والطرف فان نكل
فالقصاص في الطرف والحبس حتى يقر او يحلف في النفس وقالا لا
فيهما ش اي اذا ادعى شخص على شخص قصاصا في الطرف او في النفس
يحلف بالاتفاق فان حلف برئ وان نكل فعند الامام يقتص في
الطرف ولا يقضي بشيء في النفس ولكن يحبس حتى يقر او يحلف
او يموت جوعا وقالا يجب عليه الارش فيهما وهذا الاختلاف
فرع على اختلافهم في معنى النكول فعند الامام هو في معنى البذل
وعندهما هو في معنى الاقرار الا ان فيه شبهة لان في امتناعه عن
اليمين احتمالا يحتمل انه امتنع لاجل الترفع والقصاص عقوبة
وهي لا تثبت بالشبهة ولهذا لا يثبت القصاص بالنكول في النفس
اتفاقا ولا بالشهادة على الشهادة ولا بشهادة رجل ولمرأتين ولا
بكتاب القاضي الى القاضي واذا تعذر استيفاء القصاص وجب
المصير الى المال ولابي حنيفة ان النكول في معنى البذل حتى لا يلزم
تكذيب المسلم في انكاره سابقا باقراره ثانيا ثم يقول لا يخلو اما
ان يجعل النكول ايفاء للحق في حق المدعي او بذلا في حق المدعى عليه فان كان

ايفاء

ايفاء الطرف محل قابل له وان كان بذلا فالطرف ليس كذلك محل قابل
للبذل لان الاطراف خلقت وقاية للنفوس كالاموال فجاز بذلها الا ترى انه
يقطع اليد للاكلة لصيانة النفس وكذا قلع السن للوجع لهذا المعنى
بخلاف النفس فانها وان كانت قابلة للايفاء لكنها غير قابلة للبذل فما
صار بدل النفس مشروعا واذا تعذر استيفاء القصاص في النفس لا
يصار الى المال بل تحبس حتى يقر او يحلف لان اليمين اصل حقه لا بدل
حقه الا ترى انه لو قال لشخص اقطع يدي فقطعها لا يضمن شيئا
وان قال اقتلني ففعل لم يهدر دمه بل يوخذ بالقصاص في رواية
وبالدية في اخرى وفي التتمة تجب الدية في قول علمائنا الثلاثة
كما ذكره التمرتاشي ص وان ظفر بجنس حقه اخذه وبخلاف جنسه
منعه ش اي اذا ظفر شخص من مال غريمه وله حق عنده فان كان
من جنس حقه فله اخذه بالاتفاق بيننا وبين الشافعي واما لو
ظفر بخلاف جنس حقه فله اخذه بغير رضاه عند الشافعي ايضا لانه
مثل حقه في المالية فيكون له اخذه كما اذا ظفر بجنس حقه ولنا
ليس له ذلك لانه لو طالبه فسلم اليه خلاف جنس حقه لم يلزمه
الا برضاه فلم يكن له اخذه من ماله ايضا الا برضاه وحقيقة معناه
انه تحتاج فيه الى المقاصة به وهي تقع في المعنى فلا يقع الا بتراضيهما
بخلاف ما اذا ظفر بجنس حقه لان المطلوب لو خلي بينه وبينه
انزل قابضا وله يحتج الى رضا الطالب فكذا للطالب اخذه فلا يحتاج
الى رضا المطلوب وللشافعي في ذلك اقوال فلينظر في المطولات

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف

لما ذكر نفس

اليمين شرع في بيان كيفيتها وصفتها وفي اي موضع يكون وفي اي موضع
لايكون ص وتحلف بالله ويؤكد باوصافه ش اي تحلف للمدعي عليه
بالله دون غيره لما روي مالك في الموطا عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنه
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ادرك عمرو وهو يسير في ركب وهو يحلف
بابيه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله ينهاكم ان تحلفوا بابائكم
فمن كان حالفا فليحلف بالله او ليصمت وفي السنن او ليسكت والقاضي
اذا اكتفى بذكر اسم الله تعالى جاز لان معنى القسم مراعاة حرمته
وقد وجد وتؤكد بذكر اوصافه تعالى قال في الهداية وهو التغليظ
اي التاكيد بذكر صفات الله تعالى في اليمين واذا غلظ على الحالف
زجر له عن الاقدام على اليمين الكاذبة جاز له ذلك وينبغي للقاضي
ان يتامل حتى لا يتكرر عليه الايمان فانه اذا حلف بالله الرحمن الرحيم
يكون يمينا واحدة واذا حلف بالله والرحمن والرحيم تكون ثلاثة
ايمان والمستحق على المدعي عليه يمين واحدة ثم صفة التغليظ
ان يقول والله العظيم الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة
الرحمن الرحيم الطالب الغالب المدرك المهلك الذي يعلم من السر
ما يعلم من العلانية الكبير المتعال ما لفلان علي ولا عندي ولا قبلي
هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه وانما يقول ولا شيء
منه لانه ربما اعطاه بعضه وبقي بعضه وقال بعضهم ان كان
المنكر من اهل الصلاح او المال حقيرا لا يغلظ ص لا بالطلاق والعتاق
ش اي لا يستحلف المنكر بالطلاق ولا بالعتاق ولا بالحج لما روينا من
حديث بن عمر ولقوله عليه السلام من كان منكرا حالفا فليحلف بالله

اوليذر

اوليذر وفي الفتاوي الصغرى التحليف بالطلاق والعتاق لم تجوزه اكثر
مشائخنا واجازه البعض وفي خلاصة الفتاوي ولو حلفه القاضي بالطلاق
فنكل وقضي عليه بالمال لم ينفذ قضاؤه وقيل في زماننا اذا الح الخصم
ساغ للقاضي ان يحلفه بذلك لقلة المبالات باليمين بالله تعالى اليوم
نعوذ بالله من ذلك فان ذلك من الجوم على اليمين بالله تعالى من غير
توقف وكثرة الامتناع عن الحلف بالطلاق والعتاق فبقي لهم عادة
وفي فتاوي قاضي خان وان اراد المدعي تحليفه بالطلاق او العتاق
لاجيبه القاضي الى ذلك لان التحليف بمثله حرام ولبعضهم جوز
ذلك في زماننا والصحيح ظاهر الرواية ص ولا بغلظ بزمان
ولا مكان ش اي لا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان
لان المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفي ايجاب
ذلك حرج على القاضي حيث يكلف حضورها وهو مدفوع ص واليهودي
بالله الذي انزل التورية على موسى والنصراني بالله الذي انزل الانجيل
على عيسى عليهما السلام والمجوسي بالله خالق النار ولا يحلفون في
متعبداتهم ش اي تغلظ اليمين على اليهودي بذكر المنزل على نبيه
موسى عليه السلام فيحلف بالله الذي انزل التورية على موسى لان
اليهودي يعتقد نبوته وتحليفه عليه السلام لابن صوريا
الاعور حبر اليهود بالله الذي انزل التورية على موسى عليه السلام
كيف تجدون حد الزاني المحصن في كتابكم رواه ابو داود وعلى النصراني
بذكر المنزل على عيسى عليه السلام بالذي انزل الانجيل على عيسى عليه
السلام لان النصاري يعتقدون نبوته وعلى المجوسي بالله خالق

النار هكذا ذكر محمد في الاصل وذكر الخصاف انه لا يستحلف غير اليهودي
والنصراني الا بالله لان في ذكر الله تعالى مع اسم النار تعظيمها وما ينبغي
ان تعظم بخلاف التورية والانجيل فان كتب الله تعالى معظمة ولا
يستحلف الوثني وغير من اهل الشرك الا بالله واما الصابيه
فان كانوا يومنون بادريس عليه السلام استحلفوا بالله الذي انزل
الصحف على ادريس عليه السلام وان كانوا يعبدون الكواكب
استحلفوا بالله الذي خلق الكواكب لان الكفار باسرهم يعتقدون
الله تعالى قال تعالى ولين سالتهم من خلقهم ليقولن الله
وعبادة غيره تعالى تقرب اليه على زعمهم كما اخبر عنهم بقوله
تعالى انما نعبدهم ليقربونا الى الله زلفى والاصل ان فايدة اليمين
النكول الذي هو بذل او اقرار والكافر يصح منه ذلك فيتوجه
عليه اليمين كما في المسلم وكل ذي دين يعتقد حرمة معبوده
فيمتنع من الاقدام على ما فيه هتك حرمة معبوده فيمتنع من اليمين
الكاذبة فيحصل ما هو المطلوب كما هو في حق المسلم وانما لا يحلفون
في متعبدهم لانه يودي الى تعظيم ذلك المكان والحلف يقع
بالله لا بالمكان ولان القاضي يكره حضوره في ذلك للمكان قيل
وان سال المدعي القاضي ان يبعث به الى بيعة او كنيسة ليحلف
هناك لا باس بان يفعله اذا اتهمه ص واذا جحد انه باعه هذا
العبد بالف استحلف ما بينكما بيع قايم فيه وفي العضب
ما يستحق عليك رده وفي النكاح ما بينكما نكاح قايم في
الحال وفي الطلاق ما هي باين منك الساعة بما قالت لا بينها

ش

ش اي يحلف في هذه المسايل على الحاصل لا على نفي اسبابها وتفسير
الحاصل ثبوت الحكم في الحال وكيفية الحلف في البيع ان يحلف بالله
ما بينكما بيع قايم فيه ولا يستحلف بالله ما بعت لانه قد يباع
العين ثم يقال فيها وفي العضب بالله ما يستحق عليك رده
ولا يستحلف بالله ما عضبت لانه قد يغصب ثم يفسخ بالهبة
وفي النكاح على قولهما بالله ما بينكما نكاح قايم في الحال لانه
قد يطرا عليه الخلع وانما قال ابو حنيفة هنا بالاستحلاف تغريما
على قول من قال به والا فلا استحلاف في النكاح على مذهبه
وفي دعوى الطلاق بالله ما هي باين منك الساعة بما ذكرت
ولا يستحلف بالله ما طلقتها لان النكاح قد يتجدد بعد الابانة
وانما يحلف على الحاصل في هذه المسايل لانه لو حلف على السبب
يتضرر المدعى عليه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد واما على قول
ابي يوسف حلف في جميع ذلك على السبب الا اذا عرض فحينيذ
يحلف على الحاصل يعني يحلف ابو يوسف على السبب بان يقول
بالله ما بعت ولا عضبت الا اذا قال المنكر ابها القاضي ان الرجل
قد يبيع ثم يفسخ ويغصب ثم يرد فحينيذ يحلف على
صورة الحاصل اي يلزم القاضي الاستحلاف على حكم الشي في الحال
وقيل ينظر الى انكار المدعى عليه ان انكر السبب حلف عليه
وان انكر الحكم حلف على الحاصل وعليه اكثر القضاة وقال فخر
الاسلام يفوض الى راي القاضي ص وتحلف الوارث على العلم
والمشتري على البتات ش اي اذا ورث شخص عبدا فادعى آخر انه

عبده ولا بينة له واراد استحلاف الوارث يحلف بالله ما يعلم ان هذا لعبده
لانه لا يعلم ما صنع مورثه ولا يحلف على البتات لانه لا يتحقق عدد
الاستحقاق وفي الشرا والهبة يحلف على البتات بان اشتري رجل
من آخر عبدا فجا ثالث وزعم ان العبد عبده ولا بينة له واراد
استحلاف المشتري يحلف على البتات وكذا الموهوب له واراد استحلاف
عبدا فقبضه وجا ثالث يدعيه ولا بينة له واراد استحلاف
الموهوب له يحلف على البتات لوجود المطلق لليمين فان الشرا
بسبب لثبوت الملك وضعا فاذا امتنع عن اليمين صار ناكلا
وكذا حكم الهبة والفرق بين الارث والشرا والهبة ان الوارث
خلف عن الميت والنيابة لا تجري في اليمين حتى يحلف على البتات
ولا كذلك المشتري او الموهوب له لان كلا منهما اصل بنفسه
والحلف على العلم مشروع كالحلف على البتات لان النبي صلى الله عليه
وسلم حلف اليهود في القسامة بالله ما قتلتم وما علمتم
له قاتلا وكل موضع وجبت فيه اليمين على البتات فحلف على العلم
لا تعتبر وعلى العكس تعتبر ولو نكل يقضى عليه لان اليمين على
البتات اقوى فالتحليف على فعل نفسه بالبتات وعلى فعل
غيره بالعلم **فصل في التحالف** لما ذكر حكم اليمين
الواحد شرع في يمين الاثنين لان الاثنين فرع عن الواحد
فلهذا آخر ص اذا ادعى البايع ثمنا اكثر او المشتري مبيعا اكثر يقضى
لمن اقام البينة فان برهنا قدم اثبتهما للزيادة والا عيا الى التراضي
فان امتنعا استحلفا وفسخ البيع وبدي بالمشتري في الصحيح

ش اي اذا

اذا اختلف المتبايعان في قدر الثمن او المبيع فادعى المشتري ثمنا
والبايع اكثر منه او اعترف البايع بقدر من المبيع والمشتري اكثر منه فان كان
لاحدهما بينة قضي له بها لانه تورد دعواه بالحجة ودعوى الاخر مجردة
والبينة اقوى من مجرد الدعوى وان اقاما البينة فالمثبتة للزيادة
اولى لان البينات شرعت للاثبات وخلت البينة المثبتة للزيادة
عن معارض فترجحت بها وان لم يكن لهما ولا لاحدهما قيل للمشتري اما
ان ترضى بالثمن الذي ادعاه البايع والا فسخنا البيع وقيل للبايع اما
ان تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع والا فسخنا البيع لان المقصود
دفع المنازعة وقد امكن ذلك برضي احدهما بما يدعيه الاخر فيجب
ان لا يعدل القاضي بالفسخ حتى يسال كل واحد منهما عما يختاره فان لم
يرضيا استحلف القاضي كل واحد منهما على دعوى الاخر ويبدا القاضي
بتحليف المشتري عند ابي حنيفة في رواية وهو قول محمد وقول
ابي يوسف اخرا وهو الصحيح لان المشتري اشدهما انكارا لانه
يطالب اولا بالثمن ولان اليمين تطلب للنكول ونكول المشتري
لم يتعلق بها فايدة عاجلة بتسليمه الثمن في الحال وهذا التحالف
قبل القبض جار على مقتضى القياس لان البايع مدع لزيادة الثمن
والمشتري منكر وكذلك المشتري مدع لوجوب تسليم المبيع بما
قدم من الثمن والبايع منكر ما يدعيه فكل واحد منهما منكر ما يدعيه
الاخر فيحلف واما التحالف بعد القبض فمخالف للقياس لان المشتري
لا يدعي شيا لان المبيع سالم له فبقيت دعوى البايع في زيادة الثمن
والمشتري ينكرها فالقياس يقتضي الاقتصار على تحليفه الا انا علمنا

بالحديث على خلاف القياس وهو قوله عليه السلام اذا اختلف البايعان والسلعة قايمة بعينها تحالفا وترادا هكذا نقل الحديث صاحب الهداية والمصنف في شرحه ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا بينة البايع اولى في الثمن وبينة المشتري اولى في المبيع نظرا الى زيادة الاثبات وصورته ان يقول البايع بعت منك هذه الجارية بالف درهم ويقول المشتري بل معها هذا العبد بالف درهم فان لم يكن لهما ولا لاحدهما بينة تحالفا وتفاسخا البيع على ما ذكرنا وان كان لاحدهما بينة فهو اولى وان اقام كل واحد منهما بينة على ما يدعيه فبينة البايع اولى في الثمن وبينة المشتري في المبيع لما قلنا من النظر في زياده الاثبات

ص وان اختلفا في الاجل او شرط الخيار او استيفاء بعض الثمن كان القول للمنكر ش اي اذا اختلف المتبايعان في هذه المسايل الثلاثه فلا تحالف بينهما والقول قول المنكر مع يمينه لان هذا اختلاف في غير المعقود عليه وهو المبيع والمعقود به وهو الثمن فاشبه الاختلاف في الحط والابراء لان باتفاقهما كل واحد مما تقدم لا يخل ما به قوام العقد اذ البيع يوجد بدون شرط الخيار والاجل وبدون استيفاء الثمن كله او بعضه بخلاف الاختلاف في جنس الثمن حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر حتى يجري فيه التحالف لانه يرجع الى نفس الثمن لانه يعرف بالوصف لا غير لكونه دينا في الذمة ولا كذلك الاجل لانه ليس بوصف له الا ترى ان للثمن وجودا بدونه ولا فرق بين ان يكون اختلافهما في اصل الاجل او في قدره وفي اصل شرط الخيار او قدره ص او في الثمن بعد هلاك المبيع امر بالتحالف

والفسخ

والفسخ على قيمته وجعلا القول للمشتري ش قال محمد اذا اختلف المتبايعان في مقدار الثمن بعد هلاك المبيع اي بعد قبضه اذ لو كان قبل القبض لانفسخ البيع بتحالفهما ويفسخ البيع على قيمة الهالك وقال ابو حنيفة وابو يوسف لا يتحالفان ويكون القول قول المشتري مع يمينه لمحمد قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا من غير شرط قيام السلعة ولانا قوله عليه السلام في حديث اخر والسلعة قايمة واذا اجتمع المطلق مع المقيد في حادثة واحدة في حكم واحد حمل المطلق على المقيد وفيه خلاف شمس الايمة وفخر الاسلام وذكر في المبسوط ان عند العراقيين من مشايخنا يجوز ذلك في حادثة واحدة وقد قالوا ان المطلق والمقيد اذا وردا في حكم واحد تجب العمل بالمقيد لان العمل بهما غير ممكن وفيه ابحاث اصولية

ص او بعد هلاك بعضه فالتحالف ممتنع الا ان يرضى البايع بترك حصة الهالك والقول للمشتري ويامر بالتحالف في القايم والفسخ فيه ويجعل القول للمشتري في قيمة الهالك ويامر بهما ش قال ابو حنيفه اذا باع عبدين صفقة واحدة ثم هلك احدهما عند المشتري ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا ويكون القول قول المشتري مع يمينه لانه المنكر الا ان يرضى البايع ان يترك حصة الهالك قيل معناه لا ناخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا وكان العقد لم يكن الا على الباقي فيكون الثمن بمقابلة القايم فحينيذ يجري فيه التحالف فان حلفا فسخ العقد فيه واخذ ولا

يأخذ من ثمن الهالك ولا من قيمته شيأ وايهما نكل لزمه دعوى الاخر
وقال ابو يوسف يتحالفان في الحي تحلف المشتري بالله ما اشتراهما
بالف وخمسمايه ويحلف البايع ما باعهما بالف فاذا حلفا فسخ البيع في الحي
ويرده وحده ولا يتحالفان في الهالك ويكون القول قول المشتري
في حصته الهالك مع يمينه وقال محمد يتحالفان عليهما ويفسخ البيع
فيهما ويرد الحي وقيمة الهالك لمحمد ان هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف
عنده كما تقدم لقوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف البايعان
تحالفا وترادا من غير شرط ففي هلاك البعض اولى ولابي يوسف
اعتبار البعض بالكل ولو كان الكل قايما لكان التحالف في الكل
ثابتا ولو كان الكل هالكا لكان التحالف في الكل فايتا واذا كان
البعض قايما والبعض فايتا يكون التحالف في القايم ثابتا وفي
الهالك فايتا ولابي حنيفة ان التحالف في قدر القايم وحده
لا يتمكن الا على اعتبار حصته من الثمن ولا بد من القسمة لاقيمتهما
والعدد يعرف بالحزر والظن فيودي الى التحليف مع الجهل وذلك
لا يجوز لانه تحالف في الهالك الا ان يرضى البايع ان يترك حصة الهالك
لان النزاع حينيذ يكون في القايم فيجري فيه التحالف على ما
بيّنا ويوضح قول ابي حنيفة ان التحالف بعد القبض ثبت بالسنة
على خلاف القياس في حال قيام السلعة وهي اسم لجميع اجزايها
فاذا هلك بعضها فقد فات الشرط فزال الحكم الاخري الذي
تعلق به وهذا الخلاف الذي ذكرناه فيما اذا كان الهلاك بعد
القبض قبل نقد الثمن لانه اذا هلك بعض المبيع قبل القبض يتحالفان

على القياس

على القياس بالاتفاق ص ولو اشتري عبدا فباع نصفه ثم اختلفا
فالقول للمشتري ويامر بالتحالف والفسخ في النصف ان رضي البايع وامر
به في النصفين فيرد القايم وقيمة المبيع ان رضي والا فقيمتهما
ش قال ابو حنيفه اذا اشتري شخص عبدا وقبضه ثم باع
نصفه من اخر ثم اختلف الاولان في الثمن لا يتحالفان ويكون
القول قول المشتري مع يمينه وقال ابو يوسف يتحالفان ويفسخ
البيع في النصف الباقي على ملكه ان رضي البايع به لانه تعيب
بالشركة فلا يمكن رده عليه الا برضاه فاذا رضي تحالفا ورد عليه
المشتري هذا النصف ونصف ما يعترف به من الثمن وان ابى
البايع ذلك لا يتحالفان ويكون القول للمشتري وعند محمد
يتحالفان ان رضي البايع يعود النصف اليه ويفسخ البيع في العبد كله
فيرد المشتري قيمة النصفين وهذه المسئلة مفرعة على ما قبلها
على اصل كل واحد منهم فلم نحتج الى دليل كذا حلها بعض المشايخ
ص او في الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا
او بعده كان القول للمستاجر ش اذا اختلف الموجر والمستاجر
في البدل او المبدل او فيهما فان كان ذلك قبل استيفاء المعقود
عليه تحالفا وفسخا العقد لان التحالف في البيع قبل قبض
المبيع على وفاق القياس على ما مر والاجارة قبل قبض المنفعة
نظير البيع قبل قبض المبيع فان وقع الاختلاف في الاجرة بدي
بيمين المستاجر لانه منكر لوجوب الاجرة فان وقع في المنفعة
بدي بيمين الموجر وايهما نكل لزمه دعوى الاخر وايهما اقام

البينة قبلت بينته ولو اقاماها فبينة الموجر اولى ان كان الاختلاف
في الاجرة وان كان في المنفعة فبينة المستاجر وان كان فيهما قبلت
بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل نحو ان يدعي هذا شهرا
بعشرة والاخر شهرين بخمسة يقضي لشهرين بعشرة نظرا
الى كثرة الاثبات ص او بعده كان القول للمستاجر ش وان اختلفا
بعد الاستيفا لم يتحالفا لان احد العوضين هلك وهو المنفعة
وكان القول قول المستاجر وهذا على اصل ابي حنيفة وابي يوسف
ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما وكذلك
على اصل محمد لان الهلاك انما لا يمنع التحالف في المبيع عنده لما ان له
قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها ولو جرى التحالف ههنا وفسخ
العقد فلا قيمة لان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وقد
تبين بالفسخ انه لا عقد واذا امتنع التحالف فالقول للمستاجر
مع يمينه لانه هو المستحق عليه وان اختلفا بعد استيفا بعض
المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي وكان القول في الماضي
قول المستاجر لانه هو المستحق عليه فيما مضى ولم يذكر المصنف
استيفا بعض المعقود عليه لاندراجه تحت الاستيفا ص او المولى
والمكاتب في البدل فالتحالف ممتنع وقالا يتحالفان ويفسخ ش
قال ابو حنيفة اذا اختلف المولى والمكاتب في بدل الكتابة
لم يتحالفا وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة اعتبارا بالبيع والجامع
ان المولى يدعي بدلا زايدا ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق
العقد عليه عند ادا القدر الذي يدعيه والمولى ينكر فيتحالفان

كما اذا

كما اذا اختلفا في الثمن ولابي حنيفة ان التحالف على خلاف القياس في البيع
بعد القبض ظاهر والكتابة ليست في معناه لان الكتابة غير لازمة
من جهة المكاتب فان العبد يعجز نفسه في كل ساعة ومن جهة
المولى لازمة فافترقا وهذه المسيلة قد ذكرت في الكتابة ايضا
ولكن قد ذكرت في الدعوى كما ذكرت في الهداية وغيرها ص او الزوجان
في متاع البيت فما يصلح للرجال كان له او للنسا فلها او لهما فهو له
ش اي اذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال
كالعمامة والسيف فهو للرجل وما يصلح للنسا كالخمار والمقنعة
فهو للمراة وما يصلح لهما كالانية والذهب والفضة قال ابو
حنيفة هو للرجل لان الرجل قوام على المراة فكان ما في الدار في
يد الزوج من وجه لانه اقوى لان المراة والعقار وما في يدها
في يد الرجل والقول في الدعاوي لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها
لانه يعارضه فيه ظاهر اقوى منه ولا فرق فيما اذا كان الاختلاف
في حال قيام النكاح او بعد ما وقعت الفرقة بينهما وقال ابو يوسف
القول في غير المشكل كما قال ابو حنيفة واما في المشكل فالقول
قول المراة في قدر جهاز مثلها وفي الباقي القول قول الزوج مع يمينه
لان الظاهر ان المراة تاتي بالجهاز وهذا اقوى فيبطل به ظاهر
الزوج ص او ورثته احدهما مع الاخر فالصالح لهما للباقي منهما
وتامر لها بجهاز مثلها وبالباقي له وامر بصرفه اليه او الى ورثته
ش قال ابو حنيفة اذا مات احد الزوجين واختلف الحي منهما
مع ورثة الاخر فما يصلح للرجال والنسا فيما تقدم فهو للباقي منهما

والباقي عما يخبر به شيئها لم يعارض ظاهر الزوج
فيه ظاهر اقوى منه فوجب اعتباره والطلاق
والموت سوا القيام الورثة مقام المورث
وقال محمد ما يكون ما لها لها فهو للرجل كما
قال ابو حنيفة وللوارث الرجل ان كان
هو الميت الا للمراة لقيام الوارث مقام
الرجل وللنسا يكون مضمونا
و الطلاق والموت سوا القيام الوارث
مقامه صح

وما الاشكال فيه وهو ما يصلح لاحدهما ولا يصلح للاخر فهو على ما كان
قبل الموت ويقوم ورثته مقامه فيه وقال ابو يوسف في المشكل
يدفع الى المراة ما يحقق به مثلها والباقي للزوج مع يمينه والطلاق
والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم وقال محمد مثل ما قال
ابو حنيفة ان ما يصلح لاحدهما فهو له وما يصلح لهما فهو للزوج
كما قلنا لابي حنيفة الا ان قوله هذا لا يختلف بين ان يكون في
حياتهما او بعد موت احدهما فالحاصل انهم اتفقوا على ان ما يصلح
فهو لمن يصلح له في الحياة والموت حتى تقوم ورثته مقامه واختلفوا
فيما يصلح لهما فابو حنيفة جعله للزوج في حال حياتهما وللباقي
منهما بعد موت احدهما وابو يوسف جعل منه للمراة قدر ما يجهز
به مثلها في الحالتين لانها باقي بالجهاز عادة فكان الظاهر شاهدا
لها وهو اقوى من ظاهر يد الزوج فيسقط به ظاهره ولا معارض
في الباقي فيعتبر ومحمد جعله للزوج في الحالتين لما في الاستواء
بين الحالتين ان الورثة يقومون مقام الميت لانهم خلفاؤه فلا
يغير الحكم في المشكل بالموت كما لا يتغير في غير المشكل ولابي
حنيفة ان يد الباقي منهما اسبق الى المتاع لان الوارث تثبت يده
بعد موت المورث فيقع به الترجيح مما يقع بصلاحية الاستعمال
بل اولى لان لليد رجحانا مطلقا حتى ترجح به في غير هذا الباب
بخلاف الصلاحية به ولان يد الباقي منهما يد لنفسه
ويد الوارث خلف عن يد المورث فلا تعارض الاصل ص ونفينا
الحكم بقسمته بينهما ش قال رحمه ما يصلح للرجال والنساء يكون مقسوما

بلغ مقابلة

بينهما

بينهما بمنزلة عين في يد اثنين اذا ادعياها ولنا انهما في يد الزوج
حكما اما يكون في يدها يكون في يده فيكون الصالح لهما في يد الزوج فتكون
المراة خارجة مدعية والبينة بينة الخارج والقول قول ذي اليد
مع اليمين ص ولو كان احدهما ماذونا فهو للحر وقالا حكمهما كالحرين
ش قال ابو حنيفة اذا كان احد الزوجين حرا والاخر مملوكا او مكاتبا
واختلفا في حياتهما فالقول قول الحر وعندهما ان كان المملوك محجورا
فكذلك وان كان ماذونا او مكاتبا فالجواب فيه وفي الحرين سواء
وجه قولهما ان للماذون والمكاتب يدا معتبرة في سائر الخصومات
الا ترى انه لو اختصم الحر والمكاتب في ثوب هو في يدهما يقضي به
بينهما لاستوائهما فكذلك في الخصومة في متاع البيت وجه قول
ابي حنيفة ان الماذون والمكاتب كلاهما مملوك اما الماذون فلا
شك فيه واما المكاتب فعبد ولو بقي عليه درهم والمملوك لا يكون
من اهل الملك فلا تصلح يده دليل الملك فلا يصلح معارضة لليد الحر فبقيت
يده دليلا على المملوك من غير معارض وقال في الهداية وان كان
لاحدهما مملوكا فالمتاع للحر في حال الحيوة لان يد الحر اقوى وللحي بعد
الممات لانه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض وهذا عند ابي
حنيفة وقالا العبد الماذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر
لان لهما يدا معتبرة في الخصومات انتهى ولم يقيد الماذون في بين
رواية المصنف وبين الهداية كلام في الحكم والدليل فليتامل

فصل ٣٥ فيمن لا يكون خصما

لما ذكر احكام من
يكون خصما شرع فيمن لا يكون خصما ص واذا ادعى الخصم ان الغايب

اودعني هذا الشي او رهنه او غصبته منه او استاجرته واقام بينة فليس
بخصم ش اذا ادعى رجل على آخر عينا في يده فقال المدعي عليه هذا
الشي اودعنيه فلان الغايب الى آخره واقام بينة على ذلك فلا خصومة
بينه وبين المدعي لان للمدعي عليه لما اقام البينة صار كالثابت
عيانا ولو عاينا ان الغايب كان اودعه الى آخره لم تنتصب ذو
اليد خصما له فكذا اذا ثبت بالبينة العادلة وهذه البينة مقبولة
على الغايب لان ما يدعي على الغايب سبب لما يدعي على الحاضر ولانه
لا يدعي الملك لنفسه بدليل انه لو قال ابتعته من فلان الغايب
فهو خصم لانه ادعى الملك لنفسه وهذا اذا كانت العين قايمة
اما لو كانت هالكة يكون خصما لما ذكر في الجامع لو هلك عبد في يد
انسان وادعى آخر عليه ضمان العبد واقام ذو اليد بينة انه كان
وديعة فلان ونحو لا يندفع الخصومة فيه لانه يدعي الدين في ذمته
ويجوز ان يكون هو مودع الغاصب فيكون ضامنا ذكره في غاية
البيان وتسمى هذه المسئلة بالخمسة لان فيها خمس مسايل والمصنف
لم يذكر العارية اكتفا بذكر الوديعة ونظير هذه المسايل من وكل
وكيلا بنقل امراته او امته او عبده اليه فاقامت المراة البينة انه طلقها
ثلاثا او اقام العبد او الامة انه اعتق يقبل في حق يد الوكيل عنهم
ولا يقبل في وقوع الطلاق والعتاق ما لم يحضر الغايب فتعاد
البينة لثبوت الطلاق والعتاق وهذا لان مقصود ذي اليد اثبات
ان يده يد حفظ لا يد خصومة ولا اثبات الملك للغايب ص وان
قال شهوده لا نعرف من اودعه لم يندفع ش اي اذا قال شهود

صاحب

صاحب اليد اودعه رجل لا نعرفه اصلا فالقاضي لا يقبل شهادتهم
ولا يندفع خصومة المدعي عن صاحب اليد بالاتفاق فلعل ذلك
الرجل المودع هو الذي حضر منازعا فعلى هذا التقدير لا يندفع الخصومة
عن ذي اليد ويجوز ان يكون الدافع غيره فعلى هذا التقدير تندفع
الخصومة عن ذي اليد فلا تندفع الخصومة بالشك ص او يعرفه
بوجهه دون نسبه فهي مندفعة وخالفه ان كان معروفا بالحيلة
لا مطلقا ش قال ابو حنيفة اذا ادعى رجل عينا في يد آخر انها
ملكه وقال ذو اليد هي وديعة غايب عندي لا خصومة
لكني وقال شهوده اودعه هذا الشي من لو رايناه عرفناه بوجهه
لكنا لا نعرفه باسمه ونسبه تقبل شهادتهم وتندفع الخصومة
وقال ابو يوسف ان كان القاضي يعلم ان ذا اليد صالح تندفع
عنه الخصومة وان كان معروفا بالاحتيال لا تندفع عنه الخصومة
وان اقام البينة وقال محمد لا تقبل شهادتهم ولا تندفع الخصومة
عن ذي اليد مطلقا اي سواء كان معروفا بالحيلة او غير معروف
حتى يذكر الشهود اسمه ونسبه لان تعريف الغايب بالاسم
والنسبة ولهذا لو حلف لا يعرف فلانا وهو يعرفه بوجهه ولم
يعرف اسمه ونسبه لم يحنث ولابي يوسف ان المحتال من الناس
يجوز ان ياخذ مال انسان ويدفعه الى عمرو ثم يدفع عمرو اليه
عند الشهود ويقول انه وديعة ثم اذا ادعاه ذلك الانسان
على ذي اليد فاقام البينة على انه وديعة لا تقبل هذه البينة دفعا
للتزوير والحيل ولابي حنيفة ان الحاجة الى الاسم والنسبه

للحكم ولا حكم على الغايب وانما تقبل هذه البينة في دفع خصومة هذا
المدعي وتصريحه وهو وخصمه معلومان حاضران قال الامام خواهر
زاده في مبسوطه ما ذهب اليه ابو يوسف استحسان ذهب اليه
بعد ما ابتلي بالقضا فوقف على احوال الناس ما لم يعرفه غيره وما قال
ابو حنيفة ومحمد قياس لان البينة حجة متى قامت يجب العمل
بها ولا يجوز تعطيلها بمجرد الوهم ص وان قال ابتعته من فلان
كان خصما ش اي اذا قال ذو اليد اشتريته من فلان الغايب
كان خصما لاعترافه ان يده يد ملك فيكون خصما بذكر ذلك في اثنا
التعليل ص او قال ابتعته من فلان وقال ذو اليد اودعنيه
اندفعت بغير بينة ش اي اذا قال المدعي ابتعته من فلان
وقال ذو اليد اودعنيه فلان ذلك اندفعت الخصومة بغير بينة
لانهما توافقا على وصول العين الى يده من غيره وليس بوكيل في
الخصومة وانما هو وكيل في الحفظ على قوله فلا يكون بينهما
خصومة الا اذا اقام المدعي البينة ان فلانا وكله بقبضها فكان
احق بامساكها لانه اثبت ببينته كونه احق بامساكها ص او سرق
مني وقال ذو اليد اودعنيه فلان واقام بينة كان خصما
وحكم بسقوطها ش قال محمد اذا قال المدعي هذا الشي سرق مني وقال
ذو اليد هذا الشي اودعنيه فلان واقام بينة على ذلك تندفع
الخصومة وهو القياس وقال ابو حنيفة وابو يوسف
لا تندفع وهو استحسان لمحمد انه لم يدع عليه الفعل بل ادعاه
على مجهول فصار كما لو غصب مني على البنا للمفعول ولهما ان قول

نا لا م

المدعي

المدعي سرق مني يكون دعوى الفعل عليه في المعنى استحسانا وانما
جهله بالبنا للمفعول لاجل الستر عليه كيلا يقطع يده فصار كما لو
قال سرقته مني فلا تندفع الخصومة بخلاف قوله غصب
مني لان الغصب لا حد فيه فيكون حق الفاعل حسبه او شفقته
عليه لدرء الحد عنه فافترقا ص او ان العين التي في يده كانت
في يدي امس ورهن يأمره بتسليمها اليه ش قال ابو يوسف
اذا ادعى رجل دارا في يد رجل انها له واقام بينة على انها كانت
في يده اي في يد المدعي بالامس تقبل هذه البينة ويومر
بالرد اليه وقال ابو حنيفة ومحمد لا تقبل لابي يوسف
ان البينة لما قامت على انها كانت في يده والاصل في كل ثابت
بقاؤه ولان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ولو ثبت
بالمعاينة او بالاقرار انه كان في يده بالامس يومر بالرد اليه
كذا هذا ولهما وهو ظاهر الرواية ان هذه شهادة قامت
على شي مجهول وهو اليد فبطلت وهذا لان اليد للحال منقطعة
ويحتمل انها كانت يد ملك او يد عاريه او اجارة او غصب
فلا يحكم باعادتها مع قيام الشك والجهالة بخلاف الاقرار لان
جهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار بخلاف ما لو شهدا على اقراره
انها كانت في يد المدعي لان المشهود به الاقرار وهو معلوم على
ان يد ذي اليد ثابتة عيانا ويد المدعي ثابتة بالشهادة وليس
الخبر كالعيان **فصل ٣١ فيما يدعيه الرجلان**
لما ذكر فيما تقدم دعوى الواحد شرع في دعوى الاثنين لان التثنية

فرع الواحد ص وان تنازعا عينا في يد ثالث وبرهنا قضي بها بينهما
ولا تقرع ولم يرجحوا العدالة ولا ترجيح بكثرة الخ ش قال علماؤنا
اذا تنازع اثنان عينا في يد ثالث كل واحد منهما يزعم انها له واقاما
البينة يقضي بها بينهما وقال الشافعي في قول يقرع بينهما
فيسلم لمن خرجت قرعته وفي قول آخر تهاتر البينتان ويجب
القسمة بينهما وفي قول يتوقف الى الصلح كذا في وجيز هرو وجه
القرعة ما روي سعيد بن المسيب رضي الله عنه ان رجلين اختصما
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في شيء فاقام كل واحد منهما
بينة فاقرع بينهما وقال اللهم انت الحكم بينهما وجه
التهاتر ان القاضي تيقن بكذب احدي البينتين فيتهاتران وجه
الصلح يتوقف على رضاهما ولنا حديث تميم بن طرفه ان رجلين
اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ناقة واقام كل واحد
منهما بينة فقضي بها بينهما نصفين وحديث القرعة كان
في الابتداء ثم نسخ لما حرم القمار ولان القرعة لو جاز اعتبارها
لاعتبرت عند اختلاف المتبايعين في الثمن وكل موضع اشتبه
الحق فيه واما القول بايقاف التسمين فباطل عندنا لان القاضي
نصب لفصل الاحكام لا لايقافها ولان المتبايعين اذا اختلفا
في الثمن او المبيع واقاما البينة لا توقف بينتهما مع تعارضهما
فكذا هذا وهذا كله فيما اذا استوت البينتان في العدد والعدالة
واما اذا كان لاحدهما زيادة عدد او زيادة عدالة فكذا الجواب
عندنا يقضي بها بينهما نصفين وقال الشافعي يثبت

الرجحان

الرجحان بزيادة العدد في الشهود وبزيادة العدالة وهو قول مالك
كذا ذكر الشيخ خواهرزاده في مبسوطه لان زيادة العدد وزيادة
العدالة تدل على زيادة صدق ولنا ان كل واحدة من البينتين
لو انفردت استحق بها المال المدعي فينبغي ان يتساويا عند الاجتماع
كما لو تساوي عددهما وعدالتهما واذا اقام احدهما شاهدين والاخر
اربعة شهود منهما سوا لان شهادة كل شاهدين علة تامة في حالة
الانفراد والترجيح انما يقع بقوة في العلة لا بكثرة فيها على ما بين
في الاصول ص وبقدم بينة الخارج على ذي اليد في الملك المطلق
ش قال علماؤنا اذا تنازع اثنان في الملك المطلق عن الوقت
احدهما خارج فبينة الخارج اولى وقال الشافعي بينة
ذي اليد اولى لان البينتين تساوتا في الاثبات فاليد مرجحة
لكونها دليل الملك فصار كالنتاج والنكاح ودعوى الملك مع
الاعتاق او الاستيلاد او التدبير فان في هذه الصور بينة
ذي اليد اولى بالاجماع وصورتها اذا ادعيا النتاج كان ذو
اليد اولى واذا ادعيا نكاح امراة واقاما البينة فصاحب
اليد اولى واذا ادعيا الملك مع الاعتاق او الاستيلاد او التدبير
او الكتابة بان قال احدهما هذا عبدي اعتقته او دبرته
او كاتبته او هذه امتي استولدتها وقال الاخر كذلك واقاما البينة
على ذلك كان ذو اليد اولى ولنا ان بينة الخارج اكثر اظهارا
فكانت احق بالقبول وهذا لان الملك لذي اليد ظاهر من وجه
باعتبار دلالة اليد وبينته توبد ذلك والاصل ان البينة حجة

المدعي لقوله عليه السلام البينة على المدعي الحديث ولان اليد ليس بمدع
لعدم صدق المدعي عليه فلا تكون بينته حجة فبقيت بينة الخارج
بلا معارض فوجب العمل بها ولان بينة ذي اليد سبت كون المال
في يده ظاهرا ثابت للحال وبينة الخارج تثبت له قبل وصوله
اليه فكانت بينة الخارج سابقة وان كان صفيا فترجحت بخلاف
النتاج لان اليد لا تدل عليه وكذا لا تدل على الاعتاق والاستيلاد
والتدبير ولا على الثابت بها فامكن الترجيح بهذه الاشياء اي اليد
لا تدل على النتاج وكذا لا الاعتاق والتدبير والاستيلاد والكتابة
لا تدل اليد على هؤلاء فكانت بينة ذي اليد اولى لانها قامت
على غير ما دلت عليه اليد فترجحت باليد ص وان ادعى احد
ثلاثة في يدهم دار كلها والاخر ثلثيها والاخر نصفها وبرهنوا
فهي مقسومة بالمنازعة اربعة وعشرين للاول خمسة عشر
وللثاني ستة وللثالث ثلاثة وقالا بالعول مايه وثمانين
للاول مايه وثلاثة وللثاني خمسون وللثالث سبعة وعشرون
ش اذا كانت دار في يد ثلاثة احدهم يدعي الكل والثاني يدعي
الثلثين والثالث يدعي النصف واقاموا البينة على دعواهم
فعند ابي حنيفة تقسم الدار بينهم بطريق المنازعة على اربعة
وعشرين سهما فمدعي الكل سمي كاملا لمناسبة بين الاسم ومدعاه
ومدعي الثلثين سمي ليثا لذلك ومدعي النصف نصرا لذلك لسهولة
التخريج فللكامل خمسة اثمان الدار وهي خمسة عشر سهما وللليث
ستة اسهم وهي ربعها ولنصر ثلاثة اسهم وهي ثمنها والدار في ايديهم

كان

كان في يد كل واحد ثلث الدار فكامل يدعي الكل ويقول في يدي الثلث
والثلثان في يد ليث ونصر والليث يقول لي الثلثان وفي يدي الثلث
والثلث الاخر في يد كامل ونصر ونصر يقول لي النصف وفي يدي
الثلث والسدس الباقي في يد كامل وليث ومعلوم ان بينة كل
واحد منهم على ما في يده غير مقبولة لان بينة الخارج اولى في الملك
المطلق وهذا لانه جمع بين دعوي كامل وليث على ما في يد
نصر فكامل يدعي جميع ما في يد نصر وليث يدعي نصفما في
يد نصر فالنصف لكامل بلا منازعة والنصف تنازعا فيه فصار
اربعا واذا صار هذا الثلث اربعة صار كل ثلث اربعة فبلغ الكل
اثني عشر ثم جمع بين دعوي كامل ونصر على ما في يد ليث
وفي يده اربعة فكامل يدعي كله ونصر ربعه وهو سهم فيسلم
لكامل ثلاثة اسهم بلا منازعة وفي سهم منازعة بينهما فنصف
فانكسر فضعف اصل الحساب فبلغت الدار اربعة وعشرين
سهما في يد كل واحد منهم ثمانية ثم ليث نائف وجمع بين دعوي
كامل وليث على ما في يد نصر فاربعة لكامل بلا منازعة واربعة
بينهما نصفين لاستوائهما في الدعوي والبرهان فحصل لكامل
ستة ولليث سهمان ثم جمع بين دعوي كامل ونصر
على ما في يد ليث فكامل يدعي كله ونصر يدعي ربعه فستة
سلمت لكامل فنازعا في سهمين فهما بينهما فصار لكامل سبعة
ولنصر سهم واحد ثم جمع بين دعوي ليث ونصر على ما في يد
كامل وفي يده ثمانية فليث يدعي نصف ما في يده وهو اربعة

ونصر يدعي ربع ما في يده وهو سهمان وفي المال سبعة فيأخذ ليث اربعة
ونصر سهمين ويبقى في يد كامل سهمان فجميع ما حصل لكامل مما في يد
نصر ستة ومما في يد ليث سبعة وقد بقي مما في يد نفسه سهمان
فجميعه خمسة عشر وهي خمسة اثمان الدار وجميع ما حصل لليث
مما في يد نصر سهمان ومن كامل اربعة فذلك ستة وهي ربع الدار
وجميع ما حصل لنصر من ليث سهم ومن كامل سهمان فذلك ثلاثة
وهي ثمن الدار واما عند ابي يوسف ومحمد فتقسم الدار على طريق
العول والمضاربة على مائة وثمانين سهما لكامل مائة سهم وثلاثة
اسهم ولليث خمسون سهما ولنصر سبعة وعشرون سهما
فيجمع بين دعوى كامل وليث على ما في يد نصر فكامل يدعي جميع
ما في يده وليث يدعي نصف ما في يده فيوخذ اقل عدد له نصف
وذلك اثنان فيضرب كامل بكله سهمين وليث بنصفه سهما
فعالت الى ثلاثة لان ما اثبته كامل ضعف ما اثبته ليث ثم
تجمع بين دعوى كامل ونصر على ما في يد ليث فكامل اثبت
ان كل ما في يده له ونصر اثبت ان ربع ما في يده له فمخرج الربع من
اربعة فيضرب هذا بربعه وهو سهم وكامل بكله اربعة فعال ما في
يده الى خمسة ثم يجمع بين دعوى ليث ونصر على ما في يد
كامل فليث يدعي نصف ما في يده ونصر يدعي ربع ما في يده والنصف
والربع مخرجان من اربعة فيجعل ما في يده اربعة وفي المال سبعة
فنصفه سهمان لليث وربعه سهم لنصر وبقي الربع الاخر لكامل فحصل
هنا ثلاثة واربعة خمسة فانكسر حساب الدار على هذا فوجد المخارج

مسئلة

متباينة فضرب الثلاثة في الاربعة فبلغ اثني عشر ثم ضرب اثني عشر
في خمسة صارت ستين ثم ضرب الستين في اصل المسئلة وهو ثلاثة
لان كل ثلث في يد واحد صارت مائة وثمانين سهما فمنها تصح المسئلة
فحصل في يد كل واحد ستون مما في يد نصر ثلث ذلك لليث
عشرون وثلثاه لكامل اربعون ومما في يد ليث خمسة اثني عشر
لنصر واربعة اخماسه ثمانية واربعون لكامل ومما في كامل
نصفه لليث ثلثون وربعه لنصر خمسة عشر وبقي الربع في يده
فجميع ما حصل لكامل مائة وثلاثة واربعون من نصر وثمانية
واربعون من ليث وخمسة عشر مما في يده وجميع ما حصل لليث
خمسون نعشرون من نصر وثلاثون من كامل وجميع ما حصل
لنصر سبعة وعشرون من ليث اثني عشر ومن كامل خمسة
عشر فهذا وجه تخريجهما على طريق العول وهو الزيادة على المخرج
اذا ضاق عن فرض هذا الذي ذكر من حيث التخريج اما الفتوى على
اختصار وهو ان يكون من ثمانيه خمسة اثمانه لكامل وذلك
خمسة ولليث سهمان وهو ربع الدار ولنصر ثمنه وذلك ثمن الدار
لما ان الصحابة رضي الله عنهم اجمعوا على العشرة بطريق
العول في الميراث وقضا الديون الذي على الميت اذا لم تف بتركته
واجماعهم حجة فوجب العدول عن العشرة بطريق المنازعة
الى العول وسلمنا شبيهة بذلك لان حقوق هؤلاء في الدار
ظهرت معا على سبيل الشيوع عند قضا القاضي وتضايقت عنها
فعلمنا بالعول لما التحقت بالحقوق الباقية في الذمم والصحيح

قسمه الامام لان الحاجة الى القسمة لضرورة الدعوى والمنازعة ووقوع
التعارض في الحجة وفي مسالتنا لا منازع لمدعي الكل الا في النصف فلا
يتحقق فيه التعارض فيسلم له ما وراه لعيام الحجة عليه وخلوها عن
المعارض فكان ما قال الامام عملا بالدليل بالقدر الممكن وانه واجب
ص وان كانت في يد غيرهم فهي مقسومة على اثني عشر للاول سبعة
وللثاني ثلاثة وللثالث سهمان وقالا ثلاثة عشر ستة واربعة
وثلاثة ش اي اذا كانت الدار في يد غيرهم والمسيلة بحالها قسمت
الدار بينهم عند ابي حنيفة على طريق المنازعة وعندهما على طريق
العول وبيان ما قاله الامام انا نحتاج الى حساب له ثلثان ونصف
واقل ذلك ستة فليث يدعي ثلثيه اربعة ونصر يدعي نصفه
ثلاثة ولا منازعة لهما في سهمين فهما لكامل فنصر لا يدعي الا
ثلاثة فخلا سهم عن منازعة ومنازعة كامل وليث فيه سواء فكون
بينهما فانكسر بالنصف فضربنا مخرج النصف وهو اثنان في ستة
فصارت اثني عشر فليث لا يدعي اكثر من ثمانية ونصر لا يدعي اكثر
من ستة فسلم لكامل اربعة وبقي سهمان بين كامل وليث لكل واحد
منهما سهم وبقيت ستة استوت منازعتهم فيها فكان لكل واحد
سهمان فاصاب كاملا سبعة من اثني عشر ولليث ثلاثة من اثني
عشر ولنصر سهمان واما عندهما فبطريق العول فيضرب كامل
بكله وهو ستة وليث بثلثيه وهو اربعة ونصر بنصفه وهو
ثلاثة فصار الكل ثلاثة عشر فهو بيان ما قالا الا ان كاملا يدعي كله وهو
ستة وليث يدعي ثلثيه وهو اربعة ونصر يدعي نصفه وهو ثلاثة

فعالت

فعالت المسيلة من ستة الى ثلاثة عشر لنصر ثلاثة ولليث اربعة ولكامل
ستة ص او احد اثنين على شر اكلها والاخر على نصفها فله ثلاثة الارباع
وللاخر الاخر وقالا اثلاثا ش اي اذا كانت دار في يد رجل ادعى رجل
انه اشتري كلها والاخر انه اشتري نصفها واقاما البينة قال
ابو حنيفه يثبت لمدعي الكل ثلاثة ارباعها بطريق المنازعة ولمدعي
النصف ربعها لان مدعي النصف لا منازعة له فيما وراء النصف فيسلم
لمدعي الكل النصف واستوت منازعتهما في النصف الاخر فيتنصف
بينهما فنجعل الدار على اربعة اسهام لحاجتنا الى حساب له نصف
وربع واقله اربعة وعندهما يقسم بينهما اثلاثا على طريق العول
لمدعي الكل يضرب بكل حقه وهو سهمان ومدعي النصف يضرب
بالنصف وهو سهم فيقسم اثلاثا ثلثاها لمدعي الكل وثلثها
لمدعي النصف والشراء في المسيلة ليس بقيد وانما المراد حاران
ادعيا دارا في يد شخص وكذا اطلق في المنظومة وقيد الخارجين
نحترز به عن المسيلة التي تليها ص ولو كانت في يدهما سلم للاول
نصفها بالقضا ونصفها بغير قضا ش اي اذا كانت الدار في يدهما وبرهن
احدهما على كلها والاخر على نصفها فالدار كلها لمدعي الكل نصفها على وجه
القضا ونصفها بغير قضا لان دعوى مدعي النصف ينصرف الى ما
في يده ليكون يده يد لحقه لان حمل امور المسلمين على الصحة اولى فحينئذ
لا يدعي النصف الذي في يد مدعي الكل فيبقى في يده بغير قضا اذ لا
قضا بلا دعوى ويبقى النزاع في نصف الذي يدعي النصف واجتمع بينة
الخارج وبينة ذي اليد فيما في يد مدعي النصف فبينة الخارج اولى

بالقبول كما تقدم فحصل الكل لمدعي الكل ص او كل منهما ان زيدا باع ملكه
من صاحبه والثمن مختلف وبرهنا يقضي لهما بينهما ملكا وحكم به ويسع كل
منهما نصفه بنصفه ش قال ابو يوسف اذا كانت دار في يد رجل
فادعى عمرو انها ملكه وان زيدا باعها من بكر بخمسمايه درهم وقال
بكر بل هي ملكي في يد زيد وقد باعها من عمرو بالف درهم وذو اليد يجحد
ذلك ويدعي ان الدار داره واقاما بينة على ما ادعياه يقضي بالدار بينهما
ملكا ولا يقضي بالبيع لانهما استويا في دعوي الملك والبينة عليه فتتهاتر
بينتهما على البيع للتعارض وقال محمد يقضي بالدار بينهما ولكل منهما
ان يبيع نصف الدار بنصف الدين الذي قامت عليه بينته لان العمل
بالبينات واجب مع الامكان وتحقيق العمل ببينة كل واحد منهما
في حق النصف فكان اولي من اهدارهما وقول ابي يوسف استحسان
وانما قيد المصنف باختلاف الثمن بقوله والثمن مختلف لتظهر الفائدة
على قول محمد ص او اثنان نكاح امراة لم يقض بواحدة من البينتين
ورجع الي تصديقهما ش اي اذا ادعي اثنان نكاح امراة واقام كل واحد
منهما بينة على انها امراته لم يقض القاضي بواحدة من البينتين
لان المراة لا يتصور ان تكون مشتركة بينهما ولا يترجح احدي البينتين
هذا اذا كان في حياة المراة حتى لو ادعي رجلان نكاح امراة بعد موتها
واقاما بينة على ذلك تقبل البينتان لان مقصودهما بعد الممات
المال وانه يقبل الاشتراك واذا اسقطت البينتان يرجع الي تصديق
المراة لاحدهما لان النكاح مما يعلم بتصادق الزوجين وهذا اذا لم
يوقت البينتان اما اذا وقتا فاسبقهما وقتا اولي لما فيه من

زيادة

الاثبات وانه لا معارض له في ذلك الزمان فيقضي به في ذلك الزمان
ويلزم من ذلك بطلان نكاح الاخر وبطلان شهادته بعد ذلك
فان اقرت لاحدهما قبل اقامة البينة فهي امراته لتصادقهما عليه وان اقام
الاخر بينة قضي بها لان البينة اقوي من الاقرار لانها ملزمة ص او كل
منهما انه اشتري هذا العبد من الاخر وبرهنا يحكم كل منهما فان شا
اخذ نصفه بنصف الثمن والا ترك فان قضي به بينهما فقال احدهما
لا اختار لم ياخذ الاخر جميعه ش اي اذا ادعي اثنان كل واحد منهما
انه اشتري منه هذا العبد يعني من صاحب اليد واقام كل واحد
منهما بينة فكل واحد منهما بالخيار ان شا اخذ نصف العبد بنصف
الثمن الذي بين شهوده ورجع علي البايع بنصف الثمن وان شا ترك
واخذ كل الثمن لان البينتين قامتا علي امر حادث ولم يعرف
سبق احديهما فيجعل كانهما وقتا معا فيحكم بينهما لتعذر اثبات
موجب الشرا لكل واحد منهما علي الكمال ولانه متي قضي لما فعند
تتغير علي كل واحد منهما شرط عقده لان كل واحد منهما شرط ان
يكون الكل له فان قضي القاضي بينهما به فقال احدهما لا اختار لم
يكن للاخر ان ياخذ جميعه لان القضا بينهما قضا بفسخ بيع كل واحد
منهما في نصفه فلا يعود الا بعقد جديد فان قيل قد تحقق
كذب احدي البينتين فينبغي ان تبطلا قيل الشهود شهدوا
بنفس البيع لا بصحته ولم يشهدوا بوقوع البيعين معا ويتصور
بيعان في وقتين من واحد لعين واحدة فكل واحد منهما اعتمد
سببا واطلق له الشهادة فيجب العمل بها حسب الامكان ص فان

وقت احدهما قدم او وقتا قدم الاسبق اولهما ومع احدهما قبض قدم
ش اي اذا وقتت احدى البينتين ولم توقت الاخرى فهو لصاحب
الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت واحتمل الاخران يكون قبله او بعده
فلا يقضي له بالشك وهذه المسئلة من تتمة الاولى ولو وقتا ووقت
احدهما اسبق قدم الاسبق منهما لانه اثبت الشراء في وقت لم ينازعه
الاخر فيه واستحقه من ذلك الوقت فظهر ان الاخر اشترى من غير
المالك فكان شراؤه باطلا ولو اهملا اي لم يذكرا تاريخا والعين في
يد احدهما يحكم لذي اليد لانهما استويا في الاثبات فلا نقض
اليد الثابتة بالشك ولا يرد ان بينة الخارج اولى لانه انما
يترجح على بينة ذي اليد اذا كانت الدعوى في الملك المطلق
وهنا الدعوى في الملك بسبب وهو الشراء وهما سيان فيترجح
باليد ص او احدهما شراء والاخر هبة وقبضا ولم يوقتا قدم
الشراء ش اي اذا ادعى احدهما شراء والاخر هبة وقبضا واقاما
بينة ولا تاريخ معهما فالشراء اولى لان كل واحد منهما يحكم بوقوعها
معا والشراء يثبت الملك من غير قبض فيكون الملك بالشراء
اسبق ولان الشراء عقد ضمان يوجب الملك في العوضين
والهبة تبرع يمكن الرجوع فيها ولو بعد القبض فكان اولى هذا
اذا ادعيا من واحد اما اذا ادعيا من اثنين فانه يقضى بينهما
نصفين وان كان الشراء سابقا من حيث المعنى لانا نعتبر السبق
من حيث المعنى بالسبق من حيث الحقيقة ولو كان السبق ثابتا
حقيقة بان ارخ صاحب الشراء كان بينهما نصفين اذا ادعيا من جهة

ادعى احدهما الشراء والآخر الهبة فالشراء اولى لانه اثبت الملك ولكنه ليس بملزم

اثنين

اثنين وحكم الصدقة مع القبض والشراء حكم الهبة مع الشراء
ولو ادعى احدهما هبة وقبضا والآخر صدقة وقبضا فهما سواء حتى
يقضى بينهما نصفين لاستوائهما في التبرع ص او احدهما شراء وامرأة
انه مهرها وبرهنا حكم به بينهما ولها بنصف القيمة وقدم الشراء
وحكم لها بجمالها ش قال ابو يوسف اذا ادعى احدهما الشراء من
زيد وادعت المرأة انه تزوجها عليه هما سواء يقضى به بينهما
نصفين ولم يذكر في الهداية اجاب ابي يوسف نصف القيمة
بل اطلق التسوية بينهما هذا اذا لم يورخا او ارخا وتاريخهما
على السواء وقال محمد الشراء اولى لابي يوسف ان كل واحد منهما
عقد معاوضة يتعلق به الضمان فاستويا في القوة فكانا
سواء والشراءان ووجب للمرأة على الزوج نصف قيمة ذلك عبدا
او عينا مع نصف ذلك ولمحمد ان تصحيح البينات واجب
ما امكن حسنا للظن بالشهود فمتى قلنا بالسبق الشراء صح
وصحت التسمية في النكاح لان التزوج على عبد الغير صحيح
ومتى قلنا بالسبق النكاح بطل البيع فاذا كان كذلك قلنا بالسبق
الشراء لانه يفضي الى تصحيح البينتين جميعا ووجب للمرأة
على الزوج قيمة المدعى به بجمالها لان من تزوج امرأة على عبد
الغير صح ووجبت القيمة فكذلك هنا ص او رهنا وقبضا
والآخر هبة وقبضا وبرهنا قدم الرهن ش اي اذا ادعى احدهما
رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا واقاما البينة فالرهن اولى
وهذا استحسان وفي القياس الهبة اولى لانها تثبت الملك والرهن

لايثبته وجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون بالاقل من
قيمته ومن الدين وبحكم الهبة غير مضمون لانه عقد تبرع وعند
الضمان اولى لانه اكثر اثباتا لخلاف الهبة لشرط العوض لانها سلبتها
وان كانت في الصورة هبة والاعتبار للمعنى فكان البيع معنى اقوى
من الرهن لانه عقد ضمان يثبت الملك والرهن لايثبته الا عند
الهلاك معنى لا صورة والبيع يثبته صورة ومعنى ص وان رهن
الخارجان على الملك والتاريخ قدم اسبقهما ش اي اذا ادعى الخارجان
واقاما البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم اولى
لانه اثبت انه اول المالكين ولايتلقى الملك الا من جهته ولم يتلق
الآخر منه اي الذي ينازعه لايتلقى الملك منه فلا يقضي له به
ص وان ادعيا الشراء من واحد واقاما البينة على تاريخين قدم
اسبقهما ش اي اذا ادعيا الشراء من واحد اي من غير صاحب اليد
واقاما البينة على تاريخين فالاول اولى لاستحقاقه من ذلك الوقت
فتعين ان الآخر اشتري من غير المالك فكان شراؤه باطلا وانما
قال وان ادعيا الشراء من واحد وقلنا ازاده به غير صاحب اليد
فلا يلزم التكرار وان ادعيا الشراء من واحد ولم يورخا او ارخا تاريخا
واحدا فهو بينهما نصفان لاستوائهما في الحجة ص او كل منهما على الشراء
من آخر وذكرا تاريخا كانا سواء ش اي اذا ادعيا الشراء من اثنين
وفيما تقدم كانا ادعيا الشراء من واحد بيان مسألتنا اذ قال
احد الخارجين اشتريته من زيد والآخر قال اشتريته من عمرو
وذكرا تاريخا واحدا فهما سواء لاستوائهما لانهما ادعيا تلقي الملك من

البايعين

البايعين فقاما مقامهما فصار كان البايعين حضرا واقاما البينة على
ملك مطلق ولو كان كذلك لقضي بينهما نصفين كذا هذا ويثبت الخيار
لكل واحد من المدعيين ان شاء اخذ نصف المدعى بنصف الثمن وان شاء
ترك وان وقتت البينتان فان كان وقتهما واحدا فكذلك وهو معنى
قوله وذكرا تاريخا كانا سواء وان كان احدهما اسبق من الآخر فهو اولى
عند ابي حنيفة وابي يوسف وكذلك عند محمد في رواية الاصول
بخلاف الميراث فانه يكون بينهما نصفين عنده ولو وقت احدى
البينتين وقتا ولم توقت الاخرى قضي بينهما نصفين اي اذا
ادعى الخارجان شراء كل واحد من رجل اخر واقاما البينة وارخ
احدهما دون الآخر قضي بينهما نصفين لان توقيت احديهما
لايدل على تقدم الملك لجواز ان يكون الآخر اقدم بخلاف ما اذا
كان البايع واحدا لانهما اتفقا على ان الملك لم يتلق الا من جهته
فاذا اثبت احديهما تاريخا يحكم به حتى يتبين انه تقدمه شراء
غيره ص او الخارج على ملك مورخ وذي اليد على ملك اقدم كان اولى
ش اي اذا ادعى الخارج واقام البينة على ملك مورخ واقام صاحب
اليد البينة على ملك اقدم تاريخا كان اولى اي ذو اليد اولى قال
صاحب الهداية وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وهو رواية
عن محمد وعنه انه لايقبل بينة ذي اليد قال القدوري
في كتاب التقريب ذكر بن سماعة عن محمد انه رجع عن هذا بعد
عوده من الرقة سنة ثلاث وثمانين ومايه وقال الخارج اولى
وفي هذه المسئلة اختلاف الروايات في الاصول فعلى هذه الرواية

انه لم يحكم التاريخ لا يدل على صفة الملك اولا واخرا فصار وجوده وعدمه سوا
ولابي حنيفة وابي يوسف ان الاقدم اثبت لنفسه الملك في زمان
سابق ولا يمكن ان يستفاد الملك الا من جهته وعلى هذا الخلاف
اذا كانت الدار في ايديهما موقتا فصاحب الوقت الاقدم اولى وعند
محمد لا عبرة بالوقت ذكره في غاية البيان ولم يذكر المصنف الخلاف
وكانه ما اعتبر تلك الرواية عن محمد واعتبر الرواية الظاهرة
ص او كل منهما على النتاج قدم ذو اليد ش اي ان اقام الخارج وذو اليد
كل واحد منهما بينة بالنتاج فصاحب اليد اولى والنتاج هو
الولادة في الملك وقال بن ابي ليلى الخارج اولى وقول اصحابنا
هو الاستحسان لان البينة قامت على ما لا يدل عليه اليد فاستويا
وترجحت بينة ذي اليد فيقضي له اذ لا يتصور نتاج دابة من
دابتين فتايد باليد قال صاحب الهداية وهذا هو الصحيح
خلافا لما يقوله عيسى بن ابان ان البينتين تتهاتر وتترك في
يده لا على طريق التساقط لان القاضي يتيقن بكذب احد الفريقين
فكيف يقضي بينهما وقال بعض اصحابنا ناخذ هذا بالسنة والقياس
ان لا يقضي بواحدة منهما لانهما تعارضتا في الاثبات وليس احدهما
باولى من الاخرى لكن يرد القياس وياخذ بالسنة وهو ما روى محمد
عن ابي حنيفة عن الهيثم عن رجل عن جابر ان رجلا ادعى ناقة في يد
رجل واقام بينة انها ناقته نتجها عنده واقام الذي في يده
البينة انها ناقته نتجها عنده فقضى بها رسول الله صلى الله عليه
وسلم للذي في يده ويمكن ان يكون الاخذون بالاستحسان اخذوا

بلغ مقابلة

باستحسان الاثر لا القياس ولو قضي بالنتاج لصاحب اليد ثم اقام ثالث
البينة على النتاج يقضى له الا ان يعيد ذو اليد بينه وذلك لان الثالث
لم يكن مقضيا عليه ببينة ذي اليد فيسمع بينة الثالث فيكون له
اولا الا اذا ادعى ذو اليد البينة على النتاج على الثالث فتوجح بينته
باليد ص او احدهما على الملك والاخر على النتاج قدم هذا ش اي اذا اقام
احدهما بينة على الملك المطلق والاخر على النتاج فصاحب النتاج اولى
ايهما كان صاحب اليد او الخارج لان دعوى النتاج دعوى اولية
الملك ولا يثبت الملك للاخر الا بانتقل من جهته ص او على نسج لا
يعاد او سبب في الملك لا يتكرر قدم ش اي ذو اليد يعني اذا اقاما
البينة على نسج ثوب فيما لا يتكرر نسجه كغزل القطن كان ذو اليد
اولى لان ما لا يتكرر في معنى النتاج اي كل سبب في الملك لا يتكرر في
معنى النتاج وهو لا يتكرر وذلك كحلب اللبن فاذا اقام كل واحد منهما
بينة ان هذا اللبن في ملكه وكذلك اتخاذ الجبن بان اقام كل واحد منهما حلب
بينة ان الجبن له صنعه في ملكه وكذا اتخاذ اللبد والمرعزي انه صنعه
في ملكه وكذلك الصوف اذا اقام رجل بينة ان صوفه جزه من غنمه
واقام ذو اليد بينة على ملك ذلك كان ذو اليد اولى وان كان يتكرر
نسجه كثوب الخز يقضي به للخارج وان اشكل يرجع الى اهل الخبرة وان
اشكل عليهم ايضا اختلفت الرواية فلينظر في المطولات وقال ن المطولات
صاحب الهداية وان اشكل عليهم اي على اهل الخبرة قضي به للخارج لان
القضا ببينته هو الاصل والعدول عنه بخبر النتاج وهو ما تقدم
ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالناقة لصاحب اليد واذا لم يعلم

يوجع الي الاصل وهو القضا الخارج ص او كل منهما على النتاج عنده وقضا
وسن الدابة يوافق احدا الوقتين حكم به فان اشكل كانت بينهما او خالفهما
بطلتا ش اي اذا تنازعا في دابة واقام كل واحد منهما بينة انفا نتجت
عنده قال في المبسوط ان الدابة في يد ثالث وذكرا تاريخا وسن
الدابة يوافق احد التاريخين فهو اولى لان الحال يشهد فيترجح وان اشكل ذلك
كانت بينهما لانه سقط التوقيت فصار كانهما لم يذكرا تاريخا فكانا اقاما
البينة على النتاج لاغير وان خالف سن الدابة الوقتين بطلت البينتان
كذا ذكره الحاكم لانه ظهر كذب الفريقين فيترك التي كانت في يده ص
او الخارج على الملك المطلق وذو اليد على الشراء منه قدم الشراء
ش اي اذا ادعا الخارج واقام البينة على الملك المطلق وذو اليد
اقام البينة على الشراء منه كان ذو اليد اولى لان الخارج وان ادعى اولية
الملك فذو اليد يدعي انتقال الملك من جهته والاشياء تبنى ويبقى النهاية
اذا ادعى الخارج ملكا مطلقا فالخارج اولى في كل الصور الا في ثلاث
صور فان ذا اليد فيها اولى احداها هذه المسئلة وثانيها انه اذا اقام
البينة على النتاج وثالثها ما اذا ادعيا وارخا وتاريخ ذي اليد اسبق
ص او كل منهما على السماء من صاحبه ولم يؤقتا بها تترجح ذو اليد
ان برهنا على القبض والا فالخارج ش اي اذا ادعى الخارج على الخارج
على ذي اليد انه اشترى منه هذه الدار التي في يده بكذا من الثمن
واقام بينة على ذلك واقام ذو اليد بينة انه اشترى من الخارج تلك
الدار بكذا من الثمن تهاترت البينتان عند ابي حنيفه وابي يوسف
وتترك الدار في يد ذي اليد اي في يد من هي في يده قضا ترك لا قضا

كانت ص

والسبب لذي اليد في ثلاث مواضع
احدها اذا ادعى التلقي من جهة
المدعى او ادعى النتاج او كان
اسبق

استحقاق سواء شهد الشهود بالشرا او القبض جميعا او شهد وا بالشرا ولم
يشهد وا بالقبض وعند محمد تقبل البينتان جميعا ويكون للخارج اذا لم يذكر
القبض ولم تقم البينة عليه وان ذكراه حكم لذي اليد لان العمل بهما واجب
ما امكن فيجعل عند انتفاء ذكر القبض كانه اشتري ذو اليد من الاخر
اي الخارج وقبض ثم باع لان القبض دليل السبق ولا ينعكس الامر
لان البيع قبل القبض لا يجوز وان كان في العقار عنده وللا بي حنيفه
وابي يوسف ان الاقدام على الشرا اقرار منه بالملك للبايع فصار كانهما
قاما على الاقرارين وفيه التهاتر بالاجماع كذا هنا ص وان ادعيا
عينا في يد آخر ميراثا او ملكا مطلقا وارخا فهو لاسبقهما وتاريخ احدهما
ملغى ويحكم له به في قوله الاخر والغى التاريخ في الارث مطلقا وحكم لاسبقهما
في الملك وللساكت عنه وان كان في يدهما او يد احدهما الغاه مطلقا
ووافق الامام في رواية ش اي اذا ادعيا عينا في يد ثالث بحمة الارث
او الملك المطلق فان ارخا وتاريخ احدهما اسبق فهو لاسبقهما في الميراث
والملك المطلق لانه قد اثبت الملك لنفسه في وقت لا منازع له فيه
وان ارخ احدهما دون الاخر فلا اعتبار لتاريخه فيقضي بينهما نصفين
ميراثا كان او ملكا مطلقا لجواز ان يكون تاريخ الاخر لو ارخ كان اسبق
منه وهذا اظهر مذهب ابي حنيفه وقال ابو يوسف اولا اعتبار
للتاريخ اصلا في الميراث والملك المطلق سوا ارخا واحدهما اسبق او ارخ
احدهما دون الاخر فيقضي بينهما نصفين ثم رجع عن ذلك وقال
اذا ارخا وتاريخ احدهما اسبق قضي للاسبق منهما تماما هو مذهب ابي حنيفه
وان ارخ احدهما دون الاخر يقضي للمؤرخ منهما واليه اشار في المتن بقوله

الاستحقاق

ويحكم له به اي يحكم للمؤرخ لانه اثبت ملك نفسه من ذلك الوقت والذي
لم يؤرخ يثبت للحال يقينا وفي ثبوته في وقت تاريخ صاحبه شك فلا
يعارضه خلاف ابي يوسف في تاريخ احدهما هذا كله اذا كان المدعى في
يد ثالث وان كان المدعى في يديهما او في يد احدهما فكذلك الجواب عند
ابي حنيفة وابي يوسف اذ لا يختلف الجواب عندهما في الميراث والملك
المطلق بين ان يكون المدعى في يد ثالث او في يديهما او في يد احدهما
واما عند محمد فينظر ان كان المدعى في يد ثالث فعنه روايتان في
رواية ابي حفص عنه انه قال مثل قول ابي حنيفة في دعوى
الميراث والملك المطلق جميعا ووجهه ما قلنا للامام وفي رواية
ابي سليمان الجوزجاني عنه لا عبرة للتاريخ في الارث اصلا سواء ارخا
واحدهما اسبق من الاخر او ارخ احدهما دون الاخر فيقضي بينهما نصفين
وهو معنى قول المصنف والغى التاريخ في الارث مطلقا واما في الملك
المطلق فان ارخا واحدهما اسبق فيقضي لمن له السبق كما قال
به ابو حنيفه وان ارخ احدهما دون الاخر فان كانت العين في يد
غيرهما قضي للمطلق لان المؤرخ يقتصر على وقت التاريخ
والمطلق على ملك من الاصل واليه اشار في المتن بقوله وحكم
لاسبقهما في الملك وللساكت عنه اي حكم في الملك لاسبقهما
اذا ارخا وللساكت اذا ارخ احدهما فعلى هذه الرواية يحتاج الى
الفرق بين الارث والملك المطلق اي على رواية ابي سليمان والفرق
ان دعوى الميراث لا عبرة لتاريخهما ولا لتاريخ احدهما وكانهما اطلقا
جميعا لانهما لا يدعيان الملك لانفسهما بل للمورث ثم ينتقلان

الى انفسهما

الى نفسهما ولا تاريخ في ملك المورثين فاستويا في ذلك فاما في دعوى
الملك المطلق فان ارخا فهو لاسبقهما تاريخا كما قلنا لابي حنيفة
وابي يوسف وان كانت العين في يدهما او في يد احدهما فلا عبرة لتاريخ
احدهما لان المطلق لو كان ذا اليد لم تقبل بينته لان يده تدل
على الملك المطلق فتقبل بينة الخارج لانه يحتاج اليه ولو كان المؤرخ
ذا اليد فهو محتاج الى الملك المؤرخ لان يده لا تدل عليه فيجب
قبول بينته على الخارج ويجب قبول بينة الخارج الا ان الخارج اولى
لانه اسبق تاريخا ولو كانت العين في يدهما فالذي لم يؤرخ لا
تقبل بينته لان يده تدل عليه بغير بينة والذي ارخ تجب
قبول بينته لان يده لا تدل على التاريخ الا انه لا يمكن قبولها
لان الاخر اسبق تاريخا فصار كما لو لم يقيما البينة فيقضي بينهما
لتساويهما في اليد ص ولو تنازعا دابة او قميصا احدهما راكبها
او لابسه كان اولى ممن تعلق بلجامها او كمه ش اي اذا تنازع اثنان
في دابة او قميص احدهما راكبها او لابسه والاخر متعلق بلجامها
او بكمه كان الراكب واللابس اولى لكونهما ذا اليد المتعلق بهما لانه
يتصرف تصرف الملاك وكذا لو كان لاحدهما حمل على الدابة وللاخر
كور متعلق او محلاة معلقة فصاحب الحمل اولى لان العادة جرت بان
الملاك يركبون في السرج وغيرهم يكون رديفا بخلاف ما لو كانا راكبين
في السرج فهي لهما جميعا لاستوايهما في الاستعمال ولو تنازعا في بساط
احدهما جالس عليه والاخر متعلق به فهو بينهما لا على طريق القضاء لان
القعود عليه ليس بيد عليه حتى لا يصير غاصبا لبساط الغير بمجرد

ان قلنا ولد من ٤ لو كان راكبا في السرج اولى
والا فهو رديف فالراكب في السرج اولى

القعود عليه وكذلك لو كانا جالسين عليه فادعياه فهو بينهما لان للجلوس
عليه ليس يد عليه وبخلاف الدابة والثوب فانه يصير غاصبا بمجرد
الركوب واللبس بغير اذن صاحبه ولو ادعيا دارا احدهما ساكن فيها
فهي للساكن وكذا لو كان احدهما احدث فيها بناء او حفير اما لصاحب
البناء والحفير لان ساكني الدار واحداث البناء والحفير يصرف في الدار فكانت
في يده ولو لم يكن شيء من ذلك ولكن احدهما داخل فيها والاخر خارج منها
فهي بينهما وكذا اذا كانا فيها لان اليد على العقار لا تثبت على الكون
فيها وانما تثبت بالتصرف فيه واذا كان في الدار خياط يخيط ثوبا
في دار انسان واختلفا في الثوب فالقول قول صاحب الدار لان
الثوب وان كان في يد الخياط صورة فهو في يد صاحب الدار معنى
ص او حايطا او خصا والوجه والقمط الى احدهما فهو بينهما وقالا
لمن اليه الوجه والقمط ش اي اذا تنازعا في حايط ووجهه الى احدهما
او تنازعا في خص وقمطه الى احدهما ولا بينة لاحدهما قال الامام
الاسبيجابي في شرح الطحاوي فان كان وجه الحايط الى احدهما
وظهره الى الاخر قال ابو حنيفة يقضي بالحايط بينهما ولا يقضي لمن
اليه وجه الحايط وقالا يقضي بالحايط لمن اليه وجه الحايط هذا
اذا جعل الوجه وقت البناء اما اذا جعل بعد البناء بالنقش والطين
ولا يستحق به الحايط في قولهم جميعا وكذا الخلاف فيما اذا تنازعا في
خص من الكرمين والقمط الى احدهما قال ابو حنيفة يقضي به
بينهما وقالا لا يقضي به لمن اليه القمط قال في الصحاح والقمط ما يشد
به الاخصاص حتى لو كان في احد الوجهين طاقات يقضي لصاحبها عندهما

لانها

لانها تفعل مع البناء وعلى هذا الخلاف اذا ادعيا بابا مغلقا على حايط بين
دارين والغلق على احدهما فالباب لهما عند ابي حنيفة وعندهما لمن
اليه الغلق ولو كان للباب غلق من الجانبين فهو لهما بالاجماع وجه
قولهما ان الاعتبار في هذه المسايل للعرف والعادة فان الناس في العادة
يجعلون وجه البناء والطاقات والغلق والقمط الى اصحاب الدار
فدل انه بناء فكان في يده ولابي حنيفة ان هذا امر محتمل فان الانسان
تارة يجعل وجه البناء الى داره وتارة الى دار غيره والى الطريق
ليتجمل بذلك وليري غيره محاسن بنايه فكان العرف مشتركا
على ان هذا دليل اليد في الماضي لا وقت الدعوة واليد في الماضي لا
تدل على اليد وقت الدعوة واذا كان محتملا لا يكون حجة مع الاحتمال
ص وكل من صاحب علو وسفل ممنوع من التصرف فيه الا باذن الاخر
ولجاره ان لم يضر به ش قال ابو حنيفة اذا كان لرجل علو ولاخر
سفل فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا او يفتح فيه
كوة او يدخل فيه جذعا ولا لصاحب العلو ان يبني عليه كنيفا او
يضع جذوعا الا باذن الاخر وقالا له ذلك اذا لم يكن فيه ضرر
ظاهر لانه يتصرف في خالص حقه ولا ضرر فيه على غيره ولابي
حنيفة ان ملكه قد تعلق به حق الغير وليس للمالك ان يتصرف في
ملكه اذا كان فيه حق غيره بدون اذنه كالراهن لا يتصرف
في المرهون الا باذن المرتهن وعلى هذا الخلاف اذا اراد ان يبني صاحب
العلو على علوه منزل كان ابو بكر الخوارزمي يفتي في المسالتين بقولهما
وقيل ما حكي عنهما تفسير لقول ابي حنيفة فلا خلاف في الحقيقة

لانه انما تمنع طاقته ضرر ظاهر لا ما ضرر فيه بلا خلاف وفي قاضي خان
لو تصرف صاحب السفل في ساحة السفل بان حفر بيرا وما اشبه
ذلك فله ذلك وان تضرر به صاحب العلو عند ابي حنيفة وعندهما
الحكم معلول لعلة الضرر ولو انهدم السفل والعلو لرب السفل
السفل على بناء السفل لانه ملكه والانسان لا يجبر على بناء ملكه ولو كان
صاحب السفل هو الذي هدمه يجبر على بنا السفل لانه صار متعديا
في حق صاحب العلو وهو حق قرار العلو وذكر في الجامع الصغير مسيلة
مناسبة لدعوى السفل والعلو وصورتها محمد عن يعقوب عن ابي
حنيفه في الرجل يكون في يديه الصبي الصغير فيقول هو عبدي
ويقول الغلام انا حر قال هو عبد للذي هو في يده فان كان
صبيا يعبر عن نفسه او كان كبيرا وهو في يديه فقال هو عبدي
فقال لا بل انا حر فالقول قول الذي ادعى انه حر وذلك لان الصغير
بمنزلة الثوب والبهيمة فالقول قول صاحب اليد فاذا كبر وادعى
الحرية لم ينتقض به الامر الثابت ظاهرا بغير حجة فاما اذا كان
يعبر عن نفسه فهو صحيح القول فيما ينفعه كالاسلام ويقبل
الهدية ودعوة الحرية فقبلنا قوله ولذلك الكبير لانه في يد
نفسه فلا سبيل لاحد عليه ما لم يتبين فيكون القول قوله في دعوى
الحرية والمراد من التعبير عن نفسه ان يتكلم ويعقل ما يقول
وقال ايضا في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل
يكون في يديه العبد الكبير فيقول انت عبدي فيقول العبد لا
ولكن عبد فلان لانسان آخر فقال ذلك الانسان هو عبدي فالقول

قول

قول الذي هو في يديه العبد وذلك لان العبد مقر بالرق ولكنه شاهد
برقه لغيره من هو في يده ويد صاحب اليد لا تقطع الانحجة وشهادة العبد
باطلة انتهى والمصنف لم يذكر هذه المسئلة ولكن هي مما يحتاج اليها
في هذا الموضع فلهذا التي بها صاحب الهداية

فصل في دعوى التركة ص

واذا كانت تركة في يدي زيد فجا احد الزوجين
فصدقه زيد بامره باعطا اقل النصيبين لا اكثرهما ش رجل في يده
مال زعم انه تركه فجا احد الزوجين يطلب نصيبه منها فاعترف
ذو اليد بالزوجية وصدقه على ذلك فعند ابي يوسف له ان يعطي
اقل النصيبين وهو الربع للزوج والثمن للزوجة وعند محمد يعطى
اكثر النصيبين وهو النصف للزوج والربع للزوجة واضطربت الرواية
عن الامام لابي يوسف ان الزوجية سبب لاستحقاق النصف
للزوج والربع للزوجة لكن بشرط عدم الولد بالنص فما ثبت
هذا الشرط لا يثبت استحقاق النصف والربع واقل النصيبين متيقن
به يعمل به ما لم يعارضه دليل فوقه ولمحمد ان سبب استحقاق الزوج
النصف والزوجة الربع بالنص وانما ينتقص من النصف والربع بشرط
وجود الولد ولم يظهر فلا تثبت النقصان بالاحتمال وان الشهود شهدوا
بذلك وقالوا لا نعلم له وارثا آخر فله اكثر النصيبين ص ولا يشترط
جر الميراث ش قال ابو يوسف اذا ادعى رجل ان هذه الدار ملكه و
شهد شاهدان ان هذه الدار كانت لابيه او لجده وهذا ابنه او ابن
ابنه لا وارث له غيره او قالا كانت لابيه ومات وهذا ابنه ووارثه
يقضي له بالميراث لان الشاهدين اثبتا انه وارثه واثبتا سبب

الزوال وهو الموت واذا زال عنه زال الي وارثه ضرورة فقد شهدا له بالملك
فيقضي له وعند ابي حنيفة ومحمد لا يقضي حتي يجر الميراث فيقول الشاهدان
مات وتركها ميراثا له لان الشهادة خالفت الدعوي لان المدعي يدعي
الملك لنفسه وهما اثبتا الملك للمورث فما لم يجر الميراث ولم يشهدا انه
تركها ميراثا له لا يقضي له بها ص والمدعي انه ابن هذا الميت اذا لم يقل
شهوده لا نعلم له وارثا غيره لا ياخذ منه كفيل ش قال ابو حنيفة
اذا اقام رجل بينة انه ابن هذا الميت ووارثه ولم يقل شهوده لا نعلم
له وارثا غيره وتلوم القاضي علي ذلك زمانا فلم يظهر له وارث آخر
دفع الميراث اليه ولا ياخذ منه كفيلا وقال هذا شيء احتاط فيه بعض
القضاة وهو جور لانه لا يجد كفيلا او يتاخر وجوده عنه فيكون
في ذلك منع حقه او تاخير حقه لامر متوهم وانه لا يجوز وقال
ابو يوسف ومحمد ياخذ كفيلا احتياطا لانه قد يكون له وارث آخر
فيحضر ويدعي فحينئذ يتيسر احضاره في مجلس القضا بواسطة
مطالبة الكفيل به ففي ذلك نظر للغايب ان كان موجودا ص وان
برهن علي ان هذه الدار ميراث له ولاخيه الغايب لا وارث له غيرهما
فالقاضي يحكم له بحصته ويترك حصة الغايب مع ذي اليد وقالا ان
انكر وضعت الحصة في يد عدل ش قال ابو حنيفة اذا ادعي رجل
دارا في يد شخص واقام بينة ان اباه مات وتركها ميراثا له ولاخيه
الغايب فلان لا وارث له غيرهما يقضي له بحصته ويترك نصيب
الغايب في يد ذي اليد وقال ابو يوسف ومحمد اذا كان ذو اليد منكرا
لذلك اخرجت الدار من يده ووضعت في يد عدل وحاصل ذلك

ان بعد

ان بعد الشهادة يقضي له بالنصف بالاتفاق وهل يترك النصف الاخر في يد
ذي اليد او ينتزع من يده فان كان ذو اليد مقرا بذلك ولم ينكره يترك
في يده بالاجماع الي ان يقدم الغايب وان جحده فهو محل الخلاف فعند الامام
يترك في يده ولا يستوثق منه بكفيل وعندهما يجعلها في يد امين
حتي يقدم الغايب لهما ان الجاحد خائن فتوخذ منه وتوضع عند
امين والمقر امين فيترك في يده قيل الاختلاف في جواز القضا بنصفها
للغايب فعند ابي حنيفة لا يقضي به له لان الوارث خصم عن
الميت لا عن الورثة فلا يملك اثبات الملك للغايب منهم وعندهما
يقضي به للغايب لان الواحد من الورثة يصلح خصما عن المورث في
اثبات حقوقه فيثبت له الملك ثم ينتقل الي ورثته فاذا جاز
القضا وجب النزع خوفا من المنكر عليه وقيل لا خلاف في انه
يقضي للغايب لكن الخلاف في النزع والترك فعنده لا ينزع لان الغايب
قد يرضي بكونها في يد هذا فلا تنزع بالشك ولان اليد الثابتة
لا تنزع بلا ضرورة ولا ضرورة لان الحادثة صارت معلومة للقاضي
وذو اليد بجحوده باعتبار اشتباه الامر عليه والظاهر انه لا يجحد
فيما يستقبل وعندهما ينزع لانه لو ترك نصيب الغايب فعسي
يعزل هذا القاضي واذا حضر الغايب وذو اليد منكر يتعذر عليه
اثباته فكان النظر في نزعه منه ووضعه في يد عدل وانما
وضع الخلاف في العقار فان المنقول ينزع من يده اتفاقا لاحتياج
المنقول الي الحفظ والنزع من يده ابلغ في الحفظ كيلا يتلفه لا سيما
في الانكار واما العقار فمحفوظ بنفسه الا تري ان القاضي يبيع

علي الكبير الغايب في العروض دون العقار وكذا اوصي الام والاخ والعم
يملك بيع المنقول وقيل المنقول ايضا علي الخلاف واذا حضر الغايب
هل يحتاج الي اعادة البينة فقيل يجدد وقيل لا يعيد والله اعلم

فصل في دعوي النسب

لما فرغ من بيان دعوي المال
شرع في بيان دعوي النسب وقدم الاول لكونه اهم لكثرة وقوعه
ص ولو ادعي ولد جارية باعها وقد اتت به لاقل من ستة اشهر من
حين البيع ثبت منه وكانت ام ولده وفسخ البيع ورد الثمن ش اذا باع جارية
فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر من يوم باع فادعاه فهو ابنه وامه
ام ولده ويفسخ البيع ويرد الثمن وهذا المذكور وهو ثبوت دعوة البايع
هو الاستحسان وفي القياس وهو قول زفر ان يكون دعوي البايع
باطلة لان اقدامه علي البيع اعتراف منه بانه عبد فكان في دعواه متناقضا
والنسب لا يكون بدون الدعوي وجه الاستحسان ان اتصال العلوق
بملكه شهادة ظاهرة علي كونه منه لان الظاهر عدم الزنا ومبني
النسب علي الخفا فيعفي فيه التناقض اي لا يمنع صحة الدعوي وقد
يظن المرء ان العلوق ليس منه ثم يظهر انه منه فاذا صحت الدعوي
استندت الي وقت العلوق فظهر انه باع ام ولده فيفسخ البيع ويرد
الثمن لانه قبضه بغير حق بخلاف ما اذا اعتق المشتري او ادعاه حيث
لا تصح دعوة البايع بعد ذلك لان الاعتاق والنسب حق لازم لا يحتمل
الفسخ والدعوة الي الطعام بالفتح وفي النسب بالكسر ثم ان الدعوة
علي ثلاثة انواع دعوة استيلاد ودعوة ملك ودعوة شبهة فدعوة
الاستيلاد قوية تنفذ في الملك وغيره بشرط ان يكون اصل العلوق
في ملكه لان الحرية تستند الي وقت العلوق وهذه الدعوة توجب فسخ ما جري
من العقود ان كان محلا للفسخ كانه يشير الي اعتاق المشتري فحينئذ لا
يفسخ ويتنظم الاعتراف بالوطي ودعوة الملك ان لا يكون اصل العلوق
في الملك وينفذ في غير الملك لان الحرية تقتصر علي وقت الدعوة وهذه
الدعوة لا توجب فسخ ما جري من العقود ولا ينتظم الاعتراف بالوطي
لدعوي التحرير ودعوة شبهة الملك كدعوة الاب ولد جارية
ابنه بشرط ان يكون ملك الابن قايما في الجارية والولد من وقت
العلوق الي وقت الدعوة ص ويقدم علي دعوي المشتري ش اي
اذا ادعاه المشتري مع دعوة البايع او بعده فدعوة البايع اولي لانها
اسبق لاستنادها الي وقت العلوق ودعوة المشتري دعوة استيلاد
وهي متاخرة عن دعوي البايع فيقدم الاقدم ص وان اتت به لاكثر
من سنتين من حين باع لم يصح دعواه فان صدقه المشتري ثبت
ولا يفسخ البيع ش اذا اتت الجارية المبيعة بولد لاكثر من سنتين
من يوم باعها مولاها فادعي الولد لا يصح لعدم اتصال العلوق بملكه
يقينا واتصال العلوق هو الشاهد الظاهر وذلك لم يوجد الا اذا
صدقه المشتري فيثبت النسب من البايع ويكون الولد عبد المشتري
ويحمل علي الاستيلاد بالنكاح حملا لحاله علي الصلاح ولا يبطل البيع للتيقن
بان العلوق لم يكن في ملكه فلا تثبت حقيقة العتق في الولد ولا حقه
في الجارية وهذه دعوي تحرير وغير المالك ليس من اهله والبايع ليس
بمالك فلا تصح دعوة التحرير منه فلم يعتق الولد ولا تصير امه ام ولده
ص وان ادعاه بعد موته وقد اتت به لاقل من ستة اشهر لم يثبت الاستيلاد

شر اي فان مات الولد فادّعاه البايع وقد جات به لاقل من ستة اشهر
لم يثبت الاستيلاد في الام لانها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت
لعدم حاجته الي ذلك لان ثبوت النسب للشرف وبعد الموت لا حاجة
له الي ذلك فلا يتبعه استيلاد الام والتبع انما يثبت حكمه بعد ثبوت
حكم الاصل صر او بعد موتها او عتقها ثبت منه واخذ وعليه رد
كل الثمن وقالا رد حصته شر قال ابو حنيفه اذا ادعي البايع ولد
الجارية المبيعة بعد موتها او عتقها وقد اتت به لاقل من ستة
اشهر يثبت النسب في الولد وياخذه البايع ويرد الثمن كله وقال
ابو يوسف ومحمد يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام والخلاف مبني
علي اصل تقوم ام الولد وعدمه في المعاقدات فلما لم ينتقض البيع
في الجارية لقيام المانع وهو الموت او العتق من المشتري يسلم
للمشتري عندهما ما بازايها من الثمن لتقومها وعند الامام لما لم
يكن لماليتها تقوم لا يكون بازايها شي من الثمن فلا يسلم له شي من
الثمن فيرد جميعه والاعتاق والتدبير مثل الموت صر وان باعهما
المشتري فاستولدها الثاني فاستحقت فضمن قيمة الولد ورجع
بها وبالثمن فبايعها لا يرجع علي الاول الا بالثمن وقالا يرجع به
وبقيمته شر قال ابو حنيفة اذا اشتري جارية ثم باعها
فاستولدها المشتري الثاني ثم استحقها رجل وجعل القاضي
الولد حرا بالقيمة ضمن المشتري الثاني قيمة الولد ورجع علي بايعه
بالثمن وبقيمة الولد ويرجع المشتري الاول علي بايعه بالثمن لا غير
وقالا يرجع بقيمة الولد ايضا لان المشتري الثاني يرجع علي بايعه

بالثمن

٢٦٠

بالثمن وقيمة الولد بذلك الغرور فكذا هو علي بايعه ولابي حنيفة
ان غروره له ضمان سلامة المبيع لا غير اي البايع الاول ضمن للمشتري
الاول سلامة اولاده دون سلامة اولاد المشتري منه لان ضمان
السلامة انما يثبت البيع والبيع الثاني يضاف الي الثاني لا الي الاول
وغرور الاول انقطع ببيع المشتري منه وهو كمن حفر بيرا علي قارعة
الطريق ثم القي انسان انسانا فيها فالضمان علي الملقي لا علي الحافر
لانقطاع جناية الاول صر وان اشتري امراته المدخول بها ثم اعتقها
ثم اتت بولد لاكثر من ستة اشهر منذ شراها لا يثبته الا بدعوة
واثبته الي سنتين بدونها شر قال ابو يوسف اذا اشتري رجل
امراته وقد دخل بها ثم اعتقها ثم جات بولد لاكثر من ستة
اشهر منذ اشتراها لا يثبت النسب منه الا بدعوة الزوج وعند
محمد يثبت من غير دعوة الي سنتين منذ اشتراها لابي يوسف
انه لما اشتراها ارتفع النكاح فصارت بحال لو ولدت لاكثر من ستة
اشهر لا يلزم الولد من غير دعوة والعتق ما زادها الا بعدا منه
فحينئذ لا يثبت الا ان يدعيه ولمحمد انه لما اشتراها وهي مدخول بها
ارتفع النكاح ووجبت العدة لكن لم تظهر في حقه لملك اليمين
وبالعتق ظهرت والمبانة المعتدة يثبت نسب ولدها الي سنتين
فكذا هذا صر وان باعها ثم اشتراها فاتت به كذلك منذ باعها
لا يثبته الا بتصديق المشتري وشرط دعواه شر قال ابو يوسف
اذا اشتري رجل امراته الامة ثم باعها من آخر ثم اشتراها منه
فولدت ولدا لاكثر من ستة اشهر من حين باعها فادعي الولد

لايثبت النسب / الا بتصديق المشتري وان ادعاه لان العلوق لو حمل علي
العلوق في ملك اليمين كان ثبوت النسب متضمنا بطلان الشرا
المتخلل وقد تعلق به حق المشتري ولا يمكن نقضه الا برضاه فاذا صدق
فقد رضي به وعند محمد ان جات بالولد الي سنتين منذ اشتراها
ثبت من غير تصديق المشتري خلافا لزفر في فصل العتق / الا ان في العتق
يثبت من غير دعوة وهذا لا يثبت الا بالدعوة لان العدة تظهر
هناك وكان ينبغي ان يثبت من غير دعوة / الا ان شرط الدعوة هنا
لقطع الدور وهذا لان اثباته من غير دعوة يستلزم فساد البيع
فيعود الي ملكه واذا عادت الي ملكه لا يثبت النسب لقيام المانع من
ظهور العدة وهو حل الوطء بملك اليمين واذا لم يظهر لا يمكن
الحمل علي العلوق في ملك النكاح لان في المسئلة السابقة امكننا
العلوق في ملك النكاح لظهور العدة في حقهما لا عتاق ولا عتاق
هنا واذا تعذر ذلك وجب الحمل علي العلوق في ملك اليمين واذا
حمل عليه لم يثبت النسب بدون الدعوة واذا لم يثبت بدون
الدعوة بقي البيع فيودي الي الدور قلنا باشتراط الدعوة دفعا
له كذا قرره المصنف واعلم انه صور المسئلة بقوله وان باعها ثم
اشتراها الي اخره وفي المنظومة قال او اشتراها ثم باع فادعي ما ولد
ولم يصدق ذو الشرا فظاهر ذلك مخالف ولكن يمكن ان يري
المصنف نقلا يفيد الشرا بعد البيع ولهذا قال في شرحه رجل
اشتري امراته الامة ثم باعها من اخر ثم اشتراها فاذا كان كذلك
فما لفيد دعواه بعد ان كانت الجارية بيده وعلي رواية المنظومة

يتصور

يتصور الدعوي فليحفظ ص وان ادعي ولد ستة وبرهن علي بيعها
منذ شهر وبرهن المشتري علي اكثر من ستة اشهر يحكم له به
لانه للبايع ش اذا باع جارية فولدت عند المشتري فقال البايع لعبتها
منك منذ شهر والولد مني وقال المشتري بعتها مني لاكثر من
ستة اشهر والولد ليس منك فالقول قول المشتري بالاتفاق
لان البايع يدعي نقض البيع والمشتري ينكر فان اقاما البينة فالبينة
بينة المشتري ايضا عند ابي يوسف لانه اثبت زيادة مدة في الشرا
وعند محمد البايع اولي لانه اثبت نسب الولد واستيلاد الجارية
ونقض البيع ولانه هو المدعي والمشتري منكر والبينات وضعت
لاثبات الدعاوي ومتي تعين المدعي عليه تعين المدعي فتكون
بينته اولي بالقبول ص والمنفي اليها زوجها اذا اقرت وتزوجت
واتت بولد فجا الاول فهو له مطلقا وللثاني في رواية وعليها
الفتوي ونجعله للاول ان اتت به لاقل من ستة اشهر من حين
العقد وحكم به له ان كان من حين ابتدا الثاني بالوطء الي الولادة
اقل من سنتين ش قال ابو حنيفه رضي الله عنه اذا نعي الي المراة زوجها اي
اذا سمعت خبر زوجها انه توفي فاعتدت وتزوجت بزوج اخر
فاتت بالولد ثم جا الزوج الاول يكون الولد للاول مطلقا
اي سوا جات به لاقل من ستة اشهر منذ تزوجها او لاقل من
سنتين او لاكثر وسوا نفياه او نفي احدهما او ادعاه او ادعي احدهما
لان الولد للفراش والفراش للاول لان نكاحه صحيح قايم فكانت
المراة فراشا له ولم يبطل فراشه بالنكاح الفاسد بخلاف ما اذا وجد

شوى

اراد وجد
ما ذكر ان النكاح الفاسد وحده سبب يثبت به الفراش لانه ملحق بالصحيح عند عدم المعارض

النكاح الفاسد وحده حيث يثبت به الفراش لانه ملحق بالصحيح عند عدم المعارض ولهذا لا يفيد الحل فيجب الحاق النسب بالاول لان النسب يجب الحاقه بصاحب الفراش لا بالوطي لقوله عليه السلام الولد للفراش وللعاهر الحجر اي لا شي له لان استعمال مثل هذه الكلمة للنفي والمبعد وما روي من حديث علي كرم الله وجهه انه قضي بالمراة للاول وبالولد للثاني فهي حكاية حال ولا عموم لها فلا تعارض الحديث وروي عبد الكريم الجرجاني عن الامام انه رجع وقال الولد للثاني وعليه الفتوي ذكره في الواقعات وقال ابو يوسف ان كان من وقت النكاح الثاني اقل من ستة اشهر فالولد للاول لان العلوق ليس بعد النكاح الثاني فلم يكن منه اما اذا كان اكثر من ستة اشهر كان من الثاني لان الفراش الثاني هو المستفرش حقيقة والنكاح الفاسد سبب الفراش كالنكاح الجائز والفرق تقدم وقال محمد ان كان من وقت ابتدا وطي الزوج الثاني الي وقت العلوق اقل من سنتين فالولد من الزوج الاول لاحتمال انه من الوطي الاول ولاحتمال انه من الوط الثاني ونكاح الاول صحيح فلا يعارضه الفاسد وان كان اكثر من سنتين فهو من الزوج الثاني لانا تيقنا انه ليس من الاول فجعلناه من الثاني كامراة الصبي اذا زوجت نفسها من اخر وجات بولد كان للثاني وان كان فراشه ثبت بنكاح فاسد فكذا هذا وقلنا الفارق ظاهر ص وان ولدت مكاتبة من احد الشريكين فنصيبه ام ولد ولها الخيار فان عجزت نفسها فكلها ام ولد ويضمن لشريكه نصف عقرها وقيمتها

والا

بلغ مقابلة

٢٦٥

والا اخذت العقر فاذا اخذت عتقت والولا لهما وقالا كلها ام ولد ومكاتبة ويغرم نصف قيمتها ش قال ابو حنيفة اذا كانت جارية بين اثنين كاتباها ثم جات بولد فادعاه احدهما تصح دعوته ويثبت النسب منه ويصير نصيبه منها ام ولد له ويبقي نصيب صاحبه مكاتبا لان المكاتب لا يحتمل التملك فيقتصر الاستيلاد علي نصيبه كما في المدبرة بين شريكين اذا استولدها احدهما ثم لها الخيار ان شات عجزت نفسها فكانت كلها ام ولد له فتعتق بموته ويضمن لشريكه نصف قيمتها ونصف عقرها وان شات مضت علي الكتابة واخذت عقرها منه واذا ادت عتقت والولا لهما اما صحة الاستيلاد في نصيبه فلما ان استيلاد المكاتبة صحيح لتاويل الملك واما اقتصاره علي النصف فلان الكتابة تمنع النقل من ملك الي ملك كالتدبير ثم المدبرة بين اثنين اذا ولدت من احدهما صار نصيبه ام ولد له ونصيب الاخر مدبرة علي حالها بالاجماع كذا هذا وعند ابي يوسف ومحمد صارت كلها ام ولد ومكاتبة ويغرم لشريكه نصف قيمتها لان امومية الولد اقوي من الكتابة لكونها لا تقبل النقض ولا التجزي والكتابة تحتملهما وله ملك من وجه فصح استيلاده وملك نصيب صاحبه ضرورة صحة الاستيلاد قلنا الملك في نصف الامة انما يثبت له في نصيب شريكه ضرورة صحة الاستيلاد وما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها ولا يبني عليه ضرورة اخري وهذا لان تملك نصيب الشريك لضرورة الاستيلاد وفسخ الكتابة لضرورة التملك فكان فسخ

الحكاية ضرورة الاستيلاد وانه غير جايز ص والامة المشتركة اذا اتت
بولد فادعوه ثبت منهم ومن اثنين لا ثلاثة ش قال ابو حنيفة
اذا كانت جارية بين جماعة فاتت بولد فادعوه جميعا ثبت النسب
منهم جميعا وتصير الجارية ام ولد لهم وقال ابو يوسف لا يثبت
اكثر من اثنين وقال محمد لا يثبت اكثر من ثلاثة فان زاد لم يثبت
وعلى هذا الخلاف اذا ادعى اثنان لقيطا او ثلاثة او اربعة فصاعدا
لمحمد انه اذا ثبت من اثنين حكما ثبت من ثلاثة لانها قريبة من اثنين
ولابي يوسف ان القياس ان لا يثبت النسب الا واحد لان تخلق
شخص واحد من ماءين لرجلين مستحيل عادة الا انا تركنا القياس
في الرجلين لقول عمر رضي الله عنه هو ابنهما يرثهما ويرثانه
ولا نص في الزايد على اثنين ولابي حنيفة ان العلة هو الاشتباه
ومساس الحاجة الى من يري الولد وهذا المعني شامل من
الاثنين وما فوقهما فالفصل بين عدد وعدد تحكم من غير دليل
فالوارد في الاثنين يكون واردا في الثلاثة وما فوقهما دلالة
ص او مسلم وذمي اواب وابن جعلناه للمسلم والاب لانهما
ش قال علماؤنا الثلاثة وهو استحسان اذا كانت جارية
بين مسلم وذمي فجاءت بولد فادعياه معا ثبت نسب المسلم
وقال زفر وهو القياس يثبت نسبه منهما جميعا لان ثبوت
الحكم على وفق ثبوت العلة وقد استويا في العلة وهو الملك
فيستويان في حكمه وهو ثبوت النسب وجه الاستحسان
ان اثبات النسب من المسلم انفع للصبي لانه يحكم باسلامه تبعا له

ولقوله

بخ مقابلة

ولقوله عليه السلام الاسلام يعلو ولا يعلى وكذلك لو كان احدهما كتابيا
والاخر مجوسيا فالقياس ثبوت النسب منهما لاستوايهما في الملك
وفي الاستحسان الكتابي اولى لانه اقرب الى الاسلام من المجوسي فكان
ذلك انفع للصبي ولذلك الخلاف مع زفر فيما اذا كانت الجارية
بين الاب والابن اذا اتت بولد فادعياه فانه يثبت نسبه من الاب
عندهما لانا الثلاثة لانه لو ادعي نسب ولد جارية الابن ثبت نسبه
منه والابن لو ادعي نسب ولد جارية الاب لا يثبت النسب
فيرجح نسب الاب وعند زفر هو بينهما لاستوايهما في الملك
كما تقدم ص ولو برهن كل من اثنين ان هذا العبد له ولد
في ملكه من عبده وامته كان لهما ونسبه ثابت من الابوين وقالا
من العبدين ش اذا كان عبد في يد رجل فادعي خارجان عليه
واقام كل واحد منهما بينة على انه عبده ولد من امته هذه ومن
عبده هذا في ملكه قضي بالعبد لهما بالاجماع لاستوايهما ويثبت
نسبه من العبدين بالاجماع وانما الخلاف في اثبات النسب
من الامتين فعند ابي حنيفة يثبت وعندهما لا يثبت ولذا
قالا في الجدين والجدتين لابي حنيفة ان اثبات النسب من الرجلين
ممكن بعلة الاشتباه وذلك موجود في حق المراتين وبهذه العلة
يثبت النسب منهما ولهما ان ولادة ولد واحد من امراتين مستحيل
حقيقة فلا يمكن اثباته حكما وهذه العلة ذكرها صاحب المنظومة
وهو يشير الى ان مبني هذه ان المجاز خلف عن الحقيقة في الحكم عندما
خلاف الرجلين لان ولادة ولد واحد من ماء رجلين في امراة واحدة

لا يستحيل حقيقته قلنا هو مستحيل عادة ومع ذلك جوزناه في حق
الرجلين ثم الفقه فيه ان الحاجة الى اثبات احكام النسب منهما مختلفة
ولا استحالة في ذلك ولا تدافع قاله في الحصر اي لا استحالة في حق الاحكام وكن
لا تثبت الا ذلك ص وان ادعى مولى امة اتت بثلاثة في اربطن اكبرهم
اثبتناه لا الكل ش قال علماؤنا الثلاثة اذا ولدت جارية
اولادا ثلاثة في ثلاثة اربطن ولها مولى ولا زوج لها فادعى المولى نسب
الولد الاكبر يثبت نسبا الاكبر منه وصارت الجارية ام ولد له ولا
يثبت نسب الاوسط والاصغر استحسانا وعند زفر يثبت
نسب الكل منه لان الدعوة تستند الى وقت علوق الاول فتصير
الجارية ام ولد له من ذلك الوقت والولدان الاخران ولد ام ولده
فيثبت نسبهما منه اذا لم ينفهما وجه الاستحسان ان النفي فيه
وان لم يوجد نصا لكنه قد وجد منه دلالة وهي اقدامه على تخصيص
بعضهم احدهم بالدعوة فان ذلك دليل على نفي الباقي لو لم يكن ذلك
مراده لم يكن للتخصيص معنى يرد عليه ان التخصيص لا يدل على
التخصيص وجوابه في هذا ظاهر فليتامل ص او قال احدهم
ولدي ومات بجهلا فثلث كل حر وعليه السعاية في باقيه وانتفى
بثلث الاول ونصف الثاني وكل الثالث ويوافق في الاخرين ويعتق
نصف الاخرين في رواية ش اي اذا كان لشخص جارية ولدت
ثلاثة اولاد في اربطن مختلفة قد مضى بين كل ولادتين ستة اشهر
فصاعدا فقال المولى احدهم ولدي ومات قبل البيان عتقت
بغير سعاية لانه لما اقر باحد الاولاد كان مقرا بامومية الولد

وانما

وانما الخلاف في الاولاد فقال ابو حنيفة يعتق من كل واحد ثلثه وقال
محمد يعتق من الاكبر ثلثه ومن الاوسط نصفه والاصغر كله وابو
يوسف وافق محمدا في الاوسط والاصغر وروي عنه في الاكبر روايتان
في رواية يوافق محمدا فيقال يعتق ثلثه وفي رواية اخرى قال
يعتق نصفه وهذا بناء على اصل وهو ان مثل هذا الكلام اذا تعذر
اعماله في النسب صار مجازا عن الاعتاق عند ابي حنيفة اصله مسيلة
هذا ابني فصار كانه قال احدهم حر فلم يكن الترجيح فيعتق ثلث
كل واحد منهم وعندهما ينزل العتق على اعتبار العلوق ان امكن والا
يلغو كما في قوله هذا ابني وهنا امكن التنزيل ببيانه انه لو اراد به
الاكبر عتقوا جميعا ولو اراد به الاوسط عتق الاوسط والاصغر
ولو اراد به الاصغر عتق الاصغر وحده فالاكبر يعتق في حال
ولا يعتق في حالين فيعتق ثلثه ويسعى في ثلثين والاوسط يعتق
في حالين ويرق في حال واحوال الاصابة واحدة فيعتق نصفه
ويسعى في نصفه والاصغر يعتق على كل حال لانه ليس له حالة
حرمان فيعتق كله ورواية ابي يوسف في الاكبر النصف باعتبار
جعل احوال الحرمان حالة واحدة كاحوال الاصابة ص ولو ولدت
المبانة المعتدة ولدين في بطن احدهما لاقل من سنتين من وقت
الابانة والاخر لاكثر منهما فنفاهما اثبت نفيهما وهما نسبهما
ش قال محمد اذا طلق الرجل امراته طلاقا بائنا فولدت ولدين
احدهما لاقل من سنتين ولو بيوم والاخر لاكثر من سنتين فنفاهما
لا يثبت نسبهما ولا يحد الزوج وعندهما يثبت نسبهما من الزوج

لحمدان العلوق بالولد الثاني لم يكن من وطء قبل الابانة لتجاوزه اكثر مدة
الحمل والاول تابع له لانهما توءمان ولا يتبع الثاني الاول لان الاول ثابت
بالاجتهاد دون الثاني بالنص وهو خبر عائشة رضي الله عنها
ان الولد لا يبقى في البطن اكثر من سنتين والمقدرات لا تعرف الا
سماعا فيحمل على السماع والاجتهاد يترك بالنص والنص لا يترك
بالاجتهاد ولما ان الاول سابق ونسبه يثبت فيثبت
نسب الاخر تبعا له الا ترى انه لو باع جارية فولدت ولدين
عند المشتري احدهما لاقل من ستة اشهر من وقت
البيع والآخر لاكثر من ستة اشهر ثم ادعاهما البائع او ادعى
احدهما ثبت نسبهما من البائع من غير قصد من المشتري ويتبع
السابق اللاحق كذا هنا ولو كان الولدان لاقل من سنتين
فنسبهما ثابت منه فان نفاهما او نفى احدهما حد لانه قذف
محصنة وان ولدتهما لاكثر من سنتين لا يثبت نسبهما
ما لم يدع الزوج فان نفاهما او نفى احدهما لم يحد لان نسبه
غير ثابت ص ولو ادعى عند زوجته امة لقيطا وصدقه المولى
ثبت منه وتحكم برقه وحكم بحريته ش اذا ادعى عبد لقيطا
انه ابنه وزوجته امة لمولى العبد ايضا كذا في المصفى وصدقه
المولى على ذلك ثبت نسبه اجماعا لكون ذلك مصلحة في حقه
والخلاف في ان اللقيط هل يكون حرا او رقيقا فقال ابو يوسف
يكون عبد المولى تبعا لها وقال محمد هو حر لان اللقيط حر
بالاصالة وتصادق المولى والعبد لا يصلح حجة عليه في ابطال

حريته

حريته وان كان نسبه يثبت من الامة لكن في جعله تبعا لها في الرق
مضرة بالصبي وفي جعله حرا منفعة له والله تعالى اعلم بالصواب

كتاب ٣٩ الشهادات

المناسبة بين الدعوى والشهادة ظاهرة لان الشهادة تتصور
بعد الدعوى غالبا وهي في اللغة اخبار عن مشاهدة وعيان
لا عن تخمين وحسبان فلهذا قالوا انها مشتقة من المشاهدة
وهي المعاينة والى هذا وقعت الاشارة النبوية اذا رايت مثل
الشمس فاشهد والا فدع وفي الشريعة اخبار عن صدق بلفظة
الشهادة في مجلس القضاء وسببها في حق التحمل للشاهد وفي حق
الاداء الدعوى وركنها لفظ اشهد بمعنى الخبر دون القسم
وشرطها العقل الكامل والضبط والولاية والقدرة على التمييز
بين المدعي والمدعى عليه وحكمها وجوب الحكم على القاضي بما
اقتضته الشهادة وهي حجة مظهرة للحق مشروعة بالكتاب
والسنة والاجماع وضرب من المعقول اما الكتاب فقوله تعالى
واستشهدوا شهيدين من رجالكم الآية واما السنة فقوله
عليه السلام شاهداك او يمينه ليس لك الا ذلك وقال
عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر والبينة
الشهادة بالاجماع والاجماع على مشروعيتها واما المعقول فلان
فيه احياء حقوق الناس وصون العقود عن التجاحد وحفظ الاموال
على اربابها قال عليه السلام اكرموا شهودكم فان الله تعالى
يستخرج بهم الحقوق والقياس يابى ان تكون حجة ملزمة؟

لانها اخبار محتمل للصدق والكذب لكن ترك ذلك بما ذكرنا من النصوص
والاجماع ص يفترض اداؤها لطلب المدعي ش اي اذا طلب المدعي الشهادة
يفترض على الشاهد اداء الشهادة عند الحاكم ولا يحل له كتمانها
لقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه وقوله
تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وهذا وان كان نهيا عن
الكتمان والاباء لكن النهي عن الشيء يكون امرا بضده فكان اداء الشهادة
فرضا كفريضة الانتهاء عن الكتمان والاباء صار كالامر به ولان
في الامتناع عن اداءها اضاعة لحقوق الناس فيحرم الا ان يقوم
الحق بغيره بان يكون في الصك سواه من يقوم الحق به فيجوز
الامتناع حينئذ لان الحق لا يضيع بامتناعه وانما اضاف
الاثم الى القلب لان اسناده الفعل الى محله اقوى من اسناده
الى كله ولهذا كان قولك ابصرته بعيني اكد من قولك ابصرته
واسناده الى اشرف الجوارح دليل على انه اعظم الجرايم بعد
الكفر بالله تعالى ثم انما يأثم اذا علم ان القاضي تقبل
شهادته وان علم ان القاضي لا يقبل شهادته او كانوا جماعة
فادى غيره وقبلت شهادته قالوا لا يأثم وان ادى غيره ولم
تقبل شهادته يأثم لان ذلك يؤدي الى تضييع الحقوق وهذا
اذا موضع الشاهد قريبا من مجلس القاضي وان كان بعيدا بحيث
لا يمكنه ان يغدو الى القاضي لاداء الشهادة ويرجع الى اهله
في يومه ذلك قالوا لا يأثم لانه يلحقه الضرر بذلك قالوا
تعالى ولا يضار كاتب ولا شهيد ولا بد من طلب المدعي لانه حقه

ولان

ولان قوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا يدل عليه ص ويجري
الحدود وتفضل الستر ش الشاهد بالحد مخير بين الاظهار
والستر لان في كل من الامرين حسبة حسنة اقامة الحد والتوقي
عن الهتك الا ان الستر افضل لقوله عليه السلام للذي
شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وقال عليه
السلام من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والاخرة
وان شاء اظهر لان فيه حسبة ايضا وهي ازالة الفساد او تقليله
فكان حسنا ولا يلزم على هذا قوله تعالى ان الذين يحبون
ان تشيع الفاحشة الايه لان مقصود الشاهد ارتفاع
الفاحشة من العباد لا اشاعتها ولهذا امر الله تعالى بالاشهاد
بقوله فاستشهدوا عليهن اربعة منكم فلهذا احسن والاول
وهو الستر احسن لما بيناه ولا يلزم عليه قوله تعالى ومن يكتمها
فانه آثم قلبه لان المراد في ذلك حقوق العباد بدليل
قوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا اي اذا دعاهم المدعي اذ
الحدود ليس لها مدع يدعيها ولان الحدود حق الله تعالى والله
تعالى غني عن كل شيء مع كرمه ولطفه بعباده والعبد محتاج شحيح
فلا يقاس احد الحقين على الآخر ص ويقول في السرقة اخذ لا سرق
ش اي ويقول الشاهد في السرقة اخذ المال احيا لحق المسروق
منه ولا يقول سرق لمحافظته على الستر ص ولا يثبت الزنا الا باربعة
س الشهادة على مراتب اولها الشهادة على الزنا ويشترط فيها
اربعة من الرجال احرار عدول مسلمين ليشهدون انهم راوا كالميل

في المكحلة واشتراط الاربعه لقوله تعالى فاستشهد واعليهن
اربعة منكم وقال عليه السلام للذي قذف زوجته ائتني باربعة
ليشهدون على صدق مقالتك والا فحد في ظهرك وهذه الفاظ
موضوعه للمذكرون المونث وقد انعقد الاجماع على اشتراط
الذكورفيه ولان الله تعالى يحب الستر على عباده واوعد من احب
الفاحشة على المومنين بالعذاب بما يكون اوفى اشتراط الاربع
مع وصف الذكورة تحقيق معنى الستر اذ وقوع الاربعة على هذه
الفاحشة قل ما يتحقق واشتراط العدالة قد تقدم في الحدود
ولا يقال ليس في هذه النصوص الا بيان جواز العمل بهذا العدد
وليس فيها ما يمنع العمل باقل منه لانا نقول اجتمعت الصحابة
رضي الله عنهم ومن بعدهم الى يومنا هذا على ان الشهود على
الزنا اذا نقص عددهم عن الاربعة تجب عليهم الحد لكونهم
قذفه الا ترى ان عمر رضي الله عنه حد الثلاثة الذين شهدوا
على مغيرة بالزنا ولو كان الزنا يثبت بما دونهم لما وجب عليهم
الحد بل كان يجب على المنسوب الى الزنا ولا يمكن القياس على غيره
من الحقوق لعدم التساوي ولوجود النص في الفرع وشرط
القياس المساواة بين الاصل والفرع ولا يكون في الفرع نص
يمكن العمل به وقيل لان الزنا فعل اثنين فيشترط على كل واحد
منهما اثنان ص ولا الحدود والقصاص الا برجلين ش هذه المرتبة
الثانية يعني في بقية الحدود والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين
لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم فيعمل بعموم النص

ولا تقبل

ولا تقبل فيها شهادة النسآء وحدهن ولا مع الرجال لحديث الزهري
مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين
من بعده ان لا تقبل شهادة النسآء في الحدود والقصاص وقال
تعالى واستشهدوا واستشهدين الآية ولان في شهادة النسآء شبهة
البدلية لان كل اثنتين منهن قائمة مقام رجل فلا تقبل فيما يندرئ
بالشبهات كما لا يجوز فيما كتب القاضي الى القاضي ولا الشهادة
على الشهادة وانما كانت فيها شبهة البدلية لا حقيقتها لان
البدل الحقيقي لا يصار اليه مع القدرة على الاصل غالبا وشهادة
امراتين مع رجل تقبل مع وجود الشهود من الرجال ص ويسمع فيما
عداهما شهادة رجل وامراتين ولا يقيد بالمال ش هذه المرتبة
الثالثة اي تقبل فيما سوى الحدود والقصاص شهادة رجلين
او رجل وامراتين سواء كان الحق مالا ام غير مال مثل النكاح والطلاق
والعتاق والوكالة والوصية ونحو ذلك مما ليس بمال وقال
الشافعي لا تقبل شهادة النسآء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها
كالاجل وشرط الخيار لان الاصل عدم قبول شهادتهن لنقصان
عقلهن واختلال ضبطهن وقصور الولاية فانهن لا يصلحن
للخلافة ولهذا لا تقبل شهادتهن وحدهن وان كثرن ولا مع
الرجال في الحدود وانما قبلت في الاموال وتوابعها للضرورة
لكثرة وقوعها وقلة خطرها ولا كذلك غير المال ولنا ان عمر
وعليا رضي الله عنهما اجازا شهادة النسآء مع الرجال في النساء والغرقه
وعن عمر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز شهادة النسآ

في النكاح ولانهن من الشهدا بالاية فتقبل شهادتهن لوجود
المشاهدة والحفظ والاداء كالرجل وزيادة النسيان تجبر بزيادة العدد
واليه الاشارة بقوله تعالى فتذكر احداهما الاخرى فلم يبق لبعد
ذلك الا الشبهة وعدة الحقوق تثبت مع الشبهة كالمال بل فوقه
الا ترى ان النكاح تثبت مع الهزل وكذا الطلاق والعتاق والمال لا تثبت
به واي شبهة اقوى من الهزل تخلاف الحدود والقصاص فانها
لا تثبت مع الشبهة وكان ينبغي ان تقبل شهادتهن كالرجال ولكن
جا النص بخلافه كيلا يكثر خروجهن ص ولا يشترط اربعا فيما لا
وقوف للرجال عليه ولا عيتنوا اثنتين فتكفي الواحدة ش قال
علماؤنا تقبل فيما لا يطلع عليه الرجال كالولادة والبكارة وعيوب
النسا شهادة امراة واحدة وقال الشافعي لابد في ذلك من شهادة
اربع لنسوة لان الشهادة المطلقة شهادة رجلين وقد اقام الشرع
الثنتين مقام الرجل فالاربع تقمن مقام رجلين وعن مالك انه
اشترط ثنتين لان المعتبر في باب الشهادة شيان الذكورة
والعدد وتعذر اعتبار احدهما فبقي الاخر وهو العدد على حاله
ولنا في الاكتفا بالواحدة قوله عليه السلام شهادة النسا
جايزة مما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع المحلى بالالف واللام اذا
لم يكن ثم معهود يراد به الجنس فيتناول الاقل عند تعذر الكل
فاما النكاح فان المعتبر يوجل بسنه ويفرق بينهما بعدها اذا فات
انها بكر ولا تشترط الشهادة عند مشايخ العراق وتشترط عند
مشايخ خراسان لانها توجب حقا في الغير فكانت شهادة ولان

الذكورة

الذكورة انما سقط اعتبارها تخفيفا من حيث ان نظر النسا في
مثلهن اخف فيسقط اعتبار العدد ايضا لان نظر الواحد اخف
والاحوط الثنتان احوط او الثلاث احب لما فيه من معنى الالزام
وبالاربع تخرج الخلاف وليشترط فيها شرايط الشهادة من الحرية
والاسلام والبلوغ والعقل والعدالة وقال حذيفة رضي الله عنه
اجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم شهادة القابلة على الولادة
ص وشهادتهن على الاستهلال مردودة في حق الارث ولا
تقبل فيه الا شهادة رجلين او رجل وامراتين وقالا تقبل شهادتها
وحدها فيه لان صوت الصغير يقع عند الولادة وعند ذلك
لا يحضر الرجال الا القابلة ولابي حنيفة ان شهادتها على الاستهلال
في حق الارث من باب القضا والالزام فلا تقبل شهادة القابلة
وحدها لعدم الضرورة لان صوت الصغير مما لا يطلع عليه
الرجال ايضا بخلاف شهادتها في حق الصلاة عليه لانها من
امور الدين فيقبل فيها خبر الواحد وكذا لا تقبل في الرضاع
شهادة النسا منفردات لان الحرمة هي تثبت ترتب عليها
زوال النكاح وابطال الملك لا يثبت الا بشهادة الرجال ولا
بد مما يمكن اطلاع الرجال عليه فلا ضرورة ص وشرط في
ترجمة لغة الشاهد وتركه السر عدد البينة واكتفيا
بثقة ش قال محمد ليشترط العدد في الترجمة وتزكية السر
والرساله وذلك رجلان او رجل وامراتان حتى قالوا يشترط
على مذهبه في تزكية شهود الزنا اربعة من الرجال وقال ابو حنيفة

وابو يوسف لا يشترط ذلك بل الرجل المسلم الثقة يكفي في ذلك لان
الترجمة والتزكية ليستا بشهادة بل هما خبر واحد والعدد فيه
ليس بشرط كرواية الاخبار ولهذا لا يشترط فيهما لفظة الشهادة
ولا مجلس الحكم وجاز تزكية من لا تقبل شهادته كتزكية احد الزوجين
للاخر وتزكية الوالد ولده وبالعكس ولان اشتراط العدد في الشهادة
امر ثبت بالنص على خلاف القياس فلا يقاس عليه غيره وانما
اعتبرتا الحرية لان الشهادة من باب الولاية ولا ولاية للعبد
على نفسه فكيف على غيره والعدالة لانها تكملة للشهادة فكان عملها
فوق عمل الشهادة ولهما ان هذه الاشياء في معنى الشهادة لان
الترجمة والشهادة بالتزكية تصيير شهادة فيشترط فيهما
يشترط في الشهادة لكن لا يشترط فيها لفظة الشهادة لانها
ليست بشهادة حقيقة والمراد بالترجمة المترجم عن الشهود
وبالرسالة رسول القاضي الى المزكين وينبغي للقاضي ان يحارفي
السؤال عن الشهود من له خبرة باحوال الناس واكثرهم اختلاطا
بهم مع عدالته ومعرفته بما يكون جرحا وما لا يكون جرحا غير طباخ
ولا فقير كيلا يخدع بالمال فان لم يكن في جيرانه ولا اهل سوقه
من يثق به سال اهل محلته وان لم يجد منهم ثقة اعتبر فيهم
تواتر الاخبار وانما قال المصنف تزكية السر لان الخلاف فيها
فلذلك زاده وانما العدد في تزكية العلانية فالعدد شرط فيها
بالاجماع على ما قاله الخصاف لاختصاصها بمجلس القضاء ص ويجيز
تلقين الشهود في غير الحدود ش قال ابو يوسف يجوز للقاضي ان

يلقن

يلقن الشهود كيفية ادآء الشهادة وقال ابو حنيفة ومحمد لا يجوز
لابي يوسف ان مهابة مجلس القاضي قد تمنع الشاهد من اظهار لفظ
الشهادة كما جب ولان فيه احياء حقوق الناس بخلاف الحدود فان
التلقين فيها لا يجوز لانه مامور فيها بالدرء لا بالاحياء ولهما
ان في التلقين اعانة لاحد الخصمين على الاخر فيكون خارجا عن
حد الانصاف فيجب اجتنابه نفيا للتهمة ص ويشترط العدالة
ولفظة الشهادة ش اي لابد في ذلك كله من العدالة ولفظة
الشهادة فان لم يذكر الشاهد لفظة الشهادة وقال
اعلم او اتيقن لم تقبل شهادته اما العدالة فلقوله تعالى
واشهدوا ذوي عدل منكم ولان الخبر يحتمل الكذب والصدق
وبالعدالة يترجح جهة الصدق ولان القاضي يقضي بقول
الشاهد وبه ينفذ في حق الغير فيجب ان يكون قوله مما يغلب
على ظن الحاكم الصدق ولا يكون ذلك الا بالعدالة ولان
الفاسق يتعاطى ما هو محرم ذنبته وربما يقدم على شهادة
الزور ايضا فترد شهادته ولان في قبول شهادة الفاسق
اكرامه والفاسق يجب اهانته زجرا له عن المعصية يوديه قوله
عليه السلام اذا لقيت الفاسق فالقه بوجه مكفهر الا
ان القاضي لو قضى بشهادة الفاسق ينفذ عند علمائنا وعن ابي
يوسف ان الفاسق اذا كان ذا مروة تقبل شهادته لانه لا
يقدم على الكذب لمروته ولا سيما جرئ على شهادة الزور لوجاهته
والعدالة اصح لما تلونا واما اشتراط لفظة الشهادة فلان الفصول

جاءت بلفظة الشهادة فلما وردت بلفظة الشهادة لم يجز تغييرها
وتبديلها ولان جواز الحكم بالشهادة على خلاف القياس فيقتصر
على مورد النص ص والقاضي يعمل بظاهر العدالة ولا يسال الا
فيما يندري بالشبهة او لطعن الخصم وقالا يسال سرا وعلانية
ويفتي بقولهما ش قال ابو حنيفة يقتصر على ظاهر العدالة
في المسلم الا في الحدود والقصاص فانه يسال عنهم في السر
والعلانية وان لم يطعن الخصم في الشهود واما اذا طعن الخصم فيهم
فلا بد من السوال عنهم وقال ابو يوسف ومحمد لا بد ان يسال
عنهم في جميع الحقوق في السر والعلانية سواء طعن الخصم
فيهم او لا وعليه الفتوى لان العسار في هذا العصر
قد كثر لما ان الشاهد قد يكون عدلا وقد لا يكون وقد يكون
عبدا او كافرا فلا بد من الاستكشاف صيانة للقضاء عن البطلان
على تقدير ظهور الشهود عبيدا او كفارا ولابي حنيفة قوله
عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في
قذف ومثله عن عمر رضي الله عنه ولان النبي صلى الله عليه
وسلم قبل شهادة الاعرابي في رؤية الهلال ولم يسال عن
عدالته في الباطن حيث اظهر الاسلام ولان الظاهر هو الانزجار
لان عقله ودينه يمنعانه عن مباشرة القبيح فيكتفى بالظاهر
لعدم المنازع وان كان الموضع موضع استحقاق كالشفيع يستحق
الشفعة بظاهر يده اذ المزيل له منازع وهذا لانه لا يمكن
الوصول الى القطع لخفايا ولو زكي فالمزكي مخبر عن عدالته ممسكا

بظاهر

يستدل سرا وعلانية بالطلب ولا يطلب
وعليه الفتوى

بظاهر حاله لان اقصى ما يستدل به على عدالته انزجاره على المحظورات
دينه واجتهاده على الطاعات وهي دلالة ظاهرة عليها وليست
بقطعية فلا حاجة الى اشتراط السوال الا اذا طعن الخصم
فيهم حيث يسال عن الشهود لتقابل الظاهرين لان الشاهد
المسلم لا يكذب ظاهرا وكذلك الخصم مسلم لا يكذب في طعنه
ظاهرا فوجب السوال طلبا لترجيح احد الظاهرين على الاخر
بخلاف الحدود والقصاص لانهما يندرءان بالشبهة ويحتاط
لاسقاطهما فيستقصى فيهما ابتداء من غير طعن خصم رجاء
ان يسقطا وكان ابو بكر الرازي يقول لا خلاف بين اصحابنا
في هذه المسئلة لان ابا حنيفة كان في القرن الثالث
وهم اناس شهد لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالخير
والصلاح حيث قال خير القرون قرني ثم الذين يلونهم ثم
الذين يلونهم ثم لفشو الكذب حتى يحلف الرجل قبل
ان يستحلف ويشهد قبل ان يستشهد وهما كانا في القرن
الرابع بعدما تغيرت احوال الناس وظهرت الخيانات والكذب
فافتى كل واحد بما شاهد في زمانه ولو شاهد ابو حنيفة
ذلك لقال بقولهما ولو كانا في زمنه لم يريا الا شرط التزكية
في السر ان بعث المستورة الى المعدل فيها اسم الشاهد
ونسبه وحليته فجمع على حلي بالكسر ومسجد الذي يصلي فيه
ومحلته وسوقه وان كان سوقيا يسال عنه جيرانه واصدقاؤه
فمن عرفه بالعدالة يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي انه عدل

جايز الشهادة لان العبد عدل غير جايز الشهادة وقيل يكتفي بقوله
هو عدل وهو الاصح لان الظاهر من حاله الحرية والاسلام ولهذا لا
يسال القاضي عن حرية الشاهد واسلامه ما لم ينازعه الخصم ومن
لم يعرفه بالعدالة ولا بالفسق يكتب تحت اسمه مستور ومن عرفه
بالفسق لا يكتب ذلك تحت اسمه بل يسكت احترازا عن هتك الستر
او يقول الله اعلم بحاله الا اذا عدله غيره وخاف ان يحكم القاضي بشهادته
فحينئذ يصرح به ويختم الرقعة ثم يرد المعدل المستورة
سرا كيلا يظهر فيؤذى او يخدع بالمال فيقول القاضي للمدعي
زد شهودك ولا يقول جرحوا ولا بد في التعديل في العلانية
من ان يجمع بين المعدل والشاهد لينتفي شبهة تعديل غيره
عن القاضي لاحتمال ان يكون في قبيلته من يوافقه في الاسم
وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الاول لان الشوكة
كانت لاهل الخير ولم يقدر عليهم اهل الشر ثم انضم اليها تزكية
السر في زماننا لاختلاف الزمان وينبغي للقاضي ان يختار
للمسئلة عن الشهود اوثق الناس واورعهم واعظمهم ديانة
واكثرهم بالناس خبرة واعلمهم بالتمييز ويقبل في تزكية السر
قول الوالد والولد وكل ذي رحم والعبد والاعمى والمحدود في
القذف لانها اخبار خلافا لمحمد فانها عنده شهادة بخلاف تزكية
العلانية فانها شهادة بالاجماع والشهود الكفار يعدل لهم المسلمون
فان لم يعرفهم المسلمون سال المسلمون عن عدول المشركين ثم
يسال عن الشهود ص وان اكتفى بالستر جاز ش يكتفى بتزكية السر

التزكية كالتعريف سرا صح حضر الوالد والولد

التزكية علنا شهادة

الان

الان تحرزا عن الفتنة لئلا يزكي من لا يجوز تزكيته استحياء منه
وعن محمد تزكية العلانية بلاء وفتنة ص ويقول المزكي هو عدل
جايز الشهادة ش لا بد ان يقول المعدل هو عدل جايز الشهادة
لان العبد عدل غير جايز الشهادة والاصح انه يكتفي بقوله هو عدل
لان الظاهر من حاله الحرية والاسلام بتبعية الدار ولهذا لا يسال
القاضي عن حرية الشاهد واسلامه ما لم ينازعه الخصم
لما قلنا ص ويجوز ان يشهد بكل ما سمعه او ابصره من الحقوق
والعقود من غير اشهاد ويقول اشهد ولا اشهدني الا الشهادة
على الشهادة فلا يجوز حتى يشهده ش ما يتحمله الشاهد على نوعين
احدهما ما يثبت حكمه بنفسه مثل البيع والاقرار والغصب
والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع الشاهد ذلك او راه جاز له
ان يشهد به وان لم يشهده المقر او البايع او الغاصب عليه لانه
علم الموجب وتيقنه وهو الشرط لقوله تعالى الا من شهد
بالحق وهم يعلمون وقال عليه السلام اذا علمت مثل الشمس
فاشهد والا فدع ويقول اشهد انه باع او اقر او غصب
لانه عاين السبب فوجب عليه الشهادة به كما عاين ولا يقول
اشهدني تحرزا عن الكذب وان جاز بالتعاطي فكذلك لان حقيقة
البيع مبادلة مال بمال وقد وجد وفي الذخيرة انما يجوز شهادته
بقوله اشهد انه باع اذا كان في البيع الصريح اما اذا كان على سبيل
التعاطي يشهد على الاخذ والاعطاء لان التعاطي بيع حكمي ولو سمع من
وراء حجاب لا يجوز له ان يشهد لاشتباه النغمات فيفوت

العلم بالمشهود عليه اللهم الا ان يدخل البيت ويعلم انه ليس فيه احد
سوي ذلك الشخص ثم يجلس علي الباب ولا مسلك للباب غيره فاذا
سمع اقراره من داخل البيت فله ان يشهد لحصول العلم بالمشهود
عليه في هذه الصورة ولو قال للقاضي اني شهدت عليه من وراء
حجاب لا يقبله لما قلنا من اشتباه النغمات والنوع الثاني ما لا يثبت
حكمه بنفسه مثل الشهادة علي الشهادة فاذا سمع شاهدا ليشهد
يبني له ان يجزله ان يشهد علي شهادته الا ان يشهده لان الشهادة
غير موجبة بنفسها وانما تصير موجبة بالنقل الي مجلس القاضي
فلم يكن بد من الانابة والتحميل ولم يوجد وكذا اذا اشهد
شهود الاصل شهود الفرع فسمع اخران ذلك لا يجوز لهما ان يشهدا
لانهما ما اشهدا هما علي انفسهما وانما حملا غيرهما ص ولا يجوز ان
يشهد بما لم يعاينه الا النسب والموت والدخول والنكاح وولاية
القاضي اذا اخبر من يثق به ش اي الشهادة علي هذه الاشيا الخمسة
جايزة استحسانا والقياس يابي جواز هذه الاشيا لانها ماخوذة
من المشاهدة ولم يوجد فلم تجز الشهادة كما في البيع والهبة
وجههما وجه الاستحسان انه لا طريق لمعرفة هذه الاشيا سوي
الخبر لان العادة لم تجر بحضور الناس الولادة وانما يرون الصبي
مع امه وينسبون الي الاب ويقولون هو ابن فلان وكذلك عند
الموت لا يحضر الا الاقارب فاذا روا الجنازة والدفن حكموا بان
فلانا مات وكذلك النكاح لا يحضر كل احد فاذا اخبر بعضهم بعضا
ان فلانا نكح فلانة يقتصرون علي ذلك في التحقيق وكذلك الدخول

لا يعلمه

لا يعلمه الا باماراته وكذلك ولاية القاضي لا يحضرها كل احد فاذا قري
الحكم وجلس القاضي في مجلس الحكام ونظر بين الخصوم تحققوا انه قاض
فلما لم يكن طريق غير الخبر في معرفة هذه الاشيا صحت الشهادة بالتسامع
وان لم توجد المعاينة لانه اذا اشترطت المعاينة يلزم الحرج وهو
مدفوع شرعا الا تري ان المسلمين يشهدون ان عليا هو ابن ابي طالب
ويشهدون ان ابا بكر وساير الصحابة ماتوا ويشهدون ان عايشة
زوجة النبي صلي الله عليه وسلم وان لم يعاينوا انه عليه السلام
دخل بها ويشهدون ان شريح بن الحارث كان قاضيا وان لم يعاينوا
هذه الاشيا بل شهادتهم بالتسامع ثم متي تجوز له ان يشهد
بذلك نقل الشيخ ابو نصر البغدادي عن الاصل انه اذا سمع ذلك
من واحد ثقة جاز له ان يشهد ثم قال وذكر بشر عن ابي يوسف
عن ابي حنيفة انه لا يشهد حتي يسمع من جماعة ثم قال
وعن ابي يوسف حتي يسمع من عدلين ثم قال قال الخصاف
لا يسعه حتي يسمع ذلك من العامة ويظهر اذا تتابعت به
الاخبار ووقع في قلبه تصديق ذلك فانه يسعه ان يشهد به
انتهي وكذلك تجوز ان يشهد باصل الوقف دون شرايطه لان
اصله هو الذي يشتهر دون شرايطه فلا تقبل فيها الشهادة
بالتسامع وذكر المرغيناني انه لا بد من بيان الجهة بان يشهد وانه
وقف علي هذا المسجد او هذا الفقير وما اشبههما حتي لو لم يذكروا
في شهادتهم الجهة لا تقبل شهادتهم ثم ينبغي ان لا يشهد انه
يشهد بالتسامع ولو فسر لا تقبل كما اذا عاين شيا في يد انسان

تجوز له الشهادة به واذا فسر لا تقبل ص واذا راى في يد شيا غير عبد
وامة كبيرين لا يعرف رقهما شهد له من غير تفسير ش اي اذا راى
الشاهد في يد شخص شيا غير عبد وامة كبيرين يجوز له ان يشهد له
به لان اليد اقصى ما يستدل بها على الملك اذ هي مرجع الدلالة في
الاسباب كلها فيكتفي بها وعن ابي يوسف انه اشترط مع اليد ان يقع
في قلبه انه له اما اذا لم يقع فلا قالوا يجوز ان يكون هذا قول الكل
ويكون تفسير الاطلاق قول محمد في رواية الجامع الصغير واما العبد
والامة الكبيران ان كان يعرف رقهما جاز له ان يشهد بهما لمن هما
في يده لانهما لا يدل لهما على انفسهما وكذلك ان كانا صغيرين يجوز
ان يشهد بهما لمن هما في يده انهما ملكه لما قلنا في الكبيرين ولكن لا
تفسير للقاضي ان شهادته في ذلك على اليد كما قلنا في الشهادة
على اصل الوقف بالاستفاضة بل يشهد مطلقا واما اذا كان
العبد والامة كبيرين وهو لا يعرف رقهما لا يجوز له الشهادة فيهما
لان الحر قد يخدم اعانة واجارة فلا يجوز ان يستدل بكونهما في يده
على الملك **فصل** فيمن تقبل شهادته ومن لا تقبل
لما ذكر ما تسمع فيه الشهادة وما لا تسمع شرع في بيان من يسمع منه
الشهادة ومن لا يسمع ص وردوا شهادة الاعمى مطلقا وقبلها فيما
سبيله السمع رواية ش قال علماؤنا الثلاثة شهادة الاعمى مردودة
مطلقا اي سواء كانت فيما سبيله السمع او لا وقال زفر وهو رواية
بن شجاع عن ابي حنيفة انها تقبل فيما يجري فيه التسامع لانه يساوي
البصير في السماع اذ لا خلل في سمعه ولنا ان الاداء يفتقر الى التمييز

بلغ مقابلة

بين المشهود له والمشهود عليه ولا يفرق بينهما الا بالنغمة فيخشى
عليه التلبس من الخصم اذ النغمة تشبه النغمة وربما يشاركه
غيره في الاسم والنسب فكان فيه شبهة وهذه الشبهة يمكن
التحرز عنها بمجلس الشهود والنسبة لتعريف الغايب دون الحاضر
فصار كالحدود والقصاص ص وتجيزها ان تحملها بصيرا ش قال
ابو يوسف اذا تحمل الرجل وهو بصير الشهادة في الديون او العقار
فيما لا يحتاج فيه الى الاشارة الى المدعى ثم ذهب بصره فشهد
قبلت شهادته لحصول المقصود بالمعاينة وهو العلم والاداء
يختص بالقول ولسانه صحيح فصح والتعريف تحصل بالنسبة
بان يقول اشهد على فلان بن فلان كما في الشهادة على الميت وليس
فيه اشارة على المشهود عليه وقال ابو حنيفة ومحمد لا تقبل
لما ذكرنا في جواب زفر وقوله ان الاعمى يحصل له العلم بالضبط
والاستفاضة كالبصير قلنا ان اكثر ما يوجد في حق الاعمى الاستدلال
بالنغمة وفيها اشتباه فان الاداء يفتقر الى التمييز بالاشارة
بين الخصمين وهذا التمييز لا يحصل للاعمى الا بسماع الصوت
والتمييز بالنغمة والصوت فيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس
الشهود والنسبة لتعريف الغايب دون الحاضر فصار كالحدود
والقصاص ص ولو عمي بعد الاداء امتنع القضاء ويأمر به ش قال
ابو يوسف اذا ادى الشاهد الشهادة ثم عمي يجوز القضاء بها وقال
ابو حنيفة ومحمد لا يجوز القضاء بها لابي يوسف ان العمى معنى طرا
بعد اداء الشهادة فلا يمتنع الحكم بذلك ولان الشهادة قد ادت

بشرايطها واركانها وقبلت فلا يوثر العمي فيما بعد القبول ولما
ان قيام الاهلية شرط وقت القضا لصيرورتها حجة عند القضا
فصار كما اذا خرس او جن او فسق فان قيل لا نسلم ان قيام الاهلية
وقت القضا شرط فان الشاهد اذا مات او غاب قبل القضا لا يمتنع
القضا ولا اهلية عنده قيل ان الاهلية بالموت انتهت
والشي يتقرر بانتهايه وبالغيبة ما بطلت ص ولا يقبل من العبد
ولا من الاصل لفرعه وبالعكس ولا من الولي لعبده ومكاتبه ولا
من الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما ش اي لا تقبل شهادة
المملوك والمدبر وام الولد لان الشهادة من باب الولاية ولا
ولاية للعبد على نفسه فبالاولى ان لا يثبت له ولاية على غيره
وقبول شهادته في رؤية الهلال حسبي ليس فيه حق العبد وكذلك
لا تقبل شهادة الاباء والاجداد والامهات والجدات للولد وولد
الولد وان سفل ولا شهادة الاولاد واولاد الاولاد للاباء والامهات
لما روت عايشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم انه
قال لا تجوز شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ولا المراة لزوجها
ولا الزوج لامراته ولا العبد لسيده ولا الشريك لشريكه ولا
الاجير لمن استاجره ولان المنافع بينهم هو لا متصلة ولهذا لا تجوز
اداء بعضهم الزكاة لبعض فيكون شهادته لنفسه من وجه فلا
تقبل ولا فرق بين ان يكون على العبد دين او لا لان له حقا في ماله
كيف ما كان والمراد بالاجير التلميذ الخاص الذي يعد ضررا استاده
ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وقيل المراد بالاجير مشاهرة لانه

اجير

اجير خاص فيستوجب الاجر على منافعه فاذا شهد له في مدة الاجارة
يكون كانه شهد له باجر وانما قيد ذلك بما هو من شركتهما لانها
شهادة له من وجه لاشتراكهما فيه ولان يصير شاهدا لنفسه
وشهادة المرء لنفسه غير مقبولة فاذا بطلت في نصيبه بطلت في
نصيب شريكه لانها شهادة واحدة فلا تتجزى ولو شهد له فيما هو
ليس من شركتهما تقبل لانتفا التهمة وشهادة الولد على الوالد
وبالعكس تجوز بالاجماع قال تعالى كونوا قوامين بالقسط شهدا لله
ولو على انفسكم او الوالدين والاقربين ص ونردها من احد الزوجين
للاخر ش قال علماؤنا لا تقبل شهادة احد الزوجين للاخر وقال
الشافعي على احد القولين تقبل وجه قوله ان عقد النكاح شي والمال
امر وراء ذلك وامرهما متميزة بحيث لا يتصرف احدهما في مال
الاخر فجازت شهادة كل منهما للاخر كالاخوين وان كان في ذلك
تهمة ممنوعة بالعدالة ولنا ما روينا عن عايشة رضي الله
عنها ولان كل واحد منهما ينتفع بمال الاخر عرفا فصار متهما في
الشهادة لجر النفع الى نفسه وشهادة المتهم مردودة ولان بينهما
سببا يوجب التوارث في جميع الاحوال فلم تجز شهادة احدهما للاخر
ص وتقبل من الاخ لاخيه وعمه ش اي تقبل شهادة الاخ لاخيه
وعمه وذلك لعموم قوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم فيعمل
لعمومه الا ما ورد التخصيص بالدليل لان التهمة بينهم منتفية
لظهور التحاسد ولان الاملاك والمنافع بينهما متباينة وكذلك
تقبل شهادة الخال وكذلك تقبل شهادة الوالد من الرضاع لولده

ولا شهادة لشريك فيما هو من شركتهما هذا ايضا

وبالعكس لانه لا اتصال بينهم في منافع الاملاك ولا سبب وكذلك تقبل
لام امراته وبنتها وزوج بنته وامراة ابيه وابنه لان الاملاك بينهم
متميزة والايدي متحيزة ولا سبوطة لبعضهم في مال البعض فلا
تتحقق التهمة ص وترد من مخنث ونائحة ومغنيه ومدمن الشرب
على اللهو واللاعب بالطيور والمغني للناس ومرتكب ما يوجب
الحد والذي يدخل الحمام بغير ازار ويأكل الربا ويقامر بالنرد والشطرنج
ويفعل ما يستحقر به كالبول والاكل على الطريق ويظهر سب
السلف ش اي لانقبل شهادة هؤلاء اما المخنث وهو الذي في كلامه
لين وتكسر وهو لمتعهد ذلك تشبها بالنساء وفي عرف الناس هو
الذي يباشر الردي من الافعال ويلين كلامه عمدا كل ذلك
معصية فلا تقبل شهادته لقوله عليه السلام لعن الله المؤنثين
من الرجال والمذكرات من النساء واما اذا كان في كلامه لين وفي
اعضايه تكسر خلقه ولم يشتهر بشيء من الافعال الردية فهو عدل
مقبول الشهادة واما النائحة والمغنية فلانه عليه السلام نهى عن
الصوتين الاحمقين صوت النائحة والمغنية قالوا المراد بالنائحة هي التي
تنوح في معصية غيرها لانها ترتكب المحظورات لاجل الطمع في المال
ويجعل ذلك مكسبة واما التي تنوح في معصيتها فلا تسقط عدالتها
اطلاق ذلك في حق المراة ولم تقيد بكونها تغني للناس لان رفع الصوت
حرام في حقها بخلاف الرجل اذا كان يغني لاسماع نفسه حتى يزيل الوحشة
عن نفسه من غير ان يسمع غيره لا باس به ولا تسقط به عدالته
في الصحيح لما روي ان الكثر بن مالك دخل عليه اخوه انس بن مالك

وهو

وهو يغني واكثر بن مالك كان من زهاد الصحابة رضي الله عنهم وان
انشد شعرا فيه وعظ وحكمة فهو جايز بالاتفاق وسئل محمد
بن شجاع عن الذي يترنم مع نفسه فقال لا يقدح ذلك في شهادته
وان كان فيه ذكر امراة معنية فان كانت ميتة او كان فيه ذكر
امراة غير معنية فلا باس به وان كانت معنية وهي حية يكره
ومن المشايخ من اجاز الغنا في العرس لا ترى انه لا باس بضرب
الدف فيه اعلانا بالنكاح وقد قال عليه السلام اعلنوا
النكاح ولو بالدف ومن المشايخ من قال اذا كان يغني ليستفيد
به نظم القوافي ويصير به فصيح اللسان لا باس به ومن
المشايخ من كرهه مطلقا ومن الناس من اباحه مطلقا وقد
بينا الصحيح من الاقاويل واما اذا كان يغني للناس فلا تقبل
شهادته لانه يجمع الناس على اللهو واللعب ولا يخلو عادة عن
ارتكاب كبيرة بالمجازفة والكذب واما مدمن الشرب على
اللهو فلانه مرتكب محرم دينه واما اطلاق ما ان الشرب
على اللهو ليتناول جميع الاشربة المحرمة من الخمر والسكر ونقيع
الزبيب والتمر من غير طبخ والفضيخ والباذق قال قاضي خان في
فتاواه لا تقبل شهادة مدمن الخمر ولا مدمن السكر لانه كبيرة ثم
قال واما شرط الادمان ليظهر ذلك عند الناس وان كان يشرب
الخمر سرا ولا يظهر ذلك منه لا تبطل عدالته وان كان ذلك كبيرة
وانما يبطل اذا اظهر ذلك او خرج سكران يسخر به الصبيان لان
مثله لا يحترز عن الكذب ولا مروة لمثله وذكر في النهاية معزيا الى

الدخيرة لايجوز شهادة مدمن الخمر ثم قال شرط الادمان ولم يرد به
الادمان في الشرب وانما اريد به الادمان في المنية يعني انه يشرب
ومن نيته انه يشرب بعد ذلك اذا وجد وكذلك من تجلس مجالس
الشرب والفجور لاتقبل شهادته وان لم يشرب لانه يتشبه
بهم ولم يحترز عن ان يظهر عليه مايظهر عليهم فلا يحترز
عن شهادة الزور واما اللاعب بالطيور فلان اللعب بها من اللهو
ويورث الغفلة ايضا ولايومن على المغفل وقد قال عليه السلام
ما انا من دد ولا الدد مني ولانه يصعد الى السطوح ليطير طيوره
فينظر الى عورات النساء وهو فسق اما لو كان يقتني الحمام في بيته
ليستانس به لا ليطير فلا باس به ولا تسقط عدالته بمثله لان
امساك الحمام في البيوت مباح الا ترى ان الناس يتخذون بروج الحمامات
من غير نكير الا اذا كانت بحر حمامات آخر مملوكات لغيره فتفرخ
في وكرها فيأكل ويبيع منه لانه ملك الغير فلا يحل له ذلك ولا تسقط
عدالته واما مرتكب مايوجب الحد فلظهور فسقه ولان مرتكبه
لايبالي بالكذب قوله ومرتكب مايوجب الحد معناه من يأتي بابا
من الكبائر التي يتعلق بها الحد فمن ارتكب كبيرة ترد شهادته لوجود
تعاطيه مايخالف اعتقاده فهو دليل على قلة دينه واختلف في الكبيرة
والصغيرة فقيل كلما اصر عليه المرء فهو كبيرة وما استغفر منه
فهو صغيرة لقوله عليه السلام لاصغيرة مع الاصرار ولا كبيرة مع
الاستغفار وقال اهل الحجاز واهل الحديث الكبيرة هي السبع المذكورة
في الحديث المشهور وهي الاشراك بالله والفرار من الزحف وعقوق

الوالدين

الوالدين وقتل النفس بغير حق وبهت المومن والزنا وشرب الخمر وزاد
بعضهم عليها اكل الربا واكل مال اليتيم بغير حق وقيل ماكان حراما
لعينه فهو كبيرة والا فصغيرة واصح ما نقل في ذلك ما نقل عن
شمس الائمة الحلواني ان ماكان مستبيحا بين المسلمين وفيه
هتك حرمة اسم الله تعالى والدين فهو من جملة الكبائر يوجب
سقوط العدالة كذا في الذخيرة واما من يدخل الحمام من غير ازار
فلان كشف العورة حرام قال عليه السلام لعن الله الناظر
والمنظور ورأى ابو حنيفة رجلا في الحمام من غير ازار فقال الا
ايها الانسان خافوا الله حق ولا تدخلوا الحمام بغير ميزر وذكر
الكرخي ان من يمشي في الطريق بغير سراويل وحده لاتقبل
شهادته لانه تارك للمروة واما اكل الربا فلانه من الكبائر قال
تعالى وحرم الربا وشرط في الاصل ان يكون مشهورا به وذلك
بالادمان لانه لايمكن التحرز عن العقود الفاسدة وهو ربا بخلاف
اكل مال اليتيم لانه لايسوط فيه الادمان واما من يقامر بالنرد
والشطرنج او من لعوبه الصلاة بسببهما فلان كل ذلك فسق
وكذا اذا كان يكثر الحلف بالكذب لان كل ذلك من الكبائر فلا يجوز
شهادته ولان القمار وتفويت الصلاة والكذب حرام فتسقط بهن
شهادته وقالوا اللاعب بالنرد ترد شهادته بمجرد اللعب فيه
من غير اشتراط القمار ولا غيره لان نفس اللعب فيه فسق قال
عليه السلام ملعون من يلعب بالنرد ومن يكون ملعونا كيف يكون
عدلا بخلاف الشطرنج فان العلما اختلفوا في حرمة اللعب به واباحته

عند انعدام هذه المعاني لان للاجتهاد فيه مساغا حتى اباحه مالك ن
والشافعي فلا ترد شهادته ما لم ينضم الى احد هذه المعاني الثلاثة
التي ذكرناها آنفا واما اذا لم يوجد احدها ولعب به ومحافظ على الصلاة
في وقتها فلا تسقط شهادته لما قلنا من اختلاف العلما فيه واما من
يفعل ما يستحقر به كالبول والاكل على الطريق بين ايدي الناس
لانه يسقط المروة وكذا من يكشف راسه في موضع لا عادة فيه
او يمد رجله بين الناس لانه تارك للمروة فلا يتجاسر عن الكذب
واما من يظهر سب السلف كالصحابة والتابعين والعلما كابي
حنيفة واصحابه فلان ذلك يدل على قصر عقله وقلة مروته
وظهور فسقه لان اظهار الشتيمة سفه لا ياتي بذلك الا الاسقاط
فهذه اثنتا عشرة خصلة اذا ظهرت ترد الشهادة بها وقال
بعض المشايخ لا تقبل شهادة اهل الحرف لكثرة الايمان الفاجرة منهم
واكثرهم على انها تقبل شهادة من عرف منهم بالعدالة ولا تقبل
شهادة من يكثر شتم اهله او يشتم الناس ص وتقبل من اهل الاهوا
الا الخطابية ش اي تقبل شهادة اصحاب البدع كالخارجي والرافضي
والجبري والقدري والمشبه والمعطل الا الخطابية وانما سمي اهل
البدع باهل الاهوا لميلا نهم الى محبوب انفسهم بلا دليل شرعي
ولا عقلي وكل فرقة من هذه الستة ينقسم الى اثنا عشر قسما فصاروا
اثنين وسبعين فرقة وانما قبلنا شهادتهم لان صاحب الهوى مسلم
لا يتهم بالكذب اذ الامتناع عن سائر محظورديه فوجب قبول شهادته
قياسا على غير صاحب الهوا وهواه عن تاويل وتدين فلا تبطل عدالته

به كمن يسبح المثلث او متروك التسمية عمدا وانما وقع فيما وقع للشدة
في الدين وذلك مانع من الكذب لا سيما اذا اعتقد الكذب كفرا
الا ترى ان فيهم من يكفر بالذنب ومنهم من تجعل منزلته بين
الايمان والكفر فيكون به اقوى اجتنابا عن الكذب حذرا من
الخروج من الدين وانما استثنى الخطابية وهم قوم من غلاة
الروافض ينسبون الى ابي الخطاب محمد بن وهب الاجدع وكان
يزعم ان عليا رضي الله عنه الاله الاكبر وجعفر الصادق الاله
الاصغر وقتله عيسى بن موسى في سبخة الكوفة وصلبه
بالكناسة بانفراد ابي جعفر المنصور اليه لزعمه وكانوا يعتقدون
ان من ادعى منهم شيا على غيره يجب ان يشهد له بقية شيعته
وقال شمس الايمة هو ضرب من الروافض يجوزون ادا الشهادة
اذا حلف المدعي بين ايديهم انه محق في دعواه ويقولون المسلم
لا يحلف كاذبا فباعتقادهم هذا تمكنت شبهة في شهادتهم
فلعله اقدم على الشهادة بهذا الطريق ص ونقبلها من اهل
الذمة فيما بينهم ش قال علماونا تقبل شهادة اهل الذمة
بعضهم على بعض وان اختلفت مللهم وهو قول شريح والشعبي
وعمر بن عبد العزيز وابن شهاب وهو من كبار التابعين
بالمدينة ويحيى بن سعيد وقال الشافعي لا تقبل شهادة
الذمي على مثله ولا على الحربي لانهم فسقه بين الله تعالى فسقهم
في ايات من القران وهو اغلظ من الفسق تعاطيا فكان اولى برد
شهادته ولان شهادة الرقيق ترد لكون الرق اثر الكفر فكيف

تقبل شهادة من به الكفر حقيقة فصار كالمرتد والحربي ولنا
قوله تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء بعض والمراد به الولاية
دون الموالاة لانه معطوف على قوله تعالى مالكم من ولايتهم من شيء
ولهذا تصح انكحتهم فيما بينهم ولانكاح الابولي وشاهدين
فاذا ثبتت اهلية الولاية ثبت اهلية الشهادة لان في الشهادة
نوع ولاية وعن ابي موسى الاشعري وجابر بن عبد الله رضي
الله عنهما انه عليه السلام اجاز شهادة النصاري بعضهم
على بعض وروى الطحاوي باسناده الى عامر الشعبي عن جابر
ابن عبد الله ان اليهود جاؤا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
برجل وامراة منهم زنيا فقال لهم رسول الله صلى الله عليه
وسلم ايتوني باربعة منكم ليشهدون فقد جوز النبي عليه
السلام شهادتهم عليهم والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع
لانه يجتنب ما يعتقد محرما في دينه والكذب محظور في الاديان
كلها والفرق بين الذمي والعبد ان العبد ليس من اهل الولاية
على احد والشهادة من باب الولاية والكافر اهل للولاية على جنسه
فيكون اهلا للشهادة على جنسه ايضا وبخلاف المرتد لانه لا ولاية
له اصلا لانه لا دين له يقر عليه وبخلاف شهادة الحربي على الذمي
لانه لا ولاية له على الذمي لكونه اعلا حالا منه لانه من اهل دارنا
فلم تجز شهادته عليه وجازت شهادة الذمي عليه والحربي مثل
الحربي فيجوز شهادة احدهما على الاخر الا اذا كانا من دارين مختلفين
كالافرنج والحبش لانقطاع الولاية بينهما ولهذا لا يتوارثان وملل

الكفر

الكفر كلها ملة واحدة فتقبل شهادة بعضهم على بعض وان اختلفت
ملهم فان بعضهم ليس في قهر بعض فلا تودي الى التقول عليه
ص ويقبل من العامل والاقلف والمخفي وولد الزنا والخنثى ش
اي تقبل شهادة هؤلاء المذكورين اما عامل السلطان فلان نفس
العمل ليس بفسق وانما الفسق هو الظلم فالعامل اذا كان عدلا
يستحق الثواب الا ترى ان اكثر الصحابة رضي الله عنهم كانوا عمالا
ولو كان في نفس العمل شين لتنزهوا عنه كذا في الذخيرة وقد
روى محمد عن ابي حنيفة انه كان يجيز شهادة العمال وقال
بعضهم ان كان العامل وجيها ذا مروة غير مجازف في كلامه
تقبل شهادته والا فلا وهذا كما روي عن ابي يوسف ان الفاسق
اذا كان وجيها في الناس ذا مروة تقبل شهادته وروي
ان فضيل بن ربيع وزير الخليفة شهد عند ابي يوسف في حادثة
فرد شهادته فشكاه الى الخليفة فقال الخليفة ايها القاضي ان
وزيري رجل دين لا يشهد بالزور فلم رددت شهادته فقال
اني سمعته يوما يقول لك انا عبدك فان كان صادقا فلا شهادة
للعبد وان كان كاذبا فكذلك ايضا لانه اذا كان لا يبالي بالكذب
في مجلسك فلا يبالي بالكذب في مجلسي ايضا فعذره الخليفة فيه
وقال الفقيه ابو الليث ان كان العامل مثل عمر بن عبد العزيز
تقبل شهادته وان كان مثل يزيد بن معاوية لا تقبل واما
الاقلف فلاطلاق النصوص من غير تقييد بالحسان ولانه
لا يخل بالعدالة ولذا يجوز امامته وتوكل ذبيحته وهذا اذا ترك

لعذر به من كبر او خوف هلاك واما اذا تركه من غير عذر استخفافا
بالدين لا تقبل شهادته لانه لم يبق عدلا مع الاستخفاف بالدين
وما روي عن ابن عباس رضي الله عنه من عدم قبول شهادته محمول على
ما اذا تركه استخفافا بالسنة ولم يقدر ابو حنيفه للختان وقتا
معلوما لانه لم يرد فيه كتاب ولا سنة ولم ينقل فيه اجماع الصحابة
رضي الله عنهم وطريق معرفة المقادير السماع وليس للراي فيه
مدخل وقدره المتاخرون واختلفوا في وقته فقال بعضهم
وقته من سبع سنين الى عشر وقال بعضهم اليوم السابع من
ولادته او بعد السابع ان كان الصبي محتملا ولا يهلك بالمارن
ان الحسن والحسين رضي الله عنهما ختنا في اليوم السابع او بعد
السابع ولكنه شاذ وهو سنة عندنا للرجال دون النساء
قال عليه السلام الختان للرجال سنة وللنساء مكرمة وقال
الحلواني كن النساء يختتن في زمن الصحابة رضي الله عنهم وانما
كان ذلك مكرمة لانها تكون اسلم عند المواقعة واما الخفي
اذا كان عدلا تقبل شهادته لان قطع عضو او زيادته لا توجب
قدحا في العدالة وروي ان عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمه
الخصي على غلامه بن مظعون رواه الخصاف ولان قبول الشهادة تعتمد
العدالة والخصا لا يقدح فيها واما ولد الزنا اذا كان عدلا تقبل
شهادته على الحر وغيره لان فسق ابويه ليس باكبر من كفرهما وكفرهما
لا يمنع شهادة ولدهما اذا كان عدلا وقال تعالى ولا تزر وازرة
وزر اخرى واما الخنثى وهو الذي له الة الرجل والة المراة اذا كان حرا

عدلا

عدلا تقبل شهادته لانه لا يخلو في الواقع من ان يكون رجلا او امراة
وشهادة الصغير جايزة لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم
فان لم يكونا رجلين فرجل وامراتان ولكن ينبغي ان يكون معه رجل
وامراة لان مبنى امره على الاحتياط وينبغي ان لا تقبل شهادته
في الحدود والقصاص كالنساء لاحتمال ان يكون امراة ص ومن غلبت
حسناته واجتنب الكباير قبلت شهادته وان لم تعصيه
ش اي تقبل شهادة من كانت حسناته اغلب من سيئاته
وكان مجتنبا للكباير وان لم تعصيه صغيرة والاصل في ذلك
ان العدالة شرط لقبول الشهادة وهي الاستقامة يقال طريق
عدل عادة والاستقامة بالاسلام واعتدال العقل ويعارض
العقل هوى يضله ويصده عن الاستقامة وليس لكمال الاستقامة
حد يدرك مداه فيكتفى به بقبول الشهادة بادناه ليلا يضيع
الحقوق وادناه رجحان حسنة الدين والعقل على الهوى والشهوة
واحسن ما قيل فيه ما نقل عن ابي يوسف لما سئل عن العدل
في الشهادة فقال ان يكون مجتنبا للكباير ولا يكون مصرا على الصغاير
ويكون صلاحه اكثر من فساده وصوابه اكثر من خطايه وان
يستعمل الصدق ديانة ومروة ويجتنب الكذب ديانة ومروة
لان الصغيرة تكون كبيرة بالاصرار عليها ولا يوثق بكلام من كثر
منه الخطا والفساد فلم يوجد ما يدل على اجتناب الكذب والملا
من غير اصرار لا يقدح في العدالة اذ لا يوجد من البشر ما هو
معصوما الا الانبيا عليهم السلام فيودي اشتراط العصمة الى سد

باب الشهادة وهو مفتوح بقوله تعالى وكذلك جعلناكم امة وسطا
لتكونوا شهداء على الناس وروي انه عليه السلام قال ان تغفر اللهم
فاغفر جما فاي عبد لكما المتا ويقال للراي اني اللمم وهو دون
الكبيرة من الذنوب كذا في تهذيب الديوان ص ولا تسمع على جرح
ولا يحكم به ش اي لا يسمع القاضي الشهادة على جرح مجرد من غير ان
يتضمن الجاب حق من حقوق الشرع او من حقوق العباد ولا يحكم
به كان يقول المدعى عليه ان شهود المدعي فسقه او استاجرهم
المدعي بكذا من المال على ان يشهد والله لا تقبل لان الدعوى غير صحيحة
اذ المدعي مجرد جرح لانه لم يدع قبله حقا يمكن القضاء به ودعوى
الاستيجار وان كانت صحيحة لكنه يدعيها لغيره وليس له ولاية الزام
غيره بغيره فكان جرحا مجردا وانما لا تقبل الشهادة فيه لان
القاضي مامور بالستر على المسلم وفي سماع البينة على الفسق
هتك للحرمة واشاعة الفاحشة وذلك حرام لقوله تعالى
ان الذين يحبون ان تشيع الفاحشة في الذين امنوا لهم عذاب اليم
ولان المقصود من سماع البينة الحكم بها والفسق لا يدخل تحت
الحكم لان المقصود من الحكم التوثق وليس للقاضي التوثق في اثبات
الفسق ولانه لا فايدة في الحكم لان المحكوم عليه يمكنه ابطاله بالتوبة
ولان الحكم للالزام وحيث لم يتحقق الالزام لم يتجه الحكم ولو اقام
بينة على اقرار المدعي ان الشهود فسقه تقبل بينته لانه اقر بانه
لا حق له في المعنى وانما قلنا الا اذا تضمنت حقا من حقوق الشرع
او من حقوق العباد كما اذا اقام المدعي عليه بينة على انهم زنوا او

شربوا

شربوا الخمر او سكروا من النبيذ والعهد غير متقادم ولو كان غير
متقادم لما لم تقبل لعدم اثبات الحق به لان الشهادة بحد متقادم
مردودة او كان فيه اثبات حق العبد كما اذا اقاما على انهم سرقوا
مني قبلت شهادتهم لان مقصودهم ايجاب حق الله تعالى وهو
الحد او ايجاب حق العبد وهو ضمان يدخل تحت الحكم وفي ضمنه
يثبت الجرح وان كان فيه اظهار الفاحشة لان في اظهارها
ضرورة وهي احيا الحقوق فان قيل لا فايدة في قوله ولا
حكم به بعد قوله ولا يسمع لانه اذا لم يسمع لا يحكم قلنا
يمكن ان لا يسمع ويحكم القاضي بعلمه فالحكم بالفسق اعم من
ان يكون بالبينة او بالعلم فلما تصور الانفكاك في الجملة قال
ولا يحكم به لعلمه ايضا كذا في الفوايد الحميدية واعلم ان الجرح
مقدم على التعديل لان الجارح اعتمد دليلا وهو العيان بارتكاب
محظور دينه والمعدل شهد بالظاهر ولم يعتمد على دليل
ولو عدله جماعة وجرحه اثنان فالجرح اولى لاستوايهما في الثبوت
لان زيادة العدد لا توجب الترجيح ولو عدله واحد وجرحه
اخر فالجارح اولى وان عدله آخر فالتعديل اولى لوجود الحجة
الكاملة ص ولم يقبلوا شهادة الصبيان في الجراح فيما بينهم
قبل التفرق ش قال علماؤنا اذا شهد الصبيان على جراحة وقعت
بينهم لم تقبل وقال مالك تقبل قبل تفرقهم ويقضي بها لان
هذا امر لم تحضرها غيرهم فلو لم يقض بشهادتهم اذا اتانوا قد
اجتمعوا لامر مباح قبل ان يتفرقوا لتعطلت هذه الحقوق ولنا

ان الشهادة من باب الولاية لانها تفيد القول على الغير شاء او ابى
ولا ولاية لهم على انفسهم وان الموجب للقضاء هو البينة الذي لغلب
على ظن القاضي صدقها باعتبار انهم لا يرتكبون محرم دينهم وهو
الكذب وليس ذلك في شهادة الصبيان لعدم حرمة الكذب
عليهم فلا يكون قولهم موجبا للحكم وان كانت هذه الحقوق قد تتعطل
لكون القضاء بشهادتهم لا يمكن لانهم ليسوا من اهل الشهادة ولهذا
لا يكون شهادة في سائر الحقوق ص وشاهد الزور يشهر
هم
وزاد ضربه وحبسه ش قال ابو حنيفة يكتفي في شاهد الزور
باشهاره في سوقه وقال ابو يوسف ومحمد فيما ذكره شمس الائمة
السرخسي انه يشهر مع الضرب والحبس لهما ما روي ان عمر
رضي الله عنه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وسخم وجهه
اي سوده ولانه كبيرة ولم يرد بها حد مقدر فوجب التعزير ولابي
حنيفة ما ورد عن شريح القاضي انه كان اذا اخذ شاهد زور
لعب به الى سوقه ان كان سوقيا والى قومه ان كان غير سوقي
بعد العصر اجمع ما كانوا ويقول ان شريحا يقرئكم السلام ويقول
انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس وكانت
قضايا شريح بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكر عليه احد
فوجب اتباعه وما رويناه عن عمر محمول على السياسة بدليل انه
بلغ به اربعين وبدلالة تسخيم الوجه واعلم ان شاهد الزور
هو الذي اقر على نفسه بالزور بان قال كذبت فيما شهدت متعمدا
او يكون قد شهد بموت احد او قتله ثم المشهود بموته او قتله حيا

حتى ينتب

حتى يثبت كذبه بيقين ولا طريق لاثبات ذلك بالبينة لان البينة
شرعت للاثبات لا للنفي لا الذي يقول غلطت او اخطات او كان
قد ردت شهادته للتهمة او لمخالفة بين الدعوي والشهادة او
اختلف الشاهدان في الموطن الذي شهد بالفعل فيه او اختلفا
في الفعل نفسه او في الاقرار والانشاء فانه لا يكون شاهد زور

فصل ٤١ في الاختلاف في الشهادة

لما فرغ من بيان
اتفاق الشاهدين في الشهادة شرع في بيان اختلافهما فيها
ص ويجب توافق الشهادة والدعوي ش اي اذا وافقت
الشهادة الدعوي قبلت وان خالفتها لم تقبل لان الدعوي في
حق العبد شرط لقبول الشهادة لان القاضي انما نصب
لفصل الخصومات بين الخصوم وفصله يفتقر الى احد شيئين
بعد الدعوي اما الشهادة او اليمين وقد وجد تقدم الدعوي
فيما اذا وافقتها الشهادة فامكن الفصل بالشهادة ولم يوجد
فيما اذا خالفتها فلم يمكن القضاء بها وهذا لان الشهادة لاجل
تصديق الدعوي واذا خالفتها فقد كذبتها والدعوي الكاذبة
لا يعتبر وجودها فانعدم الشرط وهو تقدم الدعوي فلا
يحكمها وهذا في حقوق العباد واما في حقوق الله تعالى كاسباب
المحرمات من الطلاق وغيره واسباب الحدود الخالصة لله تعالى
فالدعوي ليست بشرط فيها لان رعاية حقوق الله تعالى واجبة
على كل احد فكان كل واحد خصما في اثباتها فصار كان الدعوي
موجودة فيها ولان الله تعالى لما امرنا باقامتها كان طالبا لها فلم يبق

الاقامتها وفي حقوق العباد لابد من طلبها بالدعوي اذ القاضي لايعرف
حقوقهم ولايجبرهم علي استيفائها ص واتفاق الشاهدين لفظا ومعنى
شرط فلو شهد هذا بالف وذاك بالفين والدعوي بالفين مردودة
وقبلاها في الالف ش قال ابوحنيفة اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى
شرط وقال ابويوسف ومحمد الاتفاق في المعنى هو المعتبر فلو شهد
احد الشاهدين بالف والاخر بالفين والدعوي بالفين لم تقبل شهادتهما
عند الامام وعندهما تقبل في الالف لهما انهما اتفقا علي الاقل واختلفا
في الزيادة فثبت ما اتفقا عليه دون ما اختلفا فيه كما اذا شهد
احدهما بالف والاخر بالف وخمسماية فانها تقبل في الاقل كذا هذا
ولابي حنيفة انهما اختلفا في اللفظ والمعنى اما في اللفظ فظاهر
واما في المعنى فلان احدهما فرد والاخر جمع لان الالفين عبارة
عن الف اجتمع مع الف اخر فكان في كل واحد منهما شاهد واحد
والقضا لاتجوز الا بحجة وهي شهادة المثنى فلما لم يتفقا فيما شهدا به
ولم توجد الحجة مطلقا والموافقة المطلقة باللفظ والمعنى صار كما
اذا شهد احدهما بالف والاخر بماية دينار فان شهادتهما لاتقبل
كذا هذا بخلاف ما اذا شهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسماية
والمدعي يدعي اكثر المالين حيث تقبل علي الالف لاتفاقهما علي الف
لفظا ومعنى وتفرد احدهما بالزيادة علي سبيل العطف فان المعطوف
غير المعطوف عليه فثبت ما اتفقا عليه بخلاف ما اذا شهد
احدهما لعشرة والاخر بخمسة عشر لان العطف لم يوجد فحصل
الاختلاف بين الشاهدين كما في الالف والالفين فان قيل الالف

موجودة

وجوده في الالفين قلنا نعم اذا اثبتتا اما اذا لم تثبتا لم تثبت لان
المتضمن اذا لم يثبت لا تثبت المتضمن والذي يبطل مذهبهما ان
الشاهدين لو شهدا بتطليقة واحدة بثلاث تطليقات وفرق
القاضي بينهما قبل الدخول ثم رجعوا كان ضمان نصف الصداق
علي شاهدي الثلاث دون شاهدي الواحدة ولو كان كما قالا ان الواحدة
توجد في الثلاث لكان الضمان عليهم جميعا ولا يلزم علي ذلك
ما اذا قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة حيث يقع واحدة
لان ذلك لكون الثلاث صار في يدها فلها ان توقع كلها او بعضها
ولو كان المدعي يدعي اقل المالين وهو الالف مثلا والمسئلة بحالها
لم تقبل الشهادة بالاجماع لان المدعي حصل تكذيبه في الزيادة
الا ان يحصل التوفيق بان يقول كان اصل حقي كما قال الا اني
استوفيت منه الزيادة او ابرأته منه والشاهد لا يعلم بذلك
فحينئذ تقبل في الاقل لظهور التوفيق ويقضي له عليه بالالف
ص او هذا بالف وذاك بالف وخمسماية والدعوي بالاكثر
قبلت في الالف ش اذا ادعي شخص علي آخر بالف وخمسماية واقام
بينة فشهد احد الشاهدين بالف والاخر بالف وخمسماية قبلت
الشهادة بالالف اتفاقا اذا كان المدعي يدعي الالف وخمسماية لما
قلنا من اتفاق الشاهدين علي الالف لفظا ومعنى لان الالف
والخمسماية لفظان عطف احدهما علي الاخر والعطف يوجب تغاير
المعطوف عليه ونظائره الطلقة والطلقة ونصف والماية والماية
والخمسون ص ولو شهدا بالف وقال احدهما قضاه نصفها قبلت

طلق مكررا تأمل مصلحها واصلح

في الالف لا في القضاء ش اي اذا شهدا بالف وقال احد الشاهدين قضاه منها خمسمايه قبلت شهادتهما على الالف ولم يسمع قول الاخر انه قضاه خمسمايه الا ان يشهد معه آخر هذا هو المشهور وعن ابي يوسف انه يقضي بخمسمايه لان مضمون قول من شهد بالقضاء ان لا دين له سوى خمسمايه فلا يجوز ان يثبت اكثر من ذلك وجه المشهور انهما اتفقا على الف ويثبت ويفرد احدهما بالقضاء فلم يثبت ذلك وصار كما لو شهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسمايه ص وينبغي ان يمتنع عنهما حتى يقر المدعي بالقبض ش ينبغي للشاهد اذا علم بذلك ان لا يشهد بالالف حتى يقر المدعي انه قبض خمسمايه كيلا يكون الشاهد معينا للمدعي على الظلم لانه ادعى تمام الالف بغير حق وان شهد بالخمسمايه لا تقبل شهادته لاختلاف الشاهدين في لفظ الشهادة فيضيع حق المدعي فاذا كان كذلك ينبغي ان لا يشهد الذي عرف قضاء خمسمايه حتى يقر المدعي بقبض ذلك حتى لا يكون اعانة على الظلم او ضياع حق المدعي ص ولو شهد احدهما بنكاح بالف والاخر بالف وخمسمايه فهي مقبولة بالف ورداها كالبيع ش قال ابو حنيفة اذا شهد احد الشاهدين بالنكاح بالف وشهد الاخر به بالف وخمسمايه يحكم بالنكاح بالف وقالا لا تقبل هذه الشهادة لهما ان المشهود به عقدان مختلفان فان النكاح بالف غير النكاح بالف وخمسمايه وتضاد الشهادة لم يتم على احدهما فلا يحكم بشيء كما في البيع اذا شهد احد الشاهدين انه اشتري عبد فلان بالف وشهد آخر انه اشتراه بالف وخمسمايه فان الشهادة باطلة لان المقصود

بلغ مقابلة

اثبات

اثبات السبب وهو العقد والعقد مختلف باختلاف الثمن فاختلف المشهود به فلم تتم البينة على كل واحد فكذا هنا ولابي حنيفة ان الازدواج والملك اصل في النكاح والمال فيه تبع والشاهدان اتفقا على الاصل فوجبت الالف لاتفاقهما عليها والفرق لابي حنيفة بين النكاح والبيع ان الثمن في البيع مقصود الا ترى ان البيع لا يصح بدون تسمية الثمن والنكاح يصح بدون تسمية مهر ثم قيل هذا الخلاف فيما اذا كانت المراة هي المدعية واما لو كان الزوج هو المدعي لا تقبل اجماعا كذا في المنظومة وشروحها ويستوي دعوى اقل المالين واكثرهما على الصحيح وقيل الخلاف في الصورتين اي اذا كان مدعي النكاح الرجل او المراة قال في الهداية وهو الاصح وذكر في كتاب الدعوى من الامالي ان ابا يوسف مع الامام في هذه المسيلة ص واذا شهدت بينة بقتله زيد يوم النحر بمكة واخرى بقتله يوم النحر بالكوفة لم تقبلا ش اذا شهد شاهدان ان زيدا قتل عمرا يوم النحر بمكة وشهد اخران انه قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعا عند الحاكم لم يقبل القاضي الشهادتين لان احديهما كاذبة بيقين وليست احديهما باولى بالقبول من الاخرى فلم يقبلا وهذا لان القتل من باب الفعل والفعل الواحد لا يتكرر لان الاول حركات القرض لكونه عرضا لا يبقى زمانين والثاني حركات اخر غير الاول احدثه الله تعالى في ذلك المحل ولا يمكن ان يجعل الثاني اخبارا عن الاول حتى انه يصير تكرار الاول واعادته لان الاخبار بالفعل عن الفعل لا يتصور فكانا غيرين حقيقة وحكما بخلاف القول لان

القول بحكي بالقول فيكون الثاني عين الاول حكما وكذا لو اختلفا في الزمان
او الالة التي وقع بها القتل لا نقبل لما بيناه ص فان حكم بالسابقة لغت
الاخري ش يعني لو قضي القاضي بوجوب القصاص بشهادة الطائفة
الاولي ثم شهدت الاخري لا تقبل لان الاولي ترجحت بالقضاء
القضاء بها فلا ينقض بالثانية وهذا لانه لما حكم انه قتل بمكة
صار ذلك حكما بانه لم يقتل في غيرها اذ قتل شخص واحد في مكانين
لا يتصور ونظيره رجل معه ثوبان احدهما نجس فتحري وصلي في
احدهما ثم وقع تحريه على طهارة الاخر لا يجوز له الصلاة فيه لان
الاول اعتمد به حكم الشرع فلا ينقض بوقوع التحري في الاخر
ص وان اقام ذو اليد بينة على بيع داره من فلان بالف في رمضان
وفلان انه ارتهنها منه بخمسمائة في شوال رجح الرهن وهما البيع
ش قال محمد اذا كانت دار في يد رجل اقام بينة على انه باعها
من فلان بالف درهم في رمضان واقام فلان بينة على انه ارتهنها
منه بخمسمائة في شوال بينة الرهن اولي وقال ابو حنيفة وابو يوسف
يقضي بالبيع في رمضان بالف ويقضي لذي اليد علي فلان بخمسمائة
درهم وجعل الخمسمائة التي اقام فلان البينة انه ادانها ذا اليد
واخذ الدار منه وهذا عليها قضيا لنصف الالف الواجبة عليه هنا
لمحمد ان الرهن في شوال ينقض دعوي ذي اليد البيع في رمضان لان
فلانا اثبت بينة اقرار البايع بالرهن في شوال فكان كالثابت
عيانا ولو اقر بذلك صريحا لم يصح منه دعوي البيع في رمضان لموضع
التناقض فكذا هذا ولما ان البيع اقوي من الرهن لان البيع يوجب

الملك

الملك في البدلين والرهن لا يوجبه وقد تعذر العمل بالبينتين فيرجح
الاقوي وهو البيع فكما ان المرتهن يثبت بينة اقرار الراهن في شوال
بالرهن فكذلك البايع اثبت بينته اقرار المشتري بالشراء منه في
رمضان وذلك يمنعه من دعوي الرهن في شوال فتعارضا فرجحنا
اقوي الحجتين هذا ما صوره المصنف وهو موافق للمنظومة ولكن
في الحصر والمختلف عكس ذلك فانهما صورا ان مدعي البيع هو الخارج
ومدعي الارتهان هو ذو اليد فحينئذ يكون بين المنظومة وشرحها
نوع مخالفة وذكر في المصفي ان الخلاف في الفصلين واحد ص ولو
شهدا برهن وقبض واختلفا في المكان او الزمان ابطلها ش قال
محمد وهو القياس اذا شهد شاهدان بالرهن والقبض المعاين واختلفا
في المكان او الزمان او فيهما واتفقا علي جنس الدين وقدره لا تقبل
هذه الشهادة وقالا وهو الاستحسان تقبل لمحمد ان القبض فعل
والاختلاف في مكانه او زمانه مانع من قبول الشهادة كما في الغصب
والقتل وهذا لان المشهود به مختلف لان الفعل الموجود في مكان
غير الفعل في مكان اخر وكذا في الزمان ولهما ان القبض يحكم الرهن
قد يتكرر الا تري ان الراهن لو اعاد الرهن الي يده بان اعاره له المرتهن
بعد ما كان الراهن قبضه بحكم الرهن ثم ان المرتهن استرده من
الراهن وقبضه فان هذا القبض الثاني هو القبض الاول حتي يكون
مضمونا باعتبار قيمته عند القبض الاول واذا ثبت ان القبض
يتكرر بحكم الرهن اتحق هذا الفعل بالقول فلا يختلف المشهود به
باختلاف الشاهدين في المكان والوقت او فيهما بخلاف الغصب

او القتل فانه لايتكرر بسبب واحد فصارت شهادتهما بالرهن حجة اذا شهدا
بالرهن واقرار الراهن بالقبض ولان التسليم قد يقع بقوله اقبضه وعلى هذا
الهبة والقرض والصدقة والقبض ص واجزناها معه في البيع ش
واجاز علماؤنا الثلاثة الشهادة مع الاختلاف بين الشاهدين في مكان
البيع او وقته ولا يمنع ذلك قبول شهادتهما وقال زفر لايقبل لانهما
بيعان لم يتم نصاب الشهادة على احدهما ولنا ان البيع قول
وانه يتكرر فكان الثاني والاعلى ما دل عليه الاول ونصاب الشهادة
كامل على ما دل عليه التكرار فتقبل ص ولو شهد مولى امه على طلاق
وهي تجحد لقبلها وردها ش قال ابو يوسف اذا كانت جارية
بين شريكين ولها زوج فشهدا ان زوجها طلقها وهي تجحد طلاقها
تقبل شهادتهما وقال محمد لاتقبل لان في الشهادة بطلاقه اياها
تخليصها من الاستفراش ورجوعها الى بضعها فكانت الشهادة لاجلها
ولاجل انفسهما فلا تقبل كما لو ادعت هي طلاقها ولابي يوسف
ان شهادتهما عليها لانها تنكر الطلاق ولهذا لو كانت مقرة
لاتقبل شهادتهما بالاجماع ص وان اشتري ذمي دارا من مسلم فادعاها
ذمي او مسلم اشهادة ذميين يقبلها في حقه وردها ش قال ابو يوسف
اذا اشتري كافر دارا من مسلم ثم ادعاها مسلم او ذمي واقام شاهدين
ذميين تقبل في حق الذمي دون المسلم وقال ابو حنيفة ومحمد
لاتقبل لابي يوسف ان الذميين يصلحان شاهدين على الذمي فيقضي
القاضي بالاستحقاق على الكافر ولايقضي في حق رجوعه على بائعه
بالثمن لانها قامت على كافر ومسلم فتقبل في حق الكافر دون المسلم

كشهادة

كشهادة كافرين بدين في تركة كافر خلف ابنين فاسلم احدهما فانها تقبل
على الكافر دون المسلم وهذا لان القضاء بالاستحقاق للمدعي لايكون
قضاء للمدعي عليه وهو المشتري بالرجوع بالثمن على البائع ولهذا قلنا
ان القاضي يقول حكمت بالاستحقاق بعد المدعي وفسخت العقد
الذي جرى بين المدعي عليه وبين بائعه وحكمت له بالرجوع عليه
ولو كان الحكم بالاستحقاق حكما بالرجوع لما احتاج القاضي الى التصريح
بذلك ولانما ان الشهادة قامت على مسلم لانها تظهر ان المسلم
باعها وهو لا يملكها والمشتري هنا كالوكيل عنه في الخصومة وشهادة
الكافر على المسلم لاتقبل بخلاف المستشهد به في حق الابنين لان
البينة قامت على الميت وهو كافر والقاضي يقضي على الميت
لكن لايظهر ذلك في حق الابن المسلم لانها ليست بحجة في حقه
قال في الحصر وكان ابو يوسف اولا يقول كقولهما ثم رجع

فصل في الشهادة على الشهادة

لما فرغ من بيان
شهادة الاصل شرع في بيان شهادة الفرع ص وتجوز الشهادة
على الشهادة فيما لايسقط بالشبهة ش اي تجوز الشهادة على الشهادة
في كل حق لايسقط بالشبهة واراد بما يندرئ بالشبهة عين
الحدود والقصاص وجواز شهادة الفرع استحسان والقياس
ان لايجوز لان الشهادة عبادة بدنية يجب اداؤها على شاهد
الاصل فلا تجوز ان يقيم غيره مقامه كالصلاة والصوم وسائر
العبادات البدنية والجامع ان العين ثبت بالسنة على خلاف القياس
وجه الاستحسان ان الحاجة داعية اليها لان شاهد الاصل قد

يعجز عن ادا الشهادة بنفسه لعذر المرض او الموت او الغيبة او لبعد
مسافة فلو لم تجز الشهادة على الشهادة لتعطلت حقوق الناس ولهذا
جوزنا الشهادة على شهادة فروع الفروع الى غير نهاية فصارت ككتاب
القاضي الى القاضي ويدخل تحت قوله فيما لا يسقط بالشبهة جميع
الحقوق والصحيح جوازها في الوقف احيانا له وصونا له عن الاندراس
الا ان في الشهادة على الشهادة شبهة من حيث انها بدل والابدال
لا مدخل لها في الحدود والقصاص فلم تقبل الشهادة على الشهادة
فيهما كشهادة النساء مع الرجال فيهما ص ولا تجوز من واحد على واحد
ش لا تجوز شهادة واحد على شهادة واحد لقول علي رضي الله عنه لا تجوز
على شهادة رجل الا شهادة رجلين ولانه حق من الحقوق فلا بد فيه
من كمال نصاب الشهادة ص وتجيزها من اثنين على اثنين ش قال
علماؤنا تجوز شهادة رجلين على شهادة رجلين وقال
الشافعي في احد قوليه لا تجوز حتى يشهد على كل واحد منهما رجلان غير
الذين اشهدهما صاحبه لان كل شاهدين قايمان مقام اصل واحد
فلا تتم الحجة للقضاء بهما كالمرأتين لما قامتا مقام رجل واحد لم
تتم الحجة بشهادتهما ولنا قول علي رضي الله عنه لا تجوز على شهادة
رجل الا شهادة رجلين مطلقا من غير تقييد بان يكون باز آخر الاصل
فرعان ولان شهادة كل واحد من الاصلين حق من جملة الحقوق والحق
عند القاضي لا يثبت الا بحجة قائمة لانها ملزمة للقاضي القضاء
فلا بد من النصاب فاذا تم وشهد على شهادة احدهما جاز ان يشهد
على الاخر ايضا لان الشاهدين تجوز لهما ان يشهدا على قضايا كثيرة بخلاف

المرأتين

سان
لتعطلت

المرأتين لان النصاب لم يتم بهما وشرط العلة لا تثبت به شي لان المرأتين
برجل واحد بخلاف ما اذا شهد احد الاصلين على صاحبه مع رجل آخر
لان شاهد الاصل يعلم الحادثة يقينا فلا يستفيد باشهاد صاحبه
اياه شيا ولان الاصالة تقتضي مشاهدة الحق ومعنى الفرعية يقتضي
عدم المشاهدة فيتناميان فلا يجوز ولان الفرع بدل عن الاصل
ولا يتصور ان يكون الشخص الواحد اصلا وبدلا في حالة واحدة لان
شهادة الاصل تثبت نصف الحق والفرعان نصفه ولو جازت شهادته
على شهادة صاحبه لتثبت ثلاثة ارباع الحق ولا نظير له في الشرع
ولا يقال لو كان الفرع بدلا لما جاز ان يشهد مع احد الاصلين اذ لا
تجوز الجمع بين البدل والمبدل لانا نقول لم تجمع بينهما لان الفرعين
ليسا ببدل عن الذي شهد معهما بل عن الذي لم يحضر وقول المصنف
وتجيزها من اثنين وقع اتفاقا لانه تجوز ان يشهد على الشهادة رجل
وامرأتان لتمام النصاب وكذا لا يشترط ان يكون المشهود على
شهادته رجلا لان للمرأة ايضا ان تشهد على شهادتها رجلين او رجلا //
وامرأتين ولا يشترط ان يشهد على شهادة كل امرأة نصاب الشهادة
لما بينا ص ويقول الاصيل اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلانا اقر
عندي بكذا واشهدني على نفسه ش اي اذا اجازت شهادة الفرع
على شهادة الاصل فليشهد بكذا والكلام في الشهادة على الشهادة
في موضعين احدهما في كيفية الاشهاد من الاصل والثاني في كيفية
ادا الفرع عند القاضي اما كيفية الاشهاد من الاصل بان يقول
شاهد الاصل لشاهدة لشاهد الفرع اشهد على شهادتي اني اشهد

ان فلانا ابن فلان اقر عندي بكذا الا بد من ذلك او ما يقوم مقامه لانه
كالنايب عنه فلا بد من التحميل والتوكيل ولا بد من ان يشهد عنده
كما يشهد عند القاضي لينقله الى مجلس القضا ويحصل ذلك بما ذكرنا
ففي شهادة الاصل ثلاث شبيهات وقوله واشهدني على نفسه
ليس بلازم فان من سمع اقرار غيره يحل له ان يشهد به وان لم يشهده
على نفسه وانما شرط الاشهاد لان الفرع لا يتحمل بنفس السماع من
غير اشهاد فلو قال اشهد ان لفلان علي فلان كذا او سمعه انسان
ولم يقل له اشهد انت لم يصح التحمل بخلاف ساير الشهادات فان
التحمل فيها يصح بنفس معاينة الفعل وسماع الاقرار من غير اشهاد
لان تحمل الشاهد فيها بطريق الاصالة بنفسه لا بغيره وانما هنا
فلا بد من الانابة منهم لان الفروع ليشهدون نيابة عن الاصول
فلا بد من الانابة منهم ص والفرع عند الاداء اشهد ان فلانا
اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا وقال لي اشهد علي شهادتي
بذلك ش الموضع الثاني في كيفية ادا الفروع عند القاضي وصفة
ذلك ان يقول الفرع عند القاضي اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته
ان فلانا اقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي وهذا الاوسط وفيه
خمس شينات فقد اشتملت هذه الجملة على ذكر شهادته وشهادة الاصل
والتحميل ولا بد من ذلك ولذلك لفظ اطول منه واقصد ولا طرق في
الامور دميم واوسطها صميم فالاطول منه مشتمل على ثماني شينات
وهو الذي شرطه الخصاف في الاداء اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته
انه يشهد ان فلان ابن فلان اقر عنده بكذا واشهده على اقراره وقال لي

بذلك

اشهد

اشهد على شهادتي وانا اشهد بذلك والاقصر منه ان يقول امرني فلان
ان اشهد على شهادته ان لفلان على فلان كذا وانا اشهد على شهادته
بذلك فيذكر فيه اربع شينات والاحسن ما ذكر في الكتاب والاحوط
ما ذكره الخصاف لان فيه تحرزا عن اختلاف كثير بين العلما بصغر
كتابنا عن استيعابه وللاقصر لفظ آخر وصفته ان يقول الفرع
عند القاضي اشهد على شهادة فلان بكذا فيذكر فيه شينين ولا يحتاج
الى زيادة شين آخر وهو اختيار الفقيه ابي الليث واستاذه الفقيه
ابو جعفر الهندواني وهو الذي ذكره محمد في السير الكبير وفي هذه
الرواية سعة وسهولة كذا في الذخيرة ص ولا تقبل من الفروع
الا عند تعذر حضور الاصول مجلس الحكم بموت او سفر او مرض
ش اي لا تقبل شهادة شهود الفرع الا ان يموت شهود الاصل او يغيبوا
مسيرة ثلاثة ايام فصاعدا او يمرضوا مرضا لا يستطيعون فيه
الحضور الى مجلس القاضي وذلك لان جواز الشهادة على الشهادة للحاجة
وهي لا تتحقق الا عند العجز عن شهادة الاصول والعجز يتحقق بهذه
الاشيا اما الموت فظاهر واما المرض فالمراد به ما لا يستطيع معه
الحضور الى مجلس الحكم وذلك لان ادا الشهادة فرض فلا يسقط
الا بالعجز فاذا عجز جاز له ان يحمل غيره ليلا تفوتي حقوق الناس وهذا
لان تكليف ما لا يطاق غير جايز وامر القاضي بالحضور الى موضع المريض
شنيع واما السفر فانه عذر ظاهر الا ترى انه تتعلق به احكام
جمة من قصر الصلاة والفطر في الصوم وامتداد مدة المسح وسقوط
الجمعة والاضحية وحرمة خروج المراة من غير محرم او زوج وغير ذلك

من الاحكام فكذا هذا الحكم والمعتبر فيه مسير ثلاثة ايام لان المديد معتبر
والقصر لايعتبر والفاصل بينهما ماذكرنا ص ويجوز تعديل الفروع
الاصول ش اى يجوز لشهود الفروع ان يعدلوا شهود الاصول لانهم
من اهل التزكية فحينئذ لا فرق بين تزكيتهم وتزكية غيرهم وروى
عن محمد ان تعديلهم لايكون صحيحا لان الفرع نايب عن الاصل
فتعديله الاصل يكون بمنزلة تعديل الاصل نفسه وجه ظاهر
الرواية ان الفرع نايب عن الاصل في نقل عبارته الى مجلس القاضي
فاذا نقل عبارته الى مجلسه فقد انتهى حكم النيابة فيكون بمنزلة سايرين
الاجانب فكما ان التعديل من سايرين الاجانب جايز فكذلك التعديل
من الفروع ص ويجيئ سكوتهم وينظر الحاكم في حالهم ش قال ابو يوسف
اذا سال القاضي ان يتعرف حال الاصول ممن هو من اهل التزكية وقال
محمد تجب على الفروع ان يعدلوا اصولهم فاذا سكتوا عن تعديلهم
لاتقبل شهادتهم لانه لاشهادة الا بالعدالة فاذا لم يعرفوها لم تنقل
الشهادة فلا تقبل ولابي يوسف ان الواجب عليهم النقل لا التعديل
لانه ربما يخفى عليهم فاذا فعلوا فالقاضي ينظر في حال الاصول ويسال
غير الفروع من المزكين عن حالهم ص وان انكر الاصول شهادتهم
ردت من الفروع ش اي اذا انكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة
شهود الفرع لان شرط صحة الشهادة على الشهادة التحميل فاذا انكر
شهود الاصل شهادتهم لم يوجد التحميل فلا تقبل شهادة الفروع
لعدم الشرط لان التحميل لم يثبت لتعارض الخبرين لان الاصول انكروا
التحميل والفروع اثبتوه فانتفى الشرط فلا تقبل شهادتهم بعد ذلك

كتاب ٣٤ الرجوع عن الشهادات

عقب الشهادات بالرجوع عنها اذ الرجوع يقتضي سبق الشهادة واعلم ان اداء
الشهادة فرض لقوله تعالى واقيموا الشهادة لله وقال عليه السلام
الشاهد بالزور لايرفع قدميه من مكانهما حتى تلعنه ملايكة السموات
والارض وقال عمر رضي الله عنه في كتاب القاضي فلا يمنعك قضاء
قضيته وراجعت فيه نفسك وهديت فيه لرشدك ان تراجع فيه
الحق فان الحق قديم لايبطل والرجوع الى الحق خير من التمادي على الباطل
فكذلك الشاهد لان المعنى يجمعهما لان الرجوع عن الشهادة الباطلة
رجوع من الباطل الى الحق وهو مشروع بهذا الاثر وبالاجماع فيجب
على كل مسلم الاجتناب عنها ولا يمنعه منه الاستحيا من الناس
والخوف من الايمة لان الاستحيا من الخالق اولى من الاستحيا من الخلايق
وفيه تدارك ما اتلف بالزور وان وقعت منه عمدا او خطا يجب
عليه ان يتوب والتوبة عنها لا تصح الا عند الحاكر شرطه وركن
وحكم فشرطه ان يكون عند القاضي لانه تحتاج فيه الى حكم الحاكم
بمقتضى الرجوع فلا بد من مجلس القاضي كما في الشهادة وركنه ان يقول
شهدت بزور فيما شهدت وحكمه بعد القضا التعزير والضمان
ان كان المشهود به مالا وقد زال له بغير عوض وقبله التعزير فقط
ص ولا تصح الا في مجلس القضا ش اي لا يصح الرجوع عن الشهادة الا في مجلس
الحاكم اي حاكم كان لان الرجوع عن الشهادة توبة عن جناية الكذب
والتوبة تكون على حسب الجناية والجناية كانت مختصة بمجلس القضا
فينبغي ان تختص التوبة به قال صاحب الهداية فالسر بالسر والاعلان

بالاعلان يشير الي ما روي عن معاذ بن جبل رضي الله عنه حين بعثه
النبي صلي الله عليه وسلم الي اليمن انه قال اوصني يا رسول الله فقال
عليك بتقوي الله ما استطعت واذكر الله تعالي عند كل شجرة وحجر
واذا عملت شرا فاحدث توبة السر بالسر والعلانية بالعلانية وفي
هذا الحديث لطايف ذكرها ابو بكر بن اسحاق الكلاباذي في بحر
الفوايد ص ويشترط قبل الحكم بها ش اي اذا رجع الشهود عن شهادتهم
قبل قضا القاضي بها سقطت لانها لم تتعلق بها حكم قبل القضا
فصار وجودها قبله وعدمها سوا ولا ضمان عليهما لاحد الضمين
لانهما لم يتلفا علي احد منهما بشهادتهما شيا لان عدم ثبوت حقه
لا يضاف الي رجوعهما بل هو باق علي اصل العدم علي ما كان عليه الامر
ان يقال لولا رجوعهما لقضي بشهادتهما ولثبت الحق له لكن ذاك لا
يوجب الضمان كما لو ابيا ان يشهدا ابتدا ص وبعده لا يفسخ الحكم
ويضمنون ما اتلفوه بشهادتهم ش اي اذا رجع الشهود بعد ان حكم
الحاكم بشهادتهم لم يفسخ حكمه لان كلا منهما متناقض فكما لا يحكم
بالمتناقض لا ينقض الحكم بالتناقض لانهما مستويان في الدلالة
علي الصدق وقد ترجح الاول باتصال القضا به فصار نظير ما لو

لا يحكم بالمتناقض لا ينقض الحكم بالمتناقض

شهدا ان عمرا قتله بكرا بالكوفة وشهد اخران انه قتله بمصر
فانهما يردان قبل القضا وبعده لا ينقض لترجحه باتصاله بالقضا
ولانه لو نقض ادي الي النقض الي ما لا نهاية له رجوعه عن الرجوع
ثم من جوعه عن هذا الرجوع الاخير الي غير نهاية وجب عليهم
ضمان ما اتلفوه للمشهود عليه اذا قبض المدعي المال دينا كان او عينا

لان

لان التسبب علي وجه التعدي يوجب الضمان كحفر البير ووضع
الحجر علي الطريق وقد وجد ذلك منهما وفي البدايع ان الرجوع عن الشهادة
يتعلق به حكمان احدهما ما يرجع الي المال وهو وجوب الضمان وساق
الكلام الي ان قال والثاني ما يرجع الي نفس الشاهد وهو نوعان
احدهما وجوب الحد لكن في شهادة مخصوصة وهي الشهادة القايمة
علي الزنا علي ما مر ص فالاسان كل المال ش اذا شهد شاهدان بمال وحكم
به الحاكم وقبضه المحكوم له ثم رجعا عن شهادتهما ضمنا جميع
المال للمشهود عليه لوجود التسبب علي وجه التعدي وانه موجب
للضمان كحافر البير ولان وجه الي تضمين المدعي لان الحكم ماض ولا
يضمن القاضي لان في تضمينه امتناع الناس عن تقلد القضا
خوفا من الضمان ولو شهد اربعين ثم رجعا ضمنا قيمتها
سوا قبضها المشهود له ام لم يقبضها لانه ملكها بمجرد القضا
والدين لا يملكه الا بالقبض ص او احدهما او اثنان من ثلاثة
او امراتان مع رجل نصفه ش اي اذا رجع احد الشاهدين لزمه نصف
المال لانه اتلفه والعبرة في الرجوع لمن بقي لا لمن رجع الا تري انه
لو بقي من يقوم به الحق لا اعتبار برجوع الراجع وقد بقي هنا من يقوم
بشهادته نصف الحق فيضمن الراجع النصف لانه اتلفه ولو اعتبر
رجوع من رجع لافضي ذلك الي الحكم بالضمان مع بقا الحق للمستحق
وهو لا يجوز فان بقي منهم بعد الرجوع من يحفظ الحق لا يجب علي الراجعين
شي وان بقي منهم بعد الرجوع من يحفظ بعض الحق وجب علي الراجعين
قدر المتلف بالحصص وان لم يبق منهم احد وجب الضمان عليهم جميعا

ولان الضمان يستدعي المماثلة لقوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل
ما اعتدي عليكم ولا مماثلة بين العين اي المال والمنفعة اي منفعة
البضع فلا يجب الضمان ولان منفعة البضع لا قيمة لها عند الخروج
عن ملك المراة فان ادعت امراة على رجل نكاحها واقامت عليه بينة
وقضي بالنكاح ثم رجع الشاهدان فان كان مهر مثلها مثل المسمى او
اكثر لم يضمنا شيا لانهما اوجبا المهر عليه بعوض يعد له او يزيد عليه
وهو البضع لانه عند الدخول في ملك الزوج متقوم لان الاتلاف
بعوض يعد له لا يوجب الضمان وان كان مهر مثلها اقل من المسمى
ضمنا الزيادة للزوج لانهما اتلفا عليه قدر الزيادة بغير عوض
ص واذا شهد عليهما بنكاح بمهر قاصر ثم رجعا لا يضمنهما
النقصان ش قال ابو يوسف اذا ادعى رجل نكاح امراة بماية درهم
وقالت المراة تزوجني بالف درهم ومهر مثلها ذلك واقام الرجل
شاهدين على ماية وقضي بذلك وقد دخل بها ثم رجعا لم يضمنا
شيا وقال ابو حنيفة ومحمد يضمنان لها تسع ماية درهم وهذا بنا
على مسيلة النكاح في اختلاف الزوجين في المهر فعند ابي يوسف
القول قوله فلم يتلفا عليه شيا وعندهما القول قولها الى مهر
مثلها ولو لا شهادتهما لقضي لها عليه بالف فاتلفا عليها من ذلك
تسعماية فيضمنانها وهذا بين ان المراد بقوله الا ان ياتي بشيء مستنكر
ما لا يصح ان يكون مهرا في الشرع وهو ما دون عشرة دراهم ص او بالبيع
بمثل القيمة او اكثر ثم رجعا عن الشهادة لم يضمنا شيا لانهما ما
اخرجا المبيع عن ملكه ادخلا في ملكه ما زايه مثله او اكثر والاتلاف بعوض

او باقل ضمنا النقصان ش
يعني اذا شهدا على البايع
انه باع شيا بمثل القيمة او
اكثر ثم رجعا عن الشهادة لم
يضمنا صح

كما اتلاف فلا يجب الضمان وان شهدا عليه انه باع باقل من القيمة ضمنا
النقصان لانهما اتلفا ذلك القدر بغير عوض وفي شرح الطحاوي
ولو ادعى رجل على رجل انه باع عبده منه بالف درهم والمشتري ينكر
وقيمة العبد خمسماية فشهد شاهدان بذلك ثم رجعا يضمنان
للمشتري خمسماية اخرى ولو كان المشتري يدعي انه اشتراه بخمسماية
وقيمته الف والبايع ينكر ذلك ثم رجعا يضمنان للبايع خمسماية
اخرى لانهما اتلفا عليه خمسماية ببدل وخمسماية بغير بدل ص
او بطلاق قبل الدخول ضمنا نصف المهر او بعده لم يضمنا ش يعني اذا
شهدا بانه طلق امراته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا للزوج
نصف المهر لانهما اكدا عليه ما كان على شرف السقوط لان احتمال
ارتدادها وتقبيل ابن زوجها ممكن فيحتمل ان يوجد ذلك منهما
فيسقط جميع المهر به وللتاكيد شبه بالايجاب ولهذا اذا اكره الرجل
على طلاق امراته قبل الدخول بها كان له ان يرجع بنصف المهر على
الذي اكرهه او لان الطلاق قبل الدخول في معنى الفسخ لان المعقود
عليه وهو البضع عاد الى المراة سالما كما كان فصار كهلاك المبيع قبل
القبض فانه يسقط جميع الثمن وانما يجب لها نصف المسمى في الطلاق
قبل الدخول ابتداء على طريق المتعة فقد الزمه الشاهد انما لم
يكن واجبا عليه فوجب الضمان عليهما فصارا كما اذا شهدا بمال
تقضي به ثم رجعا بخلاف ما اذا شهدا انه طلقها بعد الدخول بها
تقضي بشهادتهما ثم رجعا عن الشهادة حيث لا يضمنان شيا لان
شهادتهما تضمنت خروج البضع عن ملك الزوج والبضع لا قيمة له

عند الخروج فيهما لم يتلفا شيا له قيمة ولا قدرا شيا كان على شرف الزوال
ولان المهر تاكد بالدخول لا بشهادتهما ص او باعتاق ضمنا القيمة ش
اي اذا شهدا على رجل انه اعتق عبده او امته ثم رجعا عن الشهادة
يضمنان قيمة العبد او الامة للمولي لانهما بشهادتهما اتلفا ملك
المشهود عليه بلا عوض فيجب عليهما ضمانه سوا كانا موسرين او
معسرين لانه ضمان اتلاف الملك والولا للمولي لان الاعتاق نفد
عليه والولا للمالك لا لهما لان العتق لا ينتقل اليهما بالضمان لانه لا
يقبل الفسخ ص او بقصاص بعد القتل ضمنا الدية ولا يقتص منهما
ش قال علماونا اذا شهد رجلان بوجوب القصاص على شخص
بان شهدا انه قتل فلانا عمدا فقضى القاضي به فقتل ثم رجعا عن
شهادتهما ضمنا الدية ولا يقتص منهما وقال الشافعي يقتص منهما
ان قالا تعمدنا الكذب لقتل وان قالا اخطانا تجب الدية بالاتفاق
لانهما تسببا في قتله فيجب الضمان على الشاهد كما يجب على المكره
بل اولى لان الولي يعان على استيفا القصاص من جهة المسلمين
والمكره على القتل يمنع ولا يعان فكانت الشهادة افضي الى القتل
واولى بوجوب القصاص عليهما ولنا ان الشهود لم يوجد القتل
منهم مباشرة ولا تسبيبا لان السبب ما يفضي الى الحكم غالبا وفيما
نحن فيه لم يفض لان العفو مندوب اليه قال تعالى وان تعفوا اقرب
للتقوى بخلاف المكره لانه يوثر حياته على حياة غيره فيوجد
التسبيب ظاهرا ولين سلمنا ان الشهادة بالقتل سبب الى القتل
فالقتل بسبب يتعلق به الدية دون القصاص كما في حافر البير

وواضع

وواضع الحجر في الطريق ولان الفعل الاختياري من فاعل مختار يقطع نسبة
ذلك الفعل الى غيره والفعل هنا وهو القتل وجد من الولي باختيار صحيح
تستقطع نسبته الى الشهود فلا يجعل القتل كاينا من الشهود بطريق
الوجود ص ولو رجع الفروع ضمنوا ش اي اذا رجع شهود الفرع ضمنوا
المشهود به وهذا اذا كان الرجوع بعد القضا في مجلس القاضي لان تلف
المشهود به حصل بادايهم الشهادة في مجلس الحكم فكان الاتلاف
مضافا الى شهادتهم ص او الاصول وانكروا اشهادهم لم يضمنوا
ش اي لو رجع شهود الاصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا
لم يضمنوا لان شهود الاصل انكروا السبب وهو الاشهاد فلا يبطل
القضا لان انكار الاصل الاشهاد خبر محتمل فلا يبطل القضا فصار
كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضا ص وان قالوا غلطنا ضمنهم
ش قال محمد اذا قال شهود الاصل اشهدناهم وغلطنا ضمنوا لانهم
اقروا بانتساب الحكم اليهم لان الفروع ينقلون شهادة الاصول
كانهم حضروا بانفسهم وقال ابو حنيفة وابو يوسف لم يضمنوا
لان القضا وقع بشهادة الفروع لان القاضي يقضي بما يعاين من الحجة
وهي شهادتهم ص او الجميع ضمن الفروع وخير المشهود عليه في تضمين
من شا ش قال محمد اذا رجع الاصول والفروع جميعا المشهود عليه
بالخيار ان شا ضمن الاصول وان شا ضمن الفروع وقال ابو حنيفة
وابو يوسف يجب الضمان على الفروع لا غير لوجدان وجود الشهادة
من الفريقين وهذا لان القضا وقع بشهادة الفروع من حيث
معاينة القاضي بشهادتهم ووقع بشهادة الاصول من حيث ان الفروع

نايبون عنهم فيخير في تضمين ايهما شا والجهتان متغايرتان ولنا ان
القضا وقع بشهادتهم لان سبب الاتلاف الشهادة القايمة في مجلس
القضا فيجب الضمان عليهم ص وان قال شهود الفرع كذب الاصول
او غلطوا لم يعتبر ش يعني بعد الحكم بشهادتهم لان ما مضى من القضا
لا ينقض بقولهم كما لا ينقض برجوعهم ولا يلزمهم غرامة لانهم
لم يرجعوا عن شهادتهم وانما شهدوا على غيرهم بانهم كذبوا ودعواهم
هذه دعوى الرجوع على غيرهم فلا يلتفت الى قولهم ص والمزكون يضمنون
بالرجوع ش قال ابو حنيفة اذا رجع المزكون عن التزكية ضمنوا ولم
يذكر القدوري الخلاف وقال صاحب الهداية وهذا عند ابي حنيفة
وقالا لا يضمنون وتبعه المصنف وجه قولهما ان المزكين اثنوا على
الشهود خيرا ولم يشهدوا بحق فصاروا كشهود الاحصان ولابي
حنيفة ان القاضي لا يقضي بالشهادة على الزنا الا باربعة بتزكية
الشهود وجانب التزكية علة للشهادة فكانت في معنى علة العلة
والحكم يضاف الى علة العلة كما يضاف الى العلة بخلاف شهود
الاحصان لانه شرط محض ليس فيه معنى العلة لان الاحصان علامة محضة
لحكم الزنا فلا يتوقف ثبوت الزنا على ثبوت الاحصان ويتوقف
الحكم بشهود الزنا على التزكية فلهذا افترقا ص ويضمن شهود اليمين لا
الشرط برجوعهم ش اي اذا شهد شاهدان على رجل انه قال لعبده
ان دخلت الدار فانت حر وشهد اخران انه دخل الدار وقضى القاضي
بعتق العبد ثم رجعوا ضمن شاهدا اليمين قيمة العبد دون شاهدي
الدخول لان اليمين هو السبب والتلف انما يضاف الى من اثبت السبب

بلغ مقابلة

دون

دون الشرط المحض الا ترى ان القاضي انما يقضي بشهادته دون الشرط
المحض وان رجع شهود الشرط وحدهم قال بعضهم لا يضمنون كشهود
الاحصان اذا رجعوا وحدهم وقال اكثر المشايخ يضمنون لانهم تسببوا
في التلف بغير حق وله اثر في وجود العلة عند الشرط فيكون سبب
الضمان عند عدم العلة ص ولو شهد على شهادة اثنين واحران على
اربعة بمال ثم رجعوا يضمن الاولين ثلثه والاخرين ثلثيه وجعله
نصفين ش قال ابو يوسف اذا شهد شاهدان على شهادة شاهدين
بالف وشهد اخران على شهادة اربع بذلك الحق وحكم القاضي بشهادتهم
واستوفى المقضي له ذلك الحق ثم رجعوا يكون ثلث الضمان على الشاهدين
عن الاثنين وثلثاه على الشاهدين عن الاربعة وقال محمد يجب نصفه
على هذين لابي يوسف ان الحكم جرى بشهادة الاصول والفروع
بتلفوا تلك الشهادة بامرهم فصاروا كان الاصول شهدوا ثم رجعوا
وهم ستة فيضمنون اسداسا فكذلك فروعهم يضمنون برجوعهم
على هذا الاعتبار ولمحمد ان القضا يقع بشهادة الفروع لانهم الذين
شهدوا في مجلس القضا واثبتوا هذا الحق فالفريقان يستويان
في الضمان فابو يوسف نظر الى الاصول فجعل الضمان اثلاثا ومحمد
نظر الى الفروع وهم سواء فقال بالتنصيف ص واثنان على اثنين
واحران على اخرين ورجع من كل فريق واحد واحد نصفهما نصفه لاثمنين
ولفقا ش اعلم ان المصنف تابع صاحب النظم في كون الخلاف بين
ابي يوسف ومحمد وصورة المسئلة اذا شهد شاهدان على شهادة شاهدين
بالف وشهد اخران بهما على شهادة اخرين ثم رجع من كل فريق واحد قال

ابو يوسف يضمن الراجعان نصف المال وقال محمد يضمنان ربع
الالف ونصف ثمن الالف لابي يوسف ان المال ثابت بشهادة الاربعة
وقد بقي منهم اثنان فيجب على الراجعين ما يلزمهما لو رجع الجميع وذلك
نصف المال وهذا لان شهادة الباقين لا تثبت الا بشهادة الراجعين
فصار حكمهم حكم شهود الزنا فيما اذا شهدوا على محصن فرجم ثم
رجع اثنان منهم فانهما يغرمان نصف الدية فكذا هنا ولمحمد ان
باخذ الباقين سقي نصف الحق لان صاحبه لو لم يرجع لبقي كل الحق
واما الاخر فقد بقي بقاياه بعض الحق وهو دون النصف لانا لو
قلنا بانه بقي النصف لكان الثابت كل الحق ولا يجب على الراجعين
شيء وليس كذلك لان في الابتدا لا يثبت بشهادتهما شيء فيقول
ذلك البعض ثمن ونصف ثمن لان هذا الباقي اما ان يكون كواحد
من الاربعة الاصول فيبقى ببقايه ربع الحق او يكون كاحد الباقين
الذين شهدا على شهادة اصل واحد فيبقى به ثمن الحق فاذا بقي به
ربع الحق في حال وعنه في حال جعل كانه بقي ثمن ونصف ثمن لان
الثمن متيقن والشك في الثمن الاخر فيتنصف ويضم الى النصف
الذي بقي ببقا الاخر فيكون خمسة اثمان ونصف ثمن فكان
التالف ثمنان ونصف ثمن فيجب على الراجعين ثمنان ونصف ثمن
بالسوية بينهما لان احدهما ليس باولى من الاخر وقد استويا في
السبب فيجب على كل واحد منهما ثمن وربع ثمن فصار اصل المسيلة
من ثمانية ولما انكسرت السهام بالارباع صار كل ثمن اربعة فيصح
من اثنين ويكسر بضرب مخرج الربع وهو اربعة في اصل المسيلة وهو

ثمانية

ثمانية فخمسة الاثمان ونصف الثمن منه اثنان وعشرون سهما والثمنان
ونصف الثمن منه عشرة اسهم على كل واحد من الراجعين خمسة
اسهم من اثنين وثلاثين سهما فلما وجب على اصل محمد على الراجعين
ثمنان ونصف ثمن فيجب على كل واحد منهما ثمن وربع ثمن ٥ ٥

٥ كتاب ٤٤ القسمة

انما اورد كتاب
القسمة عقيب كتاب الشهادة لان كل واحد منهما لبيان الحق والقسمة
في اللغة اسم للاقتسام كالقدرة للاقتدار وفي الشريعة جمع
نصيب شايع في معين ولها سبب وشرط وركن وحكم اما سببها
فطلب احد الشركا الانتفاع بنصيبه على الخلوص لان الطالب
للقسمة يسال القاضي ان يحضه بالانتفاع بنصيبه وان يمنع
الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي ان يحضه واما شرطها
فان لا يفوت المنفعة بالقسمة ولهذا لا تقسم الحمام والرحا
لان الغرض المطلوب فيها توفير المنفعة فاذا ادت الى فواتها
لم يجبر الحاكم عليها واما ركنها فما يحصل به الافراز والتمييز
بين النصيبين كالمكيل في المكيلات والموزون في الموزونات
والذرع في المذروعات واما حكمها فتعيين نصيب كل واحد منهم
حتى لا يكون لكل واحد منهم نصيب غيره وهي مشروعة في
الاعيان المشتركة بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب
فقوله تعالى ونبيهم ان الماء قسمة بينهم واما السنة فما روي
انه عليه السلام قسم الغنايم والمواريث وقسم خيبر بين اصحابه
وعلي رضي الله عنه نصب عبد الله بن يحيى ليقسم الدور والارضين

ويأخذ عليهما الاجر وعليهما الاجماع ولان الشريك قد لا يمكنه الانتفاع
بنصيبه فمست الحاجة الى القسمة ليصل كل واحد من المنفعة بملكه
اولانه لا يمكنه الانتفاع الا بالتهايؤ فيبطل عليه الانتفاع في بعض
الازمان فكانت القسمة متممة للمنفعة شرعي لا تعري عن معنى
المبادلة ومعنى الافراز وهو الظاهر في المكيلات والموزونات
لعدم التفاوت حتى كان لاحدهما ان يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه
ولو كان ذلك مبادلة لشرط رضاه ولو اشتراه واقتسماه بيع احدهما
نصيبه مرابحة بنصف الثمن ومعنى المبادلة ظاهر في الحيوانات
والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما اخذ نصيبه عند غيبة
الاخر ولو اشتراه واقتسماه لا بيع احدهما مرابحة بعد القسمة
والدليل على ان فيها معنى الافراز والمبادلة ان ما يأخذ كل واحد
منهما يشتمل كل جزء من اجزايه على النصيبين فكان نصف ملكه
ولم يستفد من حبة صاحبه فكان افرازا والنصف الاخر كان
لصاحبه اخذه عوضا عما هو في يد صاحبه من نفسه فكان مبادلة
ضرورة ص وينصب القاضي قاسما عدلا مأمونا عالما بالقسمة
يرزقه من بيت المال والا فباجرة ش ينبغي للقاضي ان ينصب للناس
قاسما عدلا مأمونا عالما بالقسمة انما شرط العدالة والامانة لان
القاضي والمتقاسمين يعتمدون على قوله وذلك بما يطمئن القلوب
اليه وانما شرط العلم بالقسمة لان القدرة على القسمة لا يمكن الا بالعلم
بها وانما كان رزقه من بيت المال لان القسمة من حقوق عمل القضاة
من حيث انه يتم به قطع المنازعة فاشبه رزق القاضي وذلك من

بيت

بيت المال فكذا رزق القاسم ولان بيت مال المسلمين معد لمصالحهم
ومنفعة القسمة لعامة المسلمين فيكون رزق القاسم من مال العامة
لان الغرم بالغنم وان لم يجعل رزقه من بيت المال ينصب قاسما
يقسم باجر على المتقاسمين لان القسمة تشبه القضا كما قلنا وتشبه
ساير الاعمال من حيث انها امر حسي اذ القضا امر شرعي لا حسي فمن
حيث انها تشبه القضا يحرم عليه اخذ الاجر ومن حيث انها
عمل كساير الاعمال الحسية المباحة يجوز اخذ الاجر عليها فعملنا
بالشبهين وان لم يرزق من بيت المال يقدر له القاضي اجرة يأخذها
من المتقاسمين لانه يعمل لهم وانما نقدرها ليلا يطلب زيادة
ويشترط في الاجرة والافضل ان يرزق من بيت المال لانه ارفق
بالعامة وابعد عن تهمة مواضعه القاضي مع القاسم ويجوز للقاضي
ان يأخذ على القسمة اجرا وان كان لا يجوز له القضا الا ترى انه
لا يفترض عليه ان يقسم مباشرة ويفترض عليه مباشرة القضا
ص وهي على عدد الروس وقالا الانصباء ش قال ابو حنيفة اجرة
القسمة على عدد الروس وقالا ابو يوسف ومحمد على قدر
الانصبا لان الاجرة مؤنة الملك فتقدر بقدره كاجرة الكيال والوزان
وحفر البير المشتركة ونفقة المملوك المشترك وحمل الطعام المشترك
وكبنا الجدار المشترك وتطيين السطح المشترك ولان المقصود بالقسمة
ان يتوصل كل واحد منهم الى الانتفاع بنصيبه ومنفعة نصيب
الاكثر اكثر من منفعة الاقل فالغرم بالغنم وهذا نظير رد ايد
العين المشتركة لما كان ما يحصل منها لصاحب الكثير اكثر كانت مؤنة

العين عليه اكثر ولابي حنيفة ان الاجر مقابل بالتمييز وانه لايتفاوت
وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل وقد ينعكس الامر باعتبار
كسور فيه فيتعذر اعتبار النصيب الا تري انه لايتصور تمييز القليل
من الكثير الا بما يعمل فيهما فيتعلق الحكم باصل التمييز لان عمل
الافراز واقع لهما جملة بخلاف ما قاسا عليه امّا الكيل والوزن ان
كان للقسمة قيل هو على الخلاف فلا يرد وان لم يكن لهما فالاجرة
مقابلة بعمل الكيل والوزن لا بالتمييز وعملهما يتفاوت واما حفر
البير فلان الاجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت وامّا نفقة
المملوك للشركة فلانها ابقاء للملك فتتفاوت بتفاوته واما
حمل الطعام فلان الاجر مقابل بالنقل وهو يتفاوت وامّا غسل
الثوب فلان الاجر مقابل بالتنظيف فيتقدر بقدر الملك واما
البنآء والتطيين فلان الاجر مقابل بنفس البنآء والتطيين وهو
مقدر بالمكان وامّا الزرع والبذر فمتولدة من الملك فتستحق بقدر
الملك وروي الحسن عن ابي حنيفة ان الاجر على الطالب للقسمة
دون الممتنع لان الطالب هو المنتفع بالقسمة دون الاخر ص ولا
يجبر الناس على قاسم ش اي لايجبر القاضي الناس على قاسم واحد معين
وهذا اذا لم يقدر اجر لانه يتعدى اجر مثله فيتحكم في طلب الزيادة
وانه ضرر ولايجبرهم على ان يستاجروه لانه لاجبر في العقود فلو رضي
الخصمان ان يحكم بينهما رجل يجوز وكذا اذا تراضيا على ان يقتسم بينهما
ولو اصطلح الشركا واقتسموا بدون رفع الامر الى القاضي جاز الا ان
يكون فيهم صغير او مجنون او غايب فحينئذ يحتاج الامر الى ان يرفع الى

القاضي

القاضي لمضرورة لايتهم عنه ص ويمنعون عن الشركة ش اي ويمنع القاضي
القسام ان يشتركوا لان عند الاشتراك لايخافون الفوت فيتغافلون
في الاجرة وعند عدم الاشتراك يخاف الفوت لسبق غيره فيبادر الى
العمل برخص الاجرة ص واذا حضر شركا في ايديهم عقار ادعوا انه ارث
وطلبوا القسمة فهي موقوفة على البينة بالموت وعدد الورثة وقالا
يقسم باعترافهم ويذكر في كتاب القسمة ذلك كما في غير العقار او
عقار ادعوا شراءه او ملكه مطلقا ش قال ابو حنيفة اذا حضر
شركا عند القاضي وفي ايديهم دار او ضيعة ادعوا انهم ورثوها
من فلان لم يقسمها القاضي حتى يقيموا بينة على موته وعدد ورثته
وقال ابو يوسف ومحمد يقسمها باعترافهم ويذكر القاضي في كتاب
القسمة انه قسمها بقولهم كما في المنقول الموروث وحجة قولهما
ان اليد دليل الملك والاقرار امارة الصدق ولا منازع لهم فيقسمه
بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشترى ودعوى الملك المطلق
اي الذي لم يعين فيه كيفية انتقاله اليهم الا ان القاضي يذكر في كتاب
القسمة انه قسمها بينهم باقرارهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم
حتى لا يعتق امهات الاولاد والمدبرون لعدم ثبوته في حقهم بخلاف
ما اذا كانت القسمة ببينة ولابي حنيفة ان القسمة قضاء على الميت
اذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت زيادة فيها قبل
القسمة تفقد وصاياه فيها بخلاف ما بعد القسمة واذا كان قضاء
على الميت واقرارهم ليس بحجة عليه فلا بد من بينة وقد امكن
ذلك بجعل احدهم خصما عن الميت وغيره عن انفسهم لان الوارث

الطالب واحد لم يقسم ش اي اذا حضر مشتريان في ايديهما دار ادعيا
شراها ومعهما مشتر غايب وطلبا القسمة لم يقسم بطلبهما وان اقاما
بينة على الشرا حتى يحضر الغايب لان الثابت بالشرا ملك جديد
بسبب باشر ولهذا لا يرد بالعيب على بايع بايعه فلا يصلح الحاضر
خصما عن الغايب بخلاف الارث فان ملك الوارث ملك خلافه
حتى يرد بالعيب على البايع فيما اشتراه المورث ويرد عليه بالعيب
فيما باعه هو ويصير مغرورا لشرا المورث فانتصب احدهما
خصما عن الميت فيما في يده والاخر عن نفسه فصارت القسمة
قضا بحضرة الخاصمين وصح القضا لقيام البينة على خصم حاضر
وفي الشرا اقامت على خصم غايب فلا تقبل ولا يقضى عليه وكذا اذا
كان العقار في يد الغايب الوارث لم يقسم وكذا لو كان شيا
منه في يده او يد مودعه او في يد الصبي الوارث لانه لو قسم يكون
قضا على الغايب وعلى الصغير باستحقاق يدهما من غير خصم
عنهما والمودع ليس بخصم فيما يستحق عليه والقضا من غير خصم
لا يجوز ولا فرق في هذه الصورة بين اقامة البينة وعدمها هو
الصحيح وكذا اذا حضر وارث واحد لم يقسم وان اقام البينة
لانه لا بد من حضور خصمين لان الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما
وكذا لا يصلح مقاسما ومقاسما وهذا لان القسمة لا بد فيها من
متقاسمين ولم يوجد فلم يجز القسمة وليس كذلك اذا حضر
الوارثان لان الطالب للقسمة يقوم مقام الميت وحق الغايب
يثبت بطريق التبع اما الواحد فلا يصلح ان يكون مدعيا ومدعى عليه

وعدة الورثة دفع نصيب الطالب
ونصب عن الغايب والصبي
من يقبض نصيبه س اي وعدة
الورثة اذا حضر وارثان عند القاضي
واقاما بينة على الوفاة صح

وعدد الورثة وان حضر مشتريان ومعهما غايب او صبي وبرهنا على الوفاة وعدد الورثة والدار في ايديهما ومعهما وارث غايب او صبي حاضر قسمها بطلب الحاضرين ونصب وكيلا بقبض نصيب الغايب ووصيا بقبض نصيب الصبي لان في ذلك نظرا للغايب والصبي ولا بد من اقامة البينة عند ابي حنيفة في هذه الصورة ايضا لان في هذه القسمة قضا على الغايب والصبي وعندهما تقسم بقولهما على نحو ما مر في الصورة الاولى ويشهد انه قسمها باعتراف الحاضرين فان الغايب او الصغير على حجته ص او مشتريان ومعهما غايب او كان العقار في يد الغايب او كان

الطالب

وعلى هذا التفريع لو كان الحاضر كبيرا وصغيرا نصب القاضي عن الصغير وصيا، وقسم اذا اقيمت البينة واعلم ان القاضي انما ينصب وصيا عن الصغير اذا كان حاضرا اما اذا كان غايبا فلا ينصب عنه وصيا لان الصغير اذا كان حاضرا استوجه المدعي عليه ولكنه يعجز عن الجواب فلصحة الدعوي ينصب عنه من يجيب عنه واما اذا كان غايبا لم تصح الدعوي عليه فلا تحتاج الي نصب من يجيب عنه فلم تدع الضرورة الي نصب الوصي ولو حضر وارث كبير وموصي له بالثلث في التركة واقاما البينة علي الميراث والوصية وطلبا القسمة قسم لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والموصي له عن نفسه فالحاصل ان الموصي له شريك في التركة فكان بمنزلة الوارث فان حضر بنفسه وحده فالقاضي لا يسمع بينته ولا يقسم الدار كما لو حضر واحد من الورثة فان حضر هو مع احد الورثة فالقاضي يسمع بينتهما كما تقدم ص واذا انتفع كل بنصيبه قسم بطلب احدهم ش هذا شروع فيما يقسم وفيما لا يقسم اي اذا كان كل واحد من الشركا ينتفع بنصيبه قسم بطلب احدهم لان القسمة حق لكل واحد منهم وله فيها منفعة فاذا طلبها احدهم اجبر الاخر عليها لحصول المنفعة والفايدة ص وان انتفع واحد لكثرة نصيبه واستضر الاخر لقلته قسم بطلب المنتفع وحده ش اي وان كان احدهم ينتفع والاخر يستضر لقلة نصيبه فان طلب صاحب الكثير قسم كذا ذكر الخصاف وان طلب صاحب القليل لم يقسم اما اذا

كان

كان الطالب للقسمة ينتفع بنصيبه فهو يطالب بحق ثابت له فصحت مطالبته ولا يعتد باستضرار الآخر لانه يريد ان ينتفع بملك شريكه وللانسان ان يمنع غيره من الانتفاع بملكه واذا طلبها الذي يستضر فلا منفعة له في القسمة فيكون متعنتا فلا تصح دعواه وحكي عن الخصاف عكس هذا لان صاحب الكثير يريد الاضرار بغيره والاخر رضي بضرر نفسه والاصح ما ذكره الخصاف لان القاضي يجب عليه ايصاله الي مستحقه وفي طلب صاحب الكثير ذلك ولا يلزمه ان يجيبه الي اضرار انفسهم وفي طلب صاحب القليل ذلك ص وان استضروا بتراضيهم ش اي وان كان كل واحد بعد القسمة يتضرر لقلة نصيبه وصغره لا يقسم لاجل تراضيهم وذلك مثل البير والرحا والحمام لان الجبر علي القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويته فيعود علي موضوعه بالنقض وهذا لان الطلب للقسمة متعنت ويجوز بالتراضي لان الحق لهم وهم اعرف بشانهم ولكن القاضي لا يباشر ذلك وان طلبوا منه لانه لا يشتغل بما لا يفيد ولا سيما اذا كان فيه اضرار واضاعة مال لان ذلك حرام ولا يمنعهم من ذلك لان القاضي لا يمنع من اقدم علي اتلاف في الحكم وهذا من جملته

فصل ٤٥

ص ولا تقسم العروض المتخذة للجنس ولا يقسم المختلفة الا بالتراضي ش اي اذا كانت العروض من صنف واحد وطلب احد الشركا قسمتها وابي الاخرون قسمها القاضي جبرا لان اعتبار العادلة في المنفعة والمبادلة ممكن في اتحاد الجنس لاتحاد المقصود

ان امتنع

فيه فيقع تمييز افيملك القاضي الاجبار ولا تقسم في الاجناس المختلفة
جبرا قسمة جمع بان تجمع نصيب احدهما في الابل ونصيب الاخر في البقر
لان في ذلك تفويت جنس المنفعة على الاتي لان قبل القسمة كان له
منفعة في الجنسين جميعا وبعد القسمة تفوته منفعة احدهما فلم
تقع القسمة تمييز ابل معاوضة وسبيل ذلك التراضي ص والرقيق لا
تقسم كالجواهر ش قال ابو حنيفة لا تقسم الرقيق وقالا تقسم كما تقسم
سواه من عروض او غيرها لاتحاد الجنس والتفاوت في الجنس الواحد
لا يمنع القسمة كما في الابل والغنم ولهذا تقسم بين الغانمين في الغنيمة
ولابي حنيفة ان التفاوت فيه فاحش لتفاوت المعاني الباطنة
كالذكاء والكياسة يوضحه ان المقصود من القسمة تمييز الحقوق
وتعديل الانصبا من غير تفاوت وذلك لا يتاتى في الادمي للتفاوت
في المعاني الباطنة وهذا ظاهر لا ينكره عاقل يدل عليه قول
بعضهم ما رأيت في الدنيا اشد تفاوتا من الناس حتى عد الفا بواحد
وقول الاخر الارب فرد يعدل الالف زايدا والف تراهم لا يساوون واحدا
بخلاف سائر الحيوانات فان التفاوت بينهما عند اتحاد الجنس قليل
الا ترى ان الذكر والانثى في سائر الحيوانات جنس واحد وهما جنسان
مختلفان في بني آدم فلا يجوز القياس ولا تشبه قسمة الرقيق بين
الشركا قسمتهم بين الغانمين لان جميع الاجناس المختلفة تقسم
في الغنيمة لان حق الغانمين في المالية وحق الشركا يتعلق بالعين
والمالية جميعا وهذا الخلاف فيما اذا كان الرقيق وحده ليس معهم
شي اخر من العروض وهم ذكور فقط او اناث فقط واما اذا كانوا مختلطين

بين

بين الذكور والاناث لا تقسم بالاجماع لان الذكور والاناث من بني آدم
جنسان لاختلاف المقاصد على ما عرف فلا تقسم الجنسان وان كان
معهم شي اخر مما يقسم جازت القسمة فيهم تبعا لغيرهم بالاجماع
ويجبر القاضي بطلب البعض وكم من شي يدخل تبعا ولا يدخل قصدا
كالشرب والطريق يدخلان في بيع الارض تبعا ولا يجوز بيعهما منفردين
وانما قال كالجواهر لان الصحيح ان الجواهر لا تقسم جبرا في قولهم
جميعا ووجهه ان التفاوت فيها فاحش فكانت حكمها اشد فامتنع
التعديل يدل عليه انه لو تزوج امراة على لولوة او ياقوتة تبطل
القسمية وتجب مهر المثل ولو تزوجها على عبد صحت التسمية
ويخير الزوج بين اعطائها عبدا وسطا وبين دفع قيمته ص ولا تقسم
حمام ولا بير ولا رحى ش اي لا تقسم القاضي هذه المذكورات جبرا
الا ان يتراضا الشركا وكذلك الحايط من الدارين لان كل قسمة
اشتملت على الضرر من الطرفين لا يبقى منتفعا به مقصودا فلا
تقسم الا بالتراضي لان الحق لهم وهم اعرف بحالهم ولهم ان يقدموا
على الضرر طوعا منهم قال في غاية البيان هذا في الحمام الصغير
الذي لا ينتفع به اذا اقتسم انتفاع الحمام فاما اذا بقي نصيب كل واحد
منهما بعد القسمة منتفعا به انتفاع ذلك الجنس فانه يقسم لانعدام
الضرر الا ان يتراضوا على القسمة لانهم رضوا بتحمل الضرر في الحمام
الصغير انتهى وكذا كل ما كان في تفريقه ضرر لكل واحد منهما
لا يجوز قسمته بغير تراض منهم كاللولوة والياقوتة والزمردة والثوب
الواحد والسرج والقوس والمصحف والخيمة والبيت الصغير والحيوان

الواحد وكذلك الباب والساجة والخشبة اذا كان في قطعها ضرر
وان كانت الخشبة كبيرة يمكن تعديل القسمة فيها من غير ضرر جازت
والنهر والقناة والعين اذا كان في القسمة ضرر فالقاضي لا يملك
الجبر على الاضرار فان كان مع النهر والقناة والعين والبير ارض
قسمت الارض وتركت البير والقناة على الشركة واما اذا كانت انهار
الارضين متفرقة او عيونا او ابارا قسمت الابار والعيون لانه
لا ضرر في قسمتها ص والدور المشتركة في مصر تقسم كل على حدة كذا د
وضيعة او دار وحانوت واجاز قسمة بعضها في بعض ان كان اصلح
ش قال ابو حنيفة اذا كان لرجلين داران في مصر واحد وطلبا
من القاضي قسمتهما فانه يقسم كل دار منهما على حدة ولا يقسمهما قسمة
واحدة تجمع في احدهما نصيب احدهما الا بتراضيهما وقال ابو يوسف
ومحمد اذا راى القاضي ان قسمة بعضها في بعض اصلح لهما قسمها بينهما كذلك
لما ان الدور جنس واحد اسما وصورة واجناس معنى لاختلاف
المقاصد فيفوض الامر الى القاضي ليرجح احد الوجهين على الاخر ولابي
حنيفة ان الدور اجناس مختلفة لان المقصود يختلف باختلاف
المحال والجيران والقرب الى المسجد والما اختلافا فاحشا الا ترى
انه لو وكله بشرا دار لم يجز كما لو وكله بشرا ثوب وكذلك لو تزوجها
على دار لم يجز كما لو تزوجها على ثوب فلا يمكن التعديل في القسمة
فلا يجوز جمع نصيب كل واحد منهم في دار الا بالتراضي فصار الكدار
وضيعة او دار وحانوت في قسمة كل واحد منهما على حدة ولا يقسم
الكل قسمة واحدة لان الدار مع الضيعة والدار مع الحانوت جنسان

والجامع

والجامع بين المقيس والمقيس عليه الحاق الاختلاف المعنوي بالاختلاف
الصوري فان التفاوت المانع من القسمة والتعديل لا يختلف باختلاف
التفاوت في الصورة والمعنى والداران استويتا في الايوا ودفع اذى
الحر والبرد ولكن تختلفان في حفظ الامتعة وقد ذكر الخصاف
ان الدار والحانوت جنسان كما هو المذكور في المختصر وقال في
اجارات الاصل ان اجارة منافع الدار بالحانوت لا يجوز وهذا يدل
على انهما جنس واحد فيجعل في المسئلة روايتان او تبتني حرمة
الربا في اجارات الاصل على شبهة المجانسة فان حرمة الربا تثبت بها
ولو كانت داران في مصرين قسم كل واحدة وحدها بالاجماع ص فان
تراضوا بقسمتها فهي بيع ش قال ابو حنيفه اذا تراضا الشركا
ان يقتسموا الدور بينهم فذلك بيع يعني كان احدهما باع نصيبه
من تلك الدار من شريكه بنصيبه من هذه الدار وقال
ابو يوسف ومحمد اذا راى القاضي ان الاصلح قسمتها جملة قسمها
بينهم بتراضيهم ولم يكن ذلك بيعا لان القاضي يملك هذه القسمة
بغير تراضيهم عندهما ص وان وجد المشتري نصيب احدهما معيبا
بعد بنايه ورجع بنقصانه فرجوعه على شريكه متنف ش قال
ابو حنيفة اذا اقتسم الشريكان دارا فباع احدهما نصيبه من
رجل فبنى فيه المشتري ثم وجد به عيبا فلم يتمكن من الرد
بسبب هذه الزيادة فرجع بنقصان العيب عليه لم يرجع هو على
شريكه بما ضمن للمشتري وقال ابو يوسف ومحمد يرجع عليه وهذه
المسئلة مبنية على الاختلاف في مسئلة الدعوى اذا باع رجل جارية

ثم باعها المشتري من اخر فاستولدها المشتري ثم استحقها رجل فاخذها
واخذ قيمة الولد رجع علي البايع بالثمن وبقيمة الولد والبايع يرجع علي
بايعه بالثمن عند الامام وعندهما يرجع به وبقيمة الولد وقد مرت
في الفصل الاخير من الدعوي بادلتها ص وان استحق بعض معين
من نصيب احدهما لم تفسخ او شايع في الكل فسخت او في نصيب
احدهما فله الرجوع في نصيب الاخر وقالا تفسخ ووافق في الاصح
ش اياذا استحق بعض نصيب احدهما معينا هنا ثلاث مسايل
احداها استحقاق بعض معين في احد النصيبين او فيهما جميعا
والثانيه استحقاق بعض شايع في النصيبين والثالثه استحقاق
بعض شايع في احد النصيبين ففي الاولي لا تفسخ القسمه بالاتفاق
وفي الثانيه تفسخ بالاتفاق وفي الثالثه لم تفسخ عند ابي حنيفه
وتخير ان شاء رجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه وان شاء رد ما
بقي واقتسمها ثانيا وقالا ابو يوسف ومحمد تفسخ هكذا روي
ابو سليمان ان محمدا مع ابي يوسف وروي ابو حفص ان محمدا مع
الامام وهو الصحيح ولهذا قال في المتن ووافق في الاصح وصورة
المسيلة اذا اخذ احد الشريكين الثلث المقدم من الدار والاخر
الثلثين من الموخر وقيمتهما سواء بان يكون قيمة الدار الفا ومايتي
درهم وقيمة الثلث المقدم مية درهم وقيمة ما بقي مثله
ثم استحق نصف الثلث المقدم فعنده ان شاء نقض القسمة
ودفع العين للشقيص وان شاء رجع علي صاحبه بربع ما في يده
لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده وهو ثلثمية درهم

فاذا

فاذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع وقيمته مية وخمسون
اعتبارا للجزء بالكل فيصير في يد كل من الشريكين اربعمايه وخمسون
درهما والمجموع تسعمايه وهو ثلاثة ارباع الف ومايتين وقال
ابو يوسف ينقض القسمة وما بقي بينهما نصفين لابي يوسف ان
باستحقاق بعض شايع ظهور شريك ثالث لما في الدار والقسمة
بدون رضاه باطلة لان موضوع المسيلة فيما اذا تراضيا علي
القسمة لانه اعتبر القيمة فيها فلابد من التراضي ضرورة اذا
استحق بعض شايع في النصيبين في انعدام معني القسمة وهو
الافراز اما فيما ظهر فيه الاستحقاق فواضح واما في النصيب
الاخر فلانه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الاخر شايعا بخلاف
المعين فان باستحقاق بعض معين يبقي الافراز فيما قدر به
لكنه يتخير ان شاء نقض القسمة من الاصل لانه ما رضي بها
الا علي تقدير المعادلة وقد فاتت ولما ان معني الافراز لا ينعدم
باستحقاق جزء شايع في نصيب احدهما لانه لا يوجب الشيوع في
نصيب الاخر ولهذا جازت القسمة علي هذا الوجه في الابتدا بان
كان دار بين اثنين والنصف المقدم منها مشترك بين ثلاثة نفر
والنصف المقدم من هذا النصف لواحد منهم والنصف الاخر
بين اثنين علي التسوية والنصف الاخر بين هذين الاثنين علي التسوية
ايضا فاقتسم الاثنان علي ان ياخذ احدهما نصيبهما من المقدم وربع
الموخر واذا جاز ابتدا جاز انتهاء بالطريق الاولي فصار كاستحقاق
بيت معين في عدم انتفاء معني الافراز بخلاف الشايع في النصيبين

فانه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفريق نصيبه في النصيبين

في كيفيه وحـ

اما هنا فلا ضرر للمستحق **فصل عمل في دعوي الغلط**

لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم شرع في كيفية القسمة فيما يقسم فالكيفية صفة تابعة للموصوف ص وينبغي ان يصور ما يقسمه ويعدله ويدرعه ويقوم بناءه ويفرد كل نصيب بطريقه وشربه ويلقب نصيبا بالاول والاخر بالثاني وهلم جرا ويقرع فمن خرج اسمه اولا اخذ الاول وهكذا ش اي ينبغي للقاسم ان يفرز بين الانصبا وذلك بان يصور ما يقسمه على قرطاس ليمكنه حفظه ويرفعه الى القاضي حتي يتولي الاقراع بينهم بنفسه ان امكن واراد ذلك ويعدله اي يسويه علي سهام القسمة بان يعطي كل نصيبه لصاحب الثلث الثلث ولصاحب الربع الربع وهذا هو المراد من التسوية ويروي يعزله مكان قوله ويعدله اي يقطعه بالقسمة عن غيره ويدرعه ليعرف قدره ويقوم البناء وما يحتاج اليه في الاخر لان القسمة لتعديل الانصبا ولا يجعل التعديل الا بتقويم البنا لان قيمة اكثر من قيمة الساحة غالبا وتقسم الساحة بالدرع والبناء بالقيمة لان قدر الساحة يعرف بالدرع والمالية بالتقويم ولا بد من معرفتهما ليمكنه التسوية في المالية ويفرد كل نصيب عن الاخر حتي ينقطع المنازعة علي التمام فيقول هذا لك وهذا له وان اقرع بعد الافراز كان احسن نفيا لتهمة الميل وتطييبا للقلوب واستعمال القرعة عند الاستواء في سبب الاستحقاق احتراز عن تهمة الميل الي البعض جائز اما اثبات الاستحقاق بالقرعة

ابتدا

٢٠١

ابتدا فليس بجائز وليفرد كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه بثبات الافضل حتي لا يكون لنصيب بعضهم بنصيب الاخر تعلق يستحق فيه معني التميز فان لم يفرز الطريق او لم يمكن جاز ويلقب نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني والذي يليه بالثالث وهلم جرا وجرا منصوب علي الحال عند البصريين اي مجاريا من متبتين او منصوب علي المصدر عند الكوفيين ومعناه جروا جرا ثم يكتب اساميهم ويخرج القرعة واستعمال القرعة بان يجزي انصبا الشركا اولا ثم يلقب نصيبا منها بالاول وآخر منها بالثاني وآخر منها بالثالث ليتمكن من الالزام عند خروج قرعة كل واحد منهم ثم يخرج القرعة من كمه بعد خلطتها فايهم خرجت قرعته اولا ياخذ ما اصابه من القسمة من النصف الاول ومن خرج ثانيا ياخذ من النصيب الثاني ومن خرج ثالثا فمن النصيب الثالث كما اذا كان لاحد نصف ولاخر ثلث ولاخر سدس فيلقب النصف بالاول والثلث بالثاني والسدس بالثالث فان خرج السدس اولا يدفع اليه من السهم الاول ثم اذا خرج النصف ثانيا يدفع اليه من السهم الثاني ويتم النصف مما عليه للاخر وكذلك الثلث واذا اقرع بينهم ينبغي ان يقول لكل واحد ومن خرجت قرعته اولا اعطينه من هذا الجانب والذي يليه في الخروج بجنب نصيب الاول قال الكرخي قال ابو حنيفة القرعة في القياس لاستقيم ولكنا تركنا القياس واخذنا بالاثر

وهذا بيان الافضل صح

وجه القياس انه تمليك بخطر فيكون في معني القمار الا تري ان ما تخرج لكل واحد منهم بالقرعة يملكه وينقطع عنه حق الباقين والقرعة

لانقح في اسقاط الحقوق واجاب الملك وجه الاستحسان ان النبي صلى الله
عليه وسلم كان يقرع بين نسائه اذا اراد السفر تطييبا للقلوب
ولان السلف استعملوها في القسمة من غير نكير ثم القول القرعة هنا
ليست في معنى القمار لان ثمه اصل الاستحقاق يتعلق بما يستعمل فيه
وهنا ليس كذلك لكون الاستحقاق ثابتا لكل واحد قبل خروج القرعة
الا ترى ان القاضي لو قاب عدلت في القسمة بدون استعمال القرعة
فخانت هذا الجانب وصاحبك هذا الجانب جاز وانما استعملها
ازاحة للتهمة وتطييبا للقلوب الا ترى ان زكريا عليه السلام حين
جعل القرعة مع الاحبار في ضم مريم الى نفسه مع علمه بكونه احق بها
لكون خالتها عنده تطييبا لقلوبهم ص ولا يدخل الدراهم فيها الا
بالتراضي ش اي لا يدخل القاضي او القاسم الدراهم في القسمة الا
بتراضيهم لان الذي يعطي الدراهم يتعجل استيفاء زيادة النصيب
من الدار وتكون الدراهم في ذمته فيجوز ان يسلم لحصه وان لا يسلم
معناه ان احدهما يصل الى عين الدار ودراهم الاخر في ذمته وقت
القسمة وربما يتوى ذلك اي يهلك عليه ولا يسلم له فيفوت
التعديل فلا يجوز للقاضي ان يتعجل ذلك ولان القسمة من حقوق
الاملاك المشتركة في الشركة بينهم في الدار لا في الدراهم فلا تجوز قسمة
ما ليس بمشترك الا برضاهم لانه قد لا يمكن القسمة الا بان يعدل
بالدراهم فحينئذ يكون بالتراضي ص واذا اقتسموا لاحدهم مسيل او
طريق في ملك الاخر غير مشروط فان امكن صرفه صرف والا فسخت
ش اي اذا اقتسم بينهم ولاحدهم طريق او مسيل في نصيب الاخر

لم يشترط في القسمة فان امكن صرف الطريق والمسيل عنه ليس له
ان يستطرق ويسيل في نصيب الاخر وان لم يمكن فسخت القسمة لان
القسمة مختلة لبقاء الاختلاط فان القسمة افراز الانصباء على وجه ينتفع
كل واحد بنصيبه فاذا لم يكن لاحدهم طريق او مسيل في نصيبه يحتاج
الى اختلاطه بصاحبه ليكون له طريق او مسيل وهذا خلاف القسمة
فتفسد ويتعين الفسخ والاستيناف لنفي ضرر الاختلاط ص وذراع
من سفل لا علو له مقسوم بذراعين من علو لا سفل له ويسوى
وشرط القسمة بالقيمة وهو المذهب ش قال محمد اذا كان سفل
لا علو له وعلو لا سفل له وسفل له علو قوم كل واحد على حدته ويقسم
بالقيمة وقال ابو حنيفة وابو يوسف يقسم بالذراع لمحمد ان السفل
يصلح لما لا يصلح له العلو كالبيوت والاصطبل وغيرهما فصارا كالجنسين
فلا يمكن التعديل الا بالقيمة ولابي حنيفة وابي يوسف ان القسمة
بالذرع هي الاصل في المذروع والكلام فيه والمعتبر التسوية في اصل
السكنى لا في المرافق ثم اختلف ابو حنيفة وابو يوسف في كيفية
القسمة بالذرع فقال ابو حنيفة ذراع من سفل بذراعين من علو
وقال ابو يوسف ذراع بذراع قيل اجاب كل واحد منهم على عادة اهل
عصره وبلده فكان عادة اهل الكوفة تفضيل السفل على العلو فاجاب
ابو حنيفة كذلك وعادة اهل بغداد التسوية بينهما فاجاب
ابو يوسف كذلك ومحمد راى عادات البلاد مختلفة فاعتبر القيمة
وهو اختيار القدوري والمصنف حيث قال وهو المذهب
قال صاحب الهداية وعليه الفتوى وكذا في المبسوط والذخيرة

والمحيط وقيل هو اختلاف حجة فابو حنيفة يقول لصاحب السفل
منافع كثيرة وهو يبقي ايضا بعد انهدام العلو والعلو لا يبقي بعد انهدام
السفل فكانت منفعته بضعف منفعة العلو ولصاحب السفل
منفعة واحدة وهي السكني فيعتبر ذراع من السفل بذراعين من العلو
وابو يوسف يقول هما مستويان في الانتفاع فان لكل واحد من
صاحب السفل والعلو ان يفعل ما لا يضر بالآخر حتي كان لصاحب
السفل ان يحفر اذا لم يضر بصاحب العلو ولصاحب العلو ان يبني
اذا لم يضر بصاحب السفل واذا لم يضر احدهما بالاخر استويا في
الانتفاع فيستويان في القسمة ومحمد يقول السفل والعلو بنا
والمعادلة في قسمة البنا بالقيمة لان في بعض البلدان قيمة العلو
اكثر مما في مكة ومصر وفي بعضها قيمة السفل اكثر مما في الكوفة
وفي موضع يكثر المذاوة فيه والشيخ يختار السفل فيه وربما يختلف
ذلك ايضا باختلاف الاوقات كالصيف والشتا فلا يمكن اعتبار
المعادلة فيهما الا بالقيمة ثم قول محمد لا يحتاج الي تفسير وتفسير قول
ابي حنيفة ان يجعل بمقابلة شي من العلو المجرد قدر ثلاثة من
البيت الكامل لان السفل عنده ضعف العلو فيقابل السفل من
البيت الكامل فاستويا ويجعل شي من السفل المجرد قدر ثلثه
من البيت الكامل لان السفل منه مثل السفل المجرد فلا يتفاوتان
فيبقي الثلث من السفل المجرد بمقابلة العلو من البيت الكامل ويجعل
بمقابلة شي من العلو المجرد قدر نصفه من السفل المجرد لان السفل
يقابل ضعفه من العلو وتفسير قول ابي يوسف ان يجعل بمقابلة شي

من السفل

من السفل المجرد او من العلو المجرد نصفه من البيت الكامل فيقابل نصف
العلو ونصفه الآخر السفل لاستوا السفل والعلو عنده ويجعل
بمقابلة شي من السفل المجرد قدر من العلو المجرد لما ذكرنا ص وتقبل
شهادة القاسمين باستيفا بعض الورثة ورد ها ش قال محمد وهو
قول ابي يوسف اولا ذكر الطحاوي رجوعه الي قول ابي حنيفة اذا انكر
بعض الشركا بعد القسمة نصيبه وشهد القاسمان انه استوفي
حقه لا تقبل وقالا تقبل لمحمد انهما شهدا علي فعل انفسهما لتصحيح
قبضهما فكانا متهمين فلا تقبل شهادتهما كمن علق عتق عبده
بفعل رجلين فشهدا بذلك فانها لا تقبل ولهما ان فعلهما القسمة
وهما لا يشهدان علي ذلك وانما يشهدان علي القبض والاستيفا
وذلك فعل غيرهما وقال الطحاوي اذا اقتسما باجر لا تقبل
شهادتهما بالاتفاق والتهمة لبعض المشايخ لانهما يدعيان ايفا
عمل استوجرا عليه فكانت شهادة صورة دعوي معني فلا
تقبل قال المصنف في شرحه والاصح من المذهب انها تقبل
لانهما عدلان ولهذا اطلق في المختصر لفظة القاسمين ولم يقيدهما
بالاجر ولا بعدمها وذكر الخصاف في ادب القاضي ان قول محمد كقولهما
ص ولو ادعي احدهم غلطا وان شيا مما اصابه في يد الاخر بعد
ان شهدا بالاستيفاء لم يصدق الا ببينة ش لما فرغ من كيفية
القسمة شرع في دعوي الغلط اي اذا ادعي احد الشركاء الغلط
في القسمة وزعم ان شيا مما اصابه في يد صاحبه وقد اشهد علي
نفسه بالاستيفاء لم يصدق علي ذلك الا ببينة لان القسمة

من العقود اللازمة ومدعي الغلط يدعي حق الفسخ لنفسه بعد تمامها
فلا تقبل الا بحجة وان لم تقم بينة استحلف الشركاء لانهم لو اقروا
بذلك لزمهم فاذا انكروا حلفوا عليه ومن حلف منهم لم يكن له عليه
سبيل ومن نكل عن اليمين جمع نصيبه مع نصيب المدعي وقسم
على قدر انصبائهم لان الناكل كالمقر في حقه واقراره حجة على نفسه
لا على غيره قال صاحب الهداية ينبغي ان لا تقبل دعواه اصلا للتناقض
يعني ان البينة تترتب على الدعوى الصحيحة والدعوى لم تصح
مع التناقض لانه اقر رباستيفاء حقه ثم ادعى انه لم يستوف
واعتذر بعضهم عن هذا وقال التناقض عفو في موضع الخفاء
كالعبد يدعي الحرية بعد اقراره بالرق ص وان قال استوفيت
لكن اخذت بعضه كان القول لخصمه ش اي اذا قال احد المتقاسمين
قد استوفيت حقي لكن انت اخذت بعضه فالقول قول خصمه مع
يمينه لانه ادعى عليه العصب وهو ينكر والقول قول المنكر ولا
تناقض في دعواه فلهذا يجب على المنكر اليمين الا ان يقيم المدعي
البينة فان حلف المنكر برئ والقسمة ماضية وان نكل يقضي عليه
بالنكول وتعاد القسمة ص او اصابتي الى موضع كذا ولم يسلمه الي
ولم يشهد بالاستيفاء وكذبه الآخر تحالفا وفسخت القسمة ش اي
اذا قال احد المتقاسمين اصابتي من قسمتي الى موضع كذا فلم يسلمه
الي والحال انه لم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا
وفسخت القسمة لان الاختلاف في مقدار ما اصاب كل واحد منهما ن
بالقسمة فصار كالاختلاف في مقدار المبيع فوجب التحالف اذا كان

المبيع قايما فكذا في القسمة يتحالفان اذا كان المقسوم بعينه قايما والله اعلم

كتاب الاكراه

الاكراه لغة حمل المكره على ما يكرهه يقال اكرهته على كذا اي حملته
عليه وهو كاره وفي الشرع هو فعل يفعله الانسان بغيره فيزول به
الرضا او يفسد به اختياره مع بقاء اهليته والمكره معني قايم بالمكره
وهو ينافي المحبة ولهذا يستعمل احدهما مقابلا للاخر قال تعالى
وعسى ان تكرهوا شيئا الآية وعسى ان تحبوا شيئا وهو شر لكم وشرطه
ان يكون المكره قادرا على ايقاع ما هدد به وان يغلب على ظن المكره
ان يوقع به ذلك ان لم يفعل وحكمه اذا حصل به انه لا يزول ان ينتقل الفعل
الى المكره فيما يحتمل ان يكون المكره آلة للمكره فيجعل كانه فعله بنفسه
على ما يجي تفاصيله ص ويثبت حكمه اذا حصل من قادر على ايقاع ما
توعد به مطلقا او خاف المكره وقوعه ش اي يثبت حكم الاكراه اذا حصل
من قادر على ايقاع ما توعد به سلطانا كان او لصا وهو معنى الاطلاق
في المختصر وخوف المكره وقوع ما هدده به لان الاكراه فعل يفعله
المرء بغيره فينتفي به رضاه ويفسد به اختياره مع اهليته وذلك
لا يتحقق الا من القادر على ما يجي عند خوف المكره تحقيق ذلك لانه بالتهديد
من القادر والخوف منه على نفسه يصير ملجا طبعا وبدونهما لا يصير
ملجا فلا يثبت حكمه قالوا يعتبر في الاكراه معنيان في المكره وهو تمكنه
من ايقاع ما هدد به ومعنى في المكره وهو ان يغلب على ظنه ان المكره
يوقع ما توعد به فان غلب ظنه انه لا يفعل به لم يكن اكراها ومعنى فيما
اكره به وهو ان يكون متلفا ما لا او عضوا او موجبا ما يعدم به الرضا

باعتباره ومعنى فيما اكره عليه وهو اما ان يكون حقه او حق الشرع او حق آدمي
آخر والسلطان وغيره عند تحقق القدرة سيان عندهما وما روي عن
ابي حنيفة من ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان محمول على ما شاهده
في زمانه من ان القدرة لم تكن في ذلك العصر الا للسلطان فاجاب
على ما شاهده ثم بعد ذلك تغير حال اهل زمانه وفي زمانهما كان
لكل مفسد متلصص قدرة على ذلك لفساد الزمان فافتيا على ما شاهداه
فقد حكي ان ابا جعفر الدوانيقي كان واليا في زمان ابي حنيفة وكان
ياخذ اموال الناس حتى عزت الدراهم والدنانير فيما بين الناس
ورخص اسعار الاشياء ولم ير للرعية غلبة وتسلطا فافتى على حسب
ما عاين وفي زمان ابي يوسف ومحمد مات ابو جعفر وصار الامر الى كل
متغلب فتحقق الاكراه من الكل والفتوى على قولهما اذ ليس فيه
اختلاف يظهر في حق الحجة ولهذا اطلق في المختصر ولم يعتبر
رواية المنظومة لما قلنا ص واذا اكره على بيع او شرا او اجارة او
اقرار بقتل او ضرب شديد او حبس فعل خير بين امضائه وفسخه
ش اي اذا اكره على بيع ماله او شرا سلعة او اجارة داره او باقرار
بمال بقتل او بضرب شديد او بحبس مديد فهو اكراه يترتب عليه
الحكم لان الاكراه الملجي وغير الملجي يعدم بان الرضا والرضا شرط صحة
هذه العقود قال تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم فيفسد عند
فوات الرضا وان اكره بضرب سوط او حبس يوم او قيد يوم لم يكن اكراها
لان ذلك لا يبالي بمثله عادة فلا يعدم الرضا وهو شرط لثبوت حكم
الاكراه الا اذا كان الرجل ذا منصب يعلم انه يستضر بذلك فيكون

مكرها

فتوى

مكرها بمثله وقدر الضرب ما يجد به الالم وقدر الحبس ما يحدث به
الاغتمام وليس في ذلك حد لا يزاد عليه ولا ينقص منه لان نصب
المقادير بالرأي ممتنع بل يكون ذلك مفوضا الى رأي الامام لانه يختلف
باختلاف احوال الناس فمنهم من لا يتضرر الا بالضرب ومنهم من
يتضرر بادنى شيء كالشرفاء والرؤساء فانهم يتضررون بضرب سوط
او بعرك اذن لا سيما في ملا من الناس او بحضرة السلطان فيثبت
في حقه الاكراه بمثله لان فيه هوانا وذلا اعظم من الالم والاكراه
بحبس الوالدين والاولاد لا يعد اكراها لانه ليس بملجئ ولا معدم
للرضا بخلاف حبس نفسه فان فعل ما دعي اليه ثم زال الاكراه
بما ذكرنا فهو بالخيار ان شاء امضى البيع وان شاء فسخ لان من شرط
صحة هذه العقود التراضي لما ذكرنا من الآية والاصل في ذلك
ان تصرفات المكره اذا كانت قولا لا تستحقه عندنا الا ان ما يحتمل
الفسخ كالبيع والاجارة يفسخ وما لا يحتمل الفسخ منه كالنكاح والطلا
ق والعتاق والتدبير والاستيلاد لازم وتمامه في الاصول ص
وان قبض الثمن او سلم المبيع لا الهبة طوعا كان امضاء ش اي اذا قبض
الثمن طايعا فقد اجاز البيع لان قبض الثمن من البايع باختياره دلالة
الاجازة كما في البيع الموقوف اذا قبض الثمن فانه يكون اجازة ودلالة
الاجازة تقوم مقام الاجازة وكذا اذا سلم البايع المبيع طايعا بان كان
الاكراه على البيع لا على الدفع لانه دلالة الاجازة بخلاف ما اذا اكرهه
على الهبة ولم يذكر الدفع فوهب مكرها ودفع طايعا حيث يكون
العقد فاسدا ويوجب الملك بعد القبض كالهبة الصحيحة

بناء على اصلنا ان فساد السبب لا يمنع وقوع الملك بالقبض فان
تصرف فيه نفذ تصرفه وعليه ضمان قيمته والفرق بين الهبة
والبيع ان مقصود المكره ما يتعلق به الاستحقاق لا مجرد اللفظ
فما يتعلق به الاستحقاق في الهبة القبض وفي البيع العقد فكان
الاكراه في الهبة اكراها على الدفع دون البيع نظرا الى مقصود المكره
وهو حمله على شيء يتعلق به الاستحقاق وازالة الملك ليتضرر به
المكره ويعتبر ذلك في اصل الوضع لان البيع وضع لافادة الملك في
الاصل وان كان في الاكراه لا يفيد لكونه فاسدا والهبة لا تفيد
الملك قبل القبض باصل الوضع وتفيد بعده سواء كانت صحيحة او فاسدة فينصرف الاكراه في كل منهما الى ما يستحق به منه في اصل وضعه
ص وان قبضه مكرها رده ان كان قايما ش اي اذا قبض البايع الثمن
مكرها فليس ذلك باجازة وعليه رد الثمن ان كان قايما في يده
لفساد العقد بالاكراه وان كان هالكا لا ياخذ منه شيا لان الثمن
كان امانة في يد المكره لانه اخذه باذن المشتري والقبض متى كان
باذن المالك انما يوجب الضمان اذا كان للتمليك وهنا لم يكن كذلك
لانه كان مكرها على قبضه ص وان هلك المبيع في يد مشتر غير مكره
ضمن قيمته ويضمن المكره المكره ان شاء ش اي وان هلك المبيع في يد
المشتري وهو غير مكره والبايع مكره ضمن قيمته للبايع لانه قبضه
بحكم عقد فاسد لعدم الرضا فكان مضمونا عليه بالقيمة ثم
المكره بالخيار ان شاء ضمن المكره لانه اله له فيما يرجع الى الاتلاف
وان لم يصلح لان يكون اله له في حق التكلم لعدم الصلاحية لان التكلم

بلسان

بلسان الغير لا يمكن فصار كانه دفع مال البايع الى المشتري وان شاء ضمن المشتري
لان الهلاك حصل عنده فكان كل واحد منهما احدث سببا للضمان فيتخير
ايهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب لان المكره كالغاصب فان ضمن المكره
رجع على المشتري بقيمته لانه باداء الضمان ملكه فقام مقام المالك المكره
فيكون ماله كماله من وقت وجود السبب بالاستناد ولو ضمن المشتري تبين
ملكه فيه ولا يرجع على المكره كما لا يرجع غاصب الغاصب على الغاصب اذا ضمن
ولانه ملكه بالشراء والقبض لانه اشتراه وهو مبيع حقيقة من كل وجه
غير ان نفوذه توقف على اسقوط حق المكره في الفسخ فاذا ضمنه قيمته
نفذ ملكه فيه كساير البياعات الفاسدة ولو كان المشتري باعه من آخر
وباع الاخر من آخر حتى تداولته البياعات نفذ الكل بتضمين الاول
وله ان يضمن من شاء من المشترين فايهم ضمنه ملكه وجازت البياعات
التي بعده وبطل ما قبله بخلاف ما اذا اجاز المكره احد هذه البياعات
حيث تجوز الكل ما قبله وما بعده ويأخذ هو الثمن من المشتري الاول
لان البيع كان موجودا والمانع من النفوذ حقه وقد زال المانع بالاجازة
فجاز الكل كالراهن والاجر اذا باع الرهن او العين المستاجر فانه يتوقف
لاجل حق المرتهن والمستاجر فاذا اجاز نفذ البيع من جهة المباشر
والمخير يكون مسقطا لحقه لان يكون ملكا باجازته واما اذا ضمنه
فانه لا يسقط حقه لان اخذ القيمة كاسترداد العين فتبطل البياعات
التي قبله ولا يكون اخذ الثمن استردادا للمبيع بل اجازة فافترقا وهذا
بخلاف ما اذا اجاز المالك احد بيوع من باعه الفضولي حيث لا يجوز الا
الذي اجازه المالك ولا يجوز ما قبله ولا ما بعده لان كل واحد منهم باع

ملك غيره ولا يفيد الملك المشتري منه فعند الاجازة يملكه من اجير شرائه
ويبطل لورود ملك بات على ملك موقوف ص واذا اكره على شرب خمر واكل
خنزير بضرب او حبس او قيد لم يحل حتى يخاف على نفسه او عضو
فيقدم وان صبر حتى حقق الوعيد وهو يعلم الاباحة آثم ش
اذا اكره الانسان على ان يشرب خمرا او يأكل لحم خنزير بحبس او ضرب
يسير او قيد لا يخاف منه تلف النفس او العضو لم يحل له الاقدام
لان تناول هذه المحرمات انما يباح عند الضرورة كما في المخمصة لقيام
المحرم فيما وراءها ولا ضرورة عند عدم الخوف على النفس او العضو
حتى لو خيف ذلك بالضرب وغلب على ظنه ابيح له ذلك وليسعه
ان يصبر على ما توعد به وان اكره مما يخاف منه على نفسه او على عضو
من اعضائه وسعه ان يقدم ولا يسعه ان يصبر على ما توعد به
لان حالة الاضطرار مبقاة على اصل الحل بقوله تعالى الا ما اضطررتم
اليه فانه استثنى حالة الاضطرار والاستثنا يكون عما وراء المستثنى
منه لانه تكلم بالباقي بعد الثنيا فظهر ان التحريم مخصوص
بحالة الاختيار وفي حالة الاضطرار مباح والاضطرار يحصل بالاكراه
الملجئ وهو ان يخاف على نفسه او عضو من اعضائه كما في حالة المخمصة
وان صبر على ذلك ولم يشرب او لم يأكل حتى اوقع به ذلك ص او على
الكفر او سب النبي صلى الله عليه وسلم مما يخاف منه على نفسه او عضو اقدم
مطمئنا قلبه بالايمان ولا اثم وان صبر آجر ش اي ان اكره المسلم على
الكفر بالله والعياذ بالله تعالى او اكره على سب النبي صلى الله عليه وسلم
بشيء يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه كالقتل وقطع الاطراف

اثم ص

ورخص

يرخص له ان يظهر ما امر به وقلبه مطمئن بالايمان ولا اثم عليه
لقوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان ولحديث عمار بن ياسر
رضي الله عنه فان المشركين اخذوه ولم يتركوه حتى سب النبي صلى الله عليه
وسلم وذكر آلهتهم بخير فتركوه فلما اتى رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال له عليه السلام ما وراءك قال شر فما تركوني حتى نلت منك
وذكرت آلهتهم بخير فقال له عليه السلام كيف تجد قلبك قال
اجده مطمئنا بالايمان فجعل عليه السلام يمسح عينيه ويقول ما لك
فان عادوا فعد اي فان عادوا الى الاكراه فعد الى طمأنينة القلب
لا غير وفيه نزل قوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان
ولان بهذا الاظهار لا يفوت حقيقة الايمان لان التلفظ به
في هذه الحالة لا يدل على تبدل الاعتقاد لقيام التصديق به حقيقة
فلا يكون مفوتا حق الله تعالى في المعنى فيرخص له احيا لنفسه
او طرفه لان حرمة العضو كحرمة النفس والاصل في ذلك ان كل
ما لا يعتبر اكراها في تناول الميتة والخمر لا يعتبر اكراها في اجرا
كلمة الكفر على اللسان لان حرمة الكفر اشد واذا اكره على ذلك بما لا
يخاف منه على النفس او العضو لا يصح الاقدام عليه واذا خاف منه
على ذلك جاز له ان يظهر ما امر به من اجرا كلمة الكفر على اللسان لا غير
ولكن يوري والتورية ان يظهر خلاف ما يضمر فاذا اظهر ما امر به
موريا وقلبه مطمئن بالايمان لم يأثم لحديث عمار المتقدم ولان
حرمة الكفر لا تحتمل السقوط وفي هتك الظاهر مع اقرار القلب
نوع جناية لكنه دون القتل لان القتل هتك صورة ومعنى وهذا

هتك صورة لامعنى فظهرت الرخصة وبقي الكف عنه عزيمة لبقاء الحرمة
نفسها للنهي قبح الكفر فان صبر ولم يظهر ما امر به حتى قتل كان ماجورا
لان الحرمة لما بقيت صار باذلا لنفسه لاعزاز دين الله تعالى متمسكا
بالعزيمة فكان شهيدا لان خبيب بن عدي الانصاري لما استبع حتى قتل
سماه رسول الله صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء وقال هو في الجنة
وقصته مشهورة وقتل هو اول من صلب في الاسلام واول من سن الصلاة
فيه عند القتل فان قيل كما استثنى الله تعالى الضرورة في الميتة فكذا
استثنى حالة الاكراه بقوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان
فينبغي ان يكون مباحا كاكل الميتة قلنا في الاية تقديم وتاخير
والتقدير من كفر بالله من بعد ايمانه وشرح بالكفر صدرا فعليهم
غضب من الله ولهم عذاب عظيم الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان
فالله تعالى ما اباح اجراء كلمة الكفر على لسانهم حالة الاكراه وانما وضع
عنه العذاب والغضب وليس من ضرورة نفي الغضب وهو
حكم الحرمة عدم الحرمة لانه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة
كما في شهود الشهر في حق المسافر والمريض فان السبب موجود والحكم
متاخر فجاز ان يكون الغضب منتفيا مع قيام العلة الموجبة للغضب
وهي الحرمة فلم تثبت اباحة اجراء كلمة الكفر ص او على اتلاف مال مسلم
بما ذكرا قدم ويضمن المالك المكره ش اي اذا اكره الانسان على اتلاف
مال مسلم بما يخاف منه على نفسه او عضو من اعضائه جاز له ان يقدم
على ذلك لان مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة المخمصة وقد
تحققت ويضمن المالك المكره لان المكره الة له فيما يصلح الة له والاتلاف

من هذا القبيل

لان المكره يمكنه ان ياخذ ما اكره عليه ويلقيه على المكره
فيتلفه وانما قلنا فيما يصلح احترازا عن الاكل والتكلم والوطي فانه
فيها لا يصلح الة له ص او على قتله بقتل لم يقدم فان فعل اثم ولا
يوجب عليهما قصاصا ش اي اذا اكره لم يسعه ان يقدم عليه ويصبر على ما سلم يقتل به
حتى يقتل فان قتله كان اثما والاصل في ذلك ان الاكراه يبيح ما يبيحه
الضرورة وما لا يبيحه الضرورة لا يبيحه الاكراه ثم قتل المسلم
لا يباح في ضرورة فكذا لا يباح في الاكراه ثم قال ابو يوسف لا يجب
القصاص على واحد من المكره والمكره ويجب الدية في مال الامر
وليس على المامور الا الاثم ولكن لا يعذر وقال ابو حنيفة ومحمد
يجب القصاص على المكره ان كان القتل عمدا بان يكون بالة جارحة
كالسيف ونحوه وان قتله المكره بسوط صغير لا يكون عمدا لابي
يوسف ان القتل مقصور على المكره من وجه حتى اثم بالقتل واضيف
الى المكره من وجه من حيث انه حمل المكره عليه فصار مدفوعا
الى القتل بموجب طبعه ولان المكره قاتل حقيقة لا حكما والمكره
بالعكس فتمكنت الشبهة فيه من الجانبين فلا يجب فيه القصاص
ولهما ان المامور ملجا في هذا الفعل من جهة الملجي فيصير الة له
فيما يصلح ان يكون الة له فلا يلزم الا لة شيء من الضمان كما في اتلاف
المال فانه يجب الضمان على الامر والمكره يصلح الة للامر في القتل
بان ياخذ بيده مع السيف فيقتل به غيره لان الفعل صار منقولا
اليه فوجب القصاص عليه وذكر الطحاوي قول محمد مع ابي يوسف
وقال زفر يقتل المكره المامور ولا يقتل الامر له ان الاكراه على القتل

لا يفيد حل الاقدام على القتل بالاتفاق فكان وجود الاكراه وعدمه
سواء والقتل موجود حقيقة من الفاعل المعلوم بصفة الحظر في محل
معصوم فوجب القصاص عليه الا ترى انه يأثم اثم القتل ص فتوجه
على المكره ان كان عمدا عليهما ش قال ابو حنيفة ومحمد اذا اكره زيد
عمرا على قتل خالد فقتله تجب القصاص على زيد وقال الشافعي
يقتل الآمر والمامور جميعا له ان القتل حصل من الفاعل مباشرة
ومن الحامل تسبيبا فيقتلان جميعا الآن للتسبيب حكم المباشرة
عنده ولابي حنيفة ومحمد ما قدمنا وانما قال المصنف فتوجه
وان كان قول ابي يوسف داخلا في هذه الجملة ليتأتى له الخلاف
مع الشافعي ص او على قطع يد فعل ثم قطع رجله طوعا فمات يجب
الدية في مالهما واوجبا القصاص عليهما ش قال ابو يوسف
اذا اكره رجل رجلا على ان يقطع يد شخص فقطع يده كرها ثم قطع رجله
طوعا فمات المقطوع تجب الدية في مالهما لان في قطع اليد الدية
على الآمر عند تمام فصار بسبب الآخر ملاصقا ورة وقال
ابو حنيفة ومحمد تجب القصاص على القاطع والآمر فيقتلان جميعا
قال المصنف وهذا الخلاف بناء على ما تقدم ص وان قال اقتلني
فعل اقتص منه في رواية ومعناه في اخرى وجب في ماله الدية
في اخرى ش اذا قال رجل لآخر اقتلني فقتله ففيه ثلاث روايات
عن علمائنا الاولى وجوب القصاص وهو قول زفر ووجه هذه الرواية
ان الاذن في القتل لم يصادف محله فان الاباحة لا تجري في الدماء فصار
قتلا بغير اذن فوجب القصاص لانه عمد الثانية لا يجب شيء من القصاص

ولا من

ولا من الدية ووجه هذه الرواية الحاق النفس بالمال من حيث ان كلا منهما حقه
فاذا اذن فقد اسقط ما هو حقه فكان هذا هدرا كالمال الثالثة وجوب
الدية في مال القاتل وهذه رواية الاصل وهي الصحيح ووجه هذه الرواية
الفرق بين النفس والمال من حيث ان الاباحة تجري في المال دون
النفس ولما كان الاتلاف مضافا الى صورة الاذن اوجب ذلك شبهة
مانعة من القصاص فوجبت الدية في ماله لكونه عمدا والعاقلة لا
تعقل العمد وانما وضع الخلاف في اختلاف الروايات في النفس اذ لو كان
في الطرف بان قال اقطع يدي فقطع لا ضمان على احد بالاتفاق والفرق
بين النفس والطرف ان الاطراف تسلك بها مسلك الاموال
في بعض الاحوال بالاذن باتلاف المال المحض مبيح والاذن باتلاف
الذي له حكم المال في الجملة يورث شبهة الاباحة فيمتنع وجوب
القصاص بخلاف النفس هذا اذا كان الاذن في النفس او الطرف
اما لو كان في غير ذلك بان قال اقتل ولدي او اقطع يده وهو صغير
ففعل وقال اقتل اخي والامر وارث الآخر فقتله المامور يقتص منه
لان الامر اباح ما لم يكن ما لكا له فلغي ذلك وعن ابي حنيفة انه يؤخذ
منه الدية استحسانا ولا يقتل وبه يفتى كذا في الفتاوى الصغرى
ص او تردى من الجبل والا قتلتك ففعل فالدية على عاقلة المكره وجعلها
في ماله واوجب القصاص ش قال ابو حنيفة اذا قال رجل لآخر لتلقين
نفسك من رأس الجبل والا قتلتك بالسيف فالقى نفسه فمات تجب الدية
على عاقلة المكره وقال ابو يوسف تجب الدية في ماله وقال محمد تجب
القصاص عليه واصل هذا الخلاف القتل بالمتعل وهذا في معناه

والحكم في القتل بالمثقل عند ابي حنيفة وجوب الدية على العاقلة فكذا هنا
وعند ابي يوسف الحاصل بطريق الاكراه لا يوجب القصاص فكان منوجبه
الدية عليهم وعند محمد وجوب القصاص فيه فكذا هنا لابي حنيفه
ان الدية واجبة على عاقلة المكره لانه لو باشر بنفسه لا يجب عليه
القصاص لانه قتل بالمثقل بل فيه الدية على العاقله فكذا اذا اكره ولابي
يوسف ان القتل بالمثقل وان كان يوجب القصاص عنده ايضا ولكن لا
قصاص عنده في الاكراه ولكن يجب الدية فيه على المكره في ماله ولمحمد
حقيقة ان القتل بالمثقل كالقتل بالسيف عنده ولكن لا قصاص عنده
في الاكراه ص ولو اكره بقتل على ترد او اقتحام نار او ماء وكل مهلك
فله الخيار في الاقدام والصبر واسراه بالثبات ولو وقعت نار في
سفينة ان صبر احترق وان القى نفسه غرق فاليه الخيار واسراه
بالثبات ش اذا قال السلطان لآخر ان لم تلق نفسك في النار والا
قتلتك فالمبتلى ان كان يرجو الخلاص والحياة في الالقا كان في سعة
من ذلك وان كان لا يرجو الخلاص فهذا على وجهين ان كان لا يرى
لنفسه فيه راحة او منفعة من تاخير موته حتى يصلح بعض اموره
فقد اختلفوا فيه قال ابو حنيفة يسعه ان يلقي نفسه في النار وقالا
لا يسعه ذلك بل يجب عليه الثبات والصبر واصل ذلك ما ذكر في
السير الكبير اذا وقعت نار في سفينة وعلم من فيها انهم ان صبروا
اهلكتهم النار وان القوا انفسهم في البحر غرقوا اخير واعند ابي
حنيفة بين ان يصبروا وبين ان يلقوا انفسهم وقال محمد يصبر ولا
يلقي نفسه وعن ابي يوسف روايتان ولما كان بين المسالتين علاقه

قرن

قرن المصنف احديهما بالاخرى في الذكر ح قولهما ان الانسان يحرم
عليه اهلاك نفسه ومباشرة هذا الفعل سعي في اهلاك نفسه
فيحرم عليه فوجب الثبات والصبر تحاميا عن ذلك وجه قول ابي
حنيفة انه قد ابتلي ببليتين متساويتين في الافضا الى الهلاك
فيختار ما هو الاهون عنده وان كانت المباشرة سعيا في الاهلاك
فالصبر ايضا سعي في الاهلاك فاستويا قال المصنف في شرحه
اذا القى نفسه وجب عند ابي حنيفة القصاص على من اكرهه لوضع
الاكراه والاضطرار الى الالقا فكان مضافا اليه وعندهما لا قصاص
لانه مختار في الالقا نفسه ص او على طلاق او عتاق وقع ويرجع بقيمة
العبد على المكره ونصف المهر ان كان قبل الدخول ش اذا اكره انسان
غيره على طلاق امراته او عتق عبده ففعل وقع الطلاق والعتق
لان الاكراه لا ينافي الاهلية على ما بيناه وعدم صحة بعض الاحكام
في البيع والاجارة لمعنى راجع الى التصرف وهو كونه يشترط فيه الرضا
ومع الاكراه لا يوجد الرضا واما الطلاق والعتاق فلا يشترط فيهما
الرضى فيقعان لان الاتري ان الطلاق والعتاق يقعان مع الهزل لعدم
اشتراط الرضا فيهما بخلاف البيع والاجارة ويرجع المكره على المكره
بنصف مهر المراة ان كان قبل الدخول ان كان المهر مسمى في العقد
وان لم يكن مسمى فيه يرجع على المكره بما لزمه من المتعة لان ما عليه
كان على شرف السقوط بوقوع الفرقة من جهة المراة بمعصية كالارتداد
وتقبيل ابن الزوج وقد تاكد ذلك بالطلاق فكان تقريرا للملك من
هذا الوجه فيضاف تقريره الى المكره من حيث انه اتلاف يرجع عليه

بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر تقرر بالدخول لا بالطلاق فيرجب الرجوع
ويرجع المكره على الذي اكرهه بقيمة العبد لانه صلح آلة له فيضمن
حيث الاتلاف فاضاف اليه فان قيل يمنع صلاحيته لذلك
لان الاتلاف يثبت في ضمن التلفظ بهذا اللفظ وهو لا يصلح آلة له
في حق التلفظ فكذا في حق ما يثبت في ضمنه اجيب بان الاعتاق
اتلاف وهو يصلح آلة له والتلفظ قد يتفك كما في اعتاق الصبي فصلح
آلة للاتلاف فله ان يضمنه موسرا كان او معسرا لانه ضمان اتلاف
فلا يختلف باليسار والاعسار اذ ضمان العدوان لا يختلف بهما
بخلاف ضمان الاعتاق لانه ضمان افساد يتصرف في ملكه من غير تعد
ولا سعاية على العبد لان السعاية انما تجب عليه للاخراج الى الحرية
عند الامام كما في عتق البعض وقد خرج فلا يمكن اخراجه ثانيا ويتعلق
حق الغير به عندهما كعتق الراهن المرهون ولم يوجد واحد منهما ولا
يرجع المكره على العبد بالضمان لان الضمان وجب عليه بفعله
فلا يرجع به على غيره ولم يذكر المصنف الاكراه على النكاح والحكم فيه
ما قاله محمد في الاصل ولو اكره رجلا اكره اي بالاكراه الكامل حتى تزوج
امراة على عشرة الاف درهم ومهر مثلها الف درهم كان النكاح جائزا
ويكون للمراة منها الف درهم ويبطل الفضل هذا ظاهر الرواية وذكر
الطحاوي انه يلزمه جميع ذلك ويرجع بالفضل على المكره ص او على العتاق
نصفه فاعتق كله فهو مختار او على كله فاعتق نصفه فالمكره ضامن
لنصفه وقالا لكله قال ابو حنيفة هذا اعتاق مختار ولا شيء على المكره
لان الاعتاق يتجزى عنده وما اتى به غير ما اكره عليه فلا يصير الاتلاف

ش اذا اكره انسان رجلا بالاكراه الكامل على ان يعتق نصف عبده فاعتق كله م

به منسوبا الى المكره الآمري انه لو اجر رجلا ان يعتق نصف عبده فاعتق كله
كان باطلا وعندهما يضمن المكره قيمة العبد كاملا لان الاعتاق
لا يتجزأ عندهما فالاكراه على اعتاق النصف اكراه على اعتاق الكل ولو اكرهه
على ان يعتق كله فاعتق نصفه يضمن المكره نصف قيمة العبد عند ابي
حنيفة وعندهما يضمن القيمة كلها فالحاصل ان العبد يعتق كله
في المسالتين عندهما ويغرم المكره تمام قيمة العبد لمولاه موسرا كان
المكره او معسرا لان الاعتاق عندهما لا يتجزأ وعند ابي حنيفة
لا شيء على المكره في المسالة الاولى لان العتق مختار وفي المسالة
الثانية يعتق نصف العبد ويبقى رقيقا لتجزي الاعتاق واما
النصف الذي لا يعتق من العبد على قوله هل يضمنه المكره او لا
ان كان موسرا ضمن وان كان معسرا لا يضمن ص او على الردة لم تبن
امراته ش اي اذا اكره على الردة واجرى كلمة الكفر على لسانه وقلبه
مطمئن بالايمان لم تبن امراته منه لان الكفر يتعلق بالاعتقاد لانه تبديل
الاعتقاد فاذا كان قلبه مطمئنا بالايمان حين اجرى كلمة الكفر على لسانه
رخص له ذلك ولم يحكم بكفره فاذا لم يكفر لم تبن امراته منه وفي اعتقاد
الكفر شك فلم يثبت بالشك والاصل فيه قوله تعالى الا من
اكره وقلبه مطمئن بالايمان وقصة عمار بن ياسر رضي الله عنه
وان اختلف الزوجان فقالت المراة اعتقدت بقلبك الكفر بالاكراه
فانا بنت منك وقال الرجل اظهرت الكفر على لساني خوفا من السيف
وقلبي مطمئن بالايمان فالقول قوله استحسانا وفي القياس يكون
القول قول المراة حتى يفرق بينهما لان الكفر ليس بموضوع للبينونة

وانما تقع البيعونة بشبهة الاعتقاد والاكراه دليل على عدم التبدل فتبقين منه بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل واحتمل ترجحنا الاسلام في الحالين لان الاسلام يعلو ولا يعلى وهذا بيان الحكم اما فيما بينه وبين الله تعالى اذا لم يعتقد الاسلام فليس بمسلم ولو اكره على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم رجع لم يقبل لتمكن وقوع الشبهة في اسلامه ونفي اسلامه بالاكراه ويسقط القتل بالشبهة ثم اعلم ان الاكراه لا يعمل في اشياء منها النكاح والطلاق والرجعة والظهار والايلاء واليمين في الايلاء والعتاق والتدبير والعفو عن القصاص واليمين والنذر لانه انشاء تصرف ولان هذه الاشياء تصرف لا يبطله الهزل وتعلق حرمته باللفظ فلا يبطله الاكراه كذا في غاية البيان

كتاب السير

المناسبة بين كتاب الاكراه والسير ان السير يتضمن الجهاد مع المشركين بالقتل لقوله تعالى اقتلوا المشركين والقتل القوي اسباب الاكراه والسير جمع سيرة وهي فعلة من السير وهي الطريقة في الامور خيرا كانت او شرا يقال فلان محمود السيرة او مذموم السيرة وفي الشرع تختص بسير النبي صلى الله عليه وسلم في مغازيه وسير اصحابه رضي الله عنهم وفي المغرب اهل السيرة حالة السير الا انها غلبت في لسان الشرع على امور المغازي وما يتعلق بها والمغازي جمع مغزاة من غزوت العدو وقصدته للقتال

ص يفترض الجهاد على الكفاية وان كان النفير عاما فعلى الاعيان ش اي الجهاد فرض على الكفاية ان لم يكن النفير عاما ومعناه انه لا يفترض على جميع من هو من اهل الجهاد ولكن اذا قام به البعض سقط عن الباقين اما كونه فرضا

بلغ مقابلة

فلقوله

فلقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الاخر ولقوله عليه السلام الجهاد ماض الى يوم القيامة واما كونه على الكفاية فلقوله تعالى وما كان المؤمنون لينفروا كافة وقوله تعالى وفضل الله المجاهدين على القاعدين اجرا عظيما فلو كان الجهاد فرض عين في كل الاحوال لما وعد الله القاعدين الحسنى ولان النبي صلى الله عليه وسلم كان يخرج في السرايا ولا يخرج كل اهل المدينة وكان سعث السرايا ولو كان فرض عين لخرجوا جميعا ولان الجهاد لم يشرع فرضا لعينه لانه اضرار وتخريب لبنيان الله تعالى وانما شرع لاعلاء كلمة الله تعالى وقهر اعدائه فاذا حصل المعنى الذي لاجله شرع الجهاد بالبعض سقط عن الباقين كصلاة الجنازة ودفنها ورد السلام ولان في اشتغال الكل به تقطع مادة الجهاد من الكراع والسلاح فينقطع الجهاد بسبب ذلك فينبغي ان يتولى البعض الجهاد والبعض التجارة والحرث والحرف التي تقوم بها المصالح والتقوية فوجب على الكفاية وهذا اذا لم يكن النفير عاما فاما اذا عم النفير بان هجم العدو على بلد فالجهاد في ذلك فرض عين على كل احد ممن هو قادر عليه لقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا اي خرجانا ومشاة وقيل شبابا وشيوخا

فان قيل قوله انفروا عام فكيف خص بالنفير العام قيل لو لم يحمل على كون النفير عاما لكان قوله تعالى وما كان المؤمنون لينفروا كافة الاية تخالف ذلك ففي هذه الاية دليل على ان في النفر والتخصيص بالنفير العام

ص ويجب قتال الكفار وان لم يبدوا ش اي يجب قتال الكفار الذين امتنعوا عن الاسلام واداء الجزية وان لم يبدوا بالقتال للعمومات الواردة لقوله تعالى اقتلوا المشركين وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة

فان قيل العمومات معارضة بقوله تعالى فان قاتلوكم فاقتلوهم فيجب القتال ابتداء وبانا بالقتال كما قال الثوري اجيب بانه منسوخ مبناه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان في الابتداء مامورا بالصفح الجميل والاعراض عن المشركين بقوله تعالى فاصفح الصفح الجميل وقال تعالى واعرض عن المشركين ثم امر بالدعاء الى الدين بالموعظة والمجادلة الحسنة بقوله تعالى وجادلهم بالتي هي احسن ثم اذن بالقتال اذا كانت البداءة منهم بقوله تعالى اذن للذين يقاتلون بانهم اي اذن لهم في الدفع ثم اذن بالقتال ابتداء في بعض الازمان بقوله تعالى فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ثم امر بالبداية مطلقا في الازمان كلها وفي الاماكن باسرها بقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة الى غير ذلك من الايات والاخبار المطلقة وقد حاصر رسول الله صلى الله عليه وسلم الطايف لعشرين يوما من المحرم والمحاصرة نوع من القتال ص ولا يجب على صبي ولا عبد ولا امراة ولا اعمى ولا مقعد ولا اقطع ش اي اذا كان الجهاد مع الكفار عبارة عن بذل الوسع والطاقة بالقتال فمن لا قدرة له لا جهاد عليه ليلا يلزم تكليف بما لا يطاق فحينئذ لا يجب على صبي لانه مرفوع القلم ولا على عبد ولا امراة لاشتغالهما بخدمة المولى والزوج وعند اجتماع الحقين حق الشرع وحق العبد يقدم حق العبد على حق الشرع لاحتياجه وغنى صاحب الشرع واما الاعمى والمقعد والاعرج والشيخ الهرم والضعيف الذي لا يجد ما ينفق فلقوله تعالى ليس على الاعمى حرج ولا على الاعرج حرج ولا على المريض حرج

ولا على

ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج الاية فقد رفع الحرج عنهم ولا يخرج الرجل الى الجهاد الا باذن ابويه لما روى البخاري مسندا الى عبد الله بن عمر رضي الله عنه قال جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستاذنه عن الجهاد فقال احي والداك قال نعم قال ففيهما فجاهد وان اذن احد الابوين دون الاخر فلا يخرج مراعاة لحق الذي لم ياذن فان مات الابوان فالاذن الى الجد الصحيح والجدة التي هي من قبل الام ص واذا هجم العدو تعين على الكل دفعه كخروج المراة والعبد بغير اذن ش اي اذا هجم العدو يصير الجهاد فرض عين لان المقصود لا يحصل الا باقامة الكل فيجب على الكل وحق الزوج والمولى لا يظهر في حق فروض الاعيان كالصلاة والصوم بخلاف ما قبل النفير لان نفيرهم كفاية فلا ضرورة الى ابطال حقهما والمحرم الا يخرج بغتة من غير استيذان قال الامام خواهر زاده اذا وقع النفير من قبل الروم فعلى كل من يقدر على القتال ان يخرج الى الغزو اذا ملك الزاد والراحلة واذا سبيت امراة بالمشرق كان على اهل المغرب ان لا يستنقذوها ما لم يدخلوها دار الحرب لان دار الاسلام مع بيان اطرافها مكان واحد هكذا روى خلف بن ايوب عن محمد بن الحسن نصا كذا في واقعات الحسام الشهيد ص ولا باس بالجعل للحاجة ش اي اذا لم يوجد مال من الغنيمة يتقوى به الناس الى الخروج الى الغزاة لا باس ان ياخذ الامام الجعل وهو مال ياخذ من المسلمين ويعطيه للغزاة لان الحاجة الى الجهاد ماسة وفيه تحمل الضرر الادنى لدفع الضرر الاعلى وقد اخذ النبي صلى الله

عليه وسلم روع صفوان لغير اذنه عند الحاجة وعمر رضي الله عنه
كان يعري العرب عن ذي الحليلة ويعطي الشاخص فرس القاعد والعرب
الذي لا امراة له وحليلة الرجل امراته والشاخص اسم فاعل من شخص
من مكان الى مكان اذا سار في ارتفاع واذا سار في جدور فهو هابط
قاله بن دريد ولان فيه تعاونا على البر وجهادا من البعض بالمال
ومن البعض بالنفس واحوال الناس مختلفة فمنهم من يقدر على
الجهاد بالنفس والمال ومنهم من يقدر باحدهما وكل ذلك واجب
لقوله تعالى وجاهدوا باموالكم وانفسكم وقال عليه السلام المومنون
كالبنيان يشد بعضهم بعضا واما اذا كان في بيت مال المسلمين
شي فانه يكره لانه يشبه الاجر على الطاعة وحقيقته حرام فيكره
ما اشبهه ولان بيت مال المسلمين معد لمصالحهم ص واذا حاصر
المسلمون اهل الحرب دعوهم الى الاسلام فان اسلموا كفوا عنهم وان
امتنعوا دعوهم الى الجزية ان كانوا من اهلها فان بذلوها كان لهم
مالنا وعليهم ما علينا ش اي اذا دخل المسلمون دار الحرب فحاصروا
مدينة او حصنا دعوهم الى الاسلام لقوله تعالى وما كنا معذبين
حتى نبعث رسولا وروي عن ابن عباس رضي الله عنه انه قال
ما قاتل صلى الله عليه وسلم قوما قط الا دعاهم رواه احمد فان اجابوا
كفوا عن قتالهم لحصول المقصود وقد قال عليه السلام امرت
ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا قالوها فقد عصموا مني
دماهم واموالهم الا بحقها ولا بد ان يومن برسول الله صلى الله عليه
وسلم وانما اكتفي في الحديث بكلمة لانهم كانوا يعتقدون الشرك

الموجد م

فاذا وحدوا

فاذا وحدوا واعلم بذلك انهم امنوا بمحمد صلى الله عليه وسلم لانهم لم
يعرفوا ذلك الا منه عليه السلام وان امتنعوا عن الاسلام ودعوهم الى
اعطاء الجزية ان كانوا من اهلها كاهل الكتاب والمجوس وعبدة الاوثان
من العجم لما روي انه عليه السلام كان اذا امر اميرا على جيش او سرية
امره به رواه احمد ومسلم والترمذي وصححه ولاخذ ما نهي به القتال
بقوله تعالى حتى يعطوا الجزية الآية فوجبت الدعوة اليه كما يجب
الى الاسلام لا المرتدين وعبدة الاوثان من العرب فانهم لا يدعون
الى اداء الجزية لعدم الفائدة في دعائهم الى قبول الجزية لانهم
لا يقبل منهم الا الاسلام لقوله تعالى تقاتلونهم او يسلمون فان
بذل اهل الجزية فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين لقول علي
رضي الله عنه انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا
ومراده بالبذل القبول فكذا بالاعطاء في الآية لان العصمة تحصل
لهم بمجرد القبول قبل اداء ما يقال حاصر العدو واذا ضيق عليه
واحاط به والمدينة هي البلدة العظيمة من مدن بالمكان اذا اقام به
والحصن معروف ص ويجب دعاء من لم يبلغه الدعوة ش اما وجوب الدعوة
لمن لم تبلغه فلقوله عليه السلام فادعهم الى ثلاث خصال الى الاسلام
الحديث ولان في تقديم الدعوة اعلامهم ان الغرض من قتالهم انما هو
الدين لا سبي الذراري وسلب الاموال ولعلهم اذا علموا ذلك اجابوا
فيحصل المقصود بلا قتال ومن قاتل قبل الدعوة اثم للنهي عنه ولا
يغرم الامام والمسلمون ما اتلفوا من الدماء والاموال قبل الدعوة لعدم
العصمة المقومة لانها تكون بالاحراز بدار الاسلام وكل ذلك

مستأمن فلا يجب بقتلهم لا قصاص ولا دية فيحرم حرمة القتل لا يكفي
لوجوب الضمان كما في قتل النساء والصبيان منهم ص ويستحب دعاء
من بلغته ش اي يستحب للامام ان يدعو الى الاسلام من بلغته الدعوة
مبالغة في الانذار بشرطين احدهما ان لا يكون في تقديم الدعوة ضرر
بالمسلمين بان يعلموا انهم لو قدموا الدعوة يستعدون للقتال
او يحتالون بحيلة فلا يجوز الاشتغال بالاستحباب وترك الواجب
والثاني ان يطمع فيهم ما يدعونهم اليه اما اذا كان لا يطمع فيهم
ما يدعونهم اليه لا يشتغل بالدعوة ولا يجب ذلك لما روي عن البراء
بن عازب رضي الله عنه انه قال بعث رسول الله صلى الله عليه
وسلم رهطا من الانصار الى رافع فدخل عبد الله بن عتيك ليلا ابن عتيك و
فقتله وهو نائم رواه احمد والبخاري وقال في المحيط قالوا
تقديم الدعوة الى الاسلام عن القتال كان في ابتداء الاسلام حين
لم ينتشر الاسلام ولم يستفض واما بعد ما انتشر واستفاض
وعرف كل مشرك ما يدعا اليه قبل القتال قبل الدعوة ويقوم ظهور
الدعوة وشيوعها مقام دعوة كل مشرك وهذا ظاهر والدليل
عليه ما روي عن ابن عوف انه قال كتبت الى نافع اسأله عن الدعاء
قبل القتال فكتب الي انما كان ذلك في اول الاسلام ورسول الله صلى
الله عليه وسلم على بني المصطلق وهم غارون وانعامهم تستقى على الماء
فقتل مقاتلتهم وسبى ذراريهم واصاب يومئذ جويرية ابنة
الحارث حتى حدثني به عبد الله بن عمر وكان في ذلك الجيش رواه احمد
ومسلم والبخاري وعن انس كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا غزى

قوما

قوما لم يغر حتى يصبح رواه احمد والبخاري والاغارة لا تكون الا بعد
الاعلام فاذا كان ذلك في زمنه عليه السلام لاشتهار الاسلام فما
ظنك في زماننا وقد اشتهر وبلغ المشرق والمغرب فلا يجب الدعوة بعد
علمهم بالعباد ولانهم لو اشتغلوا بالدعوة ربما يتحصنون فلا يقدر
عليهم ص فان ابوا استعانوا بالله عليهم وحاربوهم ش اي فان ابوا
عن الاسلام واداء الجزية استعان المسلمون بالله تعالى عليهم
لان الله تعالى هو الناصر لاوليائه والخاذل لاعدائه واليه مقاليد
الامور وفي الاستعانة به طلب النصرة منه فيستعان به
وحاربوهم لقوله عليه السلام فان ابوا فاستعن بالله تعالى
عليهم وقاتلهم ولانه اعذر اليهم فاقاموا على عداوتهم فوجبت
محاربتهم ص ونصبوا المجانيق وحرقوهم واغرقوهم وقطعوا
اشجارهم واسندوا زروعهم بحاروهم وان تترسوا باساري
المسلمين قصدوا الكفار ش اي اذا استعانوا بالله تعالى عليهم
حاربوهم بهذه الاشياء التي ذكرها وبكل ممكن فيه كسر شوكتهم
والحاق الضرر بهم وروى الترمذي ان النبي صلى الله عليه وسلم
نصب المنجنيق على اهل الطائف واحرق رسول الله صلى الله عليه وسلم
بويرة وكان فيها نخل حتى قال الشاعر
وهان على سراة بني لوي ٥ حريق بالبويرة مستطير ٥
ولما امر النبي صلى الله عليه وسلم يريد الطائف بداله فقبر عمرو بن
مالك النضري بامر بتحريقه فلما انتهى الى الكروم امر بقطعها
ولان في ذلك كبت الكفار وغيظهم وكسر شوكتهم وهو المقصود

وان يترسوا بالمسلمين قصدوا الكفار لانه قد صح ان النبي صلى الله عليه
وسلم حاصر اهل الطايف فرماهم بالمنجنيق وكان فيهم المسلمون
ولان بلادهم لا تخلو عن المسلم والاطفال والبخار فلو امتنع القتال
باعتبار ذلك ادى الى سد باب الجهاد ولان في الرمي رفع الضرر
العام بلحاق ضرر خاص فكان اولى الا ترى انه يجوز لنا ان نفعل
ذلك بهم وان كان فيهم من لا يجوز قتله كنسايهم وصبيانهم
والرهبان والشيوخ ويقصدون بالرمي الكفار لان التمييز بالنية
ممكن وان لم يمكن فعلا والتكليف بحسب الطاقة ومن اصيب
منهم بسهم لا دية علينا ولا كفارة لان الجهاد فرض فلا تجامعه
الغرامة ضرورة اقامة الفرض ص ولا باس باخراج المصاحف
والنسا في عسكر عظيم دون سرية لا يومن عليها ش اي يجوز
اخراج المصاحف الى ارض العدو اذا كان المسلمون عسكرا عظيما
فالغالب عليه السلامة والغالب كالمتحقق وكذا اذا كان العسكر
عظيما فلا باس باخراج العجايز للخدمة من الطبخ والخبز ومعالجة
المرضى وغير ذلك لان ام ايمن رضي الله عنها كانت تخرج مع النبي صلى
الله عليه وسلم فتداوي الجرحا وتقوم على الطبخ والمرضى لان الغالب
فيه السلامة اذا كانت الشوكة لهم والغالب كالمتحقق ولا يباشرن
القتال الا عند الضرورة فقد روي ان ام سليم قاتلت يوم
حنين شاهرة على بطنها حتى قال النبي صلى الله عليه وسلم لمقامها خير
من فلان وفلان اي من المنهزمين ولانه يستدل بذلك على ضعفهم
فيحتوي عليهم العدو واما الشواب منهن فقرارهن في بيوتهن

اسلم

اسلم والاولى ان لا يخرج النساء اصلا خوفا من الفتن وربما حزبهم
امر فاشتغلوا عنهن فلا يتمكن من الدفع وان لم يكن لهم بد من
الاخراج للمباضعة فالاماء دون الحراير لان حكم اختلاط النسا بالرجال
في حق الاماء اخف الا ترى انه لا باس للامة ان تسافر بغير محرم وقضا
الشهوة والخدمة يحصل بهن فلا حاجة الى الحراير ويكره اخراج ذلك
في سرية لا يومن عليها والسرية عدد قليل يسرون بالليل
ويكمنون بالنهار كذا في المبسوط وعن ابي حنيفة اقل السرية
مايه وقال الحسن بن زياد اقل السريه اربعماية واقل الجيش
اربعة الاف وفي الصحاح السرية قطعة من الجيش فقال خير
السرايا اربعماية رجل انتهى وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال خير الرفقاء اربعة وخير الطلايع اربعون وخير السرايا
اربع مايه وخير الجيوش اربعة الاف ولن يغلب اثني عشر الفا
عن قلة كلمتهم واحدة والاصل في ذلك ما روى البخاري وصاحب
السنن باسناد صحيح الى ابن عمر رضي الله عنه انه قال لها نا رسول
الله صلى الله عليه وسلم ان نسافر بالقران الى ارض العدو والمعنى في
النهي خوف ان يناله العدو ويستخف به غيظا على المسلمين
وهذا انما يكون اذا كانت السرية بحيث لا يومن على المصاحف فيها
لقلتهم بخلاف ما اذا كان العسكر عظيما لان الغالب فيه الامن
والسلامة وكذا النسا في جماعة قليلين لا يومن عليهن من وقوع
الفضيحة فيهن واذا دخل المسلمون اليهم بامان فلا باس ان يحملوا
معهم المصاحف اذا كانوا يوفون بالعهد لان الظاهر الجري على العادة

وعدم الخيانة ص وينبغي ان لا يغدروا ولا يغلوا ولا يمثلوا ولا يقتلوا
صبيا ولا امراة الا ملكة ولا شيخا كبيرا الا ذا راي في الحرب ولا اعمى
ولا مقعدا ولا مجنونا ومن قاتل منهم قتل ش اي ينبغي للمسلمين
ان لا يغدروا ولا يغلوا للنهي عليه السلام عنهما ولا يمثلوا لما روي
عن صفوان بن عسال رضي الله عنه انه قال بعثنا رسول الله
صلى الله عليه وسلم في سرية فقال سيروا باسم الله وفي سبيل الله
قاتلوا من كفر ولا تمثلوا ولا تغدروا ولا تقتلوا وليدا رواه احمد
وبن ماجه قال في شرح المختار والمثلة المنهية بعد الظفر
بهم ولا باس بها قبله لانه ابلغ في كبتهم واضر بهم وهو حسن والغدر
نقض العهد والغلول الخيانة والسرقة من المغنم قال في
الفايق مثلت الرجل امثل مثلا ومثلة اذا سودت وجهه او قطعت
انفه وما اشبه ذلك ولا تقتلوا صبيا ولا امراة ولا شيخا كبيرا
لما روي انه صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل الصبيان والذراري
ورآى النبي صلى الله عليه وسلم امراة مقتولة فقال هاه ما لها قتلت
وما كانت تقاتل وعن انس رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال انطلقوا باسم الله وعلى ملة رسول الله لا تقتلوا شيخا
فانيا ولا طفلا ولا صغيرا ولا امراة الحديث رواه ابو داود ولان
الادمي خلق معصوم الدم ليتمكنه من تحمل اعباء التكاليف واباحة
القتل امر عارض بحرابه لدفع شره والحراب لا يتحقق منهم
فيبقوا على اصل العصمة الا ان يكون احد هولاء ذا راي في الحرب او ملكا
فحينئذ تقتل لان في قتلهم كسر شوكتهم وازالة ضرر عن

المسلمين

٢٢٦

المسلمين وقد صح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قتل دريد بن
الصمة وكان بن مايه وعشرين سنه وقيل بن مايه وستين سنه
لانه كان صاحب راي وهو اعمى ولا تقتلوا اعمى ولا مقعدا لان
الموجب للقتل هو الحراب وهذان عاجزان عن القتال ولا تقتلوا
مجنونا لانه غير مخاطب وان كان يعبق في بعض الاوقات فهو في حال
افاقته كالصحيح فيقتل سوا قاتل ام لم يقاتل ومن قاتل منهم
يحل قتله والاصل في ذلك ان كل من كان من اهل القتال يحل قتله
سوا قاتل او لم يقاتل فيقتل القسيس والسياح الذين يخالطون
الناس والاصم والاخرس ومقطوع اليد اليسرى لا مقطوع
اليد اليمنى ومقطوع احدى الرجلين وان لم يقاتلوا لانهم من اهل
القتال وكل من لم يكن من اهل القتال لا يحل قتله الا اذا قاتل
حقيقة او معنى بالراي والتحريض واشباه ذلك ص واذا نزلوا
على حكم الله تخير القتل او الاسترقاق او ابقاهم احرارا ذمة لنا
وعين الثالث ش قال ابو يوسف اذا حاصر المسلمون اهل
حصن فنزلوا على حكم الله فيهم يجوز للامام قتلهم او اسرهم
ان شا او تركهم احرارا ذمة للمسلمين وقال محمد ليس له الا
ان يتركهم احرارا امصروبا على روسهم الجزية وعلى اراضيهم الخراج
فيكونون ذمة للمسلمين لابي يوسف انهم اهل حرب وحكم الله في
ارض الحرب اذا كانوا من اهل الكتاب او مجوسا او وثنيين من
العجم عند الاستيلا عليهم عنوة هذا فاذا نزلوا على حكم الله يخير
الامام في احد هذه الثلاثة الاشيا ولمحمد ان حكم الله تعالى فيهم

الحكم الالهي في ارض الحرب اذا استولوا
عليهم المسلمون عنوة اما القتل او الاسر
او الجزية لان الامام مخير في ذلك بعد
التعيين وقال محمد اذا عين الامام احد الثلاثة
بلا تعيين فحصل الحكم الاخير
وهو وضع الجزية عليهم فيتعين
هذا التحقيق حكم الله تعالى

احد هذه الاشيآ الثلاثة لكن لايدري ايها هو على التعيين فتعين القدر
المشترك بينها من الحاق الضرر والهوان بهم لكونه متيقنا وادنى
هذه الثلاثة ضرر اتركهم احرارا اهل ذمة وفي الاخرين شك فيثبت
المتيقن دون المشكوك فيه ص ودار الاسلام لاتصير حربا الا
ان يزول امان اهلها ومتصل بدار الحرب ويظهر فيها احكام الكفر
واكتفيا بالثالث كما في العكس ش قال ابو حنيفه اذا ارتد اهل
مصر وغلبوا عليه وهو متصل بدار الحرب ولم يبق منهم مسلم
ولا ذمي آمنا بالامان الاول وهو امان المسلمين واظهروا فيه
احكام الكفر صارت دار حرب وان انتقض شئ من هذه الثلاثة لم
تصر دار حرب وقال ابو يوسف ومحمد اذا غلب اهل الشرك
عليه واظهروا احكام اهل الكفر صارت دار حرب ولا يشترط زوال
امان الكل ولا الاتصال بدار الحرب لان غلبتهم عليه واظهار
احكامهم فيه من علامات دار الحرب فيكتفى به كما اذا ظهر
المسلمون على ارض تصير دار الاسلام باجرآ احكام الاسلام فيها
بالاتفاق ولابي حنيفة ان كون الدار دار الاسلام وان كانت
بالعكس فهي دار كفر والاحكام مبنية على الامن والخوف والامن
الثابت بالاطلاق لايزول الا بالملاصقة بدار الحرب فيتوقف
صيرورتها دار حرب على الامن والملاصقة بدارهم وظهور احكامهم
بخلاف دار الحرب حيث تصير دار اسلام لظهور احكام الاسلام لان
احكام الاسلام من اعلامه فبالنظر اليها يقتضي الحكم بانها دار اسلام
وبالنظر الى انتفآ الشرطين لايحكم بذلك فرجحنا جانب الاسلام

لانه

فصل ٤٩ في المواعدة ومن تجوز امانته

لما فرغ من بيان القتال شرع في بيان المواعدة وهي المصالحة بان
يدع كل واحد من فريقي المسلمين والكافرين القتال مع الآخر لان ترك
الشئ يقتضي وجود ذلك الشئ سابقا لاحالة ص واذا كان في المواعدة
مصلحة فلا باس بها وان انعكست بنذ اليهم ش اي اذا رأى الامام ان
للمسلمين قوة نعوذ بالله من ذلك ورأى الامام ان يصالح اهل
الحرب فلا باس به والاصل فيه ان المواعدة مع اهل الحرب لاتجوز
اذا كان فيها ضرر بالمسلمين وهذا معنى قوله مصلحة وذلك
لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها اي اذا مالوا الى المصالحة
فمل اليها وصالحهم يقال جنح له واليه اذا مال وانما قال تعالى
فاجنح لها لان السلم مونث مايثنث نقيضها وهو الحرب كذا في الكشاف
اوتاويل المصالحة ولما روي البخاري باسناده الى البرآ بن
عازب رضي الله عنه انه قال صالح النبي صلى الله عليه وسلم
المشركين يوم الحديبية على ثلاثة اشيا على ان من اتاه من
المشركين رده اليهم ومن اتاهم من المسلمين لم يردوه وعلى ان
يدخلها من قابل ويقيم بها ثلاثة ايام ولايدخلها الا بجلبان
السلاح والجلبان بضم الجيم واللام وتشديد الباء الموحدة
شبه جراب يضع فيه الرجل سيفه معمود اواداته وسوطه
تحت رجله والمعتبر في ذلك مصلحة الاسلام والمسلمين فتجوز
عند وجود المصلحة ولان المواعدة اذا كان فيها خير للمسلمين
كانت جهادا معنى لان المقصود دفع الشر وقد حصل بها قال

في البدايع ولا يشترط اذن الامام في الموادعة حتى لو وادعهم فريق
من المسلمين من غير اذن الامام جاز لان المعول عليه كون عقد الموادعة
مصلحة للمسلمين وقد وجد ثم الموادعة تجوز بغير جعل وبجعل
لان اخذ مالهم على ترك القتال يجوز كالجزية ويوضع موضع الخراج
ولا خمس فيه ويجوز ايضا على مال نعطيهم لدفع شرهم وان لم يكن
في الموادعة خير للمسلمين بان كان لهم قوة لا يوادعهم لانه لا مصلحة
في ذلك لما فيه من ترك الجهاد صورة ومعنى او تاخيره لان الموادعة
طلب الامان وترك القتال قال تعالى ولا تهنوا وتدعوا الى
السلم وانتم الاعلون واذا انعكست المصلحة ورأى الامام ان
نقض الصلح انفع للمسلمين نبذ اليهم قال تعالى واما تخافن
من قوم خيانة فانبذ اليهم اي ان خفت منهم خيانة ومكرا
بامارات تلوح لك فانبذ اليهم اي فاطرح اليهم العهد والق
اليهم الخبر بانك نقضت العهد لتكون انت وهم في العلم روي م
بالنقض على سوا فدل على انه لا يحل قتالهم قبل النبذ وروي انه
صلى الله عليه وسلم وادع قريشا فلما اراد النبذ بعث الى مكة
من ينادي بنقض الصلح ص وان بدوا بالخيانة متفقين قوتلوا
من غير نبذ ش اي اذا بدا الكفار بنقض العهد باتفاق منهم
يقاتلهم الامام قبل النبذ لانهم نقضوا العهد فلا عذر وصار
اذا حل قتالهم كذمي نقض العهد ولحق بدار الحرب بخلاف ما اذا
نقض اهل ناحية منهم حيث لا يقاتلهم الا بالنبذ اليهم
بخلاف ما اذا خرج جماعة لا منعة لهم الى دار الاسلام فقطعوا

الطريق

الطريق حيث لا يكون نقضا للعهد اصلا في حقهم ولا في حق غيرهم
كذمي نقض العهد في دارنا واذا كانت لهم منعة يكون ذلك نقضا
في حقهم خاصة فيجوز قتالهم واسترقاقهم مع من معهم من النسوان
والصبيان الا اذا كان ذلك بامر ملكهم فحينئذ يكون نقضا في
حق جميعهم لوجود الرضا منهم ص ولو شرط رد من خرج الينا من
الرجال الاحرار مسلما نبطله ش قال علماونا لو شرط الكفار
في الموادعة ان نرد عليهم من جانا منهم مسلما يبطل الشرط
ولا يجب الوفا به وقال الشافعي لا يبطل الشرط ويجوز الوفا به وجه الشافعي م
قوله ان النبي صلى الله عليه وسلم وادع اهل مكة على ان لا يقاتلهم
عشر سنين وان يرد عليهم من جا مسلما ولنا قوله تعالى
فان علمتموهن مومنات فلا ترجعوهن الى الكفار وما رواه منسوخ
بما تلونا ولان هذا صلح في ضمنه ترك فرض وارتكاب محظور
فوجب ان يكون هذا الصلح باطلا ولان الامتناع عن تسليم
المسلم الى العدو الكافر فرض وتسليط الكافر على المسلم محظور
فلا يشرع ص وان وادع الامام لحاجة فكان كالجزية قبل
حصارهم وكالغنيمة بعده ش اي اذا راى الامام ان يوادع
الكفار بمال منهم وكان للمسلمين في ذلك حاجة فالاولى
الجواز لان المصالحة لما جازت بغير اخذ مال فباخذه اولى وان لم
يكن لهم حاجة لم تجز لان في ذلك ترك القتال صورة ومعنى
ويصرف مصارف الخراج ولا خمس فيه اذا لم ينزلوا بساحتهم
بل ارسلوا رسولا لانه ماخوذ بغير قتال فكان كالجزية اما

اذا احاط الجيش بهم ثم اخذوا المال فهو غنيمة يخمسها الامام ويقسم
ما بقي بينهم لوصوله بقوة الجيش فكان ماخوذا بالمقاتلة معنى
ص ولا يجوز دفع المال اليهم ليوادعوا الا لخوف الهلاك ش اي لو حاصر
العدو المسلمين وطلبوا الموادعة على مال يدفعه المسلمون اليهم
لا يفعله الامام لان فيه لحاق الذل والصغار بالمسلمين فلا يجوز
لقوله عليه السلام لا ينبغي لمومن ان يذل نفسه الا اذا كان المسلمون
تخافون الهلاك على انفسهم فلا باس بذلك لانهم اضطروا الى دفع
الهلاك عن انفسهم والضرورات احكام والمضطر مستثنى
من القواعد ومما يوضح الجواز ان الاحزاب لما اجتمعوا حول المدينة
طلب رسول الله صلى الله عليه وسلم منهم الصلح على ثلث ثمار المدينة
فابوا الا النصف فلما حضر رسله ليكتبوا بين يدي رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال سيدا الانصار سعد بن معاذ وسعد
بن عبادة رضي الله عنهما وقالا يا رسول الله هذا شي امرك الله به
ام راي رايته من عند نفسك فقال عليه السلام بل رايته
فقالا يا رسول الله انهم لم يكونوا في الجاهلية من ثمار المدينة
الا قرى او شرا وبعد ما اعزنا الله تعالى بالاسلام لا نعطيهم
ثمرا وليس بيننا وبينهم الا السيف فقال عليه السلام اني رايت
العرب رمتكم عن قوس واحدة فاحببت ان اصرفه عنكم فان ابيتم
ذلك فانتم وذلك اذهبوا فلا نعطوهم الا السيف فكان قد يقال
رايه صلى الله عليه وسلم الى الصلح في الابتداء حين راى حسن حالهم بالضعف
بالمسلمين فحين راى القوة فيهم بما قال السعدان رضي الله عنهما

امتنع

امتنع من ذلك وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعطي المولفة
قلوبهم من الصدقة لدفع ضررهم عن المسلمين فدل ذلك على الجواز
عند الحاجة ولم يجز عند عدمها ص ويوادع المرتدين بغير مال وان
اخذ لم يرده ش اي يجوز للامام ان يوادع المرتدين واهل البغي حتى
ينظر في امرهم لانه ترك القتال لمصلحة فكان جائزا كما في حق اهل
الحرب ولا ياخذ منهم على ذلك مالا لان اخذ المال تقرير لهم على ذلك
وتقرير المرتدين على الردة لا يجوز ولانه يشبه الجزية واخذ الجزية
منهم لا يجوز ولو اخذ لم يرده عليهم لان في الرد عليهم تقوية
لهم على القتال وهو لا يجوز ص ويكره بيع السلاح والكراع
والحديد من اهل الحرب وتجهيزه اليهم قبل الموادعة وبعدها
ش اما كراهية بيع السلاح وتجهيزه اليهم فلما روي من نهيه
عليه السلام عن بيع السلاح من اهل الحرب وحمله اليهم ولان في ذلك
تقوية لهم على قتال المسلمين والمراد بالسلاح ما يكون معدا للقتال
ويستعمل في الحرب وجنس السلاح ما صغر منه وما كبر حتى للابرة
والمسلة واما الحديد فلانه اصل السلاح والكراع في معنى ذلك
والمراد بالكراع الخيل والبغال والحمير والابل والثيران واما كراهة
ذلك قبل الموادعة فظاهر لانهم حرب وكذا بعدها لانها على
شرف الانتقاض بنبذ العهد اليهم وكان اساس اطراد ذلك
في الثياب والطعام الا انه ثابت بالنص على خلاف القياس فانه
عليه السلام امر ثمامة ان يمير اهل مكة وهم حرب عليه والضمير
في تجهيزه في معنى ذلك وهو عايد الى جميع ما تقدم وقد جا الضمير

الكراع
الخيل والبغال والحمير والابل والثيران

بمعنى الاشارة كقوله عليه السلام واجعله الوارث منا بعد قوله عليه
السلام متعنا باسماعنا وابصارنا وقوتنا ولذلك يكره حمل الحرير
والديباج اليهم لانه يعمل منه الرايات وغيرها وكذلك لا يدخل اليهم
بالسنور والعقاب حيا او ميتا لان احيحتها تعمل في ريش النبل
والنشاب فالحاصل ان كل ما كان من السلاح وما في معناه يكره قبل
الموادعة وبعدها والاصل في ذلك قوله تعالى ولا تعاونوا على الاثم
والعدوان وفي بيع ذلك كله او حمله اليهم اعانة لهم على المعصية
فلا يجوز ص واذا امن حرا او حرة كافرا او حصنا او مدينة امتنع
قتالهم الا ان يكون فيه مفسدة فينبذ اليهم ويوديه ش اي اذا
امن رجل حرا او امراة حرة كافرا او جماعة او اهل حصن او مدينة
صح امانه ولم يكن لاحد من المسلمين بعد ذلك قتالهم والاصل في
ذلك ان امان الواحد الحر المسلم جايز سواء كان ذكرا او انثى او اعمى
او شيخا او مريضا والدليل على ذلك ما روي صاحب السنن ه
باسناده الى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده انه قال قال رسول
الله صلى الله عليه وسلم يسعى بذمتهم ادناهم ويجير عليهم اقصاهم وهم يد على من سواهم والذمة الامان ولهذا
سمي المعاهد ذميا لانه اعطي الامان على دمه وماله للجزية التي تؤخذ
منه ويروي ويرد عليهم اقصاهم مكان قوله ويجير يقال اجرت
فلانا على فلان اي حميته منه ومنعته وقوله وهم يد على من سواهم
اي كلمتهم ونصرتهم واحد على جميع الملل المحاربة لهم يتعاونون
على ذلك ولا يخذل بعضهم بعضا وفيه ايضا عن ابن عباس رضي

ذكر حمل الحرير الى دار الحرب

وذكر متاع الريش الى دار الحرب

وسع ذلك لعامة المسلمين اهل الحرب

المسلمون ه

الله عنه

الله عنه قال حدثتني ام هاني بنت ابي طالب رضي الله عنها انها
اجارت رجلا من المشركين يوم الفتح فاتت النبي صلى الله عليه وسلم
فذكرت له ذلك فقال قد اجرنا من اجرت وامنا من امنت الا ان يكون
في امانه مفسدة فينبذ الامام اليهم كما لو امن الامام بنفسه
ثم راى خلاف ذلك دفعا للضرر عن المسلمين ودفعا العدر من
الكفار وانما يوديه الامام من مال ذلك من الجيش لاقتياته على
راى الامام اي لسبقه على راي الامام في امر الحرب بخلاف ما اذا
كان في امانه نظر للمسلمين ومصلحة لهم حيث لا يوديه لانه
لو انتظر راي الامام ربما تفوت مصلحة المسلمين وفي امان
العبد كلام يجي بعد هذا ص ولا يصح امان ذمي ولا اسير ولا تاجر
ولا مسلم عندهم وهو فيهم ش اي لا يصح امان هؤلاء المذكورين
لتهمة اما الذمي فلانه منهم ولا ولاية له على المسلمين واما الاسير
والتاجر فلانهما مقهوران في ايديهم فلا يخافونهما والامان
يكون من الخوف والظاهر انهما يكرهان على الايمان وقوله وهو
فيهم اي لم يخرج من دار الحرب الى دار الاسلام ص وكذا العبد
المحجور واجازه ويوافقهما في روايتين ش قال ابو حنيفة لا
تجوز امان العبد الذي لم يوذن في القتال الا ان ياذن له سيده
في القتال وقال محمد يصح وابو يوسف مع الامام في رواية الطحاوي
وهو الظاهر عنه ومع محمد في رواية الكرخي واعتمد القدوري
عليه في شرحه لمحمد قوله عليه السلام ذمة المسلمين واحدة يسعى
بها ادناهم اي ادناهم حالا وهو العبد ولانه من اهل القتال فيخافونه

فيكون كالماذون له في القتال وانما لا يملك المقابلة لما فيها من تعطيل منافع المولى ولا تعطيل في مجرد القول ولابي حنيفة ان الامان ازالة الخوف والكفار لا يخافون من العبد المحجور لانه لا يملك القتال لحق مولاه فلا يصح امانه بخلاف الماذون له في القتال لانهم يخافون منه لقتاله فصح امانه لان الامان نوع قتال لانه انما شرع لكونه سببا للكسر شوكتهم العدو ودفع شرهم واعزاز دين الله وهذا كما يحصل بالقتال يحصل بالامان فيكون الامان قتالا معنى والعبد لا يملك القتال بغير اذن المولى فكذلك لا يملك الامان وامان الصبي الذي يعقل محجورا على هذا الخلاف والماذون له في القتال يعتبر امانه في الاصح

فصل في الغنائم وقسمتها

امما اخر الغنائم بعد ذكر الامان لتخيير الامام في امانهم وقتلهم وغنيمة اموالهم فكانت الغنيمة والقسمة احد اختياري الامام فاخرت ثم الغنيمة اسم لمال ماخوذ من الكفرة بالقهر والغلبة والحرب قائمة والفيء ما اخذ منهم من غير قتال كالخراج والجزية وفي الغنيمة خمس دون الفيء ص واذا فتح الامام بلدة عنوة قسمها ان شاء والا فيخير بين وضع الخراج والجزية على اراضيهم وعليهم ويقسم المنقول ش اي اذا فتح الامام بلدة عنوة اي قهرا فهو بالخيار ان شاء قسمها بين الغانمين يعني بين اخراج الخمس كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم خير وان شاء اقرها عليها ووضع الجزية عليهم والخراج على اراضيهم يستوي فيه المائي والعشري كالماء والعيون والانهار والخراجي كالانهار التي حفرتها الاعاجم لانه لا ابتداء توظيف

بلغ مقابلة

على الكافر كما فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق فانه من على المشركين وجعلها خراجا ووضع الخراج على اراضيهم والجزية عليهم وقد نازعه في ذلك قوم منهم بلال رضي الله عنه وقال اقسم بيننا فان الغنيمة بيننا فقال عمر رضي الله عنه الذي قلت هو الحق ودعا عليهم وقال اللهم اكفني بلالا واصحابه فما توا جميعا قبل تمام السنة وقيل الاولى القسمة بين الغانمين عند حاجتهم واقرارها عليها عند عدم الحاجة ليكون ذلك دخيرة للمسلمين في الزمان الثاني وهذا في العقار شم اذا من عليهم بالرقاب والاراضي دفع لهم من المنقول قدر ما يتهيأ لهم به العمل لان عمر رضي الله عنه ترك لهم ذلك وهو القدر في الباب ولان منفعة الارض بالزراعة وهم لا يقدرون عليها الا بالتهاون وقال الشافعي لا يجوز المن عليهم بالاراضي فيما فتح قهرا بل يقسمها بين الغانمين لان الاراضي صارت ملكا للغانمين عندي بالاستيلاء وحقا لهم عندكم فكان الترك في ايديهم ابطالا لملكهم او لحقهم فلا يجوز ذلك الا ببدل يعدلها والخراج لا يعدلها القلة خلافا لابي حنيفة فان للامام ان يبطل حقهم اصلا بالقتل فبالعوض القليل اولى ولنا ما قدمنا من فعل عمر واجماع الصحابة رضي الله عنهم وفتح رسول الله صلى الله عليه وسلم مكة عنوة ومن بها على اهلها ولم يقسمها بين الغانمين والدليل على انها فتحت عنوة قول ابي هريرة رضي الله عنه فاظفرنا وما ليشا احد منا ان يقتل منهم من شا الا قتله فقال عليه السلام لما اشتد عليهم القتل من اغلق بابه فهو امن ومن دخل دار ابي سفيان فهو امن كل ذلك رواه احمد ومسلم

واجارت ام هانی رجلا فاراد علی قتله فمنعته واجرت رسول الله صلی الله
علیه وسلم فقال قد اجرنا من اجرت یا ام هانی رواه احمد والبخاری
ومسلم ولو کان فتحها للصلح لحصل الامن بذلک لما ذکرنا والخراج
وان قل فی المال فهو اکثر فی المآل والقلیل الدایم خیر من الکثیر المنقطع
فان قیل فتح مکة کان صلحا لقوله تعالی لتدخلن المسجد الحرام ان شاء
الله امنین قلنا قوله تعالی من بعد ان اظفرکم علیهم دلیل علی انها
فتحت عنوة لان الظفر لا یکون الا بعد القتال ولقوله علیه السلام
من دخل دار ابی سفیان فهو آمن ومن القی السلاح فهو آمن ولو کان
فتحها صلحا لم یبق للتخصیص محل وقال علیه السلام ان مکة حرام
الی یوم القیامة لا تحل لاحد قبلی ولا لاحد بعدی وانما احلت لی ساعة
من نهار وهذا واضح الدلالة علی فتحها عنوة واما المنقول فنقسمه
بین الغانمین ولا یجوز المن به علیهم لعدم ورود الشرع به ن
ص ویقتل الاساری او یسترقهم او یترکهم اهل ذمة ولا یردهم
الی دار الحرب ش یعنی ان الامام بالخیار فی الاساری فی ثلاثة اشیاء
ان شاء قتلهم عملا بما فعل النبی صلی الله علیه وسلم ببنی قریظة واسترق
دراریهم وروی البخاری باسناده الی انس بن مالک رضی الله عنه
ان رسول الله صلی الله علیه وسلم دخل عام الفتح وعلی راسه المغفر
فلما نزعه جاء رجل فقال ان ابن خطل متعلق باستار الکعبة فقال
اقتلوه وقد صح ان النبی صلی الله علیه وسلم اسر یوم بدر سبعین رجلا
وکان منهم عقبة بن ابی معیط امر بقتله فقتله رجل فقال
له عاصم بن الاحلح الانصاری ولان فیه حسم مادة الفساد بالکلیة

وامّا

واما استرقاقهم فلان فیه دفع شرهم عن المسلمین کالقتل مع ما فیه
من النفع الوافر لاهل الاسلام وهو استخدامهم وقد انعقد الاجماع علی جواز
الاسترقاق العرب والمرتدین علی ما تبین ان شاء الله تعالی فی الجزیة
ولیس فیمن اسلم منهم الا الاسترقاق لان قتله او وضع الجزیة علیه
بعد الاسلام لا یجوز واما جعلهم اهل ذمة احرار المسلمین بوضع الجزیة
والخراج فلقضیة عمر رضی الله عنه فی سواد العراق واما عدم رد الاساری
الی الکفار فلئلا یکونوا معونة وتقویة لهم علی المسلمین بهم وتقویتهم
ومعونتهم لا تجوز لقوله تعالی ولا تعاونوا علی الاثم والعدوان
فکذا ما یحصل به تقویتهم کما فی رد السلاح ص والامام لا یفادی
بهم واجازاه باساری المسلمین ش قال ابو حنیفة لا یجوز للامام
ان یفادی بالاساری ای لا یعطی الکفار اسراهم ویستنقذ بهم
اساری المسلمین من ایدیهم وقالا یجوز ذلک لان فیه تخلیص
المسلم من ید الکافر واستنقاذه من احد لاله وهو اولی من قتل الکافر
والانتفاع به ویوید ذلک قوله تعالی فاما منا بعد واما فداء والمعنی
التخییر بعد الاسر بین ان یمنوا علیهم فیطلقوهم وبین ان یفادوا بهم
وروی الطحاوی عن عمران بن حصین رضی الله عنه ان رسول الله
صلی الله علیه وسلم فادی برجل من العدو رجلین من المسلمین ولابی
حنیفة قوله تعالی فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشرکین حیث
وجدتموهم ولان هذه الایة ناسخة لتلک الایة لان سورة براءة
اخر ایة انزلت کذا فی صحیح البخاری عن البراء رضی الله عنه فکانت
ناسخة لما قبلها واذا کانت ناسخة منسوخة لا یجوز ترک حکم الله

تعالى من القتل او الاسترقاق او الاسلام ولان في رد الاساري عليهم
اعانة لهم على المعصية حيث يعود الاسير حربا علينا فلا يجوز ذلك
كرد سلاحهم ودفع الشر خير من استخلاص المسلم فضار بحران بقاه في ايديهم
ابتلا من الله تعالى غير مضاف الى فعلنا والاعانة على المسلمين بدفع اعدائهم
الى مواليهم مضاف الى فعلنا بطريق التسبيب وفيه خطر فلا يجوز
وما رويناه من الحديث منسوخ ايضا بدليل ما اخبر عمران بن حصين
ان النبي صلى الله عليه وسلم فدى بذلك المأسور بعد ان اقر بالاسلام
وجواز المفاداة بالاساري عندهما فيما قبل القسمة اما بعد القسمة
او الاحراز بدار الحرب فعند ابي يوسف لا يجوز وعند محمد يجوز ص
ولا يكره في المال في المشهور ولا المن عليهم ش اعلم ان مسايل
المفاداة على صورتين وفاقية وخلافية اما الوفاقية فهي مفاداة
اساري المسلمين الذين في ايدي الكفار بالدراهم والدنانير والثياب
ونحوها مما ليس فيه اعانة على الحرب فجايزة وفي السلاح غير جايزة
لما فيه من اعانتهم على الحرب واما الخلافية ففي فصلين احدهما ان
اساري الكفار الذين في ايدينا لا يجوز مفاداتهم بالمال ناخذه
منهم في ظاهر الرواية عن اصحابنا واليه اشار المصنف بقوله
في المشهور وكذلك المن على اسرهم وهو اطلاقهم مجانا من غير عقد
ذمة ولا عهد وقال الشافعي يجوز الامران له قوله تعالى
فاما منا بعد واما فدآ اي فاما تمنون واما تفدون واعتبارا
للمفاداة بالمال بالمفاداة بالاسير المسلم وقد من النبي صلى الله عليه
وسلم على بعض الاساري يوم بدر ولنا ان ذلك منسوخ بقوله

تعالى

تعالى اقتلوا المشركين كما قدمنا ولان المفاداة لما لم تجز بالمال فلان
لا يجوز الاطلاق بغير شيء اولى ولان حق الغانمين في الاسير الكافر ثابت
بسبب القهر والغلبة فلا يجوز اسقاطه بغير منفعة ولا عوض
ص واذا تعذر نقل المواشي في العود لا تركها ولم يقتصروا على عقرها
فتذبح ش قال علماؤنا اذا عاد الامام الى دار الاسلام بالمواشي ولم
يقدر على نقلها الى دار الاسلام يذبحها ويحرقها وقال الشافعي يتركها
الامام هناك وقال مالك يعقرها للشافعي قوله عليه السلام لا تذبح
شاة ولا بقرة الا لماكلة والماكلة مصدر يسمى كالاكل ولمالك ان
بالعقر لا ينتفع الحربي بها ويبقى فيهم حسرة وتشتفي بها المسلمون
ولاصحابنا ان ذبح الانعام لغرض صحيح مشروع ولا غرض اصح من كسر
شوكتهم والحاق الغيظ بهم ثم تحرق كي ينتفعوا بلحمها كما تحرق
بيوتهم وتقطع اشجارهم وتقلع زروعهم وانما تحرق بعد الذبح لئلا
يعذب الحيوان وهو منهي عنه وفي العقر مثلة وهي منهي عنها واما
الاسلحة فمهما امكن احراقها تحرق وما لا فتدفن في موضع لا يهتدي
اليه الكفار واما السبايا فيمشيهم الى دار الاسلام ان امكن
ذلك وان لم يمكن تقتل رجالهم واما النسوان والذراري منهم
فلا تقتل ولكن تترك في ارض ليست بعامرة لانا نهينا عن قتلهن
ولا وجه لتركهن في ارض عامرة لانهم يعودون حربا علينا فالنسآ
للتسل والصبيان للبلوغ وقد امرنا ان نفعل بهم ما يقطع به
شرهم عنا فلم يجد طريقا سوى ما قلنا ليدل كوا هنا ك ص ولا تقسم
غنيمة الا في دارنا ش قال علماؤنا لا يقسم الامام غنيمة في دار الحرب

لام

حتى يخرجها الى دار الاسلام وقال الشافعي يقسمها في دار الحرب لان النبي
صلى الله عليه وسلم قسم غنايم خيبر فيها وغنايم بني المصطلق في
ديارهم وغنايم اوطاس باوطاس وغنايم بدر بالجعرانه وهي واد
من اودية بدر ولان سبب الملك وهو الاستيلاء على مباح قد تم
فيترتب عليه موجبه كالاصطياد والاحتطاب ولنا ان النبي
صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب ومتى حرم البيع
حرمت القسمة لان فيهما معنى البيع لاشتمالها على المبادلة معنى ولان
الملك انما يثبت للغزاة بالاستيلاء التام وهو لم يوجد قبل الاحراز
لان الغانمين وان كانوا ظاهرين يدا لكنهم مقهورون دارا فلم يتم
السبب فلا يثبت الملك لان الدار في ايديهم معنى حيث لم يرد على اهلها
احكام الاسلام بخلاف ما اذا فتحت البلدة واجري فيها احكامه حيث
تصير دار الاسلام فيجوز القسمة حينيذ ولان في ذلك قطع حق
المدد فلا يشرع كيلا يتقاعدوا عن الغوث وما رواه محمول على انه
عليه السلام فتح تلك البلاد وصارت دار اسلام ولا خلاف فيه وانما الخلاف
فيما اذا لم تصر دار اسلام ويترتب على هذا الاصل مسايل منها ان جواز
القسمة بدار الحرب لا يجوز عندنا خلافا له ومنها لو لحقهم مدد بعد
الهزيمة قبل الاحراز بالدار يشاركونهم عندنا خلافا له ومنها
ان احدا من الغزاة لو وطي امة من السبي فولدت فادعاه لا يثبت نسبه
عندنا لعدم الملك وتجب العقر ويقسم الامة والولد والعقر بين
الغانمين وعنده يثبت نسبه منه ويصير الجارية ام ولد له
ومنها عدم جواز البيع عندنا خلافا له وفي الكافي اذا ادى اجتهاد الامام

الى القسمة

الى القسمة قبل الاحراز في دار الاسلام فقسمها جاز لانه قضى في فصل
مجتهد فيه فينفذ وقيل من مذهبنا كراهة القسمة لا بطلانها
وجه الكراهة انهم لو اشتغلوا بها تكاسلوا في امور الحرب فربما يكون
ذلك وبالا عليهم فكان نهيا لمعنى في غير المنهي عنه فلا يعدم الجواز
قال صاحب الهداية وهي كراهة تنزيه عند محمد فانه قال
على قول ابي حنيفة وابي يوسف لا تجوز القسمة في دار الحرب وعند
محمد الافضل ان لا يقسم ذلك في دار الاسلام ص ويستوي الرد بحر
والمقاتل ش اي يستوي الرد وهو العون والمقاتل وهو المباشر
للقتال مع الكفار في استحقاق الغنيمة لاستوائهما في سبب
الاستحقاق وهو مجاوزة الدرب بنية القتال ولا فرق بين ان يكون
الرد قاتل او لم يقاتل وبين ان يكون صحيحا او مريضا او شابا او شيخا
حرا او عبدا ماذونا في القتال لانهم من اهل القتال ولان الجهاد اذلال
العدو وهو يحصل بمباشرة القتل وباثبات القدم في صف
القتال ر وي ان اصحاب بدر كانوا ثلاثة ثلثهم في وجه العدو
يقاتلون وثلث يجمعون الغنايم وثلث كانوا ردا لهم خشية
كر العدو عليهم ص ولو لحقهم المدد قبل احرازها نشاركهم معهم
ولو بعد القتال ش قال علماؤنا اذا لحق المدد العسكر وهم في دار
الحرب قبل ان يخرجوا الغنايم الى دار الاسلام يشاركونهم فيها
سواء انقضى القتال او لم ينقض وقال الشافعي اذا لحقوهم
بعد انقضاء الحرب وتقرر الهزيمة لا يشاركونهم وهذه المسيلة
مبنية على اصل وهو ان الغنيمة تملك عندنا باحد امور ثلاث

بالاحراز بالدار على ما ذكرنا لوجود الاستيلاء فيها صورة ومعنى او
بالقسمة وهو اكد من الاحراز لان الملك الخاص يحصل به او بالبيع
لان جوازه يعتمد ملكا مستقرا فالحكم به حكم باستقراره وعنده يملك
بالاخذ والاستقرار الغنيمة ص ولا حق لاهل السوق حتى يقاتلوا
ش اي لاحق لاهل سوق العسكر في الغنيمة الا ان يقاتلوا لعدم
السبب في حقهم وهو المجاوزة لقصد القتال لانهم قصدوا التجارة
لاعزاز دين الله وارهاب العدو وان قاتلوا استحقوا السهم لانه
بالمباشرة ظهر ان قصدهم القتال والتجارة تبع له فلا يضر كالحاج
اذا اتجر في طريق الحج لا ينتقص اجره ص واذا لم يكن حمولة قسمها
بينهم ايداعا ثم يرجعها الى الدار فيقسمها ولا يباع الغنايم قبل
القسمة ش الحمولة بفتح الحاء المهملة ما يحمل عليه من بعير او فرس او
بغل او حمار اي اذا لم يكن للامام حمولة يحمل عليها الغنايم قسمها
بين الغزاة قسمة ايداع ليحملوها الى دار الاسلام ثم يستردها منهم
في دار الاسلام فيقسمها لانه اذا لم يقسمها احتاج الى تركها في دار
الحرب فيبطل فيها حق الغانمين وقال بعض المشايخ تكون هذه
القسمة قسمة تمليك لان الامام اذا قسمها عن اجتهاد يجوز كما مر
ثم قال في السير الكبير يكرههم الامام على ذلك لكن باجارة وهو
اختيار القدوري لان فيه دفع الضرر العام بالخاص فصار نظير ما لو
استاجر دابة شهرا فمضت المدة في المفازة او سفينة فمضت المدة
في وسط البحر فانه ينعقد عليها اجارة اخرى باجر المثل بغير رضى المالك
او اضطر الى تناول طعام الغير حيث يتناول بالقيمة ولا فرق بين

الابتداء

الابتداء والبناء لانه يتملك في الحالين منافع الغير باجر المثل لصيانة المال
بلا رضا كذا قالوا وقال في السير الصغير لا يكرههم عليه لعدم حل الانتفاع
بمال الغير من غير طيب نفسه كما اذا هلكت دابة في مفازة ومع رفيقه
فضل حمولة فاراد ان يحمل عليها باجر بغير رضى المالك فانه لا يجوز ذلك
بخلاف ما استشهد به فانه بناء وليس بابتداء وهو اسهل منه ولو
كان في بيت المال او في الغنيمة حمولة حمل عليها لان الكل مال المصرف ولا
يجوز بيع الغنايم قبل القسمة لقوله عليه السلام لا يحل لامرئ
يومن بالله واليوم الاخر ان يبتاع مغنما حتى يقسم ولا ان يلبس ثوبا
من فيء المسلمين حتى اذا اخلقه رده فيه ولا ان يركب دابة من فيء
المسلمين حتى اذا اعجفها ردها رواه احمد وابو داود ولان الملك لا يثبت
في الغنيمة للغزاة قبل الاحراز بدار الاسلام وبعد الاحراز بها نصيبه
مجهول فلا يصح البيع فيما ليس بمملوك او مجهول ومع هذا اذا باع الامام
صح لانه مجتهد فيه ذكره في شرح الطحاوي فعلم بهذا ان المراد
بقوله لا تباع الغنايم قبل القسمة الكراهة لا نفي رتب الاحكام
ص ومن مات في دارهم قبل احراز الغنيمة لا يورث نصيبه
ش قال علماؤنا اذا مات احد من الغانمين في دار الحرب قبل ان تخرج
الغنيمة الى دار الاسلام لا يكون نصيبه موروثا لان الارث يجري
في الملك ولا ملك له قبله وعند الشافعي اذا مات بعد انقضاء الحرب
يورث لثبوت الملك فيه عنده على ما يبتنى ص وان وطيء مسبية فولدت
فادعاه لا تثبت ش قال علماؤنا اذا وطيء الغانم جارية من السبي في
دار الحرب فولدت منه ولدا فادعاه لا تثبت نسبه منه لان ثبوت

السبب يستدعي سبق الملك ولا ملك له قبل القسمة والاحراز بدار الاسلام
واذا لم يثبت السبب يلزمه العقر ويكون الجارية مع ولدها وعقرها
مقسومة بين الغانمين وعند الشافعي يثبت الملك قبل الوطي فيثبت
احكامه من السبب وامومية الولد على ما تقدم من اصله ص ويورث
اذا مات بعد الاحراز ش اذا مات الغانم بعد احراز الغنيمة بدار الاسلام
فنصيبه موروث لاستقرار الملك في الغنيمة قبل الموت فينتقل الى
ورثته ص ولا باس بعلف العسكر واكل ما وجدوه من طعام واستعمال
طيب ودهن وتوقيح دابة ش اي لا باس بان يعلف العسكر في دار الحرب
ويا كلوا ما وجدوه من الطعام الى اخره قبل القسمة لما روي البخاري
عن عمر رضي الله عنه انه قال كنا نصيب من مغازينا العسل
والعنب فناكله ولا نرفعه وكتب عمر رضي الله عنه الى امير الجيش بالشام
مر العسكر فليا كلوا وليعلفوا ولا يبيعوا ابذهب ولا فضة ففيه
الخمس فهذا دليل على ان عادتهم الانتفاع بما يحتاجون اليه وعن
عبد الله بن المغفل انه قال اصبت جرابا من شحم يوم خيبر فالتزمته
وقلت لا اعطي اليوم احدا من هذا شيا واذا برسول الله صلى الله عليه
وسلم متبسما رواه احمد وابو داود والنسائي وهذا اقوى حيث
لم يامره عليه السلام برده الى الغنيمة وهذا على اطلاقه رواية السير
الكبير واختارها الكرخي ووجهها اطلاق ما رويناه ولان الحكم يدور
على دليل الحاجة وهو كونه في دار الحرب اذ هو لا يقدر ان يستصحب
ما يكفيه من الطعام والعلف غالبا فلو لم يبح له التناول لضاق الامر
عليهم بخلاف السلاح والدواب لانه يستصحب غالبا ثم يرد الى المغنم

ما استغني

ما استغني عنه ولا فرق في الطعام بين ان يكون مهيا للاكل ولا حتى انه
يجوز ذبح المواشي من الجزور والبقر والغنم ويرد دون جلودها الى
الغنيمة وكذا الحبوب والسكر والفواكه الرطبة واليابسة
والسمن والزيت وكل شي هو ماكول عادة وهذا الاطلاق في حق من له
سهم في الغنيمة او من يرضخ له منها غنيا كان او فقيرا ويطعم من معه
من الاولاد والنسا والمماليك وكذلك المدد لان لهم سهما فيها وما
لا يوكل عادة لا يجوز له ان يتناوله مثل الادوية ونحوها لقوله
عليه السلام رد والخيط والمخيط وتوقيح الدابة تصليب حافرها
بالشحم المذاب اذا ارق من كثرة المشي والتوقيح بالراء خطا كذا
في المغرب والترقيح الاصلاح والمعنى بين اللفظين قريب ص
والتقييد بالحاجة رواية ش قال في السير الصغير واذا كان في
الغنيمة طعام او علف فاحتاج اليه رجل يتناول منه قدر حاجته
ووجهه انه مال مشترك بين الجماعة فلم يبح له الانتفاع به
الا لحاجة كالدواب والثياب قال صاحب المحيط ما ذكر في السير
الكبير جواب الاستحسان وما ذكر في السير الصغير جواب القياس
وقد بينا وجه الروايتين ص ويقاتلون بسلاحهم للحاجة ش
اذا لم يكن للغازي سلاح فلا باس ان يقاتل بما يجده من سلاح لان
الغالب ان المقاتل يستصحب معه سلاحه فلم يعم دليل الحاجة
فاديرا الحكم على حقيقتها قال المصنف في شرحه وقد اطلق القدوري
جواز الاستعمال وصاحب الاصل بالحاجة رد ناذلك في الكتاب ○ الهدايه
ص ولا يبيعوا من ذلك شيا فان بيع رد الثمن الى الغنيمة ش اي

اذا اخذوا العسكر العلف لاجل دوابهم واخذوا الطعام لاجلهم او الحطب
للاستعمال او الدهن للادهان او السلاح للقتال على ما تقدم لا يجوز لهم
ان يبيعوا شيا من ذلك ولا يتملوه لان البيع لا يكون الا بعد سابقة
الملك ولا ملك للغزاة قبل الاحراز في دار الاسلام لان الانتفاع كان
للحاجة وقد زالت فلا يبقى الاباحة فان باعوا من ذلك شيا رد واثمنه
الى الغنيمة لانه عوض عين مشتركة بين الغانمين واما الدواب والثياب
والمتاع فقال في السير الصغير يكره الانتفاع بها قبل القسمة فان احتاجوا
الى شي منها قسمه الامام عليهم في دار الحرب ص ومن اسلم منهم
في دارهم احرز نفسه ش اي اذا اسلم حربي في دار الحرب احرز باسلامه
نفسه لوجود العاصم وهو الاسلام فلا يجوز قتله ولا استرقاقه
لانهما جزآ الكفر ابتداء ولدفع شره وقد اندفع شره بالاسلام قبل
ان يأخذه المسلمون فان اسلم بعده فهو عبد لانه اسلم بعد انعقاد
سبب الملك فيه فلا يرتفع بالاسلام لحقيقته ص وولده الصغير
ش اي واحرز باسلامه ولده الصغير لانه تبع له فيلحق به بخلاف
ولده الكبير لانه كافر حربي غير تابع له في الاسلام بل هو على دين نفسه
فلا يكون معصوما عن القتل والاسترقاق ص وماله الذي في يده
ش اي واحرز باسلامه ماله الذي في يده لقوله عليه السلام امرت
ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا قالوا عصموا مني دماءهم
واموالهم وقال عليه السلام لصخر يا صخر اذا اسلموا احرزوا مني
دماءهم واموالهم ولان يده الحقيقة سبقت يد الغانمين اليه فكانت
اولى ص ووديعته في يد مسلم او ذمي ش اي واحرز باسلامه وديعته

التي هي في يد مسلم او ذمي لان يد المودع كيد المودع من وجه من حيث
انه يحفظ الوديعة له وهي يد صحيحة محترمة وهي في يد نفسه من
حيث الحقيقة وكل واحد منهما معصوم فيكون ما في يده معصوما
بخلاف ما اذا كانت في يد حربي ودبعة لان يده ليست محترمة ولا
صحيحة حتى جاز لنا التعرض لها ص واذا ظهرنا عليهم كانت فيئا وجته
وعبده المقاتل فيأ ش امآ الزوجة فلانها كافرة حربية وليست
بتابعة له في الاسلام فكانت فيأ وكذا حملها لانه جزء من اجزايها
فيتبعها في الرق وهو مسلم تبعا لابيه ولا يقال في ذلك انشآ الرق
لان الممتنع انما هو انشآ الرق على من هو مسلم حقيقة والولد اذا كان
في بطن امه فهو رقيق تبعا لامه ومسلم تبعا لابيه للحديث المشهور
والاسلام لا يمنع بقآ الرق وامآ عبده المقاتل فلانه بالقتال صار
متمردا على مولاه ملحقا باهل الدار فكان تبعا لهم ثم هذه المسئلة
على ثلاث صور احديها ان يسلم في دار الحرب ولا يخرج الينا الثانية
ان يسلم فيها ثم يخرج الينا بعد ذلك اذا غلب المسلمون على الدار
فكل ما كان في يده من المنقولات من الثياب والدراهم والدنانير
والعبد غير المقاتل والجواري فهو له لانه بالاسلام احرز ذلك كله
لما ذكرنا الثالثة اذا دخل الحربي دار الاسلام ثم اسلم ثم
ظهر المسلمون على الدار فجميع اموله واولاده الصغار والكبار وزوجته
وما في بطنها فيئ لانه لما لم يسلم في دار الحرب حتى خرج الينا ثبت
العصمة في ذلك لان تباين الدارين قاطع للعصمة فاذا ثبت الاستيلا
على ما لا يعير معصوم كان فيأ الا ترى الى قوله تعالى للفقرا المهاجرين

الذين اخرجوا من ديارهم واموالهم الايه سماهم فقراء مع انهم خلفوا اموالا في دار الحرب
ص وعقاره في رواية وافق في رواية وجعله له في اخرى كالمنقول ويوافق الاول
في قوله الثاني والثاني في قوله الاول ش قال ابو حنيفة عقار الذي اسلم
في دار الحرب في وهو قول محمد في رواية وقول ابي يوسف الاخر وفي رواية
اخرى عن محمد وهو قول ابي يوسف الاول ان عقاره له اعتبارا بالمنقول
والضمير في القولين لابي يوسف واراد بالاول ابا حنيفة وبالثاني محمدا
وجه كون العقار فيئا ان العقار في يد اهل الحرب وسلطانهما اذ هي من جملة
دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة فلا اعتبار ليده فيها قبل ظهور المسلمين
عليها وبعد ظهورهم عليها يد الغانمين اقوى من يده فيها فكانت هي المعتبرة
وقت هذا الاختلاف بناء على اصل وهو ان اليد لا تثبت على العقار حقيقة
عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد تثبت ص ووديعته في يد حربي
في ش من تتمة حال من اسلم في دار الحرب ان المسلمين اذا ظهروا على دار
الحرب ووجدوه قد اودع وديعة عند الحربي او ان الحربي قد غصبه
شيئا وهو في يده فانه يكون فيئا عند ابي حنيفة ولم يذكر المصنف الغصب
من الحربي اكتفاء بذكره في المسئلة الثانية وهو ما غصبه وهو في يد
مسلم او ذمي فان المغصوب اذا كان في يد مسلم فيئا بالطريق الاولى
ان يكون في يد الحربي فيئا وقال ابو يوسف ومحمد لا يكون فيئا لان يكون
له لان يد المودع كيده ولو كانت في يد حقيقة لم يكن فيئا فلذا اذا كانت
في يده حكما وتعليلهما في الغصب يأتي في ضمن تعليل المسئلة الآتية
ولابي حنيفة ان العصمة في المال لم تثبت بالنظر الى نفسه لكونه في الاصل
على صفة الاباحة وانما ثبتت العصمة فيه بالنظر الى مالكه تبعا له والتبعية

انما

انما ثبت ان لو ثبت يد المالك حقيقة وحكما او حكما مع الاحترام لما ان في
ثبوت يده حكما بدون الاحترام معارضة من جهة الاباحة الاصلية
فلم تثبت العصمة لانها امر عارضي لا تثبت عند معارضة الدليلين
ص وما غصبه وهو في يد مسلم او ذمي في يوافقه في رواية
ش قال ابو حنيفة اذا ظهر المسلمون على دار الحرب ووجدوا مسلما
او ذميا قد غصب ممن اسلم في دار الحرب شيئا وهو في يده فهو في
وقالا لا يكون فيئا وذكر في الجامع الصغير قول ابي يوسف مع ابي حنيفة
لما ان عصمة المال تابعة لعصمة النفس وقد عصمت النفس
بالاسلام عصمة موئمة مانعة من الاسترقاق فكذا التابع لها ولابي حنيفة
انه مال مباح لعدم الاحراز حقيقة وحكما اما حقيقة فظاهر واما
حكما فلانه ليس في يد نائبه لانه في يد الغاصب فيملك بالاسترقاق
ويكون فيئا للمسلمين ولا نسلم ان النفس صارت معصومة بالاسلام
لنستتبع المال وانما خلقت في الاصل محرمة التعرض لها لان
الادمي خلق ليحمل اعباء التكاليف ولا يتمكن من اقامتها الا ببقا
ولا بقا الا بالعصمة وحرمة التعرض الا ان هذا الدليل تقاعد عن
العمل عند قيام المانع وهو الكفر والشر الصادر من المحارب فاذا
اسلم زال المانع فعمل الاصل السابق عمله واما المال فمخلوق في الاصل
عرضة للتملك والانتفاع به فكان في الاصل محلا للتملك لقوله تعالى
خلق لكم ما في الارض جميعا وحرمة التعرض تعارض الوقوع في اليد
المحترمة وهي يد المالك وهذا المذكور ليس في يده شيء فكان فيئا
فحصل الفرق بين النفس والمال ولهذا قوله وما غصبه على البناء للمفعول

ص واذا خرجوا من دارهم لم يعلفوا من الغنيمة ولم يأكلوا منها
ويرد الفاضل اليها قبل القسمة ويتصدق به بعدها ش اي اذا خرج
المسلمون من دار الحرب لم يجز لهم ان يعلفوا من الغنيمة ولا يأكلوا منها
لان اباحة التناول من العلف والطعام للحاجة وبعد الاخراج الى دار
الاسلام زالت وتاكد حق المسلمين وتقرير دليل ان من مات منهم في
هذه الحالة ورث نصيبه ومن فضل معه علف او طعام رده الى الغنيمة
يعني اذا لم يقسم لانها اذا قسمت لاستاثي الرد ولهذا قال المصنف
يرد الفاضل اليها قبل القسمة وان اطلق العدوري وان قسمت
فالعيني يتصدق بعينه او بقيمته ان كان انتفع به لان الرد قد
تعذر على جماعة الغانمين فصار كاللقطة اذا لم يعرف صاحبها
والفقير ينتفع به ان كان قائما وان كان قد انتفع به فلا شيء عليه
لان للقيمة حكم الاصل وللفقير ان ينتفع بالاصل فكذا بالقيمة
فانه قد اكل ما لا لو كان قائما لكان له ان ياكل منه **فصل**
في كيفية القسمة لما فرغ من احكام الغنيمة شرع في كيفية
قسمتها قال في الايضاح القسمة عبارة عن جمع النصيب الشايع
في مكان معين وقيل انما معرفة نصيب الواحد ص والقسم اربعة
الاخماس بين الغانمين للفارس سهمان وقالا ثلاثة ويعطى الراجل
سهما ش يجب على الامام ان يقسم الغنيمة فيخرج خمسها ويقسم
اربعة الاخماس على الغانمين والاصل في ذلك قوله تعالى
واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه بيانه ان الله تعالى اضاف
الغنيمة الى الغانمين وهم الغزاة بقوله تعالى غنمتم ثم اخرج منها

الخمس

الخمس بقوله تعالى فان لله خمسه فيكون اربعة الاخماس لهم وقسم
النبي صلى الله عليه وسلم اربعة الاخماس بين الغانمين ثم عند ابي
حنيفة للفارس سهمان وقالا للفارس ثلاثة اسهم لقول ابن عمر
رضي الله عنه انه عليه السلام اسهم يوم خيبر للفارس ثلاثة اسهم
وللراجل سهما متفق عليه ولان الاستحقاق بالغناء وغناه بثلاثة
امثال الراجل لانه يكر ويفر ويثبت والراجل يثبت فقط ولابي
حنيفة ما رواه احمد وابو داود عن مجمع انه قال قسمت خيبر الى
ان قال اعطى النبي عليه السلام للفارس سهمين وللراجل سهما وروي
ابن عباس ايضا انه عليه السلام قسم للفارس سهمين وللراجل
سهما يوم بدر والكر والفر جنس واحد فيكون عنا الراكب
ضعف عنا الراجل فيفضل عليه بسهم ولانه لما تعذر
اعتبار قدر الزيادة لتعذر الوقوف على الحقيقة ادير الحكم
على السبب الظاهر والفارس نفس وفرس والراجل نفس واحدة
فكان استحقاق الراكب على ضعفه وما رويناه محمول على التنفيل
كما روي انه عليه السلام اعطى سلمة بن الاكوع سهم الفارس في
غزوة ذي قرد رواه احمد ومسلم بمعناه وهو كان راجلا
اجير الطلحة والاجير لا يستحق سهما من الغنيمة وانما اعطاه
لجده في القتال وقال خير رجالنا سلمة بن الاكوع وخير فرساننا
ابو قتادة وقال النبي كان سلمة من الرماة المذكورين والراجل
يعطى سهما واحدا بالاتفاق لما تقدم في الحديث ص ويسهم
لفرسين وقالا لواحد ش قال ابو يوسف يسهم لفرسين

وقال ابو حنيفة ومحمد لا يسهم الا لواحد اذا اقاد فرسين او اكثر لان
يوسف ان النبي صلى الله عليه وسلم اسهم للزبير ابن العوام يوم
خيبر خمسة اسهم وكان قاد فرسين ولان الفارس يحتاج الى
فرسين وربما يعيى الواحد فيحتاج الى الاخر ولنا ان النبي صلى الله
عليه وسلم لم يسهم يوم خيبر لصاحب الافراس الا لفرس واحد
ولانه يستحق السهم بالارهاب عند مجاوزة الدرب باعتبار
ما يول اليه امرهم من القتال معهم فارسا او راجلا ولا يتصور ذلك
الا بفرس واحد فيسهم له لا غير والصحيح من حكاية الزبير انه
اعطاه اربعة اسهم سهما له وسهما لامه صفية وسهمين لفرسه
رواه احمد فلا يلزم حجة والاول ضعيف فهو محمول على التنفيل على انا وما
ذكرنا من قضية سلمة والذي يدل عليه انه ليس فيه انه قاد
فرسين ص ويتساوي البراذين والعتاق ش اي يستوي
الفرس العربي والبخيب والبرذون والهجين والمقرف وغيرها
مما يقع عليه اسم الخيل لان ارهاب العدو مضاف الى جنس الخيل
في قوله تعالى ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدو كم
والجنس شامل لذلك كله فان كان العربي اصلح للطلب والهرب
والبرذون اصبر واحمل نفى كل واحد منهما منفعة مقصودة
فاستويا ص ولا يسهم لبغل ولا راحلة ش لعدم ورود النص بذلك
ولو اسهم لظهر نقله وكانت الجمال والبغال والحمير مع النبي صلى الله
عليه وسلم كثيرة ولم ينقل لها سهم ولانها لا تصلح للكر والفر
ص ونعتبر حال مجاوزة الدرب لانقضاء الحرب فمن دخل فارسا

استحق

استحق سهم فارس او راجلا فاشتري فرسا فسهم راجل ش قال
علماؤنا الاعتبار بكونه فارسا او راجلا بمجاوزة الدرب الفاصل بين
دار الاسلام ودار الحرب بنية القتال فمن جاوز الدرب ودخل دار الحرب
فارسا فله سهم الفارس الا اذا باع فرسه او وهبه او رهنه وسلمه
او اجره او اعاره فان سهم فرسه يسقط في ظاهر الرواية ولو جاوزه
راجلا ثم اشترى فرسا او وهب له او ورثه او استعاره او
استاجره فقاتل عليه فارسا فله سهم راجل وروى الحسن عن ابي
حنيفة ان له سهم فارس وجه هذه الرواية ان الانتفاع
بالفرس حال القتال اكثر منه حالة المجاوزة فاذا استحق سهم الفارس
بالدخول فلان يستحقه بالقتال اولى وعند الشافعي يعتبر كونه
فارسا او راجلا عند تقضي الحرب وهو تمام القتال له ان سبب
استحقاق الغنيمة هو القتال والاستيلاء وشهود الوقعة سبب
قريب الى القتال فيعتبر حال شهود الوقعة لكونه اقرب ولم تعتبر المجاوزة
لكونها سببا بعيدا الى القتال ولهذا اذا باع فرسه بعد المجاوزة
قبل شهود الوقعة لا يستحق سهم الفارس بالاجماع ولو باع بعد
شهود الوقعة فله سهم فارس فتبين ان المعتبر هو شهود الوقعة
لا المجاوزة ولنا ان سبب الاستحقاق لا يخلو اما ان يتعلق
بحقيقة القتال او بالتمكن منه او بشهود الوقعة او بحال انقضاء
الحرب او دخول الدار لا جائز ان يتعلق بحقيقة القتال او بالتمكن
منه او بشهود الوقعة لان الفارس لو ربط فرسه حال القتال
لضيق المكان وقاتل راجلا استحق سهم الفارس مع ان الوقوف

على حقيقة القتال متعذر او متعسر لان الامام لا يمكنه ان يراقبهم بنفسه
حتى يعلم المقاتل من غيره ولا يعتبر ان يوخذ خبر كل جندي من صاحبه
هل قاتل اولا فلما لم يوقف على حقيقة القتال لا يصير ذلك سببا
ولا جايز ان يتعلق بالتمكن من القتال لان التمكن من القتال بفرس
مستعار لا يستحق به سهم الفارس ولا جايز ان يتعلق بشهود الوقعة
لانه حال التقا الصفين والاشتغال بالحرب والوقوف على ذلك
متعسر واسباب الاحكام يجب ان تكون ظاهرة غير متعسرة
ولا جايز ان يكون بحال انقضا الحرب لان المقصود من الخيل ارهاب
العدو او مباشرة القتال وهذان يحصلان قبل انقضا الحرب
لا بعده فوجب التعليق بالسبب الظاهر وهو مجاوزة الدرب
على هيئة القتال لانه هو الذي يحصل به ارهاب العدو وخوفه
واستعلامه كمية اعداد الركبان والرجال وهو مبدا الحرب وما
بعد هذه الحالة حالة بقا وعود وام والاعتبار للابتدا لا للبقا ص ويرضخ
لعبد ومكاتب وصبي وذمي يقاتلون بما يراه الامام ويدل على الطريق
والامراة لتقوم بامر الجرحى والمرضى ش اي لا يسهم الامام لهؤلا المذكورين
ولكن يرضخ لهم بحسب ما يراه وانما يرضخ لهم ولا يسهم لانحطاط
رتبة التبع عن المتبوع فالعبد تبع للحر والصبي تبع للبالغ والذمي
تبع للمسلم والمراة تبع للرجل وروى ابو هريرة عن النبي صلى الله عليه
وسلم انه كان لا يسهم للعبد والنسا والصبيان ويرضخ لهم
وانما يرضخ لهم اذا وجد منهم القتال او يدل الذي على الطريق وعلى عورات
المشركين من غير قتال لان في ذلك منفعة للمسلمين وكان النبي

صلى

بلغ مقابلة

صلى الله عليه وسلم يعطي المراة والمملوك من الغنايم دون نصيب الجيش
ولان الجهاد عبادة والذمي ليس من اهلها والصبي والمراة عاجزان عن القتال
ولهذا لم يلحقهما فرضه والعبد لا يمكنه مولاه وبمنعه فلم يستحقوا السهم
الكامل لكن يرضخ لهم على قدر ما يراه تحريضا لهم على القتال وللمراة اذا كانت
تداوي الجرحى وتقوم بامر المرضى لعجزها عن حقيقة القتال فيكون
جهادها عملا يليق بحالها ولا يبلغ بالرضخ السهم لانهم لا يساوون الجيش
في عمل الجهاد لا في دلالة الذي فانه يزاد على السهم اذا كان في دلالته
منفعة عظيمة للمسلمين لان الدلالة ليست من عمل الجهاد فلا يلزم من
ذلك التسوية في الجهاد اذ ما ياخذه في الدلالة بمنزلة الاجرة فيعطى
بالغا ما بلغ والاجير لا يسهم له لانه دخل لخدمة المستاجر لا لقصد
القتال وان ترك الخدمة وقاتل يسهم له لانه يصير نظير اهل سوق
العسكر وان لم يقاتل لا شي له وانما زاد المصنف المكاتب لانه بمنزلة
العبد لقيام الرق فيه والرضخ عبارة عن العطا القليل قال
في الجمهرة رضخ فلان لفلان من ماله اذا اعطاه قليلا من كثير ص ويجعله
من غير الخمس ش قال علماؤنا يجعل الرضخ المذكور من اربعة الاخماس
لا الخمس وقال الشافعي في قول من الخمس لان ما وراه صار للغانمين
فلا يزاحمهم غيرهم ولنا انهم استحقوا الرضخ بالقتال فكانوا
من الغانمين واخطت رتبتهم عن رتبة من يستحق السهم الكامل
لكونه تبعا وبنقصان حقهم لا يخرجون من ان يكونوا من الغانمين
فان سهم الراجلة دون سهم الفارس ص ويقسم الخمس سهما لليتامى وسهما
للمساكين وسهما لابنا السبيل يدخل فيهم فقرا ذوي القربى ويقدمون

ش المشهور عن اصحابنا ان الخمس يقسم على ثلاثة اصناف اليتامى
والمساكين وابناء السبيل هكذا قسمه الخلفاء الراشدون بحضرة من الصحابة
من غير نكير منهم فحل محل الاجماع وتدخل هذه الاصناف الثلاثة فقراء
ذوي القربى ففقرهم في سهم المساكين ويتيمهم في يتيم اليتامى
وابن السبيل منهم في سهم ابناء السبيل ويقدمون على الطوائف
الثلاثة لقوله تعالى واعلموا انما غنمتم الآية وذكر اسم الله تعالى في
الآية لافتتاح الكلام على سبيل التبرك لان الاشياء كلها لله تعالى
ص ويمنع اغنياهم ش اي ويمنع علماؤنا اغنياء بني هاشم من استحقاق
السهم وقال الشافعي لا يمنعون لان الكتاب اثبت لهم الاستحقاق
باللام ولم يفصل بين الغني والفقير فيشتركان ولنا ان
الخلفاء الراشدين لم يعطوا اسهم ذوي القربى لاغنيائهم وانما اعطوا
للفقرائهم ولم يصرفوه بعده عليه السلام ولو بقي بعده او استحقه
غيره لصرفوه اليه ولم ينقل وفي قوله عليه السلام يا بني هاشم ان الله
كره لكم غسالة ايدي الناس فحرم عليكم الصدقة وعوضكم خمس
الخمس من الغنيمة اشارة الى ان الاغنياء منهم لا يستحقون شيئا لان
العوض انما يثبت في حق من يثبت في حقه المعوض وهم الفقراء
ص وتسقط سهمه صلى الله عليه وسلم بموته كما سقط الصفي
ش اي واسقط علماؤنا سهم النبي صلى الله عليه وسلم بموته لان
النبي صلى الله عليه وسلم كان يستحقه برسالته الا ترى كيف اضيف
اليه اسهم الرسول في قوله تعالى وللرسول ولذي القربى بعد عليه
السلام كما سقط الصفي وهو شيء كان يصطفيه رسول الله صلى الله

عليه

عليه وسلم لنفسه من الغنيمة مثل درع وسيف وجارية ليستعين
به على امور المسلمين وروي ابو داود ان صفية كانت من الصفي وذكر
محمد في السير الكبير باسناده عن الزهري عن سعيد بن المسيب
انه قال كان سيف رسول الله صلى الله عليه وسلم ذا الفقار الذي
سلبه يوم بدر وهو سيف العاص بن منبه بن الحجاج السهمي قتله
علي بن ابي طالب يوم بدر وجاء به الى النبي صلى الله عليه وسلم فاعطاه
اياه وصار بعده لعلي وقال الشافعي يقسم الخمس على خمسة اسهم
سهم منها للنبي صلى الله عليه وسلم ثم في رواية عنه يصرف
الى الخليفة وفي اخرى الى مصالح المسلمين لسد الثغور وعمارة القناطر
وارزاق القضاة لقوله تعالى فان لله خمسه وللرسول ولنا ما قدمنا
ص وكان استحقاق ذوي القربى بالنصرة وبعده بالفقر ش اما سهم
ذوي القربى فانهم كانوا يستحقونه في زمن النبي صلى الله عليه
وسلم بالنصرة والمراد بالنصرة كونهم معه يواسونه بالكلام
والمصاحبة لا بالقتال ولهذا النساء لهم فيه نصيب ثم سقط
ذلك بموته عليه السلام لعدم تلك العلة وهي النصرة واما بعده
فيستحقونه بالفقر لما روي انه عليه السلام اعطى بني المطلب وحرم
بني امية وهم اليه اقرب لان امية كان اخا هاشم لابيه وامه
والمطلب اخاه لامه ولو كان الاستحقاق بالقرابة لكان بنو امية اولى
فتبين بهذا ان المراد قرب النصرة لا قرب النسب ولما روي ان جبير
بن مطعم وعثمان بن عفان رضي الله عنهما جاءا الى النبي صلى الله عليه
وسلم وقالا يا رسول الله انا لا ننكر فضل بني هاشم لمكانك منهم

الذي وضعك الله فيهم فما بال اخواننا بني المطلب اعطيتهم ومنعتنا
ونحن منك بمنزلة فقال عليه السلام انهم لم يفارقوني في جاهلية
ولا اسلام وهذا يدل على ان الاستحقاق بغير القرابة وانما كونهم
معه ينصرونه ص واذا دخل واحدا واثنان دارهم معينين بغير
اذن لم يخمس او باذن خمس على المشهور او جماعة ممنعة بغير اذن خمس
ش اي لو ان رجلا او رجلين بحرجان من دار الاسلام مغيرين في ارض
الحرب فيصيبان الغنايم لا يخمس لان الخمس وظيفة الغنيمة
وهي الماخوذة قهرا وغلبة وذلك انما يحصل بالمنعة وان لم يكن لهم منعة
يكون اخذهم اختلاسا وسرقة فلا يخمس ثم ما ياخذه كل واحد لا يشاركه
صاحبه فيه لانه اخذ ما لا على اصل الاباحة كالصيد والحطب ولو دخلا
باذن الامام فالمشهور انه يخمس لان الامام لما اذن لهم التزم نصرتهم
بالامداد فصار كالمنعة بخلاف ما اذا دخلا بغير اذنه حيث لا يخمس
لانه لا يجب عليه نصرتهم اذ ليس فيه وهن للمسلمين م وانما الرواية
الاخرى وهي رواية البرامكة ذكرها الناطفي في الاجناس وقال
وفي البرامكة مسلم اغار وحده في دار الحرب وكان خروجه باذن
الامام او بغير اذنه لا خمس فيما اصاب من اهل الحرب وكذلك الاثنان
والثلاثة وذكر المصنف واحدا واثنين بأو وكذلك حكم الثلاثة وان
دخل جماعة لهم منعة فاخذوا شيئا خمس وان لم ياذن لهم الامام
لقوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء الاية وهذا داخل تحت الاية
لكونه ماخوذا قهرا وغلبة لانه ماخوذ بظهور المسلمين لما ان نصرتهم
تجب على الامام ايلا يلزم ضعف ظهور المسلمين ولم ينص القدوري

على قدر المنعة واشار في البرامكة وفي كتاب الخراج لابن شجاع الى التسعة
ولو بعث الامام رجلا واحدا طليعة من العسكر وهو الذي يتعرف اخبار
العدو واصاب غنيمة تخمس وفي الاكثر من واحد تخمس بالطريق الاولى
وان كانت سرية باذن الامام او بغير اذنه خمس ما اصابوا والسرية
تسعة **فصل في التنفيل** لما كان التنفيل امرا
يتعلق بالغنيمة ذكره بعد ذكرها يقال نفل السلطان فلانا اذا اعطاه
سلب قتيل قتله نفلا ونفله تنفيلا لغتان فصيحتان والتنفيل
في اللغة اسم للغنيمة وفي الشريعة اسم لما خصه الامام ببعض الغزاة
تحريضا لهم على القتال لزيادة قوة وجراة منهم ص ولا بأس بالتنفيل
حال القتال فيقول الامام من قتل قتيلا فله سلبه فيأخذ ما عليه
من ثيابه وسلاحه ومركبه بسرجه وآلته وما معه او محمولا على دابته
من مال او يجعل للسرية الربع بعد الخمس ش اي لا باس بان ينفل
الامام حال القتال فيقول تحريضا على القتال من قتل قتيلا فله سلبه
والفا للتفسير ما ذكر قبل وانما قال في حال القتال لان التنفيل
انما يصح اذا كان قبل الاصابة والاصل في جواز التنفيل قوله تعالى يا ايها
النبي حرض المومنين على القتال وحرض النبي صلى الله عليه وسلم
بالتنفيل على القتال فقال من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه
رواه احمد والبخاري ومسلم وفي التنفيل تحريض عليه فجاز وذلك
ان الشجعان يخاطرون بانفسهم ويظهرون الجلادة رغبة في السلب
وفيه تكسير شوكة الكفار وفيه مصلحة للمسلمين فكان جايزا والسلب
ما على المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه اي ما عليها يركبه بجميع آلته

قتل

وما عليه من مال في حقيبة والحقيبة الرفادة في اكاف البغل وغيره
كالقربوس في السرج وما في وسط القتيل من الدراهم والدنانير
كل ذلك سلب وما سوى ذلك مما كان مع خادمه او على جنبيه فليس
بسلب ثم اعلم ان السلب لا يخمس اذا نفل الامام مطلقا بان قال
من قتل قتيلا فله سلبه او قال من اخذ منكم شيا فهو له او قال السرية
ما اصبتم فلكم منه الربع او الخمس اما اذا قال فله سلبه بعد الخمس يخمس
ثم انما يستحق السلب نفسه اذا كان المقتول مباح الدم حتى لا يستحق
السلب بقتل النساء والصبيان والمجانين لان التنفيل تحريض على القتال
وانما يتحقق ذلك في المقاتلين حتى لو قاتل الصبي فقتله استحق سلبه
لانه حينئذ يكون مباح الدم ويدخل الامام نفسه في قوله من قتل
قتيلا فله سلبه استحسانا لان ذلك ليس من باب القضاء وانما هو
من باب استحقاق الغنيمة وهذا يدخل فيه كل من يستحق الغنيمة
سهما او رضخا فلا يتهم بخلاف ما اذا قال من قتله انا لي سلبه حيث
لا يستحق لانه حض نفسه به فصار متهما ثم التنفيل قد يكون
بغير ما ذكر بان يقول الامام للغزاة جعلت لكم النصف بعد الخمس
مثلا او يقول ما اصبتم فهو لكم الا ان الاولى ان لا يفعل ذلك بجميع المأخوذ
لان فيه قطع الباقين من الغزاة ومع هذا لو فعل جاز لما يرى فيه
الامام من المصلحة قوله او محمولا على دابته يريد به الدابة التي هو
راكبها لا جنيبة وقوله او يجعل لسرية الربع بعد الخمس يعني اما ان
يقول الامام من قتل قتيلا فله سلبه او يقول لهم جعلت لكم الربع
بعد الخمس لانه تحريض على القتال ايضا وروى احمد وابو داود انه

عليه

عليه السلام نفل الربع بعد الخمس في رجعته وقوله بعد الخمس ليس بشرط
لانه لو نفل السرية بالكل جاز فهذا اولى ثم قد يكون التنفيل بغير
ما ذكرهنا كالدراهم والدنانير او يقول من اخذ شيا فهو له ص وينقطع
به حق الغير وتثبت الملك بالاحراز ش اي ينقطع بالتنفيل حق الباقين
واما الملك فانما يثبت بعد الاحراز بدار الاسلام كسائر الغنائم
لما قدمنا من قبل وفايدة ذلك تظهر فيما لو قال الامام من اصاب
جارية فهي له فاصابها مسلم واستبرأها لاجله وطيها ولا يبيعها
عند ابي حنيفة وابي يوسف لان الملك لا يثبت عندهما الا بالاحراز
في دار الاسلام وقال محمد له وطيها وبيعها لان الملك يثبت
بالتنفيل عنده كما يثبت بالقسمة في دار الحرب ص واذا نفل
بجعل السلب غنيمة لا مستحقا لمن ازال منعته مقبل زمان
الحرب كقطع طرفيه او اسره ش قال علماونا اذا نفل
الامام السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة والقاتل وغيره
في ذلك سواء وقال الشافعي السلب لمن ازال منعة مقبل
احترز بقوله مقبل عما اذا قتل مدبرا او ازال منعته وبقوله
زمان الحرب عما قبله وما بعده ومثل لازالة منعة المقبل
بقطع طرفيه او اسره له ان مزيل منعة المقبل وقابله اكثر
غنا فيختص بسلبه اظهارا للتفاوت بينه وبين غيره ولنا
ان السلب غنيمة لانه مال ماخوذ قهرا اذ لولا الجيش ما حصل
السلب فيدخل تحت قوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء فيكون
القاتل وغيره سواء عند عدم التنفيل ولا تعتبر المباشرة الا ترى

ان الرد ليستحق الغنيمة بغير مباشرة فيجب فيه الخمس ص ولا ينفل بعد
الاحراز الامن الخمس ش اي لايجوز للامام ان ينفل بعد احراز الغنيمة
بدار الاسلام الامن الخمس لان حق الغانمين قد تاكد فيها بالاحراز
بدار الاسلام ولهذا يورث من مات فلا يجوز ابطال حقهم وليس لهم
في الخمس حق فجاز للامام ان ينفل منه ولان التنفيل نوع تحريض
على القتال فلا يحتاج الى التحريض بعد استقرار الهزيمة واحراز الغنيمة
بدار الاسلام بخلاف الخمس فانه لاحق للغزاة فيه فلا يلزم قطع
حقهم فيتصرف الامام فيه على ما يرى من المصلحة في امور المسلمين

فصل في استيلاء الكفار

لما ذكر قبل هذا احكام
استيلاء المسلمين على اموال الكفار ذكر هنا احوال استيلاء الكفار
على اموال كفار اخرين في دار حرب اخرى او على اموال المسلمين وما يترتب
عليه من المسايل ص واذا غلب الترك على الروم فسبوهم واخذوا
اموالهم ملكوها واذا غلبنا عليهم حلت لنا ش اي اذا غلب الترك
على الروم فسبوهم واخذوا اموالهم ملكوها لان الاستيلاء في المباح
سبب الملك وقد تحقق لان الكلام في كافر استولى على كافر اخر وعلى
ماله في دار الحرب لان الكافر يملك بمباشرة سبب الملك كالاحتطاب
والاصطياد والشرا ونحو ذلك فكذا هذا السبب كالمسلم بل اولى
لان الدنيا لهم والكفار بعضهم يستحل دما بعض واموالهم عند
اختلاف الملك والملك فوجب ان يملكوهم بالاستيلاء كما يملك
المسلم به واذا غلبنا عليهم حل لنا ما سبوه من الروم واخذوه من
اموالهم لانهم لما ملكوهم واموالهم التحقوا بسايراموالهم وكما يملك

عليهم

عليهم سايراموالهم يملك هذا المال والترك جمع تركي والروم جمع رومي
والمراد كفار الترك وكفار الروم ص وان غلبوا على اموالنا فاحرزوها
بدارهم تحكم بملكهم ش قال علماونا اذا غلب الكفار على اموالنا واحرزوها
بدار الحرب ملكوها وقال الشافعي لا يملكونها لان استيلاء الكفار
محظور ابتداء اي حين الاخذ لانه استيلاء على مال معصوم وانتهاء اي حين
الاحراز بدارهم لبقاء تلك العصمة والمحظور لا يصلح سببا للملك لانه
حكم شرعي فيستدعي سببا مشروعا والمحظور ليس بمشروع
لان الملك نعمة والنعمة لا تناط بالمحظور فصار كاستيلاء مسلم
على مال مسلم ولا يقال انهم ليسوا مخاطبين فكيف تثبت الحرمة
في حقهم لانهم مخاطبون بالمحرمات كالزنا والربا فتثبت الحرمة
في حقهم كالمسلم ولنا ان الاستيلاء ورد على مال مباح فانعقد
سببا للملك كما لو استولينا على مالهم وهذا لان عصمة المال ثابتة
على منافاة الدليل ضرورة تمكن المالك من الانتفاع بالمال فاذا زالت
الملكية عاد مباحا على اصل الخلقة كما كان وذلك لقوله تعالى خلق لكم
ما في الارض جميعا واللام للاختصاص لجهة الانتفاع مطلقا دون
اختصاص الواحد بشيء من ذلك لان فيه منع الباقين من الانتفاع
وقد اضيف اليهم جميعا بحرف الاختصاص الا ان الاستيلاء لا يتحقق
الا بواسطة الاحراز بالدار لان الظاهر ان المسلمين يستنقذونها
منهم ما لم تحرز وها بدارهم والدليل على ذلك ان الله تعالى سمى المهاجرين
فقراء بقوله تعالى للفقراء المهاجرين مع وجود ديارهم واموالهم في دار
الحرب ولو كان ملكهم باقيا لصاروا اغنياء وروى البخاري باسناده الى

اسامة بن زيد رضي الله عنه انه قال زمن الفتح اي فتح مكة يا رسول الله
اين تنزل غدا قال النبي عليه السلام وهل ترك لنا عقيل من دار
وانما قال ذلك لانه كان استولى عليه بعقيل والمحظور لغيره لا يمنع
المشروعية كالبيع عند اذان الجمعة والصلاة في الارض المغصوبة
والاشتغال بالنافلة عند ضيق الوقت فان هذه الاشياء محظورة
لغيرها وهي مشروعة في نفسها حتى يستحق بها الثواب الجزيل الاجل
فما ظنك بالقليل الاحل العاجل وهو الملك في الدنيا بخلاف استيلاء
المسلم على مال المسلم لان تمكنه من الانتفاع به قايم فتبقى عصمته
وبخلاف رقابنا لانها لم تخلق محلا للتملك لان الادمي خلق ليتملك
لا ليملك وانما تثبت فيه محلية الملك بالكفر العارض ص واذا
ظهرنا عليها قبل القسمة حلت لاربابها او بعدها اخذوها بالقيمة
ان شاؤا ش اذا ظهر المسلمون على الكفار فوجدوا اموالهم بايديهم
قبل ان يقتسموها فهي لاربابها بغير شيء وان وجدوها بعد
ان اقتسموها اخذوها بالقيمة ان اختاروا والمارودي ان بعير الرجل
من المسلمين استولى عليه اهل الحرب فظهر عليه المسلمون فوجد
صاحبه في المغنم فسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك
فقال ان وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شيء وان وجدته بعد القسمة
فهو لك بالقيمة ولان حق المالك القديم قد زال بغير رضاه فاثبت
له الشرع حق الاخذ نظرا له فياخذ قبل القسمة لان الملك في
المغنوم عام بين الغانمين فقل الضرر عليهم بخلاف ما بعد القسمة
حيث ياخذ بالقيمة لانه لو اخذ بلا شيء يتضرر المالك الجديد فلاعتدال

النظر

النظر للمالك القديم والجديد اثبتنا حق الاخذ لكن بالقيمة ص وان
اشتراها ناجر وخرج بها اخذها مالكها الاول بالثمن والا ترك
ش اذا دخل تاجر دار الحرب فاشترى ذلك واخرجه الى دار الاسلام
فمالك الاول بالخيار ان شاء اخذه بالثمن الذي اشتراه به التاجر
وان شاء ترك لان التاجر حصل له الملك فيه بعوض فاذا اخذه المالك
القديم بغير شيء يتضرر به التاجر فلرفع الضرر عنه ياخذه المالك
بالثمن ان شاء والقول في الثمن قول المشتري مع يمينه هذا اذا
اشتراه التاجر بعوض صحيح فلو اشتراه بعوض فاسد بان اشترى
منهم عبدا مسلما بخمر او خنزير واخرجه الى دار الاسلام فالمالك
القديم ياخذه بقيمة العبد لان هذا بيع فاسد فيكون مضمونا
بقيمة المبيع ص وان وهب له فبالقيمة ش فلو وهب الحربي ماله
بالاستيلاء لرجل من المسلمين اخذه المالك القديم بالقيمة ان شاء
لان فيه نظر الجانبين للمالك القديم وللموهوب له ص وان ظهرنا
فحصل عبد لنا لبعض الغانمين بالقسمة تفقيت عيناه وغرم
قيمته وتسلمه فلمالكه الاول اخذه بالقيمة اعمى وقالا سليما ش اي
اذا اسر عدو عبد مسلم واحرزه بدارهم ثم استولى عليه المسلمون
فصار بالقسمة لواحد منهم ثم فقا انسان عينه فضمنه مالكه
قيمة العبد كلها وسلمه اليه الجاني ثم جاء المالك القديم قال
ابو حنيفة ياخذ العبد من الفاقئ بقيمته او يتركه وقالا بقيمته
بصيرا لانه فوات الوصف فلا يسقط به شيء من قيمته كما لو عمي بافة
سماوية ولابي حنيفة ان الطرف يصير اصلا بالتناول فاذا فات

بعض الاصل لتسقط حصته من القيمة وبسط هذا ينبني على مسئلة جثه
العميان فعند ابي حنيفة هذا الضمان مقابل بالعينين وتسليم الجثه
شرط لسلامة ذلك اي شرط امكان اخذ جميع القيمة حتى لو اراد المولى
امساك الجثه والرجوع بنقصان العمى ليس له ذلك واذا كان كذلك فكان اخذه
اياه ببدل بمنزلة الشرا والعين تتبع فياخذ المالك القديم الجثه
من الغانمين بالعقد الذي دفعه الغانمي ان شاء ص او امة فباعها الغانم
بالف فولدت ومات فاراد الاول اخذه يفتي به بالف لا بالحصة ش
قال ابو يوسف اذا استولى الكفار على جارية لمسلم واحرزوها
بدارهم ثم ظهر المسلمون عليها ووقعت في نصيب رجل وباعها من اخر
بثمن معلوم ثم ولدت عند المشتري فمات الام وبقي الولد ثم جا
المالك الاول له ان ياخذ الولد بكل الثمن او يتركه وقال محمد وهو قول
ابي يوسف اولا لا ياخذ الولد الا بحصته من الثمن لان ابي يوسف انه
قايم مقام الاصل ولو كانت الام قايمة لم ياخذها الا بكل الثمن فكان
بقاوه كبقا جملة اجزايها الا ترى ان ولد المكاتبة لما كان قايما مقامها
كان بقاوه كبقا جملة اجزايها واذا قام مقامها لم يكن له اخذ الولد الا بكل
الثمن ولمحمد ان الولد لما بقي الى وقت الاخذ صار اصلا وانقسم الثمن على الام
والولد وصارا كانهما كانا موجودين عند الشرا ثم هلك احدهما واخذ
المالك الباقي منهما فانه لم ياخذه الا بحصته فكذا هذا ص ولا يملك حربنا
ولا مدبر ولا مكاتب ولا ام ولد بالاستيلا ويملكهم المسلمون ش اي لا يملك
اهل الحرب علينا بالغلبة احرارنا ومدبرينا ومكاتبينا وامهات اولادنا
والمسلمون يملكون منهم جميع ذلك وفايدة ذلك ان المولى ياخذهم لا بلا ثمن

مطلقا

مطلقا سوا كان قبل القسمة او بعدها وكذلك ان اشترى رجل واحدا ممن
ذكرنا من اهل الحرب بعد استيلايهم فان المولى ياخذه بلا شيء والاصل
فيه ان السبب لا يفيد الحكم الا في محله وهو لا منا ليسوا بمحل لان المحل
للملك هو المال وهو لا ليسوا بمال اذ الحر معصوم بنفسه وكذا غيره
لان الحرية قد ثبت فيه من وجه فالحقوا بالحر مطلقا واما الكفار
فقد اسقط الشرع عصمتهم جزا على جنايتهم وجعلهم ارقا
ولا جناية من هو لا ص والعبد اذا ابق فاخذوه لم يملكوه او باعوه لهم
بعير ملكوه ش قال ابو حنيفه اذا ابق عبد منا اليهم سوا كان لمسلم
او ذمي وبهذا اطلق المصنف فاخذوه لم يملكوه وقالا يملكونه لما
ان العبد مال فيجوز تملكه اذا وجد سببه وقد وجد وهو استيلا
اهل الحرب عليه فيملكونه فصار استيلا وهو عليه كاستيلايهم
على الدابة المنفلتة اليهم ولابي حنيفة ان العبد مما انفصل
عن دار الاسلام ظهرت يد عليه والمراد بظهور يده كونه قادرا على
استعمال الاله وصرف منافعه الى حيث يريد فاذا ظهرت يد عليه
زالت يد المولى لما دخل دار الحرب بخلاف ما اذا باعوه لهم بعير او
اوى دابة كانت فانها لا يد لها تمنع يد اهل الحرب عن الاستيلا
وفي القدوري اذا ابق عبد لمسلم وهو ليس بعبد وبذلك لا يحترز
به عن الامة بل الاحتراز به عن الدابة واذا لم يثبت لهم الملك
في العبد عند ابي حنيفه ياخذه المولى القديم بغير شيء مغنوما
كان او مشتري ولكن ان وجد مغنوما بعد القسمة يعوض من كان
في يده من بيت المال لانه لا يمكن اعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر

اجتماعهم وليس لهم على المالك جعل الابق لانه عامل لنفسه في زعمه لانه
يدعي انه ملكه سواكان غازيا او مشتريا **فصل**
في المستامن لما فرغ من الاستيلاء الذي هو عبارة عن الاقتدار على
المحل قهرا وغلبة شرع في الاستيمان لان طلب الامان انما يكون حيث
يكون فيه قهر وعدم استيمان المسلم تعظيم له **ص** واذا دخل مسلم
الى دارهم تاجرا لا يتعرض لدم ولا مال وان تعرض بعد رد وخرج به ملكه
حراما فيتصدق به **ش** اي اذا دخل مسلم تاجر دار الحرب بامان يحرم
عليه ان يتعرض لشيء من اموالهم ودمايهم لنهيه صلى الله عليه وسلم
عن الغدر ولانهم لما مكنوه من الدخول في دارهم بعد الاستيمان
بشرط ان لا يتعرض لشيء من دمايهم واموالهم فاذا تعرض لذلك كان
غدرا والغدر حرام فلما ثبت الخطر في الملك بسبب الامان اورث
ذلك خبثا فلذلك يومر بالتصدق به لان الملك الخبيث حقه
التصدق الا اذا غدر ملكهم بالتجار او غير ملكهم بعلمه ولم يمنعه
حينئذ لا يكون اخذ تجارنا اموالهم غدرا لانهم هم الذين نكثوا العهد
وفعلوا الغدر ولذلك لا يكون اخذ الاسير المسلم غدرا وان كان مطلق
العنان عندهم لانه لم يوجد الاستيمان منه صريحا فلم يلزم الغدر
ص والمستامن منا اذا اربى مع مسلم هناك فهو جايز **ش** قال ابو حنيفة
اذا دخل مسلم دار الحرب بامان وعاقد مسلما اسلم هناك عقد الربا
او غيره من العقودات الفاسدة جاز وقالا لا يجوز ولو كانا اسيرين
او دخلا بامان للتجارة فتعاقدا عقد الربا او غيره من البياعات
الفاسدة لا يجوز بالاتفاق لهما ان هذا قمار او عقد ربا بين مسلمين

فكان

فكان حراما لهما لو كانا اسيرين في دار الحرب ولان اخذ الربا من المسلم
اتلاف مال معصوم من غير رضاه معنى لان الشرع حرم عليه ان يطيب
نفسه لذلك قال عليه السلام من زاد او استزاد فقد اربى والساقط
شرعا كالمعدوم حقيقة فاشبه تعاقد الاسيرين والتاجرين ولابي
حنيفة ان اخذ الربا في معنى اتلاف المال ومال الذي اسلم في دار الحرب
ولم يهاجر الينا غير مضمون بالاتلاف يدل عليه ان نفسه غير مضمونة
بالقصاص ولا بالدية عندنا وحرمة المال تابعة لحرمة النفس
بخلاف الاسيرين والتاجرين فان مالهما مضمون بالاتلاف ولان
المسلم في دار الحرب وان صار مالي يده من اموالهم المنقولة معصوم ما
باسلامه لاحرازه باسلام نفسه لكن لم يتم عصمته ولا عصمة اموالهم
لكونه تبعا لاهل الحرب مقهورا في يد عظيمهم ولهذا لا يكون عقاره
معصوما لكونه جزءا من اجزاء دار الحرب **ص** ويجرمه مع الحربي **ش**
قال ابو يوسف اذا دخل مسلم دار الحرب تاجرا بامان فباع من حربي
درهما بدرهمين او باع خمرا او خنزيرا او ميتة بمال او قامرهم
فقمرهم واخذ ذلك المال او عقد معهم ساير العقود الفاسدة في
حكم الاسلام لا يحل وقال ابو حنيفة ومحمد يحل له ذلك وعلى هذا
الخلاف لو كان اسيرا في ايديهم او اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا
فعاقد حربيا هذه العقود وجه قول ابي يوسف انه لا يجوز للمسلم
في دار الحرب الا ما يجوز له في الاسلام لان حرمة الربا ثابتة في العاقدين
والكفار مخاطبون بالحرمات قال تعالى واخذهم الربا وقد نهوا عنه
ولهذا حرم الربا مع الذمي والحربي الذي دخل دارنا بامان **ح** قولهما

لا يتم عصمة مال المسلم في دار الحرب دار اهل
الاسلام لانه لا يتم عصمة نفسه ولا عصمة ماله
تبعا لاهل الحرب
ومقهورة في ايديهم كما ان العقار
صيب جزء من اجزاء الدار

ان اموالهم مباحة لنا الا ما كان فيه غدر وخيانة ولا عصمة لمال الحربي
فكان المسلم بسبيل من اخذه الا بطريق الغدر والخيانة وفي
هذه الصورة انعدم معنى الغدر لانه اخذ عن رضى منهم بخلاف
الذمي والحربي المستامن لان اموالهم معصومة عن الاتلاف
فمال الذمي بالجزية ومال الحربي بالامان في دار الاسلام ص
وقتل احد الاسيرين صاحبه لا يوجب دية ولا قصاصا ويجب
الكفارة في الخطا وقالا عليه الدية في ماله كالمستامنين
ش قال ابو حنيفة اذا اسر مسلمان وادخلا دار الحرب
فقتل احدهما الاخر عمدا او خطا لا شيء عليه الا الكفارة في الخطا
وقالا تلزمه الدية في ماله في الخطا والعمد لان المقتول كان
معصوما متقوما بالاحراز بدار الاسلام فلا يبطل بالامر العارض
الا انه في العمد سقط القصاص لمكان الشبهة فلا
معنى لسقوط الدية فصار كما لو دخلا دار الحرب تاجرين بامان
فقتل احدهما الاخر فانه يلزمه الكفارة في الخطا والدية في ماله
في العمد والخطا لعدم العاقلة ثمة لانهم لا قدرة لهم على الصيانة
مع تباين الدارين والوجوب عليهم على اعتبار تركها لكن في
الخطا تجب الكفارة ايضا ذكر في غاية البيان وان لم يقله في المتن
صريحا في حقهما ولابي حنيفة ان الاسير بحكم القهر صار تبعا لهم
ولهذا يصير مقيما باقامتهم ومسافرا بسفرهم والتبع لا يكون
معصوما والاصل غير معصوم فيبطل به الاحراز اصلا كالمسلم
الذي لم يهاجر الينا بان قتل مسلم مسلما اسلم في دار الحرب

عمدا

عمدا او خطا فان في الخطا لانه غير متقوم لعدم الاحراز بالدار فكذا
هذا البطلان احكام الاسلام بالتبعية لهم في دارهم وجبت
الكفارة بالخطا لانه لا كفارة في العمد عندنا كذا في الهداية ولا يرد
علينا المستامن لانه ليس بمقهور فيمكنه الخروج باختياره
فلا يكون تبعا لهم ص وتثبت العصمة المتقومة بالدار
لا بالاسلام ش قال علماؤنا اذا اسلم حربي في دار الحرب
ولم يهاجر الينا وله ورثة مسلمون فقتله مسلم هنا كان
عمدا او خطا فلا شيء عليه في العمد والخطا الا الكفارة في الخطا
وقال الشافعي تجب القصاص في العمد والدية في الخطا
لانه قتل نفسا معصومة لوجود العاصم وهو الاسلام لقوله
عليه السلام فاذا قالوها عصموا مني دماهم واموالهم
الا بحقها اثبت العصمة بالاسلام لا غير ولان العصمة ثبت
نعمة وكرامة فيتعلق بما له اثر في استحقاق الكرامة وهو
الاسلام وهذا لان العصمة اصلها المؤثمة لحصول اصل الزجر
بها وهي حاصلة بالاسلام ثابتة به حتى يأثم من تعرض له
بعد الاسلام والمقومة كمال فيها ليحصل كمال الامتناع لان
بعض السفهاء لا يترك التعرض له الا بالمتقومة حوفا من اتباعه
في الدنيا فيكون وصفا لها فيتعلق بما يتعلق به الاصل
ولنا قوله تعالى وان كان من قوم عدو لكم وهو مومن
فتحرير رقبة مومنة فانه تعالى جعل التحرير كل الموجب رجوعا
الى حرف الفا فانها للجزا وهو الكفاية او الى كونه كل الدور فيتبع

لم يصر مسافرا ولا مقيما
بالتبعية للحربي في دار الحرب

غيره كما انتفى في قتل المسلم الذي في دار الاسلام غير المذكور في الآية
لهذا المعنى وهذا لان الآية سيقت لبيان انواع القتل وموجباته
ما وجب اولا في المومن المطلق دية وكفارة ثم اوجب بقتل الذي
دية وكفارة فلو كان حكم المومن الذي لم يهاجر الينا لحكم المسلم
في دار الاسلام لما ذكر حكمه على خلاف حكم ذلك ولا نسلم ان اصل
العصمة بالاسلام بل بكونه ادميا لانه خلق لاقامة الدين ولا
يتمكن من ذلك الا بعصمة نفسه بان لا يتعرض له احد واباحة
قتله عارض بسبب افساده بالقتال الا ترى ان من لا يقاتل
من الكفار كالذي و ذراري الحربي لا يجوز قتله لعدم الافساد
والتقومة تحصل بالاحراز بالدار الا ترى ان الذمي مع كفره يتقوم
بالاحراز ولا تاثير للاسلام في تحصيل العصمة لان الدين ما وضع
لاكتساب الدنيا وانما وضع لاكتساب الاخرة واذا كانت النفس
معصومة بالادمية فالمال يتبعها ليتمكن من تحمل اعباء التكاليف
وان خلق عرضه في الاصل لانه لا يقدر الا به فيكون معصوما بعصمتها
واما العصمة المتقومة فالاصل فيها الاموال لان المتقوم يوذن بخبر
الغائب بالتماثل فيسد مسده ولا يتصور ذلك في النفس حقيقة
بخلاف المال فكانت النفوس تابعة للاموال فيها ثم العصمة المقومة
في المال لا يكون الا بالاحراز بالدار مع كونه اصلا فيها ففي النفس اولى لانها
تبع فيها وليس فيما روي ما يدل على ما قال لانهم عصموا انفسهم
بترك القتال ولهذا لم يعصموا به بغير تركه ونظيره ادا الجزية يعصم
الكافر به نفسه على اعتبار اداءها ص ولو اشترى

امة

ما الذي لام

امة في دارهم واستبراها بحيضة فعندنا لا يجوز الا بعد اخراجها واجازه
قتله ش قال ابو حنيفة اذا اشترى المسلم من اهل الحرب في
دارهم جارية واستبراها بحيضة هناك لا يجوز له قربانها حتى يخرجها
الى دار الاسلام وقال محمد يجوز له ان يطاها بعد الاستبرا قبل
الاخراج لانه ملكها بالشرا وهو مطلق للتصرف ولابي حنيفة ان
الملك فيها انما يتاكد بالاحراز بدار الاسلام فكان تمام الملك بالاحراز
الا ترى ان المدد ليشركهم في الغنايم اذا لحقهم قبل الاحراز بالدار
وعلى هذا الخلاف اذا نفل الامام فاصاب المنفل امة او قسم
الامام في دار الحرب فاصاب واحد امة او باع الامام جارية
ممن دخل دار الحرب وان استبراها والمتلصص اذا اخذ امة في دار الحرب
لا يحل له وطيها اجماعا وان استبراها ما لم يحرزها بدار الاسلام
والفرق لمحمد انه لم يختص بها بتخصيص الامام ولا بما لكها فلم يتم
ملكه فيها ولهذا يشارك المدد فيها لاختصاصه بها بتخصيص
الامام ص ولو زنى ثمه لا يحد ش قال علماونا اذا زنى مسلم
في دار الحرب او شرب الخمر او قذف مسلما لا يواخذ بشي من ذلك
وعند الشافعي يحد وهذا فرع الاختلاف بيننا وبينه في ان
دار الاسلام عندنا غير دار الحرب والاحكام متغايرة وعنده متحدة
وينبني على هذا مسايل منها ان المسلم اذا زنى في دار الحرب كان
كالزنى في دار الاسلام عنده لان المحرم قايم ولا اثر للدار
في نفي الوجوب وعندنا ان ولاية الامام لما انقطعت عن دار
الحرب ومن فيها وليس لغير الامام اقامة الحدود خلي الوجوب

الاحكم
بيد تخصيص الامام
اشترى جارية من اهل الحرب واستبراها لا يحل وطيها عند الامام لان الملك انما يتاكد بالاحراز بدار الاسلام
وقال محمد له الوطي حيث ملكها بالشرا
وهو مطلق للتصرف
واما المحمد والمتلصص لا يحل له وطيها قبل
الدخول الى دار الاسلام اجماعا
لا يختص بها لا بتخصيص الامام
ولا بما لكها فلم يتم الملك فيها

عن الفايدة حيث لم يترتب مقصوده عليه والشي ينتفي بانتفا مقصوده
ص واذا دخل حربي الينا غير مستامن فاخذه مسلم فهو فيء للمسلمين
وخمساه به وان اسلم فاخذه فهو فيء لهم وقالا هو حر ش قال ابو حنيفة
اذا دخل حربي دارنا بغير امان فاخذه مسلم فهو في لجماعة المسلمين
ولا يخمس وقالا يخمس والباقي للآخذ لانه هو المستولي فصار كالركاز
ولابي حنيفة انه اخذ بقوة المسلمين فكان لهم ولو اسلم حربي في
دار الاسلام ثم اخذه مسلم فهو فيء للمسلمين عند ابي حنيفة
وقالا هو حر لانه اسلم قبل ان يقهر ويوخذ ولابي حنيفة انه كما
دخل دار الاسلام ثبت عليه قهر اهل الدار فهو لهم ص واذا استامن
الحربي لم يمكن من الاقامة سنة فان اقامها وضعت عليه الجزية
ش اي اذا دخل حربي الينا مستامنا لم يمكن ان يقيم في دارنا سنة
ويقول له الامام ان اقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية والاصل
في ذلك ان الامام لا يترك الحربي المستامن ان يطيل المكث في دار الاسلام
الا بالاسترقاق او جزية كيلا يقف علي عورات المسلمين فيدل
الكفار عليها ويمكن من الاقامة اليسيرة لقوله تعالى وان احد
من المشركين استجارك فاجره الآيه ولان في منعهما قطع المنافع
من الميرة والجلب وسد باب التجارات كلها ففصلنا بينهما بسنه
لانها مدة تجب فيها الجزية ثم ان رجع الي وطنه بعد مقالة الامام
له ذلك قبل تمام السنة فلا سبيل عليه فاذا اقام سنة بعد
تقدم قول الامام اليه صار ذميا لانه لما اقام تلك المدة بعد
التقدم صار ملتزما الجزية فتعتبر المدة من وقت التقدم اليه

سهم حربي في اصله ... للمسلمين

بلغ مقابلة

لامن

لامن وقت دخوله دار الاسلام وللامام ان يقدر له اقل من ذلك كالشهر
والشهرين اذا راي ذلك فاذا اقامها بعد ذلك صار ذميا ثم اذا
صار ذميا بمضي المدة المضروبة له استانف عليه الجزية بحول بعده
الا ان يكون شرط عليه ان مكث سنة اخذها منه فياخذها منه
حينئذ كما تمت السنة ص ولا يمكن من العود ش يعني اذا صار
ذميا باقامته في دارنا سنة لا يمكن من العود الي دار الحرب لان
عقد الذمة خلف عن الاسلام فلا يمكن نقضه ولان في عوده ضررا
للمسلمين لانه يصير حربا علينا ص فان عاد وله دين او وديعة
عند مسلم او ذمي ابيح دمه ش اي اذا دخل حربي دارنا بامان
ثم عاد الي دار الحرب وترك وديعة عند مسلم او ذمي او دينا
عليهما حل دمه بالعود الي دار الحرب لانه ابطل امانه به فعاد حربيا
وما كان في ايدي المسلمين او الذميين من ماله فهو باق علي ما كان
عليه حرام التناول لان حكم امانه في حق ماله لا يبطل ص واذا
ظهر عليهم فاسر او قتل سقط الدين وصارت الوديعة فيئا
ش اما سقوط الدين وعدم صيرورته فيئا للغانمين فلان الفيء ما
يملك قهرا واستيلاء وذا لا يتصور في الدين لانه ليس بمال
علي التحقيق بل هو عبارة عن وجوب تمليك المال فلم يكن الاستيلاء
علي ماله استيلاء عليه واذا لم يبق مملوكا له صار ملكا لمن عليه
لان يده اسبق عليه من يد غيره ومن عليه الدين اذا ملك الدين سقط
عن ذمته واما الوديعة فانها تصير فيئا لان يد المودع كيد المودع
وما في يده من المال صار فيئا للغانمين تبعا لنفسه فكذا ما في يد مودعه

عاد الحربي الى داره فوديعته باقية في يد امينه
مسلما كان او ذميا فاذا ظهر عليهم اسر
او قتل فالوديعة فيء

وسقط الدين

فان قتل ولم يظهر على الدار فالقرض والوديعة لورثته وكذا
اذا مات لان نفسه لم تصر معنومة فكذا ماله لان حكم الامان باق
في ماله فيرد عليه او على ورثته من بعده ص ولا يخمس ما اوجف
عليه المسلمون بغير قتال ويصرف مصارف الخراج ش اي ما اوجف
عليه المسلمون من اموال اهل الحرب بغير قتال لا يخمس ويصرف في
مصالح المسلمين كما يصرف الخراج وذلك مثل الاراضي التي اجلوا اهلها
عنها ومثل الجزية والعشور لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم اخذ
الجزية وكذا عمر ومعاذ ووضع في بيت المال ولم تخمس ولانه مال
ماخوذ بقوة المسلمين بغير قتال بخلاف الغنيمة لانها مملوكة
بما شرع الغانمين وبقوة المسلمين فاستحق الخمس بمعنيي واستحقه
الغانمون ووقوع الرعب في قلوبهم من المسلمين ولا معنى لايجاب
الخمس في ذلك فلم يصح اعتباره بالغنيمة والايجاف ضرب من مشي
الابل وربما استعمل في الخيل واوجفت البعير اذا حملته على الوجيف
ص واذا التجا حربي غير مستامن او من عليه قصاص الى الحرم لا تقتله
فيه بل يحبس عنه الغذا يخرج فيقتل ش قال علماؤنا اذا التجا
حربي دخل دارنا بغير امان او من عليه قصاص الى الحرم لا يقتل فيه
ولا يخرج منه للقتل ولكن يمنع عنه الطعام والشراب حتى يخرج
منه فيقتل وانما قال غير مستامن لان المستامن لا يقتل وقال
الشافعي يقتل فيه لقوله عليه السلام الحرم لا يعيذ عاصيا ولا فارا
بدم ولنا قوله تعالى ومن دخله كان امنا اي من دخل الحرم خائفا
كان آمنا مما يخافه عند دخوله من القتل وهذا يخاف عند دخوله

ذا خرج حيا او قاتل لا يقتل

القتل

القتل فوجب ان يكون امنا فيه وما رواه كان عند فتح مكة ساعة ثم
له ثم عادت حراما الى يوم القيمة وخبر الواحد لا يعارض النص ونحن لا نقول
ان المشرك لا يقتل وانما نقول انه يقتل بعد الخروج من الحرم فيمكن التوفيق
بين النصين والله تعالى اعلم

فصل في العشر والخراج

شرع في بيان الخراج الذي يجب على الذمي ابتدا وذكر العشر ايضا على
سبيل التبعية لان سبب كل واحد منهما الارض النامية وقدم
العشر في الذكر لانه من الوظايف الواجبة على المسلمين وفيه معنى
القربة فكان سبقه اولى والعشر بضم العين لغة احد الاجزا
العشرة والخراج اسم لما يخرج من غلة الارض ثم لما سمي ما ياخذه
السلطان خراجا يقال فلان ادى خراج ارضه واهل الذمة اداوا خراج
روسهم يعني الجزية كذا في المغرب ص يوخذ العشر من ارض العرب
ما بين العذيب الى اقصى حجر باليمن بمهرة الى حد الشام ش اي العشر
يوخذ من ارض العرب وهي ارض الحجاز وتهامه ومكة واليمن والطايف
والربذة قاله الكرخي فمن اول العذيب والقادسية الى آخر حجر باليمن
بمهرة طولا ومن تبوك والدهنا ورمل عالج الى مشارف الشام عرضا
ومشارف الشام بالقاف قراها وهي كلها ارض عشر لان النبي صلى الله عليه
وسلم والخلفا الراشدين من بعده لم ياخذوا من ارض العرب الخراج
والارض لا تخلو من احد الحقين فدل ذلك على انها عشرية ولان وضع
الخراج تقرير لاهلها على الكفر ومشركوا العرب لا يقبل منهم الا الاسلام
او السيف لقول عايشة رضي الله عنها آخر ما عهد الينا رسول الله صلى
الله عليه وسلم لا يترك بجزيرة العرب دينان رواه احمد فلم يجز وضع

الخراج في اراضيهم فتكون عشريه ص والخراج من السواد ما بين العذيب
الى عقبة حلوان ومن العلث او القادسية الى عباد ان ش اي ويؤخذ
الخراج من السواد والمراد بالسواد سواد الكوفة وهو سواد العراق
وحده من العذيب الى عقبة حلوان عرضا ومن العلث الى عباد ان طولا
وذلك لان عمر رضي الله عنه حين فتح السواد وضع عليهم الخراج بحضرة
من الصحابة رضي الله عنهم وكذا وضعه على مصر حين فتحها عمرو بن العاص
واجتمعت الصحابة على وضع الخراج على الشام ولان الحاجة الى ابتداء
التوظيف على الكافر والخراج اليق به لما فيه من معنى العقوبة والتغليظ
حتى تجب عليه بالتمكين من الزراعة ولا يشترط فيه حقيقة الاخراج
وهو اكثر من العشر ايضا ص وتجوز لاهلها بيع اراضيها ش اي ارض
السواد مملوكة لاهلها يجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها وهي سواد
البصرة والكوفة والاصل في ذلك ان الامام اذا فتح بلدا عنوة
ان يقر اهلها عليها بوضع الخراج على اراضيهم والجزية على رقابهم
لكن يضع الجزية عليهم اذا لم يسلموا ويضع الخراج على الاراضي اسلموا
او لم يسلموا هكذا فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق فلما جاز اقرارهم
على اراضيهم كانت ملكا لهم يتصرفون فيها كيف شاؤا ص واذا فتحت
ارض عنوة فقسمت او اسلم اهلها كانت عشرية س اي كل ارض فتحت
عنوة اي قهرا وقسمت بين الغانمين او اقر اهلها عليها فهي ارض عشر
اعلم ان معرفة الارض العشرية والخراجية واجبة وهذه ضوابط يعرف بها
وانما كان العشر فيها لان المسلم لا يوظف عليه ابتداء الا ما يليق
بحاله والعشر هو اللائق به لما فيه من معنى العبادة ولان العشر اخف

من الخراج

من الخراج لان العشر لا يجب الا فيما لم يوجد الخارج بكلفة بخلاف الخراج فانه
يجب بالخارج تقديرا ايضا بالتمكن من الزراعة ص او اقرارهم عليها
او صولحوا على ان الارض لنا ونؤدي اليهم خراجا معلوما ش اي وكل ارض فتحت عنوة ولم تقسم اقرارهم اهلها عليها
او صولحوا عليها فهي ارض خراج لان وظيفة الارض في الاصل الخراج
وانما صرنا الى العشر في حق المسلم تخفيفا عليه واكراما له وفيما
عدا ذلك تبقى خراجية ولان وضع الخراج على الكافر ابتداء اليق بحاله
ملكة من هذا فان النبي صلى الله عليه وسلم فتحها عنوة وتركها لاهلها
ولم يوظف الخراج عليهما ص ويعطى الموات حكم ما قرب منه فمن احياه
وهو من حيز ارض العشر كان عشريا او الخراج فخراجيا الا البصرة
لاتفاق الصحابة رضوان الله عليهم واعتبر بما يحيى به فان كان بنيز
او عين مستخرجة او بالانهار العظام كان عشريا او بنهر محتفر
كنهر الملك وبزدجرد فخراجيا ش قال ابو يوسف احيا الارض
الموات معتبر بحيزها اي بقربها فان كانت من حيز ارض الخراج فهي
خراجية وان كانت من حيز ارض العشر ففي عشرية وهذا الحكم
في حق المسلم اما الذمي اذا احيا ارضا مواتا فانها تكون خراجية على
ما ذكر في شرح الطحاوي ذكره في غاية البيان وكان القياس على رواية
ان يكون البصرة خراجية لكونها من حيز ارض الخراج وان احياها المسلمون
الا انها عندنا عشرية باجماع الصحابة رضي الله عنهم فترك القياس
لاجماعهم على توظيف العشر واعتبر محمد ما يحيى به من الماء لا القرب
فقال ان احياها ببئر حفرها او بعين استنبطها او بماء دجلة او الفرات

او الانهار العظام التي لم يعلمها احد او بما الستما في عشريه وان احياها بما
الانهار التي احتفرتها الاعاجم كنهر الملك ونهر جرد في خراجية والملك
كسري انو شروان ابن قباد وكان جميع ملكه سبعا واربعين سنه
وسبعة اشهر ويزدجرد هو ابن شهريار ابن كسري وكان جميع ملكه
عشرين سنه لابي يوسف ان لحيز الارض حكم الارض الاتي ان احيا
ما قرب من العامر لا يجوز لكونه في حكم العامر واذا كان كذلك وجب
اعتبار الارض المحياة بالحيز خراجيا او عشريا ولمحمد ان الماء للارض يحصل
بالما فيعتبر الما ولان توظيف الخراج على المسلم ابتداكرها لا يجوز لان فيه
معنى العقوبة فيعتبر الما فاذا سقي الارض بما الخراج دل على التزامه
الخراج فيوظف عليه لالتزامه ذلك وتكون الارض خراجية وقيل
نهر الملك نهر كبير على طريق الكوفة ياخذ من الفرات ونهر يزدجرد
بقرب البصرة وما ذكره المصنف من اوايل الفصل الى هنا من ضوابط
الارض العشرية والخراجية ص ويوخذ ما وضعه عمر رضي الله عنه
من كل جريب يبلغه الماصاع ودرهم ومن الرطبة خمسة ومن جريب
الكرم او النخل المتصل عشره ويوضع على ما سوي ذلك بحسب
الطاقة وينقص عنه لنقصان الربع ويمنع الزيادة للزيادة واجازها
ش اي يوخذ الخراج الذي وضعه عمر رضي الله عنه على اهل سواد العراق
من كل جريب يصلح للزراعة صاع ودرهم ومن جريب الرطبة خمسة
دراهم ومن جريب الكرم والنخل المتصل عشرة دراهم والصاع اربعة
امناء والمن مايتان وستون درهما والجريب ارض طولها ستون ذراعا
وعرضها ستون ذراعا بذراع الملك كسري وهو يزيد على ذراع العامة

بوزن

بوزن عشرة بسبع مثاقيل والاصل في توظيف عمر الخراج انه بعث
عثمان بن حنيف ليمسح سواد العراق وبعث حذيفة بن اليمان مشرفا
عليه فمسح فبلغت ستا وثلاثون الف الف جريب ووضع على نحو ما
قلنا وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير فحل محل الاجماع ولان
المؤن متفاوتة فيجب على اخفها الاكثر وعلى اشدها الاقل وعلى الوسط
الوسط وقيل هذا حكاية عن جريب اهل العراق في اراضيهم
وليس بتقدير لازم في الاراضي كلها تختلف باختلاف البلدان فيعتبر
في كل بلد ما يتعارفه اهله وما سوي ذلك كالزعفران وغيره يوضع
عليه بحسب الطاقة اعتبارا بما وضعه عمر الاتي انه اعتبر الطاقة
حيث قال لعثمان وحذيفه لعلكما حملتما الارض ما لا تطيق فقالا
بل حملناها ما تطيق ولو زدنا لاطاقت قالوا ونهاية الطاقة
ان يبلغ الواجب نصف الخراج ولا يزاد عليه لان التنصيف عين
الانصاف حيث كان لنا ان نقسم الكل بين الغانمين ولا يزاد
عليه لان للاكثر حكم الكل فان لم تطق الارض ما وظف عليها
لقصهم الامام فالنقصان عند قلة الربع جايز اتفاقا / الاتي الى
قول عمر رضي الله عنه لعلكما حملتما هما ما لا تطيق فقالا بل حملناها
ما تطيق ولو زدنا لاطاقت وانه دليل جواز النقصان واما الزيادة
عند زيادة الربع فعند ابي يوسف غير جايزة لان عمر رضي الله عنه
لم يزد في التوظيف لما اخبر بزيادة الطاقة ولو جازت لزاد الاتي
الى قول عثمان وحذيفه ولو زدنا لاطاقت وعند محمد جايز لان
النقصان عند قلة الربع وهو النمو جايز فينبغي ان تجوز زيادة التوظيف

عند زيادة الريع ص وان غلب الماء او انقطع او اصطلم الزرع آفة فلا خراج
ش وذلك لان الخراج يتعلق بنماء حقيقي او تقديري بان يكون متمكنا
من الزراعة وهنا لما غلب الماء على الارض بحيث لم تبق صالحة للزراعة
لم يوجد النماء التقديري فلا يجب الخراج وكذلك اذا زرعها ثم
اصاب الزرع آفة من الحر او البرد او نحو ذلك فاصطلمته فلا خراج
ايضا لانه اذا وجد الاصل الذي كان التمكن قائما مقامه سقط
اعتبار الخلف وتعلق الحكم بالاصل فاذا هلك الاصل بطل ما تعلق
به وصار كالعشر في هذه الحالة فيسلم بسلامة الخارج ويبطل
بهلاكه ص ويجب مع التعطيل والاسلام ش اي اذا عطل الارض
صاحبها ولم يزرعها يجب عليه الخراج لوجود التمكن وكذا يجب
الخراج اذا اسلم من هو من اهل الخراج ويوخذ منه على حاله لان
الخراج اذا اسلم من هو من اهل الخراج ويوخذ منه على حاله لان
الخراج مونة فيها معنى العقوبة فبنا النظر الى معنى المونة يجب اثباته
ابتداء على المسلم وفي البقاء ان نظرنا الى معنى المونة ينبغي ان
يبقى ولا يسقط وان نظرنا الى معنى العقوبة ينبغي ان لا يبقى
فيسقط فدار الامر بين ان يسقط وبين ان لا يسقط فلا
يسقط بالشك بخلاف الجزية فانها بالاسلام تسقط لانها عقوبة
محضة ص ويجوز شراء مسلم ارض خراج من ذمي ويوخذ منه
ش اي يجوز ان يشتري المسلم ارض خراج من ذمي ويوخذ الخراج
منه اما جواز الشراء فلما روي ان جماعة من الصحابة اشتروا
بالكوفة ارض خراج واد واخراجها فصار ذلك دليلا على الشراء من غير
كراهة ومن الجماعة عبد الله بن مسعود والحسين بن علي ومن التابعين

شرح

شرح واما وجوب الخراج على المسلم فلان فيه معنى المونة فاعتبر مونة
في حال البقاء **فصل في الجزية** لما ذكر خراج الارض شرع
في خراج الروس وهو الجزية والجزية اسم لما يوخذ من الذمي باعتبار
راسه لما ذكر خراج الارض ص واذا وضعت الجزية بتراض قدرت
بما يتفق عليه والا فيضع على الغني ثمانية واربعين درهما يوخذ منه
في كل شهر اربعة دراهم وعلى المتوسط اربعة وعشرين في كل شهر
درهمان وعلى الفقير المعتمل اثني عشر درهما في كل شهر درهم لا دينارا
مطلقا ش الجزية على ضربين جزية توضع بالتراضي والصلح
فتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق ولا يتعدى عنه لانها
وجبت بالتراضي فلا يجب غير ما رضي به ولان فيه ترك الوفاء
بالعهد وقد صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم بني نجران على الف
ومائتي حلة وكانت جزية بالصلح وجزية يبتدي الامام وضعها
اذ غلب على الكفار واوقعهم على املاكهم فيضع على الغني الى آخر ما فصل
في المتن وقال الشافعي يضع على كل حال الرأي بالغ دينارا او ما يعدل
الدينار وهو اثنى عشر درهما والغني والفقير في ذلك سواء وهو
معنى قوله في المتن لا دينارا مطلقا له ما روي ان النبي صلى الله عليه
وسلم لما وجه معاذا الى اليمن امره ان ياخذ من كل حالم اي محتلم
دينارا او عدله من المعافر والمعافر موضع باليمن ذكره في الجمهرة
وفي المجمل حي من همدان ينسب اليه الثياب **ولنا** ما روي ان
عمر وجه عثمان ابن حنيف وحذيفة بن اليمان الى السواد فمسحا
ارضها ووضعا عليها الخراج وجعلا ثلاث طبقات على ما قلنا فلما

رجعا الي عمر اخبراه بذلك وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير فحل
محل الاجماع ثم بعد ذلك عمل عثمان كذلك ثم علي كذلك ولا يقال
انه كان بالتراضي والصلح لان السواد فتح عنوة لاصلحا ولانما وجبت
نصرة علي المقاتلة فيجب علي التفاوت بمنزلة خراج الارض وهذا لان
نصرة الدين واجبة بالنفس والمال ونفسه لا تصلح بخلاف المال
فيجب علي التفاوت واما حديث معاذ فمحمول علي الصلح لانه قال فيه
وحالمة ولا جزية علي النسا الا بالمصالحة كما صالح عمر نصاري بني تغلب
علي ما قررناه في الزكاة واختلفوا في حد الغني والمتوسط والفقير
والمختار ان ينظر في كل بلد الي حال اهله وما يعتبرونه في ذلك
فان عادة البلدان في ذلك مختلفة والفقير المعتمل هو الذي
يكسب اكثر من حاجته ص ونوجبها باول العام لاباخر ش قال
علماونا اذا وجبت الجزية علي الذمي تجب في الحال ويوخذ منه في كل
شهر لتقسطه كما تقدم ولا يشترط فيها حولان الحول وقال
الشافعي لا تجب الا بعد حولان الحول له انها حق مالي لا يتكرر بتكرر
الحول فلا تجب الا بعد مضي الحول كالزكاة فانها تجب في آخر الحول
ولنا قوله تعالي قاتلوا الذين لا يومنون بالله الي قوله حتي يعطوا
الجزية عن يد فانه تعالي اوجب قتالهم وجعل اعطا الجزية غاية
لرفع القتل عنهم تجب للحال كالواجب بالصلح عن دم العمد ولان
العوض وهو سلامة انفسهم قد سلم لهم فوجب ان يستحق العوض
عليهم كالثمن في البيع وسطناها علي الاشهر تخفيفا وللتمكن
من الاداء بخلاف الزكاة فان سببها المال النامي والنمو انما يتحقق بحولان

الحول

الحول فلهذا اشترط فيها اخر الحول ليتحقق بخلاف الجزية فان وجوبها
بطريق العقوبة ولم يشترط فيها النما فتجب للحال ص ولا تخص بها
اهل الكتاب فتوضع عليهم وعلي المجوس والوثني من العجم لا من العرب
ولا علي المرتدين فليس الا الاسلام او السيف ش اعلم ان الجزية
توضع علي اهل الكتاب والمجوس بالاتفاق ولا توضع علي الوثني من
العرب ولا علي المرتدين بالاتفاق ايضا وانما الخلاف مع الشافعي في
الوثني من العجم فقط فعندنا علي ما بينا توضع عليهم خلافا له اما وضعها
علي اهل الكتاب فلقوله تعالي من الذين اوتوا الكتاب حتي يعطوا
الجزية واما وضعها علي المجوس فلان عمر رضي الله عنه لما شك في
اخذها منهم لكونهم ليسوا من اهل الكتاب قال عبد الرحمن
بن عوف رضي الله عنه سمعت رسول الله صلي الله عليه وسلم
يقول سنوا بهم سنة اهل الكتاب قال البخاري لم يكن عمر
اخذ الجزية من المجوس حتي شهد عبد الرحمن بن عوف ان رسول الله
صلي الله عليه وسلم اخذها من مجوس هجر وهجر اسم بلد في البحرين
واما عدم وضعها علي عبدة الاوثان من العرب فلتغليظ كفرهم
لانه عليه السلام نشا بين اظهرهم والقران نزل بلغتهم والحجة
في حقهم اظهر لانهم كانوا اعرف بمعانيه ووجوه الفصاحة فكانوا
احق باتباعه والقيام بنصرته والذب عنه فلهذا نزل قوله
تعالي تقاتلونهم او يسلمون اي الي ان يسلموا فيهم وعن ابن
عباس رضي الله عنه انه قال قال رسول الله صلي الله عليه وسلم
لا يقبل من مشركي العرب الا الاسلام او السيف واما عدم وضعها

على المرتدين سواء كانوا من العرب او العجم فلقوله عليه السلام
من بدل دينه فاقتلوه وقد قاتل ابو بكر رضي الله عنه اهل الردة من بني
حنيفة ولانهم كفروا بعد ما ر والمحاسن الاسلام فلم يقبل
منهم الا الاسلام او السيف زيادة في العقوبة في حقهم واذا ظهرنا
عليهم فنساؤهم وذراريهم في لانه عليه السلام كان يسترق ذراري
مشركي العرب وابو بكر استرق نساء بني حنيفة وصبيانهم حتى وقع
في سهم علي رضي الله عنه الحنفية فولد له منها محمد بن الحسفة واما
الوثني من العجم فقال علماؤنا توضع الجزية عليهم خلافا للشافعي له
ان الامر بالقتال عام قال تعالى وقاتلوهم الآية خص منه اهل الكتاب
في وضع الجزية عليهم بقوله تعالى حتى يعطوا الجزية وخص
المجوس بحديث عبد الرحمن بن عوف فبقي سائر اهل الكفر على الاصل
ولنا ما روي عن المغيرة بن شعبة رضي الله عنه انه قال
لعامل كسرى امرنا نبينا صلى الله عليه وسلم ان نقاتلكم حتى تعبدوا
الله تعالى وحده او تؤدوا الجزية رواه احمد والبخاري وكانوا عبدة
الاوثان ولانه لم يوجد منهم اذية النبي صلى الله عليه وسلم فلم
يتغلظ كفرهم فجاز اخذ الجزية منهم كالمجوس ولانه تجوز استرقاقهم
فكذا وضع الجزية عليهم لانه استرقاق معنى اذ به يلحقهم
الصغار والذل ويؤدي كسبه للمسلمين واي رزق يكون اعظم
من ذلك ص ولا جزية على امراة ولا صبي ولا زمن ولا اعمى ولا شيخ
كبير ولا عبد ومكاتب ومدبر وام ولد ولا يحملها مواليهم ولا
راهب الا ان يقدر على العمل في رواية ش اي لا تجب الجزية على امراة

مشركي العرب
ابو بكر استرق نساء بني حنيفة

وصبي

وصبي واعمى لان الجزية خلف عن النصرة في حقنا ولهذا يصرف الى
المقاتلة وعن القتل في حق المأخوذ منه ولا قتال على هؤلاء قبل عقد
الذمة ولا نصرة لو كانوا مسلمين والبدل تجب على من تجب عليه
الاصل الا ترى ان التيمم انما تجب على من تجب عليه الوضوء وكذا
الشيخ الفاني لما قلنا وكذا لا تجب على عبد ومكاتب ومدبر
وام ولد لان الجزية بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة في
حقنا كما تقدم فعلى اعتبار النصرة لا تجب فلا تجب بالشك يعني
ان الجزية بدل عن الامرين المذكورين فعلى اعتبار الاول تجب
وضع الجزية لان المملوك الحربي يقتل فيجوز تحقق البدل ايضا
وعلى اعتبار الثاني لا تجب لان العبد لا يقدر على شيء فلا يقدر على
النصرة فلا تجب ولا يؤدي عنهم موالیهم لانهم تحملوا الزيادة
بسببهم يعني ان الموالي وجبت عليهم الزيادة في وظيفة
الجزية بكونهم اغنياء بالمماليك فلا تجب شيء آخر بسببهم واما
الرهبان فقد سئل محمد عن اصحاب الصوامع هل يوضع عليهم
الخراج قال كان ابو حنيفة يقول توضع عليهم اذا كانوا
ممن يقوون على العمل ووجهه ان الخراج على المعتمل والراهب
قادر على العمل وقد تركه مع القدرة عليه فيجب كمن عطل ارضه
الخراج مع التمكن من الانتفاع بها ووجه عدم الوضع ان الجزية بدل
عن اسقاط القتل في حقهم ولا قتل على الراهب الذي لم يخالط
الناس فلا تجب الجزية ولو ادرك الصبي او عتق العبد او برئ المريض
قبل وضع الامام الجزية وضع عليهم وبعد وضع الجزية لا توضع عليهم

لان اهليتهم وقت الوضع اذ الامام يحرج في عرف جالهم في كل وقت
فيضع على من هو اهل في ذلك الوقت والافلا بخلاف الفقير اذا ايسر
بعد الوضع حيث يوضع عليه لانه اهل للجزية وانما سقط عنه
لعجزه وقد زال ذكر في الاختيار ولو مرض الذمي جميع السنة لاجزية
عليه لانها تجب على الصحيح المعتمل لما بينا ولو مرض اكثر السنة سقطت
ايضا اقامة للاكثر مقام الكل وكذلك لو مرض نصف السنة لانها
عقوبة فترجح المسقط ص وتسقطها بالاسلام والموت ش قال
علماؤنا من اسلم وعليه جزية او مات كافر اسقطت عنه الجزية
خلافا للشافعي له ان الجزية بدل عن حقن الدم او عن التمكين وقد
حصل له المعوض فلا تجب عليه العوض فلا تسقط بالاسلام او الموت
لانها صارت دينا فلا تسقط كسائر الديون ولنا ما روي
بن عباس رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال
ليس على مسلم جزية ولان الجزية وجبت اذ لا الكافر وعقوبة
على بقايه على كفره بدليل قوله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد
وهم صاغرون ولهذا سميت جزية اي جزاء على كفره وذلك لا يسقط
بالاسلام لانه جب ما قبله بالحديث وكذلك لا يسقط عقوبة البقاء
على الكفر بالموت كما لا يسقط القتل ولا يرد علينا الرق حيث يبقى
بعد الاسلام لانه في حال البقاء ليس لعقوبة وانما هو من الامور
الحكمية حتى يسري الى الولد تبعا بخلاف الجزية ص وكذا بمضي اعوام
ش قال ابو حنيفة اذا لم توخذ الجزية من الذمي حتى حال عليه حولان
او اكثر تداخلت ولم يوخذ في الاعوام الماضية وقال ابو يوسف

ومحمد لا تسقط ويوخذ منه جزية سنتين لما ان امتداد المدة ليس
بمناف للواجب بل هو مؤكد للسبب وهو كفر الكافر وقد تتغلظ بطول
المدة فلا يتداخل كتحمل العقل والزكاة بخلاف ما اذا اسلم لانه بعد
الاسلام تعذر استيفاؤها من الوجه الذي شرعت هي فيه وهو
الصغار لان المسلم يوقر ولا يحقر والمشروع بصفة لا يوخذ به
بدون تلك الصفة فسقطت للتعذر ولابي حنيفه ان الجزية
عقوبة وجبت على الكفر توخذ منه على وجه الاذلال ولهذا لو بعثها
على يد غلامه او نائبه لا يمكن من ذلك في اصح الروايات بل يكلف
ان يحضرها بنفسه على ما ياتي بيانه والعقوبات الواجبة لله تعالى
اذا تراكبت تداخلت اذا كانت من جنس واحد كالحدود الا ترى
ان كفارات الافطار تتداخل وان كانت عبادة لما فيها من معنى
العقوبة التي ليس فيها معنى العبادة اولي ولانها وجبت بدلا
عن القتل في حقهم وعن المضي في حقنا وكلاهما يوجب السقوط
لان القتل يكون في حراب قائم في الحال وكذا المضي يكون
في المستقبل دون الماضي لانه مستغني عنه فلا يتصور فيه
التكرار والكثرة ولهذا لو مات عند تمام السنة لا يوخذ منه
والجواب عن القياس عن محل التعقل ان ذلك لا يكره في المقيس عليه
بل الواجب واحد مؤجل الى ثلاث سنين والزكاة لم تجب عقوبة
بل وجبت طهرة فالقياس فارق قال في الهداية وقيل
خراج الارض على هذا الخلاف وقيل لا تداخل فيه بالاتفاق ص
ويودها بنفسه قائما او القابض قاعدا ويوخذ بتلبيبه ويهز

ويقال له اد الجزية ياذمي ش اي الذمي ياتي بالجزية بنفسه ولا يبعثها
على يد غيره واذا بعثها لا تقبل منه بل يكلف ان ياتي بها بنفسه ماشيا
ويعطيها قايما والآخذ قاعد ويده تحت يد الآخذ ويوخذ بتلبيبه
عند الاخذ والتلبيب ما على موضع القلادة من الصدر وتحرك ويقال
له اد الجزية يا يهودي او يا نصراني او ياعدو الله او ياذمي وقيل
تجري النيابة فيها عندهما لانها شرعت للزجر بتنقيص المال
وهو لا يختلف باداء به ص ويوخذ بما يتميز به فيشد وسطه
بخيط غليظ من الصوف ولا يلبس ما يخص اهل العلم والزهد
والشرف ولا يركب الخيل وقيل يمنع عنه مطلقا في الاصح الا ضرورة
على سرج كهيئة الاكف وينزل في مجامع المسلمين ولا يحمل سلاحا
ولا يبدا بالسلام ويضيق عليه الطريق ويميز نساؤهم عن نسائنا
في الطريق والحمام ش اي يوخذ اهل الذمة بالتميز عن المسلمين
في زيهم وملابسهم ومراكبهم وسروجهم وقلانسهم اظهارا
للصغار عليهم وصيانة لصحبة المسلمين تقينا لان من هو
ضعيف اليقين اذا راهم يتقلبون في نعم الله تعالى والمسلمين
في محنة وشدة يخاف ان يميل الى دينهم والية وقعت الاشارة
في قوله تعالى ولولا ان يكون الناس امة واحدة لجعلنا لمن يكفر
بالرحمن لبيوتهم سقفا من فضة الآية ولان الذمي يحقر والمسلم
يوقر ولانه من العلامة التي بها يظهر تميزه ولا يجوز ان يكون العلامة
شريفة فيجب ان يكون خيطا غليظا من الصوف او الشعر ليظهر
للراي ولولا ذلك ربما عومل معاملة المسلمين وانه غير حايز ولا يلبسوا

تمييز

مثل لباس اهل العلم والشرف ويلبسون قميصا خشنا جيوبهم على
صدورهم اهانة لهم واكراما لاهل العلم والصلاح واذا كانوا يمنعون
من ان يتشبهوا بزي مطلق المسلمين فبالاولى ان يمنعوا عن زي
الخواص ولا يركبون الخيل لانهم ليسوا من اهل الجهاد الا عند الضرورة
خصوصا في اسواق المسلمين فاذا حصلت الضرورة اتخذوا سروجا
كهيئة الاكف وفسره الكرخي في مختصره فقال هو ان يكون على
قربوس السرج مثل الرمانة واذا راوا المسلمين مجتمعين في ناد
نزلوا وكذلك لا يحملون سلاحا لانهم اعداء المسلمين ولا يبدؤن
بسلام ويضيق عليهم الطريق اهانة لهم وقال عليه السلام
لا تبدوهم بالسلام والجوهم الى اضيق الطرق وانما يضيق
عليهم زجرا لعلهم يغارون ويرجعون الى دين الحق ولو لم
تضيق عليهم لكان في ذلك اكراما لهم وهو لا يجوز وتميز
نساؤهم عن نسائنا حال المشي في الطريق والحمامات فيجعل
في اعناقهم طوق الحديد ويخالف ازارهن ازار المسلمين ويجعل
على دورهم علامة يتميز بها عن دور المسلمين كيلا يقف عليها
السايل فيدعو لهم بالمغفرة وانما يوخذ اهل الذمة بهذه الاشياء
لما روي ان عمر رضي الله عنه كتب الى امراء الامصار ان لا يتركوا اهل
الذمة يتشبهون بالمسلمين في ركابهم وملبسهم وهيابتهم
فالحاصل انه تجب تمييزهم بما يشعر بذلهم وصغارهم
وقهرهم بما تعارفه اهل كل بلدة وزمان واختلفوا اهل يكفيهم
علامة واحدة او لا فمنهم من قال للنصراني علامة ولليهودي

كالخرط
ويميز نساؤهم بالحمام عن نسائنا
حال الخروج من الطريق وفي الحمامات وكالازار ونحوه
ازار المسلمين

وفي زماننا لاحاجة الى التمييز بالالوان للرجال
لكثرة اجلاف العوام منهم

علامتان وللمجوس ثلاث علامات وبه افتى محمد بن الفضل ص ولا ينقض
العهد الا ان يلحقوا بدار الحرب او يغلبوا على موضع فيحاربونا لا بالامتناع
عن ادا الجزية الا في رواية او قتل مسلما او الزنا بمسلمة او سب النبي
صلى الله عليه وسلم ش اي لا ينتقض العهد بالاباء عن ادا الجزية او
قتل مسلما او الزنا بمسلمة او سب النبي صلى الله عليه وسلم اما عدم
انتقاض العهد بالاباء فلان الامتناع من اعطا الجزية يحتمل ان يكون
لعذر الفقر فلا ينتقض بالاحتمال والشك هكذا ذكر اصحابنا وذكر
في الواقعات في كتاب الزكاة ان اهل الذمة اذا امتنعوا عن ادا الجزية
يقاتلون لان في الابتدا يقاتلون اذا امتنعوا عن القبول فكذا في
الانتها ولهذا قال المصنف في المتن الا في رواية تنبيها عليه
والجواب عن ذلك ان الجزية دين والامتناع عن ادا سائر الديون
ليس بنقض للعهد ولان القتل ليسقط عنهم بقبول الجزية
لا باد آيها بالاتفاق واذا كان كذلك فقبولها باق كما كان فلا ينتقض
واما قتل المسلم او الزنا بالمسلمة فهو دون الكفر في القبح والذمة
تبقى مع الكفر فمع المعصية اولى لعدم انتقاض العهد بها واما السب
فقال الشافعي ينتقض امانه به لانه ينقض الايمان فكذا الامان
بل اولى لانه دونه اذ عقد الذمة خلف عنه ولنا ما روي
ان يهوديا قال للنبي صلى الله عليه وسلم السام عليك فقال
اصحابه عليه السلام نقتله قال لا رواه البخاري واحمد فلم ينقض
عليه السلام عهده ولم يقتله ولان السب كفر منه والكفر للقارن
لا يمنع العهد فكذا الطاري لا يرفعه بالطريق الاولى لان البقا

اسهل

اسهل من الابتدا واما الانتقاض بدار الحرب او بالغلبة على موضع
الحراب فلانهم صاروا بذلك حربا علينا فلا يفيد بقا العهد بعد
ذلك لان المقصود من عقد الذمة دفع الفساد بترك القتال
ثم اذا ثبت نقض عهدهم بذلك صاروا كحكم المرتد في حل
قتلهم ودفع مالهم لورثتهم لانهم التحقوا بالاموات بتباين
الدارين غير انهم لا يسترقون ولا يجبرون على قبول الذمة بخلاف
المرتد حيث لا يسترق ويجبر على الاسلام لان كفره اغلظ فاوجب
الزيادة في العقوبة ولان المقصود من كل واحد منهما ان يرجع
ما كان عليه فباسترقاق الذمي تحصل المقصود منه وهو دفع فساده
وجزايه بذلك بخلاف المرتد لان المقصود منه الاسلام وهو
لا يحصل باسترقاقه فصار كمشركي العرب وقول المصنف الا
ان يلحقوا بدار الحرب او غلبوا يفيد اختصاص ما ينتقض به
العهد حتى لو قال نقضت لا ينتقض بالقول ذكره في المحيط
ص ولا يجوز احداث بيعة ولا كنيسة في دارنا ولا الوصية
به في الصحيح ش هذا شروع في بيان ما يجوز لهم ان يفعلوه مما يتعلق
بالسكنى لا يجوز احداث بيعة ولا كنيسة في دار الاسلام لقوله
عليه السلام لا خصا في الاسلام ولا كنيسة والمراد احداثها قال
صاحب الهداية وهذا في الامصار دون القرى اي عدم جواز احداث
البيعة والكنيسة في المصر لا في القرية لان الامصار هي التي تقام
فيها الشعاير كاقامة الحدود وتنفيذ الاحكام وقيل في دارنا
يمنعون من ذلك في القرى ايضا لان فيها بعض الشعاير كالاذان في اعلام

اوقات الصلوة بجماعة والمروي عن صاحب المذهب في قري الكوفة لان
اكثر اهلها اهل ذمة وفي ارض العرب يمنعون عن ذلك في امصارها
وقراها لقوله عليه السلام لايجمع دينان في جزيرة العرب وانما سميت
جزيرة العرب لان بحر فارس وبحر الحبش ودجلة والفرات قد احاطت
بها وانما جمع في الحديث بين الحصا والكنيسة بجامع معنى الضعف
فان الحصا يورث ضعفا في الفحل كما يورث بنا الكنيسة ضعفا
في دار الاسلام والحصا بغير لما عليه اصل الخلقة وفي بنا الكنيسة
بغير لما عليه بنا دار الاسلام وقيل المراد بقوله تعالى ولامرنهم
فليغيرن خلق الله الحصا وقيل المراد به التبتل والغزلة والامتناع
عن النسا كما تفعله رهبان النصارى فكانه خصا معنى وبيت
النار كالكنيسة ثم كما لايجوز احداثها لايجوز الوصية باحداثها
ايضا وصورة المسئلة اذا اوصى ان يبني داره بيعة او كنيسة
في السواد لاني المصر ولم تكن الوصية لقوم مسمين فالوصية
باطلة عند ابي يوسف ومحمد لانه ابتنا بما هو معصية حقيقة
وان كان في معتقدهم انه قربة والوصية بالمعصية باطلة وفي
تنفيذها تقرير المعصية فلا يجوز وروي عن ابي حنيفة انها
جايزة في الثلاث لانا امرنا بتركهم وما يدينون ص واذا انهدمت
القديمة اعيدت ش اذا انهدمت البيع والكنايس القديمة
اعادوها لان التوارث جري من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم
الى يومنا هذا بترك الكنايس في امصار المسلمين ولان الابنية
لاتبقى دايما فكان دليلا على جواز الاعادة ولان الامام لما اقرهم

سان والامتناع

بركة متقابلة

عهد البهم

عهد البهم الاعادة ولايمكنون من نقلها الى موضع آخر في المصر لانه
احداث في ذلك الموضع في الحقيقة والصومعة بمنزلة الكنيسة
لانها تبنى للتخلي فيها لتعبد واحد منهم بخلاف ما اذا عين في بيته
موضعا وصلى فيه حيث لايمنع منه لكونه تبعا للمسكن ص ويوخذ
من نصاري بني تغلب ونسايهم لاصبيانهم صنعف الزكاة ش لان
عمر رضي الله عنه صالحهم على ضعف الزكاة بمحضر من الصحابة من غير
نكير والزكاة تجب على النسوان دون الصبيان فكذا ضعفها ص
ويصرف ما جبي من الخراج والجزية واموال بني تغلب وما اهدي الى
الامام من اهل الحرب في مصالح المسلمين كسد الثغور وبنا القناطر
والجسور وعطا القضاة والعلما والعمال وارزاق المقاتلة ودراريهم
مايكفيهم ش الاصل في ذلك ان جميع ذلك مال وصل الى المسلمين
من جهة الكفار من غير قتال ومال بيت المال معد لمصالح المسلمين
وهذه الجهات مصالح المسلمين فتصرف الى الرباطات وكري الانهار
العظام التي لامالك لاحد عليها كسيحون وجيحون والفرات ودجلة
وارزاق القضاة والعلما والمفتيين والمعلمين والمحتسب الذي
يقوم بهم الشريعة والى المقاتلة لان هولا قد حبسوا انفسهم
لمصالح المسلمين وكان الصرف اليهم تقوية للمسلمين ولو لم يعطوا
لاحتاجوا الى الاكتساب وتعطلت مصالح المسلمين ونفقة
الدراري على الاباء يعطون كفايتهم ليلا يشتغلوا بها عن
مصالح المسلمين فكان الصرف اليهم تقوية للمسلمين ولاخمس في
ذلك لانه عليه السلام لم يخمس الجزية ولانه مال اخذ بقوة

المسلمين بغير قتال بخلاف الغنيمة لانها مال ماخوذ بالقتال والقهر
فشرع الخمس فيه لايدل على شرعه في الاخر ثم الواجب على الامام
والسلاطين والولاة ايصال الحقوق الى اربابها وان لايحبسوها عنهم على
مايرون من تفضيل وتسوية من غير ميل في ذلك الى هوى ولا يحل
لهم منها الا مقدار ما يكفيهم ويكفي اعوانهم وما لابد لهم منه
ولا يجعلونها كنوزا وان فضل شيء من بيت المال بعد ايصال الحقوق
الى اصحابها قسموها بين المسلمين وان قصروا في ذلك فوباله عليهم
فحينئذ يستحقون اسم الظلمة وذلك لان الله تعالى جعلهم رعاة
على المسلمين ولم يجعلهم رعية فلم يعرفوا فضل ذلك فاستحقوا
اسم الظلمة والله تعالى يوفق رعاة المسلمين ويعينهم على ادا
ما وجب عليهم انه ولي ذلك ثم اعلم ان جملة ما يجبى ويجمع
في بيت المال من الاموال اربعة انواع النوع الاول منها الصدقات
وهي زكاة الاموال والعشور وما اخذ العاشر من المسلمين الذين
يمرون عليه من التجار النوع الثاني ما اخذ من خمس الغنايم والمعدن
والركاز النوع الثالث ما اخذ من خراج الارض وجزية الرؤس
وما صولح عليه مع بني تغلب ومع بني نجران من الحلل وما اخذ العاشر
من الصدقات للضاعفة ومن المروي عن صاحب المذهب في قرى
الكوفة لان اكثر اهلها اهل ذمة وفي ارض العرب يمنعون عن ذلك
في امصارها وقراها لقوله عليه السلام لايجتمع دينان في جزيرة العرب
المستامن من اهل الحرب وما اخذ من تجار اهل الذمة النوع الرابع
ما اخذ من تركة الميت الذي مات ولم يترك وارثا او ترك زوجا او زوجة

فهذه

فهذه جملة بيت المال فمحل النوع الاول وهو الصدقات مصرفها
مصرف الزكاة لقوله تعالى انما الصدقات الاية وقد بين مصرفها في باب
الزكاة ومحل النوع الثاني وهو الخمس الاصناف التي ذكرها الله تعالى في كتابه
حيث قال واعلموا انما غنمتم من شيء الاية وقد بين في كيفية قسم الخمس
في فصل كيفية قسمة الغنايم ومحل النوع الثالث وهو الذي ذكر في
قوله وما جبي من الخراج الى آخر الفصل وهو الذي ذكرنا مصارفه
لعامة المسلمين وما يحتاج اليه المسلمون ومحل النوع الرابع نفقة المرضى
في ادويتهم وعلاجهم وهو فقرا والى كفن الموتى الذين لا مال لهم
والى نفقة اللقيط وعقل جنايته والى نفقة من هو عاجز عن
الكسب وليس له من يقضي عليه بنفقته وما اشبه ذلك هذا
ما تلخص مما قال الامام الاسبيجابي في شرحه لمختصر الطحاوي
والثغور جمع ثغر وهو موضع مخافة البلدان والقنطرة ما يرفع
والجسر ما يرفع **فصل في احكام المرتدين** لما فرغ من
بيان احكام الكفار من الاصل شرع في احكام الكفار بعد الاسلام لان
العارض بعد الاصل فناسب ان يكون ذلك وصنعا يعرض الاسلام
على المرتد وان كان له شبهة كشفت وحبس ثلاثة ايام ان استمهل
اذا ارتد المسلم عن الاسلام والعياذ بالله تعالى عرض الاسلام عليه
حرا كان او عبدا لاطلاق النصوص لما روي ان رجلا جاء الى عمر رضي الله
عنه من قتل ابي موسى الاشعري فقال عمر رضي الله عنه هل من معرفة
خبر قال نعم رجل ارتد عن الاسلام فقتلناه فقال هلا حبستموه
في بيت ثلاثة ايام واطعمتموه في كل يوم رغيفا لعله يتوب او يقتل

ثم قال اللهم اني لم امر ولم ارض اذ بلغني وهذا العرض مستحب على ما
قالوا الاواجب لان المرتد كافر قد بلغته الدعوة والكافر اذا بلغته الدعوة
لا يجب تجديد العرض عليه وان كان له شبهة استند اليها وجب
كشفها عنه لتزاح عنه لان عوده مرجو وفيه دفع الشر باحسن الوجوه
واقرب الطرق ويحبس ثلاثة ايام طلب التاجيل لما روي عن عمر
رضي الله عنه ولا يزاد عليها لانها مدة ضربت لابلاء الاعذار ص وقيل
يستحب مطلقا ش روي عن ابي حنيفه وابي يوسف انه يستحب
تاجيله مطلقا اي سواء استمهل او لم يستمهل ووجهه ان الارتداد
ظاهر الابد ان يكون مضافا الى شبهه فالتاجيل ثلاثة ايام للتامل
وكشف تلك الشبهة فحصل العرض مع رجاء العود وابقاء الحيوة فكان
اولى ص فان اسلم والا قتل ش اي اذا عرض على المرتد الاسلام فان
اسلم وكيفية اسلامه ان ياتي بالشهادتين ويتبرا عن جميع الاديان
سوى دين الاسلام او عن ما انتقل اليه لحصول المقصود بذلك
والاول اولى لان المرتد لا دين له يخلى سبيله وان ابى قتل
لقوله تعالى تقاتلونهم او يسلمون قالوا نزلت في شان اهل الردة
نقلا عن ابن عباس وجماعة من المفسرين وقال عليه السلام من
بدل دينه فاقتلوه ويكره قتله قبل عرض الاسلام عليه لترك
الاستتابة فان قتله احد قبل الاستتابة او قطع عضوا منه بغير
اذن الامام فلا ضمان عليه لانه لا قيمة لدمه لكنه ان فعل
ذلك بغير اذن الامام اديب على ما صنع فان ارتد وتاب ثم
ارتد تقبل توبته وهكذا ابدا لانا نحكم بالظاهر وكان عليه السلام

يقبل

يقبل ظاهر الاسلام من المنافقين وقال عليه السلام لمن قتل
شخصا بعد ما اسلم هل شققت عن قلبه ولقوله تعالى ولا تقولوا
لمن القى اليكم السلام لست مومنا وقوله عليه السلام امرت ان اقاتل
الناس حتى يقولوا لا اله الا الله الحديث وروي عن علي وابن عمر
رضي الله عنهما ان توبته لا تقبل بعد المرة الثالثة لانه مستخف
مستهزئ وليس بتائب ويويده قوله تعالى ان الذين امنوا
ثم كفروا ثم امنوا ثم كفروا ثم ازدادوا كفرا لم يكن الله ليغفر
لهم ثم اعلم ان للردة احكاما منها ما يرجع الى نفس المرتد
ومنها ما يرجع الى ماله ونصرفاته والى ولده فما يرجع الى نفسه
اباحة دمه وانه لا يسترق وان لحق بدار الحرب بخلاف المرتدة
ومنها ان العاقلة لا تعقل جنايته ومنها حرمة ذبيحته وعدم جواز
انكاحه وعدم ارثه من احد ومنها انه لا يجب عليه شيء من العبادات
وياتي الكلام على الباقي في موضعه من كلام المصنف ص ويزول
ملكه عن امواله زوالا موقوفا فان اسلم عاد ملكه ومات او قتل لا بحاله
فيا مطلقا فما اكتسبه في حال الاسلام موروث وفي الردة في وقالا
موروث مطلقا ش قال ابو حنيفة يزول ملك المرتد
عن ماله زوالا موقوفا فان اسلم عاد ملكه دين ردته في وقال
ابو يوسف ومحمد لا يزول ملكه لان تاثير الردة يظهر في اباحة
دمه لا في زوال ملكه كالمحكوم عليه بالرجم والعود ولانه مكلف
فيكون كامل الاهلية وذلك ببقاء ملكه ولانه لا يمكنه القيام بما كلف به
الا ببقاء ملكه ضرورة التمكن ولابي حنيفة ان الملك عبارة عن القدرة

ملكه يزول على الحالة الاولى
وان مات او قتل على ردته وديت
كسب اسلامه وارثه المسلم بعد قضاء
دين الاسلام وكسب ردته بعد قضاء

والاسيلاء وذلك انما يكون باعتبار العصمة وقد زالت عصمة نفسه
بالردة لانه يصير بها حربيا حتى يقتل وكذا عصمة ماله لانه تبع لها
ولانه هالك حكما فصار كالهالك حقيقة غير انه يدعى الى الاسلام
بالاجبار عليه ويرجى عوده اليه لوقوفه على محاسنه فلم يتم
سبب الزوال فتوقفنا في امره فان اسلم جعل كان لم يزل مسلما
فلم يعمل السبب عمله وان مات او قتل في ردته استقر كفره فعمل
السبب عمله وزال ملكه وانتقل ما اكتسبه في حال اسلامه الى
ورثته المسلمين وما اكتسبه في حال ردته في "عملا بالدليلين
ولا يقال بعد زوال الملك كيف يعود حتى يستقيم القول بزواله
زوالا مراعى فانه لا يخلو من احد امرين اما ان يزول او لا يزول
فان زال وجب ان لا يعود بالاسلام لان الساقط لا يعود وان لم
يزل فما معنى لزواله زوالا مراعى لان الملك يزول بالهبة
والتسليم ثم يعود بالرجوع من غير ذي الرحم المحرم والزوج
وكما في خيار المجلس عند بعض الائمة وعندهما كلاهما لورثته
المسلمين ان فضل شيء من الدين وهما ما اكتسبه في الكسبين بعد
الردة باق لما ذكرنا فينتقل بموته الى ورثته فيستند الى سبيل
ردته فيكون توريث مسلم من مسلم ولكن استناد كسب الردة
الى ما قبل الردة نظرا الى سبب الكسب وهو نفسه فجعل كان الكسب
موجود ولابي حنيفة ان استناد التوريث الى اول الردة في كسب
الاسلام ممكن لوجوده عندها واستناد التوريث في كسب الردة
لا يمكن لعدمه عندها ومن شرط الاسناد ان يكون موجودا عنده

فلو ثبت

فلو ثبت فيه حكم التوريث لثبت مقتصرا على الحال وهو كافر عند الا
والمسلم لا يرث الكافر وقال الشافعي بل الكسبين في لان
المسلم لا يرث الكافر ولا الكافر المسلم لقوله عليه السلام لا يرث المسلم
الكافر ولا الكافر المسلم ولقوله عليه السلام لا يتوارث اهل ملتين
شتى ولنا انه كان مسلما ما لكا لماله فاذا تم هلاكه خلفه وارثه
في ماله كما لو مات مسلما وهذا لان الردة هلاك الا ان تمامه بالموت
او القتل فاذا تم استند التوريث الى اول الردة وقد كان مسلما
عند ذلك فخلفه وارثه المسلم فيه فيكون توريثا من المسلم
اذ الحكم عند تمام سببه يثبت من اول السبب كالبيع بشرط
الخيار اذا جاز ثبت الملك فيه من وقت العقد حتى يستحق المبيع
بزوائده المنفصلة والمتصلة ص واذا حكم بلحاقه من ثم لم يجعله
كموته فيعتق مدبروه وام ولده ويحل دينه ويرث اهله المسلمون
ما اكتسبه في الاسلام ش قال علماؤنا اذا لحق المرتد بدار
الحرب وحكم الحاكم بلحاقه عتق مدبروه وامهات اولاده وحلت
الديون التي عليه واستقل ما اكتسبه في حال الاسلام الى ورثته
المسلمين وقال الشافعي في قول يبقى ماله موقوفا كما كان
لانه ذهابه الى دار الحرب نوع غيبة فلا يتغير حكم ماله كما لو كان
متردد في دار الاسلام اذ الدار ان عنده في حكم دار واحدة ولنا
انه بالالحاق التحق بالاموات لانه صار حربيا حقيقة وحكما والحربي
في دار الحرب كالميت في حق المسلمين لانقطاع ولاية الالزام فيه
كما انقطعت عن الموتى ويدل عليه قوله تعالى او من كان ميتا فاحييناه

اي كافراهد ريناه لكن اللحاق ليس بامر مستقر فاحتيج الى قضاء القاضي
وانقطاع الحقوق باللحاق امر مختلف فيه فيتوقف نفاذه على قضاء
القاضي كما في سائر المجتهدات فحين قضي حكم بموته فتثبت الاحكام
المذكورة ثم اعلم ان المصنف تابع القدوري في الاطلاق من
حيث انه لم يذكر خلافا ابو يوسف ومحمد فيما اكتسبه في الاسلام
والردة بصيغة الخلاف اكتفاء بما ذكره فيما سبق ص ونعتبره وارثا
وقت القضاء لا وقت اللحاق ش اذا تقرر القضاء باللحاق ثبت
الاحكام المتعلقة به ثم قال ابو يوسف يشترط اهلية الوراثة
وقت قضاء القاضي بلحاقه بدار الحرب وقال محمد يصير اهلا لها
وقت اللحاق لا وقت القضاء لابي يوسف ان الملك لا يزول الا
بالقضاء فكان الموثر في زوال الملك هو القضاء دون اللحاق لانه
في الحقيقة غيبة والغيبة لا توثر في زوال الملك ولمحمد ان وقت
الارث وقت زوال الملك وملك المرتد انما يزول باللحاق لانه
يعجز عن الانتفاع بماله في دار الاسلام الا ان العجز قبل القضاء
كان متزلزلا لاحتمال العود فبالقضاء تقرر العجز وصار العود
بعده كالممتنع عادة وعلى هذا الخلاف المرتدة ص ودينه اللازم
في الاسلام يقضي من كسب الاسلام وفي الردة من كسبهما والبداءة
من كسب الاسلام او من الردة روايتان وقالا يقضي منهما ش في
هذه المسئلة عن ابي حنيفة ثلاث روايات الاولى رواية
الحسن بن زياد عنه ان دين الاسلام يقضي من كسب الاسلام ودين
الردة يقضي من كسب الردة وهو قول زفر وهو الصحيح وجه هذا

ان احدى الحالتين تخالف الاخرى فيتعلق دين كل حالة بكسبها
وعنه انه يبدا من كسب الاسلام وان لم يف به يقضي الباقي من
كسب الردة ووجه هذا ان كسب الاسلام ملكه حتى يخلفه الوارث
فيه ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث فيقدم الدين
على الوارث اما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان اهلية الملك
بالردة عنده فلا يقضي دينه منه الا اذا تعذر قضاوه في محل آخر
فحينئذ يقضي من كسب الردة كالذمي اذا مات ولا وارث له يكون
ماله للمسلمين ولو كان عليه دين يقضي منه فكذا هذا وعنه
انه يبدا من كسب الردة فان لم يف به يقضي من كسب الاسلام ووجه
هذه ان كسب الردة خالص حقه وكسب الاسلام حق الورثة فكان
قضاء الدين منه اولى لانه لا خلاف في ان الدين لا يسقط بالارتداد
فان لم يف بكسب الردة فحينئذ يقضي من كسب الاسلام تقديما
لحقه على حق الوارث وقال ابو يوسف ومحمد يقضي ديونه من
الكسبين جميعا لانهما ملكه حتى تجري الارث فيهما ص وبيعه
وشراوه وعتقه ورهنه وتصرفه في ماله موقوف فان اسلم
صحت عقوده وان مات او قتل او لحق بدار الحرب بطلت ش اعلم
ان تصرفات المرتد على اربعة انواع الاول ما هو نافذ اجماعا
كالطلاق والاستيلاد واشباههما لان الطلاق لا يتوقف على
قيام الولاية فان للعبد ان يطلق امراته مع عدم تمام الولاية
والاستيلاد لا يتوقف على حقيقة الملك الا ترى ان للاب استيلاد
جارية ابنه مع ملكه لها الثاني ما هو باطل بالاتفاق كالنكاح

والذبيحة لانهما يعتمدان قيام الملة والاهلة للمرتد والملة الدين
والشريعة كذا في الصحاح والثالث ما هو موقوف بالاتفاق كشركة
المفاوضة مع المسلم لانها تعتمد المساواة والاستواء بين المسلم
والمرتد الا ان عندهما تصير عنانا ان مات او قتل كذا نقل في غاية
البيان عن شرح الطحاوي والرابع ما هو مختلف في توقفه ونفوذه
وهو المذكور في المتن كالبيع والشراء والعتق والرهن والهبة والكتابة
والاجارة والوصية فقال ابو حنيفة هذه التصرفات موقوفة
ان اسلم صحت وان مات او قتل على ردته او لحق بدار الحرب بطلت
وقال ابو يوسف ومحمد ﷺ نافذة مطلقا عاد الى الاسلام او لم يعد وجه
قولهما ان صحت التصرف تعتمد الاهلية ونفاذه يعتمد الملك ولا شك
في قيام اهلية المرتد لتوجه الخطاب اليه اذ هو بالعقل الاترى
ان القتل تجب عليه بارتداده ولو كانت اهليته معدومة او ناقصة
لما وجب عليه القتل ولا شك في بقاء ملكه ايضا لانه مكلف
محتاج والدليل على قيام ملكه بعد الردة انه لو ولد له بعد الردة بستة
اشهر فصاعدا من امراة مسلمة او ذمية مسلمة ولد يرثه ولو مات
ولده قبل حكم القاضي بلحاقه لا يرثه فلو لم يكن ملكه قايما بعد الردة
لورثه هذا الولد لانه كان حيا وقت ردة الاب فلما كان ملكه قايما
صح تصرفه ونفذ لكن اختلف فيما بينهما فعند ابي يوسف يصح
تصرفه كما يصح تصرفه الصحيح من جميع المال لان الظاهر عوده الى
الاسلام اذا الشبهة تتاح فلا تقتل فصار كالمرتدة فلا تجعل كالمشرف
على الهلاك غاية ما في الباب ان قتله مباح وهذا لا يوجب خللا في

تصرفاته

٥٦

تصرفاته كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص وليس هو كالمريض لانه يتمكن
من دفع الهلاك عن نفسه بالاسلام بخلاف المريض وعند محمد يصح كما
يصح من المريض لان الظاهر عدم رجوعه الى الاسلام فيقتل لان
من اتخذ نخلة فلما يتركها لاسيما اذا كان معرضا عما يشافيه فيفضي
الى القتل ظاهرا بخلاف المرتدة لانها لا تقتل ولابي حنيفة ان العاصم
للنفس والمال هو الاسلام لقوله عليه السلام فاذا قالوها عصموا مني
دماءهم واموالهم فلما ارتد سقطت العصمة عن النفس والمال
جميعا فجعلنا تصرفه في ذلك موقوفا رجاء الاسلام كما جعلنا
ملكه موقوفا ايضا لهذا المعنى فصار المرتد لكونه حربيا مقهورا
تحت ايدينا كالحربي الذي اسر وقهر تحت ايدينا حيث
يكون تصرفه موقوفا بخلاف المقضي عليه بالقود والرجم
لان القتال لم يجب هناك لزوال سبب العصمة ولهذا لو قتله
قاتل غير من له القتل تجب عليه القصاص وانما هو جزاء عن
الجناية فلم يوجب خللا فيه وبخلاف المرتدة لانها لا تقتل
فلم يثبت لها حكم اهل الحرب الحربي الملحق بدار الحرب فتصير حربية
حينئذ ص وان اسلم مسلما بعد الحكم اذا ما وجد من ماله
في يد ورثته ش اي اذا عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه بدار الحرب
الى دار الاسلام مسلما فما وجد في يد مورثه من ماله بعينه
اخذه لانه لا يخلو اما ان يكون عوده قبل الحكم باللحاق او بعده
فان كان قبل الحكم بطل حكم الردة في ماله لان زوال ملكه كان مراعى
فبطلت المراعاة بالاسلام فصار كانه لم يزل مسلما ولا يعتق عليه

عاد
واذا عاد

شيء من امهات اولاده ومدبريه وان كان بعد الحكم فكل ما وجد في يد ورثته
اخذه لان الوارث خلفه فلما وجد الاصل بطل حكم الخلف وروي ان علقمة
بن علاثة وفد الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاسلم ثم ارتد ولحق
بقيصر ثم اتى فاسلم في عهد عمر رضي الله عنه فرد عليه ماله
واما ما ازاله الوارث عن ملكه سواء كان لسبب يلحقه الفسخ كالبيع والهبة
او لسبب لا يلحقه الفسخ كالاعتاق والتدبير والاستيلاد فكل ذلك
ماض لا سبيل للمرتد عليه ولا ضمان على الوارث ايضا لانه ازاله حين كان
له سبيل الازالة فصار كموهوب خرج من يد الموهوب له ص ولا تقتل
المرتدة فتحبس وتضرب في ايام لتسلم ويصح تصرفها في مالها ش قال
علماؤنا لا تقتل المرتدة ولكنها تحبس ويجبر على الاسلام بالضرب في كل يوم
مبالغة في الالجاء الى الاسلام وان قتلها احد لم يضمن شيأ حرة كانت او امة
وقال الشافعي تقتل لقوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه
ولان ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث انها جناية مغلظة وردة المراة
تشاركها في الجناية فتشاركه في موجبها وهو القتل وذكر ابو الليث
ان هذا قول ابي يوسف اولا ثم قال ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل
النساء وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة عن عاصم بن ابي النجود عن ابي رزين
عن ابن عباس رضي الله عنه انه قال لا تقتل النساء اذا هن ارتددن
عن الاسلام ولكن يحبسن ويدعين الى الاسلام ويجبرن عليه ولان
علة القتل هو الكفر المفضي الى الحراب وكفر المراة ليس بمفض اليه لعدم
صلاحية بنيتها لذلك كالكافرة الاصلية بخلاف كفر الرجل فانه مفض
الى الحراب ولان الاصل ان يوخر الجزا الى الاخرة لقوله تعالى اليوم تجزى
كل نفس

فيه مهم او اسلب النبي صلى الله عليه وسلم
او احد من الانبياء عليهم الصلاة
والسلام فانه يقتل حدا والتوبة له
صلا سواء قبل انه كالزنديق
او جا تائبا من قبل نفسه
لانه حد وجب فلا يسقط بالتوبة
كسائر حقوق الادميين وكسائر التلف
لان التوبة بكلاف ما اراب
الله تعالى ثم تاب لانه حق الله تعالى
ولان النبي بشر والبشر يتسامحون بحقهم المرة
الامن اكرمه الله تعالى والباري
منزه عن جميع العايب وكخلاف الارتداد
لانه يعني ينفروا به المرتد لانه شتم لغيره
من الادميين ولو قتلنا او اشتم
النبي عليه الصلاة والسلام وسكر ان لا يعين
عنه ويقتل ايضا حدا عند مذهب
لابي بكر الصديق والامام الاعظم واهل الكوفه
والمشهور من مذهب مذهب مالك
واصحابه قال الخطابي لا اعلم احدا من المسلمين
اختلف في وجوب قتله او اكان مسلما وقال سحنون
اما لكي اجمع العلما ان شاتمه كافر وحكمه القتل ومن شك في عذابه وكفره كفر قال الله تعالى
فيه ملعونين اينما ثقفوا اخذوا وقتلوا تقتيلا اسنه الله الايه كذا في الفتاوى البزازيه والفتح القدير

صح صح صح

كل نفس بما كسبت والمراد باليوم يوم الاخرة وانما عجل عنه ما عجل دفعا لشر
حاضر يفوت بالتاخير والشر الواجب دفعه هنا هو شر الحراب والرجل
هو الذي يتوقع منه ذلك والمراة ليست بصالحة له والجواب عما تمسك
به الشافعي ان التبديل مخصوص بمن بدل دينه ر ولا نسلم الاشراك
في العلة لانها ليست بمطلق الكفر بل الكفر المفضي الى الحراب كما ذكرنا
واما الجبر فلامتناعها عما ليس بحق بعد الاقرار فيجبر على ايفايه بالحبس
كما في حقوق العباد والامة يجبرها المولى على الاسلام واما جواز
تصرفها في مالها فلان المرتدة لا يزول ملكها عن اموالها بلا خلاف فجاز
تصرفها فيه ص ويحكم بصحة اسلام الصبي العاقل وردته فيجبر
على الاسلام ولا تقتل ويحكم باسلامه دونها ط قال ابو حنيفة
ومحمد اسلام الصبي الذي يعقل صحيح وكذا ردته وقال الشافعي
وهو قول زفر لا يصح منه واحد منهما وقال ابو يوسف اسلامه صحيح
دون ردته للشافعي انه يلزمه بالاسلام احكام يشوبه بها ضرر
كحرمان الارث من اقاربه الكفار وبينونة امراته الكافر منه
عنده ولانه تبع لابويه فلا يجعل اصلا اذ التبعية دليل العجز
والاصالة دليل القدرة وبينهما تناف فلا يجتمعان في شخص واحد
ولابي يوسف في الردة ان اسلامه انما صح استحسانا لكونه بصنعه
خالصة فلا تصح ردته لانها من التصرفات الضارة فلا يوهل له
كالطلاق والعتاق وغيرهما مما يتمحض ضررا ولابي حنيفة
ومحمد ما روي جابر رضي الله عنه انه عليه السلام قال كل
مولود يولد على الفطرة حتى يعرب عنه لسانه فاذا اعرب عنه

لسانه فامّا شاكرا او كفورا وقد صح ان عليا كرم الله وجهه اسلم في صباه
لاخلاف لاحد في ذلك واختلف في سنه فذكر ابو جعفر انه اسلم وهو
ابن خمس سنين وذكر العسي انّ عمره كان سبع سنين وعن عروة انه
قال اسلم علي وعمره ثمان سنين اخرجه البخاري وافتخاره بذلك
معروف وكان يقول سبقتكم الي الاسلام طرّا غلاما ما بلغت اوان حلمي
وسبقتكم الي الاسلام فخرا بصارم همتي وسنان عزمي ولانّه
اتي بحقيقة الاسلام وهو التصديق بالجنان والاقرار باللسان وكذا
اتي بحقيقة الكفر وهو الجحود والانكار ولامرد للحقايق وهذا لانّ
الاقرار عن طوع دليل الاعتقاد فلا سبيل الي رده ولا الحجر عليه لانّ
الحقايق لا يحجر عنها كما لا يحجر في حق سايرافعاله حتي وجب عليه
الضمان باتلافه مال الغير شرعا وفسد صومه باكله وهو صايم
فلا يعذر فيه لاجل صباه والحجر عن الاسلام كفر ولا يليق ذلك بالشا
ولا يمكن رده لضرر يلحقه في الدنيا وما تعلق به سعادة ابدية
ونجاة سرمدية وهي من اجل المنافع وهو الحكم الاصلي الذي يترتب
علي الاسلام ثم ينبني عليه غيره فلا يبالي بما يشوبه لانّ المعتبر
هو الحكم الموضوع له لا ما يلزمه في ضمنه وانما يبين نزوجته اذا لم
يحسن الوصف بعد ما عقل لبقا معني التبعية وفيه توفير المنفعة
علي ما بينا وقوله انه تبع لابويه فلا يجعل اصلا الي اخر قلنا انما
نجعل تبعا لتوفير المنفعة عليه وفي اعتبار فعله بنفسه بطريق
الاصالة مع بقا التبعية يحصل بطريقين وذلك انفع له وانما يمتنع
الجمع بينهما اذا كان بينهما مضادة وانما اذا تاييد احدهما بالاخر فلا

يمتنع

يمتنع الا تري ان النفع كالعبد ونحو اذا نوي السفر يصير مسافرا
بنيته ونيته اصله لما قلنا وانما لا يقتل يعني اذا ابي ان يسلم
بعد ما ارتد لانّ القتل عقوبة وهو ليس من اهلها لتمكن الشبهة
والحد يسقط بالشبهات والاجبار علي الاسلام نفع له فيجبر عليه
وهذا في صبي يعقل وفي جامع السرخسي والجلابية انّ المراد من الذي
يعقل ان يعرف ان الاسلام سبب النجاة ويميز الخبيث من الطيب
وامّا اذا كان لا يعقل لا يصح منه شي من ذلك لانّ اقراره لا يدل علي
اعتقاده فلا يعتبر والعجب من الشافعي انه خير بين ابويه اذا
وقعت الفرقة بينهما مع انّ الصبي لا يختار من ابويه الا من يطابق
عنانه في هواه ولا يصح اسلامه مع انه ياخذ زكاته ويدفع الزكاة
عباده ص واذا تنصر يهودي او بالعكس ترك ولا يجبر علي الاسلام

ش قال علماونا اذا صار النصراني يهوديا او بالعكس ترك علي
دينه ولا يجبر علي الاسلام ولا علي دينه الاول ولا يقتل وقال
الشافعي يجبر علي الاسلام وهذا هو القول الصحيح من مذهبه وعنه
انه يجبر علي العود الي دينه الاول وعنه انه يقتل والاصل فيه
انّ الكفر كله ملة واحدة يجمع عندنا بنا فلهذا قلنا انّ اهل
الكفر يتوارثون فيما بينهم ويتناكحون وان اختلفت مللهم
الا اذا اختلفت دارهم لانقطاعهم علي الكفر واجتماعهم في العقاب
في الدار الاخر وعند الشافعي اهل الكفر ملل شتي فيتحقق الارتداد
ولا يجري التوارث ولا التناكح لقوله عليه الصلاة والسلام
لا يتوارث اهل ملتين شتي قلنا المراد به ملة الاسلام والكفر

لاختلافهما من كل وجه واختلف في الساحر هل يكون مرتدا بسحره حتى
يقتل ويجري عليه احكام الارتداد ذكر في المجرد عن ابي حنيفة
انه يقتل ولا يستتاب ولا يقبل قوله اني اترك السحر واتوب وعن
عمر رضي الله عنه انه كتب الى عماله ان اقتلوا الساحر والساحرة وفي المحيط
الساحر انواع فلينظر هناك **فصل ٩٧ في البغاة** انما اخر
فصل البغاة لقلة وقوعه والمراد بالبغاة الخوارج وهي جمع باغي كالرماة
جمع راهي ويعد الجميع في اسم العامل من الناقص قياسا مطردا
والبغي الظلم وان كان اصله الطلب كما قال تعالى ذلك ما كنا نبغي واهل
البغي هم الخارجون على امام الحق بغير حق بيانه ان المسلمين اذا اجتمعوا
على امام وصاروا آمنين به فخرج عليه طائفة من المومنين وادعوا
الحق والولاية فقالوا الحق معنا فهولاء اهل البغي فعلى كل من يقوى
على القتال ان ينصر امام المسلمين على هولاء الخارجين ص واذا تغلب
قوم مسلمون على بلد وخرجوا عن الطاعة دعاهم الى الجماعة وكشف
عن شبهتهم ش اذا غلب جمع من المسلمين على بلد وخرجوا عن
طاعة الامام دعاهم الى الجماعة وكشف عن شبهتهم التي استندوا
اليها في خروجهم عن طاعته لان عليا رضي الله عنه بعث بن
عباس رضي الله عنه الى اهل حروراء وهي قرية من الكوفة يسكن بها
الخوارج فدعاهم الى التوبة وناظرهم قبل قتالهم ولان توبتهم
ترجى ولعل الشر يندفع بالتذكرة قال تعالى وذكر فان الذكرى
تنفع المومنين ولانه اهون الامرين فيبدا به وهذه الدعوة ليست
بواجبة لانهم قد علموا الماذا نقاتلون فصاروا كالمرتدين واهل الحرب

بلغ مقابلة

الذين

الذين بلغتهم الدعوة وهم يقاتلون بكل ما يقاتل به اهل الحرب كالرمي
بالنبل والمنجنيق وارسال الماء والنار عليهم لان قتالهم فرض لقوله
تعالى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى امر الله فصار قتالهم كقتال اهل الحرب
ص ولا يبدو هم بالقتال وان بدوا قاتلهم حتى يفرق جمعهم ش لا
يبدو هم بقتال لانهم قوم مسلمون فاتبد وابه قاتلهم حتى
يفرق جمعهم قال تعالى فان بغت احداهما على الاخرى فقاتلوا
التي تبغي الآية وهكذا ذكر القدوري وذكر الامام خواهر زاده
انه يجوز ان يبدو هم الامام بالقتال ان تعسكروا واجتمعوا الان
الحكم يدار على دليله وهو ما ذكرنا من التحيز والاجتماع عن منعة
وانما ادير الحكم على الدليل دون حقيقة القتال لان الامام لو
انتظر قتالهم حقيقة ربما لا يمكنه الدفع فكان اقامة الحكم على
الدليل اولى دفعا لشرهم وما روي عن علي رضي الله عنه من قوله
في الخوارج لن نقاتلكم حتى تقاتلونا معناه حتى يعزموا على قتالنا
ولو امكن دفع شرهم بالحبس بعد ما تابوا فعل ذلك ولا يقاتلهم
لانه امكن دفع شرهم باهون منه والجهاد معهم واجب لعدم ما
يندفع به شرهم والمروي عن ابي حنيفة من لزوم التوبة محمول
على عدم الامام واما اعانة الامام من الواجبات عند القدرة وما
روي عن بن عمر رضي الله عنه وجماعة من الصحابة القعود عن الفتنة
محمول على انهم كانوا عاجزين ص ويجيز قتالهم بسلاحهم للحاجة
ش قال علماؤنا يجوز لنا ان نقاتل اهل البغي بسلاحهم وكراعهم
عند الحاجة وقال الشافعي لا يجوز الانتفاع بذلك لانه مال

مسلم فلا يجوز الا برضاه **ولنا** ان عليا رضي الله عنه قسم السلاح بين اصحابه
بالبصرة وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك بدليل ما روي الزهري
ان الصحابة اجمعوا على ان لا يوخذ مال ولان للامام ان يستعين بسلاح اهل
العدل عند الحاجة فبالاولى ان يستعين بسلاح اهل البغي اصله
حديث صفوان فان النبي صلى الله عليه وسلم اخذ درعه عند الحاجة
بغير رضاه فما ظنك بمال اهل البغي لا سيما اذا كان فيه دفع شرهم
وان لم يحتاجوا اليه حبسه عنهم كسائر اموالهم لان في رده عليهم
تقويتهم واعانة على المعصية والكراع يباع ويحبس ثمنه لانه
حبس الثمن ايسير واحفظ للمالية فاذا وضعت الحرب اوزارها
وزالت المعتنه رده عليهم لزوال المانع ولو كان معهم اهل الذمة
يعينونهم على القتال فحكمهم حكم اهل البغي حتى لا يجوز استرقاقهم
ولا اخذ اموالهم لان عهدهم لا ينتقض به **ص** واذا بلغه تاهبهم
حبسهم ليتوبوا **ش** اي اذا بلغ الامام حالهم بانهم تاهبوا للقتال
مع اهل العدل اخذهم وحبسهم حتى لا يحدثوا توبة لاطفاء النايرة
وما روي في هذا الباب من ان القاتل والمقتول في النار محمول على
ما اذا كانا باغيين يقتتلان لاجل الدنيا والملك **ص** واذا حازوا لهم
فيه اجهز على جرحهم واتبع موليهم والا فلا **ش** اي اذا قاتل لهم
الامام فان حاز لهم فيه اجهز على جرحهم واتبع موليهم لان المقصود
من قتالهم دفع شرهم وذلك بما ذكرنا فاذا كان لهم فيه يتحازون
اليها لا يزول بعضهم لانهم يتحازون الى فيه من البغاة ممتنعة
فيعودون الى القتال وان لم يكن فيه لم يجهز على جرحهم ولم يتبع

موليهم

موليهم لما روي عن مروان بن الحكم انه قال صرخ صارخ لعلي يوم الجمل
لا تقتل مدبرا ولا يوقف جريح ومن اغلق بابه فهو امن ومن القى السلاح
فهو امن رواه سعيد ويوم الجمل لم يكن له فيه ولان قتالهم كان لدفع
شرهم وقد اندفع بدونه فلا حاجة اليه **ص** ولا تسبى لهم ذرية
ولا يغنم مال ولكن يحبس حتى يتوبوا فيرد عليهم **ش** اي لا تسبى اولادهم
ونساؤهم والاصل في ذلك ما روي عن علي رضي الله عنه انه قال يوم
الجمل لا يغنم لهم مال ولا تسبى لهم ذرية وهو الحق في هذا الباب
ولانهم قوم مسلمون فيكون انفسهم واموالهم معصومة بالعصمتين بكونهم
في دار الاسلام وما اصاب اهل العدل من عسكر اهل البغي من كراع او
سلاح او غير ذلك فانه لا يرد عليهم في الحال ليلا يكون اعانة على قتال
اهل العدل ولكن يحبس الى ان يتوبوا ثم يرد عليهم لاندفاع
الضرورة ويوم الجمل هو اليوم الذي كان فيه وقعة عايشة مع علي
وانما سمي يوم الجمل لان عايشة رضي الله عنها كانت على الجمل حين ذلك
ص واذا قتل العادل مورثه الباغي ورثه وان قتله الباغي وقال
كنت وانا الان على حق ورثه ويحكم بحرمانه مطلقا **ش** اي اذا قتل
رجل من اهل العدل رجلا من اهل البغي او قتل رجل من اهل البغي رجلا
من اهل العدل وقال الباغي القاتل قتلته وانا على حق ورثه وان قال
قتلته وانا على الباطل لا يرثه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال
ابو يوسف لا يرث الباغي في الوجهين اي فيما اذا كنت على حق او على باطل
وجه قوله ان الباغي اذا قتل مورثه العادل فقد قتله بغير حق
فلا يرثه وتاويله الفاسد يعتبر في حق الدفع لا في حق استحقاق الميراث

قال

فيحرم الارث بخلاف ما اذا قتل العادل الباغي حيث لا يحرم الميراث لانه قتل بحق ولابي حنيفة ومحمد ان التاويل الفاسد جعل كالصحيح في حق احكام الدنيا ولهذا لا يجب به ضمان ولا دية ولا قصاص ولا كفارة فلا يحرم ايضا وتحقيقه ان سبب الارث هو القرابة والملة وقد وجد لكن شرط الارث ان يكون مصرا على دعواه فاذا رجع فقد بطلت ديانته فلا ارث كما اذا قال كنت على باطل ص وان قصد مسلم قتل مسلم بعصا في المصر نهارا فدفع عن نفسه بالسيف فعليه القصاص ش قال ابو حنيفة رحمه الله اذا قصد مسلم قتل مسلم بالعصا في المصر نهارا فقتله المقصود بالسيف لزمه القصاص وقالا لا قصاص عليه لانه قتله دافعا عن نفسه مضطرا اليه فصار كما لو قصد قتله بالسيف نهارا او قصد قتله ليلا او في المفازة بالعصا ليلا او نهارا ولابي حنيفة انه قتل نفسا معصومة متقومة عمدا بغير حق وهو غير مضطر اليه لانه يلحقه الغوث في المصر نهارا ولان القتل بالعصا لا يتعجل كالسيف و لا يلبث وفي المفازة او في الليل لا يلحقه الغوث واعلم ان المصنف قيد القاتل والمقتول بالاسلام وفي المنظومة وشرحها لصاحبها اطلق فقال في البيت ط وقاتل الشاهر في المصر العصا او في الحضر من قصد قتل انسان بعصا في المصر نهارا ولم يقيده المصنف في شرحه على ذلك وكانه اعتبر الغالب ص ولا يوخذ ما جباه البغاة من الخراج والعشر ثانيا فان صرفه مصارفه اجزا اهله والا اعادوا فيما بينهم وبين الله تعالى ش اي اذا اخذ اهل البغي الخراج والعشر لا يوخذ ثانيا لان الجباية بالحماية كما قال عمر رضي الله عنه ان كنت

لا تحميهم

لا تحميهم فلا تجبيهم ثم ان كان اهل البغي صرفوا ما اخذوه في وجهه فلا اعادة اصلا لا قضاء ولا ديانة لان الحق وصل الى مستحقه وان لم يصرفوه في وجهه فلا اعادة عليهم قضاء ولكن يفتي لارباب الاموال ان يعيدوا ذلك فيما بينهم وبين الله تعالى لان سقوط المطالبة قضاء لا يوجب سقوطها ديانة

كتاب الحظر والاباحة

اختلف في تسمية هذا الكتاب فسماه القدوري في مختصره كتاب الحظر والاباحة وهو صحيح لان الحظر المنع والاباحة الاطلاق وفيه بيان ما منع الشرع وما اباحه وسماه بعضهم بالكراهية لان بيان المكروه اهم لوجوب الاحتراز عنه وسماه بعضهم كتاب الزهد لان فيه مسايل اطلقها الشرع واهل الزهد تركوها وسماه بعضهم الاستحسان لان فيه بيان ما حسنه الشرع وقبحه ولفظ الاستحسان احسن اولان اكثر مسايله استحسان لا مجال للقياس فيها والمكروه عند محمد حرام الا انه لما لم يجد فيه نصا لم يطلق عليه الحرمة وعند ابي حنيفة وابي يوسف هو الى الحرام اقرب لتعارض الادلة فيه لكن غلبت جانب الحرمة لقوله عليه السلام ما اجتمع الحلال والحرام الا وقد غلب الحرام الحلال قال معناه دليل الحل ودليل الحرمة ص يحرم النظر الى العورة الا لضرورة كالطبيب والخاتن والقابلة ش النظر الى العورة حرام والاصل في ذلك قوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم وقل للمومنات يغضضن من ابصارهن الاية معناه يسترونها من الانكشاف لئلا ينظر اليها الغير نقلا عن المفسرين وقال عليه السلام ملعون من نظر الى سوءة اخيه والعورة سوءة الانسان وكلما

يستحي منه وقد بين في شروط الصلاة عورة الرجال والنساء والاماء واستثنى
من ذلك حالة الضرورة لان الضرورات تبيح المحظورات الا ترى ان الله
تعالى اباح شرب الخمر واكل الميتة ولحم الخنزير حالة المخمصة وما اذا
غص وهذا لان احوال الضرورات مستثناة قال تعالى وما جعل
عليكم في الدين من حرج وقال ولا يكلف الله نفسا الا وسعها
وفي اعتبار حالة الضرورة حرج وتكليف ما ليس في الوسع وان
هذه الافعال مامور بها بطريق الوجوب عند البعض وبطريق
السنة عند البعض ولا يمكن فعلها الا بالنظر الى محالها فكان الامر بها
امرا بالنظر الى محالها ويلزم منه الاباحة ضرورة ولكن ينبغي للطبيب
ان يعلم امراة مداواتها لان نظر المراة الى مثلها اسهل من نظر الرجل
اليها فانه ابعد من الفتنة فاذا لم يكن منه بد فليغض بصره ما استطاع
محترزا عن النظر الى الضرورة بقدر الامكان وكذلك تفعل المراة عند
النظر الى الفرج عند الولادة وتعرف البكارة الا ترى انه يجوز
النظر الى الفرج لتحمل الشهادة على الزنا ولا ضرورة فهذا اولى
وحكم العورة انواع فالركبة اخف من الفخذ وكاشفها ينكر عليه
برفق وهو اخف من السوءة فكاشفه ينكر عليه بعنف ثم السوءة
فكاشفها يؤدب ويؤمر بسترها ص وينظر الرجل من الرجل والمراة
منه ومن المراة الى غير العورة ش اي ينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه
خلا عورته وهي ما بين سرته الى ركبته والسرة ليست من العورة
لان المنهي عنه النظر الى العورة وما وراء ذلك ليس بعورة عليه
الاجماع وقبل ابا هريرة قبل سرة الحسن بن علي رضي الله عنهما وقال

هذا

هذا موضع قبله رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان الرجال يمشون
في الطرق بازارة في جميع الاحيان من غير نكير فدل ذلك على جواز النظر الى
الابدان وينظر المراة من الرجل ومن المراة الى ما ينظر الرجل من الرجل لاشتراكهما
في اباحة النظر الى ما ليس بعورة واذا خافت الشهوة او غلب على ظنها ذلك
او شكت في ذلك يستحب لها ان تغض بصرها ولو كان الرجل هو الناظر الى
ما يجوز له النظر اليه كالوجه والكفين لا ينظر مع الخوف حتما لانه
محرم عليه ووجه الفرق بين نظرها ونظره ان الشهوة عليهن
غالبة وهي كالمتحقق فاذا اشتهى الرجل كانت الشهوة موجودة من الجانبين
واذا اشتهت لم توجد الا منها فكانت من جانب واحد والموجود من
جانبين اقوى في الافضاء الى الوقوع في الفتنة وما جاز للرجل ان ينظر
اليه من المراة جاز مسه لانه ليس بعورة ولا يخاف منه الفتنة واما
نظرها الى المراة فللمجانسة وانعدام الشهوة ولان اعضاء النساء ليست
بعورة في حق النساء وللضرورة في الحمامات فالحاصل ان النظر
على اربعة انواع جمع المصنف منها ثلاثة وبدا بها لان حكمها واحد واخر
الرابع وهو متنوع فذكرها مرتبا والانواع ست المنكوحات والمملوكات
وذوات الرحم المحرم وذوات المحرم بلا رحم ومملوكات الغير والاجنبيات
ص ومن زوجته وامته التي تحل له الى جميعها ش اي وينظر الرجل
من زوجته وامته التي تحل له الى جميع بدنها عن شهوة وغير شهوة وكذا
يحل له الاستمتاع بهما في الفرج وما دونه لقوله تعالى الا على ازواجهم
او ما ملكت ايمانهم فانهم غير ملومين ونظره الى فرجها ونظرها
الى فرجه مباح لقوله عليه السلام غض بصرك الا عن زوجتك ولسنك

وقالت عايشة رضي الله عنها كنت اغتسل انا ورسول الله صلى الله عليه
وسلم من انا واحد ولم يكن النظر مباحا لما تجرد كل واحد منهما بين
يدي صاحبه ولان ما فوق النظر وهو المس والغشيان مباح فالنظر
اولى وكان بن عمر رضي الله تعالى عنه يقول الاولى ان ينظر الى فرج امراته
وقت الوقاع ليكون ابلغ في تحصيل اللذة وعن ابي يوسف في الامالي انه
قال سالت اباحنيفه عن الرجل عيس فرج المراة وتمس هي فرجه تحرك عليه
هل تري بذلك باسا قال لا ارجو ان يعظم الاجر الا ان الاولى ان لا ينظر
واحد منهما الى عورة صاحبه لقوله عليه السلام اذا اتى احدكم اهله
فليستتر ما استطاع ولا يتجرد ان تجرد العير وقالت عايشه
رضي الله عنها ما راى مني النبي صلى الله عليه وسلم وما رايت منه ولان
النظر الى العورة يورث النسيان قال علي رضي الله عنه من اكثر
النظر الى عورة عوقب بالنسيان ولا يحل له الاستمتاع بها في الدبر
ولا في الفرج حالة الحيض لقوله عليه السلام من اتى حايضا او امراة
في دبرها او اتى كاهنا وصدقه فيما يقول فقد كفر بما انزل على محمد
واحترز بقوله وامته التي تحل له عن الامة المجوسية وكذا لو كانت
امة اواخته من الرضاع او ام امراته او بنتها لا يحل له النظر الى
فرجها ص ومن محارمه وامة الغير الوجه والراس والصدر والساقين
والعضدين ولا باس بمس ذلك اذا امن الشهوة ش اي يجوز للرجل
ان ينظر من ذوي محارمه الى راسها ووجهها واذنيها وشعرها وعينيها
والساعد وصدرها وعضديها ويديها وساقيها وقدميها والاصل
في ذلك قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الاية فنهى

عن

عن ابداء الزينة واستثنا ابداءها للمذكورين والاستثنا من الحظر
اباحة ولم يرد به نفس الزينة لان النظر الى نفس الثياب والحلي
وانواع الزينة حلال للاقارب والاجانب وكان المراد مواضع الزينة على حذف
مضاف واقامة المضاف اليه مقامه ومواضع الزينة ما ذكرنا فالراس موضع
التاج والوجه موضع الكحل والاذن موضع القرط والعنق موضع القلادة
والصدر موضع الوشاح والعضد موضع الدملج والساعد موضع السوار
واليد موضع الخاتم والخضاب والساق موضع الخلخال والقدم
موضع الخضاب وعن الحسن والحسين رضي الله عنهما انهما كانا يدخلان
على اختهما ام كلثوم وهي تمتشط ولان البعض يدخل على البعض من
غير استيذان ولا احتشام والمراة تكون في بيتها في ثياب
مهنتها عادة ولا تكون مستترة فلو امرت بالتستر عن محارمها لوقع
حرج عظيم ولان الحرمة الموبدة تقلل الشهوة فيهن بل بعدها
بخلاف الاجانب والمحرم من لا يحل له نكاحها على التابيد بسبب
او سبب كالرضاع والمصاهرة وان كان زنا ولا باس بمس ما جاز له
النظر من محارمه اذا امن الشهوة لان المسافرة معهن جايز بالنص وتحتاج
في السفر الى مسهن في الركاب والانزال وكان عليه السلام
يقبل راس فاطمة ويقول اني اجد منها ريح المسك وعن ابي بكر
رضي الله عنه انه قبل راس عايشه ومحمد بن الحنفيه كان يقبل
راس امه ولان المحرم لما كان لا يشتهي عادة حلت معه محل الرجل وانما
اذا خاف الشهوة لا ينبغي له ان يفعل شيا من ذلك بل ينبغي ان يغض
بصره فان من رتع حول الحمى يوشك ان يقع فيه قال عليه السلام

اليوم

دع مايريبك الى ما لايريبك ولايجوز له النظر من هؤلاء الى مابين السرة
والركبة حتى تجاوز الركبة لانه عورة ولا الى الظهر والبطن لان حكم الظهار
انما يثبت للشبهة بظهر الام فلو لاحرمة ظهرها لم يثبت حرمة الزوجة
اذا شبهها بيدها او رجلها واذا ثبت حرمة الظهر كان البطن اولى بها
لان الشهوة فيه اكثر ولان ذلك ليس بموضع الزينة فان سافر
معهن فلا باس ان يحملهن وينزلهن ويأخذ بالظهر والبطن لان
المس من فوق الثياب لايوجب الشهوة فصار كالنظر حتى لو كانت
متجردة او عليها ثياب رقيقة يجد حرارتها من فوقها لا يمس تحرزا
عن الوقوع في الفتنة ولا باس بالخلوة معهن لقوله عليه السلام لايخلو
رجل بامراة ليس منها سبيل فان ثالثهما الشيطان والمراد اذا لم
يكن محرما لان المحرم لسبيل منها الا اذا خاف على نفسه او عليها
الشهوة فحينئذ لايخلو بهن لقوله عليه السلام العينان يزنيان
وزناهما النظر واليدان يزنيان وزناهما البطش والرجلان
يزنيان وزناهما المشي والفرج يصدق ذلك ويكذبه فكان
في كل واحد منها نوع زنا والزنا محرم بجميع انواعه وحرمة الزنا
بالمحارم اشد واغلظ فيجتنب الكل وكذلك يجوز له ان ينظر من امة
الغير الى ما يجوز له ان ينظر اليه من ذوات محارمه كالراس والوجه
والصدر والساق لانها تحتاج الى الخروج لحوائج مولاها في ثياب مهنتها
والى الاخذ والاعطاء وفي ذلك يقع النظر ضرورة وكذا يجوز له
مسه لان هذه المواضع ليست بعورة فيجوز له النظر اليها والمس
اذا امن الشهوة وان لم يامن لايجوز له شيء من ذلك تحرزا عن الوقوع في

الفتنة

الفتنة وكذا يحل للامة النظر من الاجنبي الى جميع بدنه ومسه وغمزه
ماعدا العورة فبشرط عدم الشهوة لان العادة ان جارية المراة تخدم زوجها وترهنه
وتغمزه فدل ذلك على الجواز ويحل له المسافرة والخلوة بها كما في ذوات المحارم والاصح
انه لا باس بان يعالجها في الاركاب والانزال اذا امن الشهوة على نفسه
وعليها لان المولى قد يبعثها في حاجة من بلد الى بلد ولا يجد من يخرج
معها وهي تحتاج الى من يركبها وينزلها الا ترى ان امة المراة قد تكبس
رجل زوجها وتخلو به ولم يمنع من ذلك احد ص ويمس للشراء ان خاف
ش اي يباح لمن اراد شراء امة النظر والمس فيما ذكرنا لما روي ان عبد
الله بن عمر رضي الله عنه مر على جارية تباع فضرب يده على صدرها وقال
اشتروها فالظهر حيضة وللمضروبة ص ولا ينظر من الاجنبية
الا الى الوجه والكفين اذا امن فان خاف امتنع الا القاضي والشاهد
ولا يمس ذلك ان امن ش اي لايجوز للرجل ان ينظر من الاجنبية
الا الى وجهها وكفيها اذا امن الشهوة لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن
الا ما ظهر منها قال ابن عباس رضي الله عنه ما ظهر منها الكحل
والخاتم والمراد مواضعهما وهو الوجه والكف كما ان المراد بالصلاة
في قوله تعالى لا تقربوا الصلاة وانتم سكارى مواضعها ولان في
ابداء ما صورة لحاجتها الى المعالجة مع الرجال والاخذ والاعطاء
وغير ذلك من المخالطة كالمشي في الطريق والاصل عدم جواز النظر
الى المراة لما فيه من خوف الفتنة ولهذا قال عليه السلام المراة
عورة مستورة اي من شانها ان تستر الا ما استثناه الشرع وهو
العضوان المذكوران لما ذكرنا وما عدا ما استثني من الاعضاء لايجوز له

النظر اليه لقوله عليه السلام من نظر الي محاسن امراة اجنبية عن شهوة
صب في عينيه الانك يوم القيامة قالوا ولا باس بالتامل في جسدها
وعليها ثياب ما لم يكن ثوب يبين منه جسمها لانه اذا لم يصف
ثيابها ما تحتها من جسدها يكون ناظرا الى ثيابها دون اعضائها فصار
كما اذا نظر الى خيمة فيها امراة فاما اذا كان يصف ثيابها ما تحتها لا ينظر
اليها لقوله عليه السلام من تامل خلق امراة وراي ثيابها حتى يبين
له حجم عظمها لم يرح رائحة الجنة ولان ح يكون ناظرا الى اعضائها
وان كان لا يامن الشهوة لا يجوز النظر الى وجهها لقوله عليه السلام
النظر الى محاسن المراة سهم من سهام ابليس مسمومة الا لحاجة كالقاضي
اذا اراد ان يحكم عليها والشاهد اذا اراد الشهادة عليها فانه يجوز لهما
النظر الى وجهها وان خافا الشهوة للضرورة ولا يمسا وان امنا لعدم
الضرورة الداعية الى ذلك وعن ابي حنيفة انه يباح النظر الى قدمها
لان في تغطيته بعض حرج وعن ابي يوسف انه يباح النظر الى ذراعها
ايضا لانه يبدو منها عادة ص وينظر العبد من سيدته ما ينظر
الاجنبي والخصي من الاجنبية ما ينظر المحل ش اي لا يجوز للعبد ان
ينظر من سيدته الا الى ما يجوز للاجنبي النظر اليه حتى لا يجوز
لها ان تبدي من زينتها الا ما يجوز لها ان تبديه للاجنبي من الرجال
ولا يحل له ان ينظر الا ما يجوز ان ينظر اليه من الاجنبية لقوله تعالى
الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم والسيدة ليست بزوجة للعبد
ولا مملوكة له ح لا يجوز لها المسافرة معه ولا الدخول عليها وكذلك الخصي
والمجبوب والعنين والمخنث لا ينظر الى الاجنبية الا الى ما ينظر

المحل

المحل الاجنبي اليه لعموم قوله تعالى وقل للمومنين يغضوا من ابصارهم
واطلاق قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها وقد تقدم
تفسيرهما ص ولا باس بالنظر الى من يريد نكاحها وان علم الشهوة ش اي
لا باس بالنظر الى من يريد ان يتزوجها وان علم الشهوة لقوله عليه
السلام للمغيرة بن شعبة رضي الله عنه وقد اراد ان يتزوج امراة
انظر اليها فانه احرى ان يدوم بينكما واصل الامر الاباحة ولان المقصود
اقامة السنة لا قضاء الشهوة فجاز النظر وان علم انه يشتهيها ص
ولا باس بالمصافحة وتقبيل يد العالم والسلطان العادل ش المصافحة
مستحبة وان اطلق لا باس لقوله عليه السلام من صافح اخاه المسلم
وحركين تناثرت ذنوبه وقال عليه السلام اذا التقى المومنان
فتصافحا تناثرت ذنوبهما كما يتناثر الورق اليابس من الشجر
ونزلت عليهما مائة رحمة لسبعة وتسعون لابشهما وجها لصاحبه
واما تقبيل يد العالم والسلطان العادل فلان فيه تعظيما
لما اشتملا عليه من العلم والعدل ولان الصحابة كانوا يقبلون اطراف
رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن سفيان بن عيينة انه قال
تقبيل يد العالم والسلطان العادل سنة فقام عبد الله بن المبارك
وقبل راسه وخص بعض المتاخرين تقبيل يد العالم المتورع على سبيل
التبرك وفي الذخيرة ان قبل يد نفسه فهو مكروه لان ذلك من فعل
الفساق وان قبل يد عين ان قبل يد عالم او سلطان عادل لعلمه او
عدله لا باس به وان قبل يد غير العالم والسلطان ان اراد به تعظيم
المسلم واكرامه فلا باس به وان اراد به ان ينال منه شيئا من اعراض الدنيا

فهو مكروه ص وتبيح للرجل عناق الرجل وتقبيله ش قال ابو يوسف لا يكره
للرجل ان يعانق الرجل ويقبل فمه او يده او رجله او شيا منه وروي الطحاوي
في شرح الاثار عن ابي حنيفة ومحمد انه يكره للرجل ان يعانق الرجل ويقبل فمه
او يده او شيا منه لابي يوسف ان النبي صلى الله عليه وسلم عانق جعفر بن ابي
طالب حين قدم من الحبشة وقيل ما بين عينيه وكان ذلك يوم فتح خيبر
وقال لا ادري بما اسر بقدوم جعفر او بفتح خيبر وعانق زيد بن حارثة
وكان اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم يفعلون ذلك وسئل بن عباس رضي
الله تعالى عنه عن المعانقة فقال ان اول من عانق خليل الرحمن عليه السلام
لما كان بمكة فاقبل اليها ذو القرنين فلما كان بالابطح قيل له في هذه البلدة
ابرهيم خليل الرحمن عليه السلام فقال ذو القرنين ما ينبغي ان اركب في
بلدة فيها خليل الرحمن فنزل ومشى الى ابرهيم عليه السلام فسلم عليه
فاعتنقه وكان هو اول من عانق ولابي حنيفة ومحمد ما روي ان انسا رضي
الله عنه قال للنبي صلى الله عليه وسلم ايعانق بعضنا لبعض فقال لا فقلنا
ايصافح بعضنا لبعض فقال نعم وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه نهى عن المكاعمة والمجامعة والاول التقبيل والثاني المعانقة وما
رواه ابو يوسف محمول على الابتداء قبل النهي ووفق الشيخ ابو منصور
الماتريدي بين الاحاديث فقال المكروه من المعانقة ما كان على وجه
الشهوة فاما على وجه البر والكرامة فجايز والخلاف فيما اذا التزقت عليهما
ازارهما اما اذا كان على قميصه فلا باس به بالاجماع وعن الفقيه ابي جعفر
الهندواني انه قال لا باس ان يقبل الرجل وجه الرجل اذا كان فقيها او زاهدا
او عالما يريد بذلك اعزاز الدين انتهى وقال الفقيه ابو الليث القبلة

على خمسة اوجه فقبلة الرحمة الوالدين للولد وقبل النبي صلى الله عليه وسلم
للحسن والحسين رضي الله عنهما وقبلة التحيه كقبلة المومنين بعضهم
بعضا وقبلة الشفقة كقبلة الولد للوالدين وقبلة المودة كقبلة الرجل
اخاه او اخته على الجبهة وقبلة الشهوة كقبلة الرجل زوجته او امته وزاد
بعضهم قبلة الديانة وهي قبلة الحجر الاسود وقد انتهى الكلام في انواع
القبلة واما الكلام في السجدة فذكر في الذخيرة عن الفقيه ابي جعفر
الهندواني انه قال من قبل الارض بين يدي سلطان او سجد له فان
كان على وجه التحية لا يكفر ولكن يصير اثما مرتكبا الكبيرة واما سجدة
الملايكة فقالوا انها كانت لله تعالى ولكن التوجه لادم عليه السلام
على وجه التحية والاكرام ثم نسخت بقوله عليه الصلاة والسلام لو امرت
احدا ان يسجد لاحد لامرت المراة ان تسجد لزوجها واما القيام
للغير على وجه التعظيم فمكروه لقوله عليه الصلاة والسلام لا تكونوا
كالاعاجم يعظم بعضهم بعضا وفي فتاوي قاضي خان قوم يقرون
القران او واحد فدخل عليه واحد من الاشراف قالوا ان دخل عليه
عالم او ابوه او استاده جاز ان يقوم لاجله وما سوى ذلك لا يجوز ص
ويحل للنسا لبس الحرير ش يحل للنسا لبس الحرير ولا يحل للرجال
الا مقدار اربع اصابع لما روي عن علي كرم الله وجهه ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم اخذ ذهبا بيمينه وحريرا بشماله ثم رفع بهما يده
وقال ان هذين حرام على ذكور امتي حلال لاناثها وعن عمر رضي الله عنه
انه قال حرم رسول الله صلى الله عليه وسلم لبس الحرير على الرجال الا ما هكذا
هكذا وهكذا وذكر اصبعين وثلثا واربعا وروي انه عليه الصلاة والسلام

نهي عن لبس الحرير الا موضع اصبعين او ثلثه او اربعه واراد به الاعلام
واهدي المقوقس لرسول الله صلى الله عليه وسلم حلة اطرافها من
ديباج فلبسها ولان الناس اعتادوا لبس الثياب وعليها الاعلام
في سائر الازمان والمعنى فيه انه تبع للثوب فلا حكم له ص وتوسده
وافتراشه مباح ش قال ابو حنيفه توسد الحرير وافتراشه والنوم
عليه مباح وقالا على ما رواه الكرخي في مختصره عنهما وتبعه القدوري
يكره وعلى هذا الخلاف ستر الحرير وتعليقه على الباب لهما العمومات
في تحريم الحرير وهي تشمل التوسد واللبس ولان التنعم بالتوسد
والافتراش مثل التنعم باللبس وهو زي الاكاسرة والتشبيه بهم
حرام قال عمر رضي الله عنه اياكم وزي الاعاجم ولابي حنيفة ما روي
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه جلس على مرفقة حرير وما روي عن
انس خادم رسول الله صلى الله عليه وسلم انه حضر وليمة فجلس
على وسادة حرير فيها طيور حرير فلو لم يكن ذلك حلالا لما جلس عليه
وعن ابي راشد قال رايت على فراش ابن عباس رضي الله عنه او مجلسه
مرفقة حرير وهي وسادة الاتكا ولان القليل من الملبوس مثل العلم
مباح فكذا القليل من الاستعمال والجامع بينهما كون كل واحد منهما
نموذجا ولان في افتراشه استخفافا به فصار كالتصاوير على البساط
فانه يجوز الجلوس عليه ولا يجوز لبس التصاوير وفي الفتاوى الصغرى
لا باس بتكة الحرير عند ابي حنيفه ص ولبسه في الحرب مكروه ش قال
ابو حنيفه لبس الديباج في الحرب مكروه وقالا لا باس به لما روي الشعبي
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب ولان

في لبسه

في لبسه ضرورة فان الخالص منه ادفع لمضرة السلاح وارهب في قلوب اعدا
الدين فمست الحاجة اليه ولابي حنيفة اطلاق النصوص الواردة في النهي عن
لبس الحرير لانه لا تفصل فيها بين حال وحال والضرورة تندفع بالمخلوط
الذي لحمته حرير وسداه غزل فلا حاجة الى الخالص منه فالحاصل انه
بالاتفاق انواع اما حرير خالص ومخلوط وهو نوعان اما ان يكون الحرير سدا
او لحمه وقد ذكرنا حكم كل واحد منهما ص ولا باس بما سداه ابريسم ولحمته
قطن او خز ش وهذا مطلق في الحرب وغيره لان الصحابة رضي الله عنهم
كانوا يلبسون الخز وهو اسم للسدي بالحرير ولان الثوب لا يصير ثوبا
الا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة او نقول لا يكون الا بهما
فتكون العلة ذات وجهين فيعتبر احدهما وهو اللحمة لان اللحمة هي التي
تظهر في المنظر فكون العبرة بما يظهر دون ما يخفى ص ويحل لهن
التحلي بالذهب والفضة ويحرم على الرجال الا الخاتم والمنطقة وحلية
السيف من الفضة ش اي يجوز للنسا التحلي بالذهب والفضة لعموم
عليه السلام حل لاناثهم ولا يجوز ذلك للرجال لانه تشبه ن
بالنسا وقد ثبت في الصحيح انه عليه الصلاة والسلام لعن المشبهات
من النسا بالرجال والمشبهين من الرجال بالنسا وعنه عليه الصلاة واللام
انه لعن الرجل يلبس لبسة المراة والمراة تلبس لبسة الرجل والفضة
في الزينة في معنى الذهب لانهما من جنس واحد ولهذا يضم احداهما
الى الاخر في الزكاة الا الخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة
اما السيف فلما قال ابو محمد الاصفهاني في كتاب اخلاق النبي صلى الله
عليه وسلم باسناده الى عمرو بن قال حملت سيف رسول الله صلى الله

عليه وسلم ذا الفقار وقبضته من فضة والقبضة راس مقبض السيف
وفي وسطه بكره او بكرات فضه وأمّا الخاتم فلما روي عن ابن عمر
رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اتخذ خاتما من ذهب
وجعل فصه مما يلي باطن كفه ونقش فيه محمد رسول الله فاتخذ الناس
مثله فلما راهم اتخذوه رمى به وقال لا البسه ابدا ثم اتخذ خاتما
من فضة فاتخذ الناس خواتم من فضة قال ابن عمر فلبسه بعد
النبي صلى الله عليه وسلم ابو بكر وعمر ثم عثمان حتى وقع من عثمان
في بير اريس فانفق ما لا عظيما في طلبه فلم يجده ووقع الخلاف
والتشويش بينهم من حين وقع الخاتم قيل ان ذلك الخاتم كان
للنبي صلى الله عليه وسلم استوهبه من معاذ ثم دار بعده للمذكورين
وروي الطحاوي باسناده عن علي رضي الله عنه انه قال نهاني النبي
صلى الله عليه وسلم عن خاتم الذهب والاعتبار بالحلقة لان قوام
الخاتم بها ولا يعتبر الفص حتى يجوز ان يكون من حديد ويجعل الفص الى
باطن كفه لانه عليه الصلاة والسلام فعل كذلك بخلاف النساء حيث
يجوز لهن ان يجعلن الفص الى ظاهر الكف من غير كراهة لابد للرجال
في حقهن والاولى ان لا يتختم به اذا كان من فضة ولا يتختم بغير الفضة
لما روي عن النعمان بن بشير انه اتخذ خاتما من ذهب فانكر رسول الله
صلى الله عليه وسلم ثم اتخذ من حديد فانكر رسول الله صلى الله عليه وسلم
ثم اتخذ من نحاس فانكر فقلت فكيف اصنع فقال اتخذه من الورق ولا تزد
على مثقال ولا باس بالعقيق قال عليه الصلاة والسلام تختموا بالعقيق
فانه مبارك واما المنطقة فقال في الاختيار واما الخاتم والمنطقة

وحلية

وحلية السيف فبالاجماع وقال في شرح الاقطع فاما الخاتم والمنطقة
وحلية السيف فقال ابو يوسف قد جاء في ذلك اثار تقتضي الرخصة فيها
ولم يتعرض في الهداية وشروحها الى رخصة المنطقة غير هذا الذي الحاق
الى ابي يوسف ص وشد السن بالذهب لا يجوز واجازاه كالفضة ش
قال ابو حنيفة لا تشد الاسنان بالذهب وقال محمد في الجامع الصغير
لا باس بالذهب ايضا وهذا يشير الى ان ابا يوسف مع ابي حنيفة وروي
عنه في الامالي مثل قول محمد وهو قوله الاخر الذي رجع اليه وجه
قولهما ما روي الطحاوي في شرح الاثار باسناده الى عرفجة بن سعد
انه اصيب انفه يوم الكلاب في الجاهلية فاتخذ انفا من ورق فانتن عليه
فشكا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فامره ان يتخذ انفا من ذهب
ففعل فلم ينتن عليه السن ولان الذهب والفضة من جنس واحد
والاصل الحرمة فيهما فاذا حل التطيب باحدهما حل بالاخر ولابي حنيفة
ان استعمالهما حرام الا للضرورة وقد تندفع بالادني وهو الفضة فلا
حاجة الى الاعلى وهو الذهب فبقي على اصل الحرمة والضرورة فيما رويا
لم يندفع بالفضة حيث انتنت فاباح النبي صلى الله عليه وسلم الذهب
الاعلى لدفع حاجته وبه نقول ويحتمل انه عليه الصلاة والسلام خص
عرفجة بذلك كما خص الزبير ابن العوام وعبد الرحمن بن عوف بلبس الحرير
للحكة في جسمهما ص ويكره ان يلبس الصبي الحرير والذهب ش اي لما كان
لبسهما حراما على الرجال حرم الالباس ايضا كشرب الخمر لما كان حراما حرم
السقي ايضا لان النبي عليه الصلاة والسلام لما امر الحكم على الذكور بقوله
عليه الصلاة والسلام هذان حرامان على ذكور امتي حل لاناثهم

الا ان الاثم علي من البسه لاعليه لانه ليس من اهل التحريم عليه كما لو سقاه
خمرا كان الاثم علي الساقي لاعليه وليلا يعتاده الاتري انه يومر بالصوم
والصلاة وينهي عن شرب الخمر ليعتاد فعل الخيرات ويالف ترك المحرمات
كذا افاده وقول المصنف ويكره ان يلبس بالفعل المجهول اشارة الي ان
الكراهة عايدة علي الملبس ص وتحرم استعمال الانية منهما للرجال
والنسا ش اي لايجوز للرجال والنسا الاكل والشرب والادهان
والتطيب في انية الذهب والفضة والاصل في هذا ماروي عن حذيفة
رضي الله عنه انه قال سمعت رسول الله صلي الله عليه وسلم يقول
لاتلبسوا الحرير ولا الديباج ولا تشربوا في انية الذهب والفضة
ولا تاكلوا في صحافها فانها لهم في الدنيا ولكم في الاخرة رواه البخاري
ومسلم واحد وقال عليه الصلاة والسلام ان الذي ياكل ويشرب
في انا الذهب والفضة انما يجرجر في بطنه نار جهنم رواه مسلم
واذا ثبت ذلك في الاكل والشرب ثبت في الادهان والتطيب وغيرهما
كالمراة والمكحلة والجمرة لانه مثلها في الاستعمال فيكون الوارد فيهما
واردا فيما بمعناهما دلالة والجامع انه زي المتكبرين وشعار المترفين
وتشبه بهم وقال عليه الصلاة والسلام من تشبه بقوم فهو منهم
وكذا الاكل بملعقة الذهب والفضة حرام والاكتحال بميلهما وما
اشبه ذلك في الاستعمال ومعني تجرجر يردد من جرجر العجل اذا ردد
صوته في حنجرته وانما اعاد المصنف الضمير في قوله منهما علي الذهب
والفضة وان كان قد تقدم ذكر الحرير والذهب لشهرة ذلك ط ولا
باس بالعقيق والبلور والزجاج ش اي لايكره استعمال الاواني من هذه

لا يلبس الحرير فان من لبسه في الدنيا لم
يلبسه في الاخرة سبق تاويل مثله في
حديث من شرب الخمر في الدنيا لم يتب
منها حتي مات وفي كلامهم اشارة الي ان الفواعي
في التوبة الدنيا في قولها حرمها بضم الحاء وتخفيف
في الاخرة يعني جعل محرما ومن خمر الخمر قيل بهذا عبارة
عن عدم دخولها الان من دخلها شرب من خمرها
في اول الحديث بالمستحل وقيل جعل محرما في الدارين
بان ينسي بشربها اوبان لا يشتهيها وان ذكرها الان ما يشتري من النوم حاصل لاهل الجنة
بدلالة قوله الي اخره ولكم فيها ما تشتهي انفسكم
وهذا بعض عصم الحرير ما هو من شرب نعم الجنة
مشارق شرح لابن الملك

بلغ مقابلة

الاشيا لعدم التفاخر بها فلم يكن في معناهما وتجوز استعمال الاواني من الصفر
لما روي عن عبد الله بن زيد رضي الله عنه انه قال اتانا رسول الله صلي الله عليه
وسلم فاخرجنا له ماني توز من صفر فتوضا رواه البخاري وابو داود وغيرهما
ص والشرب في الاناء المفضض والجلوس علي السرير المفضض جايز اذا
الغي موضعهما ويكره دوامهما في روايتين ش قال ابو حنيفة تجوز
الشرب في الاناء المفضض والجلوس علي السرير المفضض والركوب علي
السرج المفضض والكرسي المفضض اذا القي موضع الفضة بالفم وقيل
بالفم واليد في الاخذ وقال ابو يوسف يكره ذلك كله لابي يوسف ما روي
عن ابن عمر رضي الله عنه انه قال قال رسول الله صلي الله عليه وسلم
من شرب في اناء ذهب او فضة او اناء فيه شي من ذلك فانما يجرجر في بطنه
نار جهنم رواه الدارقطني ولان من استعمل اناء كان مستعملا لكل جزء
منه فيكره كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة ولابي حنيفة ما روي
عن انس رضي الله عنه ان قدح النبي صلي الله عليه وسلم انكسر فاتخذ
مكان الشعب سلسلة من فضة رواه البخاري ولاحمد عن عاصم
الاحول قال رايت عند انس قدح النبي صلي الله عليه وسلم فيه ضبة
فضة ولان الاستعمال قصد الجزا الذي يلاقيه العضو وما سواه تبع له
في الاستعمال والعبرة للمتبوع لا للتابع فلا يكره وقد يستباح القليل
من الحرير كما لعلم في الثوب والجبة المكفوف بالحرير والعمامة المعلمة
بالذهب ومسمار الذهب في فص الخاتم وحكي القاضي ابو عاصم العامري
قول محمد مع ابي يوسف وحكي القاضي المذنب الي استحباب في شرح
الطحاوي قول محمد مع ابي حنيفة ذكره صاحب غاية البيان والي ذلك

اشار المصنف بقوله وافقهما في روايتين وعلى هذا الخلاف لو جعل ذلك
في نصل السيف او السكين او في قبضتهما ولم يضع يده على موضع الذهب
والفضة او جعل ذلك في حلقه المراة وكذا المفضض من اللجام والركاب
والثوب فعند ابي حنيفه كل ذلك خير وعند ابي يوسف مكروه
واما اللجام من الفضة او الركاب فحرام لانه استعمال الفضة بعينها
وهذا الخلاف فيما يخلص واما المموه الذي لا يخلص فلا باس به
بالاجماع لانه مستهلك ولا عبرة ببقايه لونا او كذا السيف المضبب
والسكين المضبب لا باس به بالاجماع والانشان او الدهن يكون
في اناء فضة او ذهب يصب منه على اليد قال محمد اكرهه ولا اكره ذلك
في الغالية لان يدخل يده او عودا فيخرجها الى الكف ثم يستعملها
من الكف فلا يكون مستعملا له بالصب منه وروي ان هذه المسيلة
وقعت في مجلس ابي جعفر الدوانقي وابو حنيفة واعية عصره
حاضرون فقالت الائمة يكره وابو حنيفة ساكت فقيل له ما تقول
فقال ان وضع فاه على موضع الفضة يكره والا فلا فقيل له من اين
لك هذا فقال ارايت لو كان في اصبعه خاتم فضة فشرب من
كفه ايكره ذلك فوقف الكل وتعجب ابو جعفر من جوابه ص ويقبل
في الهدية والاذن قول صبي وعبد وامة وفي المعاملات قول الفاسق
وفي الديانات قول العدل حرا كان او عبدا ش اي اذا قال صبي او
عبد هذا الشيء هدية اهداها ابي او مولاي اليك او قال انا
ماذون في التجارة يعتمد قوله او جاءت امة رجل الى رجل وقالت بعثني
مولاي اليك هديه يسعه ان الاخذ والاستعمال حتى جاز له الوطي

بذلك

بذلك الخبر لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يجيب دعوة المملوك ويقبل
الهدية من سلمان في حال رقه ذكره صاحب المنافع ولان الهدايا تبعث
على يد هو لا عادة فلو لم يقبل خبرهما لادى الى الحرج وهو مدفوع شرعا
وهذا استحسان والقياس ان لا يقبل وانما ترك للعادة في قبول
اقوالهما في الهدية والاذن في سائر الاعصار من غير نكير وانما يقبل
قول الفاسق في المعاملات لان في اعتبار العدالة فيها تضييقا على
الناس ولان في سائر الاعصار يقبل قول الدلالة ويرجعون الى
قوله واما اشتراط العدالة في الديانات فلانه خبر متعلق بالدين
فلا يقبل قول غير العدل وهو مثل ان يخبره رجل مسلم بنجاسة
الماء فانه لا يجوز له ان يتوضا به وان كان غير ثقة وغلب على ظنه صدقه
فالاولى التنزه عنه وان توضا به جاز ولذلك اذا تزوج امراة واخبره
ثقة ان بينهما رضاعا فالاولى ان يفارقها لان الرضاع لا يثبت بشهادة
الواحد ولكن يلزمه التنزه كذا في شرح الاقطع ولا يقبل في ظاهر الرواية
قول المستودع في الديانات وروي الحسن عن ابي حنيفة انه يقبل
فيهما لثبوت العدالة ظاهرا والظاهر انه خبر يتعلق بالدين فلا
يقبل فيه قول غير العدل لترجح الصدق عند العدالة والفرق
بين المعاملات والديانات ان المعاملات يكثر وجودها وفي زيادة
الاشتراط حرج فيقبل فيها قول الواحد حرا كان او عبدا ذكرا كان
او انثى عدلا كان او فاسقا مسلما كان او كافرا واما الديانات فلا يكثر
وجودها ولا يتكرر وقوعها حسب تكرر المعاملات ووقوعها فجاز
ان يشترط فيها زيادة شرط فلم يقبل فيها الا قول المسلم العدل

لان الفاسق متهم والكافر لا يلزم المسلم فلم يكن له الزام المسلم به
بخلاف المعاملات فان الكافر لا يمكنه المقام في دارنا الا بالمعاملة ولا
تنتهي المعاملة الا بعد قبول قوله فيها فكان في ذلك ضرورة ص ويعزل
عن امته بغير اذنها وليستاذن الزوجة ش اي يجوز للرجل ان يعزل
عن امته بغير اذنها لما روي عن جابر ان رجلا قال لرسول الله صلى
الله عليه وسلم اني لي جارية اطوف عليها واكره ان تحمل فقال عليه
الصلاة والسلام اعزل عنها ان شئت وانه سيأتيها ما قدر لها رواه
مسلم وابو داود واحمد وفي امته المنكوحة يشترط الرضي لجواز
العزل لكن عند ابي حنيفة يشترط رضي المولى وعندهما رضاهما
واما في المنكوحة الحرة فيشترط رضاها لجواز العزل لان للحرة
حقا في الوطي لسقا الشهوة وتحصيل الولد ولهذا يختص في الجب والعنه
ولاحق للامة ص ويكره استخدام الخصيان ش لان استخدامه يحث
الناس على الخصي المنهي عنه لكونه مثلة ص ولا باس بخصاء البهايم
وانزا الحمر على الخيل ش لان النبي صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين
املحين مجبوبين ولو كانا حراما لما ضحى بهما ولان في ذلك منفعة
لها وللناس فيجوز ولان لحمه يطيب به وليس الكاح فكان حسنا
ولذلك ركب رسول الله صلى الله عليه وسلم البغلة واقتناها فلولا
جواز الانزا لما فعل ذلك ص وتحرم الشطرنج مطلقا ش قال
علماؤنا يحرم اللعب بالشطرنج والنرد وكل لهو سوا قامر به او لم
يقامر وهو معنى الاطلاق وقال الشافعي يباح اللعب به لان
فيه تشحيذ الخاطر وتذكية الفهم فيجوز لهذا القصد دون القمار

بيان مجبوبين ومزيد الكاح

ولنا

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام كل لعب بن ادم حرام الا ثلاثة
ملاعبة الرجل مع امراته ورميه على قوسه وتاديبه لفرسه وقال
عليه الصلاة والسلام لست مردد ولا المردد مني اي اللعب وقال
عليه الصلاة والسلام ما الهاك عن ذكر الله تعالى فهو ميسر وروي
ان عليا رضي الله عنه مر بقوم يلعبون بالشطرنج فلم يسلم عليهم
وقال ما هذه التماثيل التي انتم لها عاكفون وعن ابن عمر مثله ولانه
لعب يصد صاحبه عن الجمع والجماعات وعن ذكر الله تعالى فيكون
حراما كالنرد شير والنرد قال عليه الصلاة والسلام من لعب بالنرد شير
فكانما صبغ يده في دم خنزير رواه مسلم واحمد وابو داود وعن ابي
موسى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من لعب بالنرد فقد عصى الله
ورسوله رواه الامام مالك واحمد ثم ان كان يقامر به سقطت
عدالته وان لم يقامر به فان كان مداوما اولم يصده عن الصلاة لم
تسقط عدالته ولم ير ابو حنيفة بالسلام عليهم باسا ليشغلهم
عما هم فيه وكرهه ابو يوسف ومحمد لما روينا عن علي وابن عمر رضي
الله عنهما واستحقارا لهم واما الجوز الذي يلعب به الصبيان يوم
العيد وكل ان لم يكن على سبيل القمار لما روي ان ابن عمر رضي الله عنه
كان يشتري الجوز لصبيانه يوم الفطر يلعبون به وكان ياكل منه وان
قامروا به حرم ص ويكره تعشير المصحف ونقطه ش لقول ابن مسعود
جردوا المصاحف ويروي جردوا القران والتعشير والنقط ليسا
منه فيكرهان هذا ما قاله المصنف واختار بعض اصحابنا الجواز ووجهه
ان القراة والاي توقيفيه ليس للراي فيها مدخل فما التعشير حفظ

الاي وبالنقط حفظ الاعراب فكانا حسنين ولان العجمي الذي لا يحفظ
القران لا يقدر على القراءة الا بالنقط فكان حسنا وما روي عن ابن
مسعود من قوله جردوا القران فذاك في زمنهم لانهم كانوا يتقلونه
عن النبي صلى الله عليه وسلم كما انزل وكانت القراءة سهلة عليهم
وكانوا يرون النقط مخلا بحفظ الاعراب والتعشير بحفظ الاي
ولا كذلك العجمي في زماننا فلم يستحسن لعجز العجمي عن القراءة الا به
وعلى هذا لا باس بكتابة اسامي السور وعدد الاي نهوان كان
محدثا مستحسن وكم من شيء تختلف باختلاف الزمان والمكان
ص ولا باس بتحليته ش اي لا باس بتحلية المصحف لما فيه من تعظيمه
وقال شمس الائمة السرخسي في قولهم لا باس اشارة الى انه لا يؤجر
بذلك فيكفيه ان يخرج من الاساءة ص ونقش المسجد ش اي لا باس
بنقش المسجد لان فيه تعظيما له وانما التجصيص فحسن لانه احكام
للبناء ص وتزيينه ش قال في الجامع الصغير لقاضي خان ومن الناس
من استحسن ذلك ومنهم من كرهه لقوله عليه الصلاة والسلام من
اشراط الساعة تزيين المساجد وقيل هو قربة لما روي عن داود
عليه السلام لما بنى مسجد بيت المقدس ركب في راس قبته كبريتا
احمر وكان يضيء مسيرة اثني عشر ميلا وكانت النساء تغزل في ضوئه
بالليل وشريعة من قبلنا شريعة لنا ما لم يرد ناسخ ص ويكره
بيع السلاح ايام الفتنة ش معناه لمن يعرف انه من اهل الفتنة كالخوارج
والبغاة فلا يباع لهم السلاح لان فيه تقوية على الفتنة وانه حرام
قال عليه الصلاة والسلام الفتنة نائمة لعن الله من ايقظها وان

كان

كان لا يعرف انه من اهل الفتنة فلا باس به لاحتمال ان لا يستعمله
في الفتنة فلا يكره بالشك ص ويجوز بيع اراضي مكة كبناها وكراها والجواز
رواية ش اما جواز بيع بناء مكة فلانه ملك لمن بناه الا ترى انه يورث
في المستاجر اما في الوقف صار البناء ملكا له وجاز له بيعه واما بيع
ارضها فمكروه عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يكره
وهو رواية الحسن عن ابي حنيفه لان ارضها مملوكة لاهلها كالابنية
لظهور اثار الملك فيها وهو اختصاصهم بها شرعا وقوله عليه الصلاة
والسلام وهل ترك لنا عقيل من ربع دليل على ان ارضها تملك
ويقبل الانتقال من ملك الى ملك وقد تعارف الناس بيع ارضها
والدور التي فيها من غير نكير وجه الكراهة قوله صلى الله عليه
وسلم ان الله حرم مكة فحرام بيع رباعها ولا توجر بيوتها ولان
الحرم وقف الخليل عليه السلام ولان اراضي مكة كانت تدعى في زمن
النبي صلى الله عليه وسلم وزمن الخليفتين من بعده السوايب من
احتاج اليها سكنها ومن استغنى عنها اسكن غيره فيها وفي شرح
الاثار للطحاوي والصحيح ان ارض مكة مباحة حرة محرمة لاسافنا
الكعبه وقد ظهر فيها اثر التعظيم حتى لا ينفر صيدها ولا يعضد
شوكها وكذلك في حق البيع والاجارة قال عليه الصلاة والسلام من
اكل اجر مكة فكانما اكل الربوا ص وتجوز بيع العصير ممن يتخذه خمرا
ش اي لا باس ببيع العصير ممن يعلم انه يتخذه خمرا لانه يصلح لامور
شتى فيضاف الفساد الى اختيار المشتري والفرق بين بيع السلاح
ايام الفتنة وبيع العصير ان المعصية تقوم بعين السلاح فيكون

بيعه اعانة لهم وتسببا وقد نهينا عن التعاون على العدوان والمعصية
واما العصير فان المعصية لا تقوم بعينه بل بقعد بغيره فافترقا ان
ص واذا باع مسلم خمرا وقبض الثمن وعليه دين لرب الدين اخذه منه
وان كان ذميا جاز ش معناه اذا كان لشخص مسلم دين على مسلم
فباع الذي عليه الدين خمرا وقبض ثمنها وقضي به الدين لا يحل للدائن
ان ياخذ منه ثمن الخمر بدينه وان كان البايع ذميا جاز له اخذه منه
وذلك لان المسلم لا يجوز له بيع الخمر لقوله عليه الصلاة والسلام
ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها فاذا لم تجز البيع كان
الثمن باقيا على ملك المشتري وليس له اخذه من البايع لانه لم يملكه
بخلاف ما اذا كان البايع ذميا حيث حل للمطالب اخذه منه لانه
يملك بيعها فيملك ثمنها فيجوز اخذ ثمنها منه ص ويجوز بيع الزوث
ش قال علماؤنا لا باس ببيع السرقين وهو الزوث ويكره بيع العذره
وقال الشافعي لا يجوز بيع السرقين ايضا لانه جنس العين فشابه
العذره وجلد الميتة قبل الدباغ ولنا ان السرقين مال
ينتفع به وانما قلنا انه مال لان المال ما ينتفع به وهو كذلك لانه
يلقى في الاراضي طلبا للكثرة الريع ويجري فيه الشح والضن وتبذل
الاعواض في مقابلته وقد تمول الناس السرقين وانتفعوا به من
غير نكير من السلف فكان مالا فيجوز بيعه كساير الاموال بخلاف
العذرة فان العادة لم تجر بالانتفاع بها الا مخلوطة برماد او تراب
غالب عليها والمخلوط مال عندنا يجوز بيعه وبجاسة العين تمنع الاكل
لا الانتفاع فجاز بيع ذلك لوجود الانتفاع به لا سيما في اصلاح الارض

والوقاده

والوقاده ص ويكره الاحتكار في اقوات بني آدم والبهايم في بلد يضر باهله
ش اي يكره الاحتكار وهو حبس الشيء عن البيع بانتظار الغلا فيما هو
مشتري من المصر وفيه ضرر باهله وتخصيص الاحتكار بالقوت بني آدم
والبهايم كالحنطة والتبن قول ابي حنيفة ومحمد اعتبارا للضرر المتعارف
المعهود عنه ابي يوسف على ما امر بالعامة حبسه فهو احتكار وان
كان ثيابا او دراهم ونحوها اعتبارا لحقيقة الضرر اذ هو الموثر في الكراهة
وقيد الاضرار بان كان في بلد صغيرة اما اذا كان في بلد كبير لا يضر
باهله فلا باس به لانه حابس ملكه من غير اضرار لغيره ثم المدة اذا
قصرت لا يكون احتكارا لعدم الضرر واذا طالت يكون احتكارا
مكروها لتحقق الضرر ثم قيل هي مقدرة باربعين ليلة لما روي بن عمر
رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من احتكر طعاما اربعين
ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه اي خذله وقيل لشهر لان ما دونه
قليل عاجل والشهر وما فوقه كثير اجل وقيل لاكثر السنة فان حبس
شهرا فاثم على قدر حبسه والاصل في ذلك قوله تعالى ومن يرد فيه
بالحاد بظلم نذقه من عذاب اليم قال عمر رضي الله عنه لا تحتكروا
الطعام بمكة فانه الحاد وروي عمر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه
وسلم انه قال الجالب مرزوق والمحتكر ملعون وقيل الجالب يشتري
للبيع فيحمله الى بلد فيبيعه فهو مرزوق ببركة دعا المسلمين والمحتكر
ليشتري الطعام للمنع ويضر بالناس ولان حق العامة تعلق به وفي الامتناع
عن البيع ابطال حقهم وتضييق الامر عليهم فيكره اذا حان يضر بهم
ذلك على ما بينا فالحاصل ان التجارة في الطعام غير محمودة فاذا رفع الى

والثمن والباقلا والعنب ص

القاضي حال المحتكر يعزره ويهدده ويامره ببيع ما يفضل عن قوته وعياله
فان امتنع باع عليه لانه في مقدار قوته وقوت عياله غير محتكر ويترك
قوتهم على اعتبار السعة وقيل اذا رفع اليه اول مرة نهاه عن الاحتكار
فان رفع اليه ثانيا حبسه وعزره بما يراه زجرا له ودفعا للضرر عن
الناس وقال محمد اجبر المحتكر من على بيع ما احتكروا ولا اسعر وقيل
لا بيع كما يبيع الناس وزياده شعبان في مثلها ولا اتركه يبيع باكثر وقوله
محتمل وجهين اما لما فيه من المصلحة العامة واما ان يكون بناء على
قولهما في الحجر ص واذا احتكر غلة ضيعته جاز ش انما لم يصر من احتكر غلة
ضيعته محتكرا لانه خالص ملكه لم يشتر الطعام لضرر الناس ص
والمجلوب من بلد اخر لا احتكار فيه ش قال ابو حنيفة المجلوب
لا احتكار فيه سواجلبه من قريب او بعيد واتفق ابو يوسف ومحمد
في الحكم بانه محتكر واختلفا في التفصيل فقال ابو يوسف يكره ان حبس
ما جلبه من بلد آخر لاطلاق ما روينا ولتعلق الضرر بالعامة لانه يتوهم
حصوله لهم بان تجلبه غيره لهم او يجلبوه هم بانفسهم كما فعل هو
وجلبه فكان تحبسه مبطلا حقهم في الجلب والنقل فصار كما اذا حبس
المجلوب في المصر او فنائه بخلاف ما اذا ارتفقه من ضيعته لانعدام
هذا المعنى وقال محمد ان نقله من موضع يجلب منه الى المصر في الغالب
يكره حبسه لان حق العامة يتعلق به لانه بمنزلة فناء المصر الا ترى انه
كان ينقل لو لم يادخره هو بخلاف ما اذا نقله من بلد آخر بعيد لم تجر
العادة بالحمل منه الى المصر لانه لم يتعلق به حقهم الا ترى انه لو لم يادخره
لم ينقل اليهم فصار كغلة ضيعته ولابي حنيفة ان حق العامة يتعلق

بما جلب

بما جلب وجمع في المصر او في فنائه ولم يتعلق حقهم بما في بلد اخر فاذا نقله
من بلد اخر جاز له حبسه لعدم تعلق حقهم به فصار كغلة ضيعته
والجامع عدم تعلق حقهم به اذ كان له ان لا ينقل كما كان له ان لا يزرع
فكذا له ان لا يبيع ذلك ص ويكره التسعير ش اي لا ينبغي للامام ان يسعر
على الناس لقوله عليه الصلاة والسلام لا تسعروا فان الله هو المسعر
القابض الباسط الرازق ولان الثمن حق البايع فكان اليه تقديره فلا
ينبغي للامام ان يتعرض لحقه الا اذا كان ارباب الطعام يتحكمون في
المسلمين ويتعدون تعديا فاحشا وعجز السلطان عن صيانة حقوق المسلمين الا بالتسعير فلا باس به بمشورة اهل الراي
والنظر وينبغي للامام ان لا يعجل بعقوبته اذا رفع اليه هذا الامر
ولا بالتسعير بل يامره ببيع ما فضل عن قوته وقوت اهله على اعتبار
البيعة وينهاه عن الاحتكار ويعظه ويزجره عنه وان رفع اليه
ثانيا فعل به كذلك وهدده وان رفع اليه ثالثا حبسه وعزره
حتى يمتنع عنه ويزول الضرر عن الناس ولا يسعر الا اذا ابوا
ان يبيعوه الا بغبن فاحش ضعف القيمة وعجز عن صيانة حقوقهم
الا به فلا باس بمشورة اهل الراي على ما بينا ومن باع منهم مما
قدره الامام صح لانه غير مكروه فيه وهل يبيع القاضي على المحتكر
طعامه من غير رضاه قال بعضهم لا يبيع على راي ابي حنيفة ويبيع
على رايهما وقيل يبيع بالاتفاق والية ذهب القدوري في شرحه
وان امتنع عن البيع بالكلية قيل لا يبيع عند ابي حنيفة وعندهما يبيع
مساه على انه لا يرى الحجر على الحر البالغ العاقل وهما يريانه كما في بيع

وعجز

قال المديون ص واجازوا للذمي دخول المسجد وتجيزه في الحرم ش قال علماؤنا
لا باس بان تدخل اهل الذمة في المسجد الحرام وغيره وقال مالك لا يحل
دخولهم في كل مسجد وقال الشافعي يحل دخولهم في سائر المساجد
الا المسجد الحرام لمالك ان الكافر نجس فصار كالجنب والجنب لا يدخل
المسجد بالاتفاق فكذا هذا وللشافعي قوله انما المشركون نجس فلا
يقربوا المسجد الحرام الاية والنجس مصدر ومعناه ذو النجاسة فلا
يحجون ولا يعتمرون كما كانوا يفعلون في الجاهلية ولنا ما روي عن
عثمان بن العاص الثقفي ان وفد ثقيف قدموا على رسول الله صلى الله
عليه وسلم فامر لهم بخيمة فضربت في المسجد فقال الصحابة
يا رسول الله انهم قوم انجاس يدخلون المسجد فقال رسول الله صلى
الله عليه وسلم ليس على الارض من انجاس الناس شيء انما انجاسهم
على انفسهم والاية عندنا محمولة على انهم يمنعون من تولي
امر المسجد الحرام والقيام بمصالحه ويعزلوا عن ذلك او على طوافهم
عراة كما كانوا يفعلون في الجاهلية فانزل الله تعالى تنزيه المسجد
الحرام عن ذلك وذكر المشركين في الاية يؤيد هذا التاويل وقد اجاب
الشيخ ابو بكر الرازي عن الاية باجوبة كثيرة ببسط واتقان فليراجع
هناك ص ويجيز الدعاء بمعقد العز من العرش وكرهه ش لهذه
المسئلة عبارتان الاولى بمعقد العز من العقد وهو المعروف
في الدعاء في هذه العبارة قال ابو يوسف لا اكرهها وبه اخذ الامام ابو
الليث لما روي انه عليه الصلاة والسلام كان يقول اللهم اني اسئلك بمعقد
العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك العظيم وجدك

عبارتان

كان ح

الاعلى

الاعلى وكلماتك التامة وكرهها ابو حنيفة لما فيها من ايهام تعلق العز
بالعرش والعرش حادث وما يتعلق به يكون حادثا ضرورة والله
تعالى متعال عن تعلق عزه بالحادث بل عزه قديم لانه صفته
وجميع صفاته قديمة قايمة بذاته لم يزل موصوفا بها في الازل
ولن يزال في الابد ولم يزد شيئا من الكمال لم يكن له في الازل
لحدوث العرش وغيره وما رواه خبر واحد فكان الامتناع عن اللفظ
الموهم احوط للكونه خبر واحد فيما يخالف القطعي اذ المتشابه
تثبت بالقطعي والثانية بمعقد العز من العقود ولا شك في كراهية
هذه لاستحالة معناها على الله تعالى لانه وصف الله تعالى بما هو
باطل وهو الوجود والتمكن على العرش وهو قول المجسمة ويكره ان يقول
الرجل في دعايه اسالك بحق انبيايك اواوليايك او رسلك او بحق
البيت او المشعر الحرام لانه لا حق للمخلوقين على الله تعالى وانما يخص
برحمته من يشاء من غير وجوب ولو قال رجل لغيره بحق الله او بالله
ان تفعل كذا لا يجب عليه ان ياتي بذلك شرعا وان كان الاولى ان لا
ياتي به ووصل الشعر بشعر الادمي حرام سواء كان بشعرها او
بشعر غيرها لقوله عليه الصلاة والسلام لعن الله الواصلة
والمستوصلة والوشمة والمستوشمة والواشرة والموشرة
والناصة والمتنمصة فالواصلة التي تصل الشعر بشعر الغير
او التي توصل شعرها بشعر اخر دور والمستوصلة الطالبة لذلك
بالواشمة التي تشم في الوجه والذراع وهي ان تغرز في الجلد ابرة
وتحشي بكحل او نيلة فتزرق والمستوشمة هي الطالبة لذلك والواشرة

هي التي تفلج اسنانها اي تحددها وترقق اطرافها تفعل ذلك العجوز لشبهها
بالشباب والموشرة هي الطالبة لذلك والناصه التي تنتف الشعر
من الوجه والحاجبين والمتنمصة هي التي تفعل فيه ذلك والتسليم
سنة والرد فريضه لان الامتناع عن الرد اهانة بالمسلم واستخفاف
به وانه حرام وثواب المسلم اكثر قال عليه الصلاة والسلام للبادي
من الثواب عشرة وللراد واحدة ولا يصح الرد حتى يسمعه المسلم لانه
انما يكون جوابا اذا سمعه المخاطب الا ان يكون اصم فينبغي ان يرد
عليه بتحريك شفتيه وكذلك تشميت العاطس ويجب على المراة
رد سلام الرجل ولا ترفع صوتها لانه عورة وان سلمت عليه فان كانت
عجوزا رد عليهما وان كانت شابة رد في نفسه وعلى هذا تشميت الرجل
المراة وبالعكس ولا يجب رد سلام الجاهل لانه ليس للتحيه بل
لصيانة السوال ولا ينبغي السلام على من يقرا القران لانه يشغله عن قراته
وان سلم عليه تجب عليه الرد لانه فرض دون القراة والقراة سنة
وذكر الرازي في ادب القاضي ان من دخل على قاض في مجلس حكمه وسمعه
هو يترك السلام عليه هيبة له واحتشاما وعلى هذا من جلس يفقه
تلامذته او يقرىء هم القران فدخل عليه داخل فسلم وسمعه ان لا يرد
لانه انما جلس للتعليم لا لرد السلام ويكره السلام على اهل الذمة
لان فيه تعظيمهم وهو مكروه واذا اجتمع مسلمون وكفار يسلم
عليهم وينوي المسلمين ولو قال السلام على من اتبع الهدى يجوز
ولا باس برد السلام على اهل الذمة لان الامتناع عنه يوذيهم والرد
احسان وايذاوهم مكروه والاحسان اليهم مندوب فلا يزيد في الرد

على قوله وعليكم فقد قيل انهم يقولون السام عليكم فيجابون بقوله وعليكم
وهكذا نقل عنه عليه الصلاة والسلام انه رد عليهم ولا باس بعيادتهم
اقتدا به عليه السلام ولان فيه بر هم وما نهينا عنه

فصل ٥٩ في السباق

هذا الفصل كله زايد على
القدوري والمنظومة وقد اخذ ذلك من المختار وغير المحل ليرتفع
الخلاف ص ويجوز المسابقة على الاقدام والخيل والبغال والحمر والابل
والرمي ش اي تجوز المسابقة من غير كراهة والاصل في ذلك ما رواه ابو
هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا سبق الا
في خف او نصل او حافر والمراد بالخف الابل وبالنصل الرمي وبالحافر
الفرس والبغل والحمار وروى ابو داود عن ابي هريرة رضي الله عنه
انه قال ان نبي الله عليه السلام كان يضمر الخيل ويسابق بها وروي
الجماعة عن ابن عمر انه قال اجرى رسول الله صلى الله عليه وسلم
او قال سابق ما ضمر من الخيل من الحفيا الى ثنية الوداع واجرى ما لم
يضمر من الثنية الى مسجد بني زريق قال ابن عمر فكنت فيمن اجرى
فطفف بي الفرس المسجد اي كاد يساوي بي المسجد ومعناه انه وثب
به حتى كاد يساوي المسجد قال سفيان من الحفيا الى الثنية
خمسة اميال او ستة او سبعة ومن الثنية الى مسجد بني زريق
ميل او نحوه وفي الحديث سابق رسول الله صلى الله عليه وسلم وابو
بكر وعمر فسبق رسول الله صلى الله عليه وسلم ابو بكر وملث عمر وعن
النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا تحضر الملايكة شيا من الملاهي سوى
النضال والرهان اي الرمي والمسابقة وروى البخاري وابو داود

وعن عايشة رضي الله عنها قالت سابقني النبي صلى الله عليه وسلم فسبقته فلما حملت
ارهقني اللحم سابقته فسبقني فقال تلك صح

والنسائي عن انس انه قال كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم ناقة
يقال لها العضبا لا تسبق فجاء اعرابي على قعود فسبقها فشق ذلك على
المسلمين فقال صلى الله عليه وسلم حق على الله ان لا يرتفع شيء من الدنيا الا
وضعه وعن الزهري انه قال كانت المسابقة بين اصحاب رسول
الله صلى الله عليه وسلم في الخيل والركاب والارجل وعن عقبة بن عامر
رضي الله عنه انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ترك
الرمي بعد ما علمه رغبة عنه فانها نعمة تركها او قال كفرها وانه مما
يحتاج اليه في الجهاد والكر والفر وكل ما هو من اسباب الجهاد فتعلمه
مندوب اليه سعيا في اقامة هذه الفريضة ص فان شرط فيها
جعل من احد الجانبين او من ثالث لا سبقهما جاز ش وصورة مثل ان يقول
احدهما لصاحبه ان سبقتني اعطيتك كذا وان سبقتك لا اخذ
منك شيئا او يقول الامير لجماعة فرسان من سبق منكم فله كذا وان سبق
لاشيء عليه او يقول لجماعة الرماة من اصاب الهدف فله كذا وانما جاز
في هذين الوجهين لما فيهما من التحريض على تعليم آلة الحرب والجهاد
ولقوله عليه الصلاة والسلام المومنون عند شروطهم وهذا
استحسان وفي القياس لا يجوز لانه تعليق المال بالخطر ص او من الجانبين
حرم الا ان يكون بينهما محلل بفرس كفئ لفرسيهما ان سبقهما اخذ
منهما او سبقاه لم يعطهما وفيما بينهما ايهما سبق اخذ من صاحبه
ش وانما جاز ذلك لان بالمحلل خرج من ان يكون قمارا وقيل في المحلل
ايضا ان يقول ان سبقاه ايضا اعطاهما وان سبقهما لم ياخذ منهما شيئا
وهو جايز ايضا لما ذكرنا ولو لم يكن فرس المحلل مثلهما لا يجوز لانه لا فايدة

في ادخاله

في ادخاله بينهما فلا يخرج عن ان يكون قمارا وقد روي ابو هريرة رضي الله
عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من ادخل فرسا بين فرسين
يعني وهو لا يامن ان يسبق فليس بقمار ومن ادخل فرسا بين فرسين
وقد امن ان يسبق فهو قمار فبهذا الحديث تركنا القياس وجوزنا
المسابقة على التفصيل المذكور وعلى هذا التفصيل اذا اختلف
فقيمهما في مسيلة وارادا الرجوع الى شيء وجعلا على ذلك جعلا
جاز لانه لما جاز في الافراس لمعنى يرجع الى الجهاد فيجوز هنا للحث على
الجهاد في طلب العلم لان الدين يقوم بالعلم كما يقوم بالجهاد والمسابقة
بالخيل ما لم يتعبها مندوب اليه لان ذلك للرياضة والجهاد وكذلك
على الاقدام والرمي قال عليه الصلاة والسلام ان الله تعالى يدخل بالسهم
الواحد الجنة ثلثة صانعه ومنبله والرامي به رواه عقبة بن عامر
الجهني رضي الله عنه ويحسن الدابة وتركضها للجهاد وغيره من عرض
صحيح لا باس به والتلهي مكروه وتركض الدابة بتكلف للعرض على
المشتري مكروه لان فيه عذابا للمشتري وفي الحديث تضرب
الدابة على النفار ولا تضرب على الحشا دلان العثار يكون من سوء
امساك الراكب اللجام والنفار يكون من سوء خلق الدابة فتودب
على ذلك وعن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه كتب الى سعد بن ابي
وقاص رضي الله عنه لا تحضين فرسا ولا تجذبن فرسا ومعناه ان
صهيل الفرس ترهب العدو والحضي بمعنه لانه حرام لا شعر تعارفوه
من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا من غير نكير ويجوز
شراء الحضي من الخيل وركوبه ومعنى النهي الوارد في اجراء الفرس محمول على

لعوضي

كتاب الوصايا

اجرايه فوق ما تحمله وجه ايراد هذا الكتاب في اواخر الكتب ان اخر احوال الانسان في الدنيا الموت والوصيه معالم وقت الموت والوصايا جمع وصيه وهي في اللغة طلب فعل من غيره ليفعله علي غيب منه حال حيوته او بعد وفاته فيما يرجع الي مصالحه كقضاء ديونه والقيام بحوائجه ومصالح ورثته من بعده وتنفيذ وصاياه وغير ذلك يقال فلان سافر فاوصي بكذا وفلان مات فاوصي بكذا وفي الشرع تمليك مضاف الي ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان عينا او منفعة والاستيصاء قبول الوصيه يقال فلان استوصي من فلان اذا اقبل وصيته قال عليه الصلاة والسلام استوصوا بالنساء خيرا فانهن عوان عندكم اي اقبلوا وصيتي فيهن فانهن اسري عندكم والقياس يابي جوازها لانها تتضمن تمليكا مضافا الي زمان زوال الملك واضافة التمليك الي زمان هو فيه مالك باطل كما لو قال ملكتك هذا الشيء غدا فهذا اولي الا ان الشرع اجازها لحاجة الناس اليها لكن الانسان مغرور بامله مقصر في عمله فحاجته ماسة الي تدارك بعض ما فرط فيه من الزلل فيتصرف في حالة تضرفا ان عاجلته المنية لتحقق مقصوده في المال او واصلته العافية صرفه في حوائجه في الحال وفي شرع الوصية تحصيل هذا الغرض ودفع هذه الحاجة وملكه باق بعد الموت لحاجته كما في قدر التجهيز والدين قيل وسببها سبب التبرعات وشرايطها كون الموصي اهلا للتبرع مجردا عن الدين وكون الموصي له حيا وقت الوصية وان لم يولد ويكون اجنبيا عن الميراث ولا يكون قاتلا وركنها ان يقول اوصيت بكذا لفلان او ما يجري

بجراه وحكمها في حق الموصي له ان يكون الموصي به ملكا جديدا كالهبة وفي حق الموصي اقامة الموصي له فيما اوصي به مقام الوارث ص تستحب الوصيه ش اختلف في صفة الوصية فقال بعضهم هي واجبة في حق الوالدين والاقربين استدلالا بقوله تعالي الوصية للوالدين والاقربين والصحيح انها مشروعة بطريق الندب اذا لم يكن عليه حق مستحق لله تعالي كالصلاة والزكاة والصيام والحج التي فرط فيها فان كان عليه فهي واجبة وعلي ذلك جمهور الفقها لانها اثبات حق في ماله بعقد فلم تكن واجبة كالهبة والاجارة واما الآية المذكورة فقال ابوبكر الرازي هي منسوخة بقوله تعالي من بعد وصية يوصي بها او دين او بالسنة وهي ما روي عن ابي امامة رضي الله عنه انه قال سمعت رسول الله صلي الله عليه وسلم يقول ان الله تعالي اعطي لكل ذي حق حقه فلا وصية لوارث وهذا الحديث مشهور تلقته الامة بالقبول وبنسخ الكتاب بمثله جايز عندنا وهي قضية مشروعة وقربة مندوبة دل علي ذلك الكتاب والسنة واجماع الامة اما الكتاب فقوله تعالي من بعد وصية يوصي بها او دين واما السنة فما روي عن سعيد بن ابي وقاص رضي الله عنه انه قال جاني رسول الله صلي الله عليه وسلم يعودني عام حجة الوداع من وجع اشتد بي فقلت يا رسول الله اني قد بلغ بي من الوجع ما ترى وانا ذو مال لا يرثني الا ابنة لي افاتصدق بثلثي مالي قال لا قلت بالشطر يا رسول الله قال لا قلت بالثلث قال الثلث والثلث كثير لان تدع ورثتك اغنيا خير من ان تدعهم عاله يتكففون الناس اي يسالون الناس كفايتهم وقال عليه الصلاة

والسلام ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث اموالكم في اخر اعماركم زيادة في اعمالكم
فضعوها حيث شيتم وامّا الاجماع فان الصحابة والتابعين ومن بعدهم
اوصوا وهذا افضل الله تعالى فان الانسان لايخلو من حقوق له وعليه
وانه مواخذ بها فاذا عجز بنفسه فعليه ان يستنيب فيه غيره والموصي
نايب عنه فخرج عن العهدة به وهي موخرة عن دين الموصي على مايأتي في
الفرايض ان شا الله تعالى ص وتقدر بالثلث ش لايجوز الوصية بمازاد
على الثلث لقوله عليه الصلاة والسلام الثلث والثلث كثير ولان حالة
مرض الموت حال استغنايه عن المال فكان اولى الناس بماله اقرب
ورثته ولكن استغنايه عن المال في قدر الثلث لم يظهره الشرع
في حق الاجنبي وفي حق تفريطه لنفسه فابقى الشرع حاجته في ذلك
القدر وهو الثلث ص وبالفضل ان ينقص منه وان يتركها ان كان
ورثته فقرا لايستغنون باصبايهم ش الافضل ان يوصي باقل
من الثلث لقوله عليه الصلاة والسلام والثلث كثير اي في الوصية
وعن علي كرم الله وجهه لان اوصي بالخمس احب الي من ان اوصي بالربع ولان
اوصي بالربع احب الي من ان اوصي بالثلث ولان فيه صلة القرايب بتركه
حقه لهم ولاصله فيما اذا اوصى بالثلث تاما لانه استوفى حقه فلاصلة
واذا كان ماله قليلا وورثته فقرا فالافضل ان لايوصي لقوله عليه
الصلاة والسلام لان تدع ورثتك اغنيا خير من ان تدعهم عاله يتكففون
الناس اي لان تدع ورثتك اقرب اليك من الاجانب بتركك المال لهم خير
فدل ذلك على ان ترك الوصية اولى اذا كانت الورثة فقرا ولما فيه من
الصلة والصدقة على القريب وقد قال عليه الصلاة والسلام افضل

للع متابلة

الصدقة

الصدقة على ذي الرحم الكاشح ولان الرعاية من الجانبين الفقر والقرابة
وفي حديث سعد فوايد يترتب عليها احكام وهذا الحديث ايضا من
جوامع الكلم فان النبي صلى الله عليه وسلم قد بين فيه جواز الوصية
ومقدارها وبين حال فقرا الورثة وترك المال اليهم خير من حرمانهم
لاسيما اذا لم يستغنوا بانصبايهم وان كان ماله كثيرا وورثته فقرا
فالافضل ان يوصي بما دون الثلث ليحصل لهم الغنا واختلف في مقدار
مايقع به الغنا فروي الحسن عن ابي حنيفة اربعة الاف درهم لكل واحد
من الورثة وعن محمد بن الفضل البخاري ان ترك لكل واحد من الورثة
عشرة الاف درهم فالوصية افضل لان الورثة يحصل لهم الاستغنا
وينفع الاجانب وينتفع لنفسه وعن ابي يوسف ان ترك الوصية افضل
اذا كانت الورثة صغارا وان كانت الورثة اغنيا فالافضل هو الوصية
بالثلث لعموم الانتفاع ثم الوصية لاقاربه الذين لايرثونه في
تلك الحالة افضل من الوصية للاحاديث باعتبار الحاجة ص وتصح
للاجنبي مسلما كان او كافرا اجاز لهم ش اي ويصح للرجل ان يوصي بالثلث
هذا مراد المصنف وانما اطلق العبارة اكتفا بما قدمه اما جواز وصيته
المسلم للمسلم فلا اشكال فيه واما وصية الكافر فلقوله تعالى لا
ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ان تبروهم والوصية لهم
من البر ويريد بقوله او كافرا الذمي لان اهل الذمة بعقدهم الذمة
ساووا المسلمين في المعاملات ولهذا جاز التبرع من الجانبين حال الخيوة
فكذا يجوز لهم التبرع بعد الوفاة واما الحربي فالوصية اليه باطلة لقوله
تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين ويجوز للكافر ايضا ان يوصي

تعليم

للمسلم لانهم بعقد الذمة التحقوا بالمسلمين في المعاملات وانما لم يتوقف ذلك
على اجازة الورثة لان الشرع اجاح له الوصية بالثلث ولانه تصرف فيما هو خالص
حقه وهو الثلث فلم يتوقف على اجازة غيره ص ولا يجوز للوارث ش انما لا تجوز
الوصية للوارث لما روي عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده انه عليه
الصلاة والسلام قال لا وصية لوارث ولان في جواز ذلك قطيعة الرحم
لان فيه النقص بالوصية لانه مستلزم للاذى الموجب للعداوة والبغضا
ولو صحت للوارث للزم قطيعة الرحم بين ورثة بعض لهم وقطع الرحم
حرام ثم يعتبر كونه وارثا عند الموت لا وقت الوصية لان الوصية تمليك
مضاف الى ما بعد الموت فيعتبر زمان التمليك لا قبله وفايدة ذلك
تظهر فيما اذا اوصى لاخيه ولا ابن له ثم ولد له ابن فمات الموصي تصح
الوصية لان الابن اخرج الاخ عن كونه وارثا عند الموت ولو اوصى لاخيه
وله ابن ثم مات الابن ثم مات الموصي تبطل الوصية لان الاخ صار وارثا
وقت الموت ص ولا بما زاد على الثلث الا باجازتهم ش لا تجوز الوصية بما زاد
على الثلث الا باجازة الورثة لقوله عليه الصلاة والسلام الحيف في الوصية
من اكبر الكبائر رواه مسلم بان زيادة على الثلث وبالوصية للوارث وانما
امتنع ذلك لحق الورثة لان المريض مرض الموت قد استغنى عن المال
وتعلق حق الورثة به الا ان ذلك لم يظهر في الثلث لما سبق من الحديث
ولحاجته اليه ليتدارك ما فرط وقصر في عمله فاذا اجازت الورثة ذلك
فقد رضوا باسقاط حقهم فتصح ويعتبر اجازتهم بعد موته لان حقهم
ثبت عند ذلك لا قبله والحق انما يسقط بعد ثبوته فاذا اجازوا بعد
الموت فقد اسقطوا حقهم بعد ثبوته فتصح ولا تعتبر اجازتهم حال حيوته

لانها قبل

لانها قبل ثبوت الحق اذ الحق كان موقفا على الميت ويشترط ان يكون المخبر
من اهل التبرع بان يكون بالغا عاقلا وان اجاز البعض ورد البعض جاز في حق
المخبر بقدر حصته وبطل في الباقي لولايته دون غيره ص واذا لم يكن
وارث يجيزها بالكل ش قال علماؤنا اذا اوصى الرجل لاجنبي بكل ماله
ولا وارث له تصح الوصية في الكل وتصح ويسلم الجميع للموصى له وقال
الشافعي تصح الوصية في الثلث ويوضع الثلثان في بيت المال لان الثلث
هو محل الوصية لقوله عليه الصلاة والسلام ان الله تعالى تصدق عليكم
بثلث اموالكم في اخر اعماركم زيادة في اعمالكم فضعوه حيث شيتم والتقييد
بثلث المال ينفي المحلية في الزايد عليه في الوصية ولنا ما روي
ان عبد الله بن مسعود رضي الله عنه اجاز ان يوصي بما شاء عند عدم
الورثة ولم يعرف له من الصحابة مخالف فحل محل الاجماع وما ورد من
حديث سعد وغيره محمول على وجود الورثة ص ولا يجيزها للقاتل
الا باجازة ولا يعتبرها ش قال ابو حنيفة ومحمد اذا اوصى رجل
لقاتله وله ورثة لا تجوز الوصية الا باجازتهم وقال الشافعي في
قول تجوز مطلقا وقال ابو يوسف لا تجوز الوصية للقاتل باجازتهم
للشافعي عمومات الدلايل الواردة بالجواز في الوصية من غير فصل
بين القاتل وغيره ولان الوصية تمليك وتملك والقتل لا ينافي
ذلك ولابي يوسف ان الوصية اخت الميراث والميراث للقاتل وانتقض
به الورثة فكذلك الوصية ولان الحرمان شرع عقوبة على جنايته
والجناية باقية فلا اثر للجواز مع الحرمان ولابي حنيفة ومحمد ان عدم
الجواز لحق الورثة لانهم منتفعون ببطلان الوصية للقاتل فهم اذا تركوا

حتى لم يمنعهم مانع وعن عبيدة السلماني رضي الله عنه انه قال لا يرث
قاتل بعد صاحب البقرة وهذا منه بيان للاجماع في زمن موسى عليه السلام
الى زمن التابعين على انه لا ميراث للقاتل ولانهم لا يرضونها للقاتل
انما لا يرضونها لاحدهم والمراد بالقتل هو الذي يتعلق به وجوب القصاص
او الكفارة فالحاصل ان الوصية من الثلث لغير الحربي جايزة
وفيما زاد عليه تجوز باجازة الورثة وكذلك للوارث باجازة الباقي
وللقاتل على هذا الخلاف ص ولا يجيزها من صبي مميز ش قال علماؤنا
لا تصح الوصية الا من مدرك فلا تجوز من صبي وان كان مميزا سواء
مات قبل الادراك او بعده لعدم الاهلية وقت المباشرة وقال
الشافعي في قول يصح اذا كان الصبي مميزا وكانت الوصية في وجوه
الخير لان عمر رضي الله تعالى عنه اجاز وصية نافع وهو الذي راهق
الحلم ولان الوصية اخت الميراث والصبي في الارث عنه بعد موته
كالبايع فكذا في الوصية ولنا ان الوصية تبرع محض بالاجماع
والصبي ليس باهل التبرع ولهذا لا يملك التبرع بماله في حال الحياة
بالاجماع كالهبة والصدقة فكذا لا يملكه بطريق الوصية والاثر
محمول على انه كان قريب العهد بالبلوغ فسمي يافعا مجازا ولهذا
لم نستفسر عمر وصيته انها كانت في القرب او غيرها وتحتمل ان
وصيته كانت في تجهيزه وذلك جايز عندنا مع ان الحضر لا يجوز الاحتجاج
بقول الصحابي وعبرنا بالقياس الصحيح معارضة ص ولا من معتقل
اللسان بالاشارة ش في هذه المسئلة خلاف الشافعي ايضا لانها
معطوفة على ما فيه خلافه قال علماؤنا اذا اعتقل لسان المريض

فقري

فقري عليه كتاب وصيته وقيل له نشهد عليك بما تضمنه فقال برأسه
مشيرا اليها اي نعم لم تصح الشهادة عليه بذلك وقال الشافعي تصح
لان المجنون هو العاجز وقد تحقق في الحال فينزل منزلة الاخرس والحاجة
ماسة الى اعتبار اشارته عند العجز فاستوى الحال بين الاصلي والعارض
ولنا ان الاشارة انما اقيمت مقام النطق في حق الاخرس لحاجته
الى اظهار ما في ضميره وعجزه عن النطق عجز لا يرجى زواله وفي المريض
الذي اعتقل لسانه لم ينقطع الناس عن عبارته لاحتمال ان يزول
فلم نقم اشارته مقام عبارته الا ترى ان الايسة تعتد بالاشهر
والتي ارتفع حيضها لا يجوز لها ان تعتد بالاشهر لانه يرجى منها الحيض
ص ولا يجوز من مكاتب مع وفاء ش اي لا يجوز وصية المكاتب وان ترك
وفاء لان مال المكاتب لا يحتمل التبرع ولهذا لا يصح عتقه وهبته
فاذا لم يحتمل ماله التبرع لم تصح وصيته لانها تبرع لزوال الملك بلا
عوض وقيل على قول ابي حنيفة باطلة وعندهما جايزة وهذا بناء على ان
للمكاتب نوعي ملك حقيقي وهو ما بعد العتق ومجازي وهو ما قبل
العتق فعند ابي حنيفة ينصرف الى المجازي لانه هو الظاهر لان
الظاهر بقاء ما كان على ما كان والاخر ليس بموجود فالظاهر بقاؤه على
العدم فلا ينصرف اليه اللفظ وعندهما ينصرف الى الحقيقي وهو ما
يملكه بعد الحرية المطلقة لانه الغالب لهذا الحكم وهو ايصاؤه فيصحها
لتصرفه او يتناول النوعين فيصح فيما يقبل ولا يصح فيما لا يقبل
والمصنف يذكر هذا الخلاف في المتن ص ويصح للحمل وبه اذا وضع لاقل
من ستة اشهر من يوم الوصية وبانه دونه ش اي تجوز الوصية للحمل

لانه من اهل استحقاق الحقوق ولهذا يستحق الميراث والوصيه اخت الميراث
لانها تمليك مضاف الى ما بعد الموت غير انها توجد بالرد لما فيها في معنى التمليك
فيستحقها ايضا ولكن يشترط ان يعلم وجوده وقت الوصية بان
ولدته لاقل من ستة اشهر من وقت الايصا على ما ذكر في المختصر وهو
اختيار الطحاوي او من وقت موت الموصي على ما ذهب اليه ابو الليث
فاما اذا ولدته لستة اشهر او اكثر فلا وصية له لاحتمال
الوجود والعدم فلا يجعل مستحقا بالشك ولان قبول الوصية
شرطها القبول والجنين ليس من اهله فكيف يصح لانا نقول الوصية
تشبه الهبه وتشبه الميراث فلشبهها بالهبة يشترط القبول اما
اذا امكن ولشبهها بالميراث يسقط اذا لم يمكن عملا بالشبهين ولهذا
يسقط بموت الموصي له قبل القبول وقد فرقوا بين الهبة للحمل حيث
لا تجوز وبين الوصية للحمل حيث تجوز بان الهبة تمليك محض ولا ولاية
لاحد على الحمل في ان يملك شيئا والوصية فيها معنى الاستخلاف حيث
جعله الموصي خليفة في بعض ماله وهو يصلح لذلك بدليل خلافته
في الارث والوصية بالحمل ايضا جائزة لوجوده وقت الوصية لان
الكلام فيما اذا علم وجوده بولادته لاقل من ستة اشهر من وقت
الوصية او موت الموصي على الخلاف المتقدم ولو ولدت لستة اشهر
او اكثر بعد موت الموصي بطلت الوصية لجواز ان يكون الولد حادثا بعد
هذا وهذا في حق الوصية بالحمل اما الوصية للحمل فقد يكون اكثر من
ذلك بان كانت الجارية في العدة فهي يعتبر لاجل ثبوت النسب سنتان
وكذا في حق الوصية وان لم تكن في العدة فهي يعتبر اقل من ستة اشهر

ان لم تكن

ان لم تكن في عدة الوفاة او الطلاق واما اذا كانت منكوحة وولدت حيا
لستة اشهر من وقت موت الموصي فلا تصح الوصية فصار المنفصل
في الوصية للحمل لا بالحمل ولان باب الوصية اوسع لصحتها بالمعدوم
كالثمرة فلان تصح بالموجود اولى والجهالة في نفسها غير مانعة من الايصا
بدليل جوازها بثلث المال وهو غير معلوم حالة الوصية وكذا جوازها
لاولاد فلان وهم مجهولون وكذا الوصي بالجارية دون الحمل جاز فتكون
الجارية للموصي له والحمل للورثة لان الجارية لا تتناول الحمل لغة
فاذا كان كذلك صح افراد الام وانما قلنا ان اسم الجارية لا يتناول الام لغة
لان عند الاطلاق يتبعها ضرورة الاتصال فيستحقها الموصى له ولو
سكت فاذا افردها ايضا صح لان كل واحد منهما نفس بانفراده في
الاصل ويدخل في قول المصنف وبامه الدابة ايضا ص ويعتبر قبولها
وردها بعد الموت ش اي قبول الوصية او ردها لا يعتبر الا بعد
الموت فان قبلها الموصى له في حياة الموصي او ردها فذلك باطل لان
اوان ثبوتها بعد الموت فلا يعتبر قوله ولا رده قبله كما لا يعتبر ان
قبل عقد الوصية فصار كما اذا قال لامراته انت طالق على الف
درهم غدا فان قبولها وردها باطل قبل مجيء الغد لما ذكرنا ولا عقد
استخلاف بعد الموت وانما يعتبر القبول عند تحقق التمليك وذلك
عند الموت وفي البدايع ان ركن الايجاب والقبول فالايجاب من الموصي — الوصية ص
والقبول من الموصى له فما لم يوجد الركن وان ثبت قلت ركن
الوصية الايجاب من الموصي وعدم الرد من الموصى له وهو ان يقع يأس
عن ردها وهذا اسهل لتخريج المسايل وعند زفر الركن هو الايجاب

لانها خلافه فلم تحتج فيها الى القبول كالميراث ولنا ان الوصية اثبات ملك
جديد ولهذا لا يرد الموصي له بالعيب ولا يرد عليه به ولا يملك احداثبات
الملك بدون اختلاف بخلاف الميراث لانه خلافه حتى تثبت هذه الاحكام
فيثبت خبر امن الشارع من غير قبوله لولايته عليه ولانه لو ثبت
الملك قبل بدون قبوله لتضرر به بان اوصى له بعبد اعمى او بزبان
مكسر او بزبل مجمع في داره فانه تجب عليه نفقة العبد ويعل المكسر
والزبل تغريغا لملك الغير عن ملكه فقط واذا رد الوصية في حال
حياة الموصي لم تجز قبوله بعد موته لان اجابه كان في حياته وقد رده
فبطل والحجة عليه ما بيناه ص ويملك بالقبول الا ان يموت الموصي
ثم الموصي له قبل القبول فيملكها ورثته ش اي اذا كان القبول شرطا
في الوصية لا يملكها الموصي له الا بالقبول الاتي مسئلة واحدة وهي
ان يموت الموصي له بعد موت الموصي قبل القبول فيملكها ورثة الموصي
له والقياس بطلان الوصية لما بينا ان هذا لا يقدر على اثبات الملك
بدون اختياره وصارت كموت المشتري بعد الايجاب البايع قبل
القبول الا انا استحسنا تملك الورثة لان الوصية تمت من جهة
الموصي بما لا يلحقه الفسخ من جهته فالتوقف لحق الموصي له دفعا
لضرر لحقوق المنه ولا يلحقه ذلك بعد الموت فنفذت الوصية
ضرورة تعذر الرد كما اذا مات المشتري والخيار له قبل الاجازة
فان البيع يدخل في ملكه كذا هذا وكذا اذا اوصى لجنين فانها تدخل في
ملكه من غير قبول استحسانا لعدم من يلي عليه حتى يقبل عنه ص ويجوز
له الرجوع صريحا ودلالة ش اي يجوز للموصي ان يرجع عن وصيته صريحا كقوله

رجعت

رجعت عن الوصية ودلالة كمن اوصى بثوب ثم قطعه وخاطه قميصا
او بقطن ثم غزله او بحديدة ثم صنع منها انا لانها تبرع فيجوز الرجوع
فيها كما في الهبة بل الطريق الاولى لان الهبة تمت بالقبض والوصية
لا تتم الا بالقبول بعد موت الموصي اذ ابطال الايجاب قبل القبول
صحيح كما في البيع فاذا صرح بالرجوع او فعل ما يدل عليه كان رجوعا ذلك
وهذا بخلاف تجصيص الدار وهدم بنايها حيث لا يكون رجوعا لان
البناء تابع والتجصيص زينة وقسم الفقيه ابو الليث الوصية ناقلا
عن الاستجابي على اربعة اقسام الاول ما يحتمل الفسخ قولا وفعلا
كمن اوصى بعين ثم رجع بالقول او بالفعل ببيع او هبة وما لا يحتمل
الفسخ بالقول والفعل كمن دبر فقال انت حر بعد موتي وما لا يحتمل
الفسخ من جهة الفعل لا القول كالتدبير المقيد كان يقول ان مت
من مرضي هذا فانت حر بعد موتي فلو رجع بالقول لا يصح ولو رجع بالفعل
صح كما اذا باعه فانه يصير رجوعا يعني اذا باعه ثم لم يشتره فلو
اشتراه عاد الى الحال الاول واما الرجوع الذي يحتمل القول لا الفعل
فهو الوصية بثلث ماله فانه لو رجع عنه بالقول جاز ولو رجع عنه
بالفعل بان باع بعض ماله او وهبه لم تبطل الوصية وتنفذ من
ثلث الباقي هذا ملخص ما قاله وهو مما يحتاج اليه ولو اوصى بوصيتين
متنافيتين كانت الثانية مبطلة للاولى وهو معنى الرجوع وان كانتا
غير متنافيتين نفذتا وتبطل بالجنون مطبقا وهو عند ابي يوسف
ان يمتد الى شهر وعند محمد الى سنة ولا تبطل بالاغماء ويبطل بالاستثناء
كالموصي به في كلام متصل عند محمد وعند ابي حنيفة وابي يوسف

او سان

لاتبطل الوصية ويبطل الاستثنا ص وتجعل جحوده رجوعا وخالفه
وتختار للفتوي س قال القدوري ومن جحد الوصيه لم يكن رجوعا
ولم يذكر الخلاف في المختصر وذكر محمد في الجامع الكبير ان الجحود لم يكن رجوعا
وذكر في المبسوط انه رجوع قيل ماذكر في الجامع محمول على ان الرجوع
كان في غيبة الموصي له وماذكر في المبسوط محمول على ان الرجوع كان
في حضرته ومنهم من قال ماذكر في الجامع الكبير قول محمد وماذكر في
المبسوط قول ابي يوسف وصاحب الهدايه منهم وهو الصحيح لابي
يوسف ان الجحود نفي في الماضي والحال فكان اقوي من الرجوع اذهو نفي جحود
في الحال فقط فبالاولي ان يكون رجوعا ولهذا كان رجوع المتبايعين
البيع اقالة ولمحمد ان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في
الماضي والحال فلايكون رجوعا حقيقة اذ الرجوع ليستلزم اثبات الوصية
في الماضي ولهذا لايكون جحود النكاح فرقة والمختار للفتوي قول فتوي
محمد ص واذا اوصي لاخر فقبل في وجهه ورد في غيبة وجهه فليس برد
وان رد في وجهه صح ش اعلم ان الوصي لايلزمه الوصية الا بقبوله
او بما يجري مجراه كما اذا مات الموصي قبل قبول الموصي ثم تصرف
الوصي فتصرفه بمنزلة قبوله لانها تمت من جهة الموصي وتوقفت
لحق الوصي فيكون تصرفه كقبوله اصلا كالبيع المشروط فيه الخيار
وانما قلنا لايلزم الوصي الا بقبوله اوما يقوم مقامه لانه متبرع بالتصرف
ثم هنا القبول يصح حال حياة الموصي بخلاف قبول الموصي له فيما مر
والفرق ان تصرف الوصي واقع لمنفعة الموصي فلو توقف القبول والرد
علي الموت لربما من ان يموت الموصي غير مسند وصيته الي آخر وفي ذلك

جحود

اضرار

اضرار به واما الموصي له فالاستحقاق هناك انما هو لحق الموصي له لا لمنفعة
الموصي فلم يفتقر الي تقدير القبول علي الموت فهذه المسئلة بحسب القبول
والرد تنقسم اربعة اقسام وهو ظاهر وتتبع ماذكره المصنف في
المتن فنقول اذا قبل الوصي الوصية في حال حياة الموصي ثم رد في غير
وجهه اي بغير علمه لم يصح الرد لانه لما قبل وصيته بسكن قلب الموصي
الي قبوله فلو صح رده كان ذلك تغريرا به اما اذا رد في وجهه تبطل
الوصية لانه متبرع بقولها وليس فيه تغرير به فلو لم تجز له الرجوع
لاضر ذلك بالموصي ص وان سكت حتي مات خير الوصي ش هذا القسم
الثالث من الاربعة يعني ان الوصي اذا لم يقبل الوصية في وجه الموصي
ولم يرد حتي مات فالوصي بالخيار ان شا قبل وان شا رد لانه متبرع
بالتصرف في حق الغير فلا يلزمه بدون قبوله وليس في رده ما يزود
من حيثه وانما الموصي هو الذي اغتر حيث لم يتعرف عن حاله انه يقبل
الوصية او لا ص فان رد ثم قبل اعتبرنا قبوله ان لم يخرجه القاضي
لانه رده مطلقا س هذا القسم الرابع من الاقسام الاربعة وفيه خلاف
زفر قال علمائنا اذا رد الوصي الوصية في غيبة الموصي او بعد موته
ثم قال اقبل لتعتبر قوله ما لم يخرجه القاضي عن الوصية بالرد حين
قال لا اقبل وقال زفر لا يجوز قبوله بعد ما رد سواء اخرجه القاضي
عن الوصية ام لم يخرجه وهو معني الاطلاق لانه لما رد بطل التفويض
واذا بطل التفويض لم تجز قبوله بعد ذلك مطلقا من غير نظر الي اخراج
القاضي ولنا ان الايصا لم يبطل برده الا في وجه الموصي دفعا
للضرر عنه كما مر فاذا لم تبطل صح قبوله من بعد الا اذا حكم القاضي

بطلان الوصية ترده فلا يصح قبوله بعد ذلك لانه قبول بعد بطلان الوصية
بابطال الشرع فلم يسمع من الناس فينفذ قضاوه وينصب حافظا لمال الميت
فيه ص او بالثلث فقال لا اقبله ثم قبل بعد موته اجزناه ش قال
علماؤنا الثلاثة اذا اوصى رجل لاخر بثلث ماله فقال الموصى له في حياة الموصي
لا اقبل ثم قبل بعد موته صح قبوله وقال زفر لا يصح بعد موته لان الوصية
بطلت بالرد كما هو اصله واذا بطلت التحقت بالعدم فلم ينفع القبول
بعد ذلك ولنا قوله ان الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت
واستخلاف في الملك فيعتبر القبول والرد والقبول والرد قبل الموت
لا اعتبار بهما فلم يعتبر الرد السابق على القبول الصادر في وقته
فجاز هذا القبول ص ويضم القاضي الى العاجز من يعينه ش اعلم
ان الاوصياء ثلثة امين قادر على القيام فيما اوصي اليه وهذا القدر
وليس للقاضي عزله لان مقصود الموصي القيام بما امر به وما اوصى
اليه به واذا حصل ذلك فتغييره ابطال لقصده فلا يجوز وامين
عاجز فهذا يضم القاضي اليه من يعينه لان الوصية اليه صحيحة
فلا يجوز ابطالها الا ان في انفراده نوع خلل ببعض المقصود فيضم
اليه اخر تكميلا للمقصود او فاسق او عبد او كافر وسيأتي الكلام
عليه بعد هذه المسئلة ص وان شكي اليه ذلك لا يجيبه حتى يتحققه
فان ظهر عجزه اصلا استبدل به ش اذا شكي الوصي الى القاضي عجزه عن
القيام بامور الوصية لا يجيبه الى الشكاية ولا يضم اليه اخر حتى يتحقق
عجزه فقد يكذب الشاكي ليخفف على نفسه فان ظهر عنده عجزه عن
القيام بامور الوصية اصلا استبدل به غيره رعاية للنظر من الجانبين

ولان

ولانه لو ظهر عند الموصي عجزه في حياته استبدل به غيره فكذا من قام مقامه
في النظر وهو القاضي ومعنى قوله اصلا اي اذا كان قادرا على التعرف
امينا فيه ليس للقاضي ان يخرجه لانه لو اختار غيره فهو دونه وكيف
ما كان لان هذا مختار الميت فابقاوه اولى من غيره ص وان شكي منه
الورثة لا يعزله حتى تظهر له خيانته ش اذا شكي الورثة او بعضهم الى
القاضي من الوصي لا يعزله حتى تظهر له خيانته لانه استفاد هذه
الولاية من الميت فاذا ظهر خيانته فالميت لم يستخلفه الا امانته
فاذا فاتت ولا قدرة لمن استخلفه على اخراجه ينوب القاضي منابه
في الايصاء الى امين كانه لم يكن له وصي ص واذا اوصى الى عبد او كافر
او فاسق اخرجه ونصب غيره ش لفظ القدوري يشير الى ان الوصية
لا تصح لان الاخراج عن الوصية لا يكون الا بعد صحتها قوله وان اوصى
الى عبد اي عبد غيره لان الوصية الى عبد نفسه جايزة من وجه
على ما ياتي واختلف المشايخ في بطلانها فذهب شمس الايمة السرخسي
الى انها باطلة اصلا وذلك لان الوصية ولاية والرق منافٍ لها وبه
يعجز عن التحصيل لاقامة خدمة مولاه وذهب الفقيه ابو الليث
الى انها تستبطل واليه ذهب عامة المشايخ واما جعل الكافر وصيا
ففيه اثبات الولاية ولا ولاية لكافر على مسلم لقوله تعالى ولن يجعل
الله للكافرين على المومنين سبيلا واما جعل الفاسق وصيا فذهب
شمس الايمة السرخسي الى جوازها لكن القاضي يخرجه عن الوصاية لان
معنى النظر لا يتم فيه لان الفاسق وان كان من اهل الولاية لكونه
اهلا للارث الا انه لا يومن لفسقه ص او الى عبد نفسه وفي الورثة

كبار لم يصح وان كانوا صغارا في صحيحة ش اذا اوصى الرجل الى عبد نفسه وفي
الورثة كبار لم يصح الوصية لان الوارث الكبير يلي على العبد بدليل انه يبيع
نصيبه ويستحيل ان يثبت للعبد ولاية عليه بالوصية واما اذا كانت
الورثة كلهم صغارا قال ابو حنيفة الوصية اليه جايزة وقالا وهو
القياس لا يجوز لهما ان الرق ينافي الولاية وفي الوصية اثبات ولاية
المملوك على المالك وهو قلب المشروع وعكس الموضوع ولابي حنيفة
ان الصغار وان كانوا يملكونه رقبة لكنهم لا يملكون التصرف فيه نبعا
فجاز اثبات الولاية له في حقوقهم بخلاف ما اذا كان فيهم كبير فانه
يلي عليه بالبيع وبخلاف عبد الغير فان لمولاه ان يمنعه ويحجر عليه
فحصل الفرق ص او الى اثنين جاز انفراد احدهما بالتصرف مطلقا ومنعا
الا من شراء كفن وتجهيز وطعام او كسوة ورد وديعة بعينها وقضا
دين وخصومة وقبول هدية وتنفيذ وصية بعينها ش قال ابو يوسف
اذا اوصى الى اثنين معا فيما ذكره الحلواني عن ابي القاسم الصفار وصححه
الفقيه ابو الليث واختاره يجوز لكل واحد منهما ان يتصرف في الاشيا
المستثنا وغيرها وهو معنى الاطلاق بدون راي صاحبه وقالا لا يجوز
لاحدهما ان يتصرف في غير الاشيا المستثناه بدون راي صاحبه لابي
يوسف ان الايصا من باب الولاية لا يتجزا لانها عبارة عن القدرة
الشرعية وهي لا تتجزا فاذا ثبتت لاثنين شرعا ثبت لكل واحد منهما
كاملا على الانفراد كولاية الانكاح للاخوين ولهما ان الموصي انما
اثبت لهما الولاية جملة وصارت مقيدة بشرط اجتماع رايهما وذلك
شرط مفيد اذ راي الواحد لا يكون كراي اثنين والموصي لم يرض الا بالمثنى

والولايه هو

فصار كل

صار كل واحد منهما في هذا السبب بمنزلة شطر العلة وشطر العلة لا
يثبت شيا من الحكم فكان باطلا بخلاف الاخوين في الانكاح فان السبب
هناك الاخوة وهي قايمة بكل واحد منهما كملا بخلاف مواضع الاستثنا
لانها من باب الضرورة لا من باب الولاية على ما يتبين اما شرا الكفن
والتجهيز فلان في التاخير فساد الميت ولهذا يملكهما الجيران ايضا في
الحضر والرفقة في السفر واما طعام الصغار وكسوتهم فلفساد
حالهم بالتاخير جوعا وعريا وفي انفراد احدهما بذلك احيا وهم
ولهذا يملكه كل من هو في يده واما رد وديعة بعينها وقضا الدين
فلانهما ليسا من باب الولاية بل من باب الاعانة الا ترى ان صاحب
الدين يملكه اذا ظفر به واما الخصومة في حقوق الميت فلان الاجتماع
فيها متعذر ولهذا ينفرد بها احد الوكيلين ايضا واما قبول الهدية
فلان في التاخير آفة الفوات ولان الامر تملك قبوله وكذا من هو في حجره
فلم يتوقف على الولاية واما تنفيذ وصية بعينها فلعدم توقف
ذلك على الراي وقال الفقيه ابو الليث العتاس ان لا يجوز تصرف
احدهما بدون الاخر في الاشيا المعدودة ايضا الا انهما استحسنا فيها
لاجل البلوى ص او الى كل منهما على انفراده ينفرد كالوكيلين ش
ذكر الحلواني ايضا عن ابي القاسم الصفار وهو اختيار ابي الليث ان
الرجل اذا اوصى الى كل واحد من الوصيين بعقد على حدة ينفرد احدهما
بالتصرف بالاجماع ووجه ذلك انه لما افرد كل واحد منهما بالوصية
فقد رضي برايه وحده بمنزلة الوكيلين يعني انه اذا وكل كل واحد من
الوكيلين على انفراده فان لكل واحد منهما ان ينفرد بالتصرف فكذا هذا

ص وقيل على الخلاف ش ذكر ابو بكر الاسكاف ان الخلاف في الفصلين جميعا
اي في هذه المسئلة والتي قبلها خلاف الوكيلين ووجه الفرق بينهما ان وجوب
الوصية عند الموت فيصيران وصيتين عنده دفعة واحدة بخلاف
الوكيلين لان الوكالة يعقب احديهما الاخرى ص واذا اوصى الوصي الى
آخر فجعله وصيا في التركتين ش قال علماؤنا اذا اوصى الوصي الى اخر
ثم مات يكون وصيا في تركته وتركت الميت الاول وقال الشافعي
لايكون وصيا في تركة الميت الاول له انما الوصي الاول انما رضي
برأيي وصيه لابرأي غيره فصار كالوكيل في حالة الحياة ثم الوكيل
لايجوز له ان يوكل غيره فكذا الوصي ولنا ان الوصي انما يتصرف بولاية
منتقلة اليه من الميت بطريق الخلافة عنه كالجد لان الولاية التي كانت
ثابتة للوصي تنتقل في المال الى الوصي وفي النفس الى الجد كتزويج
الصغير والصغيرة ثم الجد فيما انتقل اليه قام مقام الاب
فكذا الوصي فيما انتقل اليه قام مقام الوصي وهذا لان الايصاء اقامة
غيره مقامه فيما له ولاية فيه وعند الموت كان له ولاية في التركتين
فقام الثاني مقام الاول فيهما وهذا الخلاف فيما اذا لم يأذن الموصي الوصي
في اسناد الوصية الى من شاء اما اذا اذن فله ذلك ص او في تركة
نفسه فهو وصي فيها وخصاه به ش قال ابو حنيفة اذا اوصى الوصي
الى آخر في تركة نفسه يكون وصيا في التركتين جميعا وقال لايكون وصيا
في تركة الثاني خاصة لهما انه يتصرف بالامر فيختص بما يختص به الامر
كالوكيل ولابي حنيفة ان الوصي في نوع وصي في انواع والتركة الاولى
نوع مما يتولاه الموصي فيتولاه وصية ولانه اثبت له الولاية في تركة

نفسه

نفسه وتركة الموصي تركه ايضا وقد اقامه مقام نفسه في جميع ما ترك وهذه
مما ترك ص ولو اوصى الى زيد في الاعيان وبكر في الديون خص كلا بما
خصه وقالا هما وصيان فيهما ش قال محمد اذا اوصى شخصا في اعيان ماله
واوصى شخصا اخر في قبض ديونه التي له على الناس يكون كل واحد منهما
وصيا فيما اوصي اليه خاصة وقال ابو حنيفة وابو يوسف يكونان
وصيين فيهما جميعا وعن محمد مثل قولهما لهما ان هذا تصرف لحكم الامر
فحل محل الوكالة ولهما ان الدين يصير عينا بواسطة القبض والعين
تصير دينا بواسطة الاستهلاك فكانا وصيين في كل الاموال ٢
بالضرورة والاصح ان ابا يوسف مع ابي حنيفة ولهذا اورد المسئلة
في المظلومة في باب محمد على خلافهما ص ويجوز ان يجتال لمال اليتيم
اذا كان خيرا له س اذا اوصى الرجل الى شخص وقبل الوصية بطريقها
فهل يجوز له ان يقبل الحوالة في قبض الدين الذي لليتيم ينظر ان كان
ذلك خيرا له بان كان المحال عليه املى من المحيل جازت الحوالة لان في
جوازها تحقيق النظر لليتيم وان كان المحيل املى من المحال عليه
لايجوز لان في جوازها تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه ولم يكن
في ذلك خير وهذا لان المحال عليه اذا كان مفلسا لايتمكن الوصي من
استيفائها لافلاسه ولم يتمكن من الرجوع على المحيل لعدم القضاء
بالافلاس على اصل الامام فكان قبول الحوالة على المفلس تضييعا لحق
اليتيم فكذا جواز الاحتيال بشرط الخيرية ص وبيعه منه وشراؤه
لنفسه وفيه نفع للصبي جائز ش قال ابو حنيفة اذا باع الوصي مال اليتيم من
نفسه او اشتري منه باكثر من قيمته جاز لان الله تعالى قال ولا تقربوا

مال اليتيم الا بالتي هي احسن وكل ذلك قربان لماله بالاحسن فصار كالاب وقال
ابو يوسف اولا وهو قول محمد وهو القياس لا يجوز له ذلك بحال لانه مامور
بحفظه فصار كالوكيل والوكيل لا يملك ذلك ثم رجع ابو يوسف الى قول
ابي حنيفه قال في الحصر والنص على رجوعه في هذا الكتاب لا غير ص واجزنا
للاب شراء مال ولده من نفسه بمثل القيمة ش قال علماؤنا الثلاثه
اذا اشتري الاب مال ولده الصغير لنفسه من نفسه بمثل القيمه
او بغبن يسير تجوز وقال زفر لا يجوز لان الشخص الواحد لا يكون
بايعا ومشتريا لان حقوق العقد في هذا ترجع الى العاقد فيجتمع الحقوق
المتضاده وذلك ممتنع ولهذا لم يجز للرجل الواحد ان يكون عاقدا من
الجانبين ولنا ان الاب كامل الولايه تام الشفقه فيلحق بالشخصين
نظر الولد فيقوم بالجانبين ص ولا يقرض الوصي ماله وتجوز للاب
وليس لما اقراضه وتجوز للقاضي ش لا يجوز للوصي ان يقرض مال
اليتيم وجوز ذلك للاب لان الاب يملك شراء مال الصبي لنفسه
بمثل قيمته وليس للوصي ذلك ولذلك يجوز للاب ان ياخذ من مال
الصبي عند حاجته بقدر حاجته ولا يجوز ذلك للوصي وليس للوصي
والاب اقراضه للغير وتجوز للقاضي اقراضه للغير لا اقتراضه لنفسه
لان القرض تبرع ابتداء معاوضة انتهاء فجعل معاوضة في حق القاضي
لقدرته على الاستخلاص بواسطة الحبس وغيره وجعل تبرعا في حق
غير القاضي لعجزه ظاهرا واحتياطا في مال اليتيم ص ولا يجوز بيعه
وشراؤه بغبن فاحش ش لا يجوز بيع الوصي ولا شراؤه الا بما يتغابن الناس
فيه لان ولايته نظريه في التصرف ولا نظر لليتيم في الغبن الفاحش بخلاف

الغبن

الغبن اليسير لعدم امكان التحرز عنه فلو اعتبر ذلك لادى الى سد باب
التصرف ص ويضارب في ماله ويدفعه مضاربة ويأكل منه عند الحاجة
ش اما المضاربة لنفسه ودفع ماله مضاربة فلانه قايم مقام الاب
ولمن قام مقامه هذه التصرفات فكذا الخليفه فان كان هو العامل اشهد
على ذلك لان له ان يتجر في مال الصغير لقوله عليه السلام ابتغوا في مال
اليتامى خيرا فان اراد ان يستحق طايفة من المال لنفسه بواسطة المضاربة
احتاج الى الاشهاد لنفي التهمة عنه وعلله في الاختيار وعن محمد ان لم
يشهد فما عمله للورثه لانه الظاهر فلا يتركه الا بدليل وهو الاشهاد
وللوصي ان ياكل من مال اليتيم اذا كان محتاجا ويركب دابته اذا ذهب
في حاجته قال تعالى ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف قال ابو بكر الرازي
في احكامه اختلف السلف في تاويل الاية على خمسة اقوال قال بعضهم
انما يباح ذلك للفقير اذا عمل في مال اليتيم وهذا التاويل ساقط لانه
لو ابيح الاكل لاهل العمل لما اختلف فيه الغني والفقير وقال بعضهم
ياخذه قرضا ثم يقضيه وهو مروي عن عمر رضي الله عنه وقال
بعضهم ياخذ منه ما يسد به الجوعه ويواري العورة ولا يقضي اذا وجد
وبه قال الحسن وعطا وابرهيم ومكحول وقال بعضهم انه بمنزلة
الميتة يتناوله عند الضرورة واذا ايسر قضاه واذا لم يوسر فهو
في حل وهو مروي عن الشعبي وقال بعضهم ومن كان فقيرا فليأكل
بالمعروف اي من مال نفسه حتى لا يصيب من مال اليتيم شيا وهو
المروي عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه فاذا لا رخصة له في مال اليتيم
وعن ابي يوسف لو طعم السلطان في مال اليتيم فصالحه من ماله على اقل مما

طمع فيه لم يضمن لانه مامور بحفظ ماله وقد امكنه ذلك بهذا الطريق ص
واذا كان في الورثة صغار وكبار غيب وحضور فالوصي ببيع عقارهم وعروضهم
وقالا ان كانوا حضورا لم يبع نصيب الكبار او غيبا باع عروضهم لا غير
ش اعلم ان الورثة اذا كانوا كلهم كبارا حضورا ولا دين في التركة ولا
وصية ليس للوصي بيع شيء من التركة لعدم الولاية على الكبار فان كان
الكبار غيبا فله بيع العروض دون العقار لان له ولاية الحفظ وان كان
الورثة صغارا فله بيع العروض والعقار لانه قايم مقام الاب والاب
ذلك وان كانوا صغارا او كبارا غيبا وحضورا قال ابو حنيفة له بيع العروض
والعقار من نصيب الصغار والكبار وفي بيع نصيبهم شايعا ضررا
بالصغار لان بعض العقار المشاع لا تشتري كما تشتري به الجملة
ولا ضرر على الكبار في بيع الكل بل فيه نظر لهم بزيادة ثمن حصصهم
بالاجماع وله ولاية بيع الكل نظرا للكل كما في العروض وقالا له بيع
نصيب الصغار من العروض والعقار وليس له بيع نصيب الكبار
الحضور واذا كانوا غيبا باع عروضهم لا عقارهم لان الوصي لا ولاية
له على الكبار الحضور ولا له بيع عقار الكبار الغيب لانه ليس من الحفظ
ص وله بيع التركة لدين او وصية بنقد ولا نقد فيها والورثة كبار حضور
وقالا لا يقدر عليها ش قال ابو حنيفة اذا كان على الميت دين او اوصى بوصية
وهي دراهم او دنانير وليس في التركة دراهم ولا دنانير والورثة كبار
حضور يجوز للوصي بيع كل التركة لهذه الحاجة وقالا لا شيء له من ذلك الا في
قدر الدين والوصية لا بيع الجميع فلا يجوز الا بقدرهما ولابي حنيفة
ان كل جزء من اجزاء التركة مشغول بذلك فانه اذا هلك شيء من التركة وجب

بلغ مقابلة

قضاء الدين

قضاء الدين وتنفيذ الوصية مما بقي وان قل فله بيع الكل لذلك ص وشهادة
الوصيين لوارث في مال الميت مردودة وفي غيره مقبولة واجازاها مطلقا
ش قال ابو حنيفة اذا شهد الوصيان لوارث كبير بشيء من مال الميت
لا يقبل ولو شهد الوارث كبير في غير مال الميت تقبل بالاتفاق وفي
عكسه لو شهد الوارث صغير في مال الميت او في غير ماله لا تقبل بالاتفاق
لانهما شهدا لانفسهما لكون ان لهما ولاية التصرف في المشهود به وجه
قولهما ان الوصيين اجنبيان عن المشهود به لانه ليس لهما ولاية التصرف
في التركة اذا كانت الورثة كبارا فلا تهمة فيها فتقبل وجه قول ابي
حنيفة ان الوصيين يوجبان لانفسهما حق الحفظ وولاية بيع المنقول
عند غيبة الوارث الكبير لان حفظ مال اليتيم اليهما في حق الكبير
اذا غاب فيتوهم عود الولاية عليه اذا جن او عته فكانا متهمين
فلا يقبل قولهما كالمودعين اذا شهدا بملك الوديعة للمودع بخلاف
شهادتهما في غير التركة فان الميت اقامه مقام نفسه في تركته
لا في غيرها ص واذا شهد اثنان لاثنين بالف هي دين على ميت وشهد
هو ان لهما بمثل ذلك يردهما كما في الوصية ش قال ابو يوسف اذا شهد
شاهدان لرجلين على ميت بدين الف درهم وشهد احدهما للاولين
بمثل ذلك لا تقبل شهادتهما في الدين كما لا تقبل في الوصية وقال
ابو حنيفة ومحمد جازت شهادتهما فيه وان كانت شهادة كل فريق
للاخرين بوصية الف درهم لم تجز وجه قول ابي يوسف على ما ذكره
في المتن ان حق الغرماء بعد الموت يتعلق بالتركة ولهذا لا يثبت الملك
للوارث ولا ينفذ تصرفه فيها اذا كان الدين محيطا بها فشهادة كل فريق

يلاتي في محل مشترك فهو نظير مسئلة الوصية بالثلث وهذا لان المقصود
من اثبات الدين بعد الموت الاستيفاء من التركه وباعتبار المقصود تتحقق
الشركة بينهم فيه وخ قول ابي حنيفة ومحمد ان كل فريق انما يشهد للفريق
الاخر بالدين في ذمة الميت ولو شهدا بذلك في حياته قبلت فكذا اذا شهدا
به بعد موته وهذا لان الدين بالموت لا يتحول من الذمة الى التركة الا ترى
ان التركه لو هلكت لا يسقط شيء من الدين وان للوارث ان يستخلص التركة
لنفسه بقضاء الدين من محل اخر فلا تتعلق الشركة بينهم هنا بخلاف
الوصية بالثلث فان حق الموصى له ثابت في عين التركة حتى لا يبقى بعد هلاك
التركه فلو اراد الوارث ان يستخلص التركة لنفسه ويقضي الموصى له حقه من
محل اخر لم يكن له ذلك فكانت الشركة ثابتة بينهم في التركه باعتبار شهادتهم
ص ويصدقه في قوله اديت خراجه وجعل عبده الابق بغير بينة واو جبه
ش قال ابو يوسف اذا قال الوصي اديت خراج ارض الصبي او قال
اديت جعل عبده الابق يصدق بغير بينة وقال محمد لا يصدق الا
ببينة لابي يوسف انه امين وصار كما لو قال انفقت عليه وعلى عبده
ولمحمد ان هذا ليس من الحوائج الاصلية فلا يصدق بمجرد قوله كما لو قال
فرض القاضي على الصبي نفقة ذي رحم محرم منه فاديتها بخلاف نفقته عليه
وعلى عبده لانها من الحوائج الاصلية فيصدق فيها قوله ولم يفرق ابو يوسف
بين النفقتين وفرق محمد بينهما واختلفا ايضا في مسايل منها اذا ادعى
الوصي ان لليتيم غلاما ابق وانه اعطى جعله اربعين درهما وانكر الابن الاباق
قال ابو يوسف القول قول الوصي وقال محمد للابن الا ان ياتي الوصي ببينة
واجمعا على انه لو قال استاجرت رجلا ليرده فانه يصدق لان الاستيجار

من التجارة

من التجارة ومنها ان الوصي اذا ادعى ان الميت ترك عبدا فاتفق عليهم الى وقت
كذا وانكر الابن فعند ابي يوسف القول قول الوصي خلافا لمحمد واجمعا على ان
العبد لو كانوا موجودين القول قول الوصي ومنها لو قال اديت خراج
ارضك منذ مات ابوك عشر سنين وقال الابن انما مات ابي منذ خمس
سنين فعند ابي يوسف القول له خلافا لمحمد ص واذا قضى مريض دين
بعض غرمايه ومات تشاركن الباقين معه ش قال علماؤنا اذا قضى المريض
دين بعض غرمايه في مرض موته ثم مات فبقية الغرما يشاركونه
على قدر حصصهم وقال الشافعي هو احق بما قبض لانه قبض حقه
وانقطع حق غيره كما لو قضاه في الصحة ولنا ان في اول مرضه تعلق
حقوق الغرما بماله فلم يجز له ان يتبرع بشيء من ماله ما دام الدين
مستغرقا فلم يختص احدهم بشيء من ماله بعد تعلق حقوقهم
فكان لهم ان يشاركوه كاحد الشركا اذا قبض نصيبه من الدين يشاركه
الباقون ص واجاز قال للورثة ابطال ما اجازوه من تصرفاته ش
قال علماؤنا اذا اجازت الورثة في حياته ضمن مورثهم ما اوصى به
مما تو قف اجازتهم نفاذه عليهم ثم مات فلهم ان يرجعوا عن ذلك
بعد موته وان يبطلوه وقال مالك ليس لهم ان يبطلوا ذلك لان الوصية
كانت متوقفة على اجازتهم وقد حصلت الاجازة منهم فلم يملكوا ابطالها
ولنا ان الوصية تمليك مضاف لما بعد الموت والحاجة تظهر
بعده فاعتبرت الاجازة بعد الموت لا قبله وهذا بخلاف ما اذا اوصى باكثر من
الثلث ص وجعلوا حكم الحامل عند الطلق كمرض الموت لا من بعد ستة
اشهر ش قال علماؤنا حكم الحامل في غير حالة الطلق حكم الاصحا الا في

بيان تفاوته على اجازتهم

حالة الطلق فان حكمها في تلك الحالة حكم المريض مرض الموت حتى لو وهبت
صداقها لزوجها حالة الطلق لا يجوز ذكره في الحقايق وقال مالك
حكم الحامل بعد مضي ستة اشهر من زمان العلوق حكم المريض لانها بعد
مضي ستة اشهر يتوقع منها الولادة ساعة فساعة وقد تموت
المراة بسبب الحمل والولادة خصوصا عند الطلق فيبادر الى ما
يتبادر اليه المرضي فكان حكمها حكم المرضي ولنا انها في غير حالة الطلق
صحيحة حقيقة وحكما بخلاف حالة الطلق لغلبة خوف الهلاك
فلم يلحق بالمرضي وانما تصير مريضة اذا اخذها الوجع الذي يكون ماخذ
انفصال الولد عنها لان مرض الموت ما يتصل به الموت والله اعلم

فصل في الوصية بالثلث وغيره

ص اوصى لزيد
بسيف قيمته مايه ولبكر بسدس ماله وله خمس مايه ياخذ بكر
سدسها وزيد خمسة اسداس السيف وسدس السيف بينهما وقال لا
لبكر سبع السيف ولزيد الباقي ش رجل له خمس مايه درهم وله سيف
قيمته مايه فاوصى لزيد بالسيف كله ولبكر بسدس ماله فصار جميع
ماله ستمايه درهم قال ابو حنيفه يقسم السيف بينهما على اثني عشر
سهما بطريق المنازعة لا بطريق العول لانها وقعت في العين والعين
لا تعول وطريق ذلك ان السيف وقع فيه وصيتان وصية بكله
ووصية بسدسه فلما كان فيه السدس جعل على ستة اسهم
ولا ينازع صاحب السدس فيما وراء سدسه فيسلم لصاحب السيف
خمسة اسهم منه وتنازعا في السدس وانكسر بالنصف فتضرب
مخرج النصف وهو اثنان في ستة فصار السيف اثني عشر فسلم

لصاحب

لصاحب السيف عشرة مقام الخمسة وانقسم السهم بينهما فحصل لصاحبه
احد عشر سهما ولصاحب السدس منه سهم واحد فاذا بلغ السيف اثني عشر
وقيمته مايه صارت الخمسمايه الباقيه ستين سهما على حساب كل مايه
منهما على اثني عشر سهما لصاحب السدس عشرة اسهم وذلك سدس
ومن السيف سهم فبلغ نصيبه اثنين وعشرين وهو دون الثلث
لان ثلث الكل اربعة وعشرون فحصل للورثه خمسون سهما من
الخمسمايه وان ذلك مثل الثلثين وزيادة نصف سهم الثلث لان ثلثي
المال ثمانية واربعون والاثنان هما نصف سدس الثلث فهذا
تخريج ابي حنيفة واما على قولهما فالقسمة على طريق العول والمضاربة
لان الحق ثابت في العين على سبيل الشيوع دون التمييز فيضرب
صاحب السيف بجميع السيف وصاحب السدس بسدس السيف
فيضرب صاحب السيف بستة وصاحب السدس بسهم فيقسم بينهما
على سبعة اسهم فاذا صار السيف على سبعة اسهم وقيمته مايه
صارت الخمسمايه على خمسة وثلاثين سهما كل مايه سبعة وليس للخمسة
وثلاثين سدس صحيح فيضرب جميع المال وذلك اثنان واربعون في ستة
فتصير مايتين واثنين وخمسين للسيف من ذلك اثنان واربعون
ولصاحب السدس سبع ذلك وهو ستة والباقي لصاحب السيف
وذلك ستة وثلاثون ويبقى الباقي مايتين وعشر فللموصى له بالسدس
وذلك خمسة وثلاثون فصار سهام الوصيين سبعة وسبعين ه
وهذا اقل من ثلث المال لان ثلث المال اربعة وثمانون وهي تزيد على
سبعة وسبعين لسبعة اسهم والسبعة نصف سدس الثلث

لان الثلث ما قلنا وهو اربعة وثمانون وسدسه اربعه عشر ونصف سدسه
سبعة فان قيل على تخريج المذهبين ينقص الوصيتان من ثلث المال
نصف سدس الثلث فما فايدة الاختلاف قيل انما اختلف التخريجان
في مقدار ما حصل لصاحب السيف ولصاحب السدس فعلى تخريج الامام
كان حقهما على السوا لكل واحد منهما احد عشر وعلى تخريجهما حصل
لصاحب السدس اكثر من صاحب السيف فانه حصل لصاحب السيف
ستة وثلثون ولصاحب السدس احد واربعون وليس للورثه تعرض
في ذلك لكون الوصية اقل من الثلث ص وان اوصى لخالد بمعهما بثلث
ماله ولا اجازة فالسيف مقسوم بثلاثه وستين سهما لزيد ستة
وعشرون ولبكر سهمان ولخالد خمسة وللورثه سبعة وعشرون
والنقد ثلثمايه وخمسة عشر لبكر ثلاثون ولخالد ستون وللورثه
مايتان وخمسة وعشرون وقالا يقسم السيف باثني عشر لزيد
ستة ولبكر سهم ولخالد سهمان وللورثه ثلاثه والنقد بستين
لبكر خمسة ولخالد عشرة وللورثه خمسة واربعون ش اي اذا كانت
المسئلة المتقدمه بحالها وزيد عليها باسم خالد ثلث المال فيحتاج
الى ان نخرج على تقدير اجازة الورثه لتتميز سهام الوصايا وان لم تجز نزلنا
كما قال في المتن ولا اجازة بجعل سهام الوصايا ثلث المال لتعلم مسايل
الاجازة وعدم الاجازة فاذا اجازوا دفعوا الى الموصى لهم السيف كله
وسدس النقد وثلثه فحينئذ اجتمع في السيف ثلاث وصايا وصية
بالكل ووصية بالسدس ووصية بالثلث فعند ابي حنيفه يقسم
على طريق المنازعة ولا منازعة لصاحب السدس وصاحب الثلث فيما زاد

على الثلث فيكون ذلك لصاحب السيف بلا منازعة وهو ثلثاه فيبقى
ثلث السيف ولا منازعة لصاحب السدس وهو بكر فيما ورا السدس وهو
السدس ايضا ولصاحبيه وهما زيد وخالد فيه منازعة فيقسم ذلك
السدس بين صاحب السيف وصاحب الثلث نصفين فصار السدس
على سهمين فانكسر فضرب مخرج النصف وهو اثنان في مخرج السدس
وهو ستة فصار جميع السيف اثني عشر فبقي السدس وذلك سهمان
فاستوت فيه منازعتهم فيقسم بينهم اثلاثا وليس للسهمين ثلث
صحيح فيضرب اصل الثلث وهو اثني عشر في ثلثه فيصير ستة وثلاثين
فصار السيف ستة وثلثين سهما ثلثاه لصاحب السيف وذلك
اربعة وعشرون وسدسه ذلك ستة بين صاحب السيف
وصاحب الثلث لكل واحد منهما ثلثه والسدس الباقي وذلك
ستة بينهم اثلاثا لكل واحد منهما سهمان فحصل لصاحب السدس
سهمان ولصاحب الثلث خمسة والباقي لصاحب السيف وذلك
تسعة وعشرون واذا صار السيف الذي قيمته مايه على ستة
وثلاثين صار كل مايه من الخمسمايه على ستة وثلاثين فتصير الخمسمايه
على مايه وثمانين لصاحب الثلث ثلثه وذلك ستون ولصاحب السدس
سدسه وذلك ثلثون فحصلت سهام الوصايا اكثر من الثلث فان اجازت
الورثه تقسم هكذا وان لم تجز وهي مسئلة المتن جعل الثلث على قدر
سهام الوصايا وذلك مايه وستة وعشرون فنجعل جميع المال ثلثمايه
وسبعين والسيف سدسه فيكون ثلاثة وستين فيدفع اليهم ستة
جميعا من ذلك ما كان يرفع عند الاجازة من جميع المال وقد اعطى صاحب

السيف هنا كان تسعة وتسعون كله من السيف فيعطي الآن كذلك
واعطي صاحب الثلث من السيف خمسة ولصاحب السدس من السيف
سهمين فيعطي هنا كذلك ويكون جميع ما اعطي لهم من السيف ستة وثلاثين
يبقي من السيف تسعة وعشرون فهي للورثة ثم يعطي من النقد لصاحب
الثلث ستين كما اعطي هنا كان ولصاحب السدس ثلاثين فصار تسعين
فبلغت سهام الوصايا مايه وستة وعشرين منها ستة وثلاثون من
السيف وتسعون من النقد فحصل جميع المال ثلثمايه وثمانيه وسبعون
كما تقدم فاستقام الثلث للوصية والثلثان للورثه واما علي قولنا
فقد اجتمع في السيف ايضا ثلاث وصايا والعتمة عندها بطريق العول
والمضاربة فيضرب صاحب السيف بجميعه وصاحب الثلث بثلث
السيف وهو سهمان وصاحب السدس بسدسه وهو سهم فيعول الي
تسعة لسهم لصاحب السدس وسهمان لصاحب الثلث وستة لصاحب
السيف واذا صار السيف علي تسعة اسهم صار كل مايه من الخمسمايه
علي تسعة فيصير خمسة واربعين لصاحب الثلث ثلاثه وذلك خمسة
عشر ولصاحب السدس سدسه وذلك سبعة ونصف فانكسر
بالنصف فيضرب مخرج النصف وهو اثنان في خمسة واربعين تصير
تسعين فاذا ضعف النقد ضعف السيف ايضا الي ثمانية عشر
فيصير جميع المال مايه وثمانيه فيصير حق كل واحد منهم ضعفه
فيصير لصاحب السيف اثنا عشر ولصاحب الثلث اربعة من السيف
ولصاحب السدس سهمان من السيف ولصاحب الثلث من باقي المال
ثلاثون ولصاحب السدس خمسة عشر فتكون سهام الوصايا ثلاثة وستين

وجمع

وجميع المال مايه وثمانية فزادت سهام الوصايا علي الثلث فهي لهم اذا اجازت
الورثه واذا لم تجز بحال ثلث المال علي قدر الوصايا لا علي قدر سهام الوصايا
هكذا روي عنهما والوصايا سدس وثلث وسدس فجعل كل سدس سهما
فيصير الثلث اربعة اسهم وجميع المال اثني عشر سهما سهم من الثلث لصاحب
السيف كله من السيف وسهم لصاحب السدس وذلك في السيف سدس وخمسة
اسداسه في باقي المال وسهمان لصاحب الثلث سدسهما في السيف والباقي
وهو خمسة اسداسهما في باقي المال فانكسر بالاسداس فتضرب مخرج السدس
وهو ستة في اثني عشر تبلغ اثنين وسبعين ومنها تصح فالسيف منها
اثني عشر والنقد ستون كان لصاحب السيف سهم ضرب في ستة فهي
ستة كلها في السيف وكان لصاحب السدس سهم ضرب في ستة فهي ستة
سدسها في السيف وذلك سهم وخمسة اسداسها في النقد وذلك خمسة
وكان لصاحب الثلث سهمان ضربا في ستة تصير اثني عشر سدسها
وهو اثنان في السيف وخمسة اسداسها في النقد وذلك عشر فبلغت
سهام الوصايا اربعة وعشرين وهو ثلث وسبعون فاستقام التخريج
لستة من هذه الاربعة والعشرين في السيف ومبلغ مخرج السيف
كان علي اثني عشر سهما والنقد ستون فالستة في السيف للموصي لهم
وثلاثة للورثه اما الستة التي للموصي لهم فانه كان لصاحب السيف
سهم ضرب في ستة تحصل له ستة اسهم كلها في السيف وكان لصاحب
السدس سهم ضرب في ستة فهي ستة سدسها في السيف وذلك سهم
وكان لصاحب الثلث سهمان ضربا في ستة تصير اثني عشر سدسها وهو
اثنان في السيف وبقي من السيف ثلاثة اسهم وهي للورثه وخمسة عشر

من سهام الوصايا في النقد فاذا كان ستة من السيف وخمسة عشر من النقد
تصير اربعة وعشرين للموصي لهم اما التي في النقد للموصي لهم فخمسة منها
لصاحب السدس وعشرة لصاحب الثلث والباقي وهو خمسة واربعون
من النقد للورثة مع ذلك من السيف ص اولزيد بكل ماله فان باع عبده
من بكر بالف وقيمته الف ولا مال غيره فهو مفسوم باثني عشر لزيد
سهم والباقي يباع من بكر باحد عشر سهما من الف ثلاثة اسهم منها
لزيد ويامر ببيع كله من بكر ويدفع ثلث الثمن الى زيد وامر لزيد بسدسه
وببيع خمسة الاسداس من بكر بخمسة اسداس الالف لزيد منها سهم
وتاخذ الورثة الباقي على الاقوال ش هذه المسئلة تلقب بمسئلة العروس
لان محمدا جلاها بحسن التخريج في الزيادات كما تجلى العروس وصورة المسئلة
اذا كان شخص اوصى لزيد بجميع ماله وله عبد اوصى بان يباع لبكر بالف
وقيمته الف ولم يكن له مال سواه وسواء كانت الوصية بجميع ماله
قبل وصية البيع او بعدها فعند ابي حنيفة الموصى له بجميع المال
لا يضرب في ثلث المال / لا بثلث المال عند عدم الاجازة لان الموصى له
يضرب بما يستحقه وهو لا يستحق ما وراء الثلث / الا باجازة الورثة
ولم توجد فحينئذ يعطى الموصى له بالمال نصف سدس عين العبد وهو
سهم من اثني عشر سهما ويباع الباقي في صاحب البيع باحد عشر
جزء من اثني عشر جزءا من / الالف لان الوصية بالبيع نافذة من غير
اجازة لانه لا محاباة فيه حتى لو باع المريض العبد بمثل قيمته في مرض
موته نفذ بيعه من غير اجازة الورثة فتبين انه لم يتعلق به حق الورثة
اما الوصية بما زاد على الثلث صادفت حق الورثة فعند ردهم بطلت

الزيادة

الزيادة اصلا في حق الضرب والاستحقاق فتعود الوصية الى الثلث فيضرب
صاحب الكل في الثلث بالثلث بقدر وصيته وصاحب البيع يضرب في هذا
الثلث بالكل لنفاذ وصيته في الكل فيصير الثلث بينهما على اربعة
اسهم فاذا صار الثلث اربعة صار الكل اثني عشر سهما سهم منها وهو نصف
السدس لصاحب المال ويباع الباقي من صاحب الوصية بالبيع باحد
عشر سهما من اثني عشر سهما من / الالف لانه اوصى ببيع العبد بالف
فكان موصيا ببيع كل جزء منه بقسطه من الثمن ويدفع ثلاثة اسهم
من الثمن للموصى له بالمال لانه من المال لتصير هذه الثلاثة مع السهم
الواحد من العبد اربعة وهو ثلث المال ويكون للورثة ثمانية اسهم
فاستقام الثلث والثلثان وعند ابي يوسف يباع جميع العبد من
الموصى له بالبيع بالف ويدفع ثلث الثمن الى الموصى له بالمال والثلثان
الى الورثة لان الموصى له شريك الورثة فلما جازت وصية الموصى له
بالبيع في نصيب الورثة فكذا في نصيب الموصى له بالمال لانه شريك
الورثة فتحول حق الورثة وحق الموصى له الى الثمن وقال محمد يدفع سدس
العبد الى الموصى له بالمال ويباع خمسة اسداسه بخمسة اسداس الالف
من الموصى له بالبيع ويدفع من ذلك الثمن سدس الالف الى الموصى له
بالمال واربعة اسداس الالف الى الورثة لان عند الموصى له بجميع المال
حق الضرب بالكل من الثلث كما لصاحب البيع لان الوصية بما زاد على
الثلث وان بطلت في حق الاستحقاق ولكنها لم تبطل في حق الضرب عند
وعلى ما سبجي فالموصى له بالمال يضرب بجميع الرقبة في الثلث والموصى له
بالبيع يضرب بجميع الرقبة ايضا فيقسم الثلث بينهما نصفين ولما صار

الثلث على سهمين صار الكل على ستة اسهم فيعطى للموصى له بالمال سهم واحد من
الثمن وهو السدس تكميلا للثلث والثلثان للورثة فاستقام الثلث
والثلثان ش ان محمدا اتفق مع ابي حنيفة في انه لا يباع جميع العبد لان الميت
اوصى له بالمال والعبد والثمن كل واحد من ماله فينفذ وصيته فيهما جميعا
ولا تبطل في احدهما لان وصية الميت جازت فيهما ص او ثلث وثلث
ولا اجازة اقتسماه نصفين ش اذا اوصى لرجل بثلث ماله ولاخر ثلث
ماله لا يخلو اما ان تجيز الورثة او لا فان اجازوا فالمسيلة من ثلاثة
لكل واحد منهما ثلث وللورثة ثلث وان لم تجز وهي مسيلة المتن
فلا نزاع لهم في الثلث وهو بينهما نصفين بالاجماع لان الوصية عادت
الى الثلث لان الزيادة بطلت لعدم الاجازة والثلث يضيق عن الحقين
وهما متساويان في سبب الاستحقاق وهو الايصاء فيتساويان
في الاستحقاق والمحل قابل للشركة فكان بينهما والمسيلة من ستة
لكل واحد منهما سهم منها وللورثة اربعة اسهم ص او ثلث وسدس
فاثلاثا ش اي اذا اوصى لرجل بثلث ماله ولاخر بسدس ماله فلذلك
لا يخلو اما ان تجيز الورثة او لا فان اجازت فالمسيلة من ستة لصاحب
الثلث سهمان ولصاحب السدس سهم ويبقى للورثة ثلاثة اسهم
وان لم تجز وهو المقصود من المتن فالمسيلة من تسعة لان الورثة
لا نزاع لهم في الثلث فالثلث للموصى لهما ولا يستقيم عليهما فيصير لصاحب
السدس سهم ولصاحب الثلث سهمان فانكسر الثلث على الثلاثة ف
فيضرب الثلاثة في اصل المسيلة وهو ثلاثة فبلغت تسعة لصاحب
السدس سهم ولصاحب الثلث سهمان فيصير ثلثا والستة الباقية

للورثة

للورثة ص او بكل وثلث فالكل مقسوم اسدا سامع الاجازة والثلث مع
عدمها نصفين وقالا ارباعا فيهما ش اي اذا اجتمع وصيتان في المال
احديهما بالكل والاخرى بالثلث فلا خ اما ان يكون تجيز الورثة او لا
فان اجازوا قال رضي الدين في شرح المنظومة ليس عن ابي حنيفة
في هذه نص واختلف في قياس قوله فقال ابو يوسف قياس قوله
ان لقسم المال بينهما اسدا سا بطريق المنازعة كما اشار اليه في
المتن وبيان ذلك ان صاحب الثلث لا يدعي اكثر من الثلث فسلم
ما زاد عليه لصاحب الكل واستوت منازعتهما في الثلث فيكون
بينهما نصفين فيصير على ستة اسهم خمسة لصاحب الجميع
وسهم لصاحب الثلث لان الاربعة لا نزاع فيها لصاحب الثلث
فتنازعا في الاثنين فينصف بينهما وان لم تجز الورثة
فالثلث بينهما نصفان لان صاحب الجميع لا يضرب باكثر من الثلث
عنده الا في مواضع كما يجيء ولم يوجد هنا وقال ابو يوسف
ومحمد يقسم الثلث بينهما ارباعا كما يقسم الكل حال الاجازة لان
القسمة عندهما لما كانت بطريق العول والمضاربة فيضرب
صاحب الجميع بالجميع وصاحب الثلث بالثلث فجعل الثلث بينهما في الجميع
ثلاثة فيقسم المال بينهما ارباعا عند الاجازة وعدمها وفي
التخريج على قول ابي حنيفة في صورة اجازة الورثة اختلاف كثير
فلينظر في المطولات ص او نصف وثلث ولا اجازة فالثلث نصفان
وقالا خماس ش اي اذا اوصى لرجل بنصف ماله ولاخر بثلث ماله فان
اجازت الورثة فلكل واحد ما اوصي له به فاصل المسيلة من ستة

لصاحب الثلث سهمان ولصاحب النصف ثلاثة اسهم وبقي للورثه سهم
وان لم تجز الورثه وهي مسئلة المتن فقال ابو حنيفه الثلث بينهما نصفان
لكل واحد منهما سهم من ستة وعندهما الثلث علي خمسة اسهم لصاحب
النصف ثلاثة اسهم ولصاحب الثلث سهمان لان الموصي له بالنصف
يضرب بجميع وصيته عندهما والموصي له بالثلث يضرب بالثلث فنجعل
كل ثلث سهما فيصير اصل الثلث من ثلاثه فانكسر في حق صاحب النصف
فيضرب في مخرج النصف وهو اثنان فيصير ستة فصار كل سدس
سهما فالنصف يكون علي ثلاثة اسهم والثلث علي سهمين فيصير الثلث
بينهما علي خمسة اسهم لصاحب النصف ثلاثه ولصاحب الثلث سهمان
لان عندهما بطريق العول فلهذا عالت الي خمسة وقد تكلم الشراح
في هذه المسئلة كلاما لا يلتئم بعضه ببعض فلينظر فيها ص
والامام لا يضرب للموصي له بما زاد علي الثلث الا في المحاباه والسعايه
والدراهم المرسلة ش قال ابو حنيفة لا ياخذ الموصي له بما زاد علي
الثلث شيا بسبب زيادة وصيته علي الثلث بل يضرب بقدر الثلث
الا في ثلاثة مواضع وهي المحاباه والسعايه والدراهم المرسله وقالا الموصي
له بما زاد علي الثلث يضرب بجميع وصيته في الثلث في المسايل كلها واصل
ذلك يظهر في من اوصي لزيد بجميع ماله ولعمرو بثلث ماله ولم تجز الورثه
فعند ابي حنيفة الثلث بينهما نصفان وعندهما الثلث بينهما علي
اربعة ثلاثة اسهم لصاحب الجميع وسهم لصاحب الثلث فيضرب الموصي
له بما زاد علي الثلث لان الموصي فقد شيين الاستحقاق والتفضيل
وامتنع الاستحقاق لحق الورثه ولا مانع من التفضيل كما في السعايه

واختها

واختها ولابي حنيفة ان الوصية بما زاد علي الثلث وقعت بغير المشروع
عند عدم الاجازة من الورثه اذ لا بيت مورثهم اذ ذاك فتبطل اصلا وفي
هذه الصور الثلث انما يضرب فيما زاد علي الثلث لانها لم تقع باطله لانها
ليست بوصية بالنصف ولا باكثر من الثلث لا بطريق المطابقه ولا
بطريق التضمن والبطلان هناك باعتبار ذلك ولا يعتبر الباطل
والتفضيل ثبت في ضمن الاستحقاق كالمحاباه الثابتة في ضمن البيع
يبطل ببطلان البيع بخلاف الوصية بالدراهم المرسلة واختها لان لها
نفاذا في الجملة بدون اجازة الورثة بان كان في المال سعة فيعتبر فيها
التفاضل فيضرب كل واحد منهما بجميع حقه لكونه مشروعا ولاحتمال
ان يصل كل واحد منهم الي جميع حقه بان يظهر له مال فيخرج الكل
من الثلث وانما قيد بعدم الاجازة لانه اذا اجازت الورثه يكون
عند الامام لصاحب الجميع خمسة اسهم ولصاحب الثلث سهم وعندهما
يكون لصاحب الجميع ثلاثة ارباعه ولصاحب الثلث ربعه كما اذا لم
تجز الورثه ص او بسهم من ماله فله اخر السهام ولا تزاد علي الثلث
السدس وقالا مثل احد سهامهم ولا يزاد علي الثلث ش قال ابو حنيفه
اذا اوصي رجل لاخر بسهم من ماله يعطي له احد سهام الورثه الا ان
يكون ذلك اكثر من السدس فيعطي له السدس ولا يزاد عليه وهذه
رواية المبسوط فيمكن ان يكون اقل من السدس وهو اشارة المتن ورواية
الجامع الصغير اذا كان اقل من السدس يتم له السدس وقال ابو يوسف
ومحمد يعطي له اخر السهام سواء كان اقل من السدس او اكثر الا ان يزيد علي
الثلث فيعطي له الثلث وحاصل ذلك ان السهم عند الامام اسم للسدس

وعندهما اسم للجزء لانما ان السهم لما يستحقه الوارث عرفا وشرعا خصوصا
في الوصية واقل السهام متيقن لكونه يقينا وما زاد عليه مشكوك ولا يزاد
على الثلث لان الثلث موضع الوصية عند عدم الاجازة ولابي حنيفة ما روي
ابن مسعود رضي الله عنه ان رجلا اوصى لبعضهم من ماله فقضى رسول الله
صلى الله عليه وسلم في ذلك بالسدس وقال الفقيه ابو الليث
روي عن اياس بن معاوية بن قره انه قال السهم في كلام العرب هو
السدس وكان اياس من كبار التابعين ولاه عمر بن عبد العزيز قضا
البصرة ولو مات وترك امراة وابنا فللموصى له على رواية كتاب الوصايا
الثمن فيزاد على ثمانيه فيكون له تسع وعلى رواية الجامع له السدس
ولو ترك امراة واخا لابوين فعندا لامام السدس وعندهما الربع ه
ويصير خمسا ولو ترك ابنين فعنده له السدس وعندهما الثلث
ولو اوصى لرجل لبعضهم من ماله ثم مات ولا وارث له فله النصف
لان بيت المال بمنزلة ابن فصار كان له ابنين ولا مانع من الزيادة ه
على الثلث وتصح ص او بجزء اعطاه الورثة ما شاوا ش اي اذا اوصى
بجزء من ماله قيل للورثة اعطوه ما شئتم لان الجزء اسم عام يقع
على القليل والكثير فكان المراد منه مجهولا ولكن الجهالة في الوصية لا تمنع
صحتها والورثة قايمون مقام الموصي فكان البيان اليهم قال الفقيه
ابو الليث واذا اوصى بجزء من ماله او ببطايفة من ماله او ببعض من
ماله او بشقص من ماله فللورثة ان يعطوه ما شاوا لان هذه الالفاظ
تصلح للقليل والكثير فاذا ارتفع على معلوم فالبيان للورثة ص او بثلث
دراهمه او غنمه فهلك ثلثاها والثلث يخرج من ثلث ماله اعطيناه كل

الباقي

الباقي لاثلثه ش قال علماونا الثلاثة اذا اوصى بثلث دراهمه او بثلث غنمه
فهلك ثلثاذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث بقية مال الموصي فالباقي
كله للموصى له وهذا استحسان وقال زفر وهو القياس للموصى له ثلث ما بقي
والحكم في الهلاك والاستحقاق على السواء لان التركة مشتركة بين
الورثة وبين الموصى له بالثلث اثلاثا فما هلك هلك على الحقين وما
بقي بقي على الحقين كما اذا اوصى بثلث ماله مطلقا وهلك ثلثا تركته
كان له ثلث ما بقي منها كذلك هذا ولنا ان الوصية هنا
معينة ولهذا الايزاد بزيادة المال بعد الموت ولا ينقص بنقصان مال
آخر من التركة فتعلقت بثلث الغنم ووجب تسليمها منه وتسليم
الثلث اليه فاذا هلك الثلثان تعين هذا الثلث الباقي الذي هو محل
التسليم والتسليم وصار ثلث الدراهم كالدراهم بخلاف
الاجناس المختلفة لانه لا يمكن الجمع فيها جبرا والجنس الواحد يمكن جمع
حق احدهم في الواحد ولهذا لا يجري فيه الجبر على القسمة مع ما فيه
من الجمع فجعلناه حق الموصى له فيما بقي تقديما للوصية على الارث لان
الموصي جعل حاجته في هذه العين مقدمة على حق ورثته بقدر الموصى
به ص او بثلث ثيابه المختلفة الجنس فهلك ثلثاها والباقي يخرج
من الثلث احد ثلثيه ش اي اذا اوصى بثلث ثيابه المختلفة الاجناس
فهلك ثلثاه وبقي ثلثها وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق
الموصى له الا ثلث ما بقي من الثياب والاصل في هذه المسايل انه اذا اوصى
لرجل بثلث شيء فهلك الثلثان او استحق وبقي الثلث فان كان الشيء مما
يحتمل القسمة انصرفت الوصية الى الباقي كما اذا اوصى بثلث الغنم او بثلث

الثياب من جنس واحد او بشيء من المكيل او الموزون فهلك الثلثان فالباقي
كله له فان كان الشيء مما لا يحتمل القسمة ليس له من الباقي الا ثلثه كما في
مسئلة الكتاب اذا اوصى بثلث ثياب مختلفة او دواب مختلفة فهلك
الثلثان وبقي الثلث ليس له من الباقي الا ثلثه لانه لو لم يهلك شيء
وارتفعوا الى القاضي لم يكن له ان يدفع اليه هذا الباقي فكذلك بعد
هلاك الثلث لم يجز له ان يدفع اليه لانه لم يكن له من الوصية الا ثلثه
بخلاف ما تقدم فانه يدفع اليه هذا الباقي بعد هلاك الثلثين كما كان
له ان يدفع قبل هلاك الثلثين ص او بثلاثة اعبد فمات اثنان فله
ثلث الثالث وقالا له كله ش قال ابو حنيفة اذا اوصى بثلث ثلاثة اعبد
فهلك ثلثان وبقي ثلث له ثلث الباقي وقالا له كل الباقي وهذا يرجع الى
اصل وهو ان ابا حنيفة لا يرى قسمة الرقيق جبرا لانه عنده بمنزلة
اجناس مختلفة وهما يريان ذلك ولذلك اذا اوصى بدار مختلفة ه
فاستحقت داران وبقيت دار واحدة فهو على هذا الاختلاف لان من
اصل ابي حنيفة انه لا يرى جميع الانصباء في دار واحدة وهما يريان ذلك
ولو ان الثلثين استحقا مشاعا وبقي الثلث فالباقي كله له في قولهم
جميعا كذا في كتاب ثلث الوصايا ص او بامة فولدت بعد موته ثم
قبل الوصية فان خرجا من الثلث والا فهو ماخوذ من الام وقيمة الولد
وقالا منهما جميعا ش قال ابو حنيفة اذا اوصى رجل لزيد بجارية
فولدت ولدا بعد موته الموصي ثم قبل الموصى له تلك الوصية فان
خرجا من الثلث ياخذهما الموصى له لان الام داخلة في الوصية اصالة
والولد داخلا تبعا لكونه متصلا بالام وكانا للموصى له وان لم يخرجا من

الثلث

الثلث ياخذ الام من الثلث وان بقي شيء اخذه من الولد وقال ابو يوسف
ومحمد يضرب بهما في الثلث وياخذ الحصة منهما جميعا تنفيذا للوصية منهما
على السواء وذكر في الجامع الصغير صورة فقال رجل لدستمائة درهم وجارية
تساوي ثلثمائة درهم فاوصى لرجل بالامة ثم مات الموصي فولدت
الامة ولدا تساوي ثلثمائة درهم قبل القسمة فعند ابي حنيفة للموصى
له الامة وثلث ولدها وعندهما له ثلثا الامة وثلث الولد لان الوصية
تسري الى الزوائد الحادثة قبل القسمة بالاجماع لكن التركة باقية
على ملك الميت واذا ثبتت السراية صار كان الوصية وقعت بهما
فوجب تنفيذها على ثلثي كل واحد منهما ولابي حنيفة ان الام اصل
والولد تبع ولا يجوز نقض الاصل بالتبع وفي جعل الولد شريكا معهما
نقض الوصية في بعض الام فلا يجوز ولا بد ان تنفذ الوصية من
الام ثم من الولد ص او بالف وله عين ودين فان خرجت من ثلث
العين دفعت اليه والا اخذ ثلث العين وثلث ما يخرج من دين حتى
يستوفي ش اذا اوصى لرجل بالف درهم وله مال من العين والدين
فان خرجت الالف الموصى بها من ثلث العين دفعت الى الموصى له
وان لم تخرج دفع اليه ثلث العين وكل ما خرج من شيء من الدين اخذ
ثلثه حتى يستوفي ثلث الالف لان الموصى له شريك الورثة والاصل
في الشركة ان توفى حق كل واحد منهم من غير ايقاع بخس في حق الاخر
فاذا خرجت الالف من ثلث العين دفعت من العين الى الموصى له لان
البخس لا يلزم في حق كل احد لان الثلثان من العين يصلان الى الورثة
فان لم تخرج الالف الموصى بها من ثلث العين لم يدفع جميع الالف من العين

الى الموصي له لان الجنس حينئذ يلزم في حق الورثة لزيد النقد على الدين وان
الدين ليس بمال مطلقا وانما يصير مالا بواسطة الاستيفاء لان الدين
وصف ثابت في الذمة واذا كان كذلك كان الدين في معنى التلاوي ولهذا
لو حلف ان لا مال له وله ديون على الناس لا يحنث وكان القياس على هذا
ان لا يأخذ الموصي له ثلث الدين ولكنا نقول لما انقلب عند الاستيفاء مالا
دخلت الوصية كالقصاص اذا انقلب بعفو بعض الاولياء ما لا شارك
الموصي له الورثة فيه وان لم يكن له حق في نفس القصاص ص او بالثلث لزيد
وبكر واذا كر ميت اخذ زيد كله ش اذا اوصى بثلث ماله لزيد وبكر فاذا
كر ميت فالثلث كله لزيد لان الميت ليس باهل للوصية مما اذا اوصى لزيد
وجدار كاتب الوصية لزيد وعن ابي يوسف انه اذا لم يعلم بموته فله
نصف الثلث لانه اذا لم يعلم بموته لم يرض الحي الا بنصف الثلث بخلاف
ما اذا علم بموته فله كله لان الوصية له وقعت لغوا فكان راضيا
بالثلث كله للحي ولكنا نقول استحقاق الحي منهما لجميع الثلث بالعدام
المزاحمة للميت عند اجاب الموصي وفي هذا لا فرق بين علمه بموته
وجهله ص او قال هو بينهما فنصفه ش اي اذا قال ثلث مالي بين زيد
وبكر وزيد ميت كان لبكر نصف الثلث لان قضية هذا اللفظ ان يكون
لكل واحد منهما نصف الثلث بخلاف ما تقدم لان من قال ثلث
مالي لفلان وسكت كان له كل الثلث ولو قال ثلث مالي بين فلان وسكت
لم يستحق الثلث بل يستحق نصف الثلث وان كان يحتمل ان يكون مراد الموصي
بين فلان وفلان وفلان اذ الاصل في الوصية متيقن به فيستحق نصف
الثلث ولان كلمة بين كلمة تنصيف قال تعالى ونبئهم ان القسمة

بينهم

بلغ مقابلة

بينهم والمراد بذلك المناصفة بدليل قوله لها شرب ولكم شرب يوم معلوم

ص او بالثلث ولا مال له فاكتسب استحق ثلث ما يملكه ش اي اذا اوصى بثلث ماله عند الموت د
ولا مال له فاكتسب مالا استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت لان الوصية
عقد مضاف الى ما بعد الموت لانها تمليك بعد الموت ولهذا يعتبر القبول
والرد بعد الموت فكان وجود المال عند الموت شرطا لا قبله والمضاف
الشرط كالموجب عند وجوده كانه قال عند الموت ثلث مالي لفلان فيستحق
ثلث ما يملكه في تلك الحالة ولا معتبر بما قبله ص او به لزيد او بكر فهي باطلة
ويأمرهما بالقسامة صلحا وخير الورثة في التعيين ش قال ابو حنيفة
اذا اوصى بثلث ماله لزيد او بكر بعد الوصية باطلة وعندهما صحيحة
الا ان ابا يوسف قال تكون الوصية بينهما نصفين وقال محمد الخيار الى
الوارث في ذلك يعطي ايهما شاء وجه قولهما ان الايجاب وقع صحيحا فان
كان احدهما مجهولا ولكن هذه جهالة يمكن ازالتها الا ترى ان الموصي لو
عين احدهما حال حياته بتعيين شرعا ان ابا يوسف يقول لما مات
الموصي قبل التعيين شاعت الوصية لهما وليس احدهما بالاولى من
الاخر كمن اعتق احد عبديه بموته ثم مات قبل البيان فان العتق يشيع
فيهما جميعا فيعتق من كل واحد منهما نصفه كذا هذا يكون لكل واحد
منهما نصف الوصية ومحمد يقول لما مات الموصي عجز عن التعيين بنفسه
فيقوم وارثه مقامه فيه ولابي حنيفة ان الوصية تمليك مضاف
الى ما بعد الموت فيستدعي كون الموصى له عند الموت معلوما والموصى
له عند الموت مجهولا فلم تصح الوصية من الاصل كما اذا اوصى بثلث ماله
لرجل من الناس فان الوصية لا تصح بالاجماع وبيان الموصي في احدهما حال

حياته انشا الوصية لاحدهما فكانت وصيته مستانفه ص اوزيد ن
وللمساكين قسمه بينه وبين اثنين اثلاثا وقالابينه وبين مسكين
نصفين ش قال محمد اذا اوصى بثلث ماله لفلان وللمساكين فثلث الثلث
لفلان وثلثاه لمسكينين وقالا بوحنيفه وابو يوسف نصفه لفلان
ونصفه لمسكين ولمحمد ان الوصية اخت الميراث والجمع في باب الميراث
يتناول الاثنين لقوله تعالى فان كان له اخوة فلامه السدس والمراد
بهذا الجمع اثنان فكذا هنا ولما ان الجمع المحلى بلام التعريف يفيد
الاستغراق واذا تعذر صرفه الى جميع افراده يصرف الى الواحد
حتى يكون مصروفا الى كله على سبيل البدل كما اذا قال والله لا
اتزوج النساء حيث يحنث بتزوج الواحدة وفي مسئلتنا تعذر الصرف
الى كل الافراد للجهالة الفاحشة فيصرف الى واحد منهم وكانه اوصى
لزيد ولفرد من افراد المساكين فيكون لزيد نصف الثلث ولمسكين
نصفه ص اوبنصيب ابنه لم يصح ش اذا اوصى لرجل بنصيب ابنه
فالوصية باطلة لان نصيب ابنه ما يصيبه بعد موته وهو ثابت
له بنص قاطع قال الله تعالى يوصيكم الله في اولادكم الاية فلا يحتمل
التحويل الى غيره ص اومثله صح ش اذا اوصى بمثل نصيب ابنه يصح لان
مثل الشيء غيره فليس في هذه تحويل نصيب ثابت الى الموصى له بل يبقى
نصيبه ويراد مبلغ مثله ويعطى للموصى له ص فان كان له ابنان اخذ
الثلث ش والقياس ان يكون له النصف عند اجازة الورثة لانه
اوصى له بمثل نصيب ابنه ونصيب كل واحد منهما النصف وجه
الاول انه قصد ان يجعله مثل ابنه لان يزيد نصيبه على

نصيب

نصيب ابنه وذلك بان يجعل الموصى له كاحدهم فيكون للموصى له ثلث المال
ولا يحتاج هنا الى الاجازة ولو اوصى بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد
فللموصى له نصف المال ولابنه النصف غير ان الزيادة على الثلث تتوقف
على اجازة الورثة اذا اجازت الورثة الزيادة والا فلا وان لم يكن له ابن
او ابنة تصح الوصية لانها لم تحول نصيبا ثابتا وكانت وصيته
بمثل نصيب ابنه او بنته ص او باحد نصيب بنيه وهم ثلاثة
ولاخر بالثلث ولا اجازة يامر لهذا بثلثي الثلث وللاول بثلثه وامر
له بثلاثة اخماسه وللاول بخمسيه ش قال ابو يوسف اذا كان
لرجل ثلث بنين واوصى لرجل بمثل نصيب احدهم ولاخر بثلث
ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما اثلاث لان الورثة لو اجازوا كان
للموصى له بالثلث ضعف ما يكون للموصى له بمثل نصيب احدهم
فيه لانه يدفع الثلث اليه ثم يجعل كانه خلف اربعة بنين
فيكون الثلثان بينهم بالسوية فيحصل له السدس وهو نصف
ما حصل للموصى له بالثلث فاذا لم تجز والقسم الثلث بينهما
كذلك فيعطى للموصى له بالثلث سهمان وللاخر سهم فتصح المسئلة
من تسعة لان الثلث يبقى ثلاثة اسهم ولكل ابن سهمان
وقال محمد الثلث بينهم عند عدم الاجازة على خمسة لصاحب
الثلث ثلاثة ولصاحب النصيب سهمان لان الثلث لما كان متعينا
لتنفيذ الوصيتين بقي للورثة الثلثان وهما سهمان من ثلاثة
اسهم وذلك لا يستقيم على ثلاثة وضربنا ثلاثة في ثلثة صارت
تسعة ثلثها وهو ثلاثة للموصيين على ما يقتضيه استحقاق الموصى

لما قلناها وهي ستة للبنين الثلاثة لكل ابن سهمان فاذا ظهر
ان نصيب احدهم سهمان ضرب الموصي له بالثلث في الثلث بثلاثة
اسهم وضرب الموصي له بمثل نصيب ابن في الثلث بسهمين صار الثلث
بينهما على خمسة اسهم فتصح المسئلة من خمسة واربعين لان
الخمسة انكسرت عليهما فضربت في الستة صارت خمسة واربعين
فالثلث خمسة عشر للموصي لهما ولصاحب الثلث ستة ولصاحب
مثل نصيب ستة والثلثان وهو ثلثون للبنين الثلاثة
على السويه ص ولو خلف ثلاثة وثلاثة الاف فادعى زيد ان
اباهما اوصى له بالف فصدقه احدهم امرناه بدفع ثلث نصيبه
لا بثلاثة اخماسه ش قال علماونا اذا مات انسان وترك
ثلاث بنين وثلاثة الاف درهم فاقتسموها واخذ كل واحد
ثلث نصيبه وهو الفجاه رجل وادعى ان اباهم اوصى له بثلث ماله
فصدقه واحد وكذبه الاخران يعطيه المقر ثلث ما في
يده وقال زفر يعطي المقر لمدعي الوصية ثلاثة اخماس ما
في يده له ان في زعمه ان ثلث التركة له والثلثين بين البنين
الثلاثة اثلاثا فيحتاج الى حساب له ثلث وثلثه ثلث واقل
ولكن تسعه ثلثة للموصي له بالثلث وهو ثلاثة اسهم والباقي
وهو ستة بين الثلاثة اثلاثا لكل واحد سهمان فلما اقران
للموصي له بالثلث ثلاثة اسهم وللمقر سهمان فيقسم ما في يده
بينهما على هذه السهام وهي خمسة للموصي له بالثلث ثلاثة وله
اثنان ولنا ان المقر يقول الوصية في كل المال فالثلث الذي

ثلثه م

له هو مشاع في كل التركة وفي يده ثلث ذلك فيعطيه ثلث ما في يده
ص او اثنين فصدقه احدهما امرناه بثلث قسمه لا بنصفه ش
قال علماونا الثلاثة اذا كان للميت ابنان اقتسما تركة الاب واقر
احدهما لرجل بوصية الثلث يعطيه ثلث ما في يده استحسانا وه
وقال زفر يعطيه نصف ما في يده له ان المدعي يقول للمقر
انك مقر بان المال بيننا اثلاثا فكان حقي وحقك سواء فيجب ان يكون
لي نصف ما في يدك ولنا ان المقر اقر له بثلث شايع في كل التركة
كما تقدم فكان مقرا له بثلث كل جزء من التركة فيلزمه ثلث
ذلك ولانه لو اخذ نصف ما في يده لازداد حقه على الثلث لانه زعما
يقر له ابنه الآخر به ايضا فيأخذ نصف ما في يده فيصير نصف
التركة بخلاف ما لو اقر احدهما بدين على ابيه لغيره فانه يعطيه
كل ما في يده اذا كان الدين مستغرقا لان الدين مقدم على الميراث
واما الموصي له فشريك الوارث فصار مقرا بانه شريكه وشريك
اخيه في الثلث ص ولو اعتق او حابي او وهب اعتبر من الثلث
ش اي اذا اعتق المريض في مرضه عبدا او باع وحابي او وهب
فحكم هذه التصرفات حكم الوصية حتى تعتبر من الثلث ويزاحم
اصحاب الوصايا في التصرف والمراد من ضربهم بالثلث مع اصحاب
الوصايا في الثلث ويحاصونهم لان العتق المنفذ في المرض
مقدم على الوصية بالمال في الثلث لا ان كل واحد من الاشيا المذكورة
وقع وصية حقيقة لان حقيقة الوصية ايجاب تمليك مضاف
لما بعد الموت وهذه الاشيا وقعت منجزة في الحال وانما اعتبرت

من الثلث لتعلق حق الورثة بماله فصار محجورا عليه في حق الزايد على
الثلث وكذا كل تصرف ابتدا المريض ايجابه على نفسه كالضمان فهو
في حكم الوصية لانه تبرع كالهبة وكلما اوجبه بعد الموت فهو من
الثلث وان اوجبه في حال الصحة اذ المعتبر حالة الاضافة لا حالة
العقد وما بعده من التصرف كالعتق والهبة فالمعتبر فيه حالة
العقد فان كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان مريضا فهو من الثلث
وكل مرض يبرا منه فهو ملحق بحال الصحة لان حق الورثة والغرما
لا يتعلق بماله الا في مرض موته وبالبرء تبين انه ليس بمرض الموت
فلا حق لاحد في ماله ص وان حابى ثم اعتق وضاق الثلث فالمحاباة
اولى او عكس فيهما سواء او حابى بين عتقين فنصف الثلث للمحاباة
ونصف للعتقين او اعتق بين محابتين فنصفه للاولى ونصفه
بين الثانية والعتق وقالا العتق اولى ش اذا وجدت المحاباة
والعتق في مرض الموت وفي ذلك اربع مسايل ان خرج الكل من الثلث
فلا خلاف في نفاذ الكل وان لم يخرج منه ففيه الخلاف المسيلة
الاولى ان تقدم المحاباة على العتق فهي اولى عند الامام وان
فضل شيء فللعتق ويسعى العبد في بقية قيمته وان لم يفضل شيء
يسعى في كل قيمته وقالا العتق اولى تقدما او تاخرا الثانية
ان يبدا بالعتق ثم بالمحاباة فعند الامام يشتركان ويتحاصان وقالا
ينفذ العتق فان فضل شيء فللمحاباة الثالثة ان يبدا بالعتق ثم
بالمحاباة ثم بالعتق فعند الامام يصرف نصف الثلث للمحاباة لانها
تشارك العتق الاول عنده ثم ما اصاب العتق الاول قسم بينه

مطلقا ام

وبين

وبين العتق الاخر نصفين وقالا العتق اولى بذلك الرابعة ان يبدا
بالمحاباة ثم بالعتق ثم بالمحاباة فعند الامام الثلث بين المحابين
لاستوايهما ثم ما اصاب الثانية يقسم بينها وبين العتق لتقدمه
عليها لم يشاركها وقالا العتق اولى بكل حال في الصور كلها لما
ان العتق تصرف لا يلحقه الفسخ بخلاف المحاباة لكونها في ضمن عقد
البيع وهو قابل للفسخ فلذلك هي فكان العتق اولى والتقدم في
الركن لا يوجب التقدم في الثبوت فلم يعتبر تقديم الموصي وتاخيره
روي عن ابن عمر رضي الله تعالى عنه انه قال اذا كان في الوصايا
عتق بدي به ولابي حنيفة ان المحاباة اقوى لكونها ثبتت
في ضمن عقد المعاوضة فكانت تبرعا معنى لا صورة والاعتاق
تبرع صورة ومعنى والمعاوضات اقوى من التبرعات لان المريض
ممنوع من التبرعات وليس ممنوعا عن المعاملات فكانت المحاباة
في نفسها اقوى من العتق حتى ياخذ الشفيع فاذا وجدت المحاباة
اولا فهي اقوى لما قلنا لم يزاحمها الاضعف بعدها الا العتق اذا تقدم
عليها وهو غير قابل للفسخ تعارضا من حيث ان للعتق قوة السبق
وللمحاباة قوة المعاوضة فاستويا فاشتركا ص وما قدمنا ما قدم
مطلقا ش قال ز فراد اقدم الموصي المحاباة على العتق اعتبر ما قدم
اذا لم يف الثلث بهما جميعا لان بدايته به دليل اهتمامه به فكان
تقديمه هو غرضه فتبع غرضه قلنا ان حكمهما ثابت عند الموت
ثبوتا واحدا فلا ترجيح بالتقديم والتاخير الواقع قبله ص واذا
اشترى ابنه في مرضه بالف درهم وقيمته خمسمايه واعتق عبدا قيمته

ان ص

خمسمايه وهي المال فالمحاباة نافذة وعليهما السعاية في قيمتهما والابن
لا يرث وقالا العتق اولي ولسيعي الابن وحده ويرث ش اي اذا اشتري
شخص ابنه في مرض موته بالف درهم وقيمته خمسماية درهم بزيادة
خمسماية درهم وكان له عبد قيمته خمسماية درهم ولم يكن له مال
سوي الالف التي اشتري بها ابنه وعبده الذي اعتقه فقد
اجتمعت فيه ثلاث وصايات وصية للبايع بزيادة خمسماية على قيمته
وهي المحاباة ووصية لابنه فاعتاقه بالشراء لان الشراء اعتاق
ووصية لاعتاقه عبد فعندا ابي حنيفة البايع اولي بالوصية فان
المحاباة عنده مقدمة على العتق فيسلم الثلث كله وهو خمسمايه
للبايع ولسيعي الابن والعبد كل منهما في جميع قيمته ولا ميراث للابن
عنده لانه مستسعي وهو لا يرث ما دام يسلتسعي وقالا لا يعتق العبد
ولا سعاية عليه لان العتق مقدم على اصلهما وسقص المحاباة لتقدم
العتق عليه ولسيعي الابن في جميع قيمته فيكون الحاصل للورثة الفا وهو
ثلثا مال المريض ويحصل للوصية خمسماية ثمن العبد ولا يسعي لان
نقض العتق بعد وقوعه لا يمكن ويرث الابن عندهما ويا خذ من الخمسمايه
التي دفعها للبايع وتسقط حصته مما يسعي وانما يسعي الابن لان
الوصية للابن لا تصح لانه وارث عندهما فالحاصل عندهما ان الابن
يرث وان الثلث كله يصرف الي العبد فيعتق مجانا وان الابن يسعي
في جميع قيمته لان نقض العتق بعد وقوعه لا يمكن صورة فنقضناه
معني لوجود السعاية ص او نالف وهي قيمته وله الفان عتق وورث
والسعاية لا تجب ش اي اذا اشتري المريض ابنه في مرض موته بالف

وهي

وهي قيمته وله الف درهم سوي هذه الالف التي اشتري بها ولده ثم
مات يعتق العبد لان شراء القريب اعتاق ويرث باعتاق علما بانه الخروج
الولد عن الثلث والخلاف في السعي فقال الامام لا سعاية عليه وقالا يسعي
في جميع قيمته ثم ان كانت السعاية بمثل نصيبه من الميراث تقاصا
لاتحاد الجنس وان كانت اكثر منه يسعي في الفضل وان كان اكثر منها
ياخذ الفضل على السعاية وهذا اذا خرج الولد من الثلث اما اذا
لم يخرج بان اعتق عبدا خر سيا وي الف درهم ولا مال له سوي
الالفين والولد والعبد فعند الامام ثلث ماله وهو الف وثلثمايه
وثلثه وثلاثون وثلث بين الولد والعبد نصفين لكل واحد منهما
ستمايه وستة وستون وثلثان فيسقط هذا القدر من كل واحد
منهما ويسعي كل واحد منهما في الباقي وهو ثلثمايه وثلثه وثلثون
وثلث ولا يرث الابن لانه مستسعي هذا عند الامام واما عندهما
فالثلث كله للعبد الاجنبي فيعتق بغير سعاية لانه يخرج من الثلث
وان الابن وارث عندهما فلا تصح الوصية له لان المستسعي عندهما
حر مديون ويسعي الابن في كل قيمته رد الوصية لان العتق في
المرض وصية وانه وارث ولا وصية للوارث لكن بعض العتق
لا يمكن بعد وقوعه فوجب نقضه معنا بجاب السعاية لبقية
الورثة وانه ممكن والمستسعي حر مديون ثم ان كان ميراثه مع
السعاية ليستويان تقاصا والازاد الفضل كما بينا في الصورة
الاولي فان المقاصة عندهما ثابتة في الصورتين اذ الارث ثابت
عندهما فيهما والسعاية ايضا في جميع القيمة ثابتة فيهما ايضا عندهما

ولابي حنيفة ان ايجاب السعاية لايمكن عليه اذا خرج من ثلث المال
لان في ايجابها ابطالها لان السعاية لو وجبت لصار كالمكاتب والمكاتب
لايرث لانه عبد مابقي عليه درهم والرق من الموانع للارث واذا لم يرث
صارت الوصية لغير الوارث فصحت واذا نفذنا الوصية لانلزمه
السعاية لخروجه من الثلث فيصير وارثا واذا صار وارثا لم تجز
الوصية فتجب السعاية فلا يزال هكذا يدور والدور ساقط فما
يؤدي الى الدور يكون ساقطا فوجوب السعاية هو الذي اوجب
الوقوع في الدور فلا يوجب السعاية كيلا يقع في الدور ص واذا اوصى
ان يشتري بكل ماله عبد فيعتق فلم تجز واتى بباطلة وقالا يشتري
بالثلث او بهذه المائة ويعتق فهلك بعضها فالباقي لايعتق به ش
قالت ابو حنيفه اذا اوصى ان يشتري بكل ماله عبد فيعتق عليه
ولم تجز الورثه بطلت الوصيه وقالا يشتري عبد بثلث ماله
فيعتق وكذا لو اوصى بان يشتري له بمائة درهم وثلث ماله
لايبلغ مائه بطلت الوصية عنده وعندهما يشتري بالثلث
ويعتق عنده وهذا الخلاف بنا على ان العتق عندهما حق العبد ولهذا
لايقبل الشهادة عليه بدون الدعوي فاختلف المستحق فتبدل
الموصي له فبطلت الوصية وعندهما هو حق الله تعالى حتى يقبل الشهادة
عليه بدون الدعوي فلم يتبدل المستحق فبقيت الوصية وهذا
هو الاشبه بالصواب وانهما قاسا بان حج عنه بكل ماله او بمائة درهم
وثلث ماله لايبلغ مائه ولابي حنيفة انه اوصى بعتق عبد يشتري بكل
ماله او بمائة درهم فلو نفذنا الوصية في عبد يشتري بأقل

من ذلك

من ذلك كان ذلك تنفيذا للوصية بغير من اوصي اليه وذلك باطل
بخلاف الوصية بالحج فانها وصية بالوصول الى البيت وانه يحصل
بالحج عنه من حيث يبلغ فافترقا ص او بان حج عنه بها فهلك بعضها
حج بالباقي من حيث يبلغ ش اي اذا اوصي بان حج عنه بهذه المائة فهلك
بعضها يحج بالباقي من حيث يبلغ بالاجماع والتعليل من الطرفين يقدم
قبل هذه المسئلة ص وتقدم الفرايض كالحج والزكاة والكفارة
ومن غيرها ما قدمه ش اي اذا اوصي بوصايا من حقوق الله تعالى مثل
الحج والزكاة والكفارة والصدقة وصدقة الفطر والاضحية قدمت
الفرايض منها سواء قدمها الموصي في تلفظه او اخرها لان الفرض اهم
من غيره والظاهر منه البداءة بالاهم فان تساوت في القوة بدا بما
بدا به الموصي منها يعني اذا ضاق الثلث عنها لان الظاهر من المرء
ان يبدا بما هو الاهم عنده والثابت بالظاهر كالثابت نصا فصار
كانه نص على تقديمه باعتبار حاله وذكر الطحاوي ان الزكاة تقدم
على الحج وهو رواية عن ابي يوسف ووجه ذلك ان الزكاة حق العبد
فيقدم لاحتياجه وفي ظاهر الرواية الحج مقدم عليها ووجهه
ان الحج عبادة بدنية والزكاة عبادة ماليه والبدنية اولى لان
النفس اعز من المال ثم يقدم الحج والزكاة على الكفارات لرجحانهما
عليها فانه قد جاء فيهما من الوعيد ما لم يات في غيرهما قال الله
تعالى ولله على الناس حج البيت الاية فكانه قيل ومن يريد الحج وقال
تعالى والذين يكنزون الذهب والفضة الاية وكفارة القتل والظهار
واليمين مقدمة على صدقة الفطر وصدقة الفطر مقدمة على

الاضحية للاتفاق على وجوبها دون الاضحية وعلى هذا القياس يقدم الاقوى
فالاقوى حتى تقدم كفارة القتل على كفارة الظهار وكفارة اليمين لانها
اقوى والكثر تغليظا منها الا ترى ان الاسلام شرط في التحرير فيهما ونيتها
ثم كفارة اليمين على كفارة الظهار لانها تجب بهتك حرمة اسم الله
تعالى وكفارة الظهار وجبت بايجاب حرمة على نفسه فكانت كفارة
اليمين لغلظ واقوى وتقدم النذر على الاضحية لان النذر ثابت
بالكتاب دون الاضحية والاضحية تقدم على النوافل لانها واجبة عند
الامام سنة موكدة عندهما والواجب والسنة الموكدة مقدمان على
النفل وان كان الكل من الواجبات او الكل من النوافل يقدم ما قدمه
الموصي لان عند تساويها لا يمكن الترجيح بالذات فيرجح بالبداية وما
ليس بواجب تقدم منه ما قدمه الموصي لما بينا من قبل ص او لعبده
بالثلث فثلثه من بعد موته وعليه السعاية في ثلثيه وله ثلث ما بقي
تركته وقالا يعتق كله ويتمم له الثلث من الباقي ش اذا اوصى بثلث
ماله لعبده صحت الوصية بالاتفاق لكن عند الامام يعتق ثلثه
بعد موت المولى لانه من جملة مال اليتيم الميت فملك ثلث نفسه
كما ملك ثلث سائر امواله ومن ملك نفسه عتق ولكن يعتق عبده
بعد ما ملك ويسعى في ثلثي قيمته للورثة وللعبد ثلث المال
في سائر التركة لانه كالمكاتب عنده والوصية لمكاتبه صحيحة
وان لم تخرج من الثلث سعى فيما لا خرج من الثلث لهم وعليهم ان يردوا
له ثلث ما في ايديهم فان كان في ايديهم شيء من جنس القيمة وقعت
المقاصة وان لم يكن فان كانت عروضا تقع للمقاصة بالتراضي وان لم

حرصح

يوجد التراضي ياخذ العبد ثلث باقي المال ويسعى في ثلثي قيمته لهم وقال
ابو يوسف ومحمد يعتق العبد كله ويبدا بالعتق من الثلث فان بقي من الثلث
شيء دفع الى العبد وان لم يخرج العبد من الثلث سعى في قدر ما ضاق
عن الثلث وهي فرع مسئلة تجزي الاعتاق فعندهما لما كان متجزيا
يعتق ثلثه وعندهما لما كان غير متجز يعتق كله والتفصيل قد
تقدم في موضعه ص واذا قال لغير المدخول بها انت طالق او عبدي
هذا حر ومات مجملا فنصفه حر وعليه السعاية في نصفه ولها
مهرها وميراثها وقالا نصف الميراث وثلاثة ارباع المهر ويأخذ مهرها
باستيفاء ذلك من السعاية وغيرها وامرها بنصف المهر منها والباقي
من غيرها ش هذه المسئلة من مسائل الزيادات وهي ما اذا قال
الرجل في حال صحته لامراته قبل الدخول بها انت طالق او عبدي
هذا حر فله البيان ما دام حيا لانه هو المحل فاذا اختار احدهما ربط
الاخر لكلمة الشك فان مات من غير بيان ولا وطي عتق نصف العبد
لانه يعتق في حال ولا يعتق في حال فينصف ويسعى في النصف
عملا بالحالين جميعا وللمراة نصف المهر وميراث النساء ولا يطلق لانه
ما دام حيا فاحدهما غير واقع في المعين وبالموت يفوت البيان لان
الطلاق لا يقع بعد الموت والعتاق يقع كالتدبير الا ترى انه لو قال
لامراته انت طالق بعد موتي لا يصح فتستحق المهر والميراث بعد الموت
لبقاء النكاح وقال ابو يوسف ومحمد نصف ميراث النساء وربع المهر
يسقطان فلها نصف ميراث النساء وثلاثة ارباع المهر لان الطلاق
يقع في حال دون حال اي لان الواقع ان كان طلاقا فلها نصف المهر من غير

الميراث وان كان الواقع العتق فلها المهر والميراث كاملين فينصف الميراث
ميراث النسا فيطل نصفه وينصف نصف المهر فيطل ربعه لتردد الحال
فكان لها ثلاثة ارباع المهر ونصف ميراث النسا عند ابا يوسف
يقول لتستوي في المراة ذلك مما يسعى العبد ومن ساير التركة لان الكل
تركة ومحمد يقول لتستوي في المراة نصف المهر لذلك من السعاية وغيرها
اما ربع المهر ونصف الميراث فمن ساير التركة دون السعاية لانها تدعي
زيادة المهر والميراث بسبب ان العتق هو الواقع في الصحيح دون الطلاق
والعتق في الصحة لا يوجب السعاية فقد اقرت انها لا حق لها في
السعاية واما قدر نصف المهر فواجب بكل حال ووقع الطلاق امر لا
فكان في كل التركة كاعتاق نصف العبد والسعي في نصفه باتفاق
بينهم كما تري ص وان لعتق المريض امته ثم تزوجها وقيمتها اكثر
من الثلث فنكاحها فاسد ش قال ابو حنيفه اذا اعتق المريض امته
ثم تزوجها ثم دخل بها وقيمتها الف ومهر مثلها مايه ثم مات من
مرضه فان كانت قيمتها ومهر مثلها خرجا من الثلث فلها الميراث والمهر
وصح النكاح لانها عتقت من غير سعاية وان لم تخرجا من الثلث لزمتها
السعاية وصارت كالمكاتبة ونكاح المكاتبة لمولاها لا يجوز ولها المهر
بالدخول بالعقد الفاسد ويدفع لها مهر مثلها ثم يدفع ثلث ما بقي
بعد المهر وسعت فيما بقي من قيمتها لانه وصية وهي من الثلث والميراث
لفساد النكاح وقال ابو يوسف ومحمد النكاح جايز بكل حال لانها
حرة وان كان عليها سعاية ولها مهر المثل بالدخول بالعقد الفاسد
والزيادة عليه باطلة لانها وارثة ويسعى في الباقي اي تحاسب بالقيمة

الى تمامها

التي عليها من مهرها وميراثها فان كان ذلك على السوا تقع المقاصة بينهما
وبين الورثه وان لم يكن على السوا يرجح احدهما على الاخر بقدر الفضل
ص وان اوصى بخدمة عبده او سكنى داره سنين معلومة او ابدا فان
خرج العبد من الثلث سلم للخدمة وان كان هو المال خدمه يوما والورثه
يومين ش اي يجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره مدة معلومة
وابدا لان المنافع تجوز تمليكها حال الحياة بعوض وغير عوض وكذا بعد
الممات للحاجة الى ذلك كما في الاعيان ثم الموصي له يملكها على ملك الموصي
كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف ويجوز
موقتا ومؤبدا كما في الاعارة والاجارة لانها تمليك وكذا الوصية
لغلة العبد والدار جايز لانها بدل المنفعة والمجوز للوصية بها
الحاجة وهي تشمل الكل اذ الموصي يحتاج الى التقرب الى الله تعالى بما
يقدر عليه وكذا الموصي له محتاج الى قضا حاجته باي شي كان فان
خرجت رقبة العبد من الثلث سلم الى الموصي له ليخدمه لان حق الموصي له
الثلث لا يزاحمه الوارث فيه وان كان لا مال له غيره خدم الموصي له
يوما والورثة يومين لان حقه في الثلث وحقهم في الثلثين كما في
الوصية بالعين لان العبد لا يمكن قسمته اجزاء لانه لا يتجزا فصرفا
الى المهاياة فخدمهم اثلاثا هذا اذا كانت الوصية غير موقته وان
كانت موقتة بوقت كالسنة مثلا فان كانت السنة غير معينة خدم
الموصي له يوما والورثة يومين الى ان يمضي ثلاث سنين فاذا مضت
سلم العبد الى الورثه لان الموصي له استوفى حقه وان كانت معينة
فان مضت السنة قبل موت الموصي بطلت الوصية وان مات قبل مضيها

خدم الموصي له يوما والورثه يومين الي ان تمضي تلك السنة فاذا مضت
سلم الي الورثه وكذا الحكم لو مات الموصي بعد مضي بعضها بخلاف الوصية
بسكني الدار اذا كانت لا تخرج من الثلث حيث يقسم عين الدار اثلاثا
فيسكن الموصي له الثلث والورثه الثلثين وهذا هو الاشبه لاشتمال
ذلك علي استوايهم في المنفعة بالدار زمانا وذاتا فكان اولي من
المهاياة زمانا لا ذاتا ولو اقتسموا الدار مهاياة ليس لهم ان يبيعوا
ما في ايديهم من ثلثي الدار لان حق الموصي له ثابت في سكني جميع الدار ظاهر
بان ظهر للميت مال اخر ويخرج الدار من الثلث وكذا له حق المزاحمة
اذا خرب ما في يده والبيع يتضمن ابطال ذلك فيمنعون عنه ص
فان مات يعود اليهم ش قال علماونا اذا مات الموصي له بالمنفعة
بعد موت الموصي ينتقل العبد او الدار الي ورثة الموصي وقال
الشافعي ينتقل الي ورثة الموصي له لان الحكم يجري في المنافع كما يجري
في الاعيان فلو كان الموصي به عينا كانت بموت الموصي له تنتقل
الي ورثته فكذا في المنفعة لانها مملوكة له وقت الموت فيخلفه الورثه
كما في ساير املاكه ولنا ان الموصي اوجب الحق للموصي له ليستوفي
المنافع علي حكم ملكه فلو انتقل الي وارث الموصي له استحقها ابتدا من
ملك الموصي بغير رضاه وذلك غير جايز وهذا بخلاف ما اذا اوصي بغلة
داره او بثمرة نخله فمات الموصي له وفي النخل ثمر فانه يكون لورثه
الموصي له لان ذلك عين ملكها الموصي له وتركها بالموت فتصير ميراثا
لورثته وفي المنفعة لا تصير ص وان سكن ثلثها وهي المال فالوارث
لا يملك بيع الثلثين ويجيزه ش قال ابو حنيفة اذا اوصي بسكني داره

لرجل

ولو مات الموصي له بمنفعة سكنى الدار وخدمة العبد بعد موت الموصي نافذة وارث الموصي لان العلة ليس ملك للموصي له بل ملك الموصي بخلاف الاثمار فانها ... ورثة الموصي له لان العلة ملك الموصي

لرجل وليس للموصي له الا الدار ولم تجز الورثه ليس لهم ان يبيعوا ثلثي الدار
خلافا لابي يوسف له ان ذلك حقهم علي الخلوص فينفذ بيعهم فيه ولابي
حنيفة ان حق الموصي له بالسكني ثابت في سكني جميعها بدليل انه لو
ظهر للميت مال آخر تخرج الدار من ثلثه كان هو احق بسكني جميعها ولو خرب
ما في يده من الدار كان له ان يزاحم الورثة فيما في ايديهم وفي البيع ابطال
حقه وكانوا ممنوعين من البيع وذكر السكني في قول المصنف ولو سكن
ثلثها وقع اتفاقا فانه لو لم يسكن ثلثها فهو علي الخلاف وليس للموصي له
بالسكني والخدمة ان يواجر الدار والعبد لان الوصية تمليك
بغير بدل مضاف الي ما بعد الموت فلا يملك تمليكه ببدل اعتبارا
بالاعارة ص ولو اوصي لذا بخاتم ثم لاخر بفصه يعطي الفص للثاني وجعله
بينهما وقيل كونه بينهما وفاق ش قال ابو يوسف اذا اوصي لرجل بخاتم
ثم اوصي لاخر بفص ذلك الخاتم في عقدين كان الفص للثاني وقال كان
محمد الخاتم للذي اوصي له والفص بينهما لابي يوسف ان دخول الفص
في الوصية الاولي بطريق الدلالة وقد جعله للثاني نصا فبطلت
به الدلالة ولمحمد ان تسمية الخاتم تسمية للفص وقد جعله للثاني
نصا من غير رجوع عن الاول فاجتمع فيه وصيتان لاثنين فيشتركان
فيه واذا اوصي له بالخاتم وبفصه لاخر في عقد واحد فلكل واحد
منهما ما اوصي له وقوله وقيل كونه بينهما وفاق اشارة الي ما ذكره البزدوي
وغيره في اصول الفقه من ان هذه المسيلة علي الاتفاق وسياتي علي هذا
الخلاف لا الاتفاق ويتاتي علي هذا الخلاف فروع منها اذا قال
اوصيت لزيد بهذه الجارية وبحملها لعمرو او بهذه القوصرة

او وصى بسكنى داره وليس للميت مال غيرها لا يجوز للورثة ان يبيعوا الثلثين عند ... لانه يجوز ان تظهر مال ويبقى الكل ... وقال ابو يوسف للورثة ... البيع
مصحح

لفلان وبالثمر الذي فيها لآخر وبهذه الدار لفلان وبنيانها لآخر فان وصل
فلكل واحد مما اوصي وان فصل فكذلك عند ابي يوسف وعند محمد يتصور
صاحب الاصل به وليشتركان في السبع ص والوصية بمركبه في سبيل الله
غير معتبرة واجاز اهابا لوقفيه ش قال ابو حنيفه اذا اوصي بظهر
دابته في سبيل الله لا يجوز وقالا يجوز ويطريق الوقف وتكون في يد
الامام ينفق عليها من بيت المال وهذا الخلاف مبني على ان المنقول لا يصح
وقفه عند الامام فلا يصح الا تبعا وعندهما يصح على ما مر في باب
الوقف ص او بالثلث في سبيل الله تعالى تحض الجهاد واصناف منقطعي
الحاج ش قال ابو يوسف اذا اوصي بثلث ماله في سبيل الله تعالى يكون
لمنقطع الغزاة لسبق الفهم اليه كما في قوله تعالى وفي سبيل الله وبن
السبيل وعليه الفتوى وقال محمد يكون المنقطع الحاج لان الحج في
سبيل الله لما روي ان رجلا جعل ناقته في سبيل الله فاراد ت
امراته ان تحج عليها فسال رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك
فقال الحج من سبيل الله وفي المحيط قال محمد لو اعطيت الوصيه حاجا منقطعا
جاز واجب الى ان تجعل في الغزو **فصل ٦٢ في الوصيه**
للاقارب وغيرهم ص اذا اوصي لجيرانه فهي للملاصقين وقالا لهم
ولغيرهم ممن يسكن محلته وتجمعهم مسجدها ش قال ابو حنيفة اذا اوصي
لجيرانه فهم الملاصقون وهو القياس لان المجاورة الملاصقة قال
عليه الصلاة والسلام الجار احق بصقبه والمراد الملاصق لان غيره لا يستحق
الشفعة ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع وجب صرفه الى ادخل الخصوص
وهو الملاصق وقالا وهو الاستحسان هم الملاصقون وغيرهم ممن يسكن

عنده

فتوى

محلته

محلته وتجمعهم مسجدها وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة لانهم يسمون
جيرانا عرفا وشرعا قال عليه الصلاة والسلام لا صلاة لجار المسجد
الا في المسجد وشرط كل من يسمع النداء لان المقصود بالوصية للجيران
برهم والاحسان اليهم وبهذا ينتظم الملاصقين وغيرهم الا انه لابد
من الاختلاط ليتحقق معنى الاسم وذلك بالجار المسجد ويستوي في الجار
المالك والساكن والذكر والانثى والصغير والكبير والمسلم والذمي
لان الاسم يتناول الكل ويدخل فيه العبد الساكن لاطلاق اسم الجار
عليه وعلى غيره ولا يدخل عندهما لان الوصية للعبد وصية للمولاه وهو
غير ساكن كذا في الهداية وفي المحيط ولا يدخل فيه العبد والاما
والمدبرون وامهات الاولاد لانهم لاجوار لهم لانهم اتباع في السكني
ويدخل المكاتب لان استحقاق ما في يده والاختصاص به يثبتان له ولا
يملكه المولى الا بالتمليك منه الا ترى انه تجوز له اخذ الزكاة وان
كان مولاه غنيا ص او لاصهاره كانت لكل ذي رحم محرم من امراته
ش الاصهار كل ذي رحم من امراته لان النبي صلى الله عليه وسلم
لما اعتق صفيه وتزوجها اعتق كل ذي رحم محرم من زوجته صفية
اكراما لها وكان يسمون اصهار النبي صلى الله عليه وسلم وهذا التفسير
اختيار محمد وابي عبيدة كذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم منه لان الكل
اصهار وشرطه ان يموت وهي منكوحته او معتدته من طلاق رجعي
لا من بائن سواء ورثت بان ابانها في مرض الموت او لم ترث لان الطلاق
الرجعي لا يقطع النكاح بخلاف البائن ولو مات بعد زوال النكاح بطلت
الوصية لانه يشترط وجود الصهرية عند الموت وبقاؤها ببقاء النكاح

ص او لاختانه فلزوج كل ذي رحم محرم منه ش الختن زوج كل ذي رحم محرم
كازواج البنات والاخوات والعمات والخالات لان الكل يسمون اختانا ويدخل
فيه الاقرب والابعد والحر والعبد لتناول اللفظ الجميع وكل امراة ذات
رحم محرم من الموصي فزوجها من اختانه وقال محمد في املايه اذا قال الرجل
اوصيت لاختاني بثلث مالي فاختانه زوج كل ذات رحم محرم منه وكل
ذي رحم محرم من الزوج فهولاء اختانه فان كان له اخت وبنت اخت
وخاله ولكل واحد منهن زوج ولزوج كل واحدة منهن ارحام فكلهم اختانه
والثلث بينهم بالسوية والذكر والانثى فيه سوا ام الزوج وجدته
وغير ذلك سوا انتهي وعند اهل اللغة اختلاف في الاختان والاصهار
غير ما ذكرنا والعرف ما ذكرنا والحكم على العرف ص او لاقربايه فهي للاقرب
فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه اثنين فصاعدا وقالا لكل من ينسب
الى قصي اب له في الاسلام ولا يدخل الوالدان والولد ش قال ابو حنيفة
اذا اوصي لاقربايه اولذي قرابته اولارحامه فهم اثنان فصاعدا
والوارث من كل ذي رحم محرم منه غير الوالدين والمولودين والوارث
وقال ابو يوسف ومحمد يستحقها الواحد ويستوي فيه المحرم وغير
المحرم والقريب والبعيد الى كل من ينسب الى قصي اب له في الاسلام
وان لم يسلم بعد ان ادرك الاسلام او اسلم على ما اختلف فيه
المشايخ وفايدة الخلاف تعتبر في مثل ابي طالب وعلي رضي الله عنه فمن اكتفى
باد راك الاسلام صرفه الى اولاد ابي طالب ومن شرط اسلامه صرفه
الى اولاد علي لا غير ولا يدخل اولاد عبد المطلب بالاجماع لانه لم يدرك
الاسلام لما او قولما الى قصي اب له في الاسلام كالعباسي والعلوي يدخل

بلغ مقابلة

في وصيته

في وصيته كل من ينسب الى العباس والى علي لان الجد المسلم صار الذنب
وشرفوا به فلا اعتبار بمن تقدمه ممن لم يسلم مرتب ما روي انه لما نزل
قوله تعالى وانذر عشيرتك الاقربين صعد النبي صلى الله عليه وسلم
الصفا وقال يا بني فلان يا بني فلان حتى دعا قبايل قريش وقال لهم
اني نذير لكم بين يدي عذاب شديد فدل ذلك على ان القرابة تتناول
القريب والبعيد ولان الاسم يتناول الكل لان لفظة القريب للكل
حقيقة اذ هي مشتقة من القرابة فتكون اسما لكل من قامت به فينتظم
بحقيقته هو اضع الخلاف صورته وهو ذا الرحم غير المحرم والابعد
ولابي حنيفة ان الوصية اخت الميراث وفي الميراث يعتبر الاقرب
فالاقرب فكذا في اخته لان الاخت لا تخالف الاخت في الاحكام ولان
المقصود من هذه الوصية تلافي ما فرط في اقامة الواجب وهو صلة
الرحم والوجوب مختص بذي الرحم المحرم كالنفقة ولا معتبر بظاهر
اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه فان كلا منهما قيد بما ذكر والشافعي
قيد بالاب الادني ويكون الحزبين منهما منعقدة وانما لم يدخل فيهما
قرابة الاولاد لانهم لا يسمون اقربا ومن سمى والده قريبا كان عاقا
له ولان القريب في عرف اهل اللغة من يتقرب الى غيره بواسطة غيره
وانما يكون لاثنين عنده فصاعدا لان المذكور فيه لفظ الجمع ففي الميراث
يراد بالجمع المثنى فكذا في الوصية لانها اخته وتقرب الوالد والولد
بنفسه لا بغيره ولهذا عطف القريب على الوالدين في قوله تعالى الوصية
للوالدين والاقربين والعطف يقتضي المغايرة ولو كانوا منهم لما عطف
عليهما واذا لم يكن الوالد قريبا للولد لا يكون الولد قريبا له ويدخل فيهما

الرجال والنسا والحر والعبد والمسلم والكافر والصغير والكبير على المذهبين
ص وادخل الجد وولد الولد ش قال محمد اذا اوصى لاقاربه اولذوي
قرابته اولاقربايه يدخل فيه الجد وولد الولد وقال ابو حنيفه وابو
يوسف لايدخلان لمحمد ان الجد وولد الولد اقربا الموصي حقيقة بخلاف
الوالدين والولد لان الوالدين قد عطف عليهما الاقربون في قوله تعالى
الوصية للوالدين والاقربين والعطف يقتضي المغايرة واذا لم يدخل
الوالدان لم يدخل الولد لايجاد الاتصال بين الوالد والولد فبقي الجد وولد
الولد داخلين في الاقربا والاقارب وذوي القرابه اعتبارا بما دخلا
في اسم الاقربا حقيقه ولابي حنيفة ولابي يوسف ان الجد بمنزلة الاب
وولد الولد بمنزلة الولد فيدخلان في حكم الاب والولد ص ولو كان له
عمان وخالان فهي للعمين وقالا بينهم اربا عا ش قال ابو حنيفه اذا اوصى
لاقاربه وله عمان وخالان الوصية للعمين لانهما اقرب كما في الميراث
ولفظ الجمع يراد به المثنى في الوصية على ما بيناه فيكتفي بهما وقالا يقسم
الثلث بينهم اربا عا لانهما لايعتبران الاقرب وهذه المسيلة من فروع
ما تقدم لان القرب والبعد عندهما سوا وابو حنيفة لما اعتبر الاقرب
فالاقرب راي العمين اقرب من الخالين فكانا اولى من الخالين ولو كان له
عم وخالان كان للعم نصف ما اوصى به وللخالين النصف لانه لابد
من اعتبار معنى الجمع فيه وهو الاثنان في الوصية على ما عرف فيصير الى
العم الخالان ليحصل الجمع فياخذ هو النصف لانه اقرب وبقي النصف
الاخر ولا مستحق له اقرب من الخالين فكان لهما معنى ولو كان العم اثنين
كان لكل واحد منهما النصف فكذا اذا انفرد كان له ايضا وعندهما

يقسم

يقسم الثلث بينهم اثلاثا لاستوا الكل في الاستحقاق ولو كان له عم
واحد ولم يكن له غيره من ذي الرحم المحرم فنصف الثلث لانه لابد من
اعتبار الجمع فيه ويرد النصف الاخر الى الورثه لعدم من يستحقه
لان اللفظ جمع وادناه اثنان في الوصية فيكون لكل واحد منهما النصف
فلهذا يعطى النصف فالنصف الاخر ترك للورثه وعندهما الثلث
بين العم وبين من وجد من القرابه ان كان ذا رحم محرم او لم يكن يشتركون
فيه ولو كان له عم وعمة استويا لان قرابتهما منسوبتان ومعنى
الجمع قد تحقق فاستحقا حتى لو كان له اخوال معهما لا يستحقون
شيا لانهما اقرب ولا حاجة الى الضم اليهما لكمال النصاب بهما ولو انعدم
المحرم بطلت الوصية لانها مقيدة به فلابد من مراعاته وهذا كله عند
ابي حنيفه وعندهما لا يبطل ولا تختص الاعمام بالوصية دون الاخوال
لما عرف من مذهبهما ص اولبني فلان وله ذكور واناث يخص ذكورهم
واشرك بينهم بالسوية كما في ولد فلان ش اعلم ان المصنف تبع
صاحب المنظومة فانه قال في الحصر واذا اوصى لبني فلان وفلان اب
اولاذ ذكور واناث فعند ابي يوسف الوصية للذكور لاغير لان البنين
اسم جمع للابن والابن لا يقع على البنت وقال الوصية لهم بالسوية
بينهم لان البنات اذا اختلطن بالبنين سموا بنين كما انهم اذا
اختلطوا بالاخوة سموا اخوة لا اخوات قال تعالى وان كانوا اخوة رجالا
ونسا وقول ابي حنيفة مضطرب انتهى قوله كما في ولد فلان اي لو اوصى
لولد فلان تكون الوصية بينهم للذكر والانثى في ذلك سوا بالاجماع
لان اسم الولد يشمل الكل وليس في اللفظ شي يقتضي التفضيل فيكون

الوصية بينهم على السواء محمد قاس بني فلان على ولد فلان في التناول
وان كان بينهما فرق وقالوا اذا اوصى لبني فلان بثلث ماله فان كانوا لا
يحصون فالوصية باطلة لان اسم البنين يتناول الكل والبعض
الثلث الى الكل متعذر وليس البعض باولى من البعض فبطلت
الوصية كما لو اوصى لواحد من عرض الناس بخلاف ما لو اوصى للفقراء
لان الوصية للفقراء وقعت لله تعالى وهو واحد معلوم فوقعت
الوصية له والفقراء مصارف ولهذا لا يرتد بردهم اما هنا الوصية
تتناول الاغنياء كما تتناول الفقراء فتقع للغني حتى يرتد برده
على هذا لو اوصى لبني فلان وهم لا يحصون فان كانوا فقراء صحت
الوصية لوقوعها لله تعالى وان كانوا اغنياء لم تصح لانها وقعت
للعباد وقد تعذر تنفيذها فبطلت ص او لورثته فتمت للذكر
مثل حظ الانثيين ش لان الاسم مشتق من الوراثة وهي بين اولاده
واخوته لذلك فكذا الوصية لان التنصيص على الاسم المشتق
يدل على ان الحكم يترتب على ما خذ الاشتقاق فكانت هي العلة
الا ترى ان الله تعالى نص على الوراثة في قوله تعالى وعلى الوارث
مثل ذلك رتب الحكم عليها حتى وجبت النفقة بقدرها ثم شرط
هذه الوصية ان يموت الموصي لورثته قبل موت الموصي حتى يعرف ورثته
حتى لو مات الموصي قبل موت الموصي لورثته بطلت الوصية بخلاف
ما اذا اوصى لولده ولو كان مع الورثة موصى له اخر قسم بينه وبينهم
على عدد الروس ثم ما اصاب الورثة جمع وقسم بينهم للذكر
حظ الانثيين والله تعالى اعلم بالصواب ص او لاهله فهي لزوجته

وقالا

وقالا لا يدخل كل من في عياله ش قال ابو حنيفة اذا اوصى لاهل فلان ه
فالوصية لزوجته وقالا لا يدخل كل من يعولهم وهم نفقته غير مماليكه . يجمعهم منزله صح
اعتبارا للعرف ويؤيده قوله تعالى في قصة يوسف عليه السلام وائتوني
باهلكم اجمعين وقوله تعالى فنجيناه واهله / الا امرأته وقوله
تعالى ووهبنا له اهله ومثلهم معهم فضم الجمع ولم يرد في هذه
المواضع الا زوجة خاصة فيحمل على الكل الا ان المماليك لا يدخلون
لانهم خدم الاهل وان كان له اهل بلدتين دخلوا جميعهم ولابي
حنيفة ان الاسم حقيقة للزوجة يشهد بذلك النص والعرف
اما النص فقوله تعالى وسار باهله اي زوجته واما العرف فانه
يقال من تاهل ببلدة فهو منهم اي تزوج والمطلق يصرف الى الحقيقة
المستعملة ص او لمواليه وله موال اب وارث ولاهم تجعلها لهم
ومنعه ش قال ابو يوسف اذا اوصى لموالي فلان بثلث ماله
وليس لفلان موالي بل اعتقهم لكن اباه قد اعتق عبيدا ثم مات
فورث هو ولاهم يدفع اليهم الثلث وقال محمد لا يدفع اليهم
شيء لابي يوسف انه اوصى لموالي فلان وهم موالي فلان لان الشرع
اعتبرهم موالي له حيث حكم بثبوت الولاء عليهم ارثا عن ابيه
ولمحمد ان موالي الرجل حقيقة معتقوه وهم معتقوا عين فلم يكونوا
مواليه حقيقة ص ولو كان له موال متعنا الشركة ش قال
علماؤنا الثلاثة اذا اوصى رجل بثلث ماله لمواليه وله موال اعتقهم
وموال اعتقهم ابوه ومات ابوه تختص الوصية بموال اعتقهم هو
لا موالي ابيه وقال زفر يدخل في وصيته مواليه وموالي ابيه

لانهم ليسوا موالي فيدخلون كلهم في الوصية لان جميعهم مواليه
قلنا لو دخلوا للزم الجمع بين الحقيقة والمجاز ويعمهم المشترك ص
او للمسجد من غير ذكر انفاق سبلها واجازها ش قال ابو يوسف
اذا قال الرجل اوصيت بثلث مالي للمسجد تبطل الوصية الا ان يقول
اوصيت ان ينفق عليه وقال محمد يصح ذكره في نوادر هشام لانه
يحمل على الامر بالصرف الى مصالحه كالعمارة والمرمة تصحيحا لكلامه
عن اللغو ولابي يوسف ان المسجد ليس لاهل الملك والوصية تمليك
الا اذا ذكر النفقة عليه فانها تصح لان ذلك يكون بمنزلة الوقف
على مصالحه ولو اوصى بثلث ماله الى الكعبة تجوز ويعطى لمساكين
مكة بالاجماع لان العادة جرت باضافة الصدقة اليها والمقصود
اعطاء مساكين مكة وفي سائر المساجد لم تجر العادة باضافة الصدقات
اليها فيراد بها اعطاء المساكين ولو اوصى الى بيت المقدس بثلث
ماله تجوز وينفق في سراجه ومصالحه ولو اوصى بعبد لمسجد حتى
يؤذن فيه او يخدم قال محمد تجوز ولو اكتسب العبد مالا فانه للورثة
لانه اوصى بصرف منافعه الى المسجد والمال والكسب ليس من خدمة
المسجد فيسلم الى الورثة ولو اوصى بثلث ماله لله تعالى قال ابو حنيفة
الوصية باطلة كما لو قال لعبده انت لله تعالى فانه لا يعتق لان الخلق
والملك وكافة الورى لله تعالى قال تعالى لله ملك السموات والارض
وما فيهن وقال محمد الوصية جائزة وتصرف الى وجوه البر لانه يراد
بهذا اللفظ في العرف الصدقة وكذلك العتق انما يراد به وجه الله
تعالى وطلب ثوابه واتباع مرضاته واما وصية الذمي فعلى اربعة

اقسام

اقسام الاول ان يوصي بما هو معصية عندنا وطاعة عندهم كما اذا اوصى
ببناء بيعة او كنيسة او بذبح خنازير واطعامها للمشركين فانه
تجوز اذا كانت لقوم معينين بالاجماع وان كانوا غير معينين قال
ابو حنيفة الوصية جائزة خلافا لهما لان ذلك معصية وفي الجواز
تقريرها ولابي حنيفة ان ذلك قربة في معتقدهم وقد امرنا بتركهم
وما يدينون قال عليه الصلاة والسلام اتركوهم وما يدينون
اي يعتقدون فيجوز ذلك بناء على اعتقادهم واما قولهما ان في
جوازها تقرير المعصية فليس بشيء لان ذلك لو منع لما جاز قبول
الجزية منهم لان فيه تقرير كفرهم وبقاؤهم عليه الثاني ان يوصي
بما هو طاعة عندنا ومعصية عندهم كالوصية ببناء المساجد
للمساكين والاسراج في المسجد والحج فان كانت لقوم باعيانهم
صحت ويكون تمليكا لهم وذكر حبة التصرف مشهورة اشار بها اليهم
فان شاؤا فعلوا وان شاؤا تركوا وان كانوا لا يحصون لا تصح الوصية
لانه لا يمكن تصحيحها تمليكا فتبطل لانها ليست بطاعة عندهم
لانهم يعدون ذلك فيما بينهم استهزاء فيصير وصية بالهزل
والوصية يبطلها الهزل والثالث ان يوصي بما هو قربة عندنا
وعندهم كالوصية بالصدقة وعتق الرقبة واسراج بيت المقدس
فهذه الوصية صحيحة سواء كانت لقوم باعيانهم او لا لانها قربة
يتقرب بها المسلمون واهل الذمة جميعا الرابع ان يوصي بما
هو معصية عندنا وعندهم كالوصية للمغنيات والنائحات
والزانيات فان اوصى لقوم باعيانهم صحت ويكون تمليكا لهم وان

كانت لقوم لا يحسنون بطلت لان التمليك من المجهول لا يصح ولا يمكن تصحيحها
قربة لانها معصية عند الكل واذا دخل حربي دارنا بامان واوصى بجميع
ماله لمسلم او ذمي جاز لان عدم الجواز فيما زاد على الثلث انما كان لحق الورثة
الا ترى انهم لو اجازوه جاز وليس لورثته حق محترم لكونهم في دار الحرب
اذ هم كالاموات في احكامنا فصار كانه لا وارث له اصلا فيصح والله
تعالى اعلم **كتاب الفرايض** ٦٣ وجه ايراد هذا
الكتاب عقيب كتاب الوصية ظاهر لان الوصية اخت الميراث ويثبت
الملك فيهما بعد الموت والفرايض جمع فريضة فعيلة من الفرض وهي في
اللغة القطع والتقدير والبيان يقال فرضت الفارة الثوب اذا قطعته
وفرض القاضي النفقة اذا قدرها وقال تعالى سورة انزلناها وفرضناها
اي بيناها وفي الشرع ما ثبت بدليل قطعي لا شبهة فيه كالكتاب
والسنة المتواترة والاجماع وانما سمي هذا النوع من الفقه فرايض
لانها سهام مقدرة مقطوعة مبينة ثبتت بدليل مقطوع به فقد
اشتمل ذلك على المعنى اللغوي والشرعي وانما خص هذا النوع بهذا
الاسم لان الله تعالى سماه به فقال بعد التسمية فريضة من الله والنبي
صلى الله عليه وسلم سماه به حيث قال تعلموا الفرايض ومن شرف هذا
العلم ان الله تعالى تولى بيانه وقسمته بنفسه واوضحه وضوح النهار
بشمسه فقال تعالى يوصيكم الله في اولادكم الى اخر الايتين وقال
تعالى يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة الى اخر الاية فبين فيهن
اسهام الفرايض ومستحقها والباقي يعرف بالاستنباط لمن نظر
فيها والنبي صلى الله عليه وسلم امر بتعلمه وتعليمه ونص عليه فقال

تعلموا

تعلموا الفرايض وعلموها الناس فانها نصف العلم وانها اول علم يدرس
وفي رواية اول علم ينزع من امتي وعن ابي موسى الاشعري انه قال اذا
لهوتم فالهوا بالري واذا حدثتم فحدثوا بالفرايض وعن ابن عمر رضي الله
عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال العلم ثلاثة اية محكمة او سنة
قايمة او فريضة عادلة والاحاديث والاثار في فضله كثيرة من مشاهيرها
هذا الحديث وتكلموا في قوله عليه السلام فانها نصف العلم فقيل
لان للانسان حالتين حال الحياة ولها جميع العلوم وحالة وفاة ولها
هذا العلم فنصف المتعلق باعتبار نصف المتعلق ويتعلم هذا
النوع من فروض الكفاية ص يبدا بقضا الدين بعد التجهيز والدفن
ثم تنفذ الوصايا ثم يقسم الباقي بين الورثة ش تتعلق بتركة
الميت حقوق اربعة مرتبة اولها البداة بتجهيزه وتكفينه والتجهيز
اعداد الجهاذة كالتابوت وغيره والتكفين ايجاد الكفن والاصل في
ذلك ان من قدم حقه على كسوة انسان في حال حيوته قدم حقه كلام
على تجهيزه وتكفينه بعد الوفاة اعتبارا لحالة الوفاة بحالة الحياة
ومن لا يقدم حقه على كسوته فلان الانسان محترم في حالة الحياة
والممات فانه يصان عن كشف العورة وفي الاثر لعظام الميت حرمة
كالعظام الحي فحق المرتهن والجاني عليه والمستاجر والبايع مقدم
عليه حالة الحياة على كسوة الراهن وصاحب العبد والمشتري فكذلك
بعد الوفاة واما ارباب الديون لما لم يتعلق حقهم بعين التركة
فكسوة المديون مقدمة على حقهم في حال حيوته فكذلك بتجهيزه
بعد وفاته فان قيل اذا مات المديون خربت ذمته فوجب

ان ينتقل حق ارباب الديون الي عين التركة او الي ما لية تها وعلي تقدير ذلك
يجب ان يقدم حقهم علي تجهيزه كما لو تعلق حقهم بعين في حالة الحياة
والجواب ان حاجة الميت سبقت ذلك المقدار فمنعت تعلق حقهم
به كما ان حق المجني عليه والمرتهن والبايع لما سبقت حاجة الميت
الي التجهيز منع تعلق التجهيز بالرهن والعبد الجاني والمشتري وحق الدين
انما ينتقل الي الفاضل عن حوائج الميت الاصليه والتجهيز والتكفين
من غير تبذير ولا تقتير قال تعالي لم يسرفوا ولم يقتروا الآيه
فيجهز تجهيزا متوسطا فيكفن في اوسط ثيابه علي حسب العرف والعادة
في مثله اعتبارا وبيسارا لان التبذير وهو الاسراف يفوت حق الغرما
والتقتير الذي هو ضده يخل بحق الميت ثم اعتبار الكفن من جميع المال
عند الجمهور فان لم يكن للميت مال فكفنه ومونته علي من تلزمه نفقته
في حياته من ذوي انسابه وهم الاباء وان علوا ثم الامهات وان علون
ثم الاولاد وان سفلوا ذكورهم واناثهم فيه سواء عند ابي حنيفه
تجب علي كل ذي رحم محرم منه فان لم يكن او عجز ففي بيت المال والمراة
اذا لم يكن لها مال فكفنها ومونتها عند ابي حنيفة وابي يوسف علي الزوج
وقال محمد ذلك علي من تلزمه النفقة من ذوي انسابها واما كيفية
الكفن واستعماله للرجال والنساء فقد تقدم في فصل الجنايز
ثانيها البداءة بقضاء ما عليه من ديون العباد بعد التجهيز من جميع
ما بقي من ماله اما تقديمه علي الوصية فلما روي عن علي رضي الله عنه
انه قال انكم تقرون الوصية مقدمة علي الدين وقد شهدت
رسول الله صلي الله عليه وسلم قدم الدين علي الوصية ومن حيث

المعقول

المعقول ان الدين واجب ابتداء والوصية سرع والبداءة بالواجب اولي
وقيل ان حرف او في الاية الكريمة بمعني الواو كقوله شعر
وقد اذا سمعوا الصريخ رايتهم ما بين ملجم مهره او سافع اي وسافع
والواو لمطلق الجمع دون الترتيب وقيل انما قدمت ليلا يتساهل
الاوصياء في امرها ثالثها تقديم الوصية علي الميراث وذلك لان
الميت محتاج الي تنفيذ وصيته للتقرب وايصال النفع وتخليص
الخطايا والاوزار وقد اطلق الثلث فيقدم علي الورثة رعاية
لحقه وهو نفاذ حاجته كما قلنا في التجهيز والدين ولان تقديم
الوصية لا يفوت حق الورثة بالكلية لبقاء الثلثين ميراثا اما
تقديم الميراث فموقت للوصية لاستيعاب الميراث التركة غالبا
وليس هذا بتقديم علي الورثة في المعني بل هو شريك لهم حتي اذا
سلم له شيء سلم للورثة ضعفه قل او كثر وهذا ليس بتقديم
في الحقيقة بخلاف التجهيز والدين فان الموصي له لا ياخذ الا ما
فضل منها ثم ان كانت الوصية بعين اعتبرت من الثلث وان
كانت بحق شايع كالثلث والربع فالموصي له شريك الورثة يزداد
نصيبه بزيادة التركة وينقص بنقصانها فيحجب المال ويخرج
نصيب الوصية كما يخرج نصيب الورثة وتقدم علي قسمة التركة
ثم احكام الوصية ما يقدم منها وما يوخر الي غير ذلك من الاحكام
موضعه كتاب الوصايا ورابعها قسمة الباقي بين ورثته بالكتاب
والسنة والاجماع يعني اذا جهز الميت وقضي دينه ان كان ونفذت
وصيته ان كانت قسم ما بقي من تركته بين من ثبت ارثه بواحد

من هذه الاصول الثلاثة او ما بين منها او مجموعها ووجه الحصر في
الثلاثة ان قسمة التركة اما بوحي او بغيره والوحي اما متلو وهو القران
او غير متلو وهو السنة وغير الوحي اما اجتهاد المجتهدين وهو الاجماع او
غيره وهو اما الهام ان كان من عند القاسم او تقليد وهو من عند غيره
وهذان باطلان لعدم حجيتهما وكذلك القياس لا مدخل له في اثبات الميراث
لشخص ما لان التقدير جاز في المواريث ولا مساغ للقياس في اثباتها
لخفا وجه الحكمة والمصلحة في تخصيص شخص بمقدار دون مقدار
فكان حكم القسمة من باب التعبد المحض فيسند حكمها الى التوقيف
والتوقيف يوخذ من هذه الاصول الثلاثة اما الثابت بالكتاب
فكاحوال الزوج والزوجة والاب والام والبنين والبنات والاخوة
والاخوات وعليك بالتتبع في اية الوصية واما الثابت بالسنة فكحال الجد
// وكحال الاخوات مع البنات في التعصيب واما الثابت
بالاجماع فكحال بنت الابن وان سفل والاخت لاب وسياتي الكلام على ذلك الجدوم
ان شا الله تعالى وفيهم من عطف هذه الاحكام بثم اشعارا بمرتبة لان
ثم تقتضي الترتيب والدليل على انها اربعة ان الحق اما ان يكون للميت
او لغيره فان كان له فهو التحقيق وان كان لغيره فاما ان يكون ثابتا قبل
الموت او بالموت فان كان الاول فهو العين وان كان الثاني فاما ان يكون
بتقدير من قبله او دين قبل غيره فان كان الاول فهو الوصية وان كان
الثاني فهو القسمة ص ويستحق الارث برحم ونكاح وولا ش اي سبب
استحقاق الارث ثلاثة اشيا الرحم والنكاح والولا وسياتي تفصيلها
اعلم ان التوارث اولا كان بالهجرة لما روي عن ابن عباس رضي الله عنه

انه قار

انه قال في تفسير قوله تعالى والذين امنوا ولم يهاجروا ما لكم من ولايتهم
من شي فان المهاجر لا يتولى الاعرابي ولا يرثه وهو مومن ولا يرث الاعرابي
المهاجر فنسخها قوله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض الاية
وبالاخا فقد كان الرجل يرث اخاه بسبب الاخوة التي اخا بينهم رسول
الله صلى الله عليه وسلم دون اخيه من النسب حتى نزل قوله تعالى ولكل
جعلنا موالي مما ترك الوالدان والاقربون كذا نقل عن ابن عباس رضي
الله عنه ايضا وبالتبني فقد كان الرجل منهم يتبنى ابن غيره وينسب
اليه دون ابيه الحقيقي ويرثه فنسخ الله تعالى الدعوة بالتبني والميراث
بقوله تعالى ادعوهم لابائهم هو الذي استقر عليه حكم الاسلام التوارث
بشيين نسب وسبب كما ذكر فالنسب القرابة والسبب نوعان
زوجية وولا فالميراث بالزوجية من الجانبين والولا نوعان ولا
عتاقة وولا موالاة فني ولا العتاقة يرث الاعلى من الاسفل دون
العكس وفي ولا الموالاة ينفع من الجانبين اذا شرطا وسياتي الكلام
على ذلك في موضعه ان شا الله تعالى والتوارث بالرحم والزوجية
ثابت بالكتاب والاجماع والتوارث بالولا ثابت بما يذكر في موضعه
ان شا الله تعالى والارث لغة البقا عليه الصلاة والسلام اثبتوا قال
على مشاعركم فانكم على ارث من ارث ابيكم ابراهيم اي على بقية من
بقايا شريعته التي ترك الناس عليها بعده وسمي الوارث وارثا
لانه يبقى بعد مورثه وفي الشرع انتقال مال الغير الى الغير على وجه
الخلافة فالاسم شرعي وفيه المعنى اللغوي فان انتقال التركة من
المورث الى الوارث لا يتصور الا بعد بقا الوارث بعده واختلف

المشايخ في وقت انتقال الارث من المورث الى الوارث فقال مشايخ العراق
ينتقل اليه قبل موته في اخر جزء من اجزاء حياته لان الارث انتقال مال
المورث الى الوارث وبموت المورث زال ملكه فاذا انتقل الى الوارث
والدليل على ذلك ان الارث يجري بين الزوجين بلا خلاف مع ان الزوجية
ترتفع بينهما بالموت او ينتهي على حسب اختلافهم في ذلك وقال
مشايخ بلخ ينتقل بعد موت المورث لانه مالك لجميع ماله قبل الموت
فلو ملكه الوارث في هذه الحالة لادى الى ان يصير الشيء الواحد مالكا
في زمان واحد وهو محال وفائدة الخلاف تظهر في رجل تزوج بامة
مورثه ثم قال لها انت حرة ان مات مولاك فانت حرة فمات المولى فعلى قول
مشايخ العراق تعتق لان العتق صادفها وهي مملوكة له فتصح وعلى قول
مشايخ بلخ لا تعتق لعدم ذلك لتا استحقاق الرحم والزوجية فلقوله
تعالى يوصيكم الله الى اخرها بتفصيلها واما ولاء العتاقة فلقوله
عليه الصلاة والسلام الولاء لحمة كلحمة النسب فقد الحق الولاء بالنسب
وفي النسب الارث فكذلك هذا ولان المولى الاعلى صار سببا في احياء
الاسفل حكما حتى انه افاده الملكية والولاية والشهادة اللائي
هن من خاصية الانسان والمنسب في الاحياء حقيقة بقرابة الولاد
يستحق الميراث فكذا المسبب في الاحياء معنى يستحق الارث واما
مولى الموالاة فلقوله تعالى والذين عاقدت ايمانكم الآية ص ويبدا
بذوي الفروض ش لما استوفى ذكر الحقوق الاربعة المتعلقة بتركة
الميت وكان الميراث هو الحق شرع في ترتيب الورثة على سبيل الاجمال
وبيان درجاتهم وهم انواع ستة فقال ويبدا بذوي الفروض

يعني

يعني اول ما يبدا عند القسمة باعطاء اصحاب الفروض فروضهم وهم الذين
لهم سهام مقدرة بالكتاب او السنة او الاجماع وقد تقدم ذكرهم وانما
بدا بذلك لان لكل واحد منهم فريضة تخصه اي نصيبا معينا وانما
بدي بهم لقوله عليه الصلاة والسلام الحقوا الفرايض باهلها فما ابقت فلا
ولي رجل ذكر وذلك على سبيل التاكيد لقوله تعالى تلك عشرة كاملة
ولانهم لا يستغرقون التركة غالبا ص ثم بالعصبة النسبية ش
يعني ثم يبدا بعد استيفاء اصحاب الفروض فروضهم ان كانوا باعطاء
العصبة النسبة ما بقي منها لما ذكرنا من الحديث وسياتي تعريف
العصبة في موضعه وقيد العصبة بالنسبة ليعلم انها مقدمة
على العصبة السببية لان النسبي اقوى من السببي ص ثم بالمعتق
ش يعني يبدا بعد استيفاء اصحاب الفروض فروضهم عند عدم العصبة
النسبية بالعصبة السببية وهو مولى العتاقة لقوله عليه
الصلاة والسلام للمعتق في معتقه فان مات ولم يدع وارثا لنت
اتت نصيبه جعله عصبة موخرا عن الوارث والمراد بالوارث من كان
عصبة بدليل ان ابنة حمزة اعتقت عبدا لها فمات وترك بنتا فجعل
النبي صلى الله عليه وسلم نصف ماله للابنة ونصفه لابن حمزة وهو
قول علي وزيد بن ثابت رضي الله عنهم وبه اخذ علماؤنا ص ثم عصبته
ش يعني ان لم توجد العصبة النسبية وهو مولى العتاقة تعطى
عصبته اي الذكور لقوله عليه الصلاة والسلام ليس للنساء من الولاء
الا ما اعتقن الحديث ولان عصبة المعتق تقوم مقامه على ما بتبين
في العصبات ص ثم الرد ش يعني ان لم توجد عصبة المعتق يرد على ذوي

الفروض النسبية بقدر حقوقهم فيرد على ذي السهم الواحد بقدر سهمه
وعلى ذي السهمين بقدر سهميه وانما قدموا على من سواهم من ذوي الارحام
لقوة قرابتهم وسياتي كيفيته في باب الرد وقيدت بالنسبية ليخرج
الزوجان فانهما لا يرد عليهما ص ثم ذوي الارحام ش يعني ان لم يوجد احد
ممن يستحق الرد عليه من ذوي الفروض يبدا بذوي الارحام وانما قدموا
مولى الموالاة لان النسبي اقوى من السببي ص ثم لمولى الموالاة ش يعني ان لم
يوجد احد من ذوي الارحام يبدا بمولى الموالاة وانما قدم على من بعده
لان ارثه ثابت بالكتاب والسنة كما سيجيء وصورته مجهول النسب
اذا لم يكن معتقا لاحد اذا قال لاخر انت مولاي تعقل عني اذا جنيت وترثني
اذا مت وقال الاخر قبلت صح عند علمائنا ويكون القايل مولاة له تعقل عنه
اذا جني ويرثه اذا مات ص ثم المقر له بنسب لم يثبت ثم الموصى له
باكثر من الثلث ش اي ثم يبدا بالمقر له بالنسب على الغير حيث لم يثبت
نسبه من ذلك الغير اذا مات المقر على اقراره اعني عند عدم وارث معروف
يبدا به اذا كان مجهول النسب مما اذا اقر شخص لمجهول النسب انه اخوه
يرث المقر له منه مع ان نسبه لا يثبت من ابي المقر لانه اقر لبنيين
بالنسب والمال فالاقرار بالنسب باطل لانه اقرار على الغير وهو باطل لانه
دعوى واما الاقرار بالمال فصحيح لانه لا يعدوه فيكون اقرارا على نفسه
ثم تبدا بالموصى له بالثلث يعني عند عدم الاصناف المذكورين قبله
فانا نعطي الموصى له بما زاد على الثلث او الثلث مما بقي بعد الدين حتى يقسم
ثلثي ما بقي بين الورثة فاذا اريد احد من الورثة يكمل حقه لكن يجب ان يعلم
ان هذا ليس باطلاقه بل لا بد من التفصيل وسياتي انه ان الموصى له بما زاد على الثلث

لا يخلو

ثم ثبت الحال ص

بلغ مقابلة

لا يخلو اما ان بقي معه وارث من الاصناف المذكورين او لم يبق فان لم يبق فظاهر
لانه استحق جميع ما اوصي له من غير مزاحمة احد من الورثة وان بقي معه وارث فلا
يخلو اما ان يكون ذلك الوارث ممن يرد عليه او لا يرد عليه فان كان ممن يرد
عليه فهو اولى من الموصى له بما زاد على الثلث لما بيناه وان كان ممن لا يرد عليه
فلا يخلو اما ان يكون ذلك زوجا او زوجة فان كان زوجا فلا يخلو اما ان كان
الموصى له بالنصف او بالثلثين او بكل المال وكل واحد منهما قد لحقه الاجازة
او لم تلحقه فيكون المجموع اثني عشر مسئلة بيان ذلك مات امراة وتركت
زوجا وموصى له بالنصف ان اجازها الزوج فالمسئلة من اربعة سهمان للموصى له
بالنصف وسهم للزوج وسهم لبيت المال وان لم تجزها فهي من ستة سهمان
للموصى له وسهمان للزوج وبقي سهمان يكمل حق الموصى له بسهم وسهم لبيت
المال وان كانت اوصت بثلثي المال ان اجازها الزوج فالمسئلة من ستة
اربعة اسهم للموصى له وسهمان للزوج ثم يكمل بالسهمين الباقيين حق الموصى له
تقديما على بيت المال وان اوصت له بجميع المال ان اجازها فظاهر وان لم
تجزها فالمسئلة من ثلاثة سهم للموصى له وسهم للزوج والسهم الباقي يعطى
للموصى له ايضا لحقه بالقدر الممكن هذا اذا ماتت الزوجة وتركت زوجا وموصى
له بما زاد على الثلث فان مات الزوج وترك زوجة وموصى له بما زاد على الثلث
فالجواب اما لو كان اوصى له بنصف المال فان اجازت الزوجة الوصية
فالمسئلة من ثمانية اربعة للموصى له وسهم للزوجة وثلاثة اسهم لبيت المال
وان لم تجز فالمسئلة من ستة سهمان للموصى له وسهم للمراة وسهم اخر
للموصى له تكميلا لحقه والباقي وهو سهمان لبيت المال وان اوصى بثلثي المال
فالمسئلة من اثني عشر ثمانية للموصى له وسهم للمراة وسهم اخر للموصى تكميلا لحقه

والباقي وهو سهمان لبيت المال وان اوصي بثلثي المال فالمسئلة من اثني عشر
ثمانية للموصي له وسهم للمراة وسهم اخر للموصي له تكميلا لحقه والباقي وهو سهمان
لبيت المال وان لم تجز فالمسئلة من ستة سهمان للموصي له وسهم للزوجة
وسهمان ايضا للموصي له تكميلا لحقه وبقي سهم لبيت المال وان اوصي بجميع المال
ان اجازت فظاهر وان لم تجز فالمسئلة من ستة سهمان للموصي له وسهمان
للزوجة وثلاثة اسهم الباقية للموصي له ايضا تكميلا لحقه بالقدر الممكن
ولاشئ لبيت المال قوله ثم بيت المال يعني عند عدم الاصناف المذكورة
يوضع المال في بيت المال حيث انه مال ضايع مصارفه لجميع المسلمين فيوضع
بيت المال لمصالح المسلمين وعند مالك والشافعي المصرف بعد مولى
العتاقة وعصبته بيت المال ولاحظ لما عدا ذلك من المصارف التي
ذكرناها ص ويمنع منه الرق والقتل كما مر واختلاف الملتين والدارين
حقيقة او حكما الموانع من الارث اربعة احدها الرق مطلقا سواء كان
كاملا او ناقصا فالناقص كالمدبر وام الولد والمكاتب وولد ام الولد
اذا لم يكن من السيد ومعتق البعض عند ابي حنيفة رضي الله عنه
فالرق مانع من الارث لايرث ولا يورث عنه وفي التتمة المكاتب لايرث
عنه احدا عنده وعندهما يرث لانه بمنزلة حر عليه دين عندهما
فان قلت هل يلزم ان كل من لايرث ان لا يورث عنه قلت قال
صاحب التتمة قال ان المنقول عن المتقدمين ان كل من يرث يورث
عنه ومن لا يرث لا يورث عنه ثم قال ولكن هذا الاصل غير مطرد فالمرتد
لا يرث ولكن يورث عنه ورثته المسلمون والجنين يرث ويظهر حكمه
بعد الانفصال ولا يورث والانبياء عليهم الصلاة والسلام كانوا لا يرثون

من احد

من احد وكان لا يرث احد منهم والذي يروي ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم ورث مال خديجة لا يكاد يصح لكن الصحيح ان خديجة رضي الله عنها
وهبت جميع مالها في حال صحتها لرسول الله صلى الله عليه وسلم الثاني القتل
الذي يتعلق به وجوب القصاص او الكفارة فانه مانع من الارث لقوله
عليه الصلاة والسلام لا ميراث للقاتل وقوله لا يرث قاتل بعد
صاحب البقرة وهو ما ذكره الله تعالى واخبر عنه في قوله واذ قتلتم
نفسا الاية وقصته ما روي انه كان ببني اسرايل رجل موسر اسمه
عاميل قتله رجل ولم يعرف قاتله وكان بين سبطين من بني اسرايل
عداوة فتنازعوا في قتله فامر الله تعالى ان يذبحوا البقرة ويضربوا
بلسانها على قبر عاميل فلما ضربوا احياه الله تعالى واوداجه تشخب دما
فقال قتلني فلان وفلان لابني عمه ثم سقط ميتا واخذ لو قتلا
ولم يورث بعد ذلك والقتل الذي لم يتعلق به وجوب القصاص قاتل صح
او الكفارة لا يكون مانعا من الارث وذلك كالصبي والمجنون اذا قتل
مورثه او الرجل العاقل البالغ اذا شرع جناحا على قارعة الطريق فسقط
على مورثه او حفر بيرا على الطريق فوقع مورثه فيها فمات او القى حجرا
على قارعة الطريق فقتل به المورث فمات او ساق دابة او قادها
فوطيت مورثه فمات وامثال ذلك الثالث اختلاف الدينين
فلا يرث مسلم من كافر ولا كافر من مسلم وقدم الكلام فيه الرابع
اختلاف الدارين حقيقة او حكما فالدار عندنا دار الاسلام ودار
الكفر والاختلاف ايضا نوعين اختلاف الدارين حقيقة واختلاف
الدارين حكما فالاختلاف حقيقة ان يكون بدن كل واحد في دار واختلاف

والاختلاف حكما ان يكون كلاهما في دار واحدة ولكن قصد احدهما الانتقال
الى داره فسمي ذلك اختلافا حكما فصورة اختلاف الدارين حقيقة كالحربي
في دار الحرب والذمي في دار الاسلام فاذا مات احدهما لا يرثه الاخر لاختلاف
الدارين حقيقة واختلاف الدارين حكما فله صورتان احداهما الحربي
المستامن والذمي اذا اجتمعا في دار الاسلام فان كليهما مجتمعان في
دار واحدة ولكن من قصد المستامن الانتقال الى دار الحرب فكانا
مختلفي الدارين حكما بدليل ان من قتل مستامنا لا يجب عليه القصاص
ومن سرق من ماله لا يجب عليه القطع ومن زنى بها لا يجب عليه الحد
فعلم انه حربي حكما والصورة الثانية ان يكونا حربيين من دارين
مختلفين كالتوكي مع الهندي والرومي مع الهندي او التركي مع الروسي
فانه لا يرث احدهما مع الاخر لوماتا احدهما في وطنه عندنا خلافا
للشافعي اما اذا ماتا في دار واحدة يرث احدهما من الاخر بالاجماع ذكره
الامام العلامة سراج الدين الغزني في شرحه رضي الله تعالى عنه

ص ويفرض للزوجة الثمن مع الولد او ولد الابن والربع لها عند
عدمهما وللزوج مع احدهما والنصف له عند عدمهما وللاب والجد
السدس مع ولد او ولد ابن وللام مع احدهما او اثنين من الاخوة والاخوات
وللجدة فصاعدا ولبنت الابن مع البنت وللاخت لاب مع الاخت لابوين
وللواحد من ولد الام والثلث للاثنين فصاعدا من ولد الام وللام
عند عدم من لها معه السدس ولها ثلث الباقي بعد فروض
الزوجين في زوجة وابوين او زوج وابوين والثلثان لكل انثيين
فصاعدا ممن فرضه النصف ش اي جميع المرفوعات من السهام كالنصف

وللبنت ولبنت الابن عند عدمها وللاخت لابوين وللاخت للابن عند عدمها صح

الا الزوج ه

وغيض

وغيض في كلام المصنف معطوفة على الفعل الذي لم يسم فاعله وهو قوله
ويفرض فانه عامل مقدر في جميعها فلا يشتبه ذلك بالجملة الاسمية
ثم اول من انقسم عليهم الميراث اصحاب الفرائض وهم الذين لهم
سهام مقدرة باصل من اصول الشرع اما الكتاب او السنة او الاجماع
ذكرا كان او انثى والسهام المقدرة ستة نصف وربع وثلثان وثلث
وثمن وسدس وربع ونصف وسدس وثلث وثلثان والمستحقون
لهذه السهام اثنى عشر من الورثة اربعة من الرجال وهم الاب
والجد ابو الاب وان علا والاخ لام وثمان من النساء وهن الزوجة
والبنت وبنت الابن وان سفلت والاخت لاب ولام والاخت لام والام
والجدة الصحيحة وهي التي لا يدخل في نسبها الى الميت جد فاسد شم
هؤلاء المذكورون منهم من يستحق الثمن ومنهم من يستحق الربع ومنهم
من يستحق النصف ومنهم من يستحق الثلث ومنهم من يستحق السدس
ومنهم من يستحق الثلث ومنهم من يستحق الثلثين فالمصنف رحمه
الله تعالى رتب الكلام على هذا الترتيب فالثمن فرض الزوجة واحدة كانت
او اكثر اذا كانت مع الولد او ولد الابن لقوله تعالى فان كان لكم ولد فلهن
الثمن مما تركتم فقوله فلهن الثمن يدل على انهن اذا كن اربعا يشتركن في
الثمن وهذا لا خلاف فيه بين اهل العلم ذكره الرازي والربع فرض الزوج
اذا كان مع الولد او ولد الابن وان سفل والزوجة اذا كانت مع الولد
وولد الابن وان سفل والزوجة عند عدم الولد او ولد الابن وان
سفل والنصف فرض خمسة نفر للبنت وبنت الابن وان سفلت
اذا لم يكن معها البنت الصلبية والاخت لابوين والاخت لابن عند عدم

والزوج م

والاخت لاب م

الاخت لابوين والزوج اذا لم يكن للميت ولد ولا ولد ولد والسدس فرض ستة
نفر للاب مع الولد او ولد الابن وان سفل وللجد الصحيح عند عدم
الاب والولد وولد الابن وان سفل وللام مع الولد او ولد الابن او مع
الاثنين من الاخوة او الاخوات فصاعدا من اي جهة كانا وللجدة عند
عدم الام واحدة كانت او اكثر اذا كن ثابتات متحاذيات في الدرجة
ولبنت الابن مع الصلبية وللاخت لاب مع الاخت لابوين وللواحد
من اولاده الام والثلث فرض اثنين فصاعدا من اولاد الام ذكورهم
وانا ثهم في ذلك سواء وللام اذا لم يكن للميت ولد ابن ولا ولد ابن
ولا اثنان من الاخوة والاخوات وتفرض لها ثلث ما بقي من مسيلتين
زوج وابوين او زوجة وابوين والثلثان فرض اثنان من النسا
الاتي فرضهن النصف للبنتين الصلبيتين ولبنت الابن عند عدم
الصلبية وللاختين لابوين وللاختين لاب عند عدمهما او عدم
احديهما فالحاصل ان المستحق للثمن الزوجات واحدة كانت او اكثر
والمستحق للربع نفران زوجة او زوج والمستحق للنصف خمسة اصناف
والمستحق للسدس سبعة اصناف والمستحق للثلث صنفان فجميعها
اثنى عشر صنفا اعلم ان جميع ما ذكر من السهام لاصحاب الفرايض في
الحالات لهم من حيث انهم اصحاب فرايض لا غير اذ لهم احوال غير انهم
اصحاب الفرايض من السقوط والعصوبة فلا بد من بيان جميع الحالات
في كل واحد من الاثنى عشر نفر تسهيلا للامر على الطالب وتكثيرا للفايدة
فنقول وبالله التوفيق اصحاب الفرايض من الرجال اربعة الاب
والجد ابو الاب والاخ لام والزوج ومن النسا ثمانية الزوجة والبنت

وبنت الابن

وبنت الابن وان سفلت والاخت لابوين والاخت لاب والاخت لام والام
والجدة الصحيحة اما الاب فله احوال ثلاث الفرض والفرض والتعصيب المطلق
والتعصيب المحض وذلك عند عدم الولد وولد الابن وان سفل
وذلك لان قوله تعالى ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك
ان كان له ولد فهو نص على انه صاحب فرض مع الولد وفرضه السدس
الا ان الولد يطلق على الابن والبنت فان الولد ابنا فللاب فرضه كان
وهو السدس والباقي للابن لقوله عليه الصلاة والسلام الحقوا
الفرايض باهلها فما ابقت فلاولى رجل ذكر واولى رجل ذكر من العصبات
الابن للاب لانه اولى ذكر من العصبات عند عدم الابن وللحالة
الثانية تثبت بقوله تعالى فان لم يكن له ولد وورثه ابواه فلامه
الثلث صدر الكلام اوجب الشركة ثم تخصيص الام على ان الاب
يستحق الباقي فهو نص على انه عصبة حال عدم الولد واما الجد فله
احوال اربع الفرض المطلق والفرض والتعصيب والتعصيب المحض
والسقوط فالاحوال الثلاث الاول حال الجد فيها كحال الاب والسقوط
بالاب لان الاب اصل في قرابة الميت والجد كالاب عند عدمه الا في
اربع مسايل وسنذكرها ان شاء الله تعالى وهذا لان الجد سمي ابا
لقوله تعالى كما اخرج ابويكم من الجنة يعني به ادم عليه السلام فسمى
ادم ابانا وهو جدنا الاعلى فكذا فلا يكون الجد الادنى جدا بانا كان
اولى ثم المراد بالجد هنا الجد الصحيح وهو الذي لا يدخل في نسبه
الى الميت ام الاب او اب الاب فان دخل في نسبه الى الميت ام فهو
جد فاسد كاب ام الاب او كاب اب ام الاب فانه من ذوي الارحام

المطلق

وان كان الولد بنتا فللاب سدسه والباقي منه وللبنت النصف

واما اولاد الام فلهم احوال اربع السدس والثلث والسقوط واستوا ذكورهم
وانا ثهم في جميع ذلك لقوله تعالى وان كان رجل يورث كلالة او امراة
وله اخ او اخت فلكل واحد منهما السدس والمراد منه الاخ والاخت
لام ثبت ذلك بقراءة ابي وسعد بن ابي وقاص صريحا بقوله وله
اخ او اخت لام ولانه لو كان المراد به الاخ لابوين او لاب لكان للاخت
اذا انفردت النصف وللاختين الثلثان وللاخ والاخت المجتمعين
للذكر مثل حظ الانثيين عملا بالاية التي في اخر سورة النسا كيلا يؤدي
ذلك الى التناقض فعلم ان المراد هنا اولاد الام فكان السدس للواحد
والثلث للاثنين منهم والسقوط بستة نفر بالابن وابن الابن
وان سفل وبالبنت وبنت الابن وبالاب وبالجد بالاتفاق وهذه
الاحوال كلها استفيدت من قوله تعالى وان كان رجل يورث كلالة
الاية اما في حق السدس والثلث فظاهر لانه نص فيهما واما في
حق استوا الذكور والاناث عند الانفراد لقوله تعالى وله اخ
او اخت وعند الاجتماع فقوله تعالى فهم شركا في الثلث اذ الشركة
تقتضي المساواة عند اهل اللغة ولهذا لو اقر برجل لاخر وقال انت
شريكي في هذا المال كان المال بينهما نصفين وانما سقوطهم بمن
ذكرناهم فلان من شرط توريث اولاد الام ان يكون الميت كلالة والكلالة
اسم لمن لا ولد له ولا والد ولا ولد وهو المروي عن ابي بكر الصديق وعلي
وابن عباس رضي الله تعالى عنهم في احدى الروايتين عنهم ولهما
للزوج فحالتان النصف والربع لقوله تعالى ولكم نصف ما ترك ازواجكم
ان لم يكن لهن ولد فان كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن فالذي يفهم

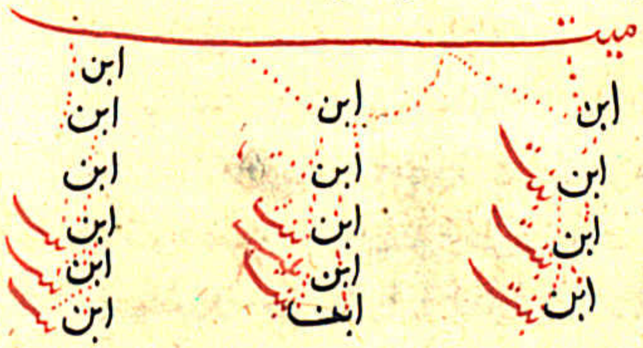
ولده

من هذا

من هذا النص استحقاق كل زوج نصف ما تركت امراته عند عدم الولد
والربع عند وجود الولد وولد الابن كذلك كولد الصلب على ما قدمناه
ولا يقال ان المذكور في النصف انما هو النصف لاستحقاق الجمع بقوله
ولكم وهو ضمير الجمع فلم جعلتموه لكل فرد فرد لانا عرفنا ذلك بالاجماع
مع ان له وجها سابقا لان الله تعالى ذكر الرجال بضمير الجمع وذكر النسا
بلفظ الجمع حيث قال ولكم نصف ما ترك ازواجكم ومقابلة الجمع بالجمع
تقتضي انقسام الفرد بالفرد ولا سيما اذا تعذر مقابلة الفرد
بالجمع كما في قولكم ركب القوم دوابهم ولبسوا ثيابهم فكذلك هنا
تعذر ان يكون جميع الرجال ازواجا لامراة واحدة وان يكون جميع النسا
زوجات لرجل واحد فعلم ان المراد مقابلة كل فرد بفرد واستحقاق
كل زوج من امراته هذا احوال الرجال واما النسا فللزوجات حالتان
الربع والثمن على ما بينا لقوله تعالى ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم ولد
فان كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم جعل للواحدة الربع في حالة والثمن في
حالة فان كن اكثر اشتركن فيه لانه لو اعطي لكل واحدة ربعا ربما لم يكن
اربعا فيستوعب جميع التركة فيقع اجحافا بالورثة الذين هم من النسب
ويلزم ربحا لهن على الاباء والاولاد والامهات وذلك منتف فاعطي الجميع
ربعا واحدا ولذلك لو اعطي لكل واحدة ثمنا لزاد فرضهن على الربع والثمن
ولم يرد النص لهن باكثر منه واما لبنت الصلب فاحوال ثلاثة فلها
النصف والثلثان للاثنتين فصاعدا على قول عامة العلما من الصحابة
وغيرهم رضي الله تعالى عنهم والتشريك للذكر مثل حظ الانثيين وهذا
هو الصحيح وعليه انعقد الاجماع من الصحابة والفقها واما بنات الابن

فهن كبنات الصلب لان اولاد الابن يقومون مقام اولاد الصلب عند عدمهم
ذكورهم وانا ثهم مقام ابايهم يرثون مايرثون ويحجبون مايحجبون
ولهن احوال ست النصف والثلثان والسدس السقوط والعصوبة
والسقوط فالنصف للواحدة والثلثان للاثنتين عند عدم البنت
الصلبية ومع الواحدة الصلبية السدس تكملة الثلثين ولايرثن مع
الصلبيين الا ان يكون بحذايهن او اسفل منهن ذكر فيعصب من
كانت بحذايه ومن كانت فوقه من لم يكن ذات سهم وتسقط من دونه
والحالة السادسة سقوطهن بالابن الصلبي وان ترك ثلاث بنات
ابن بعضهن اسفل من بعض وثلاث بنات ابن اخر يعصبهن اسفل
من بعض صورة المسيله ثلاث بنات بنين ولاحدهم ابن وبنت
ولابن الابن ابن وبنت ولابن ابن ابن ابن وبنت فهو لاثلاث بنات
بعضهن اسفل من بعض ولاحد الابنين الباقيين ابن بلابنت ولهذا
الابن الثاني ابن وبنت وللابن الثالث ابن وبنت وللابن الرابع ابن
وبنت وللابن الخامس ابن وبنت فهو لاثلاث بنات ابن ابن ابن بعضهن
اسفل من بعض ثم مات البنون وبقيت البنات فهو لاثلاث فرق
كل فريق ثلاث عليا ووسطى وسفلى بهذه الصورة المذكورة كذا في الظهيرية

المشبه



العليا

العليا من الفريق الاول لايوازيها احد الوسطى من الفريق الاول يوازيها
العليا من الفريق الثاني والسفلى من الفريق الاول يوازيها الوسطى من الفريق
الثاني والعليا من الفريق الثالث والسفلى من الفريق الثاني يوازيها الوسطى
من الفريق الثالث والسفلى من الفريق الثالث لايوازيها احد اذا عرفت هذا
فنقول للعليا من الفريق الاول النصف لانها بمنزلة بنت الصلب
وللوسطى من الفريق الاول والعليا من الفريق الثاني السدس تكملة
الثلثين وسقطت الباقيات لانه لافرض لهن ولاتعصيبة الا
ان يكون معهن غلام فيعصب من كانت بحذايه ومن كانت فوقه اذا
لم تكن ذات سهم وتسقط من دونه فنقول اذا كان الغلام
في الفريق الاول فالمال بينهما وبين الغلام للذكر مثل حظ الانثيين
وان كان الغلام مع العليا من الفريق الثاني فللعليا من الفريق الاول
النصف والباقي بين الوسطى من الفريق الاول والعليا من الفريق
الثاني وبين اختها للذكر مثل حظ الانثيين وان كان الغلام مع العليا
من الفريق الثالث فللعليا من الفريق الاول النصف وللوسطى من
الفريق الاول والعليا من الفريق الثاني السدس والباقي بين العليا
من الفريق الثالث والوسطى من الفريق الثاني والسفلى من الفريق الاول
وبين الغلام للذكر مثل حظ الانثيين وان كان الغلام مع السفلى من
الفريق الثالث فللعليا من الفريق الاول النصف ثم الغلام يعصب
من بدرجته ومن فوقه بدرجة ممن لم يكن له فرض فيكون الباقي بينهم
للذكر مثل حظ الانثيين وبيان ذلك لو كان الغلام مع العليا من الفريق
الاول فالمال بين الغلام المحادي للعليا وبينها للذكر مثل حظ الانثيين

ولاثني لن بعدهما اصلها من ثلاثة ومنها تصح ولو كان الغلام مع الوسطي من الفريق
الاول كان للعليا منه النصف والنصف بين الغلام ومحاذيه للذكر مثل
حظ الانثيين وسقط البواقي بعد الفرضيين بين الغلام والثالث
والمحاذيات له للذكر مثل حظ الانثيين وسقط من دونه اصلها من ستة
وتصح من ستين ولو كان الغلام مع السفلي من الفريق الثاني كان للعليا من
الفريق الاول النصف وللوسطي منه مع من يواريها السدس والباقي
بين الغلام ومحاذيته ومن فوقه الذي لم ياخذ فرضا للذكر مثل
حظ الانثيين اصلها من ستة وتصح من اربعة وثمانين ولو كان الغلام
مع السفلي من الفريق الثالث كان الباقي بعد الفرضين بين الغلام
ومحاذيته ومن فوقه سوي اصحاب الفرايض للذكر مثل حظ الانثيين
اصلها من ستة وتصح من اربعة وعشرين لما بين سهام الباقي وراوسهم
من الموافقة النصف لدخول عدد صاحبتي السدس في العدد الخارج
من الموافق هذه المسئلة بالتشبيب في اصطلاح هذا العلم ذكر البنات
على اختلاف الدرجات اما ماخوذ من شيب الشاعر القصيد
وتحسينها وتزيينها بذكر النساء من قولهم شيبت المراة اذا اقبل فيها
شعر مطربا او من شبت النار وامّا الاخوات لاب وام فلهن احوال
خمس النصف والثلثان والعصوبة والسقوط فالنصف للواحدة
والثلثان لاكثر من الواحدة لقوله تعالى ان امرؤ هلك الآية واما العصوبة
فبالاخ لابوين للذكر مثل حظ الانثيين لقوله تعالى وان كانوا اخوة
رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين واما العصوبة الاخري فمع البنات
او بنات الابن لقوله عليه الصلاة والسلام اجعلوا الاخوات مع البنات

التشبيب

عصبة

عصبة والحالة الخامسة هي السقوط على ما يجي بيانها ان شاء الله تعالى
والاخوان لاب كالاخوات للام واب ولهن احوال سبع النصف والثلثان
والسدس والسقوط والعصوبة والعصوبة فالنصف للواحدة عند
الانفراد والثلثان لاكثر من واحدة لما تلونا ولهن السدس مع الاخت
لابوين تكملة للثلثين ولا يرثن مع الاختين لابوين لانه حمل الثلثان
الا ان يكون معهن اخ لاب فيعصبهن فيكون الباقي بعد الثلثين بينهم
للذكر مثل حظ الانثيين واما الحالة السادسة ان يصرن عصبة مع البنات
او بنات الابن لما روينا والحالة السابعة هي الحالة الجامعة
بين اولاد الاعيان واولاد العلات في السقوط ذكرا كان او انثى غير ان
اولاد الاعيان ذكرا كان او انثى يسقطون باربعة نفر بالابن وابن
الابن وان سفل وبالاب بالاتفاق وبالجد عند ابي حنيفة رضي الله
تعالى عنه وبالاخت لابوين اذا صارت عصبة مع البنات اما السقوط
بالابن وابن الابن والاب فلان من شرط توريث بني الاعيان والعلات
كون الميت كلالة ولا كلالة مع وجود الابن وابن الابن والاب واما
سقوطهم فهو مذهب ابي حنيفة رضي الله عنه الحاقا للجد بالاب
على ما يجي الكلام في مقاسمة الجد ان شاء الله تعالى وهذه المسئلة هي
اولى المسايل الاربعة التي يخالف فيها الاب الجد واما سقوط بني العلات
بالاخ لابوين فلقوله عليه الصلاة والسلام ان اولاد بني الاعيان
يتوارثون دون بني العلات ولان ميراث الاخوة والاخوات لابوين
اجري مجري ميراث اولاد الصلب وميراث الاخوة والاخوات لاب اجري
مجري اولاد الابن ذكورهم مقام ذكورهم واناثهم مقام اناثهم واولاد

الابن محجوبون بالابن الصلبي فكذلك اولاد العلات بالاخ لابوين وانما
سقوط اولاد العلات بالاخت لاب وام اذا صارت عصبة مع البنت
لقوله عليه الصلاة والسلام اجعلوا الاخوات مع البنات عصبة وذكر في
المحيط في الاية وهو قوله تعالى ان امرؤا هلك ليس له ولد وله اخت لتعليق
توريث الاخت بعدم الولد بالفرضية لا بالعصوبة بل هو سكوت عنه
ونحن ورثناها بالتعصيب بقرابة الاب عملا بالحديث واما الام فلها
احوال ثلاث السدس وثلث الكل وثلث ما يبقى اما السدس فمع الولد
او ولد الابن وان سفل او الاثنين من الاخوة والاخوات من اي جهة
كانا سواء كان من الابوين او من الاب او من الام او مختلطين وقيد
خلاف ابن عباس رضي الله تعالى عنهما انه لا يحجب الام من الثلث الى السدس
الا الثلثة من الاخوة والاخوات عملا بظاهر الجمع المذكور في قوله تعالى فان
كان له اخوة فلامه السدس على ما مر نظيره في مباحث البنات واما ثلث
الكل فعند عدم هؤلاء المذكورين تعالى فلابويه لكل واحد منهما السدس
مما ترك ان كان له ولد فان لم يكن له ولد وورثه ابواه فلامه الثلث
واما ثلث ما يبقى بعد فرض احد الزوجين فذلك في مسئلة زوج وابوين
او زوجة وابوين فالمال يقسم في المسئلة الاولى على ستة اسهم للزوج
النصف ثلاثة وللام سهم والباقي للاب وفي المسئلة الثانية يقسم
على اربعة للزوجة الربع سهم وللام ثلث الباقي والباقي وهو سهمان للاب
وهذا مذهب عمر وعثمان وعلي وعبد الله بن مسعود وعايشة وزيد
بن ثابت وبه اخذ اكثر اهل العلم وعنده عبد الله بن عباس رضي الله عنهما
ثلث الجميع والباقي للاب وهو قول اهل الظاهر ووجهه ان الله تعالى نص

بقوله

على

على فرضين للام الثلث والسدس فلا يجوز اثبات فرض اخر بالقياس ولذلك
قال صلى الله عليه وسلم الحقوا الفرايض باهلها فما ابقت فلاولى رجل ذكر
والام صاحبة فرض والاب عصبة والحجة للجمهور ان الله تعالى جعل للام ما ترك
هي والاب عند عدم الولد والاخوة بقوله تعالى وورثه ابواه فلامه
الثلث اي ثلث ما يرثانه والذي يرثانه مع الزوجين هو الباقي من
فرضهما ولانها لو اخذت ثلث الكل لاحصل للاب ضعف ما يحصل لها
والنص يقتضي تفضيله عليها اذ لم يوجد الولد والاخوة فيلزم مخالفة
النص وروي عن سعيد بن جبير قال كنا مع ابن عباس رضي الله عنهما
فدخل زيد بن ثابت فقال يا عكرمة قم فاسيله عن زوج وابوين ثم
قال انت رجل حديد ولخاف ان تجعل على رجل من اصحاب رسول الله صلى الله
عليه وسلم اجلس وقم يا سعيد فاسيله فاتيته فسالته فقال
للزوجة النصف وللام ثلث الباقي فاتيت بن عباس فاخبرته فقال
ارجع اليه فقل للجد في كتاب الله تعالى ثلث ما يبقى فاتيته فقال لا ولكن
هو لان افضل امنا على الاب فقال بن عباس ترى رايا فاخذ به ورايت رايا
فاخذت به ومعنى الراي هنا انما هو الاستنباط من النص لاثباته بالقياس
اما قوله ان الله تعالى نص على فرضين قلنا مسلم ولكن فيه اشارة الى فرض
اخر وهو ما ذكرنا دل عليه اجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم وجمهور العلما
ولم يكن ذلك الا عن سند صحيح وهو اما الاستنباط من الكتاب او حديث
نبوي ولم ينقل فيه حديث فتعين ان يكون مستنبطا من الكتاب
وهو معنى قول زيد لا افضل امنا على اب مع ان النص يقتضي تفضيل الاب
على الام واما الحديث تقول بموجبه ولكن فرض الام عندنا انما هو ثلث

مع ان النص يقتضي تفضيل الاب على الام

الباقي فاخذ والباقي للعصبة وهو الاب ولو كان مكان الاب جد فللام ثلث
جميع المال عند ابي حنيفة ومحمد رضي الله تعالى عنهما وعند ابي يوسف لها
ثلث ما يبقى حتى لو مات وترك امّا وجدا وزوجا او مات وترك امّا وجدا
وزوجة فعند ابي حنيفة ومحمد يكون المسئلة الاولى من ستة والثانية
من اثني عشر وعند ابي يوسف تكون المسئلة الاولى من ستة والثانية
من اربعة كما كان في مسئلة الاب وهذه المسئلة هي المسئلة الثانية
التي خالف فيها الجد الاب لابي يوسف ان الجد يقوم مقام الاب والام
لا تفضل على الاب لانه اجتمع فيه ولادة وتعصيب ووجد في الام ولادة
لا غير والجد يساوي الاب في الامر فكان حكمه كحكم الاب وقول ابي
يوسف مروي عن عمر وعبد الله ابن مسعود رضي الله تعالى عنهم فكانا
لا يفضلان اما على جد **وجه** قولها وهو مذهب عامة الصحابة رضي الله
تعالى عنهم ان مقتضى التنزيل ان يكون للام ثلث الجميع مع الاب والجد
لان القرابة بين الميت وبينهما قربه ولانه يكون للذكر مثل حظ
الانثيين استنباطا من قوله تعالى وورثه ابواه فلامه الثلث والمراد
به من باشر الولادة بغير واسطة لاتفاق الجميع على ان الجدة ليست بمرادة
مع الجد على اصل الدليل ولا يصح الحاق الجد بالاب في هذه الصورة لان
الاب والام تمحضا استويا في القرب من الميت اذ لا واسطة بينه وبينهما
وانفرد الاب بالذكورة وانها موجبة للتفضيل اما هنا الام اقرب
درجة من الجد فلا يظهر الترجيح بالذكورة مع بعد الدرجة وامّا
الجدة الصحيحة وهي لا تدخل في نسبهما الى الميت جد فاسد فلما
حالتان السدس والسقوط وسنبينهما في الحجب ان شاء الله تعالى

فصل في العصبات

تحوز العصبة بنفسه كل عصبة
ذكر لم يدخل في نسبه الى الميت انثى ما ابقت الفرائض ويقدم الاقرب
الابن ثم ابنه وان سفل ثم الاب ويكون مع البنت عصبة وذا سهم
ثم الجد الصحيح وان علا ثم الاخ ثم ابنه وان سفل ثم العم ثم
ابنه وان سفل ثم عم الاب ثم ابنه ثم عم الجد ثم ابنه ويقدم
من كان لابوين على من هو لاب **ش** اي هذا فصل لبيان انواع العصبات
واحكامها فنقول العصبات جمع عصبة والعصبة لغة قرابة الرجل
لابيه والواحد والجمع وللذكر والمؤنث فيه سواء والعصبة على قسمين
عصبة لنسبه وعصبة سببه فالعصبة النسبيه على ثلاثة
انواع عصبة بنفسه وعصبة بغيره وعصبته مع غيره فالعصبة
بنفسه كل ذكر لم يدخل في نسبه الى الميت انثى يريد به ان لا يقصر
انتسابه على الميت كما لا يقتصر ابن البنت وابن الاخت واولاد الام
وابو الام وابن العمة وغيرهم لان هؤلاء كلهم ينتسبون باقتصار الاب
اما لو كان منتسبا الى الميت بالذكر والانثى لا يخرج عن كونه عصبة
كالاخ لاب وام وهي اربعة اصناف جزء الميت واصله وجزء ابي
الميت وجزء جد وحكم العصبات انها اذا انفرد صنف من الاصناف
او شخص واحد من الصنف ينفرد بجميع المال واما اذا اجتمعت
العصبات من الاصناف المختلفة فالجميع لا يستحقون الميراث
بالاجماع وانما يستحق صنف منهم باعتبار رجحانه واسباب الترجيح
شيآن احدهما قرب الدرجة والاخر قوة القرابة اما قربه الدرجة
وهو قرب القرابة فنعني به ان اولاهم بالميراث جزء الميت اي البنون

ثم بنوهم وان سفلوا ثم اصل الميت اي الاب ثم الجد ابو الاب
وان علا ثم جزو ابيه الميت وهو الاخوة ثم بنوهم وان سفلوا ثم
جزو جد الميت اي الاعمام ثم بنوهم وان سفلوا ثم اعمام الاب
ثم بنوهم وان سفلوا ثم اعمام الجد ثم بنوهم وان سفلوا والاصل
في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام الحقوا الفرايض باهلها فما ابقت
فلاولي رجل ذكر اي فلاقرب رجل ذكر فدل ذلك علي ان العصبات
اذا اجتمعت يترجح البعض علي البعض بالقرب ولهذا لانهم في القرب
من الميت مرتبون بهذا الترتيب فمرتبون في الميراث كذلك كما في
ولاية الانكاح وانما يقدم الجد علي الاخوة علي مذهب ابي حنيفة رضي
الله تعالي عنه لما يجي في مقايسته وانما قدم جزو الميت علي اصله
لان الابن فرع الميت والاب اصل واتصال الفرع بالاصل اظهر
من اتصال الاصل بالفرع الا تري ان الفرع يتبع الاصل ويصير مذكورا
بذكر الاصل بخلاف الاصل فانه لا يتبع الفرع فان البنا والاشجار
تدخل في البيع باعتبار الاتصال وعلي العكس لا تدخل فاذا عرفنا ان
اتصال الاصل اظهر عرفنا ان الفرع الي الاصل اقرب ولان جزو
الشي اقرب اليه من الاصل فاعتبر هذا في المحسوسات فان اصبعك
جزوك فهو اقرب اليك من اصلك بالحس وان كان ذلك اصبعا منفصلا
لان المتصل والمنفصل من حيث ان كلا منهما جزو لا فرق بينهما
ص وتصير عصبة بغيره البنات بالابن وبنات الابن بابن الابن
والاخوات لابوين باخيهن والاخوات لاب باخيهن ش هذا بيان
النوع الثاني من العصبات النسبية وهو العصبة بغيره وهن اربع من

النسا

النسا يصرن عصبة باخوتهن فالبنات يصرن عصبة بالابن وبنات
الابن بابن الابن لقوله تعالي يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ
الانثيين والاخوات لاب وام باخيهن والاخوات لاب باخيهن
لقوله تعالي وان كانوا اخوة رجالا ونسا فللذكر مثل حظ الانثيين
ص ومع غيره الاخوات مع البنات ش هذا هو النوع الثالث
من العصبات النسبية وهو العصبة مع غيره وهن الاخوات لابوين
اولاب يصرن عصبة مع البنات وبنات الابن لقوله عليه الصلاة
والسلام اجعلوا الاخوات مع البنات عصبة مثال ذلك بنت واخت
لابوين واخ او اخوة لاب فالنصف للبنت والنصف للاخت ولا شي
للاخوة لانها لما صارت عصبة تنزلت منزلة الاخ لابوين ص ويجعل
عصبته ولد الزنا والملاعنة مولي الام ش اي عصبة ولد الزنا
وولد الملاعنة امهما لانه لا اب له والنبي صلي الله عليه وسلم
الحق ولد الملاعنة بامه فصار كشخص لا قرابة له من جهة الاب فوجب
ان يرثه قرابة امه ويرثهم فلو ترك بنتا واما والملاعن فللبنت
النصف وللام السدس والباقي يرد عليهما كان لم يكن له اب
وهكذا لو كان معهما زوج او زوجة فانه ياخذ فرضه والباقي يقسم
بينهما فرضا وردا ولو ترك امه واخاه لامه وابن الملاعن فلامه الثلث
ولاخيه لامه السدس والباقي مردود عليهما ولا شي لابن الملاعن
لانه اخ له من جهة الاب واذا مات ولد ابن الملاعنة وورثه قوم ابيه
وهم الاخوة ولا يرث قوم جده اعني الاعمام واولادهم ولهذا يعرف بقية
مسايله فنقول انما لا يكون للعم شي في هذه الصورة لانه عم لام والعم

في حق حكم الميراث بمنزلة ولد رشده صح

من ذوي الارحام وذوي الارحام لايرثون مع ذي سهم وان ترك عما وخالا
فالثلث للخال والثلثان للعم وان ترك ثلاثة خالات متفرقات وعما
وعمة فالثلث للخالة للابوين والباقي بين العم والعمة للذكر مثل
حظ الانثيين ص وتختم العصبات بالمعتق ثم عصبته ش لما فرغ
من بيان العصبات النسبيه شرع في بيان العصبات السببيه فالعصبات
السببيه المعتق ثم عصبته على الترتيب الذي ذكرناه في العصبات
النسبيه حتى اذا مات المعتق ولم يكن له عصبة من جهة النسب
كان ميراثه لاقرب عصبات المعتق الاقرب فالاقرب يعني جزء المعتق
ثم اصله جزء ابن المعتق ثم جزء جد المعتق على ما بينا ولا
يجري الميراث في الولاء حتى لاينقل الى الاناث ولا الى الزوجين لقوله
عليه الصلاة والسلام الولاء لحمة كلحمة النسب لايباع ولايورث ص
واذا اباموله وابن مولاه يعطى للاب السدس والابن الباقي وقالا
الكل للابن ش اي معتق مات وترك اباموله وابن مولاه فعند اي حنيفه
ومحمد رحمهما الله تعالى الكل للابن وعند اي يوسف السدس للاب
بالفريضة والباقي للابن وجه قول اي يوسف وهو استحسان ان
الاب والابن تساويا في الانتساب الى المعتق بغير واسطة والاب
عصبة بنفسه فيكون الولاء بينهما على قدر ميراثهما من المعتق ولهما
ان القياس ان يكون الاب مع الابن في باب الميراث صاحب فرض لاغير
كما مع الاختين فلا تستحق شيأ من الولاء فلو كان مكان الاب جد قالوا
الولاء كله للابن بالاتفاق اما على قولهما فظاهر والفرق لابي يوسف
بينه وبين الاب ابعد قرابة لتخلل الواسطة بينه وبين المعتق فكان

الابن

الابن اولى وهذه احد المسائل الاربعة التي تخالف فيها الجد الاب ص اوجده
واخا مولاه فهو للجد وقالا يقسمان ش اي اذا ترك جد مولاه واخا مولاه فالمال
للجد عند اي حنيفة رضي الله عنه وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما
الله تعالى هو بينهما وهذه المسئلة مبنية على اختلافهم في ميراث الجد
عند الجد هو العصبة ويسقط معه الاخ فلذلك يكون احق بالولاء وهما
ان الاخ والجد يشتركان في الميراث فكذلك يشتركان في ميراث الولاء ص

فصل ٦٥ في الحجب والسقوط

لايحرم سنه حال الاب
فيمن لا يحرم م

والابن والام والبنت والزوجان ويحجب الاقرب ممن سواهم الابعد ولا
يرث ممن يدلي بشخص معه الاولاد الام ش اي الورثة ثلاثة انواع نوع
لايحجب اصلا وذلك ستة نفر الوالدان والولدان والزوجان لان
كل واحد من هؤلاء ثبت ارثه بدليل قطعي لاشبهة فيه ولا واسطة
بينه وبين الميت ليحجب بتلك الواسطة والنوع الثاني يحجب حجب
النقصان وهو حجب عن سهم الى سهم اقل منه وذلك خمس نفر الزوجين
والام وبنت الابن والاخت لاب فان الزوج يحجب من النصف الى الربع
والزوجة من الربع الى الثمن والام من الثلث الى السدس وبنت الابن
والاخت لاب من النصف الى السدس والنوع الثالث يرثون في حالة
ويحجبون في حاله ومعرفة هذا النوع مبنية على اصلين انه يرجح الاقرب
احد امام
فالاقرب كما ذكرنا في العصبات انه يعتبر قوة القرابة عند التساوي
في الدرجة وعند التفاوت فيها يعتبر قرب الدرجة فالحاصل
ان الاقرب يحجب الابعد كالابن لبنات الابن والاختين لابوين للاخوات
لاب والثاني كل من يدلي الى الميت بشخص لايرث مع وجود ذلك الشخص

التوفيق ان الجد الصحيح يحجب جميع والاخوات عند ابي حنيفة رضي الله
عنه وهو مذهب ابي بكر ومن تابعه من علماء الصحابة والتابعين
رضي الله تعالى عنهم وقال زيد بن ثابت وعلي وابن مسعود رضي الله
تعالى عنهم بنو الاعيان والعلات يرثون مع الجد على حسب اختلاف ٣
كيفية القسمة فاخذ ابن ابي ليلى بقول علي وابي يوسف ومحمد والثوري
ومالك والشافعي بقول زيد بن ثابت والفتوى على قول ابي بكر رضي فتوى
الله تعالى عنه فالحاصل ان للجد مع ذي سهم افضل الامور
الثلاثة اما المقاسمة كجد وزوج واخ للزوج النصف والباقي للجد بين
والاخ اضافا فيكون اصل المسئلة من اثنين والمقاسمة خير له
لان بالمقاسمة صار للجد نصف الباقي وهو الربع وان اعطيناه ثلث
ما بقي صار له سدس المال فالمقاسمة خير له فالسهم الباقي لا يستقيم
عليهما فاضرب الاثنين في اصل المسئلة وهو ايضا اثنان يبلغ اربعة
فمنها تصح المسئلة واما ثلث ما بقي بعد فرض ذي سهم جد وجدة
واختين واخوين للجدة السدس اصل المسئلة من ستة فسمنا للجد
ثلث ما بقي وهو سهمان وثلثا سهم لانه خير له لانا لو اعطينا الجد
ثلث الكل يستحق واحدا من ستة وثلث ما بقي خير له وهو سهمان وثلثا
سهم ولانا لو قاسمنا بينهم تحصل له سبعة احمسة وهو سهم وثلاثة
اسباع سهم وان اعطيناه سدس الجميع يحصل له سهم من ستة والشك
ان سهما وثلثي سهم خير وليس للباقي هنا ثلث صحيح فيضرب مخرج الثلث في اصل
المسئلة يصير المبلغ ثمانية عشر فسدس الجميع ثلاثة وثلث الباقي خمسة
وما اصاب من المقاسمة اربعة اسهم فثلث الباقي خير فلو اردت ان يزول

سوي اولاد الام فانهم يرثون مع الام لانعدام استحقاقها جميع التركة
وهذا لان كل من يدلي الميت بشخص ينظر فان كان الشخص المدلي به
مستحقا لجميع التركة لا يرث المدلي مع وجود المدلي به سواء كان بينهما
اتحاد السبب او لم يكن كما في الاب والجد او الاب والاخوة والاخوات
وان لم يكن الشخص المدلي به مستحقا لجميع التركة ينظر ان كان بينهما
اتحاد السبب لا يرث المدلي معه ايضا كما في الام والجدة فان لم يكن
بينهما اتحاد السبب يرث معه كما في الام واولاد الام ص ولا يحجب
المحروم يحجب المحجوب كالاخوة والاخوات يحجبهم الاب ويحجبون
الام من الثلث الى السدس ش اي المحروم كالكافر والقاتل والرقيق
لا يحجب عندنا مطلقا سواء كان حجب نقصان او حجب حرمان لان
المحروم في حق الميراث كالميت لانه حرم لمعنى في نفسه كما ان الميت
حرم لمعنى في نفسه ثم الميت لا يحجب فكذلك المحروم ولان القرابة
سبب الارث والسبب انما يراد لاثره لا لذاته ولا اثر هنا وهو الارث
فيكون معدوما والمعدوم لا يحجب ص ويسقط بنو الاعيان بالابن
وابنه وبالاب وكذلك بالجد وقالا يقاسمهم على اصول زيد رضي الله
تعالى عنه وبنو الاخياق بالولد وولد الابن والاب والجد ش بنو
الاعيان هم الاخوة لاب وام وبنو العلاة هم الاخوة لاب وبنو الاخياق
هم الاخوة لام فاولاد الاعيان يسقطون اربع نفر واولاد العلات
يسقطون لستة نفر واولاد الاخياق يسقطون لستة نفر وقد
ذكرنا الجميع عند اصحاب الفرائض ثم المصنف رحمه الله تعالى ذكر
مقاسمة الجد على اصول زيد ولم يبين كيفية المقاسمة فنقول وبالله

الكبير بالكلية فاضرب مخرج السبع في ثمانية عشر فيصير ماية وستا
وعشرين وسدس الجميع احد وعشرون وثلث ما بقي خمسة وثلاثون
والمقاسمة ثلاثون فخمسة وثلاثون خير للجد من ثلاثين واما سدس
الجميع كزوجة وجد وبنت واخوين فللبنت النصف وللجدة السدس
فبقي سهمان من ستة فلو اعطينا الجد سدس الجميع يستحق سهمان
من الباقين فهو خير من ثلث الباقي ومن المقاسمة لانا ان اعطيناه
ثلث الباقي يحصل له ثلثا سهم وان اعطيناه بالمقاسمة فايضا يحصل
له ثلثا سهم فلا شك ان ثلث الجميع خير له فاعطيناه سهما بقي سهم
اخر لا يستقيم على الاخوين فضربنا الاثنين في اصل المسيله وهو ستة
بلغ اثني عشر فمنه تصح المسيلة ولو تركت جدا وزوجا وبنتا واما واختا
فللزوج الربع وللبنت النصف وللام السدس وبقي سهم واحد من اثني
عشر فلو قاسم الجد يحصل ثلثا سهم ولو اخذ ثلث الباقي يحصل له
ثلث سهم فتعين ان ياخذ سدس الجميع وهو سهمان فعالت المسلة
الى ثلاثة عشر وسقطت الاخت لانها عصبة مع البنت ولم يبق لها شي
واعلم ان زيد ابن ثابت رضي الله تعالى عنه لا يجعل الاخت لابوين او لاب
صاحبة فرض مع الجد الا في المسيلة الاكدرية زوج وام وجد واخت
لابوين او لاب للزوج النصف وللام الثلث وللجد السدس وللاخت
النصف ثم يضم الجد نصيبه الى نصيب الاخت فيقسمانه للذكر مثل
حظ الانثيين لان المقاسمة خير للجد اصل المسيله من ستة وتعول الى
تسعة وتصح من سبعة وعشرين وهذا لانه لما ضم الجد نصيبه وهو
سهم الى نصيب الاخت يصير اربعة فانكسر على راس الجد والاخت

المسئلة الاكدرية

لان الجد

٤٢

لان الجد يجعل كالاختين فتضرب ثلاث اخوات تقديرا والاربعة لا تستقيم
على ثلاثة فتضرب راوسهم في عول المسيلة وهو تسعة فتبلغ سبعة
وعشرين للزوج تسعة وللام ستة وللجد ثمانية وللاخت اربعة
سميت هذه المسيله بالاكدرية لانها واقعة امراة من بني اكدر هذا
احد الاقوال وقيل انه سال عنها عبد الملك بن مروان فقيها يقال له اكدر
فاخطا فيها فنسبت اليه حكي ذلك عن الاعمش وقيل لتكدر فيها مذهب
زيد لانها كدرت في كون الاخت عصبة مع الجد في ساير المواضع وهنا
صارت صاحبة فرض وهذا القول يحكي عن وكيع وليست هذه النسبة
قياسية فان اهل العراق يسمونها غرا واهل المدينة يسمونها
ام الفروج لان كلها حركت اما اذا كان مكانها اخ فلا عول لان السدس
خير للجد ولا شي للاخ كما في المسيلة المتقدمه لما كان السدس خيرا
للجد اعلنا المسيلة واعطيناه السدس ولم يبق للاخت شي ولا
اكدرية ايضا لان الاخ عصبه ولم يمكن لزيد ان يجعله صاحب فرض
فاضطر الى حرمانه بخلاف الاكدرية فانه يمكن ان يجعل الاخت فيها صاحبة
فرض واما اذا كان مكانها اختان فلا عول لان فرض الام يرد من الثلث
الى السدس ولا اكدرية ايضا ص والجدات مطلقا بالام والابويات
بالاب ويحجب القربى البعدى وارثة كانت او محجوبة ش اي الجدة الصحيحة
لها حالتان السدس والسقوط اما السدس فللجدة مطلقا سواء كانت
لام او لاب واحدة كانت او اكثر لاطلاق قوله عليه الصلاة والسلام اطعموا
الجدة السدس الا ان الجدة اذا كانت واحدة فشرط وراثتها ان تكون جدة
صحيحة لا غير واذا كانت اكثر من واحدة فشرط وراثتهن كونهن جدات

لشهرتها حيث ... والاكدرية
ازدادت ... المسيله والاكان
ابهط لولا ... يعد قول ابي بكر الصديق
رضي الله ... لاقوال ... مكان الاخت ام او اختان
قول زيد ولو كان ... والاكدرية
فلا عول ولا اكدرية

صحيحات متحاذيات في الدرجة واما السقوط فلها تسقط بالام مطلقا
سواكانت الجدة من قبل الام او من قبل الاب واما سقوطهن بالاب فلا يسقط
الا الابويات واما الجد فيقوم مقام الاب في اسقاط الابويات لا ام الاب
وان علت فانها ترث مع الجد لانها ليست من قبل الجد بل امراته وهذا اذا
كان الجد اب الاب اما اذا كان الجد ابا ابي الاب فانه يرث معه ابويتان
ام ابي الاب وام ام الام بهذه الصورة الاتية والله سبحانه اعلم

ميت

اب

ام اب

ام اب

وكذلك الجد ابا ابي لاب فانه يرث معه ثلاث ابويات ام ابي الاب
وام ام ابي الاب وام ام الاب بهذه الصورة

ميت

اب

اب ام

اب ام ام

اب ام ام ام

والاصل في هذا انه ينظر ان كان بعد الجد من الميت بدرجة واحدة يرث
معه ابويه وان كان بعده بدرجتين يرث معه ابويتان وان كان بعده
بثلاث درجات يرث معه ثلاث ابويات وان كان بعده باربع درجات
يرث معه اربع ابويات وهكذا كلما بعد بدرجة ازداد توريث ابويه

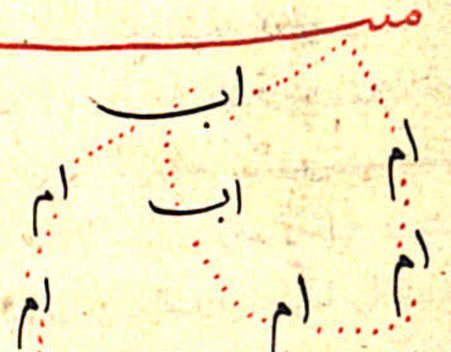
وهي المسئلة

وهي المسئلة الثالثة التي يخالف فيها الجد الاب لما بيناه ان ام الاب تحجب
بالاب ولا تحجب بالجد ثم القربي من كل جهة كانت تحجب البعدي من اي
جهة كانت وارثة القربي او محجوبة فالوارثة كام الاب مع ام ام الام والمحجوبة
كام الاب بالاب وام ام الام ففي هذه الصورة المال كله للاب والبعدي
محجوبة بالقربي محجوبة وهي مشتملة على الاقسام الاربعة بالقسمة
العقلية وذلك لانه اما ان تكون القربي والبعدي من جهة الام كام
الام وام ام الام او كلاهما من جهة الاب كام الاب وام ام الاب او القربي
من جهة الام كام الام مع ام ام الاب او القربي من جهة الاب والبعدي
من جهة الام كام الاب مع ام ام الام او القربي من جهة الاب والبعدي
من جهة ام كام الاب مع ام ام الام ففي الاقسام كلها القربي تحجب البعدي
وارثة كانت القربي او محجوبة وفيها اختلافات كثيرة الا ان الاعتماد على
الاطلاق لان الجدات انما يرثن باعتبار قرابة الولاد فوجب ان يقدم
القربي على البعدي كالاب الاقرب مع الابعد ثم اعلم ان مراتب الجدات
على اربع مراتب المرتبة الاولى جدتا الميت ام امه وام ابيه وهما ان
وارثتان المرتبة الثانية اربع جدات جدتا ابيه وجدتا امه فالاوليان
ام ابا ابيه وام ام ابيه والاخريان ام ام ام وام ابي امه والكل وارثات
الاخرة لانها جدة فاسدة حيث دخل في نسبها الى الميت اب بين امين
المرتبة الثالثة ثمان جدات جدتا ابا ابيه وهما ابي ابي ابيه وام ام
ابي ابيه وهما ان وارثتان وجدتا ام ابيه وهما ام ام ام ابيه وهي وارثة
وام ابي ام ابيه وهي ساقطة وجدتا ابي امه وهما ام ابي امه وام ابي ابي امه
وهما ساقطتان وجدتا ام ابيه وهما ام ام ابيه وهي وارثة وام ابي ام امه

وهي ساقطة فان كان لكل واحدة منهن جدتان يصرن ستة عشر وهي المربعة
الرابعة وان كان لكل واحدة من الستة عشر جدتان يصرن اثنين وثلاثين
وهلم جرا ثم الجدات الثابتات على ضربين متحاذيات متساويات في
الدرجة ومتفاوتان في الدرجة واذا اردت ان تعرف المتحاذيات الوارثات
اي مقدر كان فللفرضيين في طريق والبصريون يذكرون بعددهن
امهات ثم يبدل الام الاخيرة ابا في كل مرة الى ان يبقى اما واحدة فاذا اردت
ان تعرف خمس جدات متحاذيات وارثات تقول احداهن تقول ام ام ام ام
الثانية ام ام ام اب الثالثة ام ام ام اب اب الرابعة ام ام اب اب اب
الخامسة ام اب اب اب هذا على طريق اهل البصرة واما على طريقة
اهل الكوفة فيذكر واحدا من عددهن ابا الاولى وفي الثانية يذكرون الابا
الاولى والتي يليها وهكذا في كل مرة فتقول في خمس جدات متحاذيات
احداهن ام اب اب اب اب الثانية ام ام اب اب اب الثالثة ام ام ام
اب اب الرابعة ام ام ام اب وبين الاصطلاحين لا فرق واذا سالت
عن عدد الجدات المتحاذيات الوارثات كم بازاء من من السقطات
فالطريق في معرفة ذلك ان تاخذ عدد الصحاح بيمينك واطرح اثنين
احدهما يسارك ثم ضعف ما في يسارك بعدد ما في يمينك فالمبلغ
عدد الجدات الصحاح والفاسدات فاذا اسقط منه عدد الصحاح
كانت البواقي فاسدات مثاله اذا سئلت عن خمس جدات صحاح كم
بازاء هن فاسدات اخذت خمسة بيمينك وطرحت منها اثنين احديهما
بيسارك فاذا ضعفت ما في يسارك بعدد ما بقي في يمينك وهو ثلاث
حصل معك ستة عشر فاذا اسقطت منها الصحاح وهي خمس بقي

احدى

احدي عشر وهي الساقطات وعلى هذا القياس سائر الاعداد واعلم ان الجدة
الوارثة لا يتصور من الام الا جدة واحدة واما من جهة الاب فيتصور اي مقدار
قدر ص واذا اجتمعا وهن ام ام اب فتلك ام ام ام وهي ايضا ام اب اب
فتسم السدس بينهما اثلاثا وهما انصافا ش اي واذا كان للميت جدتان
احداهما من جهة واحدة بان تكون ام ام ام الميت والاخرى من جهتين او ثلاث
جهات قال ابو يوسف رحمه الله يكون السدس بينهما بالسوية باعتبار
الابدان ولا اعتبار لكثرة الجهات وقال محمد رحمه الله تعالى يقسم المال
بينهما باعتبار الجهات اذا كان الانصاف من الجهتين فيقسم اثلاثا وان كان
الانصاف من الجهات الثلاث فيقسم المال بينهما ارباعا وهلم جرا ثم
قيل قول ابي حنيفة مع محمد وقيل مع ابي يوسف وهو الاصح فصورة
الجدة التي هي من ذات جهتين بهذه الصورة الاتية



بيانها امراة لها ابن ابن وبنت بنت فتزوج ابن ابنها بنت بنتها
فولد لهما ولد ثم مات هذا الولد وترك جدتين احديهما ذات جهتين
ام ام امه وهي ايضا ام ابي ابيه والاخرى ذات جهة واحدة ام ام ابيه ولو
تزوج هذا الولد بسبطة لها اخر فولد بينهما ولد صارت هذه المراة
جدة لهذا الولد الاخر من ثلاثة اوجه فان تزوج هذا الولد بسبطة لها

اخر فولد بينهما ولدا صارت هذه الجدة جدة لهذا الولد الاخير من اربعة اوجه
وقس عليه الباقي صورتان ثلاث جهات ميت

وجه قول محمد وهو قول زفر رحمهما الله تعالى ان تعدد وجهة القرابة
كتعدد الاشخاص في حكم الميراث بدليل الاخوين لام اذا كان احدهما ابن عم
يجعل من تعددت له القرابة لشخصين فياخذ نصف الثلث بالفرض والباقي
بالعصوبة وكذلك زوج هو ابن عم ياخذ باعتبار الجهتين **وجه** قولهما
ان الترجيح باعتبار الجهات ممتنع لما فيه من تغير حكم النص لان النص
جعل الجدات في السدس سواء جعل ذات قرابتين بمنزلة شخصين ايضا
ش متعذر لان القرابتين من جنس واحد لان القرابة هنا ليست الا قرابة
الولاد وقرابة الولاد متحدة الا ترى ان الاخت لاب وام لا ترث باعتبار
القرابتين فلا تعطى لكونها من الام السدس ولكونها من الاب النصف لكون
القرابتين من جنس واحد جهة الارث ثمة تختلف فوجب اعتبار كل واحد
من السببين **ص** واذا استكمل البنات او الاخوات لابوين فرضهن سقط
بنيات الابن والاخوات لاب الا بتعصيب ابن ابن واخ هو اذا او انازل
ش قد مر شرح هذه الجملة بكمالها **ص** ويأخذ اخو عم هو اخ لام السدس
ولعصمان الباقي **ش** قد مرت هذه المسئلة في سابقة الستة والاصل

فيه

فيه ان اجتماع القرابتين في شخص واحد يوجب استحقاق الارث بكل واحدة
منهما اذا كانتا من جنسين مختلفين واذا كانتا من جنس واحد لا يوجب
الاستحقاق بكل واحدة بل باحديهما **ص** ولو تركت زوجا واما واختا
لام واخوة لابوين اخذ الزوج النصف والام السدس والاخوة الام الثلث
ولا يشترك معهم الاخوة لابوين **ش** هذه المسئلة المعروفة بالمشركة
وصورتها امراة ماتت وتركت زوجا واما وجدة واخوة لام واخوة لابوين
فللزوج النصف ولاولاد الام الثلث وللام السدس ولا شيء للاخوة
لابوين وهذا قول ابي بكر الصديق رضي الله عنه وعلي وابن عباس
وابي بن كعب وابي موسى وبه قال اصحابنا رحمهم الله تعالى وقال
عمر وعثمان وابن مسعود وزيد بن ثابت للزوج النصف وللام السدس
والثلث يشترك فيه اولاد الاعيان والاخياف بالسوية وبه اخذ الشافعي
ومالك رضي الله عنهما وكان عمر يقول اذا لا تمما قال ابو بكر الصديق ثم
رجع الى قول عثمان رضي الله عنهم وسميت رجوعه انه سيل عن هذه
المسئلة فاجاب بما هو مذهبه فقام واحد من بني الاعيان وقال
يا امير المومنين هبلان ابانا كان حمارا السنا من ام واحدة فاطرق
عمر راسه مليا ثم رفع راسه وقال صدقوا هم بنو ام واحدة وشركهم
في الثلث فلهذا سميت حماريه ومشركة وعثمانيه ومسدسة ومثلثة
كذا في الحقايق **وجه** قولهم ان الاخوة بنادلوا في الانساب وهي
الانتساب الى الاب وهكذا ان لم يزدهما خيرا لا يستجلب
شرا **وجه** قولنا ان الاخوين لابوين عصبة والعصبة كل
من ياخذ ما ابقته الفرايض فما ابقت فلاولى رجل ذكر ولم يبق هاهنا

بعد الفرايض شي لان النصف للزوج والسدس للام والثلث لاولاد الام
بنص كتاب الله تعالى ص فصل العول والرد ش العول في اللغة الميل الى الجور
في الحكم قال الله تعالى ذلك ادنى الا تعولوا اي اقرب ان لا تجوروا وقال
اعرابي للحاكم حكم علينا انت تعول علي اي تميل جايرا ومنه يقال عالت
الفرايض اذا زادت سهامها على اهلها فدخل على اهلها النقصان ومنه
قول الفرضي العول ان يزاد على المخرج من اجزايه اذا ضاق عن فرض
يعني يزاد على اصل المسيلة من سهام فروضها اذا ضاق الاصل عن
فرض من فروضه ص اذا زادت السهام على الفريضه فقد عالت
فتعول الستة الى عشر وتزاد شفعا واثني عشر الى سبعة عشر
وترا واربعة وعشرين الى سبعة وعشرين كامراة وبنتين
وابوين ش لما كانت المخارج كلها لا تعول نمست الحاجة الى بيان جملة
المخارج وتميز العايله منها على التي لم تعول فنقول مجموع المخارج
سبعة الاثنان والثلاثه والاربعة والثمانيه لان المصير الى العول
لضرورة ضيق المخارج عن اجزايها وهذه المخارج اذا صدرت
فيها اصحاب الفرايض لا تضيق عنها فلا تحتاج فيها الى العول وثلاثه
منها تعول الستة تعول الى عشرة شفعا ووترا واثني عشر تعول
الى سبعة عشر وترا لا شفعا واربعة وعشرين تعول الى سبعة
وعشرين عولا واحدا وانما احصرت المخارج في سبعة مع ان الفروض
ستة لان الفروض لها حالتان حالة انفراد وحالة انضمام واختلاط
ففي حالة الانفراد تحتاج الى خمس مخارج لان الثلث والثلثين لهما
مخرج واحد وهو الثلاثه واما حالة الانضمام والتركيب فيحتاج الى

مخرجين

مخرجين اخرين لان التركيب لا يخلو اما ان يكون في بعض احد النوعين
وهو النصف والربع والثمن بالنوع الاخير وهو الثلث والثلثان والسدس
ويندرج تحت هذا القسم تركيبات تركيب النصف مع كل الثاني
او بعضه ومنه لا يحتاج الى مخرج زايد وهو اثنا عشر وتركيب
الثمن بكل الثاني او بعضه فيحتاج الى مخرج زايد ايضا وهو اربعة
وعشرين ولهذا انحصرت المخارج فاذا عرفت ذلك فلابد من بيان
الامثله للمعرفة فنقول مثال عول الستة الى سبعة اختان لابوين
اولاب واختان لام وام او زوج واختان لابوين اولاب ومثال
عولها الى الثمانيه نصف وثلثان وسدس كزوج واختين لابوين
اولاب وام ومثال عولها الى تسعه نصف وثلثان وثلث كزوج
واختين لابوين اولاب واختين لام او نصف وثلثان وسدسان
كزوج واختين لابوين اولاب واخ لام وام ومثال عولها الى عشرة
نصف وثلثان وثلث وسدس كزوج واختين لابوين اولاب واختين
لام وام ومثال عول الاثني عشر الى ثلاثة عشر اجتماع الربع
والسدس كبنت وزوج وابوين او زوجة وثلاثة اخوات متفرقات
او زوجة وام واخت لاب واخت لام او اجتماع نصف وربع وثلث
كزوجة واختين لاب واختين لام او اجتماع ثلثين وربع وسدس
كاختين لاب وزوجة وام ومثال عولها الى خمسة عشر ان يجتمع
ثلثان وثلث وربع كاختين لاب واختين لام وزوجة او ثلثان وسدسان
وربع كاختين لاب واخت لام وام وزوجة او نصف وربع وثلث
وسدس كاخت لاب وزوجة واختين لام وام او نصف وربع وثلاث

اسداس كثلاث اخوات وام وزوجة او ثلثان وربع وسدسان كاختين
لاب وزوجة واخت لام وام **ومثال** عولها سبعة ان تجتمع ثلثان وثلث
وسدس وربع كاختين لاب واختين لام او جدة او زوجة **فالحاصل**
ان الاثني عشر الى سبعة عشر وترا ولا تعول شفعا **ومثال** عول
الاربعة وعشرين الى سبعة وعشرين عولا واحدا يعني انه لا تعول
الى خمسة وعشرين ولا الى ستة وعشرين بالمسئلة المنبرية
لان عليا رضي الله تعالى عنه سيل عنها وهو على المنبر فدرج الجواب
في الخطبة على البديهة فقال له السائل منعتنا البيض للزوجة الثمن
فقال صار ثمنها تسعا ومضى في الخطبة فتعجبت الصحابة رضي الله تعالى عنهم
من دقة فهمه وسرعة جوابه وكان علي رضي الله تعالى عنه فارها في
علم الحساب حتى روي ان ضرارا قال له انكم تقرون في كتابكم ثلثمائة
سنين وازداد واسبعا وفي كتابنا نجد ثلثمائة سنين فلا يستقيم
هذا فيخالف كتابنا كتابكم فقال علي رضي الله عنه هذا يستقيم
لانه في كتابكم على حساب اليونانيين وفي كتابنا على حساب اهل العرب
فثلثمائة سنين من حساب اليونانيين ثلثمائة سنين وتسع
سنين على حساب العرب فتعجب الضراني من جوابه على البديهة وامن
فقال اشهد ان لا اله الا الله واشهد ان محمدا عبده ورسوله ولهذا قيل
ان عليا رضي الله عنه كان معجزة من معجزات النبي صلى الله عليه
وسلم لانه مع تبحره في العلوم وشجاعته في الحرب كان منقادا مطيعا للرسول
ومقرا بنبوته وهذا كما قيل ان اباحنيفة رضي الله عنه كان معجزة
من معجزات صلى الله عليه وسلم **ص** وان فضل عنها ولا عصبة يرده

تعول مر

وهي ام راه وابوان وبنتان
وهي من الزوائد وانما سميت
مر

عليهم

عليهم بقدر سهامهم الا على الزوجين **ش** لما فرغ من مسايل العول شرع
في بيان مسايل الرد ثم اعلم ان الرد عند العول وبيانه ان الفرايض على
ثلاثة اقسام لانه لا يخلو اما ان يكون مخارجها متساوية كفرايض ولا
تكون فان كانت متساوية لها الفريضة العادلة وان لم تكن متساوية
لها فلا يخلو اما ان تكون المخارج ناقصة عنها وهي العايلة وان كانت
فاضلة عنها وهي الردية فثبت ان ضد العول اذ الزيادة والنقصان
ضدان لا يجتمعان ثم ما فضل عن سهام ذوي الفروض هل يجوز
الرد عليهم ففيه ثلاث اختلافات بين الصحابة رضي الله تعالى عنهم
فقال عثمان رضي الله تعالى عنه يجوز الرد عليهم مطلقا سواء كانت
ذوي الفروض لسببيه او سببيه كالزوجين وقال زيد بن
ثابت رضي الله تعالى عنه لا يجوز الرد مطلقا وبه اخذ مالك والشافعي
وقال عامة الصحابة رضي الله تعالى عنهم ذوو الفروض ان كانت
بنسبيه وقد فضل عن فروضهم ولا مستحق له يرد عليهم وان كانت
سببية كالزوجين لا يرد عليهما وهو الصحيح وعليه عامة الصحابة
والتابعين رضي الله تعالى عنهم وبه اخذ علماؤنا رحمهم الله تعالى
وجه من جوز الرد مطلقا ان الفريضة لو عالت دخل النقص على الكل
فاذا فضل شيء وجب ان يكون الفاضل للكل **ووجه** من منع الرد
مطلقا ان السهام كلها مقدرة بتقدير الشرع والتقدير الشرعي يمنع
الزيادة والنقصان كما في اعداد الصلاة حجة من قال بالرد على غير الزوجين
قوله صلى الله عليه وسلم من ترك مالا فلورثته من ترك كلا او عيالا فعلي
ولان القرابة علة مستوعبة لاستحقاق الكل لاستغنا الميت عنه

الرد

ولولا الانتقال الي ورثته لبقي المال عطلا سايبا والقريب اولي الناس اليه
فيستحقه بالقرابة صلة تما يستحق النفقه حال حياته صله الا انها
تقاعدت عن افادة استحقاق الكل حاله الاجتماع للزاحمة بالاجماع فبقيت
مفيدة استحقاق الكل حاله الانفراد بخلاف الزوجين فان قرابتهما
قاصرة ليس لهما قرابة الرحم والولا فلا يستحقان بالزوجية الا الفريضة
اظهارا لقصور مرتبتهما لان الزوجية تنقطع بالموت فيرتفع السبب
وقيل مسئلة الرد مبنية على مسئلة ذوي الارحام لان اصحاب الفروض
بعد احراز سهم الفروض يصيرون من جملة ذوي الارحام لان تفسير ذوي
الارحام هو كل قريب ليس بذي سهم ولا عصبة واصحاب الفروض
في حق ما فضل عن سهامهم بهذه الصفة وذوي الارحام لبعضهم
اولي ببعض فاصحاب الفروض اولي من جملة ذوي الارحام وعند مالك
والشافعي لما لم يستحق ذوي الارحام شيا ومصب المال بيت المال
فكذا الفاضل عن ذوي الفروض مصبه بيت المال **والجواب**
ان النص قدر لذوي الفروض قدرا معينا ولا يزاد عليه فرضا اخر
ونحن نقول به وانما نعطيهم الباقي باعتبار اصل القرابة عملا بقوله
تعالى واولوا الارحام بعضهم اولي ببعض في كتاب الله وليس اخذ الباقي
سبب اخر مخالفا للنص زيادة على الفرض الا ترى ان الاب مع البنت ياخذ
السدس فرضا والباقي بعد فرض البنت بطريق العصوبة ولم يكن ذلك
مخالفا لقوله تعالى ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له
ولد **ص** فان اتحد جنس المردود عليهم قسمت المسئلة من عدد رؤسهم
وان كان جنسين فمن عدد سهامهم **ش** هذه المسايل كلها الى اخر الفصل

اعلم

اعلم ان جميع من يرد عليه سبعة الام والجد والبنت وبنت الابن والاخوات
لابوين والاخوات لاب واولاد الام ويقع الرد على جنس واحد وعلى جنسين
او اكثر ولا يكون اكثر من ذلك والسهام المردودة على اربعة الاثنان والثلاثة
والاربعة والخمسة كذا في الاختيار فاذا عرفت ذلك حينا الى الاقسام
المذكورة في المتن فنقول وبالله التوفيق مسايل الرد اما ان يكون فيها
من لا يرد عليه او لم يكن فان لم يكن فلا تخلو اما ان يكون من يرد
عليه جنسا واحدا او اكثر من جنس واحد فان كان من يرد عليه جنسا
واحدا فاجعل المسئلة من عدد رؤسهم وان كان من جنسين او اكثر
فمن سهامهم واسقط الزايد امثلة ذلك جد واخت لام للجد السدس
وللاخت السدس ويرد الباقي عليهما بقدر سهامهما فاجعل المسئلة
من عدد رؤسهم وهو اثنان لاستوايهما في الفرض اصل المسئلة
من ستة عادت بالرد الى اثنين جدة واختان لام للجدة السدس
وللاختين لام الثلث فاجعل المسئلة من ثلاثة عدد سهامهم بنت
وام للبنت النصف ثلاثة وللام السدس سهم فاجعلها من اربعة
عدد سهامهم اربع بنتان وام للبنتين الثلثان وللام السدس
فاجعل المسئلة من خمسة عدد سهامهم وان كان في المسئلة من
لا يرد عليه وهو الزوج والزوجة فان كان جنسا واحدا فاعط فرض
من لا يرد عليه من اقل مخارجه ثم اقسم الباقي على عدد رؤس من يرد
عليه فان استقام فيها كزوج وثلاث بنات فاعط الزوج فرضه
الربع من اربعة والباقي للبنات وهو ثلاثة تضع المسئلة عليهن فان لم
يستقم الباقي عليهن فان كان بين رؤسهن وبين ما بقي من فرض من لا يرد

عليه كزوج وست بنات للزوج الربع يبقي ثلاثه لاستقيم علي البنات
وبينهن وبين الباقي موافقة بالثلث فاضرب وفق عدد رؤسهن وهو
اثنان في مخرج فرض من لايرد عليه وهو اربعة تكون ثمانية للزوج الربع
وهو اثنان يبقي ستة تقع علي البنات وان لم يكن بينهما موافقة كزوج وخمس
بنات فاضرب كل رؤسهم وهو خمسة في مخرج فرض من لايرد عليه
وهو اربعة تكون عشرين فمنها تصح المسيلة كان للزوج سهم فاضربه
في المضروب تبلغ خمسة مهي له والباقي ثلاثه اضربها في المضروب
تبلغ خمسة عشر فاقسمها عليهن لكل بنت ثلاثة اسهم وان كان من
لايرد عليه مع جنسين او ثلاثه ممن يرد عليه من اقل مخارجه
ثم اقسم الباقي بين اهل الرد اثلاثا كزوجة واربع جدات وست اخوات
لام اقل مخرج فرض من لايرد عليه اربعة اعط للزوجة ربعها سهما
يبقي ثلاثة ومسيلة من يرد عليه ايضا ثلاثه لان للجدات السدس
وللاخوات لام الثلث فالثلاثة الباقيه تستقيم علي هذه الثلاثة
فسهم واحد للجدات وسهمان للاخوات فان لم يستقم فاضرب جميع
من يرد عليه في مخرج فرض من لايرد عليه لان مسيلة من لايرد عليه
بمنزلة رؤسهم فان الباقي من مخرج فرض من لايرد عليه كما يقسم علي
الروس يقسم علي المسيلة والباقي اذا لم يستقيم علي رؤسهم تضرب
الروس في مخرج فرض من لايرد عليه فكذا اذا لم يستقم علي مسيلتهم
تضرب مسيلته في مخرج فرض من لايرد عليه فالمبلغ مخرج فروض الفريقين
كاربع زوجات وتسع بنات وست جدات اعط فرض من لايرد عليه من اقل
مخارجه وهو ثمانية ثمنها واحد يبقي سبعة ومثله من يرد عليه خمسة

لان

لجعلهم

لان الفرضين ثلثان وسدس والسبعة لاتستقيم علي الخمسة ولا موافقة
بينهما فتضرب الخمسة في الثمانية تبلغ اربعين فهو مخرج فروض الفريقين
ثم اضرب سهام من لايرد عليه في مسيلة من يرد عليه وسهام من يرد عليه
فيما بقي من مخرج فرض من لايرد عليه بقدر سهامهم فاضرب ما كان للزوجات
وهو سهم في خمسة تبلغ خمسة فهو لهن واضرب ما كان للبنات وهو
اربعة في باقي فرض من لايرد عليه وسبعة تبلغ ثمانية وعشرين
فهو لهن واضرب سهم الجدات في سبعة لسبعة وكملت الاربعون
وهذا مسيلة من يرد عليه ومن لايرد عليه من اصل واحد لا
لتصحيح السهام علي الوارثات وطريق التصحيح ان تقول ان الزوجات
اربعة ونصيبهن خمسة والخمسة لاتستقيم علي الاربعة ولا توافقها
فتاخذ عدد رؤسهن وسهامهن وذلك اربعة والجدات ستة ونصيبهن
سبعة لاتستقيم عليهن ولا يوافقهن فتاخذ عدد رؤسهن
وذلك ستة والبنات تسعة ونصيبهن ثمانية وعشرون
لاتستقيم عليهن ولا يوافقها فتاخذ ايضا عدد رؤسهن وذلك
تسعة واجتمع عندنا اربعة وستة وتسعة وبين الاربعة والستة
موافقة بالنصف فتضرب الاربعة في الثلاثة تبلغ اثني عشر وبين
اثني عشر وتسعة موافقة بالثلث فتضرب ثلاثة في اثني عشر تبلغ
ستة وثلاثين فهو المضروب فاضربه في الاربعين وهو مخرج فروض
الفريقين تبلغ الفا واربعمايه فمنها تصح المسيلة للزوجات ماية وثمانون
لكل واحدة خمسة واربعون وللجدات مايتان اثنان وخمسون لكل
واحدة اثنان واربعون وللبنات الف وثمانيه لكل واحدة مايه واثني عشر

فالحاصل انه اذا انكسر على البعض بعد عمل الرد وتصحيح المسئلة بالاصول
المذكورة في التصحيح ففي الاقسام الثلاثة الاخر يعني في القسم الثاني والثالث
والرابع قد انكسرت السهام على رؤسهم فبعد عمل الرد فلا حرم قد علمنا انها
على التصحيح ص ن فصل ٦٧ ذوي الارحام توريث ذوي
الارحام كل قريب ليس بذي سهم ولا عصبة فياخذ المنفرد جميع المال
ويحجب اقربهم الابعد ش ذوي الرحم في اللغة عبارة عن القريب
على الاطلاق فيندرج تحته ثلاثة اقسام قريب ذو سهم وقريب
هو عصبة وقريب ليس بذي سهم ولا عصبة فالقسمان الاولان قد
مضى الكلام فيهما وفي احكامهما وبقي الثالث فافرد له هذا الفصل اعلم
ان الخلفا الراشدين وغيرهم من الصحابة كابن مسعود وابن عباس في
اشهر الروايتين ومعاذ بن جبل وابي الدرداء وابي عبيدة بن الجراح
رضي الله تعالى عنهم كانوا يورثون توريث ذوي الارحام على ما حكي عن
القاضي ابي حازم انه قال لم يكن في بيت مال الخلفا الراشدين الاربعة
شي من اموال الاموات الذين هم ذوو الارحام وافتى المعتضد برد اموال
ذوي الارحام من بيت المال مختارا باجماع الصحابة على ذلك وبه اخذ
علماؤنا رضي الله تعالى عنهم اجمعين وقال زيد ابن ثابت لا ميراث لهم
ويوضع المال في بيت المال وبه اخذ مالك والشافعي والحجة لهما ان ابة
الميراث المواريث عينت اشخاصا للميراث فلو رددنا عليهم وارثا كان
ذلك نسخا للنص لا سيما على اصلك فان الزيادة على النص نسخ ولنا
الكتاب والسنة والمعقول اما الكتاب فقوله تعالى للرجال نصيب مما
ترك الوالدان والاقربون وللنسا نصيب مما ترك الوالدان والاقربون وقوله

بيان الارحام

يبلغ مقابلة

تعالى

تعالى ولكل جعلنا موالي مما ترك الوالدان والاقربون والذين عاقدت
ايمانكم فاتوهم نصيبهم وقوله واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض في
كتاب الله فهذه النصوص تقتضي توريث ذوي الارحام بعضهم بعضا
مطلقا الا ما دل عليه الدليل على تقديم البعض وتاخير وذكر الرازي
ان ظاهر قوله تعالى للرجال نصيب الاية دليل على اثبات مواريث
ذوي الارحام فان احدا لا يمنع ان يقول ان العمات والخالات والاخوال
واولاد البنات من الاقربين فوجب بظاهر الاية اثبات ميراثهم الا انه
لما كان قوله نصيب مجملا غير مذكور المراد امتنع الاحتجاج به في
حق المقدار وان كان يجوز الاحتجاج به في حق التوريث ومثل هذا
قوله تعالى خذ من اموالهم صدقة تطهرهم وانفقوا من طيبات
ما كسبتم ومما اخرجنا لكم من الارض واتوا حقه يوم حصاده فهذه
الايات الشريفة لما اشتملت على العموم ولا يمنع ما فيها من الاجمال
من الاحتجاج بعمومها ومتى اختلفنا فيما انطوت عليه لفظة العموم وهو
اضافة الاموال الموجب فيها وان لم يعلم الاحتجاج بما اقتضته من المجمل
عند اختلافنا في المقدار الواجب كذلك متى اختلفنا في الورثة
المستحقين للميراث ساغ لنا الاحتجاج بعموم قوله تعالى للرجال
نصيب مما ترك الوالدان والاقربون ومتى اختلفنا في المقدار الواجب
لكل واحد منهم احتجنا في اثباته الى دليل اخر فان قيل لما قال
نصيبا مفروضا ولم يكن لذوي الارحام نصيب مفروض علمنا
انهم لم يدخلوا في قرار الاية قلنا لا نسلم انه لم يكن لذوي
الارحام نصيب مفروض لكل منهم وهو معلوم مقدر كما نصبا

ذوي السهام لا فرق بينهما من هذا الوجه وانما بين الله تعالى ان لكل واحد
من الرجال والنسا نصيبا مفروضا غير مذكور المقدار وذلك يرون
ببيان وتقدير معلوم له ورد في الثاني كما ورد البيان في نصيب
الوالدين والاولاد وذوي السهام بعضها بنص التنزيل وبعضها بنص
السنة وبعضها بالاجماع وبعضها بالقياس لذلك ايضا ورد ذوي
الارحام بعضها بدليل الكتاب وبعضها بدليل الاجماع وبعضها بالجماع
الامة حيث اوجبت الايه لذوي الارحام نصيبا فلم تجز اسقاط عمومها
فيهم ووجب توريثهم بها واما السنة فما روي انه عليه الصلاة
والسلام انه قال من ترك مالا فلورثته وانا وارث من لا وارث له اعقل
عنه وارثه والخال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه رواه احمد
وابو داود وابن ماجه وفي رواية قال عليه الصلاة والسلام في
شخصين ات وليس له وارث الا خال الله ورسوله مولى من لا مولى له رواه
احمد وابن ماجه وقال الترمذي وقال حديث حسن للقرابة على ما مر
على الاستحقاق مطلقا الا ان هذه القرابة عند الاجتماع بذوي
الفروض والعصبة تقاعدت عند اقتضا العمل كتقدم القرابة
القريبة وتاخر البعيدة فعند الانفراد زال المانع من عمل العلة توجب
الاستحقاق بها اذ الاصل ان لا يصرف الى بيت المال مع وجود مستحق له
وسائر المسلمين يدلون الى الميت بالاسلام والقرابة والمدلي بجهتين
اولى لبني الاعيان مع بني العلات والجواب عن احتجاج الخصم بالايه
فلا حجة له فيها لانه انما تلزم الزيادة على النص ان لو ورث ذوو الارحام
فرضا لان الاية انما سيقت لبيان الفرايض اما اذا اورثوا على جهة اخرى

فلا

فلا يدل عليه انعقاد الاجماع على ان الجد اذا اجتمع مع البنت اخذ السدس
فرضا والباقي بعد فرض البنت تعصيبا ولم يكن ذلك زيادة على النص ولا
نسخا واما الحديث فلا حجة له فيه لانه بتبين ان الباقي يصرف الى
العصبة عند وجودها ولا مرد فيه وانما الكلام عند عدمها على ان شريح
وجماعة من اصحاب الشافعي رضي الله تعالى عنهم ذهبوا الى توريث ذوي
الارحام واختاره كثير من فقهائهم للفتوى في زماننا لفساد احوال
بيت المال وصرفه في غير مصارفه ثم ان الرد على ذوي الفروض مقدم
على ذوي الارحام على ما مر وانما لم يرث ذوو الارحام اذا لم يكن احد
من اصحاب الفروض ممن يرد عليه ولم يكن عصبة واجمعوا على ان ذوي
الارحام لا يحجبون بالزوج والزوجة ويرثون معهما فيعطى للزوج
او الزوجة نصيبه ثم يقسم الباقي بين ذوي الارحام ولكن
كيفية القسمة فيما بينهم لكيفيتهم في العصبات فمن انفرد
منهم اخذ جميع المال لانهم يدلون بالقرابة وليس لهم سهم مقدر
فكانوا كالعصبات والاقرب يحجب الابعد كالعصبات حتى من هو اقرب
الى الميت من كل صنف كان هو اولى مثاله بنت بنت بنت وابن ابن
فابو الام اولى لانه اقرب وكذلك العمة والخالة اولى من اب اب لم لكونها
اقرب وهذا الحكم من الزوائد ص ويقدم اولاد البنات واولاد بنات
الابن ثم الجد الفاسد والجدات الفاسدات وهو مقدم على ما قبله في
رواية ثم اولاد الاخوات لابوين او لاب واولاد الاخوة والاخوات لام
وبنات الاخوة والجد مقدم عليهم ثم الاخوال والخالات والاعمام لام
والعمات وبنات الاعمام واولادهم ثم عمات الاب والامهات واخوالهم

وخالاتهم واعمام الاباء واعمام الامهات كلهم واولادهم ولاش لما كان توريث
ذوي الارحام كتوريث العصبات الاقرب فالاقرب فلابد من بيان الترتيب
فنقول وبالله التوفيق ان ذوي الارحام اصناف اربعة الصنف الاول
ينتمي الى الميت وهم اولاد البنات واولاد بنات الابن والصنف الثاني ينتمي
اليهم الميت او اجداد البنات الساقطون والجدات الساقطات وهم
المسمون في عرف الفرضيين الجد الفاسد والجدة الفاسدة مثل ابن
الام الاب وام ابي الام وخوهما والصنف الثالث ينتمي الى ابوي الميت
وهم اولاد الاخوات وبنات الاخوة وبنوا الاخوة وبنوا الاخوات لام والصنف
الرابع ينتمي الى جدي الميت وجديته وهم العمات والاعمام لام والاخوان
والخالات فهو لاء مجموعهم خمسون بيانه ان اقل ما يتصور من الصنف
الاول وهم اولاد البنات واولاد بنات الابن من ذكر واثنتي اربعة ومن
الصنف الثاني وهم الاجداد الساقطون والجدات الساقطات من قبل
الاب والام من ذكر واثنتي اربعة ايضا وهو من الصنف الثالث وهم
اولاد الاخوات وبنات الاخوة وبنوا الاخوة لام من ذكر واثنتي عشرة
ومن الصنف الرابع وهم العمات والاعمام لام والاخوال والخالات لاب
واقلهم يكون عشرة ولكل واحد منهم ولدان ذكر واثنتي فيصير عشرين
وايضا البنات للعمين لاب وام او لاب فيصير مجموعهم اثنين وثلاثين
ومجموع ذوي الارحام على هذا التقدير يكون خمسين فهو لاء وكل من يدلي
بهم من ذوي الارحام فاولاهم بالميراث الصنف الاول وهم اولاد البنات
واولاد بنات الابن لان لاولاد الصلب زيادة قرب واتصال بالميت ثم
الثاني وهم الاجداد الساقطون والجدات الساقطات ثم الثالث وهم

اولاد

اولاد الاخوات وبنات الاخوة وبنات الاخوة لام ثم الرابع وهم العمات الى اخره
هكذا ذكره ابو يوسف والحسن عن ابي حنيفة رضي الله تعالى عنهم والاعتماد
على هذه الرواية وعليها الفتوى وفي الاختيار وذكر رضي الدين النيسابوري
رحمه الله تعالى انه لا يرث احد من الصنف الثاني وارقب وهناك احد من الصنف
الاول وان بعد وكذلك الثالث مع الثاني والرابع مع الثالث قال وهو المختار
للفتوى والمعول من جملة مشايخنا تقديم الصنف الاول مطلقا ثم
الثاني ثم الثالث ثم الرابع انتهى ص فاذا استووا في الدرجة قدم
ولد الوارث ش القايلون بتوريث ذوي الارحام الاصناف ثلاثة
صنف يسمون اهل القرابة هم ابو حنيفة واصحابه وعيسى بن ابان
سموا بذلك لانهم يقدمون الاقرب فالاقرب وصنف يسمون اهل التنزيل
وهم الشعبي ومسروق ونعيم بن حماد وبن نعيم وابو عبيد الله والقاسم
ابن سلام سموا بذلك لانهم ينزلون المدلي منزلة المدلى به في الاستحقاق
منزلة البنات واولاد الاخوات منزلة الاخوات واما بنات الاخوة فقد
اختلفوا فيهن فالجمهور منهم ينزلوهن منزلة الاخوة فتكون ثلاث بنات
اخوة متفرقين بمنزلة ثلاث اخوة متفرقين واما الخال والخالة فالجمهور
نزلاهما منزلة الام وقس على هذا امثاله لو ترك بنت بنت وبنت اخت
فللغرابة المال كله لبنت البنت لانها اقرب وعلى قول اهل التنزيل المال
بينهما نصفان كما لو ترك بنتا واختا وصنف يسمون اهل الرحم وانما سموا
به لانهم ورثوا بالرحم على التسوية بين القريب منهم والبعيد والذكور
والاناث وعلقوا باصل الرحم منهم نوح بن دراج لاصحابنا ان استحقاق
ذوي الارحام في معنى الاستحقاق بطريق العصوبة ولهذا لم يكن لاحد منهم

فتوى

بسهم مقدر معيني ومن انفرد منهم اخذ جميع المال وفي حقيقة العصوبة
يقدم وكذلك من في معناه وقول اهل التنزيل لا يقوي لانه يلزم علي اعتبار
صفة المدلي به وذلك يوجب حرمان ذوي الرحم فيما اذا كان المدلي به
رقيقا او كافرا ولا قايل به اذ لا يجوز ان يكون الانسان محروما عن الميراث
بمعني في غيره وانما يكون استحقاق الميراث باعتبار وصف فيه وهو القرابة
ولكن يقدم الاقرب باعتبار معني العصوبة ثم في حقيقة العصوبة
تارة تكون زيادة الاقرب بنقصان درجة بان يكون احدهما اقرب
بدرجة وتارة بقوة السبب ولهذا قدم البنوة في العصوبة علي الابوة
فكذلك من في معني العصوبة ثبت التقديم ثم بقرب الدرجة
لان زيادة القرب من اسباب الترجيح مثاله بنت بنت وبنت بنت بنت
فالمال كله لبنت البنت وكذلك بنت اخت وبنت بنت اخت وان استووا
في قرب الدرجة فمن كان ولد وارث بالفرض او العصوبة هو اولي لان
ولد العصوبة او صاحب الفرض زيادة قرب الي الميت باعتبار زيادة قرب
اصله مثاله بنت بنت البنت وبنت بنت الابن فالمال لبنت بنت الابن
لانها ولد وارث ولد بنت الابن وهي صاحبة فرض وكذلك بنت بنت اخت
وبنت ابن اخ وان كان احدهما اقرب والاخر ابعد ولكنه يدلي الي الميت
بوارث فالاقرب اولي لان العلة وهي القرابة تترجح بزيادة القرب لا بالاولوية
بوارث كما في العصبات اذا استووا ولطلب الترجيح بزيادة لا تالاولاء
بوارث فكذا هذا مثاله بنت بنت بنت بنت ابن فالمال كله لبنت
بنت البنت لانها اقرب الي الميت وكذلك خالة وبنت عم فالمال للخالة لانها
اقرب الي الميت وبنت العم ابعد وان كانت ولد وارث وفي المحيط واما ولد

ولد الوارث

ولد الوارث هل هو اولي فالصحيح ليس باولي مثاله بنت بنت بنت بنت
وبنت بنت بنت ابن فالمال بينهما نصفان لكل واحدة تدلي الي الوارث
بواسطة وهي العلة وهي القرابة لا يترجح بالاد لا بوارث لما بيناص واذا اختلفوا
في الفروع والاصول كبنت ابن بنت وابن بنت بنت اعتبر الاصول فيقسم
عليهم اثلاثا واعطي كل ابن الفروع نصيب اصله وهما الفروع فقط
ش واذا استووا في قرب الدرجة والادلا بان كان كلهم يدلون بوارث
او لم يدل فيهم ولد وارث فان اتفقت صفة الاصول في الذكورة والانوثة
بان كان الاصول كلهم ذكورا او كلهم اناثا فالمال بينهما علي السواء
ان كانوا ذكورا او اناثا وان كانوا مختلطين فللذكر مثل حظ الانثيين
مثاله بنت بنت ابن وبنت بنت ابن المال بينهما علي السواء وكذلك ابن
بنت بنت وابن بنت بنت بنت وابن بنت بنت المال بينهم اثلاثا
وهذا كله بلا خلاف وان اختلفت صفة الذكورة والانوثة وهي مسئلة
الكتاب عند ابي يوسف يعتبر ايدان الفروع لا الاصول وهو رواية
عن ابي حنيفة فيقسم المال بينهم ان كان الكل ذكورا او اناثا او مختلطين
فللذكر مثل حظ الانثيين ولا فرق عندهما حينئذ بين ما اتفقت
صفة الاصول في الذكورة والانوثة او اختلفت وعند محمد وهو اشهر
الروايتين عند ابي حنيفة العبرة لاصولهم اذا اختلفت صفتهم
فيقسم المال علي اصولهم ويعتبر الاصل الواحد متعددا اولاده ثم
يعطي لكل فرع ميراث اصله وتجعل كل انثي تدلي الي الميت بذكر ذكرا وكل ذكر
يدلي الي الميت بانثي انثي سواء كان اولادهما واحدا او باكثر او بامرأة واحدة
او باكثر ثم يقسم سهام كل فريق بينهم بالسوية ان اتفقت صفاتهم

بعددهم

او اختلفت فللذكر مثل حظ الانثيين وجه قول محمد ان الفروع انما تستحق الميراث بواسطة الاصول فيجب ان يكون العبرة للاصول ولابي يوسف ان ذوي الارحام انما يرثون بالقرابة كالعصبات وكل واحد مستند بنفسه في اصل الاستحقاق فيعتبر الابدان كالعصبات مثاله بنت بنت بنت وبنت ابن بنت المال بينهما نصفان عند ابي يوسف باعتبار الابدان وعند محمد اثلاثا باعتبار الاصول كانه مات عن بنت وابن بنت ثم ينتقل نصيب الابن الى بنته ونصيب البنت الى ابن بنتها بنت ابن بنت وابن بنت بنت عند ابي يوسف المال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين وعند محمد للبنت سهمان وللابن سهم بنتا ابن بنت وابن بنت بنت عند ابي يوسف ظاهر وعند محمد يقسم على الابنا على ستة للاولين سهمان لادلايهما الى الميت بانثى فيكون للذكر مثل حظ الانثيين وللاخريين اربعة لادلايهما الى الميت بذكر فيكون بينهما للذكر مثل حظ الانثيين فصار المال بين الفريقين اثلاثا فقد انكسر بالاثلاث فاضرب ثلاثة في ثلاثة تكون تسعة منها تصح وان وقع الخلاف في بطن او اكثر فابو يوسف مر على اصله ومحمد يقسم المال على اول بطن اختلف فما اصاب الذكور ينتقل الى فروعهم وما اصاب الاناث ينتقل الى فروعهن مع اعتبار الاختلاف في البطن الثاني على الوجه الذي اعتبر في البطن الاول حتى ينتهي الى اولاد الاحياء فيقسم على اعتبار ابدانهم ٥

مثاله

مثاله ميت

بنت	بنت	بنت	بنت
بنت	بنت	ابن	ابن
بنت	بنت	ابن	ابن
بنت	بنت	ابن	ابن

فعند ابي يوسف المال بينهم على خمسة اوجه خمسان للابن ولكل بنت خمس وعند محمد على عشرة للاولى سهم وللثانية اربعة وللثالثة ثلاثة وللرابعة سهمان لانه يعتبر الخلاف في اول بطن وقع وفيه ابن بنت وثلاث بنات بنت فيقسم عليهم فما اصاب الابن فهو خمسان يصير الى ابنته وما اصاب البنات وهو ثلاثة اخماس يصير الى اولادهن وهم ابن وبنتان للذكر مثل حظ الانثيين فيكون للابن خمس ونصف وللبنتين خمس ونصف ثم ينتقل نصيب الابن الى بنته ونصيب البنتين الى ولديهما وهما ابن وبنت فللذكر مثل حظ الانثيين فيكون للابن خمس وللبنت نصف خمس وهو عشر فيصح من عشرة وفي الخا في قال الشيخ سراج الدين رحمه الله تعالى في شرحه وقول محمد اشهر الروايتين عن ابي حنيفه في جميع ذوي الارحام وعليه الفتوى وقال الامام الاستجابي فتوي في المبسوط قول ابي يوسف اصح لانه اسهل وقال في المحيط ومشايخ بخارى اخذوا بقول ابي يوسف في جنس هذه المسايل انتهى كلامه

ص فصل ٦٨ في مسايل متفرقه

ويقسم مال كل من الغرقى ونحوهم على ورثة الاحياء اي اذا مات جماعة ولا يدري ايهم مات اولا كما اذا ماتوا من الغرق او الحرق او الهدم او الاصطدام

او الطاعون جعلوا كانهم ماتوا معا فمال كل واحد منهم لورثة الاحيا وهو
قول عامة الصحابة والعلما رضي الله تعالى عنهم اجمعين وبه اخذ علماونا
رحمهم الله تعالى وروي عن علي رضي الله عنه رواية شاذة وهي احدى الروايتين
عن ابن مسعود انه يرث بعضهم بعضا الا ما ورث احدهما من صاحبه وبيانه
على ما ذكرنا في التقسيم ان كل واحد من الميتين احتمل ان يكون ميتا اولا واحتمل
ان يكون ميتا اخرا فاذا كان لا يدري نعتبر الاحوال ويجعل بالاحتمالين
بقدر الامكان فنجعل الاكبر ميتا اولا ونجعل الاصغر حيا فيرث الاصغر
من الاكبر ثم نجعل الاصغر ميتا والاكبر حيا فيرث الحي منه ثم نجعل كانهما
ماتا جميعا معا فيرث ما ورث كل واحد منهما من صاحبه وورثته الاحيا
ولا يرث كل واحد من صاحبه ما ورث صاحبه كيلا يودي الى الدور وهو
قول ابي حنيفة رضي الله عنه وبه قال ابن ابي ليلى الا تري انا اعتبرنا
الاحوال فيمن اعتق احد عبديه ومات قبل البيان فاعتقنا من كل عبد
نصفه وكذلك اعتبرنا الاحوال فيمن طلق احدى امراتيه قبل الدخول بها
ومات قبل البيان فاسقطنا من صداق واحدة الربع كذا هنا وجه قول
العامة انه وقع الشك في مسيلتنا في مسئلة الارث في حق كل واحد منهما
فانه كما يحتمل ان يكون موت كل واحد منهما اولا واخرا يحتمل ان يكون موتهما
معا فان موتهما معا متصور ولا بد من اعتبار هذه الحالة ايضا وباعتبار هذه
الحالة لا يرث من الاخر وان كان يرث باعتبار الحالة الاخرى فلما وقع الشك
في سبب الارث فلا يثبت بالشك انما في مسئلة الطلاق والعتاق
تيقنا بوقوع الطلاق والعتاق ولكن الشك فيمن وقع عليه لاني السبب
بخلاف مسيلتنا فان الشك وقع في سبب الارث **فان قيل**

كل ٥

ان استقام

ان استقام لكم هذا الفرق فيما اذا لم يعلم ايقدم موت احدهما على الاخر لا يستقيم
فيما اذا علم تقديم موت احدهما على الاخر الا ما نه لا يدري الاول من الاخر فان
هاهنا الارث ثابت للباقي منهما بيقين ولكن يعتبر الشك فيعتبر فيجب
ان تعتبر الاحوال كما في مسئلة الطلاق والعتاق **الجواب** ان في
هذه الصورة الموت في احد الاخوين ثابت عينا والحياة في الباقي ثابتة
عينا لان الموت يحل في محل العين فكان الموت ثابتا للعين لانه
جعل العين وفي كل موضع كان الحق ثابتا للعين وقد جعل العين لا
تعتبر الاحوال للتوزيع كما في العتق واحدة من امايه بعينها ونسبها
بعد ذلك وهناك لا تعتبر الاحوال لان العتق اذا كان ثابتا في العين
يكون التوزيع باعتبار الاحوال نقلا للعتق من عين الى عين اخرى والعتق
بعد ما ثبت في محل لا يقبل النقل بخلاف العتق المبهم لانه غير واقع في
العين وانما يقع في العين ابتدا بالبيان فاذا لم يقع بالبيان واحتجنا
الى التوزيع باعتبار الاحوال لا يكون ذلك منا نقلا للعتق عن العين
الى محل اخر فمسيلتنا نظير مسئلة عتق العين والسيان بعد
ذلك لا نظير مسئلة عتق المبهم انتهى **مثاله** اخوان غرقا ولكل
واحد منهما تسعون دينارا وخلف كل واحد منهما بنتا واما وعما فعند
عامة العلما تقسم تركة كل واحد منهما بين الاحيا من ورثة البنت
والام والعم على ستة ولا يرث احد من الاخر وعلي قول علي وابن مسعود
رضي الله عنهما تركة الاكبر منهما تقسم للام السدس خمسة عشر
دينارا وللبنت النصف خمسة واربعون دينارا ولاخيه الاصغر ما بقي
وكذلك تركة الاصغر لامه السدس ولبنته النصف والباقي لاخيه الاكبر

شر الحاصل لكل واحد من اخيه لقسم بين امه وبنته وعمه للام السدس
وللبنت النصف والباقي للعم بالعصوبة ص واذا اجتمع في المجوسي قرابتان
مورثتان توارث بهما لا باقربهما ولا يرثون بانكحة مستحلة عندهم ش
اي ميراث المجوس بعضهم من بعض يبنى على ثلاثة اصول احدها انهم
لا يتوارثون بالانكحة الفاسدة وانما يتوارثون بالانكحة الصحيحة
والفارق بينهما ان كل نكاح لو اسلما على ذلك فهو صحيح وان لم يتركا فهو
فاسد كنكاح المحارم والثاني ان السبب يثبت فيما بينهم بالانكحة
الفاسدة ويتوارثون والثالث انه اذا ثبت السبب فكل من ادلى الى
الميت بسببين او بثلاثة اسباب يرث جميع ذلك عندنا الا اذا
كان محجوبا في السببين فيرث بالحاجبية دون المحجوب وهو
مذهب عامة الصحابة رضي الله تعالى عنهم وعند الشافعي ومالك
رحمهم الله يرث بسبب واحد هو اقوى الاسباب وهو الذي يورث
به بكل حال ويسقط اعتبار الاضعف وهو مذهب زيد بن ثابت
رضي الله عنه تغليبا للاقوي دون الاضعف بيانه مجوسي
تزوج بنته فولد بينهما ابن وبنت فمات المجوسي فانه مات عن بنتين
احداهما زوجة وعن ابن هو ابن بنته فالمال بينهم للذكر مثل
حظ الانثيين وسقط اعتبار الزوجة لما بينا انهم لا يتوارثون
بالانكحة الفاسدة ولو مات الابن بعد موت الاب فان مات عن اخت
لابوين واخت لاب هي امها فللاخت لابوين النصف وللاخت لاب
السدس ولها سدس اخر بالامية وقال الشافعي رحمه الله تعالى
لها سدس بالامية لا غير لانها اقوى فان الام لا تسقط بحال والاخت

قد تسقط

تد تسقط فان مات البنت التي هي زوجة بعد موت الاب والابن حي
فانها مات عن بنت هي اختها لابيها وعن ابن هو اخوها لابيها فالمال
بينهما للذكر مثل حظ الانثيين وسقط اعتبار الاخوة بالاجماع اما عندنا
فلان الاخ محجوب بالابن واما عنده بالبنتيه والبنوة اقوي لانهما
لا يسقطان بحال من الاحوال وان مات البنت المولودة فانها مات
عن اخ لابوين وعن اخت لاب هي امها فللام السدس والباقي للاخ ولا
ترث الام بالاختيه لان الاخت لا ترث مع الاخ لابوين فالحاصل
ان الاستحقاق بالقرابة فاذا اجتمع السببان صار كشخصين عندنا وعنده
والشخص الواحد لا يرث الا ميراثا واحدا قلنا يشكل بابن العم اذا
كان زوجا واخا لام فانه يرث بجهتين وتجعل الشخص الواحد كشخصين
بالاجماع ص ولو ترك ولدا وحملا فالموقوف نصيب اربعة بنين وواحد
وتختار للفتوي لا اثنين ش اي للحمل يرث ويوقف نصيبه باجماع
الصحابة رضي الله عنهم ولانه يحتمل وجوده فيرث ويحتمل عدمه فلا
يرث فيوقف حتى يتبين بالولادة احتياطا فان ولد لاقل من سنتين
حيا ورث لانه عرف وجوده وان احتمل حدوثه بعد الموت لكن جعل
موجودا قبل الموت حكما حتى ثبت نسبه لقيام الفراش في العدة وهذا
اذا كان الحمل من الميت فاما اذا كان الحمل من غير الميت كما اذا مات وامه
حامل من غير ابيه وزوجها حي فان جات به لاكثر من ستة اشهر
لا يرث لاحتمال حدوثه بعد الموت ولا يرث بالشك الا ان يقر الورثة
بحملها يوم الموت وان جات به لاقل من ستة اشهر فانه يرث لانا تيقنا
الوجود عند موته ثم الحمل لا يخلو اما ان يكون ممن يحجب حجب حرمان

او حجب نقصان او يكون مشاركا لهم فان كان يحجب حجب حرمان فان كان يحجب
الجميع كالاخوة والاخوات والاعمام والجدة يعطى الجدة السدس ويوقف الباقي
وكذلك يعطى الاب السدس لاحتمال انه ابن وان كان لا يحجبهم كالجد
والجدة يعطون نصيبهم ويوقف الباقي وان كان لا يحجبهم ولكنه
يشاركهم بان ترك بنتين او بنات وحملا فهي مسئلة الحجاب فروى
ابن المبارك عن ابي حنيفة رضي الله عنه يوقف له نصيب اربعة من
البنين او البنات ايهما اكثر لانه قد وقع ذلك فيوقف ذلك احتياطا
وكان شريك ابن عبد الله ممن حملت به امه مع ثلاثة وروى هشام عن
ابي يوسف وهو قول محمد انه يوقف نصيب ابنين او بنتين ايهما اكثر
لانه كثير الوقوع وما زاد عليه نادر فلا اعتبار به وروى الحصاف عن
ابي يوسف وهو قوله انه يوقف نصيب ابن واحد او واحدة ايهما اكثر
وعليه الفتوى لانه الغالب المعتاد وما فوقه محتمل والحكم يبنى على الغالب فتوى
دون المحتمل فان ترك ابنين وحملا فعلى قول ابن المبارك يوقف ثلثا
المال وعلى قول محمد يوقف نصف المال وعلى قول ابي يوسف ثلث المال
وهو المختار به ثم الحكم بالميراث مرتب على ان يولد حيا ويعرف حياته
بان يتنفس كما ولد او يستهل باشم صوته او عطاسه او يتحرك عضو
منه كعينه او شفته او يده لان ذلك عادة الحياة قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم اذا استهل الصبي ورث وصلى عليه فان خرج اكثره حيا ثم
مات ورث اعتبارا للاكثر ايضا وان خرج مستقيما فان خرج صدره
ورث وان خرج منكوسا بان خرج سرته وان مات بعد الاستهلال ورث
وورث ص * فصل في المناسخات واذا مات بعض الورثة

قبل القسمة الى اخره صورة المناسخة ان يموت الانسان ويترك ورثته
ثم يموت بعض ورثته قبل قسمة التركة ويترك ورثة ثم يموت بعض
ورثة الميت الثاني قبل القسمة فالحكم فيها ان تصحح مسئلة الميت الاول
على ورثته ويعطى سهام كل وارث من التصحيح تصحح مسئلة الميت الثاني
على ورثته ثم ينظر ما في يد الميت الثاني من التصحيح الاول على تصحيح
الميت الثاني ابى ثلاثة احوال فان استقام ما في يد الميت الثاني من
التصحيح الاول على تصحيح الميت الثاني فلا حاجة الى الضرب وتصح المسئلتان
من تصحيح مسئلة الميت الاول وان لم يستقم ما في يد الميت الثاني على
التصحيح الثاني فانظر ان كان بينهما موافقة فاضرب وفق تصحيح
الميت الثاني في كل تصحيح الميت الاول وان كان بينهما مباينة فاضرب
كل التصحيح الباقي في التصحيح الاول فالمبلغ تصحيح المسيلتين وان مات
ثالث فاجعل المبلغ الحاصل من تصحيح الميت الاول والثاني مقام تصحيح
الميت الثاني في العمل وان مات رابع فاجعل الحاصل من تصحيح الميت الاول
والثاني والثالث مقام التصحيح الميت الاول والحاصل من تصحيح الميت
الرابع مقام التصحيح الثاني وكذلك في الخامس فهذا جرا مثال الاستقامة
رجل مات عن ابن وبنت فمات الابن عن ابنين تصحيح مسئلة الميت الاول
من ثلاثة وتصحيح مسئلة الميت الثاني عن اثنين نصيب الميت الثاني
من التصحيح الاول سهمان مستقيمان على التصحيح الثاني ومثال
الموافقة مات شخص عن ابنين وبنتين ثم مات احد الابنين عن امراة
وبنت وعم مسئلة الميت الاول من ستة لكل ابن سهمان ولكل بنت
سهم وتصحيح للميت الثاني من ثمانية وما في يد الميت الثاني وهو سهمان

لا يستقيم على التصحيح الثاني وهو ثمانية ولكن بينهما موافقه بالنصف
فيضرب وفق التصحيح الثاني وهو اربعه في التصحيح الاول وهو ستة يبلغ اربعة
وعشرين لكل ابن ثمانية فقد مات الابن عن ثمانية للمراة سهم وللبنت
اربعة والباقي للعم وستين ٢ ومثال المباينة مات شخص عن ابنين طريق القسمة ٢
ثم مات احد الابنين عن بنت واخ فالمسيلة الاولى من اثنين وكذلك الثانيه
فما في يد الميت الثاني من التصحيح الاول وهو سهم لا يستقيم على التصحيح
الثاني ولا يوافقه فاضرب كل التصحيح الثاني في التصحيح الاول فتضرب
اثنين في اثنين تصير اربعة فهو مخرج المسيلتين وطريق القسمه ان
تضرب سهام ورثة الميت الاول في المضروب اي في تصحيح اذا كان بين
ما في يد الميت الثاني وبين تصحيحه مباينة او في وفقه عند الموافقه
اعلم ان ما ذكرت لك من الصور في الاستقامة والموافقه والمباينة
كل واحد بانفراده وقد تقع مسيلة ذات بطون اربع فتجعل البطن
الثاني نظير الاستقامة والبطن الثالث الموافقه والبطن الرابع نظير
المباينه وبيانها امراة ماتت عن زوج وام وبنت فهذه المسيلة رديه
لانه بقي سهم من اثني عشر ولا مستحق له فمخرج فرض من لا يرد عليه اربعة
اعطينا للزوج الربع بقي ثلاثه ومسيلة الجدة والام من اربعة لاجتماع البنت ح
النصف والسدس والثلاثة الباقيه من مخرج الزوج لا يستقيم على
اربعة ولا موافقة بينهما فاضرب مسيلة من يرد عليه في مخرج فرض
من لا يرد عليه يبلغ ستة عشر للزوج اربعة وللبنت تسعة وللام
ثلاثه فيكون في يد الزوج اربعة فان مات الزوج قبل القسمة عن امراة
وابوين مسيلة ورثة الزوج من اربعة للمراة الربع وللام ثلث ما بقي سهم

وللاب

وللاب الباقي سهمان وما في يد الزوج وهو اربعة يستقيم على مسيلة ورثته
قلنا المسيلتان يصحان من ستة عشر لبنت البنت الاول تسعة
ولام الميت الاول ثلاثة ولامراة الميت الثاني سهم ولام الميت الثاني
سهم ولابن الميت الثاني سهمان فان مات الميت عن ابنين وبنت
وجدة هي ام الميت الاول تصح مسيلة البنت من ستة للجدة السدس سهم
ولكل ابن سهمان وللبنت سهم وما في يدها وهو تسعة لا يستقيم
على الستة ولكن بينهما موافقة بالثلث فتضرب ثلث الستة وهو اثنان
في ستة عشر تبلغ اثنين وثلاثين فمنها تصح المسايل الثلاث فمن كان له
شيء من ستة عشر فهو له مضروب في وفق مسيلة البنت وهو اثنان
ومن كان له شيء من ستة فهو مضروب في وفق ما في يد الميت وهو
ثلاثة فلام الميت الاول ثلاثة من عشر فاضربه في اثنين يكون
ستة من ثمانها ولابن الميت الثاني سهمان فاضربهما في اثنين تبلغ
اربعة فهي له ولام الميت الثاني سهم فاضربه في اثنين تكون ٢ سهمين
منها لها لكل واحد من ابني الميت الثالث من الستة سهمان فاضربهما
في ثلاثة تبلغ ستة فهي له ولبنت الميت الثالث سهم فاضربه في ثلاثة
تكن ثلاثة فهي لها ولجدة الميت الثالث وهي ام الميت الاول فاضربه
في ثلاثة تكن ثلاثة فهي لها وقد كان ستة فاجتمع لها تسعة فصار
لامراة الميت الثاني سهما ولابن الميت الثاني اربعة ولام الميت الثاني
سهمان ولكل واحد لابني الميت الثالث ستة ولبنت الميت الثالث
ثلاثة ولجدة الميت الثالث تسعة فكملت اثنين وثلاثين فان مات
الجدة عن زوج واخوين وفي يدها تسعة وتصحيح مسيلتها اربعة ولا

تستقيم التسعة على الاربعة ولا توافق فاضرب الاربعة في اثنين وثلاثين
تبلغ مايه وثمانية وعشرين فمنها تصح المسايل الاربعة فمن كان له شئ من الاثنين
والثلاثين يضرب في الاربعة وفي مسئلة الجدة ومن كان له شئ من الاربعة يضرب
في كل ما في يد الجدة وهي التسعة فلامراة الميت الثاني من اثنين وثلاثين
سهمان يضربان في الاربعة تصير ثمانية هي لها ولابن الميت الثاني من
اثنين وثلاثين سهمان يضربان في الاربعة تصير ثمانية هي له ولابن الميت
الثاني اربعة تضرب في الاربعة تبلغ ستة عشر فهي له ولام الميت
الثاني سهمان يضربان في الاربعة تبقي ثمانية هي لها ولكل واحد من ابني
الميت الثالث ستة مضروبة في الاربعة تبلغ اربعة وعشرين فهي لهما
ولبنت الميت الثالث ثلاثة تضرب في الاربعة تبلغ اثني عشر فهي لها
ولزوج الميت الرابع ثلاثة تضرب في الاربعة تبلغ اثني عشر سهمان من الاربعة
يضربان في التسعة تبلغ ثمانية عشر فهي له من احوي الميت الرابع
سهم يضرب في التسعة فهي له فظهر لك بهذا ان مجموع الاحياء منا
ورثة الزوج امراة ابواه وورثة البنت اباها وامها وورثة الجدة
زوجها واخواها وقد اصاب لورثة الزوج اثنان وثلاثون للمراة
ثمانية وللام مثلها وللاب ستة عشر ولورثة البنت ستون اثني عشر
للبنت ولكل واحد من الابنين اربعة وعشرون ولورثة الجدة
وثلاثون للزوج ثمانية عشر ولكل اخ تسعة فكملت بذلك مايه وثمانية
وعشرون والحمد لله على ذلك ص حساب الفرايض مخرج النصف من اثنين
الى قوله والسدس من ستة ش الفروض المقدرة في كتاب الله تعالى
نوعان النصف والربع والثمن والثاني الثلثان والثلث والسدس

فاذا جاء

فاذا جاءني المسايل من هذه الفروض فرادي فرادي فيخرج كل فرض سمه الا
النصف فانه من اثنين كالربع من اربعة والثمن من ثمانيه والثلث والثلثان
من ثلاثه والسدس من سته ولا فرق في هذا بين ان يكون الكسر كسرا
مفردا كالثلث او مكررا كالثلثين فانه من ثلاثه والسدس فانه من
السته واذا اختلط النصف من الاول بكل الثاني او بنصفه فهو من
ستة فانه مخرج النصف والثلثين والثلث والسدس واذا اختلط
الربع من الاول بكل الثاني او ببعضه فهو من اثني عشر فانها مخرج
الثلث والسدس والثلثين والنصف والربع واذا اختلط الثمن بكل
الثاني او ببعضه فهو من اربعة وعشرين فانها مخرج للجميع يعرف
ذلك بالتامل ص واذا انكسر سهام فريق عليهم الى قوله بالحاصل
في جميع الربع ش هذا بيان لتصحيح المسايل اعلم انه يحتاج في تصحيح
المسايل الى سبعة اصول ثلاثة بين السهام والروس وهي الاستقامة
والموافقة والمباينة فان السهام ان كانت تنقسم على روسهم
بل الكثر فهو معنى الاستقامة فلا يحتاج الى الضرب كابوين وابنين
اصل المسئلة من ستة ويستقيم على الكل وان انكسر على طايفة
واحدة بين سهامهم وروسهم موافقة فاضرب وفق عدد روس من
انكسر عليهم السهام في اصل المسئلة ان كانت عادلة كابوين وعشر
بنات اصل المسئلة من ستة وتصح من ثلاثين وفي عولها ان كانت عايلة
كزوج وابوين وست بنات اصلها من اثني عشر وتعول الى خمسة عشر
وتصح من خمسة واربعين فان لم يكن بين سهامهم وروسهم موافقه
فاضرب عدد كل روس من انكسر عليهم السهام في اصل المسئلة كزوج

وخمس اخوات لاب اصلها من ستة وتعول الى سبعة وتصح من خمسة وثلاثين
واربعة بين الروس والروس وهي التماثل والتداخل والتوافق والتباين
وذلك عند تعذر الكسر على طايفتين او اكثر فان تماثل اعداد الروس
الموقوفة بان يكون كل واحد منها مساويا للاخر فاضرب احد الاعداد في
اصل المسيلة كست بنات وثلاث جدات وثلاثة اعمام اصلها من ستة
وتصح من ثمانية عشر وان تداخل بعض الاعداد في البعض بان يعد اقلها
الاكثر اي يعينه فاضرب اكثر الاعداد في اصل المسيلة كاربعة زوجات
وثلاث جدات واثني عشر عما اصلها من اثني عشر وتصح من ماية واربعة
واربعين وانما اكتفي بالاكثر في المداخلة لانه لموفق بين الاقل والاكثر
وضرب وفق احدهما في جميع الاكثر عاد الاكثر وكذا لو ضرب احد الاقلين في
اخر حصل مثل الاكثر فاكتفي بالاكثر من الابتدا كما قيل واي الامرين نفضي
الى الاخر فيصير اخر اولا وان توافق بعض الاعداد بان لا يعد اقلها الاكثر
بعد بما عدد ثالث كالثمانية مع العشرين يعدهما اربعة فاضرب
وفق احد الاعداد في جميع الثاني ثم ما بلغ في وفق الثالث فان وافق المبلغ
الثالث والا فالمبلغ في الثالث ثم في الرابع كذلك ثم المبلغ في اصل
المسيلة كاربع زوجات وثماني عشر بنتا وخمسة عشر جدا وستة
اعمام اصلها من اربعة وعشرين للزوجات الثمن ثلاثة ولم يستقم
عليهن ولا توافق بينهما فيا خذ عدد رؤسهن اربعة وللبنات الثلثان
ستة عشر ولم يستقم عليهن ولكن بينهما موافقة بالنصف فاخذنا
نصف عدد رؤسهن سبعة وللجدات السدس اربعة لم يستقم عليهن
ولا موافقة بين العددين فاخذنا جميع رؤسهن خمسة عشر للاعمام

بلغ مقابلة

الباقي

الباقي سهم ولم يستقم عليهن ولا موافقة بينه وبين الستة فاخذنا
جميع عدد رؤسهم ستة فحصل معنا اربعة وستة وتسعة وخمسة عشر
فطلبنا بين اربعة وستة فوجدنا بينهما موافقة بالنصف فضربنا
نصف احدهما في جميع الاخر فبلغت اثني عشر ثم طلبنا الوفق بينه
وبين التسعة فوجدنا بينهما موافقة بالثلث فضربنا ثلث احدهما
في جميع الاخر فبلغ ماية وثمانين فتضربها في اصل المسيلة وذلك اربعة
وعشرون اربعة الاف وثلثماية وعشرين فمنها تصح المسيلة فنصيب
زيق الزوجات خمسماية واربعون ونصيب زيق البنات الفان
وثمان مايه وثمانون ونصيب زيق الجدات سبعمايه وعشرون
ونصيب الاعمام ماية وثمانون وان تباين بعضها بان لا يعد العددين
معا عدد ثالث كالتسعة مع العشرة فاضرب احد الاعداد في جميع
الثاني ثم ما يبلغ في الثالث ما بلغ في جميع الرابع ثم ما بلغ في اصل
المسيلة كاربع زوجات وست جدات وعشر بنات وسبعة اعمام اصلها
من اربعة وعشرين للزوجات ثلاثة ولم يستقم عليهما ولا موافقة
فاخذنا عدد رؤسهما اثنين وللبنات الثلثان ستة عشر ولا
يستقم عليهن وبين العددين موافقة بالنصف فاخذنا نصف
عدد رؤسهن وللجدات السدس اربعة ولم يستقم عليهن
وبين العددين موافقة بالنصف فاخذنا نصف عدد رؤسهن
ثلاثة وللاعمام الباقي سهم ولم يستقم عليهم ولا موافقة بين
الواحد والسبعة فاخذنا عدد رؤسهن سبعة فحصل معنا اثنان
وثلاثة وخمسة وسبعة وبين هذه الاعداد مباينة فاضرب الاثنين

في الثلاثة ثم المبلغ وهو الستة في خمسة ثم المبلغ وهو ثلاثون في سبعة
ثم المبلغ وهو مايتان وعشرة في اصل المسيلة وهو اربعة وعشرون
تبلغ خمسة الاف واربعين فمنها تصح المسيلة فنصيب الزوجين
من التصحيح ستمايه وثلاثون ونصيب البنات ثلاثة الاف وثلثمايه
وستون ونصيب الجدات ثمانماية واربعون ونصيب الاعمام مايتان
وعشرة ولكل جدة مايه واربعون ولكل عم قوله نبتًا بنت ابي الخير ثلاثون
من الزوايد ص واذا اردت معرفة التداخل الى قوله وهكذا ش اي هذا
لبيان معرفة التماثل والتداخل والتوافق والتباين بين العددين
فاقول كل عددين لايخلو عن هذه الاقسام الاربعة اما المتماثلان
فهما المتساويان كالاثنين والاثنين والثلاثة والثلاثة مثلا
وهذا يعرف بالبديهة فلهذا لم يتعرض المصنف لبيانهما واما المتداخلان
فان يكون اقل العددين مفنيًا لاكثر كالاثنين مع الستة والثلاثة
مع التسعة والاثنين مع الثمانيه او مع العشرة فان الاثنين تعد
الستة واسابراكس تفنيها وكذلك الثمانية والعشرة اي تفنيهما اي هم
كذا ذكره الشيخ سراج الدين رحمه الله تعالى في شرحه ولكن ذكر في
شرح امين الدولة من شرط التداخل ان لايكون الاقل زوجًا
والاكثر فردا وان لايزيد الاقل على نصف الاكثر مع الثلاثة والتسعة
انتهى وفيه تامل واما المتوافقان فكل عددين لايفني احدهما الاخر
ولكن يفنيهما عددٌ اخر فيكونان عددين نحو العدد المفني كالتسعة
مع الاثني عشر يفنيهما ثلاثة فهما متوافقان بالثلث وكالثمانيه
مع الاثني عشر يفنيهما اربعة وهما متوافقان بالربع واما المتباينان

فكل

فكل عددين ليسا بمتداخلين ولامتماثلين ولايفنيهما الا الواحد كالخمسة
مع السبعة والسبعة مع التسعة ونحو ذلك وطريق معرفة التوافق
والتباين بين العددين المختلفين ان ينقص من الاكثر بمقدار الاقل
من الجانبين مرارا حتى يتولاها في درجة واحدة فان اتفقا في واحد
فلا وفق بينهما وان اتفقا في عدد فهما متوافقان في ذلك العدد
ففي الاثنين بالنصف وفي الثلاثة بالثلث وهكذا الى العشرة وان
كان العدد المفني اكثر من عشرة كالاثنين والعشرين والثلاثة والثلاثين
يفنيهما احد عشر وكالثلاثين وخمسة واربعين يفنيهما خمسة
عشر وكالستة والثلاثين والاربعة والخمسين يفنيهما ثمانيه
عشر فيقال الموافقة بينهما بجزء من احد عشر جزءا وبجزء من
خمسة عشر جزءا وبجزء من ثمانية عشر جزءا اذ لايمكن التعبير
عنه الا بهذا الطريق واما انحصرت في هذه الاربعة لان العددين
لايخلو اما ان يتساويا او لا فان تساويا فهما المتماثلان وان لم
يتساويا فاما ان يكون الاقل مفنيا للاكثر او لا فان كان مفنيا فهما
المتداخلان وان لم يكن مفنيا فلا يخلو اما ان افناهما عدد ثالث
او لا فان افناهما عدد ثالث فهما المتوافقان وان لم يكن فهما المتباينان
فلهذا انحصرت في الاربعة ص واذا اردت معرفة نصيب كل فريق من
التصحيح ضربت ما كان له في اصل المسيلة فما ضربته في اصل المسيلة
تخرج نصيبه ثم اذا ضربت سهام كل وارث في المضروب يخرج
نصيبه ش يحتاج الانسان في تصحيح المسيلة الى معرفة شيئين
احدهما معرفة نصيب كل فريق من الورثة والاخر معرفة نصيب

كل واحد من احاد الفريقين لان ذلك هو المقصود والتصحيح وسيلة اليه
فلابد من معرفتها فلهذا شرع المصنف رحمه الله تعالى لبيانهما وبيانه
انك اذا اردت ان تعرف نصيب كل فريق من التصحيح فتصور في نفسك
ثلاثة اشيا اصل المسيلة والمضروب والمبلغ ثم اضرب ما كان لكل فريق
من اصل المسيلة في المضروب فما حصل فهو حقه من المبلغ كما في المسيلة
المذكورة في السابقة كان للمرأتين من اصل المسيلة ثلاثة من اربعه
وعشرين ضربناها في المضروب وذلك مايتان وعشرة تبلغ ستمايه
وثلاثين وهي لما وكان للبنات ستة عشر اضربها في المضروب وذلك
مايتان وعشرة تبلغ ثلاثة الاف وثلثمايه وستين وهي للبنات
وكان للجدات اربعة اضربها في المضروب وهي مايتان وعشرة
تبلغ ثمانمايه واربعين وهي للجدات وكان للاعمام سهم اضربه في
المضروب يبلغ ذلك مايتان وعشرة تكن مايتين وعشرة وهذا
لمعرفة كل فريق واما الضابط لمعرفة كل نصيب كل واحد من احاد
الفريق فاقسم ما كان لكل فريق من اصل المسيلة على احاده ثم
اضرب الخارج في المضروب فما حصل فهو له من المبلغ مثلا كان للزوجين
في المسيلة المذكورة ثلاثة من اربعه وعشرين اقسم الثلاثة عليهما
يخرج لكل واحد منهما سهم ونصف اضربهما في المضروب وهو مايتان
وعشرة يحصل ثلثمايه وخمسة عشر فهو نصيب كل واحد من الزوجين
وكان للبنات العشرة ستة عشر فاذا قسمت على رؤسهن نصيب
كل واحدة سهم ونصف وعشر سهم فاذا اضربت ذلك في المضروب
يصير ثلثمايه وستة وثلاثين فهو نصيب كل واحدة من البنات ونصيب

الجدات

الجدات الست من اصل المسيلة اربعة فاذا قسمتها على رؤسهن يصيب
كل واحدة ثلثا سهم فاذا اضربت ذلك في المضروب وهو مايتان وعشرة
يبلغ ماية واربعين فهو الخارج لكل واحدة منهن وكان للاعمام السبعة
سهم واحد فاذا قسمته يحصل لكل واحد سبع سهم فاذا اضربته في
المضروب وهو مايتان وعشرة يبلغ ثلاثون فهو الحاصل لكل واحد
منهم وفيه طريق اخر والاظهر والاوضح هو طريق النسبة خلوه عن
الضرب وبيانه انك تنسب سهام كل فريق من اصل المسيلة الى عدد
رؤسهم مفردا ثم تعطي بمثل تلك النسبة من المضروب لكل واحد
من احاد الفريق كما في المسيلة المذكورة فانسب سهام المرأتين وهو
ثلثمانية اليهما فكانت مثلا ونصف فاعط لكل واحدة منهما مثل
المضروب ونصف المضروب وذلك ثلثمايه وخمسة عشر وانسب
سهام البنات وهي ستة عشر الى عدد رؤسهن وذلك عشرة
فيكون ذلك مثلها ومثل ثلاثة اخماسها فاعط لكل بنت مثل
المضروب وثلاثة اخماس المضروب وذلك ثلاث مايه وستة وثلاثون
وانسب سهام الجدات وهي اربعة الى عدد رؤسهن وذلك ستة
فيكون مثل ثلثيها فاعط لكل واحدة مثل ثلثي المضروب وذلك
مايه واربعون ثم انسب سهام الاعمام الى عدد رؤسهم وذلك سبعة
فيكون مثل سبعها فاعط لكل عم سبع المضروب وذلك ثلاثون

ص واذا اردت قسمة التركة بين الورثة والعزما الى قوله كل فريق

ش اي اذا كانت التركة دراهم ودنانير واردت قسمتها بين الورثة
او العزما بعد تصحيح المسيلة فالطريق الى ذلك ان تنظر بين التركة

والتصحيح الى ثلاثة احوال فاذا كان بينهما استقامة فيها وان لم يكن بينهما
استقامة فلا يخلو اما ان تكون موافقة او مباينة فان كان بينهما مباينة
فاضرب ما كان لكل فرد من التصحيح في كل التركة ثم اقسم المبلغ على
التصحيح فالخارج نصيب ذلك الفرد من التركة كستة بنات وثلاث
جدات وثلاثة اعمام اصل المسيلة من ستة وتصح من ثمانية عشر
والتركة خمسة دنانير فتضرب نصيب فرد من افراد البنات وهو اثنان
من التصحيح في جميع التركة فتبلغ عشرة والعشرة اذا قسمت على
الثمانية عشر نصيب كل واحد نصف دينار ونصف تسع دينار ن
فحينئذ يحصل لكل بنت من الخمسة الدنانير نصف دينار ونصف
تسع دينار ومجموعة ثلاثة دنانير وثلاثة اسباع دينار ونصيب
كل واحدة من الجدات سهم واحد من التصحيح فاذا ضرب في التركة يصير
خمسة فاذا قسمت الخمسة على ثمانية عشر نصيب كل واحد سدس
دينار فمجموعه ثلاثة اسداس دينار وثلاثة اسباع دينار وفي الاعمام
كذلك فمجموع نصبا الاعمام والجدات دينار وستة اسباع دينار
فاذا جمعت بين الاسباع التي في يد البنات وبين الاسباع التي في يد
الجدات والاعمام فتصير تسعة اسباع وهي دينار فيصير مجموع الدنانير
خمسة وان كان بين التركة والتصحيح موافقة فاضرب سهام كل وارث
من التصحيح في وفق التركة ثم اقسم المبلغ على وفق التصحيح فالخارج
نصيب ذلك الوارث كما اذا مات وترك اربعة دراهم والورثة مجالها
تكون **اصل المسيلة** من ستة والتصحيح من ثمانية عشر فبين الاربعة
والثمانية عشر موافقة بالنصف فتضرب نصيب فرد من افراد البنات

وهو اثنان من التصحيح في وفق التركة وهو اثنان يصير اربعة ثم تقسم
الاربعة على وفق التصحيح وهو تسعة نصيب كل واحد ثلث وتسع فيكون
الخارج ثلثا وتسعا فحينئذ يحصل لكل واحد من البنات ثلث درهم
وتسع درهم ومجموعهما درهمان وستة اتساع درهم ولكل واحد من
الجدات سهم واحد من التصحيح يضرب في وفق التركة يصير اثنين فاذا
قسم الاثنان على التسعة نصيب كل واحد تسعان فيحصل لكل واحد من
الجدات تسعا وللاعمام كذلك لانهم ساووا الجدات في السهام والرؤس
فيصير مجموع نصبا الجدات والاعمام اثني عشر تسعا وهو درهم وثلاثة
اتساع درهم فمبلغ مجموع الصحيح والمكسور اربعة دراهم هكذا طريق
القسمة لكل وارث واما طريق القسمة لكل فريق من الورثة فما اشار
اليه المصنف رحمه الله تعالى بقوله ويعمل كذلك في معرفة نصيب
كل فريق لكن هذا مجمل يحتاج الى البيان وبيان ذلك ان تنظر
بين التركة واصل المسيلة الى ثلاثة احوال فان كان بينهما مباينة
فاضرب ما كان لكل فريق من اصل المسيلة في التركة ثم اقسم الحاصل
على جميع المسيلة فالخارج نصيب ذلك الفريق وان كان بينهما موافقة
فاضرب ما كان لكل فريق من اصل المسيلة في وفق التركة ثم اقسم
الحاصل على وفق المسيلة فالخارج نصيب ذلك الفريق **مثاله**
كان التركة في المسيلة المذكورة في صورة المباينة خمسة دراهم بينها
وبين اصل المسيلة في كل التركة وهو خمسة مبلغ عشرين تفنيها على
الستة تخرج ثلاثة وثلث وهو نصيب البنات وضرب ما كان
للجدات من اصل المسيلة وهو سهم في جميع التركة يصير خمسة فقسمنا

على الستة تخرج خمسة اسداس درهم فيحصل للجدات خمسة اسداس
درهم وكذلك للاعمام فنصيب الجدات والاعمام درهمان الا ثلث درهم
فصار المجموع بالصحيح والمكسور خمسة دراهم وهو مجموع التركه ولو
فرضنا التركه اربعة فبين المسيلتين والتركه موافقة بالنصف
فضربنا ما كان للبنات من اصل المسيله في اثنين يصير ثمانيه ثم
يقسم الثمانيه على الثلاثه وهو وفق المسيلة تخرج درهمان وثلثا
درهم فهو نصيب البنات وتضرب ما كان للجدات من اصل المسيله
وهو سهم واحد في اثنين يصير اثنين فيقسم على الثلاثه فيخرج
لكل واحد ثلثا درهم فهو نصيب الجدات وكذلك الاعمام فاذا جمعنا
بين الصحيح والمكسور تصير اربعة ص وترك مجموع الدين كالتصحيح
فكل دين كسهام ورثته ش اي لما فرغ من بيان قسمة التركة بين
الورثة شرع في بيان قسمتها بين الغرما اذا لم تف التركة بالدين
والغريم اكثر من واحد واحال كيفية قسمتها على ارباب الديون
على كيفية قسمتها على الورثة حيث جعل مجموع الدين كالتصحيح وكل
دين كسهم وارث وبيانه رجل عليه ستة دراهم لرجل ثلاثة دراهم
ولاخر درهم ولاخر درهمان فمجموع الدين ستة يوضع موضع التصحيح
ثم ينظر بين التركة ومجموع الديون الى ثلاثة احوال فان كان بينهما
استقامة فلا يخلو اما ان يكون موافقه او مباينه فان كان بينهما
موافقه يضرب ما كان لكل واحد من الغرما في وفق التركة ثم يقسم
المبلغ على وفق الديون فالخارج ذلك الغريم من التركة كما اذا ترك
اربعة دراهم والديون ستة فبينهما موافقة بالنصف فينقص كل

واحد

واحد من الديون والتركة الى دين كنصف فنصف الديون ثلاثه ونصف
التركة اثنان فاذا ضربت نصيب درهم من الديون في وفق التركة وهو
اثنان يصير اثنين فاذا قسم الاثنان على وفق الديون وهو ثلاثة
نصيب كل واحد ثلثان فينقص من نصيب صاحب درهم واحد ثلث
ونقص من نصيب الباقين ثلث فيصير المجموع اربعة دراهم وعلى هذا
في المباينه ص ومن صالح من الورثة او الغرما على شيء منها طرح ثم
قسم الباقي على من يبقى منهم ش اي اذا صالح بعض الورثة على بعض
نصيبه على التركة تصحيح المسيلة مع وجود المصالح ثم يطرح سهامه
من التصحيح ويقسم ما بقي من التصحيح على سهام بقية الورثة كزوج
وام وعم فصالح الزوج التركة بين الام والعم اثلاثا بقدر سهامها
سهمان للام وسهم للعم فالمسيلة مع وجود الزوج من ستة
فللزوج النصف ثلاثه وللام الثلث سهمان وللعم الباقي سهم
فلما صالح الزوج على المهر وخرج من البين طرح النصف وبقي بينهما
اثلاثا فان قيل لم لا تجعل الزوج كان لم يكن لانه لا فايدة في دخوله
في المسيلة اذ لم يأخذ من المسيلة شيا قلنا في دخوله فايدة عظيمة
لانا لو جعلناه كان لم يكن لا يقلب فرض الام من ثلث المال الى ثلث
ما يبقى وانه خلاف الاجماع اذ حقها ثلث الجميع على ذلك التقدير وفي
التتمة وهذا فصل لا رواية فيه عن محمد ولم ينقل عن المشايخ من
المتقدمين فيها شيء وقد اختلفت المتاخرون فيه وعامتهم على انه
يقسم الباقي بين باقي الورثة على السهام التي ظهرت قبل التخارج ولا
تجعل هذا الوارث بالتخارج كان لم يكن وانما جعلنا كذلك لان الصلح

على ما هو موضوعه يجوز بدون الحق وترك الباقي على المصالح معه والصلح
كان مع جميع الورثه فيصير المصالح تاركا حقه على جميعهم وانما يصير
ما بقي من حق المصالح مشتركا على الورثة اذا قسم الباقي بين الورثه
على السهام التي كانت لهم قبل الصلح اما اذا لم يقسم على تلك السهام
كان الباقي عايدا الى بعض الورثه وانه لا يجوز وبه كان يفتي الصدر
الشهيد حسام الدين والقاضي الامام عماد الدين والشيخ نجم الدين
النسفي رحمهم الله انتهى ص هذا هو مجمع البحرين وملتقى النيرين
وقد اتيت به على ما أسسته من تلك القواعد واجتهدت في التوفيق
بين المسايل الشوارد ولم اترك من الكتابين الا مسايل يسيرة طرحتها
عمدا ومسايل اخر غيرت صيغتها قصدا او زدت فيها قيدا ايرادا
لاصح المذاهب والاقوي وتحريرا الاحتياط في الفتوي وانا ملتمس
ممن ينقله ان لا يهمل واجب الاعراب فان المتشابه فيه جم
وخصوصا في جناساته الخطيه فان الاحتياط فيها ختم والله هو
المشكور على افاضة نعمه والمسيول خاتمة السعادة بفضله وكرمه
ش قد التزم المصنف رحمه الله تعالى لذكر جميع ما في البحرين الا امرين
احدهما انه قد طرح مسايل يسيرة مما ذكرت في البحرين وذلك بعضي
لا يليق بذلك المقام والثاني انه غير صيغ بعض المسايل المذكورة
فيها قصد الزيادة الفايدة بالتغيير وذلك مسيلة اهل الكتاب
هل تخاطبون بالشرايع ومسيلة استحباب كسوة الطلاق
ومسيلة الاستبراء فيما لو تزوج زانيه ومسيلة كل امراة لي
فهي طالق جوابا لامراة قالت لزوجها تزوجت علي ومسيلة العقيقة

ومسيلة

ومسيلة حمل الالفاظ على الايمان على معاني القران وغير ذلك من الصور
فان قلت كان المناسب ان يكون التنبيه على هذين الامرين في
صدر الكتاب قلت يجوز ان يظهر ذلك في ابتداء الامر وانما يظهر
في الشروع والممارسة والمجاهدة والمعالجة فلهذا نبه عليه في اخر
الكتاب فان قلت ما من معيني من معاني هذا الكلام اذا اعتبرته
الا وقد تقدم في صدر الكتاب الا التنبيه على الترك فاي فايدة
في الاعادة والتكرار قلت لما حصل الفوز بوفاء ما سبق من الموعود
والعهود العجيبة الغريبة في صدر الكتاب حتى خرج من عهدتها كما في
النفس حصل له النشاط والفرح والسرور بذلك فحمله ذلك على اعادة
ذكرها تعظيما لهذه الامور الشاقة واظهارا لمنة الله تعالى عليه
بالتوفيق والتيسير فان الانسان اذا عرض له امر شاق ثم خلص منه
يكرر ذكره تعظيما لذلك الامر واظهارا لمنة الله تعالى عليه فلهذا اعاد
ذكره فجزاه الله تعالى خير الجزا ولنختم هذا الكتاب بالدعا
الماثور اللهم آت نفسي تقواها وزكها انت خير من زكاها انت وليها
ومولاها اللهم اني اعوذ بك من علم لا ينفع وقلب لا يخشع ومن نفس
لا تشبع ومن دعوة لا تستجاب امين والحمد لله رب العالمين
والصلاة والتسليم على خاتم الانبيا وسيد المرسلين وعلى اله
واصحابه اجمعين والتابعين لهم باحسان الى يوم الدين فرغ
من تعليق هذا الكتاب المسمي بتشنيف المسمع شرح الجمع مولفه افقر
عباد الرحمن الفقير احمد ابن محمد ابن شعبان العمري الحنفي بصره الله
بعيوب نفسه وجعل يومه خيرا من امسه هذا كله مع اختلال الحال

وتشتت البال وابتلايه بمنصب القضا اعانه الله تعالى عليما ابتلاه
واحسن عقباه في صبيحة يوم الثلاث المبارك لتسع بقين من ذي
القعدة احد اشهر الله الحرم المخوط في سلك شهور عام سنة سبع
وستين وتسع مايه من الهجرة النبويه بمدينة دمياط احد الثغور
الاسلاميه وهو يومئذ مبتل بقضايها اللهم انني اسالك ايمانا
صادقا وعلما نافعا ورزقا واسعا وشفا من كل دا اللهم انت
قدير وبالاجابة جدير وحسبنا الله ونعم الوكيل

حامدا مصليا مسلما محسبلا

محوقلا مستغفرا

تايبا

ناحما

فرغ مقابلة

وفرغ العراغ من نسخ هذا الجزء والمبارك علي يد اقل عبيد الله تعالى وافقرهم
الي رحمته اسماعيل البحيري في اليوم المبارك يوم الاربعا تاسع شهر شوال
من شهور عام سنة خمسة وسبعين وتسعماية من الهجرة
النبويه علي صاحبها
السلام