

ما شاء الله لا قوة الا بالله

(الجزء الثامن)

من نتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار  
لمولانا شمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضي  
زاده أفندي قاضي عسكري رومالي وهي  
تكملة لفتح القدير للمحقق الكمال بن  
الهام على شرح الهداية  
رحمهم الله تعالى آمين

وبهامشه شرح العناية على الهداية للامام أكمل الدين محمد بن محمود الباري  
المتوفى سنة ٧٨٦ وحاشية المولى المحقق سعد الله بن عيسى المقتى الشهير بسعدى  
جلبي وسعدى أفندي المتوفى سنة ٩٤٥ على شرح العناية المذكور وعلى الهداية

(وتنبه) قد جعلنا الهداية والتكملة في الصلب الاول في صدر الصحيفة ويلي  
الثاني مقصود ولا يبين ما يجدول وكذلك جعلنا شرح العناية وحاشية سعدى جلبي  
الاول في صدر الهامش ويلي الثاني فليعلم

(محل بيعه مكتبة السيد محمد عبد الواحد بك الطوبى وأخيه بحوار السيد الحسيني بمصر)

﴿ الطبعة الأولى ﴾

بالمطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر المحمية

سنة ١٣١٨

هجريه

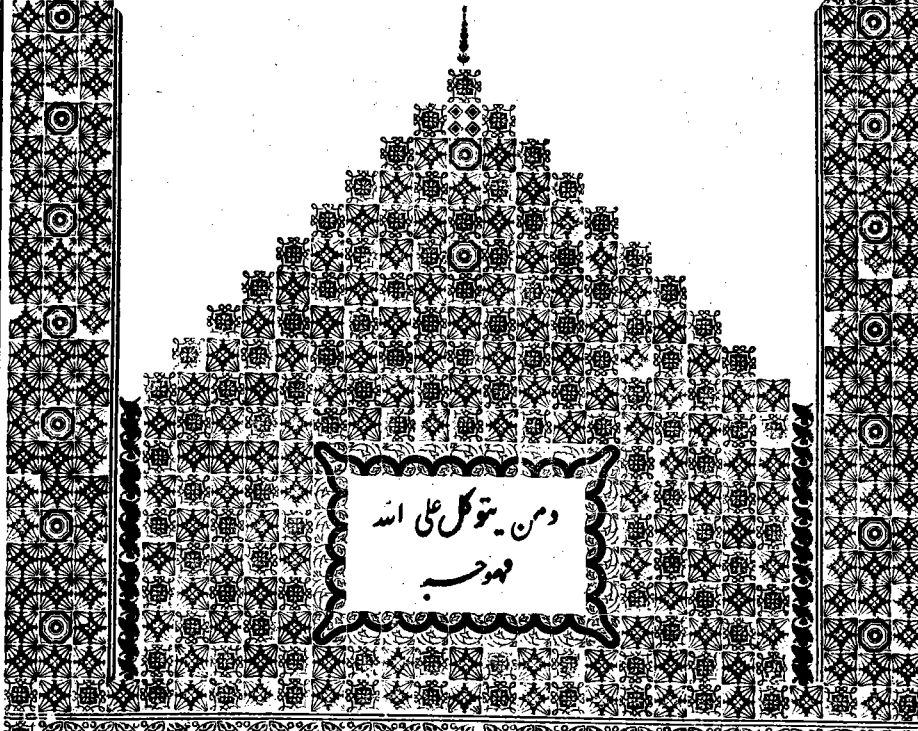
(بالقسم الثاني)

﴿ كتاب القسمة ﴾

أورد القسمة عقيب  
الشفعة لان كلامهما  
من نتائج النصيب الشائع  
فان أحد الشريكين اذا  
أراد الافتراق مع بقاء  
ملكه طلب القسمة ومع  
عدمه باع ووجب عنده  
الشفعة وقدم الشفعة لان  
بقاها ما كان على ما كان  
أصل وهي في اللغة اسم  
للاقتسام كالقدوة للاقتداء  
وفي الشريعة جمع النصيب  
الشائع في مكان معين  
وسببها طلب أحد الشركاء  
الانتفاع بنصيبه على  
الخلوص وركنها ما يحصل  
به الافتراز والتمييز بين  
النصيبين كالكيل في  
المكيات والوزن في  
المسوزونات والذرع في  
المسذوعات والعسدي  
العسودات وشرطها أن  
لا تفوت منفعتها بالقسمة  
ولهذا لا يقسم الحائط والحمام  
ونحوهما وهي مشروعة  
في الاعيان المشتركة لان  
النبي عليه الصلاة والسلام  
بأشرفها في المغانم والموارث  
وغير ذلك وجرى التوارث  
بها من غير تكبير ثم هي  
لا تعرى عن معنى المبادلة  
سواء كانت في ذوات الامثال  
أو في غير ذوات الامثال لان  
ما يجتمع لاحدهما بعضه  
كانه

﴿ كتاب القسمة ﴾

(قوله وقدم الشفعة الخ) أقول أو يقال قدم الشفعة لعمومها الشركة والجوار بخلاف القسمة (قوله لان بقاءه وبعضه ما كان على ما كان أصل) أقول يعني الشركة وأنت خير بان في القسمة أيضا بقاء الملك



ومن يتوكل على الله  
فهو حسبه

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ كتاب القسمة ﴾

القسمة في الاعيان المشتركة مشروعة لان النبي عليه السلام بأشرفها في المغانم والموارث وجرى التوارث بها من غير تكبير ثم هي لا تعرى عن معنى المبادلة لان ما يجتمع لاحدهما بعضه كانه

﴿ كتاب القسمة ﴾

مناسبة القسمة بالشفعة من حيث ان كلامهما من نتائج النصيب الشائع لما أن أقوى أسباب الشفعة الشركة بأحد الشريكين اذا أراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدم بقاءه باع فوجب عنده الشفعة وهذا زبد ما في عامة الشروح وقال في النهاية ومعراج الدراية بعد ذلك أولان القسمة نافية للشفعة فاطعة لوجوبها رجوعا الى قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة فيما يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة والنبي يقتضى سبق الثبوت فكانت بين الشفعة والقسمة مناسبة المضادة والمتضادان يفترقان أبادامع تقدم المثلث على المنفي كافي الامر والتمهي والنكاح والطلاق انتهى أقول فيه بحث لان كون القسمة نافية للشفعة فاطعة لوجوبها رجوعا الى قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة فيما يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة انما يقتضى على أصل الشافعي فان لم يجوز الشفعة بالجوار واستدل عليه بالحديث المذكور وأما على أصل أئمتنا فلا لانهم جاوزوا الشفعة بالجوار أيضا واستدلوا عليه بالحديث أخرى وأجابوا عن استدلاله بالحديث المذكور بان آخر الحديث

وبعضه

وبعضه كان لصاحبه فهو يأخذه عوضا عما بقي من حقه في حقه في  
 والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت حتى كان لاحدهما أن يأخذ نصيبه  
 حال غيبة صاحبه ولو اشترى باه فاقسمه ما يبيع أحدهما نصيبه من اجحة بنصف الثمن ومعنى المبادلة  
 هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر  
 ولو اشترى باه فاقسمه ما يبيع أحدهما نصيبه من اجحة بعد القسمة  
 وهو قوله فاذا وقعت الحدود ودورفت الطرق فلا شفعة ليس بثابت ولئن ثبت فعناه في الشفعة بسبب  
 القسمة الحاصلة بوقوع الحدود ودورف الطرق فان القسمة لما كان فيها معنى المبادلة كان الموضع موضع  
 أن يشكك انه هل يستحق بها الشفعة كالبيع فبين عدله الصلاة والسلام هدم ثبوت الشفعة بما وقد  
 من الجواب بهذا التفصيل عن استدلال الشافعي بالحديث المذكور في أوائل كتاب الشفعة في  
 عامة الشروح حتى النهاية ومعراج الدرابة فاما معنى بناء وجه المناسبة ههنا على ما هو المراد هناك  
 ثم ان القول بأن النبي يقتضى سبق الثبوت ينافي ما تقرر في المعتولات من أن السلب لا يقتضى وجود  
 الموضوع وان القول بان المتضادين يترقان أبدا مع تقدم مثبت على المنفي ممنوع ألا ترى الى قوله  
 تعالى وجعل الظلمات والنور وقوله تعالى خلق الموت والحياة ونحو ذلك كيف تقدم المنفي هناك على  
 مثبت قال صاحب العناية وقد قدم الشفعة لان بقاء ما كان على ما كان أصل انتهى أقول فيه نظره وهو  
 أنه كما أن في الشفعة بقاء ما كان على ما كان حيث يبقى فيها الشئوع على حاله وان زال ملك أحد  
 الشرى يكن كذلك في القسمة بقاء ما كان على ما كان حيث يبقى فيها ملك أحد الشرى يكن في البعض على  
 حاله وان زال الشئوع بل هذا البقاء هو المناسب لما ذكرنا في وجه مناسبة القسمة بالشفعة من ان  
 أحد الشرى يكن اذا أراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدم بقاء باع فوجب عنده الشفعة  
 فكون بقاء ما كان على ما كان أصلا لا يرجح تقديم الشفعة كما لا يخفى ثم ان القسمة في اللغة اسم للاقتسام  
 كالقدوة للاقتداء والاسوة للائتساء وفي الشرى بجمع النصيب الشائع في مكان معين وسببها طلب  
 أحد الشرى يكن الانتفاع بنصيبه على الخلوص وركنها الفعل الذي يحصل به الافراز والتمييز بين النصيبين  
 كالكيل في المكيلات والوزن في الموزونات والذرع في المذروعات والعد في المعدودات وشرطها  
 أن لا تفرق المنفعة بالقسمة ولهذا لا يقسم الحائط والحمام وما أشبه ذلك (قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر  
 في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما ما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشترى باه  
 فاقسمه ما يبيع أحدهما ما نصيبه من اجحة بعد القسمة) وتحقيقه أن ما يأخذه كل واحد منهما ليس  
 بمنل لما ترك على صاحبه بيقين فلم يكن بمنزلة أخذ العين حكما كذا في العناية أقول هنا اشكال وهو  
 انه قد علم بما ذكرنا في الكتاب والشروح أن القسمة لا تعرى عن معنى المبادلة والافراز في جميع  
 الصور سواء كانت في ذوات الامثال أو في غير ذوات الامثال لانه ما من جزء معين الا وهو مشتمل على  
 النصيبين فما يأخذه كل واحد منهما بعضه كان ملكه لم يستفده من صاحبه وبعضه الآخر كان لصاحبه  
 فصار له عوضا عما بقي من حقه في يد صاحبه فكانت القسمة في كل صورة بالنظر الى البعض الذي كان  
 ملكه افرازا بالنظر الى البعض الآخر مبادلة واذا كان الامر كذلك فكأن معنى المبادلة هو الظاهر  
 في غير ذوات الامثال كالحیوانات والعروض غير واضح اذ غاية الامر أن البعض الذي يأخذه كل واحد  
 منهما عوضا عما بقي من حقه في يد صاحبه ليس بمنل بيقين لما ترك على صاحبه من حقه في غير ذوات  
 الامثال فلم يكن أخذ ذلك بمنزلة أخذ عين حقه حكما فلم يتحقق معنى الافراز فيه بالنظر الى ذلك البعض ولا  
 يلزم منه أن لا يتحقق الافراز فيه بالنظر الى البعض الذي هو عين حقه في الحقيقة اذ لا شك أن أخذ هذا  
 البعض افرازا لا يتصور فيه مبادلة فقد تحقق في غير ذوات الامثال بالنظر الى ما يأخذه كل واحد منهما  
 في ذلك

وبعضه لصاحبه فهو يأخذه  
 عوضا عما بقي من حقه في  
 نصيب صاحبه فعلى هذا  
 كانت القسمة مبادلة وافرارا  
 والمعنى من الافراز هو أن  
 يقبضه بعين حقه والافراز  
 هو الظاهر في المكيلات  
 والموزونات فكان كل  
 ما أخذ أحدهما من نصيبه  
 مثل ما ترك عليه بيقين  
 فأخذ مثل الحق بيقين بمنزلة  
 أخذ العين ألا ترى أن  
 أخذ المثل في القرض جعل  
 كأخذ العين فجعل القرض  
 بذلك بمنزلة العارية فكان  
 الافراز فيها أن يهرلأ بالالة  
 ولهذا كان لاحدهما أن  
 يأخذ نصيبه حال غيبة  
 صاحبه ولو اشترى باه واقسمه  
 جازلا أحدهما أن يبيع  
 نصيبه من اجحة بنصف الثمن  
 ومعنى المبادلة هو الظاهر  
 في الحيوانات والعروض  
 للتفاوت حتى لا يكون  
 لاحدهما أخذ نصيبه عند  
 غيبة الآخر ولو اشترى باه  
 فاقسمه ما يبيع أحدهما  
 نصيبه من اجحة بعد القسمة  
 وتحقيقه أن ما يأخذ كل  
 واحد منهما ليس بمنل لما ترك  
 على صاحبه بيقين فلم يكن  
 بمنزلة أخذ العين حكما ولما  
 استشعر أن يقال لو كان  
 معنى المبادلة هو الظاهر  
 في الحيوانات والعروض  
 لما أجبر الأبى على القسمة  
 في ذلك

الأثم إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لأن فيه معنى  
الافراز لتقارب المقاصد

من عين حقه افراز بدون المبادلة وبالنظر الى ما يأخذه من نصيب صاحبه مبادلة بدون الافراز فكان  
معنى الافراز والمبادلة فيه متساويين فن أين ثبت ظهور معنى المبادلة فيه كما عدوه فاطبة بخلاف ما قالوا  
في ذوات الامثال كالكيلا والموزونات من ظهور معنى الافراز فيها طه واضح لان أخذ كل واحد منهما  
فيها ما هو عين حقه من نصيبه افراز بلا شبهة وأخذ كل واحد منهما ما هو نصيب صاحبه بمنزلة أخذ عين  
حقه ليكون نصيب صاحبه فيها مثل حقه بيقين وأخذ المثل بيقين يجعل كأخذ العين حكما كافي الفرض  
فتحقق فيها معنى الافراز بالنظر الى البعض الآخر أيضا فكان هو الظاهر فيها والحاصل انهم لو قالوا معنى  
الافراز ظاهر في ذوات الامثال وغير ظاهري في غير ذوات الامثال بل معنى الافراز والمبادلة سيان فيه لكان  
الامر هيئا ولما قالوا معنى المبادلة ظاهر في غير ذوات الامثال أشكل ذلك كما ترى وذو صاحب النهاية  
وجها أبسط مما ذكر في العناية لظهور معنى المبادلة في غير ذوات الامثال ناعن المعنى حيث قال ومعنى  
المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال كلها وبه صرح في المعنى وغيره فقال في المعنى وأما القسمة في غير  
ذوات الامثال فشبه المبادلة فيها راجح لانها افراز حكمان وجه ومن حيث الحقيقة هي مبادلة من كل وجه  
أما الحقيقة فظاهر وأما الحكم فلان نصف ما يأخذه كل واحد منهما مثل لما ترك على صاحبه باعتبار  
القيمة وأخذ المثل كأخذ العين حكما فكان افراز الا أن ما يأخذ كل واحد منهما ليس بمثل لما ترك على  
صاحبه بيقين لان المقسوم ليس من ذوات الامثال وفيما ليس من ذوات الامثال لا تثبت المعادلة بيقين  
فالافراز مع المبادلة استويا في الحكم ثم ترجحت المبادلة بالحقيقة الى هنا كلامه أقول لا يذهب عليك  
ان الاشكال الذي ذكرناه يتجه عليه مع زيادة لانه انما يبدل على تحقق رجحان معنى المبادلة فيما يأخذه  
كل واحد منهما من نصيب صاحبه عوضا عما ترك على صاحبه من حق نفسه لا على تحقق رجحان ذلك  
في المقسوم كله كيف وما يأخذه كل واحد منهما من نصيب نفسه لا يوجد فيه الافراز محض لان معنى  
الافراز ان يقبض عين حقه وأخذ كل واحد منهما ما نصيب نفسه قبض عين حقه لا غير والمعنى رجحان  
المبادلة في القسمة الشاملة لجميع أجزاء المقسوم في غير ذوات الامثال وهو غير لازم من الوجه المذكور  
بل فيه دلالة على رجحان معنى الافراز في ذلك اذ لا شك أن أخذ كل واحد منهما عين حقه من نصيب  
نفسه افراز محض واذا كان أخذ كل واحد منهما ما نصيب صاحبه أخذ المثل ما ترك على صاحبه من حق  
نفسه باعتبار القيمة وكان أخذ ذلك المثل كأخذ العين حكما فكان افراز كما صرح به في الوجه المذكور كان  
معنى الافراز في ذلك ظاهرا راجحا للتحقق في جميع أجزاء المقسوم وتحقيق المبادلة في بعضها كما تحققته  
(قوله الاثم اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لان فيه معنى  
الافراز لتقارب المقاصد) هذا جواب سؤال مقدر يرد على قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوان  
والعروض بان يقال لو كان معنى المبادلة هو الظاهر في ذلك لما أجبر الابن على القسمة في غير ذوات  
الامثال كذا في عامة الشروح أقول ههنا أيضا اشكال وهو انه ان أراد بقوله لان فيه معنى الافراز ان فيه  
معنى الافراز بالنظر الى النصيب الذي يأخذه أحد الشركاء عين حقه فلا يجدي نفعنا في دفع السؤال اذ  
يبقى الكلام - فينتد في الاجاز على أخذ النصيب الآخر الذي يتحقق معنى المبادلة بالنظر اليه ويظهر على  
ما قالوا وان أراد بذلك أن فيه معنى الافراز بالنظر الى النصيب الذي كان لصاحبه وبأخذه عوضا عما  
ترك على صاحبه من حق نفسه كما هو الملائم لقوله لتقارب المقاصد فذلك ينافي ما تقدم من القول بان  
معنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال اذ لا شك في تحقق معنى الافراز فيه بالنظر الى النصيب الذي  
بأخذه أحد الشركاء عين حقه وأذا تحقق فيه معنى الافراز بالنظر الى النصيب الآخر أيضا كان معنى

أجاب بقوله الاثم اذا كانت  
من جنس واحد أجبر  
القاضي على القسمة عند  
طلب أحد الشركاء لان  
فيه معنى الافراز لتقارب  
المقاصد ولا منافاة بين  
الجبر



والمبادلة مما يجرى فيه الجبر كافي قضاء الدين وهذا لان احدهم يطلب القسمة يسأل القاضي أن يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي اجابته وان كانت اجناسا مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار غش التفاوت في المقاصد ولو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم قال (وينبغي للقاضي أن ينصب قاسما يرضيه من بيت المال ليقسم بين الناس بغير أجر) لان القسمة من جنس عمل القضاء من حيث انه يتم به قطع المنازعة فانسبه رزق القاضي ولان منفعة نصب القاسم تم العامة فتكون كفايته في مالهم غرما بالغرم قال (فان لم يفعل نصب قاسما يقسم بالاجر) معناه باجر على المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص ويقدر باجر مثله كي لا يتحكم بالزيادة والافضل أن يرضيه من بيت المال لانه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة

فصار ما يؤدى بدلا عما في نتمه وهذا جبر في المبادلة قصدا وقد جاز فلان يجوز بلا قصد اليه أولى وهذا لان احدهم يطلب القسمة يسأل القاضي أن يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي اجابته فكان القصد الى الانتفاع بنصيبه على الخلوص دون الاجبار على غيره وان كانت من اجناس مختلفة كالابل والبقر والقسم لا يجبر القاضي الا على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار غش التفاوت في المقاصد ولو تراضوا على ذلك جاز لان القسمة في مختلف الجنس مبادلة كالخجارة والتراضى في التجارة شرط بالنص قال (وينبغي للقاضي أن ينصب قاسما) كلامه واضح الامتناع عليه (قوله لانه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة) لانه متى وصل اليه اجر عمله على كل حال لا يعمل بأخذ الرشوة الى البعض

الافراز فيه ظاهر اجدا فاني تصور القول بان معنى المبادلة هو الظاهر فيه فتأمل ثم أقول لو قال المصنف لان فيه امكان المعادلة بدل قوله لان فيه معنى الافراز لكان سالما عن هذا الاشكال وكان مناسباً بالاحالة لقوله لتعذر المعادلة في تهليل عدم الاجبار على القسمة فيما اذا كانت اجناسا مختلفة كما سيأتي بتصرف (قوله والمبادلة مما يجرى فيه الجبر كافي قضاء الدين) يعني انه لا منافاة بين الجبر والمبادلة لانها مما يجرى فيه الجبر كافي قضاء الدين فان المديون يجبر على قضاء الدين والادون تقضى بامثالها على ما عرف فصار ما يؤدى المديون بدلا عما في ذمته أقول لقائل أن يقول جريان الجبر في قضاء الدين لكون ما أخذه الدائن من البدل مثل ما ثبت في ذمة المديون يقسم وقد صرح حوا بأن أخذ مثل الحق يقين بمنزلة أخذ العين وعن هذا جعلوا أخذ المثل في القرض كأخذ العين فجعلوا القرض لذلك بمنزلة العارية بخلاف ما نحن فيه من غير ذوات الامثال فان ما يأخذه أحدنا شره كاه فيه من نصيب الآخر ليس مثل ما ترك عليه من حق نفسه يقين فلم يكن بمنزلة أخذ عين الحق وعن هذا قالوا ان معنى المبادلة فيه هو الظاهر من ذلك نشأ السؤال المقدر واحتج الى الجواب الذي نحن بصدده فكيف يتم قياس جريان الجبر فيما نحن فيه على جريانه في قضاء الدين مع تحقق الفرق الواضح بينهما (قوله ولو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل ولو تراضوا على ذلك جاز لان القسمة في مختلف الجنس مبادلة كالخجارة والتراضى في التجارة شرط بالنص انتهى أقول هذا الشرح غير مطابق للشروح وليس يتام في نفسه لانه ان أراد أن القسمة في مختلف الجنس مبادلة محضة كالخجارة فهو ممنوع كيف وقد تقرر فيما مر أن القسمة مطلقا لا تعرى عن معنى المبادلة والافراز الا أن معنى الافراز هو الظاهر في ذوات الامثال ومعنى المبادلة هو الظاهر في غيره هاو ان أراد أن المبادلة في قسمة مختلف الجنس هي الظاهرة فهو مسلم لكن الامر كذلك في قسمة غير مختلف الجنس من غير ذوات الامثال مع أن التراضى ليس بشرط فيها على أن كون التراضى شرطا في التجارة بالنص لا يدل على كون ذلك شرطا في قسمة مختلف الجنس أيضا لان قسمته ليست في معنى التجارة من كل الوجوه اذا القسمة مطلقا لا تعرى عن معنى الافراز البتة بخلاف التجارة فكيف تلحق احدها بالآخرى والحق عندي أن معنى كلام المصنف هنا هو أنهم لم يراضوا عليها جاز لان الحق لهؤلاء دون غيرهم وعدم الجبر على قسمة مختلف الاجناس لخوف أن يبقى حق احدهم على الآخر لتعذر المعادلة باعتبار غش التفاوت في المقاصد واذا تراضوا على ذلك فقد أسقط كل واحد منهم حقه الباقي على الآخر فصحت القسمة بلا ريب انظر الى هذا المعنى الوجيه الواضح هل يشبهه بما ذكره ذلك الشارح (قوله معناه باجر على المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص) أقول قوله لان النفع لهم على الخصوص ينافي بحسب الظاهر قوله فيما مر انفا ولان منفعة نصب القاسم تم العامة فتكون كفايته في مالهم غرما بالغرم فتأمل في التوفيق

(قال المصنف لانه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة) أقول لعل المراد التهمة الاخذ على ما هو من جنس القضاء اجرا (قوله لانه متى يصل اليه اجر عمله على كل حال الخ) أقول فيه بحث (قوله لا يعمل بأخذ الرشوة) أقول أى لا يعمل لفقره

و يجوز للقاضي أن يقسم بنفسه أو يأخذ ذلي ذات من المتقاهين أجر الكيل الاولي أن لا يأخذ وهذا لان القسمة ليست بقضاء على الحقيقة حتى لا يفترض على القاضي مباشرتها وانما الذي يفترض عليه جبر الالبي على القسمة لأن لها شهرا بالقضاء من حيث انها تستفاد بولاية القضاء فان الاجنبى لا يقدر على الجبر فمن حيث انها ليست بقضاء جازا أخذ الاجر عليها ومن حيث انها تشبه القضاء يستحب أن لا يأخذ وقوله (عدلا أمونا) ذكر الامانة بعد العدالة وان كانت من لوازمها الجواز أن يكون غير ظاهر الامانة (قوله ولو اصطلموا فاقسموا) يعنى لم يرفعوا الامر الى الحاكم بل اقتسموا بانفسهم باصطلاحهم فهو جائز لما أن في القسمة معنى المعاوضة فتثبت بالتراضى كفى سائر المعاوضات وقوله (كأجرة الكيل والوزان وحفر البئر المشتركة) يعنى اذا استأجروا الكيل ليفعل الكيل فيما هو مشترك بينهم (٦) فالأجرة على قدر الانصباء وكذلك الوزن والحافر (وقوله ان الاجر

مقابل بالتميز ولانه لا يتفاوت) لتحقيقه أن القاسم لا يستحق الاجر بالمساحة ومد الاطناب والمشي على الحدود ولانه لو استعان في ذلك بآراء الملك استوجب كمال الاجر اذا قسم بنفسه فدل على أن الأجرة في مقابلة القسمة وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل لان الحساب يدق بتفاوت الانصباء وزاد دقة بقلة الانصباء فلعل تمييز نصيب صاحب القليل أشق ويجوز أن يعسر عليه تمييز نصيب صاحب الكثير ليركسور وقعت فيه فتعذر اعتبار الكثرة والقلة فيمعلق الحكم بأصل التمييز بخلاف حفر البئر لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت وقوله (وان لم يكن للقسمة) بان اشترى مكلا أو موزونا وأمر انسانا بكيه ليصير الكل معلوم القدر (فالاجر

(ويجب أن يكون عدلا أمونا عالما بالقسمة) لانه من جنس عمل القضاء ولانه لا بد من القدرة وهي بالعلم ومن الاعتماد على قوله وهو بالامانة (ولا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد) معناه لا يجبرهم على أن يستأجروه لانه لا جبر على العقود ولانه لو تعين لتحكم بالزيادة على أجره (ولو اصطلموا فاقسموا) جازا اذا كان فيهم صغير فيحتاج الى أمر القاضي لانه لا ولاية لهم عليه (ولا يترك القسام يشتركون) كى لا تصير الأجرة غالية بتواكلهم وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم اليه خيفة الفتور فيرخص الاجر قال (وأجرة القسمة على عدد الرؤس عند أى حنيفة وقال على قدر الانصباء) لانه مؤنة الملك فيتم قدره كأجرة الكيل والوزان وحفر البئر المشتركة ونفقة المملوك المشترك ولا يى حنيفة أن الاجر مقابل بالتميز وانه لا يتفاوت وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل وقد يعكس الامر فتعذر اعتباره فيتعلق الحكم بأصل التمييز بخلاف حفر البئر لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت والكيل والوزان ان كان للقسمة قبل هو على الخلاف وان لم يكن للقسمة فالاجر مقابل بعمل الكيل والوزن وهو يتفاوت وهو العذر لو أطلق ولا يفصل وعنه أنه على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع

(قوله ويجب أن يكون عدلا أمونا عالما بالقسمة) قال تاج الشريعة ذكر الامانة بعد العدالة وان كانت من لوازمها الجواز أن يكون غير ظاهر الامانة انتهى واقتى أثره صاحب الكفاية ثم صاحب العناية ورد هذا التوجيه بعض العلماء في حاشيته على شرح الوقاية فان صاحب الوقاية لما اكتفى بقوله ويجب كونه عدلا عالما قال ذلك البعض لم يقل عدلا أمونا عالما كما وقع في الهداية لان الامانة من لوازم العدالة وقال والتوجيه بجواز أن يكون غير ظاهر الامانة كما وقع في الكفاية ليس تمام لان ظهور العدالة يستلزم ظهورها كما لا يخفى اه أقول المذكور في الهداية نفس العدالة لا ظهورها فاستلزام ظهورها ظهور الامانة لا يقتضى استدراك ذكر الامانة المراد منها ظهورها فان قلت فلم لا يجوز أن يراد بالعدالة ظهورها كما يراد في الامانة حتى يستغنى بذكر العدالة عن ذكر الامانة بالكلية قلت ارادة ظهور العدالة من اعطى العدالة خلاف الظاهر لانفسهم من لفظها وحده بدون القرينة وأما ارادة ظهور الامانة من لفظ الامانة الواقعة في الكتاب فيقر بنة تقدم ذكر العدالة المستلزمة لنفس الامانة نعم لو قال في الكتاب ابتداء ظاهرا العدالة بدل قوله عدلا لخلص الغنى عن ذكر الامانة لكن مراد هؤلاء الشراح توجيه العبارة الواقعة في الكتاب لاني مجال افادة المعنى المقصود ههنا

بقدر الانصباء وهو العذر لو أطلق ولا يفصل) يعنى لو أطلق أبو حنيفة رحمه الله في الجواب وقال أجرة الكيل بقدر عمله سواء كان الكيل للقسمة أو لا فالعذر في ذلك هو التفاوت لان عمله في ذلك لصاحب الكثير أكثر فكان أصعب والاجر بقدر العمل بخلاف القسام فانه قد يعكس كما تقدم وقوله (ولا يفصل) تأكيديا بيان وقوله (وعنه) أى عن أبى حنيفة (ان الاجر كله على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع)

(قال المصنف والكيل والوزن ان كان للقسمة فهو على الخلاف) أقول وهذا هو المناسب لتعلق الحكم بأصل التمييز (قال المصنف وهو العذر لو أطلق ولا يفصل) أقول والاطلاق غير مناسب لتعلق المذكور لأن يقال الحكمة لا تراعى في كل فرد ولكن تراعى في الانواع المضبوطة والوزن والكيل كذلك فليتامل ولكن يمكن جعل التمييز حكما كما لا يخفى

قال (واذا حضر الشركاء عند القاضي الخ) اذا حضر الشركاء عند القاضي وفي أيديهم مال وطلبوا قسمته فاما ان يكون عقار أو غيره فان كان عقارا فاما ان ادعوا أنهم ورثوه أو اشتروه أو سكنوا عن كيفية الانتقال اليهم فان كان الاول لم يقسمه القاضي حتى يقيموا البيينة على موته وعدد ورثته عند أبي حنيفة رحمه الله (وقال لا يقسمه باعترافهم) وان كان الثاني قسمه بينهم بالاتفاق وان كان الثالث قسمه بينهم على ما ذكره وان كان غير عقار وادعوا أنه ميراث قسمه في قولهم جميعا لهما أن الامتناع عن القسمة اما أن يكون لشبهة في الملك أو لتهمة في دعواه أو لئنازح للمدعى في دعواه ولا شيء من ذلك بتحقيق لان السيد دليل الملك والافرار أمانة الصدق والفرض عدم المنازح في قسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشتري وطلب البيينة ليس بلازم لانها لا تكون الاعلى منكرو ولا منكروها فلان تنفيذ الأمانة يذكري في كتاب القسمة أي في الصلح الذي يكتبه القاضي انه قسمه باعترافهم (٧) لئلا يكون حكمه متعديا إلى غيرهم ولا يبي حنيفة أن القسمة قضاء على الميت اذا التركة قبل القسمة مبقاة على ملكه حتى لو حدثت الزيادة تنفذ وصياها فيها وتقتضى دينه منها وعن هذا قالوا اذا أوصى بجارية لانسان فولدت قبل القسمة تنفذ الوصية فيهما بقدر الثلث كانه أوصى بهما بخلاف ما بعد القسمة فان الزيادة للوصي له فدل أن التركة مبقاة على ملك الميت فكانت القسمة قضاء على الميت فلا بد له من حجة وهي اما اقرار الورثة أو بينتهم واقرارهم ليس بحجة على الميت فلا بد من البيينة وقوله وهو مفيد جواب عن قولهم ما فلا يفيد ذلك لان بعض الورثة ينتصب خصما بأن يجعل أحد الحاضرين من مدعي أو الآخر مدعى عليه فان قيل كل منهم مقرر بدعوى صاحبه والمقرر لا يصلح خصما للمدعى

قال (واذا حضر الشركاء عند القاضي وفي أيديهم دار أو ضيعة وادعوا أنهم ورثوها عن فلان لم يقسمها القاضي عند أبي حنيفة حتى يقيموا البيينة على موته وعدد ورثته وقال صاحبها يقسمها باعترافهم ويذكر في كتاب القسمة أنه قسمه باقولهم وان كان المال المشترك ما سوى العقار وادعوا أنه ميراث قسمه في قولهم جميعا ولو ادعوا في العقار أنهم اشتروه قسمه بينهم) لهما أن السيد دليل الملك والافرار أمانة الصدق ولا منازع لهم في قسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشتري وهذا لانه لا منكرو ولا بيينة الاعلى المنكرو فلا يفيد الأمانة يذكري في كتاب القسمة أنه قسمها باقرارهم ليقصر عليهم ولا يتعداهم وله أن القسمة قضاء على الميت اذا التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت الزيادة قبلها تنفذ وصياها فيها وتقتضى دينه منها بخلاف ما بعد القسمة واذا كانت قضاء على الميت فالافرار ليس بحجة عليه فلا بد من البيينة وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث ولا يمنع ذلك باقراره كافي الوارث أو الوصي المقر بالدين

بعبارة أخصر مما وقع في الكتاب (قوله وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث ولا يمنع ذلك باقراره كافي الوارث أو الوصي المقر بالدين فانه تقبل البيينة عليه مع اقراره) قال بعض الفضلاء وأنت خير بانه لا أولوية لاحد الورثة بأن يكون مدعي أو الآخر يكون مدعى عليه فكلاهما مجهول بخلاف المقيس عليه اتعين المدعى والمدعى عليه هناك وجوابه ظاهر فان القاضي اذا قال لا أقسم حتى تقيموا البيينة على الموت وعدد الورثة هم يجعلون أحدهم مدعي والآخر مدعى عليه فكلاهما مجهول لا استشكله شيء ولا جوابه اما الاول فلان للقاضي ولاية التعيين في أمثال هذا المقام فحصول تصددهم فترفع الجهالة بتعيينه وعن هذا قال في الذخيرة في بيان هذه المسئلة فالقاضي يسمع البيينة ويقسم الدار ويجعل أحدا الحاضرين مدعي والآخر مدعى عليه على أن لكل واحد من الورثة الحاضرين صلحا لان يكون مدعي في دعوى حق نفسه على الآخر مدعى عليه في دعوى الآخر حقه عليه فكل منهم يصير مدعي أو مدعى عليه من حيثين مختلفتين وتطير ذلك أكثر من أن يحصى في مسائل الفقه فلا تشوهم الجهالة حينئذ أصلا وأما الثاني فلان مقتضاه أن يتوقف استماع القاضي البيينة وقسمة الدار بينهم على جعلهم أحدهم على التعيين مدعي والآخر مدعى عليه فكلاهما مجهول بخلاف المقيس عليه اتعين المدعى والمدعى عليه أصله فلا عن أن يعلموا مثل هذه الدقيقة المتبعة في هذه المسئلة من انتصاب الورثة خصما عن المورث يقسم القاضي الدار بينهم بالاجماع بعد أن أقاموا

عليه أجب بقوله ولا يمنع ذلك أي كونه خصما بسبب اقراره بطوا اجتماع الافرار مع كونه خصما كافي الوارث أو الوصي المقر بالدين (قوله وعن هذا قالوا اذا أوصى بجارية لانسان فولدت قبل القسمة) قوله فكانت القسمة قضاء على الميت فلا بد له من حجة) أقول يعني لا بد للقضاء من حجة (قال المصنف فالأقرار ليس بحجة عليه فلا بد من البيينة) أقول لا يلزم من هذا الدليل وجوب إقامة البيينة على عدد الورثة فتأمل (قال المصنف وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث) أقول وأنت خير بانه لا أولوية لاحد الورثة بأن يكون مدعي أو الآخر يكون مدعى عليه فكلاهما مجهول بخلاف المقيس عليه اتعين المدعى والمدعى عليه هناك وجوابه ظاهر فان القاضي اذا قال لا أقسم حتى يقيموا البيينة على الموت وعدد الورثة هم يجعلون أحدهم مدعي يحصل مقصودهم

فانه انما يفتى عليهم بالبينة بدون الميت وان كانا مقرين بها وهذا لان المدعي يحتاج الى اثبات الدين في حقهم وحق غيرهم لانه ربما يكون للميت غير دينه ظاهر ودين المقر له باقرار الورثة لا يظهر في حقه فيحتاج الى اقامة البينة ليكون حقه في جميع مال الميت ويلزم ذلك جميع الورثة ولا يثبت ذلك الا بالبينة (قوله بخلاف المنقول) جواب عن قولهم ما يكفي المنقول الموروث وهو على وجهين أحدهما قوله لان في القسمة نظر الخ (أ) والثاني أن المنقول مضمون على من وقع في يده بعد القسمة

وفي القسمة جعله مضمونا وفي ذلك نظر للميت بخلاف العقار عند أبي حنيفة رحمه الله فانه لا يصير مضمونا على من وقع في يده عنده (وبخلاف المشتري) جواب عن قولهما والعقار المشتري على ظاهر الرواية فقد روي عن أبي حنيفة في غير الاصول أن القاضي لا يقسمه بينهم وسوى بين الشراء والميراث وجهه الظاهر ما ذكره في الكتاب أن المبيع بعد العقد لا يسبق على ملك البائع وان لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغير (قوله وان ادعوا الملك) هذا هو القسم الثالث الموعود ومعناه ظاهر قال المصنف رحمه الله (هذه) يعني القسمة فيما بينهم من غير اقامة البينة (رواية كتاب القسمة) وأعاد لفظ الجامع الصغير لانه يفيد أنه لا يقسم حتى يقم البينة على الملك لاحتمال أن يكون ما في أيديهم مملوكا لغيرهما فانهم المالكين كرا السبب احتمل أن يكون

فانه يقبل البينة عليه مع اتراره بخلاف المنقول لان في القسمة نظر الحاجة الى الحفظ أما العقار فمحض بنفسه ولان المنقول مضمون على من وقع في يده ولا كذلك العقار عنده وبخلاف المشتري لان المبيع لا يبيح على ملك البائع وان لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغير قال (وان ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم قسمه بينهم) لانه ليس في القسمة قضاء على الغير فانهم ما انفروا بالملك لغيرهم قال رضي الله عنه هذه رواية كتاب القسمة (وفي الجامع الصغير أرض ادعاهار جلان وأقاما البينة أنهما في أيديهما وأراد القسمة لم يقسمها حتى يقم البينة أنهما) لاحتمال أن يكون لغيرهما ما قيل هو قول أبي حنيفة

البينة على موت المورث وعدد الزرعة كما هو المفهوم من كتب النقبة بأسرها (قوله وفي الجامع الصغير أرض ادعاهار جلان وأقاما البينة أنهما في أيديهما وأراد القسمة لم يقسمها حتى يقم البينة أنهما) لاحتمال أن تكون لغيرهما قال في العناية أعاد لفظ الجامع الصغير لانه يفيد انه لا يقسم حتى يقم البينة على الملك لاحتمال أن يكون ما في أيديهم مملوكا لغيرهما فانهم المالكين كرا السبب احتمل أن يكون ميراثا فيكون ملكا لغيره وأن يكون مشتريا فيكون ملكا له لان الاصل أن تكون الاملاك في يدهم الكها فلا يقسم احتياطا انتهى أقول لا يخفى على ذي فطنة سليمة ان قوله لان الاصل أن تكون الاملاك في يدهم الكها غير مفيد هنا بل هو محلي بالمقام لان ذلك الاصل أعني كون الاملاك في يدهم الكها يرجح كون ما في أيديهم مملوكا لغيرهما فينبغي أن يقسم بدون اقامة البينة مع أن جواب مسألة الجامع الصغير أن لا يقسم بدونها كما ترى فالصواب أن تترك تلك المقدمة في تعليل مسألة الجامع الصغير وانما يحتاج اليها في بيان وجهه رواية كتاب القسمة كما مر من قبل واعترض بعض الفضلاء على قول صاحب العناية فانهم المالكين كرا السبب احتمل أن يكون ميراثا الى آخره حيث قال فيه بحث بل المحتمل هنا أن لا يكون ملكا لهما الا لارثا ولا شراء كيف ولو كان ملكا لهما لتعرضا له وبه يظهر وجه التوفيق بين الروايتين فان في الاولى ادعوا الملك انتهى أقول يمكن دفع ذلك بانه ان أراد أن الاحتمل هنا أن لا يكون ملكا لهما أصلا لغيره فهو ممنوع وقوله كيف ولو كان ملكا لهما لتعرضا له غير تام فان عدم التعرض لشيء لا ينافي احتماله في الواقع وانما ينافي تقريره وتعيينه كيف ولو لم يكن للملك لهما احتمال أصلا لما جاز استماع البينة له وان أراد أن ذلك أيضا محتمل هنا فهو مسلم لكن لا يضر ذلك بصحة التعليل الذي ذكره صاحب العناية لان مجرد احتمال أن يكون ميراثا وان يكون مشتريا يكفي في أن لا يقسم بدون البينة احتياطا ثم ان هذا كله على تقدير استمداد القول صاحب العناية لان الاصل أن تكون الاملاك في يدهم الكها لاجلاله بالفرق بين الروايتين كأنه يعلمه آتفا وأما على تقدير اعتباره في تعليل رواية الجامع الصغير كما فعله صاحب العناية فيسقط جدا ما ذكره ذلك القائل من احتمال أن لا يكون ملكا لهما أصلا لانه لا يثبتون أيديهم ما عني أن ما فيها ملكا لهما ويكون سبب عدم تعرضها لكونه ملكا لهما هو الاعتماد على دلاله ذلك

ميراثا فيكون ملكا لغيره وأن يكون مشتريا فيكون ملكا لهما لان الاصل أن تكون الاملاك في يدهم الكها فلا تقسم احتياطا قيل هذا قول أبي حنيفة خاصة وعندهما تقسم بينهما لانهما تقسمان في الميراث بلا بينة ففي هذا أولى

(قوله فانهم المالكين كرا السبب احتمل أن يكون ميراثا) أقول فيه بحث بل المحتمل هنا أن لا يكون ملكا لهما الا لارثا ولا شراء كيف ولو كان ملكا لهما لتعرضا له وبه يظهر وجه التوفيق بين الروايتين فان في الاولى ادعوا الملك (قوله فيكون ملكا لغيره) أقول يعني للميت

وقيل قول الكل وهو الاصح لان القسمة نوعان قسمة لخلق الملك لتكميل المنفعة وقسمة لخلق الدار لاجل الحفظ والصيانة والثاني في العقار غير محتاج اليه فتعين قسمة الملك وقسمة الملك تفتقر الى قيام الملك ولا ملك بدون البيعة فامتنع الجواز قال (وان حضر وارثان واقاما البيعة على الوفاة وعدد الورثة والدار في أيديهم ومعهم وارث غائب) قسمها القاضي بطلب الحاضر بن (٩)

وينصب للغائب وكبلا يقبض نصيبه) قيسل قوله في أيديهم ومعهم وارث غائب وقع سهواً من الناسخ والتصحيح في أيديهم لانها لو كانت في أيديهم لكان البعض في يد الغائب ضرورة وقد ذكر بعد هذا في الكتاب وان كان العقار في يد الوارث الغائب أو شيء منه لم يقسم وأجيب بأنه

وقيل قول الكل وهو الاصح لان قسمة الحفظ في العقار غير محتاج اليه وقسمة الملك تفتقر الى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز قال (واذا حضر وارثان واقاما البيعة على الوفاة وعدد الورثة والدار في أيديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضي بطلب الحاضر بن وينصب وكبلا يقبض نصيب الغائب وكذا لو كان مكان الغائب صبي يقسم وينصب وصياً يقبض نصيبه) لان فيه نظر للغائب والصغير ولا بد من اقامة البيعة في هذه الصورة عنده أيضاً خلافاً لهما كما ذكرنا من قبل (ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة أحدهم) والفرق أن ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد بالعيب ويرد عليه بالعيب فيما اشتراه المورث أو باع ويصير مغروراً بشراء المورث فانصب أحدهما خصماً عن الميت فيما في يده والاخر عن نفسه فصارت القسمة قضاءً بحضرة المتخاصمين أما الملك الثابت بالشراء ملك مبتدأ ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بائعه فلا يصلح الحاضر خصماً عن الغائب فوضح الفرق (وان كان العقار في يد الوارث الغائب أو شيء منه لم يقسم وكذا اذا كان في يده مودعه وكذا اذا كان في يد الصغير)

عليه فندبر (قوله وقيل قول الكل وهو الاصح لان قسمة الحفظ في العقار غير محتاج اليه وقسمة الملك تفتقر الى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز) يعني أن القسمة نوعان قسمة لخلق الملك لتكميل المنفعة وقسمة لخلق الدار لاجل الحفظ والصيانة والثاني في العقار غير محتاج اليه فتعين قسمة الملك وقسمة الملك تفتقر الى قيام الملك ولا ملك بدون البيعة فامتنع الجواز كذا في العناية أقول لقائل أن يقول ان هذا التقرير يقتضي أن لا تجوز القسمة بدون البيعة على قول الكل فيما اذا ادعوا الشراء أيضاً في العقار مع أنه قد سبق انه تجوز القسمة فيه بدون البيعة بالاتفاق ويقتضي ايضاً أن لا تجوز القسمة بدون البيعة عند أبي يوسف ومحمد ايضاً فيما اذا ادعوا الارث في العقار مع أنه قد سبق ايضاً أنهم يقولون بجوازها فيه بمجرد اعترافهم ثم أقول بجوز أن لا يكون مراد المصنف رحمه الله بقوله ولا ملك ما جعل عليه صاحب العناية من انه لا ملك بدون البيعة لانتقاضه بصورة ادعائهم الشراء على قول الكل وبصورة ادعائهم الارث ايضاً على قولهما كما ثبت عليه آنفاً بل يحتمل أن يكون مراده بذلك أنه لا ملك في دعواهما أي لم يدعيا الملك ولم يتعرض له أصلاً في رواية الجامع الصغير بل انما ادعياهم في أيديهم واقاما البيعة عليه بخلاف ما مر من رواية كتاب القسمة فانهم ادعوا هناك صريح الملك فافتقرنا حينئذ لا انتقاض بالصورتين المذكورتين لانهم ادعوا فيه ما سبب الملك من الارث والشراء ويؤيد هذا ما ذكره تاج الشريعة حيث قال قيسل انما اختلف الجواب لاختلاف الوضع فوضع كتاب القسمة فيما اذا ادعيا الملك ابتداء وموضوع الجامع الصغير فيما اذا ادعيا البيعة ابتداء وبيانه أنهم لما ادعيا الملك ابتداء والبيعة ثابته ومن في يده شيء يقبل قوله انه ملكه ما لم يتازعه غيره اذا الاصل أن الاملاك في يد الملاك فيعتبر هذا الظاهر وان احتمل أن يكون ملك الغير لانه احتمال بلا دليل فيقسم بينهما بناء على الظاهر أما اذا ادعيا البيعة عرضاً عن ذلك الملك مع حاجتها الى بيانه فلا يقبل قولهم مالناهما طلباً للقسمة من القاضي والقسمة في العقار لا تكون الا بالملك فلما استكتوا عنه دل على أن الملك ليس لهما فتمت كذا في الاحتمال السابق فلا يقبل قولهما بعد ذلك الا باقامة البيعة ليزول هذا الاحتمال وهذا معنى قوله لاحتمال أن يكون لغيرهما الى

أطلق الجمع وأراد المثنى بقريضة قوله وارثان واقاما لكنه ملتبس) وكذا لو كان مكان الغائب صبي يقسم وينصب وصياً يقبض نصيبه لان فيه نظر للغائب والصبي) لظهور نصيبهما بما في يد الغير (ولا بد من اقامة البيعة في هذه الصورة) يعني فيما اذا كان معه ماضي عند أبي حنيفة رحمه الله) كما اذا كان معهما غائب (خلافاً لهما كما ذكرنا من قبل) يريد به قوله لم يقسمها القاضي عند أبي حنيفة حتى يقبضوا البيعة على موته وعدد ورثته وقال صاحبها يقسمها باعتبارهم (ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة أحدهم) وان

(٣ - تكله ثامن) اقاما والبيعة على الشراء وذكر الفرق بينهما وهو واضح (قوله ويصير مغروراً بشراء المورث صورته اشترى المورث جارية ومات واستولدها الوارث ثم استحققت يكون الولد حراً بالقيمة ويرجع الوارث بها على البائع كالمورث

(قوله ولا ملك بدون البيعة فامتنع الجواز) أقول هما يقولان لا يدل على الملك فلا شبهة في الملك كما تقدم وجوابه أن البيعة لا تصلح للاستحقاق بل للدفع تأمل (قوله لكنه ملتبس) أقول لكان الورثة قبله

(وقوله ولا فرق في هذا الفصل بين إقامة البينة وعدمها) يعني فيما إذا كان العقار في يد الميراث الغائب أو شيء منه (كما أطلق في الكتاب) يعني قوله لم يقسم من غير أن يذكر إقامة البينة وقوله (هو الصحيح) اخترازا عما ذكر في المبسوط وإن كان شيء من العقار في يد الصغير أو الغائب لم أقسمها باقرار الحضور حتى تقوم البينة على أصل الميراث لأن في هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير باخراج شيء مما كان في يده عن يده (وإن حضر وارث واحد لم يقسم وإن أقام البينة لأنه لا بد من حضور خصمين لأن الواحد لا يصلح محاصما ومحاصما) فال حاضر إن كان خصما عن نفسه فليس ثمة خصم عن الميت وعن الغائب وإن كان خصما عنهما فثمة من يخاصم عن نفسه ليقيم البينة بذلك بخلاف ما إذا كان الحاضراثنين والباقي ظاهر

فصل فيما يقسم وما لا يقسم ﴿ (١٠) ﴾ لما تنوعت مسائل القسمة إلى ما يقسم وما لا يقسم بينهما

فقال (وإذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه الخ) إذا طلب أحد الشركاء القسمة فإما أن ينتفع كل بنصيبه أو بعضهم أولا ينتفع منهم أحد فان كان الأول قسم القاضي بطلب أحدهم جبراً على من أبي (لأن القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب أحدهم على ما بيناه) يريد به قوله إذا كانت من جنس واحد أجب القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لأن فيه معنى الإفراز لتفاوت المقاصد والمبادلة مما يجزى فيه الجبر كقضاء الدين إلى آخره وإن كان الثاني فان طلب صاحب الكثير قسم وإن طلب صاحب القليل لم يقسم لما ذكره من الفرق في الكتاب وذكر الحصص على قلب هذا وهو أن يطلب صاحب القليل

لأن القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما وأمين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه والقضاء من غير الخصم لا يجوز ولا فرق في هذا الفصل بين إقامة البينة وعدمها هو الصحيح كما أطلق في الكتاب قال (وإن حضر وارث واحد لم يقسم وإن أقام البينة) لأنه لا بد من حضور خصمين لأن الواحد لا يصلح محاصماً ومحاصماً ما إذا كان الحاضراثنين على ما بينا (ولو كان الحاضر كبيراً وصغيراً نصب القاضي عن الصغير وصيلاً وقسم إذا أقيمت البينة وكذا إذا حضر وارث كبير وموصى به بالثلث فيها وطلب القسمة وأقام البينة على الميراث والوصية يقسمه) لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والموصى له عن نفسه وكذا الوصي عن الصبي كأنه حضر بنفسه بعد البلوغ لإقامته مقامه

فصل فيما يقسم وما لا يقسم ﴿ قال (وإذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب أحدهم) لأن القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب أحدهم على ما بيناه من قبل (وإن كان ينتفع أحدهم ويستتضربه الآخر لقلته نصيبه فان طلب صاحب الكثير قسم وإن طلب صاحب القليل لم يقسم) لأن الأول ينتفع به فيعتبر طلبه والثاني تمت في طلبه فلم يعتبر ذكر الحصص على قلب هذا لأن صاحب الكثير يريد الأضرار بغيره والآخر يرضى بضر نفسه وذكر الحاكم الشهيد في مختصره أن أيهما طلب القسمة يقسم القاضي والوجه اندرج فيما ذكرناه

هنا كلامه فتبصر (قوله لأن القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما) يعني أن في هذه القسمة قضاء على الغائب أو الصغير باخراج شيء مما كان في يده عن يده من غير خصم حاضر عنهما كذا التقرير في الكافي والمبسوط أقول في هذا التعليل شيء وهو أنه إن مات إذا كان العقار كله في يد الغائب أو الصغير أو كان منه شيء زاد قدره على حصص الغائب أو الصغير من الميراث في يد أحدهما وأما فيما إذا كان في يد أحدهما من العقار شيء يساوي قدره حصص ذلك من الميراث أو يصير أقل منها فلا يتسنى فيها ذلك التعليل إذ لا يلزم فيه القضاء على الغائب أو الصغير باخراج شيء مما كان في يده عن يده بل يلزم إقامتها كان في يده على يده في صورة التساوي وزيادة شيء عليه مما في يد الحاضرين في صورة النقصان ويحتمل أن يكون هذا هو السرفي عدم وقوع ذكر أو شيء منه في وضع المسئلة في مختصر القدوري فان هذا القيد في وضعهما من زيادة صاحب الهداية كإحصاء عليه في غاية البيان فتأمل

فصل فيما يقسم وما لا يقسم ﴿ لما تنوعت مسائل القسمة إلى ما يقسم وما لا يقسم شرع في بيانها

القسمة وبأي صاحب الكثير ووجهه ظاهر (وذكر الحاكم في مختصره أن أيهما طلب القسمة يقسم القاضي والوجه اندرج فيما ذكرناه) لأن دليل القول الأول دليل أحد الجانبين ودليل القول الثاني دليل الجانب الآخر

(قوله يعني فيما إذا كان معهما) أقول تفسير لقوله أيضاً (قال المصنف فلا يصلح الحاضر خصماً عن الغائب فوضح الفرق) أقول وفي صورة الأثر يقوم الآخر مقام الميت ويثبت حق الغائب على طريق التبعية

فصل ﴿ فيما يقسم وما لا يقسم ﴾ (قوله وذكر الحصص على قلب هذا وهو أن يطلب صاحب القليل القسمة الخ) أقول في عبارته مسامحة والأظهر أن يقول وهو أن يقسم بطلب صاحب القليل وأما صاحب الكثير ولا يقسم بطلب صاحب الكثير وأما صاحب القليل

(والاصح هو المذكور في الكتاب) أي القدروري (وهو الاول) لان رضا صاحب القليل بالتزام الضرر لا يلزم القاضي شيئا وانما المزمع طلب الانصاف من القاضي وايصاله الى منفعة وذلك لا يوجد عند طلب صاحب القليل (وان كان) الثالث بان كان المشترك بينهما يتناصغرا (يستضر) كل منهما بالقسمة وطلب أحدهما القسمة (لم يقسمها الا بتراضيهما لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها ويجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما أعرف بشأهما أما القاضي فيعتمد الظاهر ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد) كالتياب مثلا يعني به يجبر على ذلك لان في حق التراضي لا يشترط اتحاد الصنف (لان عند اتحادهما يقصد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة ولا يقسم الجنس بين بعضهما في بعض اعدام الاختلاط بين الجنس بين فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي دون جبر القاضي) وقوله (ويقسم القاضي كل مكمل وموزون الخ) ظاهر وقوله (ولا يقسم شاة وبعيرا) يعني لا يقسم جبرا في هذه الاشياء قسمة جمع بان يجمع نصيب أحد الورثة في الشاة خاصة ونصيب الآخر في البعير خاصة بل يقسم الشاة بينهم جميعا على ما يستحقون منها وكذلك في البعير وغيره والاواني المتخذة (١١) من أصل واحد كالأواني والقنم والطشت المتخذة من صفر

ملحقة بمختلفة الجنس فلا يقسمها القاضي جبرا وكذلك الأواني المتخذة من الفطن أو الكتان اذا اختلفت بالصنعة كاقباء والجبنة والقنميص (ويقسم الثياب الهر وبقية لاتحاد الصنف ولا يقسم ثوبا واحدا لاشتمال القسمة على الضرر) بسبب القطع لان فيه اتلاف جزء فلا يفعله القاضي مع كراهة بعض الشركاء فان رضيا بذلك قسمة بينهما (ولا تو بين اذا اختلفت قيمتهما ما بينا) يعني ما تقدم من قوله بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي ووجه المعاوضة أن التعديل بينهما لا يمكن الا بزيادة دراهم مع الاوكس

والاصح المذكور في الكتاب وهو الاول (وان كان كل واحد منهما يستضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما) لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها ويجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما أعرف بشأهما أما القاضي فيعتمد الظاهر قال (ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد) لان عند اتحاد الجنس يحدد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة (ولا يقسم الجنس بين بعضهما في بعض) لانه لا اختلاط بين الجنس فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي دون جبر القاضي (ويقسم كل مكمل وموزون كثير أو قليل والمعدود المتقارب وتبر الذهب والفضة والحديد والنحاس والابل بانفرادها والبقرة والغنم ولا يقسم شاة وبعيرا وبردونا وجرارا ولا يقسم الاواني) لانها باختلاف الصنعة التحقت بالاجناس المختلفة (ويقسم الثياب الهروية) لاتحاد الصنف (ولا يقسم ثوبا واحدا) لاشتمال القسمة على الضرر اذ هي لا تتحقق الا بالقطع (ولا تو بين اذا اختلفت قيمتهما) لما بينا بخلاف ثلاثة أبواب اذا جعل ثوب بثوبين أو ثوب وربع ثوب بثوب وثلاثة أو باع ثوب لانه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز

في فصل على حدة (قوله والاصح المذكور في الكتاب وهو الاول) لان رضا صاحب القليل بالتزام الضرر لا يلزم القاضي شيئا وانما المزمع طلب الانصاف من القاضي وايصاله الى منفعة مملوكة وذلك لا يوجد عند طلب القليل كذا في العناية ومعراب الدرابة وهو المذكور في الذخيرة وزاد عليه في النهاية والكفاية أن يقال ألا ترى أن كل واحد منهما اذا كان لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة وطلب جميعا القسمة لم يقسمها القاضي بينهما فكذلك اذا كان الطالب من لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة انتهى أقول هذه الزيادة تخالف ما ساء في الكتاب بقوله وان كان كل واحد منهما يستضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما فانه يدل على أن القاضي يقسمها عند تراضي الشريكين وطلبها القسمة وقد صرح به المصنف هناك حيث قال ويجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما أعرف بشأهما أما القاضي فيعتمد الظاهر انتهى ثم انك لو تأملت حق التأمل وجدت نوعا من التدافع بين أصل ما ذكرنا في وجه احمية المذكور في الكتاب أو لا وبين

والذي اهم لم تكن مشتركة فترد عليها القسمة فكان معاوضة (بخلاف ثلاثة أبواب اذا جعل ثوب بثوبين) يعني اذا كان قيمة الثوب الواحد مثل قيمة الثوبين وأراد أحدهما القسمة وأبى الآخر يقسم القاضي بينهما ويعطى أحدهما ثوبا والاخر ثوبين (وكذا ان استقام أن يجعل ثوب أحد القسمين ثوبا وربع ثوب والاخر ثوبين وثلاثة أو باع ثوب) فانه يقسم بينهما ويترك الثوب الثالث مشتركا بينهما على ذلك الوجه (لانه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز) لانه يسرع عليه التمييز في بعض المشترك ولو تسرد ذلك في الكل قسم الكل عند طلب بعض الشركاء فكذلك في البعض ومائة معاوضة تحتاج الى التراضي

(قال المصنف لم يقسمها الا بتراضيهما) أقول مخالف لما في شرح الكتل للزبلي (قوله ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد كالثياب مثلا يعني به يجبر على ذلك لان في حق التراضي لا يشترط اتحاد الصنف لان عند اتحاد الخ) أقول قوله لان في حق التراضي الخ تعديله لانه يعني به يجبر الخ وقوله لان عند اتحاد الخ تعليل لقوله ويقسم العروض الخ

(وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما) الرقيق إذا كان بين اثنين وطلب أحدهما القسمة فلا يخفى لو أما أن يكون الرقيق مع شيء آخر يصح فيه القسمة جبراً كالغنم والسيب أو لا يكون فإن كان فالاصح القسمة في قولهم جميعاً على الاظهر أما عندهما فظاهر وأما عند أبي حنيفة فيجعل الذي مع الرقيق أصلاً في القسمة جبراً ويجعل الرقيق تابعاً في القسمة وقد ثبتت الحكم لشيء تبعاً وان لم يثبت قصداً كالشرب في البيع والمنقولات في الوقف وإن لم يكن فإن كانوا ذكوراً وانا لا يقسم الا برضاهما وان كانوا ذكراً وانا لا يقسم القاضي بينهما في قول أبي حنيفة رحمه الله ولا يجبره ما على ذلك وقال صاحباهما يجبرهما على القسمة لا اتحاد الجنس كافي الا بل والغنم ورقيق الغنم ولا في حنيفة أن التفاوت في الأدمى فاحش لتفاوت المعاني الباطنة كالذهن والكياسة لان من العبيد من يصلح للامانة ومنهم من يصلح للتجارة ومنهم من يصلح للفروسية وغير ذلك فتتبع نصيب كل واحد منهم في واحد فانه سائر (١٢) المنافع فلم يكن ذلك قسمة وافراز بخلاف الحيوانات لان

التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس ألا ترى أن الذكر والانثى من جنس آدم جنسان ومن سائر الحيوانات جنس واحد (بمخلاف المغنم) جواب عن قوله ما ورقيق الغنم وذلك (لان حق الغنم في المالبسة حتى كان للامام بيعها وقسمة ثمنها وهما يتعلق بالعين والمالبسة فافترا) فان قيل لوتزوج أو خالع على عبد صح فصار كسائر الحيوانات فليكن في القسمة كذلك أجيب بأن القسمة تحتاج الى الافراز ولا يتحقق في القسمة بخلاف ما ذكرتم فانه لا يحتاج اليه (قوله وأما الجواهر الخ) واضح قال (ولا يقسم حمام ولا يتر ولا رحي) والاصل في هذا أن الجبر في القسمة انما يكون عند انتفاء الضرر عنهما بان يبقى نصيب كل منهما بعد القسمة منتفعاً به انتفاع ذلك الجنس وفي قسمة الحمام والبر والرحى ضرر لهما أولاً ولا يقسم الا بالتراضي انتهى أقول بقدر الاصل بهذا الوجه ايسر بسبب ان قد تقرر فيما مر أنه اذا كان أحد الشركاء ينتفع بنصيبه والاخر يستنصر بنصيبه فقلت ان القاضي يقسم بطالب صاحب الكثير فقط على القول الاصح المذكور في الكتاب وبطلب صاحب القليل فقط على ما ذكره على الحصص وبطلب كل واحد منهما على ما ذكره الحاكم الشهيد وعلى كل واحد من الاقوال الثلاثة المذكورة ينتقض ذلك التقدير بتلك المسئلة كما لا يخفى على ذي مسكة فالصواب الموافق لقول المصنف في التعليل لانه يشتمل على الضرر في الطرفين الخ أن يقتصر في بيان أصل هذه المسائل على لزوم الضرر لكل واحد من الشركاء ويجعل ذلك مدار العدم الجبر

(وقال أبو حنيفة لا يقسم الرقيق والجواهر) لتفاوتهما (وقال لا يقسم الرقيق) لاتحاد الجنس كافي الا بل والغنم ورقيق الغنم وله أن التفاوت في الأدمى فاحش لتفاوت المعاني الباطنة فصار كالجنس المختلف بخلاف الحيوانات لان التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس ألا ترى أن الذكر والانثى من جنس آدم جنسان ومن الحيوانات جنس واحد بخلاف المغنم لان حق الغنم في المالبسة حتى كان للامام بيعها وقسمة ثمنها وهما يتعلق بالعين والمالبسة جميعاً فافترا وأما الجواهر فقد قيل اذا اختلف الجنس لا يقسم كالألئق والياقوت وقيل لا يقسم البكار منها لكثرة التفاوت ويقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل يجري الجواب على اطلاقه لان جهالة الجواهر أخش من جهالة الرقيق ألا ترى أنه لو تزوج على أولوة أو باقوتة أو خالع عليها لانصح القسمة ويصح ذلك على عبد فأولى أن لا يجبر على القسمة قال (ولا يقسم حمام ولا يتر ولا رحي الا بتراضي الشركاء وكذا الحائض بين الدارين) لانها اشتملت على الضرر في الطرفين اذ لا يبقى كل نصيب منتفعاً به انتفاعاً مقصوداً فلا يقسم القاضي بخلاف التراضي لما بيننا قال

ذلك التعليل الذي ذكره المصنف بقوله لان الحق لهما الى قوله أما القاضي يعتمد اظهار فتأمل (قوله ولا يقسم حمام ولا يتر ولا رحي الا بتراضي الشركاء) قال صاحب العناية والاصل في هذا أن الجبر في القسمة انما يكون عند انتفاء الضرر عنهما بان يبقى نصيب كل منهما بعد القسمة منتفعاً به انتفاع ذلك الجنس وفي قسمة الحمام والبر والرحى ضرر لهما أولاً ولا يقسم الا بالتراضي انتهى أقول بقدر الاصل بهذا الوجه ايسر بسبب ان قد تقرر فيما مر أنه اذا كان أحد الشركاء ينتفع بنصيبه والاخر يستنصر بنصيبه فقلت ان القاضي يقسم بطالب صاحب الكثير فقط على القول الاصح المذكور في الكتاب وبطلب صاحب القليل فقط على ما ذكره على الحصص وبطلب كل واحد منهما على ما ذكره الحاكم الشهيد وعلى كل واحد من الاقوال الثلاثة المذكورة ينتقض ذلك التقدير بتلك المسئلة كما لا يخفى على ذي مسكة فالصواب الموافق لقول المصنف في التعليل لانه يشتمل على الضرر في الطرفين الخ أن يقتصر في بيان أصل هذه المسائل على لزوم الضرر لكل واحد من الشركاء ويجعل ذلك مدار العدم الجبر

والمالبسة فافترا) فان قيل لوتزوج أو خالع على عبد صح فصار كسائر الحيوانات فليكن في القسمة كذلك أجيب بأن القسمة تحتاج الى الافراز ولا يتحقق في القسمة بخلاف ما ذكرتم فانه لا يحتاج اليه (قوله وأما الجواهر الخ) واضح قال (ولا يقسم حمام ولا يتر ولا رحي) والاصل في هذا أن الجبر في القسمة انما يكون عند انتفاء الضرر عنهما بان يبقى نصيب كل منهما بعد القسمة منتفعاً به انتفاع ذلك الجنس وفي قسمة الحمام والبر والرحى ضرر لهما أولاً ولا يقسم الا بالتراضي انتهى أقول بقدر الاصل بهذا الوجه ايسر بسبب ان قد تقرر فيما مر أنه اذا كان أحد الشركاء ينتفع بنصيبه والاخر يستنصر بنصيبه فقلت ان القاضي يقسم بطالب صاحب الكثير فقط على القول الاصح المذكور في الكتاب وبطلب صاحب القليل فقط على ما ذكره على الحصص وبطلب كل واحد منهما على ما ذكره الحاكم الشهيد وعلى كل واحد من الاقوال الثلاثة المذكورة ينتقض ذلك التقدير بتلك المسئلة كما لا يخفى على ذي مسكة فالصواب الموافق لقول المصنف في التعليل لانه يشتمل على الضرر في الطرفين الخ أن يقتصر في بيان أصل هذه المسائل على لزوم الضرر لكل واحد من الشركاء ويجعل ذلك مدار العدم الجبر

(واذا) ولا يتر ولا رحي) والاصل في هذا أن الجبر في القسمة انما يكون عند انتفاء الضرر عنهما بان يبقى نصيب كل منهما بعد القسمة منتفعاً به انتفاع ذلك الجنس وفي قسمة الحمام والبر والرحى ضرر لهما أولاً ولا يقسم الا بالتراضي ومن المشايخ من قال ان القاضي لا يقسم عند الضرر لانه لم ينصب متفلاً لكن لو اقسما لم ينعهما عن ذلك وكلامه واضح وقوله (لما بيننا) اشارة الى ما ذكره في أول هذا الفصل بقوله وان كان كل واحد يستنصر لصغره لم يقسمها الا بتراضيها

(قوله ولا أحدهما) أقول لا يناسب المشروح مع أنه قد سبق انه اذا انتفع أحدهما بنصيبه دون الآخر يقسم بطالب الكثير فلتمام (قوله وقوله لما بيننا اشارة الى ما ذكره في أول هذا الفصل بقوله وان كان كل واحد الخ) أقول بل اشارة الى دليل تلك المسئلة أو الى قوله لان الحق لهما الخ فتأمل



(قوله وإذا كانت دور مشتركة) ههنا ثلاثة فصول الدور والبيوت والمنازل فالدور متلازفة كانت أو متفرقة لا تقسم عنده فسهة واحدة إلا بالتراضي والبيوت تقسم مطلقا لتقاربها في معنى السكنى والمنازل ان كانت مجتمعة في دار واحدة متلازفة بعضها ببعض قسمت فسهة واحدة والافلاسواء كانت في مجال أو في دار واحدة بعضها في أذناها وبعضها في أقصاها لان المنزل فوق البيت دون الدار فالمنازل تتفاوت في معنى السكنى ولكن التفاوت فيها دون التفاوت في الدور فهى تشبه البيوت من وجه والدور من وجه فليشبهها بالبيوت قلنا اذا كانت متلازفة تقسم فسهة واحدة لان التفاوت فيها يقل في مكان واحد وليشبهها بالدور قلنا اذا كانت في أمكنة متفرقة لا تقسم فسهة واحدة وهما في الفصول كلها يقولان ينظر القاضي الى أعدل الوجوه فيمضى القسم على ذلك وقوله (على ما مر) يعني في باب الحقوق من كتاب البيوع (قوله وان كانت دار موضوعة (١٣) أودار وحاطوت الخ) واضح الاما نذكر

انما خص الخصاص بالذكر لان هذه المسئلة لم تذكر في كتاب محمد ولا ذكرها الطحاوى ولا الكرخي رحمه الله وقوله (ان اجارة منافع الدار بالحافوت) أى بمنافع الحافوت لانه لو جعل نفس الحافوت جزءا لمنافع الدار صرح وقوله (أوتبى حرمة الربا هناك) أى في اجارات الاصل (على شبهة المجانسة) يعنى ان كانت منافع الدار ومنافع الحافوت مختلفة رواية واحدة تحمل حرمة الربا هناك على شبهة المجانسة بين منافع الدار والحافوت لاتحاد أصل السكنى المقصود منهما واستشكل كلامه هذا لانه يؤدى الى اعتبار شبهة الشبهة فان الجنس اذا اتحد كان بمنزلة مبادلة الشيء بجنسه نسبة وبالجنس يحرم النساء عندنا كما تقدم

(وإذا كانت دور مشتركة في مصر واحدة قسم كل دار على حدة في قول أبي حنيفة وقالان كان الاصل لهم فسهة بعضها في بعض قسمها) وعلى هذا الخلاف الا فرحة المتفرقة المشتركة لهما انها جنس واحد اسمها وصورة ونظر الى أصل السكنى أجناس معنى نظر الى اختلاف المقاصد ووجوه السكنى فيفوض الترجيح الى القاضي وله أن الاعتبار لاهنى وهو المقصود ويختلف ذلك باختلاف البلدان والمجال والجيران والقرب الى المسجد والماء اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل في القسمة ولهذا لا يجوز التوكيل بشراء دار وكذا التوزيع على دار لانصح التسمية كما هو الحكم فيها في النوب بخلاف الدار الواحدة اذا اختلفت بيوتها لان في قسمة كل بيت على حدة ضررا فقسمت الدار قسمة واحدة قال رضى الله عنه في تقييد الوضع في الكتاب اشارة الى أن الدارين اذا كانتا في مصرين لاجتماعهما في القسمة عندهما وهو رواية هلال عنهما وعن محمد أنه يقسم احدهما في الأخرى والبيوت في محلة أو مجال تقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيما بينهما يسير والمنازل المتلازفة كالبيوت والمتباينة كالدار والبيت على ما مر من قبل فأخذ شهما من كل واحد قال (وان كانت دار موضوعة أودار وحاطوت قسم كل واحد منهما على حدة) لاختلاف الجنس قال رضى الله عنه جعل الدار والحافوت جنسين وكذا ذكر الخصاص وقال في اجارات الاصل ان اجارة منافع الدار بالحافوت لا تجوز وهذا يدل على أنهم جنس واحد فيجعل في المسئلة روايتان أو تبى حرمة الربا هناك على شبهة المجانسة

في القسمة (قوله وان كانت دار موضوعة أودار وحاطوت قسم كل واحد منهما على حدة لاختلاف الجنس) قال المصنف جعل الدار والحافوت جنسين وكذا ذكر الخصاص وقال في اجارات الاصل ان اجارة منافع الدار بالحافوت لا تجوز وهذا يدل على أنهم جنس واحد فيجعل في المسئلة روايتان أو تبى حرمة الربا هناك على شبهة المجانسة واستشكل التوجيه الثانى صاحب الكافي حيث قال وقيل هما مختلفان جنسا رواية واحدة والفساد في شبهة المجانسة باعتبار اتحاد منعهما وهو السكنى كذا ذكره في الهداية وهو مشكل لانه يؤدى الى اعتبار شبهة الشبهة والشبهة هي المتبردة دون النازلة عنها وقد قال شمس الأئمة الحلواني اما أن يكون في المسئلة روايتان أو يكون من مشكلات هذا الكتاب الى هنا كلام صاحب الكافي وأوضح اشكاله صاحب العناية ثم أجاب عنه حيث قال واستشكل كلامه هذا لانه يؤدى الى اعتبار شبهة الشبهة فان الجنس اذا اتحد كان بمنزلة مبادلة الشيء بجنسه نسبة وبالجنس يحرم النساء عندنا كما تقدم وفي ذلك شبهة الربا فاذا اعتبرت شبهة الجنسية كان ذلك اعتبارا للشبهة والشبهة والمعتبر

وفي ذلك شبهة الربا فاذا اعتبرت شبهة الجنسية كان ذلك اعتبارا للشبهة والشبهة والمعتبر الشبهة دون النازل عنها وقد قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله اما أن يكون في المسئلة روايتان أو يكون من مشكلات هذا الكتاب ويمكن أن يقال لا إشكال فيه لان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة به لانه قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة ووجه آخر في التوفيق أن يراد باختلاف الجنس الاختلاف من حيث اختلاف الذات فلا يجوز القسمة الواحدة واتحاد الاتحاد في المنفعة وهى السكنى فتتمتع الاجارة بشبهة الربا

(قوله واستشكل كلامه) أقول هذا في الكافي (قوله ويمكن ان يقال) أقول يعنى في جواب الاستشكال (قوله لان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها) أقول يعنى انها متحدة بالجنس نظر الى أصل السكنى فبى حرمة الربا عليه ومختلفا بالجنس نظر الى اختلاف المقاصد باعتبار ذلك في القسمة فليستأمل

فصل في كيفية القسمة ﴿ لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم بين كيفية القسمة فيما يقسم لان كيفية القسمة صفة فتنبع جواز أصل القسمة الذي هو الموصوف قال (وينبغي للقاسم أن يصور ما يقسمه) اذا شرع القاسم في القسمة ينبغي أن يصور ما يقسمه بأن يكتب على كاغدة ان فلانا نصيبه (١٤) كذا و فلانا نصيبه كذا يمكنه حفظه ان أراد رفع تلك الكاغدة

الى القاضي ليتولى الاقراع  
بينهم بنفسه (و بعدله  
يعنى يسويه على سهام القسمة و يروي بعزله أى  
القسمة و يروي بعزله أى  
يقطعه بالقسمة عن غيره  
و يذره ليعرف قدره  
و يقوم البناء حاجته اليه  
في الاخرة) اذا البناء يقسم  
على حدة فر بما يقع في  
نصيب أحدهم شئ منه  
فيكون عالما بقيمتها (و يفرز  
كل نصيب عن الباقي  
بطر يقه و شره) ان أمكن  
ذلك لينقطع النزاع ويتم  
معنى القسمة (ثم يلقب  
نصيبا بالاول والذي يليه  
بالثاني و الثالث الى أن  
تفرغ السهام و يكتب  
أسماءهم و يخرج القرعة  
فمن خرج اسمه أولا  
الخ) قال الامام جيد  
الدين رجه الله صورته أرض  
بين جماعة لاحدهم سدسها  
والآخر ثلثها والآخر  
نصفها يجعلها ستة أسهم  
و يلقب الجزء الاول بالسهم  
الاول والذي يليه بالثاني  
و الثالث على هذا ثم يكتب  
أسماءهم و يجعلها قرعة  
ثم يلقبها في كسبه فمن خرج  
اسمه أولا فله السهم الاول

فصل في كيفية القسمة ﴿ قال (وينبغي للقاسم أن يصور ما يقسمه) ليمكنه حفظه (و بعدله)  
يعنى يسويه على سهام القسمة و يروي بعزله أى يقطعه بالقسمة عن غيره (و يذره) ليعرف قدره  
(و يقوم البناء) حاجته اليه في الاخرة (و يفرز كل نصيب عن الباقي بطر يقه و شره حتى لا  
يكون نصيب بعضهم بنصيب الآخر تعاق) فتقطع المنازعة و يتحقق معنى القسمة على التمام (ثم  
يلقب نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني و الثالث على هذا ثم يخرج القرعة فمن خرج اسمه أولا فله السهم  
الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني) والاصل أن ينظر في ذلك الى أقل الانصاف حتى اذا كان  
الأقل ثلثا جعلها أثلاثا وان كان سدسا جعلها أسدسا لتمكن القسمة و قد شرعناه مشجعا على  
كفاية المنتهي بتوفيق الله تعالى وقوله في الكتاب و يفرز كل نصيب بطر يقه و شره بيان الانصاف  
فان لم يفعل أولم يمكن جاز على ما نذكره بتفصيله ان شاء الله تعالى

الشبهة دون النازل عنها وقد قال شمس الأئمة الحلواني اما أن يكون في المسئلة روايتان أو يكون من  
مشكلات هذا الكتاب ويمكن أن يقال لا اشكال فيه لان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها  
لانه قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة انتهى كلامه أقول في الجواب خلل اذ لو كان المراد  
بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بنفس المجانسة لما تم التوفيق بين مسئلتنا ومثله اجازات الاصل بقوله  
أوتبني حرمة الربا هناك على شبهة المجانسة اذ يصير مدار مسئلة اجازات الاصل حينئذ على اتحاد الدار  
والخاتون في الجنس ومدار مسئلة على اختلافهما في الجنس قطعاً فتناقضان والمصنف قصد التوفيق  
بذلك فنشأ منه الاشكال المسد كور ثم ان قوله لانه قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة ليس  
بسدديد اذ لم يقع التصريح في اجازات الاصل بان قال جنس واحد ولو وقع كان المراد بالجنس واحد على  
طريق التشبيه البليغ بخلاف أدائه تشبيهه على ما عرفت فلا ينافي القول بشبهة المجانسة كالأجنبي قال  
بعض الفضلاء في تفسيره معنى قول صاحب العناية لان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها يعنى انهما  
متحد الجنس نظرا الى أصل السكنى فتبني حرمة الربا عليه ومختلفا نظر الى اختلاف المقاصد فاعتبر  
ذلك في القسمة فليتنامل انتهى أقول ليس ذلك بمستقيم لان المعنى الذي ذكره مع كونه غير مستفاد  
من عبارة صاحب العناية أصلا لا يصح أن يراد به هنا أما أولا فلانه لا يدفع الاشكال المذكور اذا حاصله  
أن اتحادهما في الجنس غير مقرر بل هناك شبهة الاتحاد والاختلاف في الجنس من جهتين فكان في  
الجنسية شبهة في قول بناء حرمة الربا على ذلك الى اعتبار شبهة الشبهة كما عرفت فيما مر وأما ثانيا فلان  
ما ذكره من اتحاد الجنس نظرا الى أصل السكنى واختلافه نظر الى اختلاف المقاصد متحقق في الدور  
المشتركة في مصر واحد أيضا فبناء على أصل ذلك نطاف بأحنيقة صاحباه هناك فقالا ان كان الاصل  
اهم قسمة بعضهم في بعض قسمها القاضي كما مر في الكتاب فلو كان المراد في مسئلتنا ما ذكرنا وافق  
الامامان بأحنيقة ههنا في وجوب قسمة كل واحد على حدة وانقادهم في هذه المسئلة مع كونه منفهما  
من عدم بيان الخلاف فيها في الكتاب منصوص عليه في البدائع حيث قال فيه أما دار وضيعة أو دار  
وحاتون فلا يجمع بالاجماع بل يقسم كل واحد على حدة لا اختلاف الجنس انتهى

فصل في كيفية القسمة ﴿ لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم شرع في بيان كيفية القسمة فيما  
فان كان ذلك صاحب السدس فله الجزء الاول وان كان صاحب الثلث فله الجزء الاول والذي يليه  
وان كان صاحب النصف فله الجزء الاول والذان يليانه (قوله وقوله في الكتاب) واضح

فصل في كيفية القسمة (قوله ان يكتب على كاغدة الخ) أقول هذا ليس يصلح تفسير التصور ما يقسم كالأجنبي (قوله  
صورته أرض بين جماعة الخ) أقول فيه نقض

قوله (والقرعة لتطيب القلوب) جواب الاستحسان والقياس باباها لانه تعليق الاستحراق بخروج القرعة وذلك قارولها هذا يجوز  
 علماءنا استعمالها في دعوى النسب ودعوى المسال وتعيين المطلقة وان كان تركناها ههنا بالتعامل الظاهر من لدن رسول الله صلى الله عليه  
 وسلم الى يومنا هذا من غير تكبير وليس في معنى القمار لان أصل الاستحراق فيه يتعلق بما يستعمل فيه وأما ما نحن فيه  
 فليس كذلك لان القاسم لو قال أنا عدلت في القسمة فخذ أنت هذا الجانب وأنت هذا الجانب كان مستقيما الأثر عما يتهم في ذلك فيستعمل  
 القرعة لتطيب قلوب الشركاء ونفي تهمه الميل عن نفسه وذلك جائز الأثرى أن زكريا عليه السلام حيث استعمل القرعة مع الاحبار  
 في ضم مريم الى نفسه مع علمه بكونه أحق بها لكون خالته عنده تطيبها القلوبهم قال (ولا يدخل في القسمة الدراهم والدنانير الخ) جماعة  
 في أدبهم عقار طمبو واقسمته وفي أحد الجانبين فضل فأراد أحدهم أن يكون عوض الفضل دراهم وأخر لم يرض بذلك لم تدخل الدراهم  
 في القسمة وان تراضوا أدخلها لانه لا شركة في الدراهم والقسمة فيما فيه الشركة ولانه يفوت التعديل المراد بالقسمة لان أحدهما يصل  
 الى عين العنار ودراهم الآخر في ذمته فدللا يصل اليها وليس يرب ما يصل اليه لرجل في الحال وما يصل معادلة فلا يصار اليه الا عند  
 الضرورة ولهذا ذهب أبو يوسف رحمه الله فيما اذا كان أرض وبناء الى انه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة لانه لا يمكن اعتبار المعادلة الا  
 بالتقويم وأبو حنيفة رحمه الله الى أن الأرض تقسم بالمساحة لانها (١٥) الاصل في المسوحات ثم ردمن وقع البناء

في نصيبه أو من كان نصيبه  
 أجود دراهم على الآخر  
 حتى يساويه فتدخل  
 الدراهم في القسمة ضرورة  
 كالاخ لا ولاية له في المال ثم  
 عليك تسمية الصداق ضرورة  
 التزويج ومحمد رحمه الله  
 الى أنه يرد على شريكه  
 بمقابلة البناء ما يساويه  
 من العرصه فان لم تف  
 العرصه بقيمة البناء  
 فحينئذ يرد الفضل دراهم  
 لان الضرورة تحتقت  
 في هذا القدر فلا يترك

والقرعة لتطيب القلوب واذا حتمه الممل حتى لو عين لكل منهم نصيبا من غير اقراره جاز لانه في معنى  
 القضاء فملك الارام قال (ولا يدخل في القسمة الدراهم والدنانير الا بتراضهم) لانه لا شركة في الدراهم  
 والقسمة من حقوق الاشتراك ولانه يفوت به التعديل في القسمة لان أحدهما يصل الى عين العقار ودراهم  
 الآخر في ذمته ولعلها لا تسلمه (واذا كان أرض وبناء فعن أبي يوسف أنه يقسم كل ذلك على اعتبار  
 القيمة) لانه لا يمكن اعتبار المعادلة الا بالتقويم وعن أبي حنيفة أنه يقسم الأرض بالمساحة لانه هو  
 الاصل في المسوحات ثم ردمن وقع البناء في نصيبه أو من كان نصيبه أجود دراهم على الآخر حتى  
 يساويه فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالاخ لا ولاية له في المال ثم عليك تسمية الصداق ضرورة  
 التزويج وعن محمد أنه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصه واذا بقي فضل ولم يمكن تحقيق  
 التسوية بأن كان لثني العرصه بقيمة البناء فحينئذ يرد الفضل دراهم لان الضرورة في هذا القدر فلا يترك  
 الاصل الاجها وهذا يوافق رواية الاصل قال (فان قسم بينهم ولا حدهم مسيل في نصيب الآخر وطريق  
 لم يشترط في القسمة فان أمكن صرف الطريق والمسيل عنه ليس له أن يستطرق في نصيب الآخر لانه  
 أمكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر

يقسم لان الكيفية صفة تتبع جواز أصل القسمة الذي هو الموصوف (قوله والقرعة لتطيب القلوب  
 واذا حتمه الميل) قال الشراح هذا جواب الاستحسان والقياس باباها لان استعمال القرعة  
 تعليق الاستحراق بخروج القرعة وهو في معنى القمار والقمار حرام ولهذا يجوز علماءنا استعمالها

فلا يجعل لاحده ما على الآخر فضلا من الدراهم وغيرها كذا في بعض الشروح قوله (فان قسم بينهم) يعني ان قسم القسام  
 الدار المشتركة بين الشريكين ولا حدهما مسيل الماء في نصيب الآخر وطريق فلا يتخولوا ما ان يمكن صرف ذلك عنه أولا (فان أمكن  
 فليس له أن يستطرق) وبسبب (في نصيب الآخر) سواء كان ذلك مشروطا في القسمة أو لم يكن (لانه أمكن تحقيق معنى القسمة) وهو  
 الافراز والتمييز (من غير ضرر) بان لا يبقى لكل واحد منهما ما يتعلق بنصيب الآخر بصرف الطريق والمسيل الى غيره فلا تدخل فيه الحقوق  
 وان سرت بخلاف البيع فانها اذا شرطت فيه دخلت لانه أمكن تحقيق معنى البيع وهو التملك مع بقائه هذا يتعلق بملك غيره فلا  
 تدخل الا بالشرط

(قوله وليس في معنى القمار لان أصل الاستحراق فيه) أقول الضمير في قوله فيه راجع الى القمار (قوله الأثرى أن زكريا عليه السلام)  
 أقول الظاهر أن يقال الأثرى الى أن الخ (قوله لانه لا شركة) أقول لتعليل لقوله لم يدخل الدراهم في القسمة (قوله كذا في بعض  
 الشروح) أقول يعني الاتصاف في غاية البيان (قوله سواء كان ذلك مشروطا) أقول بذكر الحقوق (قوله أمكن تحقيق معنى  
 القسمة الى قوله بان لا يبقى لكل واحد منهما ما يتعلق بنصيب الآخر بصرف الطريق الخ) أقول قوله بان متعلق بقوله تحقيق وقوله  
 بصرف الطريق متعلق بقوله لا يبقى (قوله فلا يدخل الا بالشرط) أقول في التفريع نوع تأمل

(وان لم يمكن) فاما أن يشترط ذلك في القسمة أو لافان كان الثاني (فسخت القسمة لانها محتلة لما فيه من الضرورة بقاء الاختلاط فقسأنف وهذا بخلاف البيع) فانه اذا باع داراً أو أرضاً ولا يمكن المشتري من الاستطراق ولا من تسبيل الماء لم تذكر الحقوق فانه لا يفسدان المقصود منه تلك العين وأنه يجامع تعذر الانتفاع في الحال) كالأشترى بحشا صغيرة (وأما القسمة فانه التكميل المنفعة ولا يتم ذلك إلا بالطريق) وان كان الأول يدخل فيها لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسبيل فيدخل عند التنصيص باعتبار التكميل وفيها معنى الافراز وذلك بانقطاع التعلق على ما ذكرنا فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص وتقريره أن في القسمة تكميلاً وافراراً والحقوق بالنظر الى التكميل تدخل (١٦)

(وان لم يمكن فسخت القسمة) لان القسمة محتلة لبقاء الاختلاط فقسأنف بخلاف البيع حيث لا يفسد في هذه الصورة لان المقصود منه تلك العين وأنه يجامع تعذر الانتفاع في الحال أما القسمة لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك إلا بالطريق ولو ذكر الحقوق في الوجه الأول كذلك الجواب لان معنى القسمة الافراز والتمييز وتتمام ذلك بأن لا يبقى لكل واحد تعلق بنصيب الآخر وقد أمكن تحقيقه بصرف الطريق والمسبيل الى غيره من غير ضرر فصار اليه بخلاف البيع اذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق والمسبيل لانه أمكن تحقيق معنى البيع وهو التملك مع بقاء هذا التعلق عما كان غيره وفي الوجه الثاني يدخل فيه لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسبيل فيدخل عند التنصيص باعتباره وفيها معنى الافراز وذلك بانقطاع التعلق على ما ذكرنا فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص لان كل المقصود الانتفاع وذلك لا يحصل الا بدخول الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر (ولو اختلف الشركاء في رفع الطريق بينهم في القسمة ان كان يستقيم لكل واحد طريق يتحققه في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم) لتحقيق الافراز الكلية دونه (وان كان لا يستقيم ذلك رفع طريقين يرفع لجماعتهم) ليحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق (ولو اختلفوا في مقداره جعل على عرض باب الدار وطوله) لان الحاجة تندفع به (والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة) لان القسمة فيما وراء الطريق لافيه (ولو شرطوا ان يكون الطريق بينهما أثلاً ناجاز وان كان أصل الدار نصفين) لان القسمة على التفاضل جائزة بالتراضي

في دعوى النسب ودعوى الملك وتعيين العتق أو المطلقه واكثر كما القياس ههنا بالنسبة والتعامل الظاهر من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير تكبير منكر وليس هذا في معنى القمار لان أصل الاستحقاق في القمار يتعلق بما يستعمل فيه وفيما نحن فيه لا يتعلق أصل الاستحقاق بخروج القرعة لان القاسم لو قال أنا عدلت في القسمة فخذ أنت هذا الجانب وأنت ذلك الجانب كان مستقيماً الأثر بما بينهم في ذلك فيستعمل القرعة لتطيق قلوب الشركاء وفي تهمه المسيل عن نفسه وذلك جائز ألا يرى أن نونس عليه السلام في مثل هذا استعمل القرعة مع أصحاب السفينة كما قال الله تعالى فسأهم فكان من المدحفين وذلك لانه علم أنه هو المقصود ولكن لو ألقى نفسه في الماء بما نسب الى ما لا يليق بالانبياء فاستعمل القرعة لذلك وكذلك ذكره عليه السلام استعمل القرعة مع الأبحار في ضم مريم الى نفسه مع علمه بكونه أحق بها منهم لكونه خالها عنده تطيبها القلوبهم كما قال الله تعالى اذ يلقون أفلامهم أمهم بكفل مريم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرع بين نسائه اذا أراد السفر تطيبها القلوب انتهى كلامهم وعزافي النهاية ومعراج الدرابة هذا التفصيل الى المبسوط أقول بين

الافراز فقلنا يدخل عند التنصيص ولا تدخل عند عدمه اعمالاً للوجهين بقدر الامكان بخلاف الاجارة حيث تدخل فيها بدون التنصيص لان كل المقصود الانتفاع وهو لا يحصل الا بدخول الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر (ولو اختلف الشركاء في رفع الطريق بينهم عن اقسمة) فقال بعضهم لاندع طريقاً مشتركاً كابيننا بل نقسم الكل وقال بعضهم بل ندع بخطر القاضي في حالهم ان كان يستقيم لكل واحد طريق يتحققه في نصيبه قسم الحاكم بغير طريق يترك للجماعة لتحقيق الافراز بالكلية دونه) أي دون رفع الطريق (وان كان لا يستقيم رفع طريقين يرفع لجماعتهم ليحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق ولو اختلفوا في مقداره) أي في سعة الطريق وضيقه وطوله فقال بعضهم يجعل سعة

الطريق أكبر من عرض الباب الاكظم وطوله من الاعلى الى السماء وقال بعضهم غير ذلك (جعل على عرض الباب قال وطوله لان الحاجة تندفع به) فلا فائدة في جعله أعرض من ذلك وفائدة قسمة ما وراء طول الباب من الاعلى هي ان أحد الشركاء اذا أراد أن يشرع جناحاً في نصيبه ان كان فوق طول الباب كان له ذلك لان الهواء فيما زاد على طول الباب مقسوم بينهم فكان بانها على خالص حقه وان كان فيما دون طول الباب يمنع من ذلك لان قدر طوله مشترك بينهم فصار بانها على الهواء المشترك وهو لا يجوز من غير رضا الشركاء وان كان المقسوم أرضاً يرفع من الطريق بمقدار ما يرفع ثور واحد لانه لا بد للزراعة من ذلك ولا يجعل مقدار ما يرفع ثوراً معاً وان كان محتاجاً الى ذلك لانه كما يحتاج الى هذا يحتاج الى العجالة فيؤدي الى ما لا ينهائي كذا في النهاية وباقى كلامه واضح



لان السفلى يصلح لما لا يصلح له العلون حفر البئر واتخاذ السرداب والاصطبل وغيرها فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة ثم اختلف الشيخان في كيفية القسمة بالذرع فقال أبو حنيفة ذراع سفلى بذراعين من علو وقال أبو يوسف ذراع بذراع واحد منهم على عادة أهل عصره أو أهل بلده في تفضيل السفلى على العلو واستواءهما وتفضيل السفلى مرة والعلو أخرى وقيل هو اختلاف معنى ووجه قول أبي حنيفة رحمه الله ان منفعة السفلى تروى على منفعة العلو بضعفه لانها تبقى بعد فوات العلو ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفلى

الوجه المفصل في الكتاب اذ يرتفع الخلاف حينئذ بالكلية فانه يجوز القسمة على وفق تراضيهما على شئ معين كمنها كان بخلاف من أحد الأري أن الدور مطلقا لا تقسم قسمة واحدة عند أبي حنيفة وعند تراضى الشركاء فيما بينهم على تلك القسمة تقسم بها عنده أيضا كما صرحوا به قاطبة وان أريد بالتراضى المذكور تراضيهما على مجرد القسمة بدون تعيين شئ كما هو الظاهر من عبارة النهاية ومعراج الدراية والذخيرة وهى قولهم وإن كانا في دارين فهو محمول على ما اذا تراضيا على القسمة ولكن طلبوا من القاضى المعادلة فيما بينهم لم يفد التقييد بذلك شيئا لانهما إنما تراضيا حينئذ على القسمة العادلة فان كان مذهب أبي حنيفة أن البيوت المتفرقة لا تقسم قسمة واحدة فالظاهر أن وجهه عدم امكان التعديل في قسمة واحدة كما قال في الدور فاذا لم يمكن التعديل فيها فكيف تجوز مجرد تراضيهما على القسمة مع طلب المعادلة فيها وبالجملة لا يرى معنى فقهي قارق بين صدور التصريح بالتراضى على ذلك المعنى منهما وعدم صدوره فامعنى اختلاف جواب المسئلة في الصورتين فتأمل (قوله لمحمد أن السفلى يصلح لما لا يصلح له العلون اتخذ به سترما أو سردابا واصطبلا أو غير ذلك فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة) أقول كان الظاهر في التعليل من قبل محمد أن يراعى قوله ان السفلى يصلح لما لا يصلح له العلو وان العلو يصلح لما لا يصلح له السفلى كدفع ضرر الندى في موضع يكثر فيه الندى واستنشاق الهواء الملائم وغير ذلك فان مجرد صلاحية السفلى لما لا يصلح له العلو بدون العكس تقتضى تفضيل السفلى على العلو مطلقا كما هو مذهب أى حنيفة فلا ينافى تقسيم ذراع من سفلى بذراعين من علو بخلاف تفضيل السفلى مرة وتفضيل العلو أخرى فانه ينافى القسمة بالذرع أصلا يقتضى المصير الى القسمة بالقيمة ليتحقق التعديل وعن هذا قال فيما سأتى ولمحمد أن المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة وقال والفتوى اليوم على قول محمد (قوله قيل أجب كل واحد منهم على عادة أهل عصره أو أهل بلده في تفضيل السفلى على العلو واستواءهما وتفضيل السفلى مرة والعلو أخرى وقيل هو اختلاف معنى) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام واختلف المشايخ بان مبنى هذا الاختلاف اختلاف عادة أهل العصر والبلدان في تفضيل السفلى على العلو والعكس من ذلك أو استواءهما وهو معنى فقهي فقال بعضهم أجب كل منهم على عادة أهل عصره أجب أبو حنيفة بناء على ما شاهد من أهل الكوفة في اختيار السفلى على العلو وأبو يوسف بناء على ما شاهد من أهل بغداد في التسوية بين العلو والسفلى في منفعة السكنى ومحمد بناء على ما شاهد من اختلاف العادات في البلدان من تفضيل السفلى مرة والعلو أخرى وقال بعضهم بل مبناه معنى فقهي ووجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن منفعة السفلى تروى على منفعة العلو بضعفه لانها تبقى بعد فوات العلو دون العكس (قوله أو هو معنى فقهي) أقول معطوف على قوله اختلاف عادة أهل عصر

لمحمد أن السفلى يصلح لما لا يصلح له العلون اتخذ به سترما أو سردابا واصطبلا أو غير ذلك فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة وهما يقولان ان القسمة بالذرع هى الاصل لان الشركة في المذرع والى القيمة فيصار اليه ما أمكن والمرعى التسوية في السكنى لافى المرافق ثم اختلفا فيما بينهما في كيفية القسمة بالذرع فقال أبو حنيفة رحمه الله ذراع من سفلى بذراعين من علو وقال أبو يوسف رحمه الله ذراع بذراع قيل أجب كل واحد منهم على عادة أهل عصره أو أهل بلده في تفضيل السفلى على العلو واستواءهما وتفضيل السفلى مرة والعلو أخرى وقيل هو اختلاف معنى ووجه قول أبي حنيفة رحمه الله ان منفعة السفلى تروى على منفعة العلو بضعفه لانها تبقى بعد فوات العلو ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفلى

الوجه المفصل في الكتاب اذ يرتفع الخلاف حينئذ بالكلية فانه يجوز القسمة على وفق تراضيهما على شئ معين كمنها كان بخلاف من أحد الأري أن الدور مطلقا لا تقسم قسمة واحدة عند أبي حنيفة وعند تراضى الشركاء فيما بينهم على تلك القسمة تقسم بها عنده أيضا كما صرحوا به قاطبة وان أريد بالتراضى المذكور تراضيهما على مجرد القسمة بدون تعيين شئ كما هو الظاهر من عبارة النهاية ومعراج الدراية والذخيرة وهى قولهم وإن كانا في دارين فهو محمول على ما اذا تراضيا على القسمة ولكن طلبوا من القاضى المعادلة فيما بينهم لم يفد التقييد بذلك شيئا لانهما إنما تراضيا حينئذ على القسمة العادلة فان كان مذهب أبي حنيفة أن البيوت المتفرقة لا تقسم قسمة واحدة فالظاهر أن وجهه عدم امكان التعديل في قسمة واحدة كما قال في الدور فاذا لم يمكن التعديل فيها فكيف تجوز مجرد تراضيهما على القسمة مع طلب المعادلة فيها وبالجملة لا يرى معنى فقهي قارق بين صدور التصريح بالتراضى على ذلك المعنى منهما وعدم صدوره فامعنى اختلاف جواب المسئلة في الصورتين فتأمل (قوله لمحمد أن السفلى يصلح لما لا يصلح له العلون اتخذ به سترما أو سردابا واصطبلا أو غير ذلك فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة) أقول كان الظاهر في التعليل من قبل محمد أن يراعى قوله ان السفلى يصلح لما لا يصلح له العلو وان العلو يصلح لما لا يصلح له السفلى كدفع ضرر الندى في موضع يكثر فيه الندى واستنشاق الهواء الملائم وغير ذلك فان مجرد صلاحية السفلى لما لا يصلح له العلو بدون العكس تقتضى تفضيل السفلى على العلو مطلقا كما هو مذهب أى حنيفة فلا ينافى تقسيم ذراع من سفلى بذراعين من علو بخلاف تفضيل السفلى مرة وتفضيل العلو أخرى فانه ينافى القسمة بالذرع أصلا يقتضى المصير الى القسمة بالقيمة ليتحقق التعديل وعن هذا قال فيما سأتى ولمحمد أن المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة وقال والفتوى اليوم على قول محمد (قوله قيل أجب كل واحد منهم على عادة أهل عصره أو أهل بلده في تفضيل السفلى على العلو واستواءهما وتفضيل السفلى مرة والعلو أخرى وقيل هو اختلاف معنى) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام واختلف المشايخ بان مبنى هذا الاختلاف اختلاف عادة أهل العصر والبلدان في تفضيل السفلى على العلو والعكس من ذلك أو استواءهما وهو معنى فقهي فقال بعضهم أجب كل منهم على عادة أهل عصره أجب أبو حنيفة بناء على ما شاهد من أهل الكوفة في اختيار السفلى على العلو وأبو يوسف بناء على ما شاهد من أهل بغداد في التسوية بين العلو والسفلى في منفعة السكنى ومحمد بناء على ما شاهد من اختلاف العادات في البلدان من تفضيل السفلى مرة والعلو أخرى وقال بعضهم بل مبناه معنى فقهي ووجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن منفعة السفلى تروى على منفعة العلو بضعفه لانها تبقى بعد فوات العلو دون العكس (قوله أو هو معنى فقهي) أقول معطوف على قوله اختلاف عادة أهل عصر

وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو منفعة السكنى لا غير اذ لا يمكنه البناء على علوه الا برضا صاحب السفلى فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفلى ولا يوسف رجه الله أن المقصود أصل السكنى وهما يتساويان فيه والمنفعتان مماثلتان لان لكل واحد منهما أن يفعل ما لا يضر بالآخر على أصله ولحمده رجه الله أن المنفعة تختلف باختلاف (١٩) الحروا البرد بالاضافة اليهما فلا يمكن التعديل

الا بالقيمة وقوله لا يقتصر الى التفسير وتفسير قول أبي حنيفة رجه الله في مسألة الكتاب أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلاث ذراع من البيت الكامل لان العلو عنده مثل نصف السفلى فتلاثة وثلاثون وثلاث من العلو الكامل في مقابلة مثله من العلو المجرد وثلاثة وثلاثون وثلاث من السفلى الكامل في مقابلة ستة وستين وثلاثين من العلو المجرد فذلك تمام مائة ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفلى المجرد ستة وستون وثلاث ذراع من البيت الكامل لان علوه مثل نصف سفله ستة وستون وثلاث من السفلى الكامل بمقابلة مثله من السفلى المجرد ستة وستون وثلاث من علو الكامل في مقابلة ثلاثة وثلاثين وثلاث ذراع من السفلى المجرد فذلك تمام مائة وتفسير قول أبي يوسف رجه الله ظاهر على ما ذكر في الكتاب (قال المصنف وكذا السفلى فيه منفعة البناء والسكنى) أقول يخالف لقوله والمراعى التسوية

وكذا السفلى فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير اذ لا يمكنه البناء على علوه الا برضا صاحب السفلى فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفلى ولا يوسف أن المقصود أصل السكنى وهما يتساويان فيه والمنفعتان مماثلتان لان لكل واحد منهما أن يفعل ما لا يضر بالآخر على أصله ولحمده أن المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة والفتوى اليوم على قول حمده رجه الله وقوله لا يقتصر الى التفسير وتفسير قول أبي حنيفة رجه الله في مسألة الكتاب أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلاث ذراع من البيت الكامل لان العلو مثل نصف السفلى فتلاثة وثلاثون وثلاث من السفلى الكامل ستة وستون وثلاث ذراع من العلو المجرد ومعه ثلاثة وثلاثون وثلاث ذراع من العلو تبلغ مائة ذراع تساوى مائة من العلو المجرد ويجعل بمقابلة مائة ذراع من البيت الكامل ستة وستون وثلاث ذراع لان علوه مثل نصف سفله تبلغ مائة ذراع كما ذكرنا والسفلى المجرد ستة وستون وثلاث لان منصف العلو فيجعل بمقابلة مثله وتفسير قول أبي يوسف أن يجعل بازاء خمسين ذراعاً من البيت الكامل مائة ذراع من السفلى المجرد مائة ذراع من العلو المجرد لان السفلى والعلو عنده سواء فمستون ذراعاً من البيت الكامل بمئة ذراعاً خمسون منها سفلى وخمسون منها علو

تفصيل السفلى على العلو واستوائهما وتفصيل السفلى مرة والعلو أخرى فأصاب المحرر في افادته عين المذهب الثلاثة الواقعة في الاختلاف المذكور كما ترى (قوله وكذا السفلى فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير) قال بعض الفضلاء هذا مخالف لقوله والمراعى التسوية في السكنى لا المرافق الا أن يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة وهو غير ظاهر اه أقول ليس ذلك بسديد أما أولاً فلان معنى قوله فيما مر والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق أن المراعى في نفس القسمة بالذرع التي هي الاصل التسوية في السكنى لا في المرافق اذا الاتحاد في الجنس يحصل بالاتحاد في منفعة السكنى بدون الاحتياج الى الاتحاد في المرافق فيصير الى ما هو الاصل عند الاتحاد في الجنس من قسمة العين دون القيمة ومراة ههنا بقوله وكذا السفلى فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير بيان مراعاة منفعة غير السكنى أيضا في كيفية القسمة عند أبي حنيفة وهي ذراع من سفلى بذراعين من علو ولا بعد في أن يراعى في كيفية القسمة بالذرع ما يراعى في نفس القسمة بالذرع فان نفس القسمة بالذرع قد تحقق منفعة عن تلك الكيفية كما في قسمة البيت السفلى فقط أو العلوى فقط فلا مخالفة بين الكلامين في المقامين كما لا يخفى وأما ثانياً فإنه لا معنى لقوله الا أن يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة فان المذكور فيما مر بقوله والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق انما هو قول أبي حنيفة وأبي يوسف والمذكور ههنا بقوله وكذا السفلى فيه منفعة السكنى الى آخره انما هو وجه قول أبي حنيفة وحده وما ذكره محمد معزل عن ذنبك القولين معا فلان تأثير الفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة في دفع المخالفة بينهما كما ادعاهما على أن قوله وهو غير ظاهر ليس بصحيح اذ لا شك في ظهور الفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة كما ترى (قوله ولا يوسف أن المقصود أصل السكنى) أقول حق التحرير أن أصل المقصود هو السكنى وهذا ظاهر للفطن المتدبر في المقام (قوله والسفلى المجرد ستة وستون وثلاث لان منصف العلو فيجعل بمقابلة مثله) قال بعض الفضلاء

في السكنى لا في المرافق الا أن يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة وهو غير ظاهر (قوله في السفلى المجرد) أقول الظاهر أن يقال من السفلى (قال المصنف والسفلى المجرد ستة وستون الخ) أقول قوله والسفلى المجرد الخ مستدرك لا حاجة اليه كما لا يخفى

(قوله واذا اختلف المتقاسمون) فقال به ضمهم بهض نصبي في يد صاحبي (وشهد القاسمان قبلت شهادتهما) ذكره القدوري ولم يذكر خلافا  
 وكأنه مال الى قول الخصاص فانه ذكر قول (٣٠) محمد كقولهما وقوله اولانه أي التمييز لا يصلح مشهودا به لما

قال (واذا اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما) قال رضي الله عنه هذا الذي ذكره  
 قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا تقبل وهو قول أبي يوسف وأولاه قال الشافعي وذكر  
 الخصاص قول محمد مع قولهما وقاسما القاضي وغيرهما سواء لمحمد أنهما أشهدا على فعل أنفسهما  
 فلا تقبل كن عاق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله ولهما أنهما شهدا على فعل غيرهما  
 وهو الاستيفاء والقبض لا على فعل أنفسهما لان فعلهما التمييز ولا حاجة الى الشهادة عليه أولانه  
 لا يصلح مشهودا به لما أنه غير لازم وانما يلزمه بالقبض والاستيفاء وهو فعل الغير فتقبل الشهادة عليه  
 وقال الطحاوي اذا قسما بأجر لا تقبل الشهاد بالاجماع واليه مال بعض المشايخ لانهم ما يدعيان  
 ابقاء عمل استؤجر عليه فكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا تقبل الا ان يقول هما  
 لا يجران به هذه الشهادة الى أنفسهما مغتالا لئلا ينفق الخصوم على ابقائهما العمل المستأجر عليه وهو  
 التمييز وانما الاختلاف في الاستيفاء فانفتت التهمة (ولو شهد فامم واحدا لا تقبل) لان شهادة الفرد  
 غير مقبولة على الغير ولو أمر القاضي أمينة بدفع المال الى آخر يقبل قول الامين في دفع الضمان عن  
 نفسه ولا يقبل في الزام الاخر اذا كان منكرا والله أعلم

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

قال (واذا ادعى أحدهم الغلط وزعم أن مما أصابه شيئا في يد صاحبه وقد أشهد على نفسه بالاستيفاء  
 لم يصدق على ذلك الابينة) لانه يدعى فسح القسمة بعد وقوعها فلا يصدق الاجبة  
 قوله والسفل المجرى الى آخره مستدركا لاجابة اله كما لا يخفى انتهى أقول دعوى استدراكها بالكلية  
 خروج عن دائرة الانصاف فان قوله فيما قبل لان العلو مثل نصف السفلى ليس ببيان كامل لقوله  
 ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفلى المجرى من البيت الكامل ستة وستون وثلاثا ذراع وانما يكمل البيان  
 بقوله والسفل المجرى الى سفلى البيت الكامل ستة وستون وثلاثا لانه ضعف العلو فيجعل بمقابلة مثله  
 أي بمقابلة مثله من السفلى المجرى الذي لا علو عليه أصلا نعم حق البيان أن يؤخر قوله فبلغت مائة ذراع  
 كذا كرنا على قوله فيجعل بمقابلة مثله تبصر تفهم

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

لما كان دعوى الغلط والاستحقاق من العوارض التي عسى أن تقع وأن لا تقع أخذ كرها قال صاحب  
 العناية أخذنا من غاية البيان والاصل في هذا الباب أن الاختلاف اما أن يكون في مقدار ما حصل  
 بالقسمة أو في أمر بعد القسمة فان كان الاول مخالفا ونفسح القسمة ان لم يكن في دعواه متناقضا وان كان  
 الثاني فكفه البينة على المدعي واليمين على من أنكر اه واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه  
 بحث فانهم اذا اختلفوا في التقويم والقسمة بالتراضي أو بقضاء القاضي والغبن يسير لا يخالف فيه ولا  
 بينة ولا يمين كما يجي وانتهى أقول ذلك مندفع فان الظاهر أن المقسم في الاصل المزبور هو الاختلاف  
 الملتفت اليه المعترف في الشرع وما ذكره ذلك المعارض من الصورتين وهما الاختلاف في التقويم فيما  
 اذا كانت القسمة بالتراضي والاختلاف فيه فيما اذا كانت بقضاء القاضي ولكن الغبن يسير خارج  
 عن المقسم المذكور لعدم الالتفات اليه في الشرع كما يجي فلا يرد به النقض على شيء من القسمين

أنه غير لازم قبل لان  
 الرجوع صحيح قبل القبض  
 وهو صحيح اذا كانت القسمة  
 بتراضيها أما اذا كان القاضي  
 أو نائبه بقسم فليس لبعض  
 الشركة أن يأنى ذلك بعد  
 خروج بعض السهام  
 والباقي واضح

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

لما كان دعوى الغلط  
 والاستحقاق من عوارض  
 القسمة أخذ كرها والاصل  
 في هذا الباب أن  
 الاختلاف اما أن يكون  
 في مقدار ما حصل بالقسمة  
 أو في أمر بعد القسمة فان  
 كان الاول مخالفا ونفسح  
 القسمة ان لم يكن في دعواه  
 متناقضا وان كان الثاني  
 فكفه البينة على المدعي  
 واليمين على من أنكر  
 فعلى هذا اذا ادعى  
 أحدهما الغلط في القسمة  
 وزعم أن مما أصابه شيئا  
 في يد صاحبه وقد أشهد  
 على نفسه بالاستيفاء لم  
 يصدق على ذلك الابينة  
 لانه يدعى فسح القسمة  
 بعد وقوعها فلا يصدق  
 الاجبة كالمشترى اذا  
 ادعى لنفسه خيار الشرط  
 فان أقامها فقد تورد دعواها

(فان)

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق

(قوله فان كان الاول مخالفا الخ) أقول وفيه بحث فانهم اذا اختلفوا في التقويم والقسمة بالتراضي أو بقضاء القاضي والغبن يسير  
 لا يخالف فيه ولا بينة ولا يمين كما يجي



(فان لم يكن له بينة استخلف الشركاء فمن نكل منهم جمع بين نصيب النا كل والمدعى فيقسم بينهما على قدر انصابتهم لان النكول حجة في حقه خاصة فيعاملان على زعمهما فالرضى الله عنه ينبغي أن لا تقبل دعواه أصلا لتناقضه واليه أشار من بعد (وان قال قد استوفيت حقي وأخذت بعضه قال قول قول خصمه مع يمينه) لانه يدعى عليه الغصب وهو منكر (وان قال أصابني الى موضع كذا فلم يسلمه الى ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه محالفاً فسخت القسمة)

المذكورين في الاصل المزبور (قوله فان لم تكن له بينة استخلف الشركاء) لانهم لو اقرروا الزمهم فاذا أنكروا استخلفوا لرجاء النكول كذا في الكافي وعامة الشروح وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال لوضح هذا دل على وجوب تخليف المقر له اذا ادعى المقر أنه كذب في اقراره مع أنه لا تخليف عليه عند أبي حنيفة ومحمد انتهى أقول ليس ذلك بوارداً فقد تقرر في كتاب الاقرار أن حكم الاقرار ظهور المقر به بلا تصديق من المقر له الا في نسب الولاد ونحوه ولكن برّد الاقرار برّد المقر له الا بعد تصديقه فانه لا يرد حينئذ أصلاً فاذا تقرر ذلك فادعاء المقر أنه كذب في اقراره ان كان بعد تصديق المقر له اياه في اقراره لا يدل ما ذكرناه هنا على وجوب تخليف المقر له هناك اذ لا يتشبه فيه أن يقال لو اقر المقر له بكذب المقر في اقراره بعد تصديقه اياه في اقراره لزمه ذلك فان الاقرار لما لم يرد بعد تصديق المقر له لم يلزم المقر له بعد ذلك شيء باقراره بكذب المقر في اقراره والالزام أن يرد الاقرار الاول برّد المقر له ذلك بعد تصديقه اياه وان كان ذلك الادعاء قبل تصديق المقر في اقراره فلا يدل ما ذكرناه هنا أيضاً على ذلك فانه يتشبه فيه أن يقال لو اقر المقر له بكذب المقر في اقراره لزمه ذلك ولكن لا يتشبه فيه أن يقال فاذا أنكروا استخلف كما قالوا فيما نحن فيه لانه اذا أنكروا ذلك كان مصداقاً له في اقراره لان انكار كذبه في اقراره يقتضى تصديقه في اقراره فبعد ذلك لا يقبل الاقرار الدفلاً فائدة في استحلافه ولذلك لم يجب تخليف المقر له هناك عند أبي حنيفة ومحمد بخلاف ما نحن فيه تأمل فيما قلنا فاعلم فيه دقة ثم أقول لكن بقي فيما ذكرنا وهو أن قولهم لرجاء النكول في قولهم فاذا أنكروا استخلفوا لرجاء النكول انما يرتبط بما قبله على قول من قال ان النكول اقرار وأما على قول من قال انه بديل لا اقرار كاذب اليه أبو حنيفة على ما عرف في كتاب الدعوى مفصلاً فانه اذا لم يكن اقراراً الا يلزم من لزوم اقرارهم لو اقرروا وجوب استخلافهم اذا أنكروا لرجاء النكول فلا يرتبط آخر كلامهم بأوله كما لا يخفى على الفطن (قوله قال رضى الله عنه ينبغي أن لا تقبل دعواه أصلاً لتناقضه) قال صدر الشريعة في شرح الوقاية بعد نقل هذا عن الهداية وفي المسوط وفي فتاوى قاضيان ما يؤيد هذا وقال وجه رواية المتن أنه اعتمد على فعل القاسم في اقراره باستيفائه حقه ثم لما تأمل حق التأمل ظهر الغلط في فعله فلا يؤخذ بذلك الاقرار عند ظهور الحق انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل ما ذكره صدر الشريعة وفيه بحث فان مثل هذا لاقراران كان مانعاً عن صحة الدعوى لانه لا يسمع البينة لا بتناؤه على صحة الدعوى وان لم يكن مانعاً ينبغي أن يتحالفا أقول يمكن أن يقال انه ليس بمانع عن صحة الدعوى ولا ينبغي أن يتحالفا بناء على ما حققه صاحب الذخيرة حيث قال وأما دعوى الغلط في مقدار الواجب بالقسمة فنوعان نوع يوجب التحالف ونوع لا يوجب التحالف والذي يوجب التحالف أن يدعى الغلط في مقدار الواجب بالقسمة على وجه لا يكون مدعياً الغصب بدعوى الغلط والذي لا يوجب التحالف أن يدعى الغلط في مقدار الواجب بالقسمة على وجه يكون مدعياً الغصب بدعوى الغلط وقال في التسوع الاول وانما يوجب التحالف لان القسمة في معنى البيع وفي البيع اذا وقع الاختلاف في مقدار المعقود عليه يتحالفان اذا كان قائماً فكذا في القسمة وقال هذا اذا لم يسبق منهما اقرار باستيفاء الحق وأما اذا سبق لا يسمع دعوى الغلط الا من حيث الغصب وقال في التسوع

عليه ومن نكل جمع بين نصيبه ونصيب المدعى كما ذكر في الكتاب ولا تخالف لوجود التناقض في دعواه قال المصنف رحمه الله (ينبغي أن لا يقبل دعواه أصلاً) يعني وان أطم البينة لتناقضه لانه اذا أشهد على نفسه أي أقر بالاستيفاء والاستيفاء عبارة عن قبض الحق بكامله كان الدعوى بعد ذلك تناقضا قوله (واليه أشار من بعد) يريد قوله وان قال أصابني الى موضع كذا فلم يسلمه الى ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه محالفاً فسخت القسمة

(قوله وان عجز عنها استخلف الشركاء لانهم لو اقرروا الزمهم الخ) أقول لوضح دل على وجوب تخليف المقر له اذا ادعى المقر أنه كذب في اقراره مع أنه لا تخليف عليه عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله (قال المصنف ينبغي أن لا يقبل دعواه) أقول قال صدر الشريعة في شرح الوقاية وفي المسوط وفي فتاوى قاضيان ما يؤيد هذا وقال وجه رواية المتن أنه اعتمد على فعل القاسم في اقراره باستيفائه حقه ثم لما تأمل حق التأمل ظهر الغلط في فعله فلا يؤخذ بذلك الاقرار عند ظهور الحق انتهى وفيه بحث

فان مثل هذا الاقراران كان مانعاً عن صحة الدعوى لانه لا يسمع البينة لا بتناؤه على صحة الدعوى وان لم يكن مانعاً ينبغي أن يتحالفا

لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة نصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع ووجه الاشارة أن هذا المعنى قد وجد في الصورة الاولى ولا تحالف فيها ولا سبب له سوى كون التناقض مانعا للصحة الدعوى واذا كان التناقض موجودا ووجب أن لا تقبل دعواه أصلا وان قال قد استوفيت حتى وأخذت بغضه (٢٢) وعجز عن اقامة البينة فاقول قول خصمه مع يمينه لانه يدعي عليه الغصب

وان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة نصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا من أحكام التحالف فيما تقدم (ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت اليه) لانه دعوى الغبن ولا معتبر به في المبيع فكذا في القسمة لو جود التراضي الا اذا كانت القسمة بقضاء القاضي والغبن فاحش) لان تصرفه مقيس بالعدل (ولو اقسما دارا و اصاب كل واحد طائفة فادعى أحدهما يبتا في يد الآخر انه ما اصابه بالقسمة وأنكر الآخر فعليه اقامة البينة) لما قلنا

الثاني اذا كان يجب التحالف باعتبار اختلافهما في مقدار الواجب بالقسمة كما في النوع الاول فباعتبار دعوى الغصب لا يجب التحالف كما في سائر المواضع والتحالف أمر عرفي بخلاف القياس فاذا ووجب من وجه دون وجه لا يجب انتهى فتلخص منه وجه عدم وجوب التحالف فيما اذا أشهد على نفسه بالاستيفاء مع استماع دعواه كما وقع في متن الكتاب فحصل به الجواب عن بحث ذلك القائل قطعاً بل حصل به الجواب عما قاله صاحب الهداية أيضا من غير حاجة الى التكلف الذي ذكره صدر الشريعة لان دعوى الغلط على وجه يتضمن دعوى الغصب بعد الاستيفاء كما هو النوع الثاني من النوعين المذكورين في الذخيرة لا يناقض الاقرار باستيفاء حقه من قبل كما لا يخفى على المتأمل (قوله لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة نصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا من أحكام التحالف فيما تقدم) أقول فيه بحث وهو أن ما تقدم في باب التحالف من كتاب الدعوى هو أن التحالف فيما اذا اختلف المتبايعان في المبيع قبل القبض على وفاق القياس لان أحدا المتبايعين يدعي الزيادة والآخر ينكرها وان الآخر يدعي وجوب تسليم البديل بما قاله وأحدهما ينكره فصار كل واحد منهم مانكرا فيحلف وأما بعد القبض فتحالف للقياس لان القابض منهم لا يدعي شيئا حتى ينكره الآخر فيحلف عليه لكننا عرفنا التحالف فيه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها نحا القباوترا اذا اقرر ذلك ففيما نحن فيه أحد الشرهين قابض نصيبه فانه ذو اليد ولا يدعي على الآخر شيئا وانما يدعي الآخر عليه بعض ما في يده فكان التحالف فيه مخالفا للقياس ولا مجال لأجراء النص المزبور هنا لا بطريق القياس لان ذلك النص كان واردا في البيع على خلاف القياس وقد تقرر عندهم أن ما يرد على خلاف القياس يختص بمورده ولا بطريق دلالة النص لان القسمة ليست في معنى البيع من كل وجه اذ فيها معنى الاقرار والمبادلة معا كما مر في صدر كتاب القسمة والبيع مبادلة محضة ليس فيه معنى الاقرار ولا بد في الاطلاق بطريق الدلالة من الاولوية أو التساوي على ما عرف في موضعه ولم يوجد شيء منهما هنا فلينأمل في الدفع (قوله ولو اقسما دارا و اصاب كل واحد طائفة فادعى أحدهما يبتا في يد الآخر انه ما اصابه بالقسمة وأنكر الآخر فعليه اقامة البينة) لما قلنا قال في العنابة قوله لما قلنا اشارة الى قوله لم يصدق على ذلك الابينة لانه يدعي فسح القسمة بعد وقوعها انتهى واستشكله بعض الفضلاء حيث قال فسح القسمة ليس بظاهر فان المدعى شيء معين وهو البيت فاذا نورد دعواه بالبينة يحكم بالبيت للدعي انتهى أقول الظاهر أن المراد بفسح القسمة في قوله لانه يدعي فسح القسمة بعد وقوعها فسح القسمة المعانسة حال الخصومة الدالة في الظاهر على كون ذلك البيت في نصيب ذي اليد لا فسح القسمة عن أصلها والاستئناف بقسمة أخرى حتى ينافي ما سيجي في الفصل الآتي من

وهو ينكر ولو اختلفا في التقويم فلا يخلو اما أن يكون يسيرا أو فاحشا لا يدخل تحت تقويم المقومين فان كان الاول لم يلتفت الى دعواه سواء كانت القسمة بالتراضي أو بقضاء القاضي لان الاحتراز عن مثله عسر جدا وان كان الثاني فان كانت القسمة بقضاء القاضي فسخت لان الرضا منهم لم يوجد وتصرف القاضي مقيد بالعدل ولم يوجد وان كانت بالتراضي لم يذكره محمد رحمه الله وحكي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني رحمه الله انه كان يقول لقائل أن يقول لا تسمع هذه الدعوى لان القسمة في معنى البيع ودعوى الغبن فيه من المالك لا توجب نقضه أما البيع من غير المالك فانه ينقض بالغبن الفاحش كبيع الاب والوصى وقائل أن يقول تسمع هذه الدعوى لان المعادلة شرط في القسمة والتعديل في الاشياء المتفاوتة يكون من حيث القيمة فاذا ظهر في القيمة غبن فاحش فان شرط جواز القسمة

فيجب نقضها والصدور التمهيد حاشا م الدين رحمه الله كان يأخذ بالقول الاول وهو مختار المصنف رحمه الله وبعض المشايخ لما رجحهم الله كانوا يأخذون بالقول الثاني قوله (ولو اقسما دارا) هو عين مسألة أول الباب لكن أعادها زيادة بيان وقوله (لما قلنا) اشارة (قوله ووجه الاشارة أن هذا المعنى الخ) أقول بل وجه الاشارة أنه فهم من تفهيد المسئلة بقوله ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء أنه ان أشهد لا يتحالفان على ما هو المقرر في الروايات لان دعواه لم تصح للتناقض فاذا منع التناقض التحالف يمنع قبول الدعوى أيضا تأمل

الى قوله لم يصدق على ذلك الايبنة لانه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها وقوله (وكذا اذا اختلفا في الحدود) قبل صورته دارا قسمه  
رجلان فأصاب أحدهما جانب منه وفي طرف حده بيت في يد صاحبه وأصاب الآخر جانب وفي طرف حده بيت في يد صاحبه  
فادعى كل واحد منهما أن البيت الذي في يد صاحبه داخل في حده وأما اليبنة يقضى لكل واحد بالجزء الذي في يد صاحبه لما بينا  
يعنى قوله لانه خارج وبيته الخارج ترجع على بيته ذى اليد والباقي واضح

﴿فصل﴾ لما فرغ من بيان الغلط بين الاستحقاق (واذا استحق بعض نصيب أحدهما) ههنا ثلاثة أوجه استحقاق بعض معين في  
أحد النصيبين أو فهم ما جبهوا واستحقاق بعض شائع في النصيبين واستحقاق بعض شائع في أحد النصيبين في الاول لا تفسخ القسمة  
بالاتفاق وفي الثاني تفسخ بالاتفاق وفي الثالث لم تفسخ عند أبي حنيفة رحمه الله ولكن يخيران شاء رجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه  
وان شاء رد ما بقي واقسم نانيا وقال أبو يوسف رحمه الله تفسخ ومحمد مع أبي يوسف على رواية أبي سليمان ومع أبي حنيفة على رواية  
أبي حفص وهو الصحيح وصورة المسئلة أن أخذ أحدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتها سواء بان تكون قيمة  
الدار ألفا ومائتي درهم مثلا وقيمة الثلث المقدم ستمائة درهم وقيمة ما بقي مثله ثم استحق نصف الثلث المقدم فعندهما ان شاء نقض القسمة  
دفع العيب التشقيص وان شاء رجع على صاحبه ربع ما في يده لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده وقيمته ثلاثمائة فاذا  
استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع وقيمته مائة وخمسون اعتبارا للجزء (٣٣) بالكل فيصير في يد كل من الشريكين

أربعمائة درهم وخمسون  
درهما والمجموع تسعمائة  
وهو ثلاثة أرباع ألف  
ومائتين قال المصنف  
رحمه الله (ذكر الاختلاف)  
يعنى القدرى رحمه الله في  
استحقاق بعض بعينه  
وهكذا ذكر في الاسرار أن  
الاختلاف في استحقاق  
بعض معين من نصيب  
أحدهما قال صاحب  
النهاية رحمه الله وصفة  
الحالة هذه الى الاسرار وقعت  
سواء لان هذه المسئلة  
مذكورة في الاسرار في

(وان أقاما اليبنة يؤخذ بيبنة المدعى) لانه خارج وبيته الخارج ترجع على بيته ذى اليد (وان  
كان قبل الشهادة على القبض تحالفا وترادا وكذا اذا اختلفا في الحدود وأقاما اليبنة يقضى لكل واحد  
بالجزء الذى هو في يد صاحبه) لما بينا (وان قامت لاحدهما ييبنة قضى له وان لم تقم لواحد منهما تحالفا)  
كما في البيع

﴿فصل﴾ قال (واذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند أبي حنيفة ورجع بحصة  
ذلك في نصيب صاحبه وقال أبو يوسف تفسخ القسمة) قال رضى الله عنه ذكر الاختلاف في استحقاق  
بعض بعينه وهكذا ذكر في الاسرار والصحيح ان الاختلاف في استحقاق بعض شائع من نصيب أحدهما  
فأما في استحقاق بعض معين لا تفسخ القسمة بالاجماع ولو استحق بعض شائع في الكل تفسخ بالاتفاق فهذه  
ثلاثة أوجه ولم يذكروا محمد وذكره أبو سليمان مع أبي يوسف وأبو حفص مع أبي حنيفة وهو الاصح  
أنه اذا استحق بعض معين من نصيب أحدهما لا تفسخ القسمة بالاجماع في الصحيح وتحقق فسخ القسمة  
بالمعنى الاول فيما نحن فيه اذا نورد عواها باليبنة ظاهر لا يخفى

﴿فصل﴾ لما فرغ من بيان الغلط شرخ في بيان الاستحقاق (قوله قال رضى الله عنه ذكر الاختلاف  
في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الاسرار) أى قال المصنف ذكر القدرى الاختلاف بين أبي

الشائع وضعا وتعليل من الجانبين وتكرار بلفظ الشائع غير مرة وأقول وفي قوله ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه أيضا  
نظر فان قول القدرى واذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه ليس بنص في ذلك لجواز أن يكون قوله بعينه متعلقا بنصيب أحدهما

(قوله لانه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها) أقول فسخ القسمة ليس بظاهر فان المدعى شئ معين وهو البيت فاذا نورد عواها باليبنة  
يحكم بالبيت للمدعى

﴿فصل﴾ واذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه ﴿قوله في الاول الى قوله وفي الثالث﴾ أقول أراد بالاول قوله استحقاق بعض معين  
وأراد بالثاني قوله واستحقاق بعض شائع في النصيبين وأراد بالثالث قوله واستحقاق بعض شائع في أحد النصيبين (قوله في الاول  
لا تفسخ القسمة بالاتفاق) أقول في شرح الزواية لصدر الشريعة ما وافقه ونص عبارته وان استحق البعض من نصيب كل واحد فان  
كان شائعا فسخت القسمة وان كان معيناً لم يذكر هذه المسئلة أقول لا يفسخ القسمة بل يجعل هذا المستحق كأن لم يكن فان كان الباقي في  
يد كل واحد بمقدار نصيبه فلا رجوع لاحدهما على صاحبه وان نقص من نصيب أحدهما رجع بالحصة كما اذا كانت الدار نصفين  
والمستحق عشرة أدرع خمسة من نصيب هذا وخمسة من ذلك فلا رجوع وان كانت أربعة من هذا وستة من ذلك رجع الثاني  
على الاول بذراع وفي غاية البيان والحاصل أن المسئلة على ثلاثة أوجه ففي استحقاق بعض معين في أحد النصيبين أو فهم ما جبهوا  
لا تنتقض القسمة بالاتفاق انتهى (قوله ليس بنص في ذلك) أقول لكنه ظاهر فيه ويكفى ذلك للمصنف (قوله لجواز أن يكون قوله  
بعينه متعلقا بنصيب أحدهما) أقول الاصل في أمثاله تعلقه بالمضاف على ما بين ثم الحيل على التأسيس خير من التأكد فتأمل

لا يبيح فيكون تقدير كلامه وإذا استحق بعض شائع في نصيب أحدهما بعينه وحينئذ يكون الاختلاف في الشائع لافي المعين لابي يوسف رحمه الله ان باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمه بدون رضاه باطله لان موضوع المسئلة فيما اذا تراصيا على القسمه لانه اعتبر القيمه فيها فلا بد من التراضي وصار كما اذا استحق بعض شائع في النصيبين في انعدام معنى القسمه وهو الافراز اما فيما ظهر فيه الاستحقاق فواضح وأما (٣٤) في النصيب الآخر فلانه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعا بخلاف المعين فان

باستحقاق بعض معين يبقى الافراز فيما وراءه لكنه يتخير ان شاء نقض القسمه من الاصل لانه مرضى بها الاعلى تقدير المعادله وقد فانت ولهما أن معنى الافراز لا ينعدم باستحقاق جزء شائع في نصيب أحدهما لانه لا يوجب الشروع في نصيب الآخر ولهذا جازت القسمه على هذا الوجه في الابتداء بان كانت دار نصيبين والنصف المقدم منها مشترك بين ثلاثة نفر والنصف المقدم من هذا النصف لواحد منهم والنصف الآخر بين اثنين على السوية والنصف المؤخر بين هذين الاثنين على السوية أيضا فاقسما الاثنان على أن يأخذ أحدهما نصيبهما من المقدم وربع المؤخر وإذا جاز ابتداء جاز انتهاء بطريق الاولى وصار كاستحقاق بيت معين في عدم انتفاء معنى الافراز بخلاف الشائع في النصيبين فانه لو بقيت القسمه لتضرر الثالث بتفريق نصيبه في النصيبين أما ههنا فلا ضرر للستحق

لابي يوسف أن باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمه بدون رضاه باطله كما اذا استحق بعض شائع في النصيبين وهذا لان باستحقاق جزء شائع ينعدم معنى القسمه وهو الافراز لانه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعا بخلاف المعين ولهما أن معنى الافراز لا ينعدم باستحقاق جزء شائع في نصيب أحدهما ولهذا جازت القسمه على هذا الوجه في الابتداء بان كان النصف المقدم مشتركا بينهما وبين ثالث والنصف المؤخر بينهما لا شركة لغيرهما فيه فاقسما على أن لا أحدهما مالهما من المقدم وربع المؤخر يجوز فكذا في الانتهاء وصار كاستحقاق شيء معين بخلاف الشائع في النصيبين لانه لو بقيت القسمه لتضرر الثالث بتفريق نصيبه في النصيبين أما ههنا فلا ضرر بالاستحقاق فافترا

خليفة وأبي يوسف في استحقاق بعض معين من نصيب أحدهما وهكذا ذكر الاختلاف في الاسرار قال صاحب النهاية وصفه الحواله هذه الى الاسرار وقعت سهواً لأن هذه المسئلة مذكورة في الاسرار في الشائع وضعا وتعليلا من الجانبين وتكرار ابلفظ الشائع غير مره انتهى أقول وتعدية الحواله بكلمه الى في قول صاحب النهاية وصفه الحواله هذه الى الاسرار وقعت سهواً أيضا والمطابق للغة تعديتها بكلمه على وقال صاحب العناية بعد نقل كلام صاحب النهاية بعين عبارته وأقول وفي قوله ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه أيضا نظرا فان قول القدروري واذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه ليس بنص في ذلك لجواز أن يكون قوله بعينه متعلقا بنصيب أحدهما لا ببعض فيكون تقرير كلامه واذا استحق بعض شائع في نصيب أحدهما بعينه وحينئذ يكون الاختلاف في الشائع لافي المعين انتهى أقول لا يخفى على ذي فطره سلمية ان كلام القدروري ان لم يكن نصا فيما جل عليه المصنف فهو ظاهر فيه بحيث لا يشبهه على أحد من فحول العلماء لان قوله بعينه لم يكن متعلقا ببعض كان البعض المذكور في هاتين المسئله مبهما فلا يعلم أن المراد به البعض المعين أو الشائع فيحتل وضع المسئله وأيضا لو كان قوله بعينه متعلقا بقوله نصيب أحدهما كان مجردا تائدا كيدل صار عنزلة المعنى مثل هذا المقام وأما اذا كان متعلقا ببعض يكون تأسيسا مفيدا للراد مني لا للإجماع فاني هذا من ذلك على أن الاصل في أمثال هذا التركيب تعلق القيد بالمضاف دون المضاف اليه كما بين في محله فتبين أن كلام القدروري ظاهر فيما جل عليه المصنف وقد تقررت في علم الاصول أن الظاهر بوجوب الحكم قطعا كالنص على أحد معني القطعي وهو ما يقطع الاحتمال الناشئ عن دليل الأنا التفاوت بينهما أي بين الظاهر والنص انما يظهر عند التعارض فيقدم النص على الظاهر عنده ولم يعارض الظاهر هنا نص فوجب الحكم بموجبه (قوله لابي يوسف ان باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمه بدون رضاه باطله) قال صاحب العناية في تعليله هذه المقدمة أعني قوله والقسمه بدون رضاه باطله لان موضوع المسئله فيما اذا تراصيا على القسمه لانه اعتبر القيمه فيها فلا بد من التراضي انتهى وما أخذ تعليله هذا ما نقله صاحب غايه البيان عن الامام علاء الدين الاسيحي حيث قال وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسيحي في شرح الكافي وضع المسئله فيما اذا تراصيا على القسمه لانه اعتبر القيمه والقسمه بالقيمه عند أي خفيفه لانصح الاعن تراص انتهى وأورد بعض الفضلاء على قول صاحب العناية لان موضوع المسئله فيما اذا تراصيا على القسمه حيث

(قوله لان موضوع المسئله فيما اذا تراصيا على القسمه) أقول لاحاجه الى القول بوضع المسئله في صورة التراضي وصورة فانها اذا كانت بقضاء القاضي يبطل أيضا اذا لم يرض الغائب على ما يبيح في شرح قوله ولو أراه الغرماء (قوله لانه اعتبر القيمه فيها فلا بد من التراضي) أقول فيه بحيث فان القيمه معتبره فيما اذا كانت القيمه بقضاء القاضي أيضا بل اعتبارها فيها كدولها لو كان بالغين الفاحش في أحد الطرفين يفسخ على ما مر في الدرر السابق (قوله فاقسما الاثنان) أقول الظاهر أن يقال فاقسما الاثنان

صاحب المقدم نصفه)  
يعنى النصف من الثلث  
المقدم الذى وقع فى نصيب  
أحدهما ثم استحق النصف  
الثانى رجوع ربع ما فى يد  
الآخر عندهما لئلا يكره  
يعنى من قوله لانه لو استحق  
كل المقدم رجوع بنصف  
ما فى يده الى قوله اعتبارا  
للجزء بالكل وسقط خياره  
بيع البعض فى فسخ  
القسمه لان الفسخ انما يرد  
على ما ورد عليه القسمه  
وقد فات بعض ذلك بالبيع  
وعند أبى يوسف رحمه الله  
ما فى يد صاحبه بينهما  
نصفان ويضمن قيمة نصف  
ما باع لصاحبه لان القسمه  
تنقلب فاسده عنده  
فيقتسمان الباقي بعد  
الاستحقاق قوله (والمقبوض  
بالعقد الفاسد) جواب عما  
يقال ينبغى أن ينقض  
البيع لانه بناء على القسمه  
الفاسده والبناء على الفاسد  
فاسد ووجهه أن القسمه  
فى معنى البيع لوجود  
المبادله واذا كانت فاسده  
كانت فى معنى البيع  
الفاسد والمقبوض  
بالعقد الفاسد مملوك  
فينفذ البيع فيه وهو  
مضمون بالقسمه لتعذر  
الوصول الى عين حقه  
لمكان البيع فيضمن نصف  
نصيب صاحبه

وصورة المسئلة اذا أخذ أحدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتهم سواء ثم استحق نصف المقدم فعندهما ان شاء نقض القسمه دفعا لغير التشفيق وان شاء رجوع على صاحبه ربع ما فى يده من المؤخر لانه لو استحق كل المقدم رجوع بنصف ما فى يده فاذا استحق النصف رجوع بنصف النصف وهو الربع اعتبار الجزء بالكل ولو باع صاحب المقدم نصفه ثم استحق النصف الباقي شائعا رجوع ربع ما فى يده الآخر عندهما لئلا يكرهنا وسقط خياره ببيع البعض وعند أبى يوسف ما فى يد صاحبه بينهما نصفان ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه لان القسمه تنقلب فاسده عنده والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فنفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة فيضمن نصف نصيب صاحبه قال

قال لا حاجة الى القول بوضع المسئلة فى صورة التراضى فانها اذا كانت بقضاء القاضى تبطل اذا لم يرض الغائب على ما يجيىء فى شرح قوله ولو أبرأ الغرماء انتهى أقول ليس ذلك بصحيح اذ لا شك أن القسمه بين الورثة اذا كانت بقضاء القاضى لا تبطل بعدم رضا الغائب الا يرى الى ما مر فى الكتاب فى أوائل كتاب القسمه من قوله واذا حضر وارثان وأقاما البيضة على الوفاة وعددا الورثة والدار فى أيديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضى بطلب الحاضرين وينصب للغائب وكى لا يقبض نصيبه انتهى ولو بطلت القسمه بعدم رضا الغائب لما سأل القاضى القسمه فى تلك الصورة بمجرد طلب الحاضرين ثم ان قوله على ما يجيىء فى شرح قوله ولو أبرأ الغرماء ليس بمحاولة راجحة اذ لا تنبى فى شرح ذلك ما توهم بطلانها سوى قول صاحب العناية بخلاف ما اذا ظهر وارث أو الموصى له بالثلث أو الربع بعد القسمه وقالت الورثة نحن نقضى حقهم فان القسمه تنقض ان لم يرض الوارث أو الموصى له لان حقه ما فى عين التركة فلا ينقل الى مال آخر الا برضاه ما انتهى لكن المراد بانتقاض القسمه فى صورة ظهور الوارث أو الموصى له انتقاضها فى قدر حقه ما من عين التركة لانتقاضها فى مجموع التركة بالكلية بحيث يحتاج الى الاستئناف كما هو قول أبى يوسف فيما نحن فيه والمراد بانتقاضها بالكلية أيضا لكن فى صورة القسمه بالتراضى دون القسمه بقضاء القاضى اذ لا تنقض القسمه بالكلية فيما اذا ظهر وارث أو الموصى له اذا كانت القسمه بقضاء القاضى نص عليه فى البدائع حيث قال فيه موجب نقض القسمه بعد وجودها أنواع منها ظهور دين على الميت اذا طلب الغرماء ديونهم ولا مال للميت سواء ولا قضاء الورثة من مال أنفسهم ثم قال ومنها ظهور الوصية لان الموصى له شريك الورثة الا يرى انه لو هلك من التركة شئ قبل القسمه لهلك من الورثة والموصى له جميعا والباقي على الشريكة بينهم ولو اقسما وورثة وارث غائب تنقض فكذا هذا وقال وهذا اذا كانت القسمه بالتراضى فان كانت بقضاء القاضى لا تنقض لان الموصى له وان كان كواحد من الورثة لكن القاضى اذا قسم عند غيبة أحد الورثة لا تنقض قسمته لان القسمه فى هذا الموضوع محل الاجتهاد وقضاء القاضى اذا صادف محل الاجتهاد ينفذ ولا ينقض ثم قال ومنها ظهور الوارث حتى لو اقسما ثم ظهر ان ثمة وارثا آخر نقضت قسمته ولو كانت القسمه بقضاء القاضى لا تنقض لئلا يكرهنا الى هنا لفظه ثم ان ذلك البعض أورد أيضا على قول صاحب العناية لانه اعتبر القيمة فيها فلا بد من التراضى حيث قال فيه بحث فان القيمة معتبرة فيما اذا كانت القسمه بقضاء القاضى أيضا بل اعتبارها فيه أكد ولهذا لو كان بالغبن الفاحش فى أحد الطرفين تفسخ على ما مر فى الدرر السابق انتهى أقول هذا أيضا ليس بصحيح لان القسمه بالقيمة لا تصح عند أبى حنيفة أصلا الا عن تراض وهذا مع كونه مما نص عليه شيخ الاسلام علاء الدين الاسييجاني فى شرح الكافي للحاكم الشهيد بصدديان وضع هذه المسئلة كما ذكرناه من قبل ظاهر من أصل أبى حنيفة فى كثير من المسائل المتقدمة فى الكتاب فاعتبار القيمة فى هذه المسئلة على قول أبى حنيفة وغيره كما يقتضيه تصويروها المذكور فى عامة الكتب حتى فى كتب محمد رحمه الله يدل على أن وضعها فيما اذا تراضيا على القسمه لا فيما اذا كانت بقضاء القاضى فقوله فان القيمة

(قال المصنف لان القسمه تنقلب فاسده عنده) أقول

قال (ولو وقعت القسمة الخ) ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محبط ولم يوف الورثة من مالهم ولم يرأه الغرماء ردت القسمة لان الدين يمنع وقوع الملك للوارث حتى لو كان في التركة المستغرقة بالدين عبده وهو ذورحم محرم لو ارث لم يعتق وكذا اذا كان الدين غير محبط بالتركة لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقى (٢٦) من التركة ما بقى من الدين وراه ما قسم لانه لا حاجة الى نقض القسمة في ايفاء

حقهم ولو ارأه الغرماء بعد القسمة أو أداء الورثة من مالهم جازت القسمة أي تبين جوازها سواء كان الدين محبطا أو غير محبط لان المانع قد زال بخلاف ما اذا ظهر له وارث أو الموصى له بالثلث أو الربع بعد القسمة وقالت الورثة نحن نقضى حقهما فان القسمة تنقض ان لم يرث الوارث أو الموصى له لان حقهما في عين التركة فلا ينتقل الى مال آخر الا برضاهما وعلى هذا لو ادعى أحد المتقاسمين بعد القسمة ديناً على الميت صح ولو ادعى عيناً لم يصح لان الدين يتعلق بعالية التركة والقسمة تصادف الصورة فلم يتناقض في دعواه بالاقدم على القسمة ودعوى العين تتعلق بالصورة والقسمة تصادفها فالاقدم على القسمة اعتراف منه بكون المقسوم مشتركاً ودعوى الخصم يناقضه ولقائل أن يقول ان لم تكن دعوى الدين باطلة لعدم التناقض فلتكن باطلة باعتبار أنها اذا صححت كان له أن ينقض القسمة وذلك سعي في نقض ماتم من جهته والجواب أنه اذا ثبت الدين بالبينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك

(ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محبط ردت القسمة) لانه يمنع وقوع الملك للوارث وكذا اذا كان غير محبط لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقى من التركة ما بقى بالدين وراه ما قسم لانه لا حاجة الى نقض القسمة في ايفاء حقهم ولو ارأه الغرماء بعد القسمة أو أداء الورثة من مالهم والدين محبط أو غير محبط جازت القسمة لان المانع قد زال ولو ادعى أحد المتقاسمين ديناً في التركة صح دعواه لانه لا تناقض اذا الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة ولو ادعى عيناً بأي سبب كان لم يسمع للتناقض اذا الاقدام على القسمة اعتراف بكون المقسوم مشتركاً

معتبرة فيما اذا كانت القسمة بقضاء القاضي أيضاً ان اراد انها معتبرة عند أبي حنيفة في صورة القضاء أيضاً فليس كذلك وان اراد به انها معتبرة في صورة القضاء أيضاً عند غير أبي حنيفة فلا يجدي شيئاً فان عدم اعتبارها عند أبي حنيفة كاف في تمام ما قاله صاحب العناية وقوله بل اعتبارها فيها كعدم الاصابة لان تحقق الغبن الفاحش لا ينحصر في أن يكون قسمة أحد الطرفين أكثر من قسمة الآخر بل قد يتحقق الغبن بكون عين أحد الطرفين أكثر من عين الآخر من جهة الوزن أو الكيل أو الذرع أو العدد مما يلحق بنفس المقسوم فأبو حنيفة يعتبر في عين القسمة بالقضاء التفاوت في العين باحدى الجهات المذكورة دون التفاوت في القيمة وما مر في الفصل السابق من مسألة فسخ القيمة بالغبن الفاحش لا يدل على كون الغبن من جهة القيمة البتة بل قد ذكره نك في بعض الشروح للغبن مثال هو صريح في التفاوت في العين بان يقال وان اقتسمنا مائة شاة فأصاب أحدهما خمس وخمسون شاة وأصاب الآخر خمس وأربعون شاة فادعى صاحب الاكثر الغبن الى آخر المسئلة (قوله ولو ادعى أحد المتقاسمين ديناً في التركة صح دعواه لانه لا تناقض اذا الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة) قال صاحب العناية ولقائل ان يقول ان لم تكن دعواه باطلة لعدم التناقض فلتكن باطلة باعتبار انها اذا صححت كان له أن ينقض القسمة وذلك سعي في نقض ماتم من جهته والجواب انه اذا ثبت الدين بالبينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك انتهى أقول في الجواب بحث لانه اذا ثبت الدين بالبينة فان لم تكن القسمة تامة من حيث أصل الاستحقاق فقد كانت تامة من جهته حيث رضى بها ولا فلزم السعي في نقض ماتم من جهته ومدار السؤال عليه فان السعي في نقض ماتم من جهته غير مقبول على قاعدة الشرع كما عرف في نظائره واعترض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال أنت خير بان استماع البينة بعد تبين صحة الدعوى لاعلى العكس وهذه الدعوى غير صحيحة لاستلزامها السعي في نقض ماتم من جهته فكيف تسمع البينة والاولى أن يحجب منع استلزامها ذلك لجواز أن يظهر له مال آخر أو يؤديه سائر الورثة من مالهم فليتنامل انتهى كلامه أقول وأنت خير بان كون استماع البينة بعد تبين صحة الدعوى لاعلى العكس غير مقيد ههنا فان المحجب لا يقول ان هذه الدعوى غير صحيحة في ابتداء الامر ثم تبين صحتها بعد اقامة البينة بل يقول انها صحيحة في الابتداء بناء على عدم تقرر تمام القسمة بل احتمال ثبوت الدين بالبينة قال جوابه منع استلزامها ذلك كما أشار اليه بقوله فلا يلزم ذلك فالقاطع لعرق ذلك الجواب ما ذكرناه من أن لزوم السعي في نقض ماتم من جهته أمر مقرر لا مرته بثبوت الدين بالبينة وانما الذي لا يلزم تمام القسمة من حيث أصل الاستحقاق وذلك لا يدفع السؤال المزبور ثم ان قول ذلك البعض

فصل

ماتم من جهته والجواب أنه اذا ثبت الدين بالبينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك

(قوله والجواب أنه اذا ثبت الدين بالبينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك) أقول أنت خير بان استماع البينة بعد تبين صحة الدعوى لاعلى العكس وهذه الدعوى غير صحيحة لاستلزامها السعي في نقض ماتم من جهته فكيف تسمع البينة والاولى أن يحجب منع استلزامها ذلك لجواز أن يظهر له مال آخر أو يؤديه سائر الورثة من مالهم فليتنامل

**فصل في المهايأة** لما فرغ من بيان أحكام قسمة الاعيان شرع في بيان أحكام قسمة الاعراض وهي المهايأة وأخرها عن قسمة الاعيان لكونها فرعا عليها وأحال أن الترجمة بالباب أولى لان الكلام في باب دعوى الغلط والاستحقاق والمهايأة ليست منهما لسكتها باب من كتاب القسمة ويجوز أن يقال انها فصل من كتاب القسمة وفيه ما فيه والمهايأة مفاعلة من الهيئة وهي الحالة الظاهرة للشيء وللشيء وقد تبدل الهمزة ألفا وتحقيقه أن كلامهم برضى

**فصل في المهايأة** المهايأة جائزة استحسانا للحاجة اليه اذ قد يتعذر الاجتماع على الانتفاع فأشبهه القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضى كما يجري في القسمة الا أن القسمة أقوى منه في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد والتمايز يوجب جمع على التعاقب ولهذا لو طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهايأة يقسم القاضى لانه أبلغ في التكميل ولو وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة يقسم وتبطل المهايأة لانه أبلغ ولا يبطل التمايز بموت أحدهما ولا بموتهم الا لانه لو انتقض لاستأنفه الحاكم فلا فائدة في النقص ثم الاستئناف (ولو تهايا في دار واحدة على أن يسكن هذاطائفة وهذاطائفة أو هذاعلوها وهذا أسفلها جاز) لان القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا المهايأة

والأولى أن يجاب بمنع استئناهما ذلك لجواز أن يظهر له مال آخر أو يؤديه سائر الورثة من مالهم فما لا ينبغي أن يتفوه به العاقل فضلا عن مثل ذلك القائل لان الكلام فيما اذا لم يظهر له مال آخر ولم يؤديه سائر الورثة اذا الحكم فيما اذ بقى من التركة بعد القسمة ما يبقى بالدين وأداء الورثة من مالهم قدم في المسئلة المتقدمة مفصلا

**فصل في المهايأة** لما فرغ من بيان أحكام قسمة الاعيان شرع في بيان أحكام قسمة الاعراض التي هي المنافع وأخرها عن قسمة الاعيان لكون الاعيان أصلا والمنافع فرعاً عليها ثم ان المهايأة في اللغة مفاعلة مشتقة من الهيئة وهي الحالة الظاهرة للشيء وابدال الهمزة ألفا لغة فيها والتمايز تفاعل منها وهو أن يتواضعوا على أمر في تراصوبه وحقيقته أن كلامهم برضى بحالة واحدة ويختارها يقال هايا فلان فلانا وتهايا القوم وفي عرف الفقهاء هي عبارة عن قسمة المنافع كذا في الشروح (قوله المهايأة جائزة استحسانا للحاجة اليه) قال الشراح والقياس بأبي جوازها لانها مبادلة المنفعة بجنسها اذ كل واحد من الشريكين ينتفع في نوبته بمالك شريكه عوضا عن انتفاع شريكه بملكه في نوبته اه أقول فيه شيء وهو أن ما ذكره في وجه ابقاء القياس جوازها انما يتم في صورة التمايز من حيث الزمان بان ينتفع أحدهما بعين واحدة مدة وينتفع الآخر بمدته أخرى لافي صورة التمايز من حيث المكان كما اذا تهايا في دار على أن يسكن أحدهما ناحية والاخر ناحية أخرى منها فان التمايز في هذه الصورة افراز لجميع الانصبا لامبادلة ولهذا لا يشترط فيه التأقيت كما سيجي في الكتاب عن قريب والظاهر من تقريراتهم كون جواز التمايز على الاطلاق أمر استحسانا بما يخالف القياس وما ذكره في بيانه لا يفي بذلك كما ترى (قوله الا أن القسمة أقوى منه في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد والتمايز يوجب جمع على التعاقب) أقول في كلية هذا التعليل نظر اذ قد صرحوا بان التمايز قد يكون من حيث الزمان وقد يكون من حيث المكان وسأيت في ذلك الكتاب أيضا والجمع على التعاقب انما هو في التمايز من حيث الزمان وأما في التمايز من حيث المكان فينتج في جمع المنافع في زمان واحد كما سحقيقه نعم ان القسمة في الاعيان أقوى بلا ريب من مطلق التمايز الذي هو قسمة المنافع لحصول التملك في الأولى من حيث

الشريك الثاني ينتفع بالعين على الهيئة التي ينتفع بها الشريك الاول وفي عرف الفقهاء هي عبارة عن قسمة المنافع وهي جائزة استحسانا والقياس بأباها لانها مبادلة المنفعة بجنسها اذ كل واحد من الشريكين في نوبته ينتفع بملك شريكه عوضا عن انتفاع الشريك بملكه في نوبته لكانت كذا القياس بقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهو المهايأة بعينها وللحاجة اليها اذ يتعذر الاجتماع على الانتفاع فأشبهه القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضى اذا طلبها بعض الشركاء وأبى غيره ولم يطلب قسمة العين كما يجري في القسمة الا أن القسمة أقوى منها في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد والتمايز يوجب جمع على التعاقب ولهذا أي ولكون القسمة أقوى اذا طلب أحد الشريكين القسمة والاخر المهايأة يقسم القاضى لانه أبلغ في التكميل ولو وقعت

فما يحتمل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة يقسم وتبطل المهايأة ولا تبطل المهايأة بموت أحدهما ولا بموتهم الا لانه لو انتقضت لاستأنفه الحاكم لجواز أن يطلب الورثة المهايأة فلا فائدة في النقص ثم الاستئناف ولو تهايا في دار واحدة على أن يسكن هذاطائفة وهذاطائفة أو هذاعلوها وهذا أسفلها جاز لما ذكر في المتن

فالتباؤ في هذا الوجه وهو  
 أن يسكن هذا في جانب  
 من الدار ويسكن هذا في جانب  
 آخر منها في زمان واحد  
 افراز لمبادلة لتحقق معناه  
 فان القاضى يجمع جميع  
 منافع أحدهما في بيت  
 واحد بعد أن كانت شائعة  
 في البيتين وكذلك في حق  
 الآخر ولهذا لا يشترط فيه  
 التأقيت ولو كان مبادلة  
 كان عليك المنافع بالعوض  
 فيلحق بالاجارة ويشترط  
 التأقيت قيل (قوله ولكل  
 واحد أن يستغل ما أصابه)  
 يجوز أن يكون توضيحا  
 لكونه افراز فانه اذا كان  
 افرازا كانت المنافع حادثة  
 على ملكه ومن حدثت  
 المنافع على ملكه جاز أن  
 يستغل وان لم يشترط في  
 العقد ذلك وهو ظاهر  
 المذهب ذكره شمس الأئمة  
 السرخسى رحمه الله وفيه  
 نظرا لانه لو كان مبادلة كان  
 كذلك أيضا والاولى أن  
 يكون ابتداء كلام لتنى  
 قول من يقول انهما اذا  
 تهايا ولم يشترط الاجارة في  
 أول العقد لم يملك أحدهما  
 أن يستغل ما أصابه

(قوله يجوز أن يكون  
 توضيحا الى قوله ومن  
 حدثت المنافع على ملكه  
 جاز أن يستغل وان لم يشترط  
 في العقد ذلك) أقول  
 منقوض بالاجارة

والتباؤ في هذا الوجه افراز لجميع الانصاء لمبادلة ولهذا لا يشترط فيه التأقيت (ولكل واحد أن  
 يستغل ما أصابه بالمهاياة بشرط ذلك في العقد أو لم يشترط) لحدوث المنافع على ملكه

الذات والمنفعة وفي الثاني من حيث المنفعة فحسب (قوله والتباؤ في هذا الوجه افراز لجميع الانصاء  
 لمبادلة) ولهذا لا يشترط فيه التأقيت هذا ايضا أنه افراز لانه لو كان مبادلة كان عليك المنافع بالعوض  
 فيلحق بالاجارة حينئذ فيشترط التأقيت كذا في الشروح أقول لقائل أن يقول ان أريد أنه لو كان  
 مبادلة من كل وجه كان ملحقا بالاجارة فيشترط فيه التأقيت كما يشترط في الاجارة فهو مسلم  
 لكن لا يلزم من عدم كونه مبادلة من كل وجه كونه افرازا من وجه حتى يثبت كونه افرازا لجميع  
 الانصاء لجواز أن يكون افرازا من وجه ومبادلة من وجه بأن يكون افرازا للنصيب كل واحد منهما  
 من المنفعة في الناحية التي يسكن هونها ومبادلة لتنصيبه منها في الناحية الاخرى تنصيب الاخرى  
 الناحية التي يسكن هونها كما قالوا في قسمة الاعيان على ما مر في صدر كتاب القسمة أنها لا تعرى عن  
 المبادلة والافراز لان ما يجتمع لاحدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فهو يأخذه عوضا عما  
 بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وافرازا وان أريد أنه لو كان مبادلة ولو بوجه كان ملحقا  
 بالاجارة فيشترط فيه التأقيت كما يشترط في الاجارة فهو ممنوع لان الاجارة مبادلة المنفعة بالعوض  
 من كل وجه فلا يلزم من اشتراط التأقيت فيها اشتراطه فيما هو افرازا من وجه ومبادلة من وجه قال  
 صاحب العناية في تعليل قول المصنف والتباؤ في هذا الوجه افراز لجميع الانصاء فان القاضى  
 يجمع جميع منافع أحدهما في بيت واحد بعد أن كانت شائعة في البيتين وكذلك في حق الآخر  
 انتهى وقد سبقه الى هذا التوجيه تاج الشريعة في شرح هذا المقام أقول فيه نظر لان جمع المنافع  
 الشائعة في البيتين في بيت واحد محال لعدم جواز انتقال العرض من محل الى محل آخر كما تقر في  
 محله فكيف يتمكن القاضى من جمعها فان قلت ليس المراد أن القاضى يجمعها حقيقة حتى يتوجه  
 ما ذكر بل المراد أن القاضى يعتبر جمعها التلا يكون ذلك التباؤ مبادلة فيشترط فيه التأقيت كما أشار  
 اليه المصنف بقوله ولهذا لا يشترط فيه التأقيت قلت اشتراط التأقيت فيه ليس بأصعب من اعتبار  
 المحال متحققا حتى يرتكب الثاني لاجل دفع الاول وأيضا اعتبار المحال متحققا ليس بأولى وأسهل من  
 عدم اعتبار شرط الاجارة ههنا للضرورة حتى يرتكب الاول دون الثاني وترك كثير مما يتبر في الشرع  
 لاجل الضرورة شائع في قواعد الشرع ألا يرى الى ما ذكره واقبامرا نفا من أن القياس بأبي جواز  
 التباؤ لانه مبادلة المنفعة بجنسها وهي لا تجوز عندنا على ما تقر في كتاب الاجارات لكننا القياس  
 فيه للضرورة حاجة الناس اليه على أن لزوم اشتراط التأقيت فيه على تقدير عدم اعتبار جمع الانصاء  
 في بيت واحد ممنوع لانه انما يلزم ذلك أن لو كان التباؤ في الوجه المذكور مبادلة من كل وجه وأما اذا  
 كان افرازا من وجه ومبادلة من وجه فلا يلزم ذلك لان اشتراط التأقيت فيما هو مبادلة من كل وجه  
 كما قررناه من قبل (قوله ولكل واحد أن يستغل ما أصابه بالمهاياة بشرط ذلك في العقد أو لم يشترط  
 لحدوث المنافع على ملكه) قال تاج الشريعة فان قلت المنافع في العارية تحدث على ملك المستعير ومع  
 هذا لا يملك الاجارة قلت لجواز أن يسترده المعير قبل مضي المدة فلا فائدة انتهى أقول جواز الاسترداد  
 قبل مضي المدة ههنا أيضا متحقق اذ قدم في الكتاب أن لو وقعت المهاياة فيما يحتمل القسمة ثم طلب  
 أحدهما القسمة يقسم وتبطل المهاياة لتكون القسمة أبلغ فتح احتمال أن يطلب الاخر القسمة وتبطل  
 المهاياة قبل مضي المدة كيف يملك كل واحد منهما أن يستغل ما أصابه بالمهاياة ابتداء على حدوث  
 المنافع على ملكه ولا فائدة في الاستغلال على تقدير طلب الاخر القسمة قبل مضي المدة كما في صورة



(ولو تهايا في عبد واحد على أن يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا في البيت الصغير لان المهايأة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا) ولم يذكر أن هذا افراز ومبادلة لانه عطفه على صورة الافراز فكان معلوما فاذا كانت المهايأة في الجنس الواحد والمنفعة متفاوتة تفاوتت اسيرا كما في الثياب والاراضي تعتبر افراز من وجه مبادلة من وجه حتى لا ينفرأ أحدهما بهذه المهايأة واذا طلب أحدهما ولم يطلب الآخر قسمة الاصل أجبر عليها وقيل تعتبر افراز من وجه عارية من وجه لانه لو كانت مبادلة لما جازت في الجنس الواحد لانه يكون مبادلة المنفعة بنفسها وان يحرم ربا النساء والاول أصح لان العارية ليس فيها عوض وهذا يعرض ور بالنساء ثابت عند أحد وصنى العلة بالنص على خلاف القياس فيما هو مبادلة في الاعيان من كل وجه فلا يتعدى الى غيره وان كانت في المجلس المختلف كالدرور والعييد تعتبر مبادلة من كل وجه حتى لا يجوز بدون رضاعها لان

(٣٩)

المهايأة قسمة المنافع وقسمة المنافع معبرة بقسمة الاعيان وقسمة الاعيان اعتبرت مبادلة من كل وجه في الجنس المختلف فكذا في قسمة المنافع ولو اختلفا في الثابؤ من حيث الزمان والمكان في محل احتملهما كالدار مثلا بان يطلب أحدهما أن يسكن في مقدمها وصاحبه في مؤخرها والآخر يطلب أن يسكن جميع الدار شهرا وصاحبه شهرا آخر بأمرهما القاضي أن يتفقا لان لكل واحد منهما منزلة فلا ترجح لاحدهما اذ الثابؤ في المكان أعدل لاستواءهما في زمان الانتفاع من غير تقديم لاحدهما على الآخر وفي الزمان أعدل لان كلاهما ما ينتفع بجميع جوانب الدار في فوته فلا بد من الاتفاق دفعا لتحكم فان اختاراه

(ولو تهايا في عبد واحد على أن يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا في البيت الصغير) لان المهايأة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا (ولو اختلفا في الثابؤ من حيث الزمان والمكان في محل احتملهما بأمرهما القاضي بأن يتفقا) لان الثابؤ في المكان أعدل وفي الزمان أعدل فلما اختلفت الجهة لا بد من الاتفاق (فان اختاراه من حيث الزمان ينفرع في البداية) نفيًا للتمهة (ولو تهايا في العبدین على أن يخدم هذا هذا العبد والآخر الآخر جاز عندهما) لان القسمة على هذا الوجه جائزة عندهما جبرًا من القاضي وبالتراضي فكذا المهايأة وقيل عند أبي حنيفة لا يقسم القاضي وهكذا روى عنه لانه لا يجزى فيه الجبر عنده

الاستعارة (قوله ولو تهايا في عبد واحد على أن يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا في البيت الصغير لان المهايأة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا) قال صاحب العناية ولم يذكر أن هذا افراز ومبادلة لانه عطفه على صورة الافراز فكان معلوما انتهى أقول ليس هذا بسديد لانه ان أراد أنه قد علم من عطفه على صورة الافراز أنه أيضا افراز بناء على أن المعطوف في حكم المعطوف عليه فليس بصحيح لان مجرد العطف لا يقتضي اشتراك المعطوفين في جميع الاحكام الأبرى أن كنز من المسائل المتباينة في الاحكام يعطف بعضها على بعض على أن الثابؤ في العبد الواحد وفي البيت الصغير ثابؤ من حيث الزمان ولا مجال في مثل ذلك لان يكون افرازا كما يفهم من أدلة المسائل الآتية سيما من الفرق بين الثابؤ على الاستغلال في دار واحدة والثابؤ على الاستغلال في الدارين وان أراد أنه قد علم من عطفه على صورة الافراز أنه ليس بافراز بناء على لزوم التغير بين المعطوف والمعطوف عليه فليس بصحيح أيضا اذ يكفي في العطف المغايرة بينهما ما يجب الذات ولا يلزم فيه المغايرة بينهما في جميع الاوصاف والاحكام حتى يتم ما ذكره وبالجملة لا دلالة للعطف ههنا على كون المذكور بطريق العطف من قبيل الافراز والمبادلة فالتثبت بحديث العطف ههنا معناه أصلا كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية فان كانت المهايأة في الجنس الواحد والمنفعة متفاوتة تفاوتت اسيرا كما في الثياب والاراضي تعتبر افراز من وجه مبادلة من وجه حتى لا ينفرأ أحدهما وهذه المهايأة واذا طلبها أحدهما ولم يطلب الآخر قسمة الاصل أجبر عليها وقيل تعتبر افراز من وجه عارية من وجه لانه لو كانت مبادلة لما جازت في الجنس الواحد لانه يكون مبادلة المنفعة بنفسها وان يحرم ربا النساء والاول أصح لان العارية ليس فيها عوض وهذا يعرض ور بالنساء ثابت عند أحد وصنى العلة بالنص على

من حيث الزمان ينفرع في البداية نفيًا للتمهة (قوله ولو تهايا في العبدین) واضح وقوله (وقيل عند أبي حنيفة رحمه الله لا يقسم) أي قال بعض المشايخ رحمه الله عنه وقوله (وهكذا روى عنه) يعني روى الخصاص عنه بمثل ما قال بعض المشايخ

(قوله ولم يذكر إلى قوله فكان معلوما) أقول فيه بحث (قوله فان كانت المهايأة) أقول من حيث الزمان (قوله فيما هو مبادلة على الاعيان من كل وجه) أقول قوله من متعلق بالمبادلة لا بالاعيان (قوله فلا يتعدى الى غيره) أقول قبيل اجارة السكنى بالسكنى ليست مبادلة الاعيان فينبغي أن يجوز (قوله وان كانت في الجنس المختلف كالدرور والعييد يتعين مبادلة من كل وجه الخ) أقول فينبغي أن لا يجوز كاجارة السكنى بالسكنى ثم هو مخالف لقول المصنف بعد أشهر ويعتبر افرازا وجوابه ظاهر فان ذلك ليس من حيث الزمان بل في المكان (قوله بان يطلب أحدهما أن يسكن في مقدمها الخ) أقول الاولى أن لا يعين المقدم والمؤخر

والاصح أنه يقسم القاضي عنده أيضا لان المنافع من حيث الخدمة فلما تفاوتت بخلاف أعيان الرقيق لانها تفاوتت تفاوتاً فاحشاً على ما تقدم (ولو تم يا أيهما على أن نفقة كل عبد على من يأخذه جاز) استخسانا للمساحة في اطعام المالك بخلاف شرط الكسوة لا يساع فيها (ولو تم يا أي دارين على أن يسكن كل واحد منهما مادارا جاز ويجبر القاضي عليه) وهذا عندهما ظاهر لان الدارين عندهما كدار واحد وقد قيل لا يجبر عنده اعتباراً بالقسمة وعن أبي حنيفة انه لا يجوز التهايط فيهما أصلاً بالجبر لما قلنا وبالتراضي لانه يبيع السكنى بالسكنى بخلاف قسمة رقبتهما لان يبيع بعض أحدهما ببعض الآخر جائز حقه الظاهر أن التفاوت ينقل في المنافع فحوز بالتراضي ويجرى فيه جبر القاضي ويعتبر افراناً أما يكثر التفاوت (٢) في أعيانهم ما اعتبر بمبادلة (وفي الدابتين لا يجوز التهايط على الركب عند أبي حنيفة وعندهما يجوز) اعتباراً بقسمة الاعيان وله أن الاستعمال يتفاوت بتفاوت الرابكين فانهم بين حاذق وأخرق والتهايؤ في الركب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا بخلاف العبد لانه يخدم باختياره فلا يحمل زيادة على طاقته والدابة تحملها وأما التهايط في الاستغلال يجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية وفي العبد الواحد والدابة الواحدة لا يجوز

خلاف القياس فيها وهو مبادلة في الاعيان من كل وجه فلا يتعدى الى غيره انتهى أقول هذا الذي ذكره مأخوذاً من الذخيرة والمبسوط وقد ذكر في النهاية ومراجع الدرابة أيضاً بنوع تفصيل ولكن فيه بحث وهو أنه قد مر في كتاب الاجارات أن اجارة المنافع يجنسها كاجارة السكنى والسكنى باللبس والر كواب بال ر كواب غير صحيحة عندنا وقالوا في تعليل ذلك ان الجنس بانفراد يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهى بالقوهى نسيئة وقال المصنف هناك واليه أشار محمد رحمه الله تعالى فلو كان ر بالنساء عند وجود أحد وصفي العلة وهي القدر مع الجنس مختصاً بمرور النص وهو البيع غير متعد الى غيره لما تم استدلالاً أتمنا في الاجارات على عدم صحة اجارة المنافع بجنسها بر بالنساء نعم لنادليل آخر على عدم صحة ذلك كما مر أيضاً في الكتاب هناك لكن الكلام في الدليل الاول الذي ارتضاه قول الفقهاء قاطبة حتى أشار اليه محمد رحمه الله تعالى وقال صاحب العناية بعد كلامه السابق وان كانت في الجنس المختلف كالدور والعبيد تعتبر بمبادلة من كل وجه حتى لا تجوز بدون رضاهما لان المهاياة قسمة المنافع وقسمة المنافع معتبرة بقسمة الاعيان وقسمة الاعيان اعتبرت بمبادلة من كل وجه في الجنس المختلف فكذا قسمة المنافع انتهى أقول وهذا أيضاً مأخوذاً من الكتب المذكورة ولكنه محل بحث أيضاً أما أولاً فلانه قد ذكر في الكتاب من قبل أن التهايط من حيث المكان افراناً لجميع الانصباة لامبادلة ولهذا لا يشترط فيه التاقبت ولا يخفى أن التهايط في الجنس المختلف انما يتصور بان انتفع أحد الورثة بأحد الاجناس والآخر بالآخر كما في الدور والعبيد فيصير من قبيل التهايط من حيث المكان فكيف يتم القول بأن المهاياة ان كانت في الجنس المختلف تعتبر بمبادلة وأما ثانياً فلانه لو اعتبرت المهاياة في الجنس المختلف مبادلة من كل وجه لكانت المهاياة في الدور كاجارة السكنى بالسكنى وفي العبيد كاجارة الخدمة بالخدمة ومثل ذلك لا يجوز عندنا كما تقرر في الاجارات اللهم الا أن يكون مجموع قوله كالدور والعبيد مثلاً واحداً فالمراد مثل أن يتهايط على أن يسكن أحدهما الدور ويستخدم الآخر العبيد لكنه بعيد جداً سيما في مقابلة قوله من قبل كما في الثياب والاراضي وأما ثالثاً فلان قوله وقسمة الاعيان اعتبرت بمبادلة من كل وجه ممنوع إذ قد تقرر في صدر كتاب القسمة أن قسمة الاعيان مطلقاً لا تعرى عن معنى الافراز ومعنى المبادلة الا أن معنى الافراز هو الظاهر في ذوات الامثال ومعنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال غير أن ذلك الغير ان كان من جنس واحد جبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء وان كان أجناساً مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار نفس التفاوت في المقاصد اللهم الا أن يقال

وقوله (والاصح أنه يقسم القاضي عنده أيضاً) قال الكرخي معنى قول أبي حنيفة أن الدور لا تقسم أي ان القاضي لا يقسمها فان فعل جازو على هذا يجوز القسمة في الاصول فكذا في المنافع وتعليل الكتاب وهو قوله (لان المنافع من حيث الخدمة فلما تفاوتت) أوجه لبقائه قوله في الاصول بلاتأويل وقوله (ولو تم يا أيهما) واضح

(قوله قوله في الاصول) أقول أي قول أبي حنيفة رحمه الله لا يقسم الدور (قوله بلاتأويل) أقول على ما ذكره الكرخي (٢) قول صاحب الهداية أما يكثر التفاوت الخ وجوده بهامش الاصل حتى العبارة أما التفاوت فيكثر في أعيانها لان أما بلابها الاسم اه صححه

العبد الواحد والمدابة الواحدة  
 وقوله (فتفوت المعادلة)  
 لان الاستغلال انما يكون  
 بالاستعمال والظاهر ان عمله  
 في الزمان الثاني لا يكون كما  
 كان في الاول لان القوى  
 الجسمانية متناهية  
 وقوله (ولو زادت الغلة  
 في نوبة أحدهما) يعني في  
 الدار الواحدة وقوله (في  
 نواظر الرواية) احتراز عما  
 روى عن أبي حنيفة في  
 الكيسانيات انه لا يجوز  
 لان قسمة المنفعة تعتبر  
 بقسمة العين وهي عنده في  
 الدارين لا تجوز للتفاوت  
 وقوله (لما بينا) اشارة الى  
 قوله والاعتدال ثابت في  
 الحال الخ وقوله (اعتبارا  
 بالتهاب في المنافع) يعني  
 في الاستخدام الخالي عن  
 الاستغلال وقوله (لان  
 التفاوت في أعيان الرقيق  
 أكثر منه) أي من التفاوت  
 من حيث الزمان في العبد  
 الواحد لانه قد يكون في  
 أحدهما كياسة وحذق  
 ولباقة يحصل في الشهر  
 الواحد من الغلة ما لا يقدر  
 عليه الآخر ثم التهاين في  
 استغلال العبد الواحد  
 لا يجوز بالاتفاق ففي  
 استغلال العبدين أولى أن  
 لا يجوز وعورض بان  
 معنى الافراز والتمييز راجع  
 في غلة العبدين لان كل  
 واحد منهما يصل الى الغلة  
 في الوقت الذي يصل اليها  
 فيه صاحبه فكان كلمها بآة

ووجه الفرق هو أن التصيين بتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال ثابت في الحال والظاهر بقاؤه في العقار  
 وتغيره في الحيوان لتوالي أسباب التغيير عليه فتفوت المعادلة ولو زادت الغلة في نوبة أحدهما عليه في  
 نوبة الآخر يستمر كان في الزيادة ليحقق التعديل بخلاف ما اذا كان التهاين على المنافع فاستغل أحدهما  
 في نوبته زيادة لان التعديل فيما وقع عليه التهاين حاصل وهو المنافع فلا تضره زيادة الاستغلال من بعد  
 (والتهاين على الاستغلال في الدارين جائز) أيضا في ظاهر الرواية لما بينا ولو فضل غلة أحدهما لا يشتركان  
 فيه بخلاف الدار الواحدة والفرق ان في الدارين معنى التمييز والافراز راجع لا تجد زمان الاستيفاء  
 وفي الدار الواحدة بتعاقب الوصول فاعتبر فرضا وجعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا  
 يرتفع حصته من الفضل وكذا يجوز في العبدين عندهما اعتبارا بالتهاب في المنافع ولا يجوز عنده  
 لان التفاوت في أعيان الرقيق أكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد فأولى أن يمنع الجواز

المراد بما ذكره هنا أن قسمة الأعيان في الجنس المختلف اعتبرت بمبادلة من كل وجه في الحقيقة فلا ينافي  
 ما تقرر في صدر الكتاب لكن فيه ما فيه فتأمل (قوله ووجه الفرق أن التصيين بتعاقبان في الاستيفاء  
 والاعتدال ثابت في الحال والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوان لتوالي أسباب التغيير عليه  
 فتفوت المعادلة) قال في العناية لان الاستغلال انما يكون بالاسمال والظاهر أن عمله في الزمان الثاني  
 لا يكون كما كان في الاول لان القوى الجسمانية متناهية انتهى أقول لقائل أن يقول من متضى هذا  
 الوجه أن لا يجوز التهاين في العبد الواحد على نفس المنافع كما لا يجوز على الاستغلال اذا الظاهر أن  
 منافعه التي هي أعماله لا تكون في الزمان الثاني كما كانت في الاول لتناهي القوى الجسمانية فتفوت  
 المعادلة مع أن التهاين في العبد الواحد على منافعه جائز بالاتفاق كالتهاين على منفعة البيت الصغير كما مر  
 من قبل في الكتاب ثم أقول يمكن أن يجاب عنه بأن التهاين في العبد على الخدمة انما يجوز ضرورة أنها  
 لا تبقى فيتعذر قسمتها ولا ضرورة في الغلة لانها أعيان باقية ترد القسمة عليها فافتراضها وسببها في الكتاب  
 عين هذا الفرق بين المنفعة والغلة تنبصر (قوله ولا يجوز عنده لان التفاوت في أعيان الرقيق أكثر  
 منه من حيث الزمان في العبد الواحد فأولى أن يمنع الجواز) وعورض بان معنى الافراز والتمييز راجع  
 في غلة العبدين لان كل واحد منهما يصل الى الغلة في الوقت الذي يصل اليها فيه صاحبه فكان كلمها بآة  
 في الخدمة وأجيب بأن التفاوت يمنع من رجحان معنى الافراز بخلاف الخدمة لما بينا من وجه الاصح  
 أن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت كذا في العناية أقول في الجواب نظر اذ قدم في بيان فوت  
 المعادلة في التهاين في العبد الواحد على الاستغلال أن الاستغلال انما يكون على حسب الاستعمال فلما  
 قل التفاوت في المنافع من حيث الخدمة لزم أن يقل التفاوت في الغلة أيضا بالضرورة فلم يظهر وجه المخالفة  
 بين المستثنين ولعل هذا هو السر في أن جماعة من الشراح ذكروا مضمون المعارضة المزبورة بطريق بيان  
 الفرق بين المستثنين من قبل الامامين وعزوه الى المبسوط ولم يتعرضوا للجواب عنه أصلا فتدبر (قوله  
 والتهاين في الخدمة جواز ضرورة ولا ضرورة في الغلة لانها أعيان باقية) هذا جواب عن قولهما  
 اعتبارا بالتهاب في المنافع وبيان الضرورة ما سميذ كره بعد هذا أن المنافع لا تبقى فيتعذر قسمتها قال  
 صاحب العناية ولقائل أن يقول علل التهاين في المنافع من قبل بقوله لان المنافع من حيث الخدمة قلما  
 تتفاوت وعلاها ههنا بضرورة تعذر القسمة وفي ذلك توارد علتين مستقلتين على حكم واحد بالشخص وهو  
 باطل ويمكن أن يجاب عنه بأن المذكور من قبل تنبذ هذا التعليل لان غلة الجواز تضر القسمة وقوله  
 التفاوت جميعا لأن كل واحد منهما معاملة مستقلة الى هنا كلامه أقول لا السؤال بشئ ولا الجواب  
 أما الاول فلان الباطل انما هو توارد علتين المستقلتين على الواحد بالشخص على طريق الاجتماع  
 لا تواردهما عليه على سبيل البسول كما تقرر في موضعه واللازم فيما نحن فيه هو الثاني دون الاول

في الخدمة وأجيب بأن التفاوت يمنع من رجحان معنى الافراز بخلاف الخدمة لما بينا من وجه الاصح أن المنافع في الخدمة قلما تتفاوت

وقوله (والتي تؤدي في الخدمة جواز ضرورة) جواب عن قولهما باعتبار التباين في المنافع وبين الضرورة ما نذكره بعد هذا أن المنافع لا تبقى فتعذر قسمتها ولا ضرورة في الغلة لا مكان قسمتها لكونها أعياناً ليستغللانه على طريق الشركة ثم قسمان ما حصل من الغلة ولقائل أن يقول علل جواز التباين في المنافع بقوله من قبل لأن المنافع من حيث الخدمة قبلت تفاوتت وعللها هنا بضرورة تعذر القسمة وفي ذلك توارد علتين مستقلتين على (٣٣) حكم واحد بالشخص وهو باطل ويمكن أن يجاب عنه بأن المذكور

من قبل تمتة هذا التعليل لأن غلة الجواز تعذر القسمة وقلة التفاوت جميعاً لأن كل واحد منهما ماعلة مستقلة وقوله (ولأن الظاهر) وجه آخر لإبطال القياس ولا يجوز في الدائنين عنده خلافاً لهما والوجه ما بيناه في الركوب وهو قوله اعتباراً بقسمة الأعيان الخ وقوله (ولو كان نخل أو شجر الخ) واضح

(كتاب المزارعة)

لما كان الخارج في عقد المزارعة من أنواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة بعدها وذكر المصنف رحمه الله معناها لغةً وشريعةً فأغنانا عن ذكره وسببه سبب المعاملات وشريعته مختلف فيها قال (قال أبو حنيفة رحمه الله المزارعة بالثلث والرابع باطله) وانما قيد بالثلث والرابع لتبيين محل النزاع لأنه لو لم يبين أصلاً أو عين دراهم مسماة كانت فاسدة بالاجماع انتهى أقول يرد على ظاهر أن المزارعة بالنصف وبالجمر وبغيرهما من الكسور ومحل النزاع أيضاً فكيف يبين بالتقيد بالثلث والرابع محل النزاع فالوجه ما ذكر في سائر الشروح من أنه انما قيد بالثلث والرابع مع أنه لا تجوز المزارعة في جميع الصور عنده تبركاً لفظ الحديث فإنه جاء في الحديث أنه عليه السلام نهى عن المخاربة فقيل وما المخاربة قال المزارعة بالثلث والرابع وانما خص في الحديث بذلك المكان العادة في ذلك الوقت بذلك التقدير انتهى والذي يمكن في توجيه ما في العناية أن المقصود بقوله انما قيد بالثلث والرابع مقابلة

والتي تؤدي في الخدمة جواز ضرورة ولا ضرورة في الغلة لا مكان قسمتها لكونها أعياناً ولأن الظاهر هو التسامح في الخدمة والاستقصاء في الاستغلال فلا يقاسان (ولا يجوز في الدائنين عنده خلافاً لهما) والوجه ما بيناه في الركوب (ولو كان نخل أو شجر أو غنم بين اثنين فتم باياً على أن يأخذ كل واحد منهما ما طائفة يستثمرها أو رعاها أو يشرب البانها لا يجوز) لأن المهايات في المنافع ضرورة أنها لا تبقى فتعذر قسمتها وهذه أعيان باقية ترد عليها القسمة عند حصولها والحيلة أن يبيع حصته من الآخر ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته أو ينتفع بالبن بقدر معلوم استقرار النصيب صاحبه إذ قرض المشاع جائز

(كتاب المزارعة)

(قال أبو حنيفة رحمه الله المزارعة بالثلث والرابع باطله) اعلم أن المزارعة لغة مفاعلة من الزرع وفي الشريعة هي عقد على الزرع يبيع الخاريج وهي فاسدة عند أبي حنيفة وقاله جازة لما روى أن النبي عليه السلام عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع

إذا لا يخفى أن المقصود من إيراد العلال المتعددة في أمثال هذا المقام هو التنبية على أن كل واحدة منهما تصلح لإفادة المدعى بالاستقلال بدلا عن الأخرى وفائدة ذلك بيان طرق مختلفة موصلة إلى المطلوب ليسلك الطالب أي طريق شاه وأما الثاني فلأن الظاهر من تعليل المصنف بأحدى العلتين المذكورتين في كل من الموضوعين المتفرقين أن يكون كل واحدة منهما ماعلة مستقلة والبالغ أن لا يفيد شيئاً منهما المدعى في مقامه ضرورة عدم حصول المطلوب بمجرد العلة على أن استقلال كل واحدة منهما في الإفادة يبرأ مافاة التفاوت فلأن القليل في حكم العدم في عامة أحكام الشرع وأما ضرورة تعذر القسمة فلأن الضرورات تتبع المحظورات على ما عرف ولت شعري ماذا يصنع الشارع المزور في قول المصنف فيما بعد ولأن الظاهر هو التسامح في الخدمة إلى آخره وقد اعترف بأنه وجه آخر لإبطال القياس وكذا في تقاض ذلك من الأدلة المتعددة المذكورة في كثير من المسائل فهل يجعل كل واحد منهما مجزأة لعله مستقلة والله الموفق للصواب

(كتاب المزارعة)

لما كان الخارج من الأرض في عقد المزارعة من أنواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة عقيب القسمة كذا في الشروح (قوله قال أبو حنيفة المزارعة بالثلث والرابع باطله) قال في العناية انما قيد بالثلث والرابع لتبيين محل النزاع لأنه لو لم يبين أصلاً أو عين دراهم مسماة كانت فاسدة بالاجماع انتهى أقول يرد على ظاهر أن المزارعة بالنصف وبالجمر وبغيرهما من الكسور ومحل النزاع أيضاً فكيف يبين بالتقيد بالثلث والرابع محل النزاع فالوجه ما ذكر في سائر الشروح من أنه انما قيد بالثلث والرابع مع أنه لا تجوز المزارعة في جميع الصور عنده تبركاً لفظ الحديث فإنه جاء في الحديث أنه عليه السلام نهى عن المخاربة فقيل وما المخاربة قال المزارعة بالثلث والرابع وانما خص في الحديث بذلك المكان العادة في ذلك الوقت بذلك التقدير انتهى والذي يمكن في توجيه ما في العناية أن المقصود بقوله انما قيد بالثلث والرابع مقابلة

ولأنه

أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع

(قوله وفي ذلك توارد علتين مستقلتين على حكم واحد بالشخص وهو باطل) أقول فيه تأمل (قال المصنف إذ قرض المشاع جائز) أقول نعم لكن تأجيل القرص ليس بجائز إلا أن يقال ليس قرصاً من كل وجه

ولما ذكر في الكتاب من القياس وقوله (لانه لا أثر هناك للعمل في تحصيلها) يعني لانه تخلل فعل فاعل مختار وهو أكل الحيوان فيضاف اليه واذا كان مضافا اليه لا يضاف الي غيره وهو العامل فلم يتحقق فيه الشركة (ولابي حنيفة رجه الله ما روى أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن الخبارة) فقيل وما الخبارة قال المزارعة بالثلث والرابع (ولانه استنجا ببعض ما يخرج من عمله) فانه لا تصح بدون ذكر المدة وذلك من خصائص الاجارة (فتكون في معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول) على تقدير وجود الخارج فانه لا يعلم أن نصيبه الثلث أو الربع يبلغ مقدار عشرة أقدرة أو أقل منه أو أكثر (أو معدوم) على تقدير عدم الخارج (وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي صلى الله عليه وسلم أهل خيبر كان خراج مقاسمة) وهي أن يقسم الامام ما يخرج (٣٣) من الارض وكان (بطريق المن والصلح) لانه لو أخذ الكل جاز لانه

عليه الصلاة والسلام ملكها غنيمة فكان مازك في أيديهم فضلا ولم يبين مدة معاملة وقد أجمعوا على أن عقد المزارعة لا يصح الا بين من مائة معاملة (وهو) أي خراج المقاسمة بطريق المن والصلح (جائز) فلم يكن الحديث حجة لمجوزها ولم يذكر الجواب عن القياس على المضاربة نظيره فساد فان من شرطه أن يتعدى الحكم الشرعي الى فرع هو نظيره وهما ليس كذلك لان معنى الاجارة فيها أغلب حتى اشترطت فيها المدة بخلاف المضاربة وقوله (واذا فسدت عنده) واضح وقوله (والخارج في الوجهين) يعني فيما اذا كان البذر من قبل العامل وفيما اذا كان من قبل رب الارض وقوله (لانه غنم ملكه) منقوض بن غصب بذرا فزرعه فان الزرع له وان كان غنم ملك

ولانه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبار المضاربة والجامع دفع الحاجة فان المال قد لا يهتدى الى العمل والقوى عليه لا يجد المال فست الحاجة الى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القرمع لانه بنصف الزوائد لانه لا أثر هناك للعمل في تحصيلها فلم يتحقق شركة وله ما روى انه عليه السلام نهى عن الخبارة وهي المزارعة ولانه استنجا ببعض ما يخرج من عمله فبكون في معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول أو معدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي عليه السلام أهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز (واذا فسدت عنده فان سقى الارض وكرهها ولم يخرج شيئ منه فله أجر مثله) لانه في معنى اجارة فاسدة وهذا اذا كان البذر من قبل صاحب الارض واذا كان البذر من قبله فعليه أجر مثل الارض والخارج في الوجهين لصاحب البذر لانه غنم ملكه ولا أثر الاجر كما فصلنا

التعدي بالاطلاق لا مقابلة التعدي بالتقييد يعني أنه قد بالثلث والرابع ولم يطلق عن التقييد بالكلية لانه قيد به ذلك القيد المخصوص وهو الثلث والرابع ولم يقيد بقيد آخر كالنصف وغيره لكن فيه ما فيه كما ترى (قوله ولانه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة) قال تاج الشريعة قلت الربح في المضاربة يحصل بحال من أحد الجانبين وبعمل من الجانب الآخر فتعقد شركة بينهما ما في الربح وهنا كذلك انتهى أقول لم يجز في المضاربة أن يكون المال والعمل من أحد الجانبين ولهذا قالوا هناك وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد وهنا جازنا سياتي في الكتاب أنه اذا كانت الارض لواحد والعمل والبقرة والبذر لواحد جازت المزارعة ولا شك أن البذر مال بل البقر أيضا مال وقد اجتمع العمل في أحد الجانبين فكيف يتم اعتبار المزارعة مطلقا بالمضاربة فتأمل (قوله لانه لا أثر هناك للعمل في تحصيلها) قال صاحب معراج الدراية في شرح هذا المحل لانه أي الزوائد على تأويل الزائد انتهى أقول هذا تعسف قبيح لا يقبله ذو فطرة سليمة عند مسأغ أن يحمل الضمير في قوله لانه على الشأن كما لا يخفى (قوله ومعاملة النبي عليه السلام أهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز) قال بعض الفضلاء هذا مخالف لما أسلفه في باب العشر والخراج ان أرض العرب كلها أرض عشرين خيبر من أرض العرب اه أقول كون خيبر من أرض العرب ممنوع كيف وقد تقرر في الباب المذكور أيضا أن أرض العرب لا يقر أهلها عليها على الكوفة فان مشركي العرب لا يقبل منهم الا الاسلام أو السيف وقد أقر النبي عليه السلام أهل خيبر على أراضيهم على الكفرة وذروا أرض العرب طولا وعرضا في الباب المسد كورقن أتقن ذلك في موضعه لعله يحكم بأن خيبر ليست من أرض العرب (قوله والخارج في الوجهين لصاحب البذر لانه غنم ملكه) قيل قوله لانه غنم ملكه منقوض بن غصب بذرا فزرعه فان الزرع له وان كان غنم ملك صاحب البذر وأجيب بأن الغنم عامل لنفسه

(٥ - تكلية ثامن) صاحب البذر وأجيب بأن الغنم عامل لنفسه باختياره وتحصيله فكان إضافة الحادث الى عمله أولى والمزارع عامل بأمر غيره فجعل العمل مضافا الى الأمر وقوله (كما فصلنا) إشارة الى قوله وهذا اذا كان البذر من قبل صاحب الارض الخ

(قال المصنف ولان الاجر مجهول أو معدوم) أقول فان قيل منقوض بالمضاربة والجواب ظاهر (قال المصنف ومعاملة النبي عليه الصلاة والسلام أهل خيبر كان خراج مقاسمة الخ) أقول مخالف لما أسلفه في باب العشر والخراج ان أرض العرب كلها أرض عشرين خيبر من أرض العرب فتأمل (قوله لان معنى الاجارة فيها أغلب) أقول ليس فيما ذكره ما يدل على الاغلبية بل على وجود معنى الاجارة (قوله منقوض بن غصب بذرا فزرعه الخ) أقول ويجوز أن يجاب بجمع كون الزرع غنم صاحب البذر فان الغنم ملكه بالزرع كما سبق في الغصب

وقوله (الآن الفتوى على قولهما) (٣٤) واضح وقوله (بيان المدة) يريد به مدة يمكن خروج الزرع فيها حتى لو بين مدة لا يمكن

فيها من المزارعة فسدت المزارعة وكذا اذا بين مدة لا يعيش أحدهما الى مثلها غالباً لأنه يصير في معنى اشتراط بقاء العقد الى ما بعد الموت وقوله (لأنه) أي لأن عقد المزارعة (عقد على منافع الأرض) يعني إذا كان البذر من قبل العامل (أو منافع العامل) يعني إذا كان البذر من قبل رب الأرض والمدة هي الميعار لها أي للمنافع بمنزلة السكيل أو الوزن وقوله (وهو) أي العقود عليه (منافع الأرض) ان كان البذر من قبل العامل (أو منافع العامل) ان كان البذر من قبل رب الأرض ففي الأول العامل مستأجر للأرض وفي الثاني رب الأرض مستأجر للعامل فلا بد من بيان ذلك بالأعلام وقوله (فما يقطع هذه الشركة كان مفسداً للعقد) لأنه اذا شرط فيها ما يقطع الشركة في الخارج يقع اجارة محضة والقياس يابى جواز الاجارة المحضة باجر معدوم

(قال المصنف والقياس يترك بالتعامل الخ) أقول لكن النص لا يترك به ألا يرى الى ما سبق في باب الربا أن النص أقوى من العرف والأقوى لا يترك

الآن الفتوى على قولهما ما لحاجة الناس اليها واظهر تعامل الامت بها والقياس يترك بالتعامل كافي الاستصناع (ثم المزارعة لصحتها على قول من يجيزها شرط أحدها كون الأرض صالحة للزراعة) لأن المقصود لا يحصل بدونه (والثاني أن يكون رب الأرض والمزارع من أهل العقد وهو لا يختص به) لأن عقداً ما لا يصح الا من الأهل (والثالث بيان المدة) لأنه عقد على منافع الأرض أو منافع العامل والمدة هي الميعار لها بالمعنى (والرابع بيان من عليه البذر) قطعاً للمنازعة واعلاماً للعقد عليه وهو منافع الأرض أو منافع العامل (والخامس بيان نصيب من لا بد من قبله) لأنه يستحقه عوضاً بالشرط فلا بد أن يكون معلوماً ولا يعلم بالشرط بالعقد (والثالث أن يخلى رب الأرض بينها وبين العامل حتى لو شرط عمل رب الأرض يفسد العقد) لقوات التخلية (والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله) لأنه ينعقد شركة في الانتهاء فما يقطع هذه الشركة كان مفسداً للعقد باختباره وتحصمه فكان اضافة الحادث الى عمله أولى والمزارع عامل بأمر غيره فجعل العمل مضافاً الى الأمر كذا في العناية وغيرها أقول النقض غير وارد أصلاً والجواب غير دافع لما ذكرنا من الأول فلان الزرع في الصور المذكورة ليس ببناء ملك صاحب البذر وانما هو ملك الغاصب اذ قد مر في فصل ما يتغير بعمل الغاصب من كتاب الغصب أنه اذا تغيرت العين الموصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك الموصوب منه عنها وملكها للغاصب وضمنها عندنا ومثل ذلك بأمثله منها ما اذا غصب حنطة فزرعها فقد تبين منه أن البذر بالغصب والزرع بصير ملك الغاصب فيكون الزرع غناء ملكه قطعاً وأما الثاني فلان محل النقض انما هو وقوله لأنه غناء ملكه وما ذكر في الجواب لا يفيد الفرق بين الغاصب والمزارع من جهة مورد النقض وانما يفيد الفرق بينهما من جهة كون أحدهما عاملاً لنفسه باختياره والاخر عاملاً بامر غيره والكلام في الأول دون الثاني فلا يتم التقريب (قوله الآن الفتوى على قولهما ما لحاجة الناس اليها واظهر تعامل الامت بها والقياس يترك بالتعامل كافي الاستصناع) أقول لقائل أن يقول نعم ان القياس يترك بالتعامل ولكن النص لا يترك بذلك لأن التعامل اجماع عملي والاجماع لا ينسخ به الكتاب ولا السنة على ما عرف في علم الاصول فبقى تمسك أبي حنيفة رحمه الله بالسنة وهي ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن الخابرة وهي المزارعة سالماً عملياً فدفعه فما وجه الفتوى على قولهما ما يمكن أن يقال له ما أن يذفع ذلك بحمل المروي عن النبي صلى الله عليه وسلم على ما اذا شرط في عقد المزارعة شرط مفسد اذ قد روي أنهم كانوا يشترطون فيه شيئاً معلوماً من الخارج لرب الأرض ونحو ذلك مما هو مفسد عندهما وقد أشار اليه صاحب الكافي حيث قال فان قيل التعامل على خلاف النص باطل قلنا النصوص الواردة في المجتهدات صور والنصوص والا لا يحل لاحد الخلاف فيها وان حملها على ما اذا شرط شرطاً مفسداً فقد روي أنهم كانوا يشترطون فيها شيئاً معلوماً من الخارج لرب الأرض ونحو ذلك مما هو مفسد عندهما الى هنا كلامه (قوله والخامس بيان نصيب من لا بد من قبله لأنه يستحقه عوضاً بالشرط فلا بد أن يكون معلوماً) أقول لاشك أن بيان نصيب كل من المتعاقدين مما لا بد منه في عقد المزارعة فعد بيان نصيب من لا بد من قبله من الشروط من الشروط ان شرطاً ما لا يجدي كبير طائل فتأمل (قوله والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله لأنه ينعقد شركة في الانتهاء فما يقطع هذه الشركة كان مفسداً للعقد) قال كثير من الشراح لأنه اذا شرط فيما يقطع الشركة في الخارج تبقى اجارة محضة والقياس يابى جواز الاجارة المحضة باجر معدوم انتهى أقول فيه شيء وهو أن القياس كما يابى جواز قياس الاجارة المحضة باجر معدوم يابى جوازها باجر موجوداً ايضاً اذ قد تقرر في كتاب الاجارة أن القياس

بالادنى وسيجيء أيضاً في فصل الوطاء والتظن من كتاب الكراهية لأنه لا يعتبر بالعادة مع النص (قال المصنف لأنه عقد على (والثامن منافع الأرض) أقول ذكر الضمير الرجوع الى المزارعة باعتبار الخبر ولو كونها في معنى أن مع الفعل

(والشامن بيان جنس البذر) ليصير الاجر معلوما قال (وهي عندهما على أربعة أوجه ان كانت الارض والبذر لواحد والبقر والعمل لواحد جازت المزارعة) لان البقرة آلة العمل فصار كما اذا استأجر خياطا ليخطب بآلة الخياط

بابي جواز الاجارة مطلقا لكون المعقود عليه الذي هو المنفعة غير موجود في الحال لكننا جوزناها استحسانا للحاجة الناس اليها فكيف يتم الاستدلال بمجرد أن يابى القياس جوازها على فساد المزارعة على تقدير بقائها اجارة محضة فالأظهر أن يقال بدل قواهم والقياس بابي جواز الاجارة المحضة بأجر معدوم والاجارة المحضة بأجر معدوم فاسد قطعاً ثم أقول لا يذهب على ذى فطرة سليمة أن مراد المصنف ههنا غير ما ذكره هؤلاء الشراح فانهم عللوا كون ما يقطع هذه الشركة مفسدا للعقد بأنه اذا شرط فيها ما يقطع الشركة في الخارج تبقى اجارة محضة والقياس بابي جواز الاجارة المحضة بأجر معدوم والمصنف فرغ كون ما يقطع هذه الشركة مفسدا للعقد على ما قبله حيث قال يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد فقد جعل علة ذلك ما قبله وهو مضمون قوله لانه ينعقد شركة في الانتهاء افراده ان عقد المزارعة شركة في الانتهاء وان كان اجارة في الابتداء فكان معنى الشركة معتبرا في انعقاد المزارعة فبا يقطع هذه الشركة يتنى المعنى المعتبر في انعقادها فيفسد عقد المزارعة لا للحالة (قوله وهي عندهما على أربعة أوجه) واعلم أن مسائل المزارعة في الجواز والفساد مبنية على أصل وهو أن المزارعة تنعقد اجارة وتم شركة وانعقادها اجارة انما هو على منفعة الارض أو على منفعة العامل دون منفعة غيرهما من منفعة البقر والبذر لانها استئجار ببعض الخارج وهو لا يجوز قياسا لكان جوازها في الارض والعامل لورود الشرع به فيهما أما في الارض فأثر عبد الله بن عمر رضي الله عنه وتعامل الناس وأما في العامل فعمل رسول الله صلى الله عليه وسلم مع أهل خيبر وتعامل لم يرد الشرع به في البذر والبقر فأخذنا فيهما بالقياس فكل ما كان من صور الجواز فهو من قبيل استئجار الارض أو العامل ببعض الخارج أو كان المشروط على أحدهما شئين متجانسين ولكن المنظور فيه هو استئجار الارض أو العامل ببعض الخارج لكونه موردا لآخر وكل ما كان من صور عدم الجواز فهو من قبيل استئجار الأخرين أو كان المشروط على أحدهما شئين غير متجانسين فلم يكن أحدهما بعبارة أخرى ولكن المنظور فيه هو استئجار غير الارض والعامل ببعض الخارج لعدم ورود الشرع في غيرهما وهذا هو الأصل الذي تدور عليه مسائل المزارعة كذاتي الشروح وأشار اليه في الذخيرة وجامع فخر الاسلام ثم ان صاحب العناية بعد ما ذكر الأصل المزبور قال فاذا عرف هذا فلا علينا في تطبيق الوجوه على الأصل المذكور فاما الوجه الأول فهو بما كان المشروط على أحدهما شئين متجانسين فان الارض والبذر من جنس والعمل والبقر من جنس والمنظور اليه الاستئجار يجعل كإن العامل استأجر الارض أو رب الارض استأجر العامل والوجه الثاني والثالث مما فيه استئجار الارض والعامل وأما الوجه الرابع على ظاهر الرواية فباطل لان المشروط شيئا غير متجانسين فلا يمكن أن يكون أحدهما تابعا للآخر بخلاف المتجانسين فان الأشرف أو الأصل يجوز أن يستتبع الاخر والفرع الى هنا كلامه أقول فيه خلل لانه جوز في الوجه الأول أن يجعل العامل مستأجر الارض وأن يجعل رب الارض مستأجر العامل ولا مجال فيه للأول بل لا بد أن يكون المستأجر فيه هو رب الارض لان البذر كان من قبله في هذا الوجه وقد تقرر فيما مر في الشرط الرابع من شروط صحة المزارعة عندهما أن البذر اذا كان من قبل رب الارض كان المعقود عليه منافع العامل فكان المستأجر هو رب الارض وانما يصح أن يكون العامل مستأجر فيما اذا كان البذر من قبله اذ يكون المعقود عليه حينئذ منافع الارض وعن هذا قال المصنف في تعليقه جواز المزارعة في الوجه الأول لان البقرة آلة العمل فصار كما اذا استأجر خياطا

وقوله (بيان جنس البذر) وجه القياس ليصير الاجر معلوما اذ هو جزء من الخارج فلا بد من بيانه ليعلم أن الخارج من أي نوع ولولم يعلم عسى أن لا يرضى لانه ربما يعطى بذرا لا يحصل الخارج به الا بعمل كثير وفي الاستحسان بيان ما يزرع في الارض ليس بشرط فوض الرأي الى المزارع أولم يفوض بعد أن ينص على المزارعة فانه مفوض اليه قال (وهي عندهما على أربعة أوجه) قيام المزارعة بأربعة أشياء الارض والبذر والعمل والبقر لا محالة ثم اما أن يكون الجميع لاحدهما أو لا لا سبيل الى الاول لان المزارعة شركة في الانتهاء واذا لم يكن من أحده الجانبين شئ لم تصور الشركة فتعين الثاني وهو اما أن يكون بينهما بالتصنيف أو بإثبات الأكثر والاول على وجهين على ما هو المذكور في المختصر

( قال المصنف وهي عندهما على أربعة أوجه) أقول أي المزارعة المستعملة بين الناس أربعة فلا يرد شئ على الحصر (قوله لان المزارعة شركة الخ) أقول ولا يمكن أن تنعقد اجارة أيضا كما لا يخفى

أن يكون الارض والبذر لواحد والعمل والبقر لآخر وهو الوجه الاول في الكتاب وأن يكون الارض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر وهو الوجه الرابع فيه والثاني أيضا على وجهين أحدهما أن يكون الارض والبقر لآخر وهو الوجه الثاني والآخر أن يكون العمل لآخر وهو الوجه الثالث وهي جائزة الرابع ووجه كل واحد مذکور في الكتاب وسأوضحه والمذکور من بطلان الرابع هو ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله أنه جائز أيضا وأعلم أن مبنى جواز هذه المسائل وفسادها على أن المزارعة تتعقد باجارة وتم شركة وان عقادها اجارة انما هو على منفعة الارض أو منفعة العامل دون غيرها من منفعة البقر والبذر لانه استتجار ببعض الخارج والقياس يقتضى أن لا يجوز في الارض والعامل أيضا الكفاية بالنص على خلاف القياس وانما ورد النص فيهما دون البذر والبقر أما في الارض فأثر عبد الله بن عمر رضي الله عنهما وتعامل الناس فانهم تعاملوا بشرط البذر على المزارع وحينئذ كان مستأجرا (٣٦) للارض ببعض الخارج وأما في العامل ففعل رسول الله صلى الله عليه وسلم مع

(وان كان الارض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت) لانه استتجار الارض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استأجرها بدهم معلومة (وان كانت الارض والبذر والبقر لواحد والعمل من آخر جازت) لانه استأجره للعمل بألة المستأجر فصار كما اذا استأجر خياط الخياط ثوبه بآرته أو طبايا بالطين عبره (وان كانت الارض والبقر والبذر والعمل لآخر فهي باطلة) وهذا الذي ذكره ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أنه يجوز أيضا لانه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا اذا شرط وحده وصار ككتاب العامل لخياط بآرته الخياط فانه غير له التصريح بأن المستأجر في هذا الوجه هو رب الارض والعامل هو الاجير كالخياط (قوله وان كانت الارض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت لانه استتجار الارض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استأجرها بدهم معلومة) أقول فيه نظرا لان سلم أنه استتجار الارض ببعض معلوم كما اذا استأجرها بدهم معلومة فان استتجار الارض ببعض من الخارج استتجار ببعض مجهول أو معدوم وكل ذلك مفسد كما مر في دليل أبي حنيفة على عدم جواز المزارعة كيف ولو كان ذلك استتجارا ببعض معلوم لكانت المزارعة جائزة على مقتضى القياس أيضا وقد صدر حوا بأن القياس يقتضى أن لا يجوز المزارعة مطلقا لكونها استتجارا ببعض الخارج وهو لا يجوز لكننا جوزناها فيما اذا كانت استتجارا من منفعة الارض أو العامل استتجارا بالنص والتعامل ولم يجوزها فيما سوى ذلك عملا بالقياس لعدم ورود الشرع به فيه فالحق في تعليل جواز هذا الوجه أن يقال لانه استتجار الارض ببعض الخارج وهو جائز بالنص وتعامل الامة (قوله وعن أبي يوسف أنه يجوز أيضا لانه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا اذا شرط وحده وصار ككتاب العامل) قال في العناية ووجهه غير ظاهر الرواية ما قال في الكتاب لو شرط البذر والبقر عليه أي على رب الارض جاز فكذا اذا شرط البقر وحده وصار ككتاب العامل اذا شرط البقر عليه والجواب أن البذر اذا اجتمع مع الارض استتبعته للتجانس وضعف جهة البقر معهما فكان استتجار العامل وأما اذا اجتمع الارض والبقر فلم تستتبعه وكذا في

أهل خير والتعامل فانهم ربما كانوا يشترطون البذر على صاحب الارض فكان حينئذ مستأجر للعامل بذلك فاقصرنا على الجواز بالنص فيهما وبقي غيرهما على أصل القياس فكل ما كان من صور الجواز فهو من قبيل استتجار الارض أو العامل ببعض الخارج أو كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين ولكن المنظور فيه هو استتجار الارض أو العامل بذلك لكونه مسود الاثر وكل ما كان من صور العدم فهو من قبيل استتجار الآخر أو كان المشروط على أحدهما شيئين غير

متجانسين ولكن المنظور اليه ذلك والضابط في معرفة التجانس ما فهم من كلامه وهو أن ما صدر فعله عن القوة الحيوانية وجه فهو جنس وما صدر عن غيرها فهو جنس آخر فاذا عرف هذا فاعلمنا في تطبيق الوجوه على الاصل المذكور فأما الوجه الاول فهو مما كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين فان الارض والبذر من جنس والعمل والبقر من جنس والمنظور اليه الاستتجار يجعل كان العامل استأجر الارض أو رب الارض استأجر العامل والوجه الثاني والثالث مما فيه استتجار الارض والعامل وأما الوجه الرابع على ظاهر الرواية فيبطل لان المشروط شيئا غير متجانسين فلا يمكن أن يكون أحدهما تابعا للآخر بخلاف المتجانسين فان الاشرف والأصل يجوز أن يستتبع الاخر والفرع ووجه غير ظاهر الرواية ما قال في الكتاب لو شرط البذر والبقر عليه أي على رب الارض جاز فكذا اذا شرط البقر وحده وصار ككتاب العامل اذا شرط البقر عليه

(قوله وهي جائزة الرابع) أقول أي الوجوه المذكورة جائزة الرابع (قوله والمذکور من بطلان الرابع) أقول لفظه من بيانية (قوله لانه استتجار ببعض الخارج والقياس يقتضى أن لا يجوز) أقول يعني أن لا يجوز الاستتجار ببعض الخارج (قوله ولكن المنظور اليه ذلك) أقول كما يستتبعه بقوله ذلك إشارة الى استتجار الاخرس (قوله والمنظور اليه الاستتجار يجعل كان العامل استأجر الارض) أقول فيه بحث اما أولا فلانه مخالف للشروح وأما ثانيا فلانه مخالف لما صرح به نفسه من أن المستأجر هو صاحب البذر



والجواب أن البذر إذا اجتمع مع الأرض استتبعته لتجانس وضعف جهة البقر معهما فكان استئجار العامل وأما إذا اجتمع الأرض والبقر فلم تستتبعه وكذلك في الجانب الآخر فكان في كل من الجانبين معارضة بين استئجار الأرض وغير الأرض والعامل وغيره فكان باطلا وإقائل أن يقول استئجار الأرض والعامل منصوص عليه دون الآخر فيكون أرجح ويلزم الجواز ويمكن أن يجاب عنه بأن النص في المزارعة لما ورد على خلاف القياس على ما مر ضعف العمل به مع وجود المعارض وقوله كل ذلك بخلاف الله تعالى لا مدخل له في الدليل وإنما ذكره لأنه لما أضاف منفعة الأرض إلى قوة في طبعها توهم أن ينسب إلى القول بالطبيعة فدفع ذلك وههنا وجهان آخران لم يذكرهما القدرى رحمه الله وهما فاسدان وقد ذكر المصنف رحمه الله وجه ذلك وبقي عليه اشكال وهو أن صاحب الأرض لم يسلم الأرض إلى صاحب البذر فيستوجب عليه أجر مثل أرضه وأجيب بأن منفعة العامل ومنفعة الأرض صارتا مسلمتين إلى صاحب البذر لسلامة الخارج له حكم وكذلك أن لم يخرج الأرض شيئا لأن عمل العامل بأمره في القاء بذره كعمله بنفسه فيستوجب عليه أجر مثله في الوجهين وثمة وجه آخر لم يذكره أي القدرى وصاحب الهداية جميعا وهو أن يشترك أربعة (٣٧) على أن يكون البذر من واحد والعمل من

وجه الظاهر أن منفعة البقر ليست من جنس منفعة الأرض لأن منفعة الأرض قوة في طبعها يحصل بها النماء ومنفعة البقر صلاحية يقام بها العمل كل ذلك بخلاف الله تعالى فلم يتجانسا فتعذر أن تجعل تابعة له بخلاف جانب العامل لأنه تجانست المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة العامل وههنا وجهان آخران لم يذكرهما أحدهما أن يكون البذر لأحدهما والأرض والبقر والعمل لا خوف أنه لا يجوز لأنه يتم شركة بين البذر والعمل ولم يرد به الشرع والثاني أن يجمع بين البذر والبقر وأنه لا يجوز أيضا لأنه لا يجوز عند الأفراد فكذلك عند الاجتماع والخارج في الوجهين لصاحب البذر في روايته اعتبارا بسائر المزارعات الفاسدة وفي رواية لصاحب الأرض وبصير مستقرض بالبذر قبضه لا اتصاله بأرضه

الجانب الآخر فكان في كل من الجانبين معارضة بين استئجار الأرض وغير الأرض والعامل وغيره فكان باطلا أه أقول في هذا الجواب بحث أما أول فلان البذر إذا اجتمع مع الأرض تعين أن يكون رب الأرض مستأجرا والعامل أجرا فلا يبقى لحديث استتباع الأرض البذر محل لان المصير إليه للاحتراز عن لزوم استئجار البذر أصالة وإذا تعين أن تكون هذه الصورة من قبيل استئجار العامل دون الجانب الآخر لم يبق احتمال لزوم استئجار البذر سواء استتبعته الأرض أم لا فلم يكن للاستتباع تأثير في هذه الصورة قط وأما ثانيا فلان قوله فكان في كل من الجانبين معارضة بين استئجار الأرض وغير الأرض والعامل وغيره يشعر بجواز اعتبار استئجار كل من جاني رب الأرض والعامل في الصورة المذكورة وقد مر مرارا أن البذر يعين الجانب الذي وجد فيه لأن يكون مستأجرا لا خوف في الجواب أن يقال إذا شرط البذر والبقر على رب الأرض كان استئجار العامل لا غيره أصلا فكان صحيحا قطعاً وأما إذا لم يشترط البذر عليه بل شرط عليه البقر وحده كان استئجار الأرض وغيرها الذي هو البقر وليس الثاني تابعا للأول لعدم التجانس كما بين في وجه ظاهر الرواية فكان باطلا لعدم ورود الشرع لاستئجار البقر أصالة ببعض من الخارج فتدبر (قوله وههنا وجهان آخران لم يذكرهما الخ) قال صاحب العناية

آخر والأرض من آخر والبقر من آخر قال محمد رحمه الله في كتاب الأثر أخبرنا عبد الرحمن الأوزاعي عن واصل ابن أبي جيل عن مجاهد أنه وقع في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فالغنى رسول الله صلى الله عليه وسلم صاحب الأرض وجعل لصاحب الفدان أجر اسمي وجعل لصاحب العمل درهما المثل يوم وألقى الزرع كله لصاحب البذر فهذه مزارعة فاسدة لما فيها من اشتراط الفدان على أحدهما مقصودا به وفيها الخارج لصاحب البذر لأنه تعالى بذره ومعنى قوله الغنى صاحب الأرض لم يجعل له شيئا من الخارج لأنه لا يستوجب أجر مثل

الأرض وأعطى لصاحب العمل كل يوم درهما لأن ذلك كان أجر مثل عمله ولم يذكر أجر الفدان لكونه معلوما من أجر العامل

(قال المصنف لأنه يتم شركة بين البذر والعمل) أقول لم يقل يتم شركة بين البذر والأرض وبين البذر والبقر لان الشركة غير معتادة بين البذر من جانب والبقر من جانب والبذر من جانب والعمل من جانب والبقر من جانب والبذر من جانب والعمل من جانب ومع كونه معهودا لا يجوز لعدم ورود الشرع بهذا ولعل الأولى أن يقال إنما لم يقل كذلك لان المزارعة عقد شركة بين المال والعمل عندهما كالمضاربة فليتأمل (قوله ويمكن أن يجاب عنه بان النص في المزارعة لما ورد على خلاف القياس على ما مر ضعف عن العمل به مع وجود المعارض) أقول وفيه بحث فان أمور المسلمين تحمل على الصلاح ما أمكن (قوله وبقي عليه اشكال) أقول يعني على الرواية الأولى (قوله وهو أن صاحب الأرض لم يسلم الأرض إلى صاحب البذر ويستوجب عليه حرا حقه الخ) أقول لا بد من التأمل انه لم لا يحكم بأجر مثل العامل مع انه قال يتم شركة بين البذر والعمل (قوله ويجعل لصاحب الفدان أجرا) أقول الفدان البقر الذي يحيرت بها على وزن الفعال بالتشديد

قال (ولا تصح المزارعة الاعلى مدة معلومة) قال (ولا تصح المزارعة الاعلى مدة معلومة الخ) معلومة مدة المزارعة شرط يجوزها لما بيننا يعني قوله في بيان شروطها والثالث بيان المدة لانه عقد على منافع الارض الخ والاصل في هذا أن كل ما كان وجوده شرطا للجواز فعدمه مانع عنه لان الشرط لازم وانتهائه ينسبتنزم انتفاء المزروم وكذا شيوخ الخارج تحقيقا لمعنى الشركة شرط الجواز فاذا اتى في فسدت وقوله (وصار كما اذا شرطت رفع الخراج) والارض خراجية والخراج خراج وتطبيقه بأن يكون دراهم مسماة بحسب الخارج وققرانا معلومة وأما اذا كان خراج مقاسمة وهو جزء من الخراج مشاعا نحو الثلث أو الربع فانه لا تفسد المزارعة بهذا الشرط والماذيات جمع الماذيان وهو أصغر من النهر وأكبر من الجدول وقيل ما يجتمع مع فيه ماء السيل ثم تسقى منه الارض والسواقي جمع الساقية وهو فوق الجدول ودون النهر وكذا في المغرب

قال (ولا تصح المزارعة الاعلى مدة معلومة) لما بيننا (وان يكون الخراج شائعا بينهما) تحقيقا لمعنى الشركة (فان شرط الاحد مسماة فلهى باطله) لان به تنقطع الشركة لان الارض عساها لا يخرج الا هذا القدر فصار كاشتراط دراهم معدودة لاحد ههما في المضاربة وكذا اذا شرط أن يرفع صاحب البذر بذره ويكون الباقي بينهما نصين لانه يؤدي الى قطع الشركة في بعض معين أو في جميعه بأن لم يخرج الا قدر البذر فصار كما اذا شرط رفع الخراج والارض خراجية وأن يكون الباقي بينهما ما لانه معين بخلاف ما اذا شرط صاحب البذر عشر الخراج لنفسه أو لوالده والباقي بينهما لانه معين مشاع فلا يؤدي الى قطع الشركة كما اذا شرط رفع العشر وقسمه الباقي بينهما ما لانه معين مشاع اذا شرط ما على الماذيات والسواقي) معناه لاحد ههما لانه اذا شرط لاحد ههما زرع موضع معين أفضى ذلك الى قطع الشركة لانه لعله لا يخرج الا من ذلك الموضع وعلى هذا اذا شرط لاحد ههما ما يخرج من ناحية معينة ولا يخرج ما يخرج من ناحية أخرى

وغه وجه آخر لم يذكره جميعا وهو أن يشترك أربعة على أن يكون البذر من واحد والعمل من آخر والبقر من آخر والأرض من آخر أقول الظاهر أن الكلام في العقد الجارى بين الاثنين والأثمة وجوه آخر لم يذكرها ولا أحد غيرهما وهي أن يشترك ثلاثة على أن يكون البذر من واحد والعمل من آخر والباقيان من آخر وعلى أن يكون البقر من واحد والارض من آخر والباقيان من آخر وعلى أن يكون البقر من واحد والارض من آخر والباقيان من آخر الخ الى غير ذلك من الصور الممكنة بين الثلاثة فكان التعرض ههنا للوجه الذي ذكره صاحب العناية خروجا عن الصدوع عن هذا ترى عامة الشراخ لم يتعرضوا أصلا والاولى ههنا أن يقال وغه وجه آخر لم يذكره جميعا وهو أن يكون البقر لاحد ههما والبواقي الثلاثة لا آخر كما أشار اليه صاحب النهاية عند بيان وجه ضبط الوجة في صدر المسئلة وبيان الفحصارها عقلا في سبعة وقال ان حكمه كحكمكم أن يكون البذر لاحد ههما والباقي للآخر وهو الفساد وقال صاحب العناية متصلا بكلامه السابق قال محمد في كتاب الآثار أخبرنا عبد الرحمن الازاعي عن واصل بن أبي جيل عن مجاهد أنه وقع في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فأنى رسول الله صلى الله عليه وسلم صاحب الارض وجعل لصاحب الفدان أجرا سمى وجعل لصاحب العمل درهم الكل يوم وألحق الزرع كله لصاحب البذر ثم قال ومعنى قوله أنى صاحب الارض لم يجعل له شيا من الخراج لانه لا يستوجب أجر مثل الارض وأعطى لصاحب العمل كل يوم درهما لان ذلك كان أجر مثل عمله ولم يذكر أجر الفدان لكونه معلوما من أجر العامل انتهى كلامه أقول توجيهه المروي عن النبي عليه الصلاة والسلام بما ذكره على كلام أما أولان لان كون معنى قوله أنى صاحب الارض لم يجعل له شيا من الخراج مما ياباه مقابلة قوله وجعل لصاحب الفدان أجرا سمى وجعل لصاحب العمل درهم الكل يوم اذ لم يجعل لصاحب الفدان وأصاحب العمل أيضا شيا من الخراج بل جعل لكل واحد منهما أجرا كما صرح به الراوى فكيف يحسن مقابلهما بالغا لصاحب الارض بالمعنى الذى ذكره اللهم الأنا يقال ذلك المعنى وان كان مما لا يساعد ظاهر اللفظ لكن الضرورة دعت اليه وصارت قرينة عليه اذ لا محالة انه لم يتحقق هناك ما يقتضى كون صاحب الارض متبرعا فلا جرم انه استوجب أجر مثل أرضه وأما ثانيا فلان قوله ولم يذكر أجر الفدان لكونه معلوما من أجر العامل منظور فيه اذ لا يخفى أنه لا يلزم التوافق بين أجر الفدان وأجر العامل بل لا يجوز أن يكون أجر أحدهما نصف أجر الآخر أو ثلثه أو ربعه أو غير ذلك فكيف يعلم أجر أحدهما من الآخر سيما اذا كان المعين مؤخرا عن المبهم في الذكر اللهم الأنا يقال كان العرف جاريا في ذلك الزمان على اعتبار تساويهما في الاجر فبناء على ذلك يجوز أن يعلم أجر أحدهما من أجر الآخر لكن الاظهر عندى أن يكون

(وكذا)



لانه تعالى ملكه واستحقاق الاجر منه بالتسمية وقد فسدت وان كان البذر من قبيل رب الارض فللعامل اجر مثله لا يزداد على قدر المشروط له لانه رضى بسقوط الزيادة وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله له اجر مثله بالغاما بلغ لانه استوفى منافعه بعقد فاسد فيجب عليه قيمته الا لمثل لها قال المصنف رحمه الله (وقدم في الاجارات) قال صاحب النهاية رحمه الله وفي هذا الذي ذكره من الحوالة نوع تفسير لانه ذكر في باب الاجارة الفاسدة من كتاب الاجارات في مسألة ما اذا استأجر حجارا يحمل عليه طعاما بقدر زمنه فالاجارة فاسدة ثم قال ولا يجوز بالاجر فقهه زلانه لفساد الاجارة فالواجب الاقل مما سمي ومن اجر المثل وهذا بخلاف ما اذا اشترى كافي الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغاما بلغ عند محمد رحمه الله لان المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط فيه مجموع هذا الذي ذكره في الاجارة يعلم ان عند محمد لا يبلغ اجر المثل بالغاما بلغ في الاجارة الفاسدة كما هو قولها الا في الشركة في الاحتطاب ثم ذكره هنا وقال محمد له اجر مثله بالغاما بلغ الى ان قال وقد مر في الاجارات وذلك يدل على ان مذهبه في جميع الاجارات الفاسدة يبلغ الاجر بالغاما بلغ وليس كذلك وأجيب بأن هذه الاجارة من قبيل الشركة في الاحتطاب لان الاجر غير معلوم قبل خروج الخارج وهذه حوالة بلا تفسير وان كان البذر (٤٠)

منافع الارض بعقد فاسد لانه تعالى ملكه واستحقاق الاجر بالتسمية وقد فسدت فيبقى النماء كله لصاحب البذر قال (ولو كان البذر من قبيل رب الارض فللعامل اجر مثله لا يزداد على مقدار ما شرط له من الخارج) لانه رضى بسقوط الزيادة وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله (وقال محمد له اجر مثله بالغاما بلغ لانه استوفى منافعه بعقد فاسد فيجب عليه قيمته الا لمثل لها وقد مر في الاجارات) وان كان البذر من قبيل العامل فلصاحب الارض اجر مثل أرضه) لانه استوفى منافع الارض بعقد فاسد فيجب ردها وقد تعذر ولا مثل لها فيجب رد قيمتها وهل يزداد على ما شرط له من الخارج أو لا فهو على الخلاف المار ولوجع بين الارض والبقر حتى فسدت المزارعة فعلى العامل اجر مثل الارض والبقر) هو الصحيح لان له مدخلا في الاجارة وهي اجارة معني (واذا استحق رب الارض الخارج لبذره في المزارعة الفاسدة طاب له جميعه) لان النماء حصل في أرض مملوكة له (وان استحقه العامل أخذ قدر بذره وقدر اجر الارض وتصدق بالفضل) لان النماء يحصل من البذر ويخرج من الارض وفساد المثل في منافع الارض أو جيب خبثا فيه فما سلم له بعوض طاب له وما لا عوض له تصدق به

ههنا قاصرة عن افادة تمام المراد لان المزارعة الصحيحة كما تكون استئجارا للعامل وذلك فيما اذا كان البذر من جانب رب الارض كذلك تكون استئجارا للارض وذلك فيما اذا كان البذر من جانب العامل وقوله وان لم يخرج الارض شيئا فلا شيء للعامل يفيد حكم الصورة الاولى دون الصورة الثانية بل يدل على كون الحكم في الثانية على خلاف الحكم في الاولى بمقتضى قوله - ان يخصه - بص الشئ بالذ كرفي الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه فكان الظاهر ان يقال وان لم يخرج الارض شيئا فلا شيء لاحد من المتعاقدين لا يقال علل المصنف قوله وان لم يخرج الارض شيئا فلا شيء للعامل بقوله لانه يستحقه شركة ولا شركة في غير الخارج وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره ولما جرى هذا التعليل في صورة استئجار

لقول محمد رحمه الله في الاصل لصاحب البقر والارض اجر مثل أرضه وبقره على صاحب البذر قال أن المراد به أن يجب اجر مثل الارض مكروبة أما البقر فلا يجوز أن يستحق بعقد المزارعة بحال فلا يعقد العقد عليه صحيا ولا فاسدا ووجوب اجر المثل لا يكون بدون عقد لان المنافع لا تقوم بدون وقوله (واذا استحق رب الارض الخ) واضح خلا أنه يحتاج الى فارق بين خبث يمكن في منفعة الارض فأوجب التصديق بالفضل وبين خبث يمكن في عمل العامل فلم يوجد ذلك وفي كلام المصنف رحمه الله اشارة الى ذلك حيث قال لان النماء يحصل من البذر ويخرج من الارض يعني فهو يحتاج اليهما على ما جرت به العادة احتياجا بالغا فكان الخبث شديدا فأورث وجوب التصديق وعمل العامل وهو ابقاء البذر وفتح الجداول ليس بتلك المثابة لجواز حصوله بدون عاده كما ذهبت الریح فألقت البذر في أرض وأمطرت السماء فكان ما يمكن به شبهة الخبث فلم يورث وجوب ذلك

(قوله ثم قال ولا يجوز بالاجر فقهه زلانه) أقول فيه شيء وجوابه أن مفعول ذكره محذوف والتقدير ذكره (قوله فبمجموع هذا الذي ذكره في الاجارة يعلم ان عند محمد لا يبلغ اجر المثل بالغاما بلغ ثم ذكر في الاجارات الفاسدة) أقول فيه شيء والظاهر أن قوله ثم ذكره ومن قلم النامخ (قوله لان الاجر غير معلوم قبل خروج الخارج الخ) أقول لا يلائم التعليل المذكور من قبله ههنا

قال (وإذا عقدت المزارعة) في هذا بيان صفة عقد المزارعة بكونه لازما أو غيره وهو لازم في حال دون حال أما بعد الغناء البذر في الأرض فإنه لازم من الجانبين ليس لاحدهما فسخه الآخر وأما قبله فلازم من جهة من ليس البذر من جهته وغير لازم من جهة من هو من جهته فلو امتنع صاحب البذر لم يجبر عليه لأنه لا يمكنه المضى على العقد إلا بضرر يلزمه وهو استهلاك البذر في الحال فصار كمن استأجر رجلا ليدم داره (وان امتنع غيره أجبره الحاكم على العمل لأنه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر) سوى ما التزمه بالعقد لأنه التزم إقامة العمل وهو قادر عليها (والعقد لازم) من جهته (بمنزلة الاجارة الا اذا كان عذرا يفسخ به الاجارة) كالمرض المانع للعامل عن العمل والدين الذي لا وقاه عنده الا يبيع الأرض (فتفسخ به المزارعة ولو امتنع رب الأرض) (٤١) والبذر من قبله وقد كرب المزارع الأرض فلا شيء له في عمل

قال (وإذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه) لأنه لا يمكنه المضى في العقد الا بضرر يلزمه فصار كما اذا استأجر أجيرا ليدم داره (وان امتنع الذي ليس من قبله البذر أجبره الحاكم على العمل) لأنه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر والعقد لازم بمنزلة الاجارة الا اذا كان عذرا يفسخ به الاجارة فيفسخ به المزارعة قال (ولو امتنع رب الأرض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الأرض فلا شيء له في عمل الكراب) قيل هذا في الحكم فالما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل لأنه غيره في ذلك قال (وإذ مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة) اعتبارا بالاجارة وقد مر الوجه في الاجارات فلو كان دفعها في ثلاث سنين

الأرض أيضا فهم منه حكم هذه الصورة أيضا كما كتفي بذكره لانا نقول عبارة المسئلة عبارة مختصر القدوري والمؤاخذة بقصورها في افادة تمام المراد انما ترد على القدوري فالتعليل الذي ذكره المصنف بعدم مدة طويلة كيف يدفع عنه التقصير السابق والتي سلم ذلك فلان تسليم جربان التعليل المذكور وعماه في صورة استئجار الأرض أيضا ألا ترى أن عامة الشرايح ذكروا أن قوله وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره بشكل من استأجر رجلا بعين فعل الاجير وهو ملك العين قبل التسليم فإنه يجب على المستأجر أجر المثل فليكن هذا مثله لان المزارعة صحت والاجر مسمى وذلك الاجر قبل التسليم وأجابوا عنه بان الاجر ههنا ملك بعد التسليم لان المزارع قبض البذر الذي يتفرع منه الخارج وقبض الاصل قبض لفرعه والاجر العين اذا ملكت بعد التسليم الى الاجير لا يجب للاجير شيء آخر فكذا ههنا انتهى ولا يذهب عليك أن هذا الجواب لا يتمشى في صورة استئجار الأرض فان رب الأرض لا يقبض البذر الذي يتفرع منه الخارج حتى يكون قبضه قبضا لفرعه فلم يتم التعليل المذكور في حق هاتيك الصورة فتعين القصور تأمل (قوله ولو امتنع رب الأرض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الأرض فلا شيء له في عمل الكراب) لان المأني به مجرد المنفعة وهو لا يتقوم الا بالعقد والعقد قومه يجزى من الخارج وقد فات كذا في عامة الشرايح وقال بعد ذلك في النهاية ومعراج الدراية ولان المزارع عامل لنفسه لانه استأجر الأرض ليقوم العمل فيها بنفسه والعامل لنفسه لا يستوجب الاجر على غيره انتهى أقول ليس هذا بسديد اذ قدم مرارا وتكرارا أن البذر اذا كان من قبل رب الأرض تعيين ان يكون المستأجر هو رب الأرض والمقروض في مسئلتنا أن يكون البذر من قبل رب الأرض فكيف يتم القول بأن المزارع استأجر الأرض ليقوم العمل فيها بنفسه (قوله واذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة اعتبارا بالاجارة) هذا جواب القياس وأما في الاستحسان فيبقى عقد المزارعة الى أن يستحصل الزرع كذا في الشروح وعزاه في النهاية ومعراج الدراية الى المسوط والخيرة وقال بعد ذلك في العناية

الكراب) لان المأني به مجرد المنفعة وهو لا يتقوم الا بالعقد والعقد قومه يجزى من الخارج وقد فات (قيل هذا) الجواب (في الحكم فأما فيما بينه وبين الله تعالى فيلزمه استرضاء العامل لأنه غيره في الاستعمال واذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة) قياسا على الاجارة لكونها عقدا فيه الاجارة (وقدم الوجه في الاجارات) وهو قوله لانه لو بقي العقد صار المنفعة المملوكة أو الاجرة تغير العقاد مستحقا بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز في الاستحسان يبقى العقد الى أن يستحصل الزرع نظرا للمزارع فإنه في الزرع غير متعدد فلو لم يبق العقد وانتقل الى الورثة ربه القلع والزرع وتضرره المزارع ولا يجوز الخاق الضرر على غير المتعدى

(٦ - تكملة ثامن) واليه أشار المصنف بقوله (فلو كان دفعها في ثلاث سنين الخ) واعلم أنه أراد بقوله واذا مات أحد المتعاقدين بعد الزرع لان الذي يكون قبله مذكور فيما يليه ولم يفصل بين ما اذا نبت الزرع أو لم ينبت ولكنه ذكر جواب النابت في قوله في وجه الاستحسان

(قوله وان امتنع غيره أجبره الحاكم على العمل) أقول الظاهر الاطلاق عن هذا القيد فقد يكون العمل على صاحب البذر أيضا ويكون من الجانب الآخر الأرض فقط (قوله نسرر سوى ما التزمه بالعقد) أقول فيه بحث (قوله لقلعوا الزرع وتضرره المزارع) أقول القلع مخصوص بما اذا كان البذر من قبل العامل أما اذا كان من جهة رب الأرض فالقلع اتلاف لما لهم ولا يرتكبه عاقل فوجهه حينئذ لو فسخ العقد يذهب عمله مجازا بعد ما ظهر حقه

(فلم تبت الزرع في السنة الاولى) ولم يذ كر جواب ما لم يثبت عند موتها وعلله ترك ذلك اعتمادا على دخوله في اطلاق أول المسئلة (ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعدما كرب العامل الارض وحفر الانهار تنقضت المزارعة لانه ليس فيه ابطال مال على المزارع ولا شيء للعامل بمقابلة ما عمل) للماسئذ كر (٤٣) بعيد هذا (واذا فسخت المزارعة بدين فادح) أي ثقيل من فدحه الامر

أي أنقله (لحق صاحب الارض أحوجه الى بيعها جاز) الفسخ (كما في الاجارة) والتشبيه بالاجارة يشير الى أنه اختار رواية الزيادات فانه عليها لا بد لصحة الفسخ من القضاء أو الرضا لانها في معنى الاجارة وعلى رواية كتاب المزارعة والاجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه الى ذلك (وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشئ لان المنافع انما تنقوم بالعقد وهو انما يقوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شئ) وهذا هو الموعد وقد ذكرناه من قبل قال في النهاية وهذا الجواب بهذا التعليل انما يصح ان لو كان البذر من قبل العامل أما اذا كان البذر من قبل رب الارض فللعامل أجر مثل عمله وذلك لان البذر اذا كان من قبل العامل يكون مستأجرا للارض فيكون العقد واردا على منفعة الارض لا على عمل العامل فيبقى عمل العامل من غير عقد ولا شبهة عقد فلا يتقوم على رب الارض

فلم تبت الزرع في السنة الاولى ولم يستخصد الزرع حتى مات رب الارض ترك الارض في يد المزارع حتى يستخصد الزرع ويقسم على الشرط وتنقض المزارعة فيما بقي من السنتين لان في ابقاء العقد في السنة الاولى مراعاة للحقين بخلاف السنة الثانية والثالثة لانه ليس فيه ضرر بالعامل فيحافظ فيهما على القياس (ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعدما كرب الارض وحفر الانهار تنقضت المزارعة) لانه ليس فيه ابطال مال على المزارع (ولا شئ للعامل بمقابلة ما عمل) لماتين ان شاء الله تعالى (واذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها اجاز) كما في الاجارة (وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشئ) لان المنافع انما تنقوم بالعقد وهو انما يقوم بالخارج

واعلم أنه أراد بقوله واذا مات أحد المتعاقدين بعد الزرع لان الذي يكون قبله مذكور فيما يليه ولم يفصل بين ما اذا تبت الزرع أو لم يثبت ولكنه ذ كر جواب النابت في قوله في وجه الاستحسان فلم تبت الزرع في السنة الاولى ولم يذ كر جواب ما لم يثبت عند موتها وعلله ترك ذلك اعتمادا على دخوله في اطلاق أول المسئلة انتهى أقول فيه بحت لان ما ذ كر في أول المسئلة انما هو جواب القياس كما صرحوا به فاطبة فيدخل فيه ما تبت الزرع عند موتها ولم يثبت ولا شئ أن مراده بالجواب في قوله ولكنه ذ كر جواب النابت في قوله في وجه الاستحسان فلما تبت الزرع في السنة الاولى ولم يذ كر جواب ما لم يثبت عند موتها انما هو جواب الاستحسان فكيف يتم قوله وعلله ترك ذلك اعتمادا على دخوله في أول اطلاق المسئلة ولا ريب أن دخوله في جواب القياس لا يقتضي دخوله في جواب الاستحسان أيضا وعن هذا اختلاف المشايخ فيه كما صرح به في الذخيرة حيث قال واذا مات رب الارض بعد الزراعة قبل النبات هل تبقى المزارعة فيه اختلاف المشايخ انتهى (قوله واذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها اجاز كما في الاجارة) قال في النهاية ثم هل يحتاج في فسخ المزارعة الى قضاء القاضي أو الى الرضا ذ كر في الذخيرة فيه اختلاف الروايات فقال لا بد لصحة الفسخ من القضاء أو الرضا على رواية الزيادات لانها في معنى الاجارة وعلى رواية كتاب المزارعة والاجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه الى القضاء ولا الى الرضا بعض مشايخنا المتأخرين أخذوا برواية الزيادات وبعضهم أخذوا برواية الاصل والجامع الصغير انتهى وقال في العناية والتشبيه بالاجارة يشير الى أنه اختار رواية الزيادات فانه عليها لا بد لصحة الفسخ من القضاء أو الرضا لانها في معنى الاجارة وعلى رواية كتاب المزارعة والاجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه الى ذلك انتهى أقول فيه نظر لان التشبيه بالاجارة انما يصلح للإشارة الى أنه اختار رواية الزيادات أن لو كانت الرواية في الاجارة مقصورة على افتقار الفسخ فيها الى القضاء أو الرضا وكان المصنف قد اختار هناك صرح بما رواه افتقار الفسخ الى أ - دهما ولم يكن شئ منهما فان المصنف قال هناك ثم قول القسودرى فسخ القاضي اشارة الى أنه يقتصر على قضاء القاضي في النقص وهكذا ذ كر في الزيادات في عذر الدين وقال في الجامع الصغير وكل ما ذ كرنا أنه عذر فالاجارة فيه تنقض وهذا يدل على أنه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي انتهى فنأمل (قوله وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشئ) قال في النهاية الفسخ بعد عقد المزارعة وعمل العامل يتصور في صور ثلاث ذ كر في الكتاب

وأما اذا كان البذر من قبل رب الارض حتى كان رب الارض مستأجرا للعامل فكان العقد واردا على منافع الاجر فيتقوم فاذا منفعه وعمله على رب الارض ويرجع على رب الارض بأجر مثل عمله كذا في الذخيرة محالة الى مزارعة شيخ الاسلام رحمه الله وفيه نظر

(قوله اعتمادا على دخوله في اطلاق أول المسئلة) أقول فيه تأمل فان التعليل بمراعاة الحقين يشمله أيضا فكيف يدخل في اطلاق أول المسئلة وسيجيء في هذا الدرس من الشارح في مسئلة الفسخ بعذر الخ ما يؤيد ما قلناه (قوله لا يحتاج فيه الى ذلك الخ) أقول كما في الاجارة

لان منافع الاجير وعمله اعناية وم على رب الارض بالعقد والعقد انما قوم بالخارج (فاذا انعدم الخارج لم يجب شيء) ثم الفسخ بعد عقد المزارعة وعمل العامل متصور في صور ثلاث ما اذا فسخ بعدما كرت الارض وحفر الانهار وهو ما نحن فيه وقد ظهر حكمه وما اذا فسخ وقد نبت الزرع ولم يستحصد بعد وحكمه ان لا يتبع الارض بالدين حتى يستحصد الزرع لان في البيع ابطال حق المزارع وفي التأخير ان كان اضرا بالغرما لكن التأخير أهون من الابطال ويخرجه القاضي من الحبس ان كان حبسه في الدين لانه امتنع ببيع الارض ولم يكن هو ظالم في ذلك والحبس جزاء الظلم ولم يذكر المصنف رحمه الله الصورة الثالثة ما اذا فسخ بعدما زرع العامل الارض لانه لم ينبت حتى لحق رب الارض دين فادح هل له ان يبيع الارض فيه اختلاف المشايخ رحمهم الله (٤٣) قال بعضهم له ذلك لانه ليس لصاحب البذر

فاذا انعدم الخارج لم يجب شيء (ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم يتبع الارض في الدين حتى يستحصد الزرع) لان في البيع ابطال حق المزارع والتأخير أهون من الابطال (ويخرجه القاضي من الحبس ان كان حبسه بالدين لانه لما امتنع ببيع الارض لم يكن هو ظالم والحبس جزاء الظلم قال) واذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك كان على المزارع أجر مثل نصيبه من الارض الى ان يستحصد والنفقة على الزرع عليهم ما على مقدار حقهما) معناه حتى يستحصد لان في تبقيته الزرع بأجر المثل تعديل النظر من الجانبين فيصار اليه وانما كان العمل عليهم لان العقد قد انتهى بانتهاء المدة وهذا عمل في المال المشترك وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض والزرع بقفل حيث يكون العمل فيه على العامل لان هناك أبقينا العقد في مدته والعقد يستدعي العمل على العامل أما ههنا العقد قد انتهى فلم يكن هذا ابقاء ذلك العقد فلم يختص العامل بوجوب العمل عليه

صورتين منها وهم ما اذا فسخ بعدما كرت الارض وحفر الانهار وما اذا فسخ بعد نبت الزرع قبل ان يستحصد ولم يذكر ما اذا فسخ بعدما زرع العامل الارض الا أنه لم ينبت بعد حتى لحق رب الارض دين فادح هل له ان يبيع الارض ذكر في الذخيرة ان فيه اختلاف المشايخ وكان الشيخ أبو بكر العنابي يقول له ذلك لانه ليس لصاحب البذر في الارض عين مال قائم لان التبذير استهلاك ولهذا قالوا ان لصاحب البذر فسخ المزارعة لانه يحتاج الى استهلاك ماله من غير عوض يحصل له في الحال وحصوله في الثاني غير معلوم فكان هذا بمنزلة ما قبل التبذير وكان الشيخ أبو اسحق الحافظ يقول ليس له ذلك لان التبذير استثناء وليس باستهلاك الا يرى أن الاب والوصي يملكان زراعة أرض الصبي ولا يملكان استهلاك مال الصبي واذا كان كذلك كان للمزارع في الارض عين مال قائم انتهى وقال في العناية لم يذكر المصنف الصورة الثالثة وهي ما اذا فسخ بعدما زرع العامل الارض الا أنه لم ينبت حتى لحق رب الارض دين فادح هل له ان يبيع الارض فيه اختلاف المشايخ قال بعضهم له ذلك لانه ليس لصاحب البذر في الارض عين قائم لان التبذير استهلاك فكان بمنزلة ما قبل التبذير وقال بعضهم ليس له ذلك لان التبذير استثناء وليس باستهلاك ولهذا يملك الاب والوصي زراعة أرض الصبي ولا يملكان استهلاك ماله فكان للمزارع في الارض عين قائم ولعل هذا اختيار المصنف ولم يذكره لان البذر ان كان لصاحب الارض لم يكن فيها مال الغير حتى يكون مانعا عن البيع وان كان للعامل فقد دخل في الصورة الثانية والله أعلم قال (واذا انقضت مدة المزارعة الخ) اذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك يبقى الزرع وكان على المزارع أجر مثل نصيبه من الارض الى ان يستحصد الزرع حتى لو كانت المزارعة بالنصف كان عليه أجر مثل نصف الارض لان المزارعة لما انقضت بانقضاء

في الارض عين قائم لان التبذير استهلاك فكان بمنزلة ما قبل التبذير وقال بعضهم ليس له ذلك لان التبذير استثناء وليس باستهلاك ولهذا يملك الاب والوصي زراعة أرض الصبي ولا يملكان استهلاك ماله فكان للمزارع في الارض عين قائم ولعل هذا اختيار المصنف رحمه الله ولم يذكره لان البذر ان كان لصاحب الارض لم يكن فيها مال الغير حتى يكون مانعا عن البيع وان كان للعامل فقد دخل في الصورة الثانية والله أعلم قال (واذا انقضت مدة المزارعة الخ) اذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك يبقى الزرع وكان على المزارع أجر مثل نصيبه من الارض الى ان يستحصد الزرع حتى لو كانت المزارعة بالنصف كان عليه أجر مثل نصف الارض لان المزارعة لما انقضت بانقضاء

المدة لم يبق للعامل حق في منفعة الارض وهو يستوفيهما بتبعية نصيبه من الزرع الى وقت الادراك فلا تسل له بمجانا والنفقة على الزرع وهي مؤنة الحفظ والسقي وكري الانهار عليهم ما على مقدار نصيبهما حتى يستحصد كنفقة العبد المشترك العاجز عن الكسب وقوله (لان في تبقيته الزرع) دليل وجوب الاجر وجه ذلك انما لو أمر نال العامل بقلع الزرع عند انقضاء المدة تضرره وان أبقناه بلا أجر تضرره الارض ببقيناها بلا أجر تعدد بالنظر من الجانبين والعمل عليهم المأذون في الكتاب وهو واضح وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض فانه يبقى الزرع بلا أجر ولا اشتراك في النفقة ولا اشتراك في العمل وكلامه فيه أيضا واضح فاذا انقضت المدة واحتاج الزرع الى النفقة

(قوله وحكمه ان لا يتبع) أقول اذا لم يبيع لم يفسخ العقد (قوله وان ببقيناها بلا أجر تضرره الارض) أقول حيث تكون أرضه مشغولة يملك الغير جبرا

فأنفق أحدهما بغير إذن صاحبه فهو متطوع لانه أنفق على ملك الغير بغير أمره لا يقال هو مضطر لحياء حقه فلا يوصف بالتبرع لان تمكنه من الاستئذان من القاضى يمنع الاضرار (ولو أراد رب الارض أن يأخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك لما فيه من الاضرار بالمزارع) ولو أراد المزارع ذلك مكن منه ويحير رب الارض بين الامور الثلاثة المذكورة في الكتاب بدليلها فان قيل ترك النظر لنفسه انما يجوز اذا لم يتضرر به غيره وههنا يتضرر رب الارض واستدفاع الضرر ليس بمختصر في ذلك لم لا يجوز أن يكون بالمنع عن القلع كرب الارض أجيب بأن رب الارض متعنت في طلب القلع لاتنفاعه به صيبه و باجر المثل فرد عليه بخلاف المزارع فانه رد عن نفسه بالقلع ما يجب عليه من أجر المثل فربما يخاف أن (٤٤) نصيبه من الزرع لا يبق بذلك وقوله (ولو مات المزارع) ظاهر

وقوله (ما بيننا) اشارة الى قوله لان ابقاء العقد بعد وجود المنهى الخ (قوله) والمالك عملى الخيارات الثلاث) يعنى المذكورة الا أنه في هذه الصورة لو رجع بالنفقة رجع بكلها اذا العمل على العامل مستحق لبقاء العقد وقوله (على ما بيننا) اشارة الى قوله لان المزارع لما امتنع عن العمل الخ قال (وكذا) أجرة الحصاد والرافع) قد تقدم معنى الحصاد والدياس في البيع الفاسد والرافع بالفتح والكسر هو أن يرفع الزرع الى البيدر والتذرية تميز الحب من التبن بالريح ولما كان القيدورى ذكر هذه المسئلة عقيب انقضاء مدة الزرع والزرع لم يدرك ربحا يوهم اختصاصها بذلك فقال المصنف وهذا الحكم ليس بمختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل

(فان أنفق أحدهما بغير إذن صاحبه وأمر القاضى فهو متطوع) لانه لا ولاية له عليه (ولو أراد رب الارض أن يأخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك) لان فيه اضرارا بالمزارع (ولو أراد المزارع) أن يأخذ به بقلا قبل لصاحب الارض اقلع الزرع فيكون بينكما أو اعطه قيمة نصيبه أو أنفق أنت على الزرع وارجع بما تنفق في حصته لان المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لان ابقاء العقد بعد وجود المنهى نظره وقد ترك النظر لنفسه ورب الارض مخير بين هذه الخيارات لان بكل ذلك يستدفع الضرر (ولو مات المزارع بعد نيات الزرع فقالت ورثته نحن نعمل الى أن يستحصل الزرع وأبى رب الارض فلهم ذلك) لانه لا ضرر على رب الارض (ولا أجر لهم بما عملوا) لانا أبقينا العقد تنظر الهم فان أرادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل لما بيننا والمالك على الخيارات الثلاث لما بيننا قال (وكذلك أجرة الحصاد والرافع والدياس والتذرية عليهم ما بالحصص فان شرطاه في المزارعة على العامل فسدت) وهذا الحكم ليس بمختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات ووجه ذلك أن العقد ينتهى بتناهى الزرع لحصول المقصود فيبقى مال مشترك بينهما ولا عقد فيجب مؤنته عليهما واذ شرط في العقد ذلك ولا يقتضيه وفيه منفعة لاحدهما يفسد العقد كشرط الجمل أو الطعن على العامل وعن أبي يوسف أنه يجوز اذا شرط ذلك على العامل للتعامل اعتبارا بالاستصناع وهو اختيار مشايخ بلخ

الثانية نيات الزرع وفي الصورة الثالثة عدم نيته فاني تصوره دخول احدهما في الاخرى وان أراد بذلك دخولها في حكم الصورة الثانية فهو صحيح على قول بعض المشايخ لكن لا يصلح لان يكون وجهها عدم ذكر تلك الصورة بالكتابة لان دخولها في حكم الصورة الثانية على قول بعض المشايخ انما يعرف ببيان حكمها من قبل واذا لم يذ كر تلك الصورة قط فن أين يعلم أن حكمها حكم الصورة الثانية كما قال به بعض المشايخ أو حكم الصورة الاولى كما قال به بعضهم الآخر والوجه عندى أن المصنف انما يذ كر تلك الصورة تأسيسا بالامام محمد رحمه الله فانه لم يذ كرها في كتابه كما بينه صاحب الذخيرة حيث قال وان كان المزارع قد زرع الارض الا أنه لم يثبت بعد حتى لحق رب الارض دين فادخ هسل له أن يبيع الارض لم يذ كر محمد رحمه الله هذه المسئلة في الكتاب وقد اختلف المشايخ فيها انتهى (قوله لان المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لان ابقاء العقد بعد وجود المنهى نظره وقد ترك النظر لنفسه) فان قيل ترك النظر لنفسه انما يجوز اذا لم يتضرر به غيره وههنا يتضرر رب الارض واستدفاع الضرر ليس بمختصر فيما ذكر لم لا يجوز أن يكون بالمنع عن القلع كرب الارض أجيب بأن رب الارض متعنت في طلب القلع

هو عام في جميع المزارعات وكلامه واضح والاصل أن اشتراط ما ليس من أعمال المزارعة على أحد المتعاقدين قال يفسدها لانه شرط لا يقتضيه وفيه منفعة لاحدهما ومثله يفسد الاجارة فكذلك المزارعة لان فيها معنى الاجارة والفاصل بين ما هو من أعمالها وغيره أن كل ما يثبت وينبئ ويؤيد في الخارج فهو من أعمالها وما لا فلا وعلى هذا فالحصاد والدياس والتذرية وورقهه الى البيدر اذا شرط شئ منها على أحدهما فسدت في ظاهر الرواية وروى أصحاب الامالى عن أبي يوسف أنها اذا شرطت على العامل جازت للتعامل اعتبارا بالاستصناع

(قال المصنف لان ابقاء العقد بعد وجود المنهى) أقول فيه تسامح فان العقد قد انتهى (قال المصنف لان بكل ذلك يستدفع الضرر) أقول فيه شئ فان قولنا لصاحبها اقلع الزرع الزام الضرر و جوابه أن المراد بكل ذلك على وجه التغيير



وقال شمس الأئمة هذا هو الاصح في ديارنا والمصنف جعل الاعمال ثلاثة ما كان قبل الادراك كالسقي والحفظ وهو من أعمالها وما كان بعد الادراك قبل القسمة كالخصاد والدياس ونحوهما وما كان بعد القسمة كالجبل الى البيت والطنج وأشباههما وما ليسا من أعمالها فيكونان عليهما ما لکن فيهما وقبل القسمة (٤٥) على الاشتراك وفيما هو بعدها

على كل واحد منهما ما في نصيبه خاصة ليمتلك كل واحد منها عن ملك الاخر فكان التدبير في ملكه اليه خاصة (والمعاملة قياس هذا) أي المساقاة أيضا على هذه الوجوه وقوله (لانه مال مشترك) سماه مشتركاً بعد القسمة باعتبار ما كان وقبل باعتبار أن المجموع بعد القسمة بينهما الأثر أن نصيب كل واحد إذا كان معناه في قرية يقال لهم شريكاً في القرية

كتاب المساقاة

كان من حق المساقاة التفرغ على المزارعة لكثرة من يقول بجوازها ولورود الاحاديث في معاملة النبي صلى الله عليه وسلم أهل خيبر الآن اعتراض موجبين صواب ايراد المزارعة قبل المساقاة أحدهما شدة الاحتياج الى معرفة أحكام المزارعة لكثرة وقوعها والثاني كثرة تنفرع مسائل المزارعة بالنسبة الى المساقاة

(قوله وقال شمس الأئمة هذا هو الاصح في ديارنا) أقول وفيه بحث لأن

قال شمس الأئمة السر في هذا هو الاصح في ديارنا فلما صل أن ما كان من عمل قبل الادراك كالسقي والحفظ فهو على العامل وما كان منه بعد الادراك قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر الرواية كالخصاد والدياس وأشباههما على ما بيناه وما كان بعد القسمة فهو عليهما والمعاملة على قياس هذا ما كان قبل ادراك الثمر من السقي والتلقيح والحفظ فهو على العامل وما كان بعد الادراك كالجداد والحفظ فهو عليهما ولو شرط الجداد على العامل لا يجوز بالاتفاق لانه لا يعرف فيه وما كان بعد القسمة فهو عليهما لانه مال مشترك ولا عقد ولو شرط الخصاد في الزرع على رب الارض لا يجوز بالاجماع لعدم العرف فيه ولو أراد فصل القصيل أو جرد الترسر أو التقاط الرطب فذلك عليهما لانها أهيأ العقد لما عزم على الفصل والجداد بسر افصار كما بعد الادراك والله أعلم

كتاب المساقاة

(قال أبو حنيفة المساقاة يجز من الثمر باطلة وقال الجائز اذا ذكروا معلومة وسمي جزأ من الثمر مشاعاً)

لا تتفاحه بنصيبه وبأجر المثل فرد عليه بخلاف المزارع فإنه يرد عن نفسه بالقلع ما يجب عليه من أجر المثل فربما يخاف أن يصيبه من الزرع ما لا يفي بذلك كذا في العناية وغيرها أقول لقائل أن يقول ان رب الارض أيضا ليس بمنعت في طلب القلع بل هو يرد عن نفسه بالقلع ما يجب عليه من النفقة على تقدير الابقاء فربما يخاف أن يصيبه من الزرع ما لا يفي بنفقة حصته فليست أم

كتاب المساقاة

قال في غاية البيان كان من حق الوضع أن يقدم كتاب المساقاة على كتاب المزارعة لان المساقاة جائزة بلا خلاف ولها تقدم الطحاوي المساقاة على المزارعة في مختصره لان المزارعة لما كانت كثيرة الوقوع في عامة البلاد وكان الحاجة اليها أكثر من المساقاة فقد تمت على المساقاة ولان المزارعة لما وقع فيها الخلاف بين الأئمة كانت الحاجة الى علمها أمس فقد تمت ولان تقر يعاتها أكثر من تقر يعات المساقاة انتهى أقول في تقريره نوع خلل فانه قال في أوائل كلامه لان المساقاة جائزة بلا خلاف وذلك يقتضي عدم وقوع الخلاف أصلا في جواز المساقاة وليس كذلك قطعاً لانها باحنيفة لم يجوزها كما ذكر في نفس الكتاب حيث قال قال أبو حنيفة المساقاة يجز من الثمر باطلة وكذا زفر لم يجوزها كما ذكر في عامة الشروح وقال جهور الشراح كان من حق المساقاة أن تقدم على المزارعة لكثرة من يقول بجوازها ولورود الاحاديث في معاملة النبي عليه السلام بأهل خيبر الآن اعتراض موجبين صواب ايراد المزارعة قبل المساقاة أحدهما شدة الاحتياج الى معرفة أحكام المزارعة لكثرة وقوعها والثاني كثرة تنفرع مسائل المزارعة بالنسبة الى المساقاة أقول فيه أيضاً وهو أن قولهم ولورود الاحاديث في معاملة النبي عليه السلام بأهل خيبر محل نظر فان الاحاديث كما وردت في حق المساقاة ووردت في حق المزارعة أيضاً من غير فصل سيما الاحاديث الواردة بطرق شتى في قصة أهل خيبر وعن هذا قال المصنف في أوائل كتاب المزارعة وهي يعنى المزارعة فأسد عند أبي حنيفة وقال الجائز لما روى أن النبي عليه السلام عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أوزع انتهى وكان كلام من فرقي الشراح اطالع على ما في

كونها أصح اما أن يكون رواية أو دابة ولا يصح شيء منها لان الروايات والدلائل لا تتعلق بديار دون أخرى ويمكن أن يقال دليل هذه المسئلة العرف وهو يختلف باختلاف الديار والله أعلم

(والمساقاة هي المعاملة) بلغة أهل المدينة ومفهومها اللغوي هو مفهومها الشرعي فهي معاقدة دفع الأشجار والكروم الى من يقوم باصلاحها على أن يكون لهم معلوم من ثمرها والكلام فيها كالكلام في المزارعة يعني شرائطها هي الشروط التي ذكرت للمزارعة وهي غير جائزة عند أبي حنيفة كالمزارعة (٤٦) وبه أخذ زفر وجائزة عند أبي يوسف ومحمد وهو قول ابن أبي ليلى وقال الشافعي رحمه الله المعاملة جائزة

والمزارعة لا تجوز الا بتبعا له او ذلك بان يكون التخليل والكرم في أرض بيضاء تسقى بماء التخليل فيأمر بأن يزرع الأرض أيضا بالنصف وقد ذكر دليله في الكتاب وهو واضح والجواب أن مساس الحاجة الى تجوزها والعرف الظاهر بين الناس في جميع البلدان ألحقها بالمضاربة بخازن منفة عن المعاملة وقوله (وادراك البذر في أصول الرطبة في هذا منزلة ادراك الثمر) معناه لو دفع رطبة فدانت حتى جذاذها على أن يقوم عليها ويسقيها حتى يخرج بذرها على أن مارزق الله تعالى من بذر فهو بينهما نصفين جاز اذا كان البذر مما يرغب فيه وحده لانه يصرف في معنى الثمر للشجر وهذا الان ادراك البذر له وقت معلوم عند المزارعين فكان ذكره بمنزلة ذكر وقت معين والبذر يحصل بعمل العامل فاشترط المناصفة فيه يكون صحيحا والرطبة لصاحبها وقوله (غرسا قد علق) أي نبت ولم يبلغ حد

والمساقاة هي المعاملة والكلام فيها كالكلام في المزارعة وقال الشافعي رحمه الله المعاملة جائزة ولا تجوز المزارعة الا بتبعا للمعاملة لان الاصل في هذا المضاربة والمعاملة أشبه بها لان فيه شركة في الزيادة دون الاصل وفي المزارعة لو شرط الشركة في الربح دون البذر بأن شرط ارفعه من رأس الخارج تفسد فجعنا المعاملة أصلا وجوزنا المزارعة تبعالها كالشرب في بيع الأرض والمنقول في وقف العقار وشرط المدة قياس فيها لانها اجارة معنى كفي المزارعة وفي الاستحسان اذا لم يبين المدة يجوز ويقع على أول ثمر يخرج لان الثمر لا ادراك الثمار لانه نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف كثيرا في اوصافها وبيعا والانتهاؤه عليه فقد دخله الجهالة وبخلاف ما اذا دفع اليه غرسا قد علق ولم يبلغ الثمر معاملة حيث لا يجوز الا ببيان المدة لانه يتفاوت بقوة الاراضي وضعفها فتفاوتنا فاحشا وبخلاف ما اذا دفع نخيلا أو أصول رطبة على أن يقوم عليها أو اطلق في الرطبة تفسد المعاملة لانه ليس لذلك نهاية معلومة

كلام الآخر من الخلل حيث ترك ما أدخل به الآخر كما ترى (قوله والمساقاة هي المعاملة) قال في العناية والمساقاة هي المعاملة بلغة أهل المدينة ومفهومها اللغوي هو الشرعي وهي معاقدة دفع الأشجار والكروم الى من يقوم باصلاحها على أن يكون لهم معلوم من ثمرها انتهى ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال هي عبارة عن المعاملة بلغة أهل المدينة وفي الشرع عقد على دفع الشجر الى من يصلحه بجزء من ثمره وقال في الحاشية فهو مفهومها اللغوي أعم من الشرعي لاعتمه كقولهم صاحب العناية انتهى أقول ليس ذلك بواردا اذا الظاهر أن المراد بالمعاملة في قوله المساقاة هي المعاملة المعهودة بين الناس المسماة بالمساقاة بلغة أهل المدينة وهي معاقدة دفع الأشجار والكروم الى من يقوم باصلاحها على أن يكون له سهم معلوم من ثمرها وليس المراد بها مطلق المعاملة الشاملة لمثل البيع والاجارة وسائر العقود حتى يكون مفهومها اللغوي أعم من مفهومها الشرعي والايضاح أن لا يصح قوله المساقاة هي المعاملة بلغة أهل المدينة اذ لا شك أن أهل المدينة لا يطلقون لفظ المساقاة على كل معاملة بل انما يطلقونه على معاملة مخصوصة معهودة بين الناس وقد اعترف ذلك الراد أيضا بأن المساقاة عبارة عن المعاملة بلغة أهل المدينة فلا يتصور أن يكون مفهومها اللغوي أعم من الشرعي كما لا يخفى (قوله والكلام فيها كالكلام في المزارعة) قال في العناية يعني شرائطها هي الشروط التي ذكرت للمزارعة انتهى أقول في هذا التفسير خلل لان الشروط التي ذكرت للمزارعة ليس كلها شروطا للمساقاة فان شروط المساقاة أربعة كما نص عليه الامام فاضحان في فتاواه وذكر في النهاية وغيرها أيضا وشروط المزارعة ثمانية كما مر في الكتاب في أوائل المزارعة فكيف يتم القول بأن شروط المساقاة هي الشروط التي ذكرت للمزارعة وقد سبق صاحب الكفاية الى هذا التفسير الذي ذكره صاحب العناية ولكن قيده بما يصلح في الجملة حيث قال أي وشروطها هي الشروط التي ذكرت للمزارعة مما يصلح شرطاً للمساقاة انتهى ثم أقول لعل مراد المصنف بقوله والكلام فيها كالكلام في المزارعة أن الدليل على جوازها وعدم جوازها على القولين كما مر في المزارعة ويرشد اليه قوله وقال الشافعي المعاملة جائزة ولا تجوز المزارعة

الاثمار ظاهر وقوله (بخلاف ما اذا دفع نخيلا أو أصول رطبة على أن يقوم عليها) معناه حتى تذهب أصولها وينقطع لانها نباتها وقوله (أو اطلق في الرطبة) يعني لم يقل حتى تذهب أصولها (فسدت المعاملة) معناه اذا لم يكن للرطبة جذة معلومة فان كان فهي جائزة كالأصل في النخيل فانه ينصرف الى الثمرة الاولى وقد ترك المصنف في كلامه قيسدين لاغنى عنهما فكان ايجازاً محملاً

(قوله يعني شرائطها التي ذكرت للمزارعة) أقول فيه بحث

وقوله (لأنهم اتهموا تركت في الأرض) دليل الرطوبة ولم يذ كر دليل التخميل والرطوبة إذا شرط القيام عليهم ما حتى تذهب أصولهم - لأنه  
 لانهية لذلك فكان غير معلوم وقوله (لا يخرج الترفيها) أي في الوقت أنه يتأويل المدة قال (وتجوز المساقاة في التخميل والشجر)  
 هذا بيان ما تجرى فيه المساقاة وما لا تجرى فيه وخصص الشافعي رحمه الله جوارها بما ورد فيه الأثر من حديث خبير وكان في النخل  
 والكرم) ولنا أن الجواز للحاجة وقد عمت وعموم العلة يقتضي (٤٧) عموم الحكم ولا نسلم أن أثر خبير

خضه ما لان أهلها يعملون  
 في الأشجار والرطاب أيضا  
 واستن سلنا ذلك لكن  
 الاصل في النصوص  
 التعليل لاسماعلي أصله  
 فان بابه عنده أوسع لانه  
 يرى التعليل بالعلة القاصرة  
 وبكل وصف قام دليل  
 التمييز على كونه جامعا بين  
 الاوصاف وأما نحن فانا  
 لانجوزه بالعلة القاصرة  
 ويشترط قيام الدليل على  
 أن هذا النص بعينه  
 معلول وموضعه أصول  
 نفسه وقوله (وليس  
 لصاحب الكرم) واضح  
 وقوله (لما قدمناه) وفي  
 بعض النسخ على ما قدمناه  
 إشارة الى ما ذكره في  
 المزارعة بقوله (وإذا عرفت  
 المزارعة فامتنع صاحب  
 البذر من العمل لم يجبر  
 عليه الخ) والحاصل أن  
 المساقاة لم تشمل على ضرر  
 فكانت لازمة من الجانبين  
 بخلاف المزارعة فان  
 صاحب البذر يلحقه ضرر  
 في الحال بالقائه بذره في  
 الأرض فلم تكن لازمة من  
 جهته ثم عذر صاحب الكرم  
 لحوق دين فادح لا يمكنه

لأنهم اتهموا تركت في الأرض فجهلت المدة (ويشترط تسمية الجزء مشاعا) لما بينا في المزارعة  
 ان شرط جزء معين يقطع الشركة (فان سمي في المعاملة وقتنا يعلم أنه لا يخرج الترفيها فسدت المعاملة)  
 لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج (ولو سمي بمدة قد يبلغ الترفيها وقد يتأخر عنها اجازت) لانا  
 لا نتيقن بفوات المقصود ثم لو خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة العقد وان تأخر فلعامل  
 أجر المثل لفساد العقد لانه تبين الخطأ في المدة المسماة فنصار كما اذا علم ذلك في الابتداء بخلاف ما اذا  
 لم يخرج أصلا لان الذهاب بأقفة فلا يتبين فساد المدة فيبقى العقد صحيحا ولا تنى لكل واحد منهما  
 على صاحبه قال (وتجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم والرطاب وأصول الباذنجان) وقال  
 الشافعي في الجسد لا تجوز الا في الكرم والنخل لان جوارها بالاثرة قد خصم ما وهو حديث خبير ولنا  
 أن الجواز للحاجة وقد عمت وأثر خبير لا يخص ما لان أهلها كانوا يعملون في الأشجار والرطاب أيضا  
 ولو كان كما زعم فالاصل في النصوص أن تكون معلولة سماعي أصله (وليس لصاحب الكرم أن  
 يخرج العامل من غير عذر) لانه لا ضرر عليه في الوفاء بالعقد (وكذا ليس للعامل أن يترك العمل بغير  
 عذر) بخلاف المزارعة بالاضافة الى صاحب البذر على ما قدمناه قال (فان دفع تخلفه ثم مساقاة  
 والتبريز يد بالعمل جاز وان كانت قد انتهت لم يجز) وكذا على هذا اذا دفع الزرع وهو بقل جاز ولو  
 استخصد وأدرك لم يجز لان العامل انما يستحق بالعمل ولا أثر للعمل بعد التناهي والادراك فلو جوزناه  
 لكان استحقاقا بغير عمل ولم يرد به الشرع بخلاف ما قبل ذلك لتحقيق الحاجة الى العمل

الاتبع الخ فانه بيان قول ثالث فارق بين كون المزارعة أصلا وكونها تبعا لو كان المراد بقوله والكلام  
 فيها كالكلام في المزارعة بيان شروط المساقاة كان ذكره بين بيان الاقوال الثلاثة المذكورة أجنبيا كما  
 لا يذهب على ذي فطانة (قوله لأنهم اتهموا تركت في الأرض فجهلت المدة) قال صاحب العناية وقوله  
 لأنهم اتهموا تركت في الأرض دليل الرطوبة ولم يذ كر دليل التخميل والرطوبة إذا شرط القيام عليهم ما حتى  
 يذهب أصولهم - لأنه لانهية لذلك فكان غير معلوم وفي نسخة فكان معلوما انتهى أقول فيه كلام  
 أما أولا فلان كون قوله لأنهم اتهموا تركت في الأرض دليل الرطوبة وحدها ممنوع بل يمكن أن يجعل دليلا  
 على المجموع لجر بانه في المجموع كيف لا ولا شك أن الدليل وهو قوله لانه ليس لذلك نهية معلومة يعم  
 المجموع فينبغي أن يعم ذلك الدليل أيضا المجموع عندما كان ذلك وأما ثانيا فلان ما ذكره من العذر لعدم  
 ذكر المصنف دليل التخميل والرطوبة إذا شرط القيام عليهم ما حتى يذهب أصولهم ليس بتام أما على النسخة  
 الاولى التي معنا لانه لانهية لذلك أي زمان ذهاب أصولهم فكان أي المدة بتأويل الوقت غير معلوم  
 فلانه يرد عليه انه انما يفيد تحقق تنك الصورتين أيضا ولا يتم عذرا لعدم ذكر دليلهما كما هو المقصود  
 وأما على النسخة الثانية التي معنا لانه لانهية لذلك فكان معلوما أي كان دليل تنك الصورتين معلوما  
 اظهره افساد جهالة المدة العقد فلم يحتج الى ذكره فلانه يرد عليه أن يقتضى أن لا يذ كر دليل الرطوبة  
 أيضا لان حاصل ذلك الدليل أيضا جهالة المدة فينبغي أن لا يذ كر ذلك أيضا بناء على كونه معلوما قاتل

الايضاء لا يبيع الكرم وعذر العامل المرض وقوله (ولم يرد به الشرع) لانها جوزت بالاثرة فيما يكون أجر العامل بعض الخارج  
 (قوله ولم يذ كر دليل التخميل والرطوبة) أقول فيه بحث (قوله ويشترط قيام الدليل الخ) أقول زائدا على شرط قيام دلالة التمييز بين  
 وصف ووصف على أن هذا الوصف هو مناط الحكم (قوله لحوق دين فادح) أقول بالقائه (قوله وقوله ولم يرد به الشرع لأنهم الخ)  
 أقول فيه بحث

قوله (واذا فسدت المساقاة) واضح وقوله (والخارج بسرف للعامل أن يقوم عليه) جواب الاستحسان ابقاء للعقد دفعا للضرر عنه وأما في القياس فقد انتقضت المساقاة بينهما وكان البسرين ورثة صاحب الارض وبين العامل نصفين ان شرط انصافا لان صاحب الارض استأجر العامل ببعض الخارج والاجارة تنتقض بموت أحد المتعاقدين والباقي واضح علم بما ذكرته في المزارعة وقوله (وهذا خلافة في حق مالي) جواب عما يقال كان للورث الخيار وقد مات والخيار لا يورث كما تقدم في شرط الخيار وهو واضح وقوله (والخارج بسرف أخضر فهذا الاول) (٤٨) يعني صورة الموت (سواء العامل بالخيار ان شاء عمل كما كان يعمل

قال (واذا فسدت المساقاة للعامل أجزم له) لانه في معنى الاجارة الفاسدة وصار كالزراعة اذا فسدت قال (وتبطل المساقاة بالموت) لانها في معنى الاجارة وقد بيناه فيها فان مات رب الارض والخارج بسرف للعامل أن يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك الى أن يدرك الثمر وان كره ذلك ورثة رب الارض استحسانا فيبقى العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر فيه على الآخر (ولو اتزم العامل الضرر يتخير ورثة الآخر بين أن يقسموا البسر على الشرط وبين أن يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين أن ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر لانه ليس له الحياق الضرر بهم وقد بينا نظيره في المزارعة (ولو مات العامل فلورثته أن يقوموا عليه وان كره رب الارض) لان فيه النظر من الجانبين (فان أرادوا أن يصرموه بسرا كان صاحب الارض بين الخيارات الثلاثة) التي بينها (وان ماتا جميعا فالخيار لورثة العامل) لقيامهم مقامه وهذا خلافة في حق مالي وهو ترك الثمر على الاشجار الى وقت الادراك لأن يكون وارثه في الخيار (فان أبي ورثة العامل أن يقوموا عليه كان الخيار في ذلك لورثة رب الارض) على ما وصفنا قال (واذا انتقضت مدة المعاملة والخارج بسرف أخضر فهذا الاول سواء للعامل أن يقوم عليها الى أن يدرك لكن بغير أجر) لان الشجر لا يجوز استجاره بخلاف المزارعة في هذا لان الارض يجوز استجارها وكذلك العمل كما على العامل ههنا وفي المزارعة في هذا علمها لانه لما وجب أجر مثل الارض بعد انتهاء المدة على العامل لا يستحق عليه العمل وههنا لا أجر فجاز أن يستحق العمل كما يستحق قبل انتهائها قال (وتفسخ بالاعذار) لما بينا في الاجارات وقد بينا وجوه العذر فيها ومن جلتها أن يكون العامل سارقا يخاف عليه سرقة السعف والتمر قبل الادراك لانه يلزم صاحب الارض ضررا يلتمسه فتسخره ومنها مرض العامل اذا كان يضعفه عن العمل لان في الزامه استجار الاجراء زيادة ضرر عليه ولم يلتمسه فيجعل ذلك عذرا

لكن بغير أجر لان الشجر لا يجوز استجاره) وان أبي خيرا الاخر بين الخيارات الثلاث بخلاف المزارعة في هذا أي فيما اذا انتقضت مدة المزارعة لان الارض يجوز استجارها وكذلك العمل كله على العامل ههنا لما ذكره في الكتاب وهو واضح قال (وتفسخ بالاعذار لما بينا في الاجارات) يريد به قوله ولنا أن المنافع غير مقبوضة وهي المعقود علمها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض الى آخره (وقد بينا وجوه العذر فيها) أي في الاجارة وكلامه واضح

(قوله ولو اتزم العامل الضرر يتخير ورثة الآخر بين أن يقسموا البسر على الشرط وبين أن يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين أن ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر) قال الامام الزبيلي في شرح الكنز وفي رجوعهم في حصته فقط اشكال وكان ينبغي أن يرجعوا عليه بجميعه لان العامل انما يستحق بالعمل وكان العمل كله عليه ولهذا اذا اختار المضي أو لم يمت صاحبه كان العمل كله عليه فلورجعوا عليه بجميته فقط يؤدي الى استحقاق العامل بلا عمل في بعض المدة وكذا هذا الاشكال وورد في المزارعة أيضا انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل ذلك قلت لا اشكال اذ معنى الكلام يرجعون في حصة العامل بجميع ما أنفقوا لاجتمعه كما فهمه هذا العلامة انتهى أقول ما قاله ذلك البعض من المعنى خلاف ما صرحوا به في هذا المقام فان عبارة الكافي للعلامة النسفي وعبارة شرح الكافي للحاكم الشهيد وعبارة غاية البمان وغيرها هكذا وان شاء أنفقوا على البسر حتى يبلغ ويرجعوا بنصف نفقتهم في حصة العامل من الثمر كما في المزارعة انتهى ولا شك أنها صريحة في أن ما يرجعون به

(قال المصنف ويرجعوا بذلك في حصة العامل) أقول قال العلامة الزبيلي في رجوعهم في حصته فقط اشكال وكان ينبغي أن يرجعوا عليه بجميعه لان العامل انما يستحق بالعمل وكان العمل كله عليه ولهذا اذا اختار المضي ولم يمت صاحبه كان العمل كله عليه فلورجعوا عليه

بجميته فقط يؤدي الى أن العمل يجب عليه ما حتى يستحق المونة بجميته فقط وهذا خلف لانه يؤدي الى استحقاق العامل بلا عمل في بعض المدة وكذا هذا الاشكال وورد في المزارعة أيضا انتهى قلت لا اشكال اذ معنى الكلام يرجعون في حصة العامل بجميع ما أنفقوا لاجتمعه كما فهمه هذا العلامة ثم أقول قوله لانه يؤدي الى استحقاق العامل بلا عمل في بعض المدة الخ يعني بعض هذه المساقاة فاتبى استحسانا بخلاف ما اذا انتقضت مدة العقد في المزارعة على ما مر لكن لا أن تقول بقاءها استحسانا كان نظر العامل فاذا التزم الضرر ينتقض العقد صرح به في النهاية

وقوله (فيه روايتان) يعني في كون ترك العمل عذرا روايتان في احدهما لا يكون عذرا ويجبر على ذلك لان العقد لازم لا يفسخ الا من عذره هو ما يلحقه به ضرره وهنالك وفي الاخرى عذرتا وبه ان يشترط العمل بيده فاذا ترك ذلك العمل كان عذرا اما اذا دفع اليه التخليل على ان يعمل فيها بنفسه وبأجرائه فعليه ان يستخلف غيره فلا يكون ترك العمل عذرا (٤٩) في فسخ المعاملة (ومن دفع أرضا

بيضاء ليس فيها شجر الى رجل سنين معلومة يفرس فيها شجرا على ان يكون الارض والشجر بينهما نصفين لم يجز ذلك لاشتراط الشركة فيما كان حاصل قبل الشركة لانه في معنى قفيز الطحان اذ هو استجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فيفسد وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض فيجب قيمتها وأجر مثله لانه لا يدخل في قيمة الغراس لتقومها بنفسها

نصف نفقتهم لاجتماعها في تنسرها على خلاف ذلك (قوله ولو اراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان) قال في العناية يعني في كون ترك العمل عذرا روايتان في احدهما لا يكون عذرا ويجبر على ذلك لان العقد لازم لا يفسخ الا من عذره هو ما يلحقه به ضرره وهنالك وفي الاخرى عذرتا انتهى أقول في تفسير كلام المصنف بالوجه المذكور خلل اذ يصير حاصل معناه حينئذ في كون ترك العمل عذرا روايتان احدهما كونه عذرا والآخر عدم كونه عذرا فيؤدي الى كون الشيء طرفا لنفسه ولنقيضه ولا يخفى بطلان ذلك والوجه عندي ان معنى قول المصنف فيه روايتان في جواب هذه المسئلة وهي قوله هل يكون عذرا فيه روايتان احدهما بالاجاب وهو ان يكون عذرا والآخر بالسلب وهو ان لا يكون عذرا حينئذ لا غبار فيه كما لا يخفى على الفطن (قوله وتأويل احدهما ان يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته) أقول فيه انه انما يكون عذرا من جهته ان لو ترك ذلك العمل اضطرار بسبب حدوث مرض أو نحو ذلك وأما اذا تركه بالاختيار فلا يظهر وجه كونه عذرا من جهته والكلام ههنا في الترك الاختياري لان الترك الاضطراري انما يكون بسبب عذر مقرر وقد مر مسئلة جواز الفسخ بالاعذار رواية واحدة فذكر مسئلتهما هذه بعد ما بيان وقوع الروايتين فيما يدل على ان المراد بترك ذلك العمل في قوله ولو اراد العامل ترك ذلك العمل هو الترك الاختياري لا غير قائل (قوله وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض) قال صاحب النهاية يعني لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليمها لشجر الغراس بل يكون تسليمها لقطع خشبة وهو ما شرط ذلك بل شرط تسليم الشجر بقوله على ان يكون الارض والشجر بين رب الارض والغراس نصفين فلما لم يمكن تسليمها لشجر او جب قيمتها وأجر مثله لانه لا يدخل في قيمة الغراس لانها اعيان متقومة بنفسها لاجناسه بينها وبين عمل العامل لانه متقوم بالعقد لاقيمته في نفسه

ولو اراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان وتأويل احدهما ان يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته (ومن دفع أرضا بيضاء الى رجل سنين معلومة يفرس فيها شجرا على ان تكون الارض والشجر بين رب الارض والغراس نصفين لم يجز ذلك) لاشتراط الشركة فيما كان حاصل قبل الشركة لانه في معنى قفيز الطحان اذ هو استجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فيفسد وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض فيجب قيمتها وأجر مثله لانه لا يدخل في قيمة الغراس لتقومها بنفسها

نصف نفقتهم لاجتماعها في تنسرها على خلاف ذلك (قوله ولو اراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان) قال في العناية يعني في كون ترك العمل عذرا روايتان في احدهما لا يكون عذرا ويجبر على ذلك لان العقد لازم لا يفسخ الا من عذره هو ما يلحقه به ضرره وهنالك وفي الاخرى عذرتا انتهى أقول في تفسير كلام المصنف بالوجه المذكور خلل اذ يصير حاصل معناه حينئذ في كون ترك العمل عذرا روايتان احدهما كونه عذرا والآخر عدم كونه عذرا فيؤدي الى كون الشيء طرفا لنفسه ولنقيضه ولا يخفى بطلان ذلك والوجه عندي ان معنى قول المصنف فيه روايتان في جواب هذه المسئلة وهي قوله هل يكون عذرا فيه روايتان احدهما بالاجاب وهو ان يكون عذرا والآخر بالسلب وهو ان لا يكون عذرا حينئذ لا غبار فيه كما لا يخفى على الفطن (قوله وتأويل احدهما ان يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته) أقول فيه انه انما يكون عذرا من جهته ان لو ترك ذلك العمل اضطرار بسبب حدوث مرض أو نحو ذلك وأما اذا تركه بالاختيار فلا يظهر وجه كونه عذرا من جهته والكلام ههنا في الترك الاختياري لان الترك الاضطراري انما يكون بسبب عذر مقرر وقد مر مسئلة جواز الفسخ بالاعذار رواية واحدة فذكر مسئلتهما هذه بعد ما بيان وقوع الروايتين فيما يدل على ان المراد بترك ذلك العمل في قوله ولو اراد العامل ترك ذلك العمل هو الترك الاختياري لا غير قائل (قوله وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض) قال صاحب النهاية يعني لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليمها لشجر الغراس بل يكون تسليمها لقطع خشبة وهو ما شرط ذلك بل شرط تسليم الشجر بقوله على ان يكون الارض والشجر بين رب الارض والغراس نصفين فلما لم يمكن تسليمها لشجر او جب قيمتها وأجر مثله لانه لا يدخل في قيمة الغراس لانها اعيان متقومة بنفسها لاجناسه بينها وبين عمل العامل لانه متقوم بالعقد لاقيمته في نفسه

(قوله فانه لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليم الشجر بل يكون تسليمها لقطع خشبة ولم يكن مشروطا) أقول فيه بحث اذ لا نسلم انه حينئذ لم يكن تسليم الشجر ولعل معنى كلام المصنف ان العامل لما غرسه بأمر رب الارض في أرضه صار كأن رب الارض فعل ذلك بنفسه فيصير قابضا للغرس بايصاله بأرضه مستملا كاله بالعلق فيها فتعذر الرد لعدم امكان تخليصه من الارض بتمامه كما يصح من الثوب (قوله بل المشروط تسليم الشجر بقوله الخ) أقول فيه بحث فان تسليم الشجر ليس بالمشروط بل لانه كان ملكا للغراس ملكه كما صرحوا به ولهذا يجب على رب الارض رد قيمة تمام الغراس مع كون المشروط ان يكون

(٧ - تكمله فامن) وسلمها لم يكن تسليم الشجر بل يكون تسليمها لقطع خشبة ولم يكن مشروطا) أقول فيه بحث اذ لا نسلم انه حينئذ لم يكن تسليم الشجر ولعل معنى كلام المصنف ان العامل لما غرسه بأمر رب الارض في أرضه صار كأن رب الارض فعل ذلك بنفسه فيصير قابضا للغرس بايصاله بأرضه مستملا كاله بالعلق فيها فتعذر الرد لعدم امكان تخليصه من الارض بتمامه كما يصح من الثوب (قوله بل المشروط تسليم الشجر بقوله الخ) أقول فيه بحث فان تسليم الشجر ليس بالمشروط بل لانه كان ملكا للغراس ملكه كما صرحوا به ولهذا يجب على رب الارض رد قيمة تمام الغراس مع كون المشروط ان يكون

(وفي تخريجها طريق آخر ذكره المصنف رحمه الله في كفاية المنتهى) وهو شراب الارض نصف الغراس من العامل بنصف أرضه أو شرأوه جميع الغراس بنصف أرضه ونصف الخارج فكان عدم جواز هذا العقد لجهالة الغراس نصفها أو جميعها لكونها معدومة عند العقد لا تكون في معنى قفيز الطحان قال المصنف رحمه الله (وهذا) يعني المذكور في الهداية (أصحهما) لأنه تطير من استأجر صباغ الصبغ ثوبه بصبغ نفسه على أن يكون نصف المصبوغ للصباغ في أن الغراس لا يجعل الارض بها سنانا كالصبغ للثوب فإذا فسدت الاجارة بقيت الآلة متصلة بملك صاحب الارض وهي منقومة فيلزمه قيمتها كما يجب على صاحب الثوب قيمة ما زاد الصبغ في ثوبه وأجر عمله والله سبحانه وتعالى أعلم

### كتاب الذبائح

النسبة بين المزارعة والذبائح كونها اتلافا في الحال للانتفاع في المال فان الزراعة انما تكون بانلافي الحب في الارض للانتفاع بما ينبت منها والذبح اتلاف الحيوان . ٥ . بازهاق روحه في الحال للانتفاع بلحمه بعد ذلك واعلم أن العراقيين ذهبوا

الى أن الذبح محظور عقلا ولكن الشرع أحله لان فيه اضرارا بالحيوان وقال شمس الأئمة هذا عندى باطل لان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتناول اللحم قبل مبعثه ولا يظن به أنه كان يأكل ذبائح المشركين لانهم كانوا يذبحون بأسماء الاصنام فمرفقنا أنه كان يذبح ويصطاد بنفسه وما كان يفعل ما كان محظورا عقلا كالكذب والنظم والسفه وأجيب بأنه يجوز أن يكون ما كان يأكل ذبائح أهل الكتاب وليس الذبح كالكذب والنظم لان المحظور العقلي ضربان ما يقطع بخرجه فلا يرد الشرع باباحته الا عند الضرورة وما فيه نوع تجوز

وفي تخريجها طريق آخر بيناه في كفاية المنتهى وهذا أصحهما والله أعلم

### كتاب الذبائح

الارض والشجر بين رب الارض والغراس نصفين تدبر ترشد (قوله وفي تخريجها طريق آخر بيناه في كفاية المنتهى) يعني وفي تخريج هذه المسئلة طريق آخر يدل على ما ذكرناه في كتابنا هذا من طريق قفيز الطحان بيناه أي بيننا ذلك الطريق الآخر في كفاية المنتهى قال كثير من الشراح في تفسير ذلك الطريق وهو شراب الارض نصف الغراس من العامل بنصف أرضه أو شرأوه جميع الغراس بنصف أرضه ونصف الخارج فكان عدم جواز هذا العقد لجهالة الغراس نصفها أو جميعها للاعتبار بمعنى الاستحجار الذي هو في معنى قفيز الطحان انتهى أقول يرد على الصورة الثانية مما ذكره وهي قولهم أو شرأوه جميع الغراس بنصف أرضه ونصف الخارج أنهم لا تصلح لان تكون طريق تخريج هذه المسئلة لان وضع هذه المسئلة على أن يكون الارض والشجر بين رب الارض والغراس نصفين وفي الصورة المذكورة يكون جميع الغراس لرب الارض فلا يتصور المناصفة في الشجر

### كتاب الذبائح

قال جمهور الشراح المناسبة بين المزارعة والذبائح كونها اتلافا في الحال للانتفاع في المال فان المزارعة انما تكون بانلافي الحب في الارض للانتفاع بما ينبت منها والذبح اتلاف الحيوان بازهاق روحه في الحال للانتفاع بلحمه بعد ذلك انتهى أقول يتجه على ظاهر ما ذكره من المناسبة أنه انما يقتضى تعقيب المزارعة بالذبائح دون تعقيب المساقاة بالذبائح اذ اتلاف في المساقاة والذي وقع في ترتيب الكتاب تعقيب المساقاة بالذبائح لا تعقيب المزارعة بها فلا يتم التقريب اللهم الا أن يقال جعلوا المزارعة والمساقاة في حكم شئ واحد بناء على اتحادهما في أكثر الشرائط والاحكام كما تقر في مباحثهما فكانت المناسبة المذكورة بين المزارعة والذبائح بمنزلة المناسبة بين المساقاة والذبائح كما تقرر بذلك وعن

من حيث تصور منقعة فيجوز أن يرد الشرع باباحته ويقدم عليه قبله نظر الى نفعه كالحجامة للاطلاق وتداولهم بمخافته (قال) ألم لهم والذبح كافة الذبح وأصل تركيب التذكية يدل على التمام ومنه ذكاه السن بالذليهاية الشباب وذكاه النار بالقصر لتمام اشتغالها ومعنى

(قوله أو شرأوه جميع الغراس) أقول منظوره انه اذا لم يمكن أن يكون طريق تخريج مسئلة الكتاب لان الغراس فيها بينهما

### كتاب الذبائح

(قوله المناسبة بين المزارعة والذبائح الخ) أقول ينبغي أن بين المناسبة بين الذبائح والمساقاة فانه ذكر بعد كتاب المساقاة وقول في كليهما اصلاح ما لا ينتفع به بالاكل في الحال للانتفاع في المال (قوله لانهم كانوا يذبحون بأسماء الاصنام) أقول ولك أن تقول حرمة ما أهل به لغير الله تعالى عات بالشرع فلا يمتنع أن كل ذبائح المشركين قبل ورود الشرع بحرمتها (قوله يجوز أن يكون ما كان يأكل ذبائح أهل الكتاب) أقول لفظة ما بمعنى الذي وقوله يأكل أي يأكله وقوله ذبائح خبر يكون والمعنى الذي كان يأكل رسول الله صلى الله عليه وسلم يجوز أن يكون ذبائح أهل الكتاب لان ذبائح المشركين

هذا ترى كثيرا من أصحاب معتبرات الفتاوى كالذخيرة والمحيط وفتاوى قاضيان وغيرهما كتبوا بذكر كتاب المزارعة وجعلوا المساقاة بائنا منها وعنونوها بالمعاملة وذلك كل واحد من المزارعة والمساقاة في الكتاب بكتاب على حدة لا يدل على استبدال كل واحدة منهما بذاتهما واختصاصها بأحكامها بل يكفي جهة التغير بينهما في الجملة ألا ترى أنهم ذكروا الصرف بكتاب على حدة عقيب ذكروه في كتاب البيوع مع أنه من أنواع البيوع قطعاً كما صرحوا به ثم إن الذبايح جمع ذبيحة وهي اسم ما يذبح كالذبيح والذبيح مصدر ذبح إذا قطع الأوداج كذا في السكافي والكفاية اعلم أن بعض العراقيين من مشايخنا ذهبوا إلى أن الذبيح محظور عقلاً لما فيه من إيلاام الحيوان ولكن الشرع أحله قال شمس الأئمة السرخسي في المبسوط بعد نقل قولهم وهذا عندنا باطل لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتناول اللحم قبل معيته ولا يظن به أنه كان يأكل ذبائح المشركين لأنهم كانوا يذبحون بأسماء الأصنام فعرفنا أنه كان يذبح ويصطاد بنفسه وما كان يفعل ما كان محظوراً عقلاً كالكذب والظلم والسفاهة انتهى وقال في العناية بعد ذكر ذلك أجيب بأنه يجوز أن يكون ما كان يأكل ذبائح أهل الكذب وليس الذبيح كالكذب والظلم لأن المحظور العقلي ضربان ما يقطع بغيره فلا يرد الشرع بإباحته إلا عند الضرورة وما فيه نوع تجوز زمن حيث تصور منفعة فيجوز أن يرد الشرع بإباحته ويقدم عليه قبله نظر إلى نفعه كالحجامة للأطفال وتداويهم بما فيه ألم لهم انتهى وقال العيني بعد نقل ما قاله شمس الأئمة السرخسي والجواب المذكور في العناية قلت كل من الكلامين لا يخلو عن نظر أما الأول فلأنه يحتاج إلى دليل على أنه كان يذبح بنفسه قبل البعثة وأما الثاني فكذلك يحتاج إلى دليل على أنه كان يأكل من ذبائح أهل الكذب فلم لا يجوز أنه لم يكن أكل شيئاً من الذبيحة إلا بعد البعثة انتهى أقول ليس هذا بشيء لأن كون النبي صلى الله عليه وسلم يتناول اللحم قبل البعثة أمر متواتر لا يحتاج إلى دليل والدليل على أنه كان يذبح بنفسه عند شمس الأئمة أن لا يظن به عليه السلام أنه كان يأكل ذبائح المشركين كما ذكره والمجيب يمنع ذلك بناء على جواز أنه كان يأكل ذبائح أهل الكذب ولا يلزمه الدليل عليه ولا يحتاج إليه لكونه مانعاً المستد لا فلا محل لنظره أصلاً (قوله قال الذكاة شرط حل الذبيحة) قال في غاية البيان وهذا وقع على خلاف وضع الكتاب لأنه إذا ذكر لفظ قال في أول المسئلة كان يشير به إلى ما ذكر في الجامع الصغير أو مختصر القدرى وهنالك تقع الإشارة إلى أحدهما ولهذا لم يذكروه في البداية وكان ينبغي أن لا يورد لفظ قال أو يقول قال العبد الضعيف مشيراً به إلى نفسه انتهى وقال العيني بعد نقل ذلك قلت هذا تطويل بلا فائدة لأنه ذكر في مواضع كثيرة من الكتاب لفظه قال باضممار الفاعل وأراد به نفسه فهذا أيضاً مشمله ولا يلزم تعيين الفاعل ألا ترى أنه عند استناد القول إلى القدرى أو محمد بن الحسن لم يصرح بفاعله وكذلك عند استناده إلى نفسه ولا يخفى هذا الأعلى من لم يميز مسائل القدرى من مسائل الجامع الصغير ومن لم يميز بينهما لم يستحق الخوض في الهداية انتهى كلامه أقول الحق ما ذكر في غاية البيان وقول العيني ذكر في مواضع كثيرة من الكتاب لفظه قال باضممار الفاعل وأراد به نفسه إن أراد به أنه ذكرها في أول المسئلة في مواضع كثيرة من الكتاب مشيراً بها إلى نفسه فهو قربة بلا مشربة فإنه إذا ذكرها في أول المسئلة كان يشير بها إلى ما ذكر في الجامع الصغير أو مختصر القدرى على الأثر المذكور صاحب الغاية وإن أراد بذلك أنه ذكرها في غير أول المسئلة في مواضع كثيرة من الكتاب مشيراً بها إلى نفسه فهو واقع ولكن إذا ذكرها في مثل تلك المواضع كان يقول قال العبد الضعيف على ما وقع في النسخ القديمة أو قال رضی الله عنه على ما وقع في النسخ الجديدة ولم يقع منه ذلك لفظه قال وحدها في مثل تلك المواضع قط وهذا غير خاف على من له دراية بأساليب كلام المصنف فالشارح العيني مكابر فيما ذكره ههنا

قوله (الذكاة شرط حل الذبيحة) الذبيح شرط حل أكل ما يؤكل لحمه من الحيوان

لقوله تعالى الاماذ كيتم بعد قوله حرمت عليكم الميتة والدم الخ استثنى من الحرمة المذكي فيكون حلالا والمرتب على المشتق معلول للصفة المشتق منها لکن لما كان الحل ثابتا بالشرع جعلت شرطا ولان غير المذكي ميتة وهي منصوص عليها بالحرمة ولان الدم حرام لخاسته لما تلونا وهو غير متميز من اللحم وانما يميز بالذكاة فلا بد منها ليميز النجس من الطاهر ولا يلزم الجراد والسملك لان حلها ما لا يذبح ثبت بالنص وكما ثبت بالذبح الخ في الماء كقول يثبت به الطهارة في غيره لان الذكاة تنفي عن الطهارة ومنها قوله صلى الله عليه وسلم الذكاة الارض يبسها يعني انها اذا يبست من رطوبة النجاسة طهرت وطابت كما ان الذبيحة بالذكاة تطهر وتطيب (وهي) يعني الذكاة (اختيارية كالجرح فيما بين الالبه) وهي الصدور والعيين واضطرارية وهو الجرح في أي موضع كان من البدن قوله (والثاني كالبديل عن الاول) واضح وانما قال كالبديل لان الابدال تعرف بالنص ولم يرد فيه وقد وجدت اشارة البدلية فقال كالبديل (ومن شرطه) أي ومن شرط الذبح أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم أو دعوى كالكتابي فإنه يدعى ملة التوحيد وانما يحل ذبيحته اذا لم يذ كروقت الذبح اسم عزير والمسبح لقوله تعالى وما اهل به لغير الله ومن شرطه أن يكون حلالا خارج الحرم كاسبيء قال (وذبيحة المسلم والكتابي حلال الخ) ذبيحة المسلم والكتابي ذميا (٥٢) كان أو حر يا حلال اذا أتى به مذبوحا أو اما اذا ذبح بالحضور فلا بد من

لقوله تعالى الاماذ كيتم ولان بها يميز الدم النجس من اللحم الطاهر وكما ثبت به الحل يثبت به الطهارة في الماء كقول وغيره فانها تنفي عنها ومنه قوله عليه السلام الذكاة الارض يبسها وهي اختيارية كالجرح فيما بين الالبه والعيين واضطرارية وهي الجرح في أي موضع كان من البدن والثاني كالبديل عن الاول لانه لا يصار اليه الا عند العجز عن الاول وهذا آية البدلية وهذا لان الاول أعمل في اخراج الدم والثاني أقصر فيه فاكتفى به عند العجز عن الاول اذ التكليف بحسب الواسع ومن شرطه أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم أو دعوى كالكتابي وأن يكون حلالا خارج الحرم على ما بينه ان شاء الله تعالى قال (وذبيحة المسلم والكتابي حلال) لما تلونا لقوله تعالى وطعام الذين أتوا الكتاب حل لكم ويحل اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وان كان صبيا أو مجنونا أو امرأة أما اذا كان لا يضبط ولا يعقل التسمية والذبيحة لا تحل لان التسمية على الذبيحة

الشرط المذكور وهو أن لا يذكر غير اسم الله تعالى (وقوله لما تلونا) اشارة الى قوله تعالى الاماذ كيتم ولما استشعر أن يقال الا ما ذكيتم عام مخصوص لخروج الوثني والمرند والمجوسى فلا يكون قاطعا في الافادة ضم اليه قوله تعالى وطعام الذين أتوا الكتاب حل لكم قال البخاري في صحيحه قال ابن عباس رضي الله عنهما طعامهم ذبايحهم واستدل بعض على ذلك بأنه لو لم يحمل على ذلك لم يكن لتخصيص أهل الكتاب بالذكاة كراهة فان المجوسى اذا اصطاد

(قوله لقوله تعالى الاماذ كيتم) فان حكم ما بعد الاستثناء يخالف ما قبله وقد قال الله تعالى قبله حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير الى آخره فاستثنى من الحرمة المذكي فيكون حلالا قال صاحب العناية والمرتب على المشتق معلول للصفة المشتق منها لکن لما كان الحل ثابتا بالشرع جعلت شرطا انتهى أقول ليس هذا الكلام منه بمعقول المعنى لان ثبوت الحل بالشرع مما لا ينافي كون الصفة المشتق منها التي هي الذكاة علة للحكم كما لا يخفى على ذي مسكة (قوله وذبيحة المسلم والكتابي حلال لما تلونا) وقوله تعالى وطعام الذين أتوا الكتاب حل لكم) عنى بقوله لما تلونا لقوله تعالى الاماذ كيتم وهو في حق المسلم وقوله تعالى وطعام الذين أتوا الكتاب حل لكم في حق الكتابي من باب اللف والنشر كذا ذكره تاج الشريعة وهو الاحسن عندي أيضا في بيان مراد المصنف هنا قال صاحب العناية وقوله لما تلونا اشارة الى قوله تعالى

سمكة حل أكلها وفيه نظر فان التخصيص باسم العلم لا يدل على نفي ما عداه (ويحل اذا كان الذابح يعقل التسمية) قيل يعني يعقل لفظ التسمية وقيل يعقل أن حل الذبيحة بالتسمية (والذبيحة) يعني بقدر على الذبح ويضبطه أي يعلم شرائط الذبح من فري الاوداج والحلقوم (وان كان) أي الذابح (صبيا أو مجنونا) قال في النهاية أي معنوها لان المجنون لا قصد له ولا بد منه لان التسمية

(قوله والمرتب على المشتق معلول للصفة المشتق منها لکن لما كان الحل ثابتا بالشرع جعلت شرطا) أقول فيه بحث فان الثبوت بالشرع لا ينافي كون المشتق منه علة للحكم وذلك لا يخفى على أحد (قوله ولان غير المذكي ميتة الخ) أقول فيه بحث (قوله كما ان الذبيحة بالذكاة تطهر وتطيب) أقول فيه أن جعلها مشبهاتها لا يلائم مرام المقام اذا المطلوب اثبات طهارتها (قوله كالكتابي فإنه يدعى ملة التوحيد) أقول فيه شئ فان النصارى مثلثة فكيف يدعون ملة التوحيد (قوله ولما استشعر أن يقال الاماذ كيتم عام) أقول ويمكن أن يقال بل الذي استشعر أن يقال الخطاب في ذكيتم للؤمنين كالخطاب في عليكم فلا يدل على حل ذبيحة غيرهم وما ذكره الشارح لا يخلو عن البعدا يكتفى الظن في أمثاله مع أنه مشترك في خروج ما لم يذكر اسم الله عليه من ذبايحهم من الآية الثانية أيضا فتأمل (قوله فلا يكون قاطعا في الافادة ضم اليه قوله تعالى الخ) أقول والحق أنه لا حاجة الى بيان العذر فان اثبات المطلوب بدلائل من الكتاب العزيز غير عزير (قوله والذبيحة يعني بقدر على الذبح) أقول فيكون الكلام من باب علقتهما بتنا وما يردا



شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا والاقلف والمختون سواء لما ذكرنا واطلاق الكتابي  
 ينظم الكتابي والذي والحربي والعربي والتغلي لان الشرط قيام الملة على ما امر

شرط بالنص وهي بالقصد  
 وصحة القصد بما ذكرنا يعني  
 قوله اذا كان يعقل التسمية  
 والذبيحة ويضبطه والاقلف  
 والمختون سواء لما ذكرنا  
 قيل اراد به الايتين  
 المذكورتين وفيه نظر لان  
 عادته في مثله لما تولا وقيل  
 اراد به قوله لان حل الذبيحة  
 يعتمد الملة وهذا ليس  
 بمد كور في الكتاب والاولى  
 ان يجعل اشارة الى الآية  
 والى قوله ولان به يتميز الدم  
 النجس من اللحم الطاهر  
 وعادته في مثله ذلك قيل  
 انما ذكر الاقلف احترازا  
 عن قول ابن عباس رضي  
 الله عنهما فانه يقول شهادة  
 الاقلف وذبيحته لا تجوز  
 وقوله واطلاق الكتابي  
 ينظم كذا ظاهر وقوله  
 (لان الشرط قيام الملة) فيه  
 نظر لان وجود الشرط  
 لا يستلزم وجود المشروط  
 ويمكن ان يجاب عنه بأنه  
 شرط في معنى العلة

(قوله ويمكن ان يجاب بأنه  
 شرط في معنى العلة) أقول  
 ويجوز ان يجاب أيضا  
 بأنه لا مانع بتصور منه حل  
 ذبيحته اذا أتى سائر الشرائط  
 غير قسمة الملة فاذا لم يكن  
 مانعا أيضا يحل

الاماد كيتم ولما استشعر ان يقال الاماد كيتم عام مخصوص لخروج الوثنى والمراد بالمجوسى فلا يكون  
 قاطعا في الافادة ضم اليه قوله عز من قائل وطعام الذين أوثوا الكتاب حل لكم الى هنا كلامه أقول فيه  
 بحث أما ولا فلانا لان السلم ان الخطاب في قوله تعالى الاماد كيتم عام للكفار بل الظاهر انه مخصوص  
 بالموثنين كما يدل عليه السياق والسباق في النظم الشريف ألا يرى ان ما قبله أول سورة المائدة وهو  
 قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود أملت لكم بهيمة الانعام الاما بتلى عليكم غير محلى الصيد  
 وانتم حرم ولا شك ان الخطابات الواقعة هنا للمؤمنين خاصة ثم قال عز وجل حرمت عليكم الميتة والدم  
 ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع الاماد كيتم  
 وقال القاضي البيضاوى وغيره من المفسرين ان قوله تعالى حرمت عليكم الميتة الخ بيان لما يتلى عليكم  
 فلا حرم يكون الخطاب في حرمت عليكم والاماد كيتم للمؤمنين خاصة أيضا فلا يكون مما يعم الوثنى ونحوه  
 ولئن سلم عموم الوثنى ونحوه أيضا فلا نسلم أنه من قبيل العام الذي خص منه البعض بل هو من قبيل  
 العام الذي نسخ بعضه باخراج الوثنى والمجوسى والمراد من حكمه ان قد تقرر في علم الاصول ان التخصيص  
 عندنا انما يطلق على قصر العام على بعض ما يتناوله بما هو مستقل موصول بالعام وأن قصره على بعض  
 ما يتناوله بما هو مستقل غير موصول به هو النسخ لا التخصيص وأن الذي لا يكون قطعيا انما هو العام  
 الذي خص منه بعض ما يتناوله دون العام الذي نسخ بعض ما يتناوله فانه يكون قطعيا في الباقي بل اريب  
 ولا شك ان ما نحن فيه من قبيل الثاني دون الاول لان الذي يخرج الوثنى ونحوه غير موصول بقوله تعالى  
 الاماد كيتم فكان قطعيا في الافادة ولئن سلم كونه ظاهرا غير قاطع في الافادة فهو كاف في افادة المطلوب  
 هنا بلا حاجة الى ضم شئ آخر اذ قد تقرر في علم الاصول أيضا أن الدليل الظني بقيد وجوب العمل وان لم  
 يفد وجوب الاعتقاد وما نحن فيه من العمليات وأما ثانيا فلان مثل ما ذكره صاحب العناية في قوله  
 تعالى الاماد كيتم بنجته على الاستدلال بقوله تعالى وطعام الذين أوثوا الكتاب حل لكم بان يقال أيضا  
 انه عام مخصوص لخروج ما لم يذ كرام الله عليه فية تضي أن يضم اليه أيضا دليل آخر وأما ثالثا فلان  
 الضم المذكور انما يفيد في حق ذبيحة الكتابي دون ذبيحة المسلم لاخصاص الدليل المضموم بالكتابي فلنزم  
 ان يبقى الدليل قاصرا عن افادة حل ذبيحة المسلم على مبنى زعم الشارح المزبور اللهم الا ان يدعى أن  
 الدليل الثاني اذا افاد حل ذبيحة الكتابي افاد حل ذبيحة المسلم أيضا دلالة ثم ان المراد بالاطعام في قوله تعالى  
 وطعام الذين أوثوا الكتاب ذبايحهم قال البخارى في صحيحه قال ابن عباس طعامهم ذبايحهم واستدل  
 صاحب السكافي وكثير من الشراح على ذلك بأنه لو لم يحمل على ذلك لم يكن لتخصيص أهل الكتاب بالذكر  
 فائدة اذ يستوى الكتابي وغيره فيما سوى الذبايح من الاطعمة فان المجوسى اذا اصطاد سمكة حل أكلها  
 ورد عليهم صاحب العناية حيث قال بعد نقل استدلالهم المذكور وفيه نظر فان التخصيص باسم  
 العلم لا يدل على النقي عما سواه اه أقول ليس ذلك بشئ اذ لا يخفى على الفطن أنه ليس مدار استدلالهم  
 المذكور على أن التخصيص باسم العلم يدل على النقي عما سواه بل مرادهم كما يتبادى عليه كلامهم أنه  
 لو لم يحمل على ذلك لخلا تخصيص أهل الكتاب بالذ كرفي كلام رب العزة عن الفائدة تعالى عنه علوا  
 كبيرا ولا يذهب عليك أن الاستدلال بهذا الوجه متمس على أصل من لا يقول بمفهوم المخالفة أيضا  
 اذ لا يرضى أحد بخلو كلام الله تعالى عن الفائدة (قوله والاقلف والمختون سواء لما ذكرنا) اختلف  
 الشراح في تعيين مراد المصنف بقوله لما ذكرنا فقال صاحب النهاية وغاية البيان اراد به الايتين  
 المذكورتين وهما قوله تعالى الاماد كيتم وقوله تعالى وطعام الذين أوثوا الكتاب حل لكم لان الخطاب

قال (ولا تؤكل ذبيحة الجوسى) لقوله عليه السلام سنوا بهم سنة أهل الكتاب غيرنا حتى نسأهم  
ولا آكل ذبائحهم ولأنه لا يدعى التوحيد فأنعدمت المذاهب فاعتقادا ودعوى قال (المرتد) لأنه لا مله له فانه  
لا يقرب على ما تنقل اليه بخلاف الكتابى اذا تحول الى غير دينه لأنه يقرب عليه عندنا فيعتبر ما هو عليه  
عند الذبح لا ما قبله قال (الونى) لأنه لا يعتد بالملة قال (المحرم) يعنى من الصيد (وكذا الايوكل  
ما ذبح في الحرم من الصيد) والاطلاق في المحرم ينتظم الحل والحرم والذبح في الحرم يستوى فيه الحلال  
والحرم وهذا لان الذكاة فعل مشروع وهذا الصنيع محرم فلم تكن ذكاة بخلاف ما اذا ذبح المحرم غير  
الصيد أو ذبح في الحرم غير الصيد صح لأنه فعل مشروع اذا الحرم لا يؤمن الشاة وكذا لا يحرم ذبحه على  
المحرم قال (وان ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا أكل) وقال الشافعى  
أكل في الوجهين وقال مالك لا يؤكل في الوجهين والمسلم والكتابى في ترك التسمية سواء وعلى هذا  
الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازى والكلب وعند الرى وهذا القول من الشافعى يخالف  
للإجماع فانه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك التسمية عامدا وانما الخلاف بينهم في متروك  
التسمية ناسيا فمن مذهب ابن عمر رضى الله عنهم أنه يحرم ومن مذهب على وابن عباس رضى الله عنهم أنه  
يجل بخلاف متروك التسمية عامدا ولهذا قال أبو يوسف والمشايخ زجرهم الله ان متروك التسمية عامدا  
لا يسع فيه الاجتهاد ولو قضى القاضى بجواز بيعه لا ينفذ لكونه مخالفا للإجماع

وقوله ( ولا تؤكل ذبيحة  
الجوسى ) واضح قوله  
( بخلاف الكتابى اذا تحول  
الى غير دينه ) يريد به من  
أديان أهل الكتاب أما اذا  
تمس فلاتؤكل ذبيحته  
قال ( وان ترك الذابح  
التسمية الخ ) ان ترك الذابح  
التسمية عند الذبح اختياريا  
كان أو اضطرارا عامدا  
كان أو ناسيا قال الشافعى  
رحمه الله بشمول الجواز  
ومالك بشمول العدم وعلماؤنا  
زجرهم الله فصلوا ان تركها  
عامدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل  
وان تركها ناسيا أكل  
استدل الشافعى

عام ورده صاحب العناية حيث قال بعد نقله وفيه نظيران عاداته في مثله لما تلونا وقال تاج الشريعة أراد به  
قوله لان حل الذبيحة يعتمد الملة ورده أيضا صاحب العناية حيث قال بعد نقله أيضا وهذا ليس بمدكور  
في الكتاب أقول يمكن أن يقال من جانب تاج الشريعة ان ذلك وان لم يكن مذكوراً في الكتاب صراحة  
الأهم مذكور فيه ضمناً حيث قال فيما مر ومن شرطه أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد ثم قال  
صاحب العناية والاولى أن يجعل اشارة الى الآية والى قوله ولان به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر  
وعادته في مثله ذلك انتهى أقول فيه نظيران قوله ولان به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر انما يدل  
على كون الذكاة شرط حل الذبيحة ولا يدل على أن أهل الذبح من هو كيف يتميز الدم النجس من اللحم  
الطاهر يحصل بذبج الوئى والجوسى والمرتد انما مع أن أحدا منهم ليس بأهل للذبح قطعا وقول المصنف  
لماذ كرنا تعليل لاستواء الاقلف والمحتون في الاهلية للذبح فكيف يصلح أن يجعل اشارة الى المالا دلالة  
فيه على ذلك أصلا وهو قوله ولان به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر ثم أقول هنا احتمال آخر أقرب مما  
ذكرناه وان يكون قوله لماذ كرنا اشارة الى قوله ويجل اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وان  
كان صبيا أو مجنوناً أو امرأة فانه قد علم من ذلك أن مدار حل الذبيحة أن يكون الذابح ممن يعقل التسمية  
والذبيحة ويضبط ولا يخفى أن الاقلف والمحتون لا يتفاوتان في ذلك فكانا سواء في حكم حل ذبيحتهما  
تدبر تفهم (قوله وان ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا أكل) وقال  
الشافعى تؤكل في الوجهين وقال مالك لا تؤكل في الوجهين) قال صاحب العناية في شرح هذا الحل  
ان ترك الذابح التسمية عند الذبح اختياريا كان أو اضطرارا عامدا أو ناسيا قال الشافعى بشمول الجواز  
ومالك بشمول العدم وعلماؤنا فصلوا ان تركها عامدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا أكل انتهى  
أقول كانه حسب أنه أتى في شرح هذا الحل بكلام مجمل جامع لاقسام المسئلة كاه الكنهه أدخل بحق  
المقام في تحسيره هذا أما اولاً فلان قوله عند الذبح ينابى تعميم الذبح للاختيارى والاضطرارى كما  
يقضى به قوله اختياريا كان أو اضطرارا بالانهم صرحوا بأن كون التسمية عند الذبح انما تشترط في  
الذكاة الاختيارية وأما في الاضطرارية فيشترط كون التسمية عند الارسال والرى لا غير وسبب ذلك  
في الكتاب أيضا وأما ثانياً فلان قول المصنف والشارح المزبوراً يضاف بعد وعلى هذا الخلاف اذا

بقوله صلى الله عليه وسلم المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمي أو لم يسم سوى بين التسمية وعدمها والشرط لا يكون كذلك وبأن التسمية لو كانت شرطاً للحلل لما سقطت بعد النسيان كالطهارة في باب الصلاة قائمهما كانت شرطاً لم تجز صلاة من نسي الطهارة لكنها سقطت بعد النسيان سلمنا أنها شرط لكن الملة أقيمت مقامها كما في الناسي والجواب عن الحديث ما ذكره في الكتاب أنه محمول على حالة النسيان دفعا للتعارض بينه وبين حديث عدي بن حاتم على ما ذكره وعن الاستدلال بأننا نسلم الملازمة فإنها تنقضي إلى التسوية بين العمد والنسيان والتسوية بين العمد والنسيان معهودة فيما إذا كان على الناسي هيئة مذكرة كالأكل في الصلاة والجماع في الأحرام وههنا لم تكن هيئة توجب النسيان وهي ما يحصل للذبايح عند زهوق روح حيوان من تغير الحال فليس هيئة مذكرة بوجوده ولما منع أن يمنع بطلان التالي أيضاً على مذهب مالك رحمه الله وعن التنزل بما ذكره في الكتاب يعني أن إقامة الملة مقام التسمية في حق الناسي وهو معذور لا يدل في حق العامد ولا عذر له وأما ما شنع به المصنف رحمه الله بكون ما ذهب إليه الشافعي رحمه الله مخالفاً لاجتماع فواضح واستدل مالك رحمه الله بظاهر قوله تعالى ولأننا كلوا مما لم يذبح كراسم الله عليه فإن فيه النهي بأبلغ وجه وهو نأ كيد به من الاستغراقية عن أكل متروك التسمية وهو بإطلاقه يقتضي الحرمة من غير فصل وهو أقرب للاحتمال من مذهب الشافعي رحمه الله لأنه مذهب ابن عمر رضي الله عنهما والجواب أنه غير مجرى على ظاهره إذ لو أريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد (٥٥) وارتفع الخلاف في الصدر الأول

لان ظاهر ما يدل عليه اللفظ لا يخفى على أهل اللسان وفي ذلك أيضاً من المخرج ما لا يخفى إذا الإنسان كثير النسيان والمخرج مدفوع بقوله تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج فيحمل على حالة العمد دفعا للتعارض ولنا قوله تعالى ولأننا كلوا مما لم يذبح كراسم الله عليه ووجه الاستدلال أن السلف أجعوا أن المراد به الذكر حال الذبح لا غير وصلة على تدل على أن المراد به الذكر باللسان يقال ذكرك عليه إذا ذكر باللسان وذكره إذا

له قوله عليه السلام المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمي أو لم يسم ولأن التسمية لو كانت شرطاً للحلل لما سقطت بعد النسيان كالطهارة في باب الصلاة ولو كانت شرطاً فالملة أقيمت مقامها كما في الناسي ولنا الكتاب وهو قوله تعالى ولأننا كلوا مما لم يذبح كراسم الله عليه الآية نهى وهو للتحريم والجماع وهو ما بينا والسنة وهو حديث عدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه فإنه عليه السلام قال في آخره فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك علل الحرمة بترك التسمية

ترك التسمية عند ارسال البازي والكلب وعند الرمي يناق تعميم الذبح في مسئلةتنا هذه للاختياري والاضطراري إذا الظاهر أن القياس المستفاد من قوله وعلى هذا الخلاف إذا ترك التسمية عند ارسال البازي إلى آخره يقتضي عدم دخول المقيس في جانب المقيس عليه (قوله له قوله عليه السلام المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمي أو لم يسم) أقول فيه أنه دليله هذا قاصر عن افادة تمام مدعا لان المسلم والكلبي في ترك التسمية سواء كما مر آنفاً وهذا الحديث انما ينتهض حجة في حق المسلم وحده (قوله ولنا الكتاب وهو قوله تعالى ولأننا كلوا مما لم يذبح كراسم الله عليه نهى وهو للتحريم) قال في العناية ووجه الاستدلال أن السلف أجعوا على أن المراد به الذكر حال الذبح لا غير وصلة على تدل على أن المراد به الذكر باللسان يقال ذكرك عليه إذا ذكر باللسان وذكره إذا ذكر باللسان وقالوا كلوا مما لم يذبح كراسم الله عليه ووجه الاستدلال أن السلف أجعوا على أن المراد به الذكر حال الذبح لا غير وصلة على تدل على أن المراد به الذكر باللسان يقال ذكرك عليه إذا ذكر باللسان وذكره إذا

ذكر بالقلب وقوله (ولأننا كلوا مما لم يذبح كراسم الله عليه) تدل على أن المراد به الذكر باللسان وقالوا كلوا مما لم يذبح كراسم الله عليه ووجه الاستدلال أن السلف أجعوا على أن المراد به الذكر حال الذبح لا غير وصلة على تدل على أن المراد به الذكر باللسان يقال ذكرك عليه إذا ذكر باللسان وذكره إذا

(قوله المسلم يذبح على اسم الله سمي أو لم يسم) أقول ظاهره إقامة الاسلام مقام التسمية (قوله دفعاً للتعارض بينه وبين حديث الخ) أقول ولنا يلزم تخصيص الكتاب بالخبر الواحد (قوله واستدل مالك بظاهر قوله تعالى ولأننا كلوا مما لم يذبح كراسم الله عليه) أقول ظاهر كلامه يدل على أن المراد بقول المصنف ومالك الاحتج بظاهر ما ذكرناه الآية الكريمة فيخالف ما أسلفه في الدرس السابق أن عاداته في مثله لما تولنا (قوله ووجه الاستدلال أن السلف) أقول يعني القرن الثالث والافذهب عطاء أنه لا يجوز أن كل شيء ما يدون ذكرك عليه أو المراد أن السلف وفيه ما فيه (قوله وهو النسيان فإنه من الشرع) أقول الضمير في قوله فإنه راجع إلى النسيان

والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء على هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازي والكلب وعند الرمي لكتفي ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح وهي (٥٦) على المذبح وفي الصيد تشترط عند الارسال والرمي وهي على الاكل لان

الطاعة بحسب الطاقة والمقدوره في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال وقد فرغ على ذلك في الكتاب تفرعات وهي واضحة قال (ويكره أن يذ كرمع اسم الله تعالى شيئا غيره الخ) المسائل المذكورة ظاهرة وقوله (ومحمد رسول الله بكسر الدال) يشير الى أنه لو قال غير مكسور لا يحرم قبل هذا اذا كان يعرف النحو وقال التمر تاشي ان خفضه لا يحل لانه يصير ذابحهم ما وان رفعه حل لانه كلام مبتدأ وان نصبه اختلفوا فيه فقال بعضهم على قياس ما روى عن محمد وجهه الله أنه لا يرى الخطأ في النحومعتبر في باب الصلاة ونحوها لا يحرم وقوله (حتى لو قال عند الذبح) اشارة الى أنه لو قدمه أو أخره لا بأس به (ولو قال سبحان الله والحمد لله يريد التسمية حل بلا خلاف) والفرق لا يوجب فرجه الله بين هذا وبين التكبير أن الأمور به ههنا الذكركر قال الله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف أي قائمات صففن أيدين وأرجلهن وهناك التكبير وبهذه اللفاظ لا يكون مكبرا

ومالك يخرج يظهر ما ذكرنا اذ لا فصل فيه ولكننا نقول في اعتبار ذلك من الحرج ما لا يحسن لان الانسان كثر التسيان والحرج مدفوع والسمع غير مجري على ظاهره اذ لو اربده بجرته المحاجسة وظاهر الاتقاد وارتفع الخلاف في المصدر الاول والاقامة في حق التسيان وهو معدور لا يدل عليها في حق العامد ولا عذروا وما رواه محمول على حالة التسيان ثم التسمية في ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح وهي على المذبح وفي الصيد تشترط عند الارسال والرمي وهي على الآلة لان المقدوره في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال دون الاصابة فتشترط عند فعله بقدر عليه حتى اذا أجمع شاة وسمي فذبح غيرها بتلك التسمية لا يجوز ولوروي الى صيد وسمي وأصاب غيره حل وكذا في الارسال ولو أجمع شاة وسمي ثم رمى بالشفرة وذبح بالآخرى كل ولو سمي على سهم ثم رمى بغيره صيدا لا يؤكل قال (ويكره أن يذ كرمع اسم الله تعالى شيئا غيره وأن يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان) وهذه ثلاث مسائل احداها ان يذ كرمع موصولا لا معطوفا فيكره ولا تحرم الذبيحة وهو المراد بما قال ونظيره أن يقول باسم الله محمد رسول الله لان الشركة لم توجد فلم يكن الذبح واقعا له الا أنه يكره لوجود القران صورة فيتصور بصورة المحرم والثانية أن يذ كرمع موصولا على وجه العطف والشركة بأن يقول باسم الله واسم فلان أو يقول باسم الله وفلان أو باسم الله ومحمد رسول الله بكسر الدال فحرم الذبيحة لانه أهل به لغير الله والثالثة أن يقول مقصولا عنه صورة ومعنى بأن يقول قبل التسمية وقبل أن يجمع الذبيحة أو بعده وهذا لا بأس به لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال بعد الذبح اللهم تقبل هذه عن أمة محمد عن شهدائك بالوحدانية ولي بالبلاغ والشرط هو الذي كماله المجرى على ما قال ابن مسعود رضي الله عنه جردوا التسمية حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي لا يحل لانه دعاء وسؤال ولو قال الحمد لله أو سبحان الله يريد التسمية حل

مقام الامسالك في الصوم لذلك انتهى أقول فيه كلام أما أول فلان مقتضى قوله ان السلف أجمعوا على أن المراد به الذكركر حال الذبح لا غير أن يكون قوله تعالى ولانا كوا مع الم يذ كرمع اسم الله عليه دالا على ان لا يؤكل المذبح بالذبح الاضطراري أصلا لان ذكرا اسم الله عليه انما يكون حال الارسال والرمي لا حال الذبح كما نصوا عليه فكان مما يذ كرمع اسم الله عليه حال الذبح فزعم أن يدخل تحت النهي عن الاكل في الآلة المذكورة مع أن حل كل المذبح بالذبح الاضطراري اذا ذكرا اسم الله عليه حال الارسال والرمي يجمع عليه بلا ريب وأما ما نافي فلان قوله الا أن الشرع جعل التسيان ذكرا اعذر كان من جهته وهو التسيان بتأني قوله فيما قبل فهو غير محتمل للتخصيص فيم كل ما يذ كرمع اسم الله عليه حال الذبح عامدا كان أو ناسيا لان جعل الشرع الناسي ذكرا لا يتصور بدون تخصيص الناسي من عموم قوله تعالى مما يذ كرمع اسم الله عليه لما كان عامدا وناسيا وتخصيص الشيء مما هو غير محتمل للتخصيص غير منصور أيضا فتحقق التنافي بين الكلامين تأمل تقف (قوله وما لك يخرج يظهر ما ذكرنا اذ لا فصل فيه) قال في غاية البيان أي لا فصل في ظاهر ما ذكرنا من الآلة لان قوله مما يذ كرمع اسم الله عليه يشمل العمدة والنسيان جميعا لعدم القيد بأحدهما انتهى وقال في العناية استدل مالك بظاهر قوله تعالى ولانا كوا مع الم يذ كرمع اسم الله عليه فان فيه النهي بأبلغ وجه وهو تأنيده عن الاستغراقية عن كل مترك التسمية وهو باطلا لانه يقتضي الحرمة من غير فصل انتهى أقول الظاهر مما ذكر في هذين الشرحين أن يكون مراد المصنف بقوله ما ذكرنا في قوله وما لك يخرج يظهر ما ذكرنا هو قوله تعالى ولانا كوا مع الم يذ كرمع اسم الله عليه فيرد عليه ان يقال ان عادة في مثله أن يقول ما ناولنا ما معنى المخالفة لها هنا وقد مر نظيره - ذم من صاحب العناية في الصفحة الاولى فالظاهر عندي أن يكون

(قوله فقال بعضهم على قياس ما روى عن محمد أنه لا يرى الخطأ في النحومعتبر في باب الصلاة ونحوها لا يحرم) أقول ان يجوز ولو أن يكون قصده افادة معنى المرفوع على ما هو المناسب للمحسن الظن بالمسلمين وحل أمرهم على الصلاح لا الجور والحرمة لا تثبت بالشك

(ولو عطف عند الذبح فقال الحمد لله لا يحجل في أصح الروايتين) والفرق لابي حنيفة رحمه الله بين هذا وبين الخطيب اذا عطف يوم الجمعة على المنبر فقال الحمد لله انه يجوز ان يصلى الجمعة بذلك القدر في احدي الروايتين عنه بان المأمور به هناك ذكر الله مطلقا قال الله تعالى فاسعوا الى ذكر الله وهما الذي ذكر على الذبح (والذبح بين الخلق واللبة وفي الجامع الصغير لا بأس بالذبح في الخلق كله وسطه وأعلى وأسفله) وأتى بلفظ الجامع الصغير لان فيه بيان ليس في رواية القدرى وذلك لان في رواية القدرى الذبح بين الخلق واللبة وليس بينهما مذب غيرهما فيجمل على ما يدل عليه لفظ الجامع الصغير والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم ان ذكاه ما بين اللبسة واللجين وهو يقتضى جواز الذبح فوق الخلق قبل العقدة لانه وان كان قبل العقدة فهو بين اللبة واللجين وهو دليل ظاهر للامام الرستغنى رحمه الله في حل ما بقى عقدة الخلق مما يلي الصدر ورواية الميسر ايضا تساعده ولكن صرح في ذبائح الذخيرة ان الذبح اذا وقع أعلى من الخلق لا يحجل وكذلك في فتاوى أهـ لـ سـ قـ د لانه ذبح في غير الذبح وهو مخالف (٥٧) لظاهر الحديث كما ترى ولان ما بين اللبة

واللجين يجمع العروق والمجرى فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على أبلغ الوجوه وكان حكم الكل سواء ولا يعتبر بالعقدة قال (والعروق التي تقطع في الذكاة الخ) العروق التي تقطع في الذكاة أربعة الخلقوم والمرى والودجان واختلف العلماء رحمه الله في اشتراط ما يقطع منها للحل فذهب الشافعي رحمه الله الى الاكتفاء بالخلقوم والمرى وذهب مالك رحمه الله الى اشتراط قطع جميعها وذهب أبو يوسف رحمه الله الى اشتراط قطع الخلقوم والمرى وأحد الودجين رجح اليه بعدما كان قوله كقول أبي حنيفة رحمه الله كما ذكره وذكر القدرى انه قول محمد أيضا وقال المصنف

ولو عطف عند الذبح فقال الحمد لله لا يحجل في أصح الروايتين لانه يريد به الحمد على نعمه دون التسمية وما تداولته اللسان عند الذبح وهو قوله باسم الله والله أكبر منقول عن ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى فاذا كروا اسم الله عليهما صواف قال (والذبح بين الخلق واللبة) وفي الجامع الصغير لا بأس بالذبح في الخلق كله وسطه وأعلى وأسفله والاصل فيه قوله عليه السلام ان ذكاه ما بين اللبة واللجين ولانه يجمع المجرى والعروق فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على أبلغ الوجوه فكان حكم الكل سواء قال (والعروق التي تقطع في الذكاة أربعة الخلقوم والمرى والودجان) لقوله عليه السلام أفر الوداج بما شئت

مراده بقوله ما ذكرنا في قوله وما لك يحجج بظاهر ما ذكرنا مجموع ما ذكر من الكتاب والسنة لا الكتاب وحده فلا يلزمه تركه لانه عادة لان عادة ان يقول لما نلونا فبما اذا اراد الكتاب وحده وأن يقول لما روينا فيما اذا اراد السنة وحدها لما اراد مجموعهما هنا أتى بكلمة جامعة فقال وما لك يحجج بظاهر ما ذكرنا يعني قوله تعالى ولانا كوا عملنا بذكر اسم الله عليه فحدث عدى بن حاتم الطائي اذ لفصل في ظاهر كل منهما كما ترى (قوله لقوله عليه السلام أفر الوداج بما شئت) قال تاج الشريعة الفري القطع للاصلاح والافراء القطع للافساد فيكون كسر الهمزة هنا أليق انتهى واقتنى أثر صاحب الكفاية والعناية غير أن صاحب الكفاية أتى بعين لفظه وأما صاحب العناية فذكر لفظ أنسب بدل لفظ أليق وقال ولهذا قال المصنف بعده هذا لورود الامر بقره أقول فيما ذكره هؤلاء الذمراخ نظر لان صاحب القساموس عم الفري والافراء للاصلاح والافساد بل يفرق بينهما حيث قال فراه يفره بقره شقه فاسدا أو صالحا كفراه وأفراه انتهى فعلى هذا لا يتم ما ذكره أصلا وأما صاحب المغرب فقد ذكر الفرق بينهما لأنه جعل الذبح من قبيل الافراء دون الفري حيث قال عن أبي عبيد والفرق بين الافراء والفري أنه قطع للافساد وشق كما يفري الذابح والسبيح والفري قطع للاصلاح كما يفري الخرازا لا يتم انتهى فعلى هذا لا يتم قوله لم يكن كسر الهمزة هنا أليق اذ لا شك ان الذبح اذا كان من قبيل الافراء دون الفري كان فتح الهمزة هنا هو الأليق والانصب ثم ان صاحب المغرب قال وقد جاء فري بمعنى أفري أيضا لأنه لم يسمع به في الحديث انتهى فعلى هذا لا يحال لكسر الهمزة في الحديث. اكونه غير مسموع فيه فضلا عن أن يكون أليق وأنسب وأما قول المصنف فيما بعد في أثناء تعليل قول محمد ولورود الامر بقره فله جري منه

(٨ - تكمله فامن) المشهور في كتب مشايخنا رحمه الله ان هذا قول أبي يوسف وحده وذكر عن محمد أنه يعتبر أكثر كل فرد منها وهو رواية عن أبي حنيفة وأما أبو حنيفة فقد أتى بقطع الثلاث أيها كانت وهي ثلاثة أوجه وان قطع الجميع فهو أولى وهو وجه رابع والاصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم أفر الوداج بما شئت والفري القطع للاصلاح والافراء القطع للافساد فيكون كسر الهمزة أنسب ولهذا قال بعده هذا لورود الامر بقره احتج الشافعي رحمه الله بأنه جمع الوداج وما تعب الودجان فدل على أن المقصود بهما ما يحصل به زهوق الروح وهو يقطع الخلقوم والمرى لان الحيوان لا يعيش بعد قطعها وهو وضع لفظا ومعنى أما لفظا فلان الوداج لا دلالة لها على الخلقوم والمرى أصلا وأما معنى فلان المقصود اسالة الدم النجس وهو ما يحصل بقطع مجراه واحتج مالك رحمه الله بظاهر دلالة اللفظ وبما يقتضيه

(قوله لان في رواية القدرى الذبح بين الخلق الخ) أقول فيكون المراد بالخلق في كلام القدرى مبدأ

فان الوداج جمع وأقله ثلاثة فيتناول المري والودجين وقطع هذه الثلاثة بدون قطع الخلقوم متعذرن ثبت قطع الخلقوم بالاقضاه  
وجوابه سيجي واحتج أبو يوسف رحمه الله (٥٨) بان المقصود من قطع الودجين انها رالدم فينوب أحدهما مناب الآخر

وهي اسم جمع وأقله الثلاث فيتناول المري والودجين وهو حجة على الشافعي في الاكتفاء بالخلقوم والمري  
الا أنه لا يمكن قطع هذه الثلاثة الا بقطع الخلقوم فيثبت قطع الخلقوم باقتضائه وبظاهر ما ذكرنا بحيث  
مالك ولا يجوز الا أكثر منها بل بشرط قطع جميعها (وعندنا ان قطعها حل الاكل وان قطع أكثرها كذلك  
عند أبي حنيفة) وقال لا بد من قطع الخلقوم والمري وأحد الودجين قال رضى الله عنه هكذا ذكر  
القدوري الاختلاف في مختصره والمشهور في كتب مشايخنا رجهم الله أن هذا قول أبي يوسف وحده  
وقال في الجامع الصغير ان قطع نصف الخلقوم ونصف الوداج لم يؤكل وان قطع أكثر الوداج والخلقوم  
قبل أن يموت أكل ولم يحك خلافا فاختلفت الرواية فيه والحاصل أن عند أبي حنيفة اذا قطع الثلاث أى  
ثلاث كان يحل وبه كان يقول أبو يوسف أو لا ثم رجع الى ما ذكرنا وعن محمد أنه يعتبر أكثر كل فرد  
وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله لأن كل فرد منها أصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الامر بقره  
فمعتبر أكثر كل فرد منها ولا يي يوسف أن المقصود من قطع الودجين انها رالدم فينوب أحدهما عن  
الأخر اذ كل واحد منهما ما مجرى الدم أما الخلقوم فيخالف المري فإنه مجرى العلف والماء والمري مجرى  
النفس فلا بد من قطعها ولا يي حنيفة أن الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام وأى ثلاث  
قطعها فقد قطع الاكثر منها وما هو المقصود يحصل بها وهو انها رالدم المسفوح والتوحية في اخراج  
الروح لانه لا يجيبا بعد قطع مجرى النفس أو الطعام

على استعمال فري بمعنى أفرى أيضا كما ذكر في المغرب ولا ينافيه عدم السماع به في الحديث لان ما ذكره  
فيما بعد لفظ نفسه لالفاظ الحديث واختيار منه لعدم الفرق بين الفري والافراء مطلقا كما ذكره في  
القاموس هكذا ينبغي أن يفهم هذا المقام (قوله وهي اسم جمع وأقله الثلاث فيتناول المري والودجين  
وهو حجة على الشافعي في الاكتفاء بالخلقوم والمري) قال في العناية احتج الشافعي بأنه جمع الوداج  
ومائة الا الودجان فدل على أن المقصود بهما ما يحصل به زهوق الروح وهو بقطع الخلقوم والمري لان  
الحيوان لا يعيش بعد قطعها ما أقول رد على هذا الاحتجاج أنه لو كان المقصود به مجرد ما يحصل به زهوق  
الروح لكتفى قطع واحد من الخلقوم والمري اذا الحيوان لا يعيش بعد قطع أحدهما أيضا كما لا يخفى  
وقد أفصح عنه المصنف في تقرير دليل أبي حنيفة فيما بعد حيث قال لانه لا يجيبا بعد قطع مجرى النفس  
أو الطعام مع أن الشافعي لم يقل بكفاية قطع أحدهما بل بشرط قطعها معا وقال في العناية بعد ذكر  
الاحتجاج المسفور وهو ضعيف لفظا ومعنى أما لفظ فلان الوداج لادالة لها على الخلقوم والمري أصلا  
وأما معنى فلان المقصود اسالة الدم النجس وهو انما يحصل بقطع مجراه انتهى أقول ما ذكره في وجه  
ضعفه لفظ ليس بسديد اذ قد ذكر في الاحتجاج المزبور وجه دلالة الوداج على الخلقوم والمري بأنه  
جمع الوداج ومائة الا الودجان فدل على أن المقصود بهما ما يحصل به زهوق الروح وهو بقطع الخلقوم  
والمري فلا معنى بعد ذلك لجر دني دلالة ما علم ما بل لا بد من بيان محذور كما لا يخفى (قوله الا أنه لا يمكن  
قطع هذه الثلاثة الا بقطع الخلقوم فيثبت قطع الخلقوم باقتضائه) قال بعض الفضلاء فيه بحث لان  
المفهوم من كلام المصنف الذي سيذكره في تعليقه على حنيفة جعل الوداج على الاستغراق حيث  
بنى تعليقه على قيام الاكثر مقام الكل فيثبت قطع الخلقوم بتناول اللفظ لا باقتضائه انتهى أقول  
ليس هذا شئ لأن ما سيجي عن كلام المصنف في تعليقه على قول أبي حنيفة وان اقتضى جعل الوداج  
على الاستغراق الا أنه لا يقتضى أن يكون الاستغراق من جهة واحدة كدلالة اللفظ عليه عبارة بل

اذ كل منهما مجرى الدم  
أما الخلقوم فيخالف المري  
فان المري مجرى العلف  
والماء والخلقوم مجرى  
النفس ووقع في بعض  
النسخ بالعكس وليس بجيد  
فلا بد من قطعها ما وهو  
قريب وجوابه سيجي  
واحتج محمد رحمه الله بأن  
كل فرد منها أصل بنفسه  
لانفصاله عن غيره ولورود  
الامر بقره والاكثر يقوم  
مقام الكل فيعتبر أكثر كل  
من الامور الاربعة وهو  
أقرب كما ترى واحتج أبو  
حنيفة رحمه الله بأن الاكثر  
يقوم مقام الكل في كثير  
من الاحكام وأى ثلاث  
قطعها فقد قطع الاكثر  
منها وما هو المقصود يحصل  
بها وهو انها رالدم المسفوح  
والتوحية أى التجميل في  
اخراج الروح لانه لا يجيبا  
بعد قطع مجرى النفس  
أو الطعام وبهذا يحصل  
جواب أبي يوسف

(قال المصنف فيثبت قطع  
الخلقوم باقتضائه) أقول  
فيه بحث لان المفهوم من  
كلام المصنف الذي سيذكره  
في تعليقه على حنيفة جعل  
الوداج على الاستغراق  
حيث بنى تعليقه على قيام  
الاكثر مقام الكل فيثبت

ثبت قطع الخلقوم بتناول اللفظ لا باقتضائه (قال المصنف وما هو المقصود يحصل بها) أقول أى بقطعها على  
حذف مضاف (قال المصنف والتوحية) أقول أى التجميل بالحاء المهملة (قال المصنف لانه لا يجيبا بعد قطع مجرى النفس والطعام)  
أقول لعل الواو بمعنى أو (قوله وحصل بهذا جواب أبي يوسف) أقول انما يحصل جوابا اذا كان الواو في قوله والطعام بمعنى أو

وبقوله (ويخرج الدم بقطع أحد الودجين فيكتفى به تحمرا عن زيادة التعذيب) جواب مالك رحمه الله لا يقال الاوداج جمع دخل عليه  
 الالف واللام وليس غمة معهود فيصرف الى الواحد كما في قوله تعالى لا يحل لك النساء لان ما تحتها ليس أفراده حقيقة والانصراف الى  
 الجنس فيما يكون كذلك وقوله (بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق) قيل يعني أكثر المرخص فيه وهو الثلاثة فان  
 الاثنين لما كانا باقين كان أكثر المرخص باقيا فلا يحل وقيل لما كان جانب (٥٩) الحرمة مرجحا كان للنصف الباقي حكم

الاكثر فكانه لم يقطع شيئا  
 وربما لوح الى هذا بقوله  
 احتياطاً بجانب الحرمة  
 قال (ويجوز الذبح بالظفر  
 والقرن والسن الخ) الذبح  
 بالظفر والقرن والسن  
 المنزوعة جازمكروه وواكل  
 الذبح بها لا بأس به وقال  
 الشافعي رحمه الله هو ميتة  
 لقوله صلى الله عليه وسلم  
 كل ما أنهر الدم وأقرى  
 الاوداج ما خلا الظفر  
 والسن فأنهم ممدى الحبشة  
 استثناهما بالاطلاق عما  
 يجوزاً كله فيتناول الحرمة  
 بالمنزوع والقائم ولان الذكاة  
 فعل مشروع وانهار الدم  
 بها مطلقاً غير مشروع فلا  
 يكون ذكاة كثير المنزوع  
 ولنا قوله عليه الصلاة  
 والسلام أنهر الدم بما شئت  
 ويروى أفرأ الاوداج بما  
 شئت وهو باطلاقة يقتضي  
 الجواز بالمنزوع وغيره  
 الأتار كنا غير المنزوع عما  
 رواه الشافعي فان فيه دلالة  
 على ذلك وهو قوله عليه  
 السلام فأنهم ممدى الحبشة  
 فأنهم لا يقطرون الاطفال  
 ويحدون الاسنان  
 ويقاثلون بالحدش والعض  
 وهذا معنى قوله ومارواه محمول على غير المنزوع

ويخرج الدم بقطع أحد الودجين فيكتفى به تحمرا عن زيادة التعذيب بخلاف ما اذا قطع النصف لان  
 الاكثر باق فكانه لم يقطع شيئا احتياطاً بجانب الحرمة قال (ويجوز الذبح بالظفر والسن  
 والقرن اذا كان منزوعاً حتى لا يكون بأكله بأس الا أنه يكرهه هذا الذبح) وقال الشافعي المذبوح ميتة  
 لقوله عليه السلام كل ما أنهر الدم وأقرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فأنهم ممدى الحبشة ولانه فعل  
 غير مشروع فلا يكون ذكاة كما اذا ذبح بغير المنزوع ولنا قوله عليه السلام أنهر الدم بما شئت ويروى أفر  
 الاوداج بما شئت ومارواه محمول على غير المنزوع فان الحبشة كانوا يفعلون ذلك

يجوز أن يتحقق الاستغراق بدلالة اللفظ على قطع الثلاثة عبارة وعلى قطع الرابع أيضاً اقتضاه كما ذكره  
 ههنا اذ لا شك أنه يحصل من المجموع استغراق العروق الاربعة كلها وان كان من جهتي الدلالة أعنى  
 العبارة والاقتضاء فلا تدافع بين كلامي المصنف كما توهمه (قوله ويخرج الدم بقطع أحد الودجين  
 فيكتفى به تحمرا عن زيادة التعذيب) أقول لقائل أن يقول لو كان في قطع الودجين معاز زيادة التعذيب  
 وكان في الاكفاه بقطع أحدهما تحمرا عن غيرها لما كان قطع العروق الاربعة جميعاً في الذكاة أولى عند  
 أبي حنيفة أيضاً بل ينبغي أن يكون الاكفاه بقطع أحد الودجين أولى فان تعذيب الحيوان بلا فائدة  
 مما يجب الاحتراز عنه على ما تقر في كثير من قواعد الفقه مع أنه صرح في الشروح وغيرها بأن قطع  
 الجميع أولى عند أبي حنيفة أيضاً فتأمل قال في العناية لا يقال الاوداج جمع دخل عليه الالف واللام  
 وليس غمة معهود فيصرف الى الواحد كما في قوله تعالى لا يحل لك النساء من بعد لان ما تحتها ليس  
 أفراده حقيقة والانصراف الى الجنس فيما يكون كذلك انتهى وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال  
 فيه بحث فانه انما يحتمل على الجنس اذا تم ذكره على الاستغراق وههنا ليس كذلك انتهى أقول  
 ليس لهذا اليراد مساس بالكلام المذكور في العناية اذ لم يقل فيها ان الجمل ههنا على الجنس حتى  
 يمكن أن يورد عليه أن المعرف بالالف واللام انما يحتمل على الجنس عند أرباب علم الاصول اذا تعذر  
 جملة على الاستغراق وههنا ليس كذلك بل قال فيها ان ما نحن فيه ليس أفراده حقيقة لان اطلاقه  
 على غير الودجين بطريق التغليب والانصراف الى الجنس فيما يكون كذلك أي فيما يكون ما تحتها  
 من أفراده حقيقة فصار حاصله نفي جواز الجمل على الجنس ههنا فلا يتجه عليه اليراد المذكور أصلاً (قوله  
 وقال الشافعي المذبوح ميتة لقوله عليه السلام كل ما أنهر الدم وأقرى الاوداج ما خلا الظفر والسن  
 فأنهم ممدى الحبشة) أقول هذا الحديث لا يدل على تمام مدعى الشافعي بل يدل على خلاف مدعاه  
 في البعض فان القرن أيضاً داخل في المدعى مع أن الحديث المذكور لا يدل على عدم جواز كل  
 المذبوح بذلك بل يدل على جوازه حيث استثنى الظفر والسن فبقى ما عداه ما في حكم المستثنى منه  
 (قوله ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة) أقول فيه بحث لانه ان أراد بقوله أنه فعل غير مشروع أنه  
 محرم فهو ممنوع عندنا بل هو أول المسئلة وان أراد بذلك أنه مكروه فهو مسلم ولكن لان سلم أنه لا يكون ذكاة  
 حينئذ بل هو أيضاً أول المسئلة فانه مكروه عندنا ولكنه ذكاة يجوز كل المذبوح به كما أفصح عنه  
 المصنف بقوله حتى لا يكون بأكله بأس الا أنه يكرهه هذا الذبح فلم يحل هذا التعليل المذكور من قبل

(قوله وليس غمة معهود) أقول قيل لان سلم أنه ليس غمة معهود فان العروق التي تقطع بالذبح معلوم معهود (قوله لان ما تحتها ليس أفراده  
 حقيقة والانصراف الى الجنس فيما يكون كذلك) أقول فيه بحث فانه انما يحتمل على الجنس اذا تعذر جملة على الاستغراق وههنا ليس  
 كذلك كما لا يخفى ثم قوله ليس أفراده أي ليس من أفراد مفردة وقوله حقيقة أي ليس من أفراد حقيقة لان هذا الجمع من باب التغليب

وقوله (ولانه آلة جارحة) جواب عن دليها المعقول وتقريره أن انهمار الدم بالظفر والسن المزروعين غير مشرو وعفانه أى كل واحد منهما ما آلة جارحة يحصل بها المقصود وهو اخراج الدم فصار كالليطة والنجر والحديد والسكين الكليل وباقي كلامه ظاهر سوى ألفاظ نفسرها الليطة بكسر اللام قسر (٦٠)

بالثقل فيكون في معنى المنخنة وقوله صلى الله عليه وسلم لقد أردت أن تميها موتات قيل انما يكون ذلك اذا علم المقصود بالذبح أن التحديد للذبح وليس كذلك لان المذبوح لا عقل له وهو مع كونه سوء أدب ساقط لان الوهم في ذلك كاف وهو موجود فيه والعقل يحتاج اليه لمعرفة الكليات وما نحن فيه ليس منها والخاع بالفتح والكسر والضم لغة فيه فسرره المصنف بأنه عرق أبيض في عظم الرقبة ونسبه صاحب النهاية الى السهو وقال هو خيط أبيض في جوف عظم الرقبة تمتد الى الصلب ورد بأن بدن الحيوان مركب من عظام وأعصاب وعروق هي شرايين وأوتار ومائة شئ يسمى بالخيوط أصلا ثم ذكر المصنف رحمه الله الاصل الجامع في افادة معنى الكراهة وهو كل ما فيه زيادة ألم لا يحتاج اليه في الذكاة قال (وما استأنس من الصيد) قدمر أن الذبح الاضطراري بدل عن الاختيارى فلا مصر الى الاول قبل الجز

ولانه آلة جارحة فيحصل به ما هو المقصود وهو اخراج الدم وصار كالنجر والحديد بخلاف غير المزروع لانه يقتل بالثقل فيكون في معنى المنخنة وانما يكره لان فيه استعمال جزء الاذى ولان فيه اعسار على الحيوان وقد أمرنا فيه بالاحسان قال (ويجوز الذبح بالليطة والمروءة كل شئ أنهر الدم الا السن القائم والظفر القائم) فان المذبوح به ماميته لما بينا ونص محمد في الجامع الصغير على أنهما ميته لانه وجد فيه نصا وما لم يجد فيه نصا يحتاط في ذلك فيقول في الحل لأبأس به وفي الحرمة يقول يكره وألم يؤكل قال (ويستحب أن يحد الذابح شفرته) لقوله عليه السلام ان الله تعالى كتب الاحسان على كل شئ فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة واذا ذبحتم فأحسنوا الذبيحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته ويكره أن يضجها ثم يحد الشفرة لما روى عن النبي عليه السلام أنه رأى رجلا أضجع شاة وهو يحد شفرته فقال لقد أردت أن تميها موتات هلا حدتها قبل أن تضجها قال (ومن بلغ بالسكين الخاع أو قطع الرأس كرهه ذلك وتوكل ذبيحته) وفي بعض النسخ قطع مكان بلغ والخاع عرق أبيض في عظم الرقبة أما الكراهة فلما روى عن النبي عليه السلام انه نهى أن تتخع الشاة اذا ذبحت ونفسه ما ذكرناه وقيل معناه أن يحد رأسه حتى يظهر مذبحه وقيل أن يكسر عنقه قبل أن يسكن من الاضطراب وكل ذلك مكروه وهذا لان في جميع ذلك وفي قطع الرأس زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة وهو منهى عنه والحاصل أن ما فيه زيادة ألام لا يحتاج اليه في الذكاة مكروه ويكره أن يجرم ما يزيد به برجله الى المذبوح وأن تتخع الشاة قبل أن تبرد يعني تسكن من الاضطراب وبعد ذلك فلا يكره الخاع والسلخ إلا أن الكراهة لمعنى زائد وهو زيادة الألم قبل الذبح أو بعده فلا يوجب التحريم فلهذا قال تؤكل ذبيحته قال (فإن ذبح الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق حل) لتحقق الموت بما هو ذكاة ويكره لان فيه زيادة الألم من غير حاجة فصارت كما إذا جرحها ثم قطع الوداج (وان ماتت قبل قطع العروق لم تؤكل) لوجود الموت بما ليس بذكاة فيها قال (وما استأنس من الصيد فذكاة الذبح وما توحش من النعم فذكاة العروق والجرح) لأن ذكاة الاضطرارا انما يصار اليه عند العجز عن ذكاة الاختيار على ما مر والعجز متحقق في الوجه الثاني دون الاول (وكذا ما تردى من النعم في بستر ووقع العجز عن ذكاة الاختيار)

الشافعي عن المصادرة على المطلوب كما ترى (قوله والخاع عرق أبيض في عظم الرقبة) قال في المغرب الخاع خيط أبيض في جوف عظم الرقبة يمتد الى الصلب والفتح والضم لغة في الكسر ومن قال هو عرق فقد سماها انما ذلك الخاع بالياء يكون في القفا ومنه ينجع الشاة اذا بلغ بالذبح ذلك الموضوع فالنجع أبلغ من النجع انتهى وذكرة صاحب النهاية ما في المغرب بعينه غير أنه لم ينسبه الى المغرب فصاحب العناية كانه حسب أن صاحب النهاية ذكرة ما ذكره هنامن عند نفسه حيث قال فسره المصنف بأنه عرق أبيض في عظم الرقبة ونسبه صاحب النهاية الى السهو وقال هو خيط أبيض في جوف عظم الرقبة يمتد الى الصلب ورد بأن بدن الحيوان مركب من عظام وأعصاب وعروق هي شرايين وأوتار ومائة شئ يسمى بالخيوط أصلا الى هنا لفظ العناية أقول الرالد كور مردود لان ما ذكره من العظام والأعصاب والعروق انما هو أعضاء مفردة لبدن الحيوان وله أعضاء أخر مفردة كالغضروف والرباط والغشام والحجم والشحم وغير ذلك ومركبة تركيباً أو لياً كالعضل أو ثانيا كالعين أو ثالثاً كالوجه ثم الرأس مثلا على

عن الثاني وهذا يخرج ما ذكر في الكتاب (قوله ورد بأن بدن الحيوان مركب الى قوله وما ثم شئ يسمى بالخيوط أصلا) أقول وفي القاموس الخاع مثلثة الخيط الأبيض في جوف الفقار ينحدر من الدماغ ويتشعب منه شعب



لما بينا وقال مالك لا يحل بذكاة الاضطرار في الوجهين لان ذلك نادر ونحن نقول المعتبر حقيقة العجز وقد تحقق فيصار الى البذل كيف وانالانس لم الصدر بل هو غالب وفي الكتاب اطلق فيما نوحش من النعم وعن محمد ان الشاة اذا نذت في الصحراء فذكاتها العقر وان نذت في المضر لا تحل بالعقر لانها لا تدفع عن نفسها فيمكن أخذها في المضر فلا يحل العجز والمصر وغيره سواء في البقر والبعية لانها يدفعان عن أنفسهما فلا يقدر على أخذهما وان نذت في المضر فيتحقق العجز والصيد كالنذ اذا كان لا يقدر على أخذها حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكاة حل أكله قال (والمستحب في الابل الكرفان ذبحها جاز ويكره والمستحب في البقر والغنم الذبح فان نحرهما جاز ويكره) أما الاستحباب فلهو اقلقة السنة المتوارثة ولا اجتماع العروق فيها في المنحر وفيهما في المذبح والكرهه لخالفه السنة وهي لمعنى في غيره فلا تمنع الجواز والحل خلافا لما يقوله مالك انه لا يحل قال (ومن نحر ناقة أو ذبح بقرة فوجده في بطنها جنيها ميتا لم يؤكل أشعرا ولم يشعر) وهذا عند أبي خنيفة وهو قول زفر والحسن بن زياد رجهما الله وقال أبو يوسف ومحمد رجهما الله اذا تم خلقه أكل وهو قول الشافعي لقوله عليه السلام ذكاة الجنين ذكاة أمه ولانه جزء من الام حقيقة لانه متصل بها حتى يفصل بالمقراض ويتغذى بغذاها ويتنفس بنفسها وكذا حكا حتى يدخل في البيع الوارد على الام ويعتق باعتاقها واذا كان جرا منها فالجرح في الام ذكاة له عند العجز عن ذكاته كافي الصيد وله أنه أصل في الحياة حتى تصور حياته بعد موتها وعند ذلك يفرد بالذكاة ولهذا يفرد بإيجاب الغرة ويعتق باعتاق مضاف اليه وتصح الوصية له وبه وهو حيوان دموي وما هو المقصود من الذكاة وهو الميزين الدم والعم لا يتحصل بجرح الام اذ هو ليس بسبب خروج الدم عنه فلا يجعل تبعاف حقه بخلاف الجرح في الصيد لانه سبب لخروجه ناقصا في مقام مقام الكامل فيه عند التعذر وانما يدخل في البيع تحر الجواز كى لا يفسد باستثنائه ويعتق باعتاقها كى لا يفصل من الحره ولدرقيق

فصل فيما يحل أكله وما لا يحل قال (ولا يجوز أكل ذى ناب من السباع ولا ذى مخلب من الطيور) لان النبي عليه السلام نهى عن أكل كل ذى ناب من الطيور وكل ذى ناب من السباع وقوله من السباع ذكوة عقيب النوعين فينصرف اليه ما في تناول سباع الطيور والبهائم لا كل ماله مخلب أو ناب

ما بين كلفي كتب الطب فان أراد بقوله ومائة شئ يسمى بالخط أنه ما في الاعضاء المفردة المخصوصة التي ذكرها شئ يسمى بالخط فهو مسلم لكن لا يجدي شياً اذ لم يقل أحد بأن الخنازير من تلك الاعضاء المخصوصة حتى يلزم من أن لا يسمى شئ من تلك الاعضاء بالخط أن لا يكون الخنازير خطا وان أراد به أنه ما في أعضاء بدن الحيوان وأجزائه مطلقا شئ يسمى بالخط فهو ممنوع جدا كيف ولا شك أن الخنازير من أجزائه وكتب اللغة مشحونة بتفسيره بالخط منها المغرب كما ذكرناه في صدر الكلام ومنها صحاح الجوهري فانه قال فيه وهو الخط الابيض الذي في جوف الفقار ومنها القاموس فانه قال فيه والخنازير مثلثة الخط الابيض في جوف الفقار ينحدر من الدماغ ويتشعب منه شعب في الختم الى غير ذلك من معتبرات كتب اللغة

فصل فيما يحل أكله وما لا يحل لما ذكر أحكام الذبائح شرع في تفصيل المأكول منها وغير المأكول المقصود الاصل من شرعية الذبائح التوصل الى الاكل وقدم الذبح لان وسيلة الشئ تقدم عليه في الذكوة (قوله وقوله من السباع ذكوة عقيب النوعين فينصرف اليه ما في تناول سباع الطيور والبهائم لا كل ماله مخلب أو ناب) قال صاحب غاية البيان وهكذا قرر شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح المبسوط

لا يحل الاكل بذكاة الاضطرار في الوجهين) يعني ما نوحش وما تردى لان ذلك نادر والنادر لا حكمه قلنا لان سلم الصدر وان كانت فالمعتبر حقيقة العجز وقد تحقق (وقوله

وفي الكتاب) يريد به القدوري وكلامه واضح والنحر قطع العروق عند الصدر والذبح قطعها تحت اللجين والمستحب في الابل الاول وفي غيره الثاني والعكس يجوز ويكره لما ذكر في الكتاب (وقوله لمعنى في غيره) أى في غير الذبح وهو ترك السنة (وقوله أشعر) معناه نبت شعره مثل أعشب المكان وكلامه واضح خلانته لم يجب عن الحديث الذي استدلاله لانه لا يصلح للاستدلال لانه روى ذكاة أمه بالرفع والنصب فان كان منصوبا فلا شك ان تشبيهه وان كان مرفوعا فكذلك لانه أقوى في التشبيه من الاول عرف ذلك في علم البيان قبل وما يدل على ذلك تقديم ذكاة الجنين كافي قوله وعينها وعيناها وجيدك جيدها \* سوى أن عظم الساق منك دقيق

فصل فيما يؤكل وما لا يؤكل

ذكروا هذا الفصل عقيب الذبائح لانه المقصود من الذبائح والوسيلة الى الشئ تقدم عليه في الذكوة وكلامه واضح وانما ذكر أوصاف السبع ليعنى على ذلك

قوله (كي لا يعدوشئ من هذه الاوصاف الذميمة اليهم) والفرق بين الاختطاف والانتهاج أن الاختطاف من فعل الطيور والانتهاج من فعل سباع البهائم قال في المبسوط فالمراد بذئ الخطفة ما يحطف بمخلبه من الهواء كالبازي والعقاب ومن ذئ التهمة ما ينتهب بنابه من الارض كالاسد والذئب (قوله ويدخل فيه الضبع والنعلاب) لان لهما نابا يقتلان به فلا يؤكل لجهما كالذئب فيكون الحديث حجة على الشافعي في اباحتها فان قيل يعارضه حديث جابر رضي الله عنه أنه سئل عن الضبع أصيده فقال نعم فقيل أيؤكل لحمه فقال نعم فقيل أنشئ سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم (٦٣) فقال نعم فلا يكون حجة أجيب بأن حديثنا مشهور ولا يعارضه حديث جابر ان

صح وقد قيل انه كان في الاتسداء ثم نسخ بقوله تعالى ويحترم عليهم الخبائث وابن عرس دويبة والرخم جمع رجة وهو طائر أبلق يشبه التسرفي الخلقفة والبعث ما لا يصيد من صغار الطيور وضعافه وأما الغراب الأسود والابقع فهو أنواع ثلاثة نوع يلتقط الحب ولا يأكل الجيف وليس بمكروه ونوع منه لا يأكل الا الجيف وهو الذي سماه المصنف الابقع الذي يأكل الجيف وانه مكروه ونوع يخلط بأكل الحب مرة والجيف أخرى ولم يذكره في الكتاب وهو غير مكروه عند أبي حنيفة مكروه عند أبي يوسف (قوله وكذا الغداف) وهو غراب القيط لا يؤكل وأصل ذلك أن ما يأكل الجيف فلهمة نبت من الحرام فيكون خبيثا عاقده وما يأكل الجيف لم يوجد ذلك فيه وما خلط كالذجاج والعقق فلا بأس بأكله عند أبي حنيفة وهو الأصح لان النبي صلى الله

والسبع كل محتطف منتهب جارح قاتل عاداة ومعنى التحريم والله أعلم كرامة بنى آدم كي لا يعدوشئ من هذه الاوصاف الذميمة اليهم بالاكل ويدخل فيه الضبع والنعلاب فيكون الحديث حجة على الشافعي رحمه الله في اباحتها والقبيل ذوناب فيكره والربوع وابن عرس من السباع الهوام وكرهوا كل الرخم والبعث لانهم ما يأكلون الجيف قال (ولا بأس بغراب الزرع) لانه يأكل الحب ولا يأكل الجيف وليس من سباع الطير قال (ولا يؤكل الابقع الذي يأكل الجيف وكذا الغداف وقال أبو حنيفة لا بأس بأكل العقق) لانه يخلط فأشبهه الدجاجة وعن أبي يوسف أنه يكره لان غالب أكله الجيف قال (ويكره أكل الضبع والنضب والسلفاء والزبور والحشرات كلها) أما الضبع فلماذا كرنا وأما النضب فلان النبي عليه السلام هي عائشة رضي الله عنها حين سألته عن أكله

ثم قال ولنا في هذا التقرير نظر لان الثقات من المحدثين رووا الحديث بأجمعهم بتقديم كل ذئ ناب من السباع على كل ذئ مخلب من الطيور فلا يتمشى هذا التقرير ولو همت تلك الرواية فتمنع انصراف قوله من السباع الى النوعين جميعا لان قوله وكل ذئ ناب أولى بالانصراف اليه لكونه أقرب انتهى أقول قوله لان قوله وكل ذئ ناب أولى بالانصراف اليه لكونه أقرب ليس بتمام لان كونه أقرب بما يقتضى أولوية انصرافه اليه من انصرافه الى أول النوعين الى النوعين جميعا ومدعى الشيخين انصرافه اليه ما معا فلا يقدح فيه ما ذكره والوجه أن يقال بين النوع الاول بقوله من الطيور وهو بأى أن يكون البيان المذكور في ذيل النوع الثاني وهو قوله من السباع مصر وفا الى النوعين جميعا اذا المتبادر أن يكون كل من البيانيين قيد المسافر من به من أحد النوعين مذكورا بازاها الا آخر فكيف يبنى الحكم الشرعي على ما هو خلاف المتبادر من الكلام فتدبر (قوله والسبع كل محتطف منتهب جارح قاتل عاداة) قال الشراح الفرق بين الاختطاف والانتهاج أن الاختطاف من فعل الطيور والانتهاج من فعل السباع البهائم انتهى أقول فعلى هذا كان ينبغي للمصنف أن يقول والسبع كل محتطف أو منتهب الى آخر ما ذكره لان قوله والسبع كل محتطف منتهب يشعر باجتماع الاختطاف والانتهاج في كل سبع وهذا لا يتصور على الفرق المذكور كما لا يخفى (قوله وكرهوا كل الرخم والبعث لانهم ما يأكلون الجيف) الرخم جمع رجة وهو طائر أبلق يشبه التسرفي الخلقفة يقال له الاثوق كذا في الصحاح والبعث طائر أبلق يغت الى الغبرة ودين الرجة بطيء الطيران كذا في الصحاح أيضا معزى الى ابن السكيت وقال في القاموس البعث مثلثة الاول طائر أغر انتهى قال جمهور الشراح هنا البعث ما لا يصيد من صغار الطير وضعافه وقال بعض منهم بعد ذلك كلفه صافير ومحوها أقول هذا التفسير منهم لا يتناسب ما في الكتاب أما ولا فلانه يتناول ما يؤكل لحمه أيضا كالعصافير فانها مما يؤكل لحمه بلا خلاف كما صرح به في أوائل كتاب الصيد والذئب من فتاوى قاضيان وأما ناسا فلان كثيرا مما لا يصيد من صغار الطير وضعافه لا يأكل الجيف بل يأكل الحب كما لا يخفى فلو كان المراد بالبعث المذكور في الكتاب ما فسر به لم

عليه وسلم أكل الدجاجة وهي مما يخلط وقوله (أما الضبع فلماذا كرنا) يريد به قوله ويدخل فيه الضبع يعني أنه ذوناب وهي

(قوله ان الاختطاف من فعل الطيور والانتهاج من فعل سباع البهائم) أقول قول المصنف كل محتطف منتهب يدل على وجودهما في كل سبع (قوله والبعث ما لا يصيد من صغار الطير وضعافه الخ) أقول فيه بحث فانه يصدق على ما يؤكل لحمه أيضا كالعصفور (قوله ولم يذكره في الكتاب) أقول قال الزيلعي في شرح الكنز ونوع يخلط بينهما وهو أيضا يؤكل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وهو العقق فعلى هذا لا يصح قول الشارح ولم يذكره في الكتاب

(وقوله وهي حجة على الشافعي) يعني نهى النبي صلى الله عليه وسلم وأئمة ثلاث الخبير فان قيل يعارضه حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن الضب فقال لم يكن من طعام قومي فأخذ نفسي تعافه فلا أحله ولا أحرمه وحدث ابن عباس رضي الله عنهما قال أكل الضب على مائدة رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي الآكلين أبو بكر رضي الله عنه أجيب بأن الأصل ان الحاضر والمبج اذا تعارض يرجح الحاضر على أن المبج مؤول بما قبل التحريم ولا تؤكل الحجر الاهلية لما ذكر في الكتاب وذهب بشر المريسي الى اباحتها ونقل ذلك عن مالك رحمه الله تشبها بما روى عن عائشة رضي الله عنها أنها سألت عن ذلك فقلت قوله تعالى قل لا أحد فيما أوحى الى محرم الاية وبحديث غالب بن أبيجر قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يبق من مالي الا حيرات فقال عليه الصلاة والسلام كل من سمين مالك واستدلالا بجمل أكل الوحشي وهو ضعف أما الآية فلخو از أن يكون قبل حرمة لحم الحجر والدليل على ذلك حرمة الاشياء الحرمية الخارجة عن مدلولها وأما الحديث فلا نمؤول باكل غيرها وأما الاستدلال فلان من شرطه أن لا يكون الفرع منصوصا عليه والنص الناهي عن لحوم الحجر الاهلية قائم فبطل القياس قال (وبكره لحم الفرس عند أبي حنيفة رحمه الله الخ) كلامه واضح وقد اعترض على قوله والحكيم لا يترك الامتنان باعلى النعم

(قال المصنف وانما تكره الحشرات كلها استدلالا بالضب لانه منها) أقول (٦٣) قال العلامة السكاكي أي لان الضب

من الحشرات فاذا رتب الحكم على الجنس ينسحب على جميع أفراده كما اذا قال طبيب لريض لا تأكل لحم البعير يتناول منه كل الافراد انتهى وفيه بحث (قوله أما الآية فلخو از أن يكون قبل حرمة لحم الحجر) أقول والدليل عليه أن سورة الانعام مكية وفتح خبير كان بعد الهجرة (قال المصنف ولاي حنيفة رحمه الله قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة خرج مخرج الامتنان والاكل من أعلى منافعها

وهي حجة على الشافعي في اباحتها والزبور من المؤنثيات والسحفاة من خبائث الحشرات ولهذا لا يجب على المحرم بقية له شيء وانما تكره الحشرات كلها استدلالا بالضب لانه منها قال (ولا يجوز أكل الحجر الاهلية والبغال) لما روى خالد بن الوليد رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير وعن علي رضي الله عنه أن النبي عليه السلام أهدر المتعة وحرم لحوم الحجر الاهلية يوم خيبر قال (وبكره لحم الفرس عند أبي حنيفة) وهو قول مالك وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمه الله لا بأس بأكله لحديث جابر رضي الله عنه أنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لحوم الحجر الاهلية وأذن في لحوم الخيل يوم خيبر ولاي حنيفة قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة خرج مخرج الامتنان والاكل من أعلى منافعها والحكيم لا يترك الامتنان بأعلى النعم

ان لا يتم قول المصنف لانهم ما بالان الجيف نم وقع في بعض كتب اللغة تفسير البغاث بما قسمه الشراح بههنا فانه قال في ديوان الادب البغاث ما لا يصيد من الطير وقال في المغرب البغاث ما لا يصيد من صغار الطير كالصافير ونحوها وقال في الصحاح قال الفراء بغاث الطير شرارها وما لا يصيد منها انتهى الا ان شيئا من ذلك لا يصلح أن يجعل تفسير الما في الكتاب لما ذكرنا من الوجهين وانما التفسير المناسب لما في الكتاب ما قدمناه مما ذكر في الصحاح أو لا معزى الى ابن السكيت وما ذكره في القاموس أيضا بمصر ترشد (قوله وانما تكره الحشرات كلها استدلالا بالضب لانه منها) قال صاحب معراج الدراية

(الخ) أقول قال القاضي في تفسيره واستدل به على حرمة لحومها ولا دليل فيه اذ لا يلزم من تعليل الفعل بما يقصد منه غالبان لا يقصد منه غيره أصلا ويدل عليه أن الآية مكية وعامة المفسرين والمحدثين على أن الحجر الاهلية حرمت عام خبير انتهى قال السكاكي فان قيل انما يستقيم هذا أن لو كان المقصود من النص الامتنان عطلق النعمة أمالو كان المقصود الامتنان بالنعمة المخصوصة فلا يستقيم هذا لأن سئلنا لكن لا نسلم أن منفعة الاكل والحل فوق منفعة الر كوب والزينة أماقوله منفعة الاكل يتعلق بها البقاء في الجملة فسلم لكن غيره بسد مسده فيما هو الغنم والبقر وغيرهما أما منفعة الر كوب والزينة في الخيل فلا يسد غيره مسده فان الر كوب والزينة في الخيل يحصل على الكمال حتى جعل له الشرع سهما من الغنمة كالأدب في حيث نذرت الامتنان في الخيل بالاكل لا يدل على حرمة كترك الامتنان بنعمة الدر والنسل والبيع وحمل الثقل فلنا وجه الامتنان لا يتعلق باختصاص هذه المنافع بهذه الاشياء بل يتعلق برجوع هذه المنافع الى العباد ومنفعة الاكل بالاضافة الى العباد فوق منفعة الر كوب والزينة في النعمة على أنا نقول ان الر كوب والزينة لا يختص بهذه الاشياء بل يوجد في غيرها وهو البقر والضأن والابل فلا يكون المقصود منها ذكر المنافع الخاصة بها ومنفعة الاكل في الخيل فوق الر كوب يتعلق البقاء دون الر كوب وأما قوله غيره بسد مسده في يتعلق البقاء فلنا ذلك لا يخرج كون منفعة الاكل فوق منفعة الر كوب والزينة وأما منفعة البيع والحل فقد ذكرها دلالة لانه متى ثبت كونه ركو بامتنعابه في ذاته ثبت أنه مال منقوم وحمل للبيع وفيه كلام لا يخفى

ويتن بأذناها ولأنه آله أرهاب العدو فيكرهه كله احتراماً له ولهذا يضرب به بسهم في الغنمية ولأن  
 في إباحته تقليل آله الجهاد وحدث جابر معارض بحدث خالد رضي الله عنه والترجيح للتحريم ثم  
 قيل الكراهة عنده كراهة تحريم وقيل كراهة تنزيه والاول أصح وأما لبنته فقد قيل لا بأس به لأنه  
 ليس في شربه تقليل آله الجهاد قال (ولابأس بأكل الأرنب) لأن النبي عليه السلام أكل منه حين  
 أهدى إليه مشواً وأمر أصحابه رضي الله عنهم بالآكل منه ولأنه ليس من السباع ولا من أكلة الجيف  
 فأشبهه الطيبي قال (وإذا ذبح ما لا يؤكل لحمه طهر جلده ولحمه إلا الأدمى والخنزير) فإن الذكاة  
 لا تعمل فيها أما الأدمى فحرمته وكرامته والخنزير نجاسته كما في الدباغ وقال الشافعي الذكاة لا تؤثر  
 في جميع ذلك لأنه لا يؤثر في إباحة اللحم أصلاً وفي طهارته وطهارة الجلد تبعاً ولا يتبع بدون الأصل وصار  
 كذبح الجوسى ولأن الذكاة مؤثرة في إزالة الرطوبات والدماء السيالة وهي النجسة دون ذات الجلد  
 واللحم فإذا زالت طهر كما في الدباغ وهذا الحكم مقصود في الجلد كالتناول في اللحم وفعل الجوسى أمانة  
 في الشرع فلا يدمن الدباغ وكما يطهر لحمه يطهر شحمه حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده خلافاً له وهل  
 يجوز الانتفاع به في غير الآكل قيل لا يجوز اعتبار الآكل وقيل يجوز كالزيت إذا خلطه وبلد الميتة  
 والزيت غالب لا يؤكل وينتفع به في غير الآكل قال (ولا يؤكل من حيوان الماء إلا السمك) وقال  
 مالك وجماعة من أهل العلم بإطلاق جميع ما في البحر واستثنى بعضهم الخنزير والكلب والإنسان وعن  
 الشافعي أنه أطلق ذلك كله والاختلاف في الآكل والبيع واحد لهم قوله تعالى أحل لكم صيد البحر من  
 غير فصل وقوله عليه السلام في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ولأنه لا دم في هذه الأشياء إذا الدموى

أى لأن الضب من الحشرات فإذا ترتب الحكم على الجنس ينسحب على جميع أفرادها كما إذا قال طبيب  
 لمرضى لأم كل لحم البعير يتناول منه كل أفرادها انتهى واقتفى أثره العيني أقول ليس ذلك بسديد لأن  
 الاستدلال على كراهة الحشرات كلها بكراهة الضب لكونه من تلك الحشرات إنما هو من قبيل  
 ترتب الحكم على فرد من أفراد الجنس فينسحب ذلك الحكم على سائر أفراد ذلك الجنس أيضاً من قبيل  
 أن يترتب الحكم على الجنس فينسحب ذلك الحكم على جميع أفراد ذلك الجنس أيضاً كما توهمه ذاك  
 الشارح فالظاهر أن مراد المصنف هو أنه إنما ذكره الحشرات كلها لأن الضب منها وقد ورد في  
 كراهة آكله النص فيستدل بكراهة آكله على كراهة كل سائر الحشرات أيضاً بطريق القياس  
 لا اشتراك كلها في علة الكراهة ثم أقول ليت شعري لم وقع المصنف في هذا المضيق ولم ينسحب في إثبات  
 كراهة كل الحشرات كلها بقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث والظاهر أن الحشرات كلها من الخبائث  
 فحينئذ يتم الاستدلال بكراهة الضب على كراهة الحشرات كلها كما ذهب إليه (قوله ثم قيل الكراهة  
 عنده كراهة تحريم وقيل كراهة تنزيه والاول أصح) قال صاحب العناية في تعليل كون الاول أصح  
 لأنه روى أن أبابوسف سأل أبان حنيفة رحمه الله إذا قلت في شيء أكرهه فما رأيك فيه قال التحريم انتهى  
 أقول فيه نظر لأن هذا إنما يدل على كون الاول أصح أن لو كان المروى عن أبي حنيفة رحمه الله في  
 هاتيك المسئلة منحصراً في لفظ أكرهه فكان بعضهم حمله على التحريم وبعضهم حمله على التنزيه وليس  
 كذلك بل المروى عنه فيها لفظان أحدهما لا يعجبني أكرهه وبه أخذ من قال بكراهة التنزيه وثانيهما  
 أكرهه وبه أخذ من قال بكراهة التحريم فبني اختلاف الفريقين اختلاف اللفظين المرويين عنه كما  
 صرح به الشراح فاطبة حتى الشراح المزبور نفسه أيضاً حيث قال متصلاً بتعليقه المذكور ومبني  
 اختلاف المشايخ في قول أبي حنيفة على اختلاف اللفظ المروى عنه فإنه روى عنه رخص بعض العلماء  
 في لحم الخيل فأما أنا فلا يعجبني أكرهه وهذا يلوح إلى التنزيه وروى عنه أنه قال أكرهه وهو يدل على  
 التحريم على ما روينا عن أبي يوسف اه تأمل (قوله لهم قوله تعالى أحل لكم صيد البحر من غير فصل)

ويتن بأذناها بأنه ترك ذكر  
 الجمل عليه فينبغي أن لا يحمل  
 الجمل عليه وهو فاسد فإن  
 الكلام في أن ترك أعلى  
 النعم والذهب إلى مادونه  
 دليل حرمة الأعلى والجمل  
 ليس كذلك وقوله (والاول)  
 يعنى كون الكراهة  
 للتحريم (أصح) لأنه روى أن  
 أبابوسف سأل أبان حنيفة  
 رحمه الله إذا قلت في شيء  
 أكرهه فما رأيك فيه قال  
 التحريم ومبني اختلاف  
 المشايخ رحمه الله في قول  
 أبي حنيفة رحمه الله  
 على اختلاف اللفظ المروى  
 عنه فإنه روى عنه رخص  
 بعض العلماء في لحم الخيل  
 فأما أنا فلا يعجبني أكرهه  
 وهذا يلوح إلى التنزيه  
 وروى عنه أنه قال أكرهه  
 وهو يدل على التحريم على  
 ما روينا عن أبي يوسف  
 رحمه الله (قوله ولا يؤكل  
 من حيوان الماء إلا السمك)  
 واضح

والطافي اسم فاعل من طفا الشيء فوق الماء يطفو اذا علا والمراد من السمك الطافي الذي يموت في الماء حتف أنفه من غير سبب فيعلو والجريث نوع من السمك والمارماهي كذلك وقوله (والحجة عليه ماروينا) يعني قوله عليه الصلاة والسلام أحلت لنا ميتتان ودمان الخ وقوله (وتنسحب عليه فروع كثيرة بينها هي كفاية المنتهى) منها أنه لو وجد في بطن السمكة سمكة أخرى فأنها تؤكل لان ضيق المكان سبب لموتها وكذلك ان قتلها طير الماء وغيره وكذلك ان ماتت في حب ماء لان ضيق المكان سبب لموتها وكذلك ان جمعها في حظيرة لا تستطيع الخروج منها وهو يقدري أخذها بغير صيد قتل فيها كذلك وان كانت لا تؤخذ بغير صيد فلا خير في أكلها لانها لم يظهر لموتها سبب وإذا ماتت السمكة في الشبكة وهي لا تقدر على التخلص منها وأكل شياً انقاه في الماء لتأكل منه فانت (٦٥) منه وذلك معلوم فلا بأس بأكلها وهو في معنى ما انحسر عنه

الماء وقال صلى الله عليه وسلم ما انحسر عنه الماء فكل وقوله (وفي الموت بالحر والبرد روايتان) احدهما أنها تؤكل لانه مات بسبب حادث فكان كالموت في الماء على اليبس والاخرى أنها لا تؤكل لان الحر والبرد صفتان من صفات الزمان وليستا من أسباب الموت في الغالب وأطلق القدوري رحمه الله الروايتين ولم ينسبهما لاحدود كرشيد الاسلام رحمه الله أنه على قول أبي حنيفة رحمه الله لايجل وعلى قول محمد رحمه الله يحل والله سبحانه وتعالى أعلم

(كتاب الاضحية)

أورد الاضحية عقيب الذبائح لان التضحية ذبح خاص والخاص بعد العام والاضحية في اللغة اسم ما يذبح في يوم الاضحية وهي أفعولة وكان أصله أضحية اجتمعت الواو

لايسكن الماء والمحرم هو الدم فأشبه السمك فلنا قوله تعالى ويحرم عليكم لحم الخبائث وما سوى السمك خبيث ونهى رسول الله عليه السلام عن دواء يتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان والصيد المذكور فيما تلا محمول على الاصطباذ وهو مباح فيما لايجل والميتة المذكورة فيما روى محمولة على السمك وهو حلال مستثنى من ذلك لقوله عليه السلام أحلت لنا ميتتان ودمان أما الميتتان فالسمك والجراد وأما الدمان فالكبد والطحال قال (ويكره أكل الطافي منه) وقال مالك والشافعي رحمه الله لا بأس به لاطلاق ماروينا لان ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث ولنا ما روى جابر رضي الله عنه عن النبي عليه السلام أنه قال ما نضب عنه الماء فكلوا وما لفظه الماء فكلوا وما طافا فلاناً كلا وعن جماعة من الصحابة مثل مذهبنا وميتة البحر ما لفظه البحر ليكون موته مضافاً الى البحر لا مامات فيه من غير آفة قال (ولا بأس بأكل الجزير والمارماهي وأنواع السمك والجراد بلاذكاة) وقال مالك لايجل الجراد الا ان يقطع الاخذ رأسه أو يشويه لانه صيد البر ولهذا يجب على المحرم بقتله جزاءه يلحق به فلايجل الا بالقتل كافي سائرته والحجة عليه ماروينا وسئل على رضي الله عنه عن الجراد يأخذها الرجل من الارض وفيها الميت وغيره فقال كاهه وهذا عد من فصاحته ودل على اماحته وان مات حتف أنفه بخلاف السمك اذا مات من غير آفة لا ناخصناه بالنص الوارد في الطافي ثم الاصل في السمك عندنا أنه اذا مات بآفة يحل كالمأخوذ واذا مات حتف أنفه من غير آفة فلايجل كالطافي وتنسحب عليه فروع كثيرة بينها هي كفاية المنتهى وعند التاميل يقف البرزعليها منها اذا قطع بعضها ماتت بحل كل ما بين وما بين لان موته بآفة وما بين من الحي وان كان ميتاً قبله حلال وفي الموت بالحر والبرد روايتان والله أعلم

(كتاب الاضحية)

أقول الظاهر ان ضمير لهم راجع الى جميع من خالفنا في هذه المسئلة على التفصيل المذكور اذ لم يذكر فيما بعد سوى دليل ائتماع أن التمسك بهذه الآية على الوجه المذكور لا يتشبه على قول من قال منهمم باستثناء الجزير والكب والانسان كما مر ذلك أيضاً ادعى ذلك القول بلزم الفصل كما لايجل فتأمل (قوله ولان ميتة البحر موصوفة بالحل للحديث) أقول لا يذهب على الفطن أن هذا القدر من الاستدلال لا يفيد مدعى مالك والشافعي بدون المصير الى اطلاق ذلك الحديث أيضاً للسمك الطافي وعند ذلك لا يظهر وجه جعله دليلاً مستقلاً كما هو مقتضى تحرير المصنف بل ينبغي أن يقال لاطلاق ماروينا واطلاق حديث حل ميتة البحر

(كتاب الاضحية)

أورد الاضحية عقيب الذبائح لان الاضحية ذبيحة خاصة والخاص بعد العام كذا قالوا أقول فيه

(٩ - تكمله ثامن) والياء وسبقت احدها بالساكون فقلبت الواو ياء وأدغمت الياء في الياء وكسرت الحاء لتناسب الياء ويجمع على أضحية بتشديد الياء قال الاصمعي وفيها أربع لغات أضحية بضم الهمزة وبكسر ها وضحية بفتح الصاد على وزن فعيلة كهدية

(قال المصنف وميتة البحر ما لفظه البحر ليكون موته مضافاً الى البحر) أقول فيه بحث فان الظاهر أن اضافة ميتة البحر مثل اضافة قتلى الطف في كونها اضافة الى المكان وجوابه ان مراده لا مامات فيه بغير آفة توفية ما بين الروايتين

(كتاب الاضحية)

(قوله أورد الاضحية عقيب الذبائح لان الخ) أقول الاول أن يقول أورد الاضحية عقيب الذبائح لانها ذبيحة خاصة

وهذا بابا واضحا وجعه اضحى كارطاة وأرطى وقال الفراء الاضحى يذ كرو يؤث وفي الشريعة عبارة عن ذبح حيوان مخصوص في وقت مخصوص وهو يوم الاضحى وشرائطها استد كرفي أننا الكلام وسببها الوقت وهو أيام النحر لان السبب انما يعرف بنسبة الحكم اليه وتعلقه به اذا الاصل في اضافة الشيء الى الشيء أن يكون سببا وكذا اذا لازمه فتكرر بتكرره كما عرف في الاصول ثم ان الاضحية تكرر بتكرر الوقت وهو ظاهر وقد اضيف السبب الى حكمه يقال يوم الاضحى فكان كقولهم يوم الجمعة ويوم العيد ولا نزاع في سببية ذلك وما يدل على سببية الوقت امتناع التقديم عليه كما امتنع تقديم الصلاة على وقتها لا يقال لو كان الوقت سببا لوجب على الفقير لتحقيق السبب لان الغنى شرط الوجوب والفرض عدمه (٦٦) وهي واجبة بالقدرة الممكنة بدليل أن الموسر اذا اشترى شاة للاضحية في أول

مناقشة هي أنهم ان أرادوا أن الخاص يكون بعد العام في الوجود فهو ممنوع اذ قد تقرر عند المحققين أن لا وجود للعام الا في ضمن الخاص وان أرادوا أن الخاص يكون بعد العام في التعقل فهو انما يكون اذا كان العام ذاتا للخاص وكان الخاص معقولا بالكنه كما عرفت وكون الامر كذلك فيما نحن فيه ممنوع ويمكن أن يقال تمييز الذائق من العرضي انما يتعسر في الحقائق النفس الامرية وأما في الأمور الوضعية والاعتبارية كما فيما نحن فيه فكل ما اعتبر داخل في مفهوم شيء يصير ذاتيا لذلك الشيء ويكون تصور ذلك الشيء بالأمور الداخلة في مفهومه تصورا له بالكنه ولا شك أن معنى الذبح داخل في معنى الاضحية لغة وشريعة فيتوقف تعقلها على تعقل معنى الذبح فيتم التقريب على اختيار الشق الثاني تأمل نقف ثم ان بيان معنى الاضحية لغة وشريعة قد اختلفت فيه عبارات الشراح فقال صاحب النهاية أما اللغة فالاضحية اسم شاة ونحوها تذبح في يوم الاضحى انتهى أقول في نفسه نوع مخالفة لما ذكروا في مشاهير كتب اللغة من القاموس والصحاح وغيرهما فان المذكور فيها أن الاضحية شاة تذبح يوم الاضحى ولم يذ كرفي واحد منها عموم الاضحية لشي من غير الشاة كما يشعر به لفظ ونحوها في عبارة صاحب النهاية وقال صاحب العنابة ومعراج الدراية الاضحية في اللغة اسم ما يذبح في يوم الاضحى انتهى أقول فيه سماجة ظاهرة فانه يتناول كل ما يذبح في يوم الاضحى من مثل الدجاجة والحمامة ونحوهما مما لا يطلق عليه لفظ الاضحية لا بحسب الشرع ولا بحسب اللغة وقال صاحب الكافي والكفاية هي ما يضحى بها أي يذبح انتهى أقول فيه خلل بين فانه يتناول كل ما يذبح في يوم الاضحى وغيره وانما هذا معنى الذبيحة مطلقا ولا شك أن الاضحية أخص منها ثم قال صاحب النهاية وأما مشاهير الاضحية اسم حيوان مخصوص وهو الابل والبقر والضأن والمعز بسن مخصوص وهو النقي فصاعدا من هذه الأنواع الاربعة والجدع من الضأن يذبح بنية القرية في يوم مخصوص وهو يوم الاضحى عند وجود شرائطها وسببها انتهى وقال صاحب العنابة وفي الشريعة عبارة عن ذبح حيوان مخصوص في وقت مخصوص وهو يوم الاضحى انتهى أقول يرد على ظاهره أن الاضحية في الشريعة عبارة عما يذبح من حيوان مخصوص في وقت مخصوص لا عن ذبح ذلك الحيوان في ذلك الوقت فان هذا معنى التضحية لا معنى الاضحية وقد لوح اليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال هي في الشريعة ما يذبح في يوم الاضحى بنية القرية وقال فيما نقل عنه ومن قال عبارة عن ذبح حيوان مخصوص في وقت مخصوص فانه لم يفرق بين الاضحية والتضحية انتهى أقول يمكن أن يجاب عنه بحمل الكلام على المسماحة بناء على ظهور المرام فيكون المراد بذبح حيوان مخصوص هو الحيوان المذكور نفسه وهذا كما قيل في تعريف

يوم النحر وايضاح حتى مضت أيام النحر ثم افتقر كان عليه أن يتصدق بعينها أو بقيتها ولا تسقط عنه الاضحية فلو كانت بالقدرة الميسرة لكان دواما شرطا كما في الزكاة (قوله وفي الشريعة عبارة عن ذبح حيوان مخصوص) أقول في معراج الدراية المراد من قول أصحابنا الاضحية واجبة التضحية أو على حذف المضاف كقوله تعالى الحج أشهر معلومات اذا لافعال توصف بالوجوب لا الاعيان ويحتمل أن يراد حقيقتها لان الاعيان توصف بالحرمة فتوصف بالوجوب أيضا انتهى وهذا الكلام منه بعد ما فسر الاضحية في عرف الشرع بما ذكره هذا الشارح ففيه ما ترى ثم اعلم أنه لا بد في التعريف من قيد آخر وهو أن يقول بسن

مخصوص لثلاثة قبض التعريف (قوله لان السبب انما يعرف بنسبة الحكم اليه) أقول باضافته المحذ قال أو عكسه (قوله اذا الاصل في اضافة الشيء الى الشيء أن يكون سببا) أقول أي أن يكون المضاف أو المضاف اليه (قوله حتى مضت أيام النحر ثم افتقر الحج) أقول فيه أن المشتري اذا كان فقيرا حين اشترى هاله ولم يضح حتى مضت الايام فكذلك الحكم في دلالة ما ذكره على مطلوبه بحيث اذا بسن في الفقير قدرة لا يمكنه ولا ميسرة فذلك لا لا اشتراعية بنية الاضحية لا القدرة فليست أم ثم ظاهر قول المصنف وتفتوت بعض الوقت يدل على أن وجودها ليس بالقدرة الممكنة والام تسقط وكان عليه أن يضحى وان لم يشتر شاة في يوم النحر وسيقول انها شبه الزكاة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي أيام النحر كالزكاة تسقط بهلاك النصاب بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر انتهى وهذا كالصريح في أن المعتبر فيها هو القدرة الميسرة

والعشر والخراج حيث تسقط بهلاك النصاب والخراج واصطلام الزرع آفة لا يقال أدنى ما يتمكن به المرء من اقامته تلك قيمة ما يصلح للاضحية ولم تجب الا بملك النصاب فدل أن وجودها بالقدر الميسر لان اشتراط النصاب لا ينافي وجودها بالممكنة كما في صدقة الفطر وهذا لها وظيفة مالية تنظر الى شرطها وهو الحربة فيشترط فيها الغنى كما في صدقة (٦٧) الفطر لا يقال لو كان كذلك لوجب

التبليك وليس كذلك لان القرب المالية قد تحصل بالاتلاف كالاتاق والمضحي ان تصدق باللحم فقد حصل النوعان أعني التبليك والاتلاف باراقة الدم وان لم يتصدق حصل الاخير وأما حكمها فالخروج عن عهدة الواجب في الدنيا والوصول الى الثواب بفضل الله تعالى في العقبى قال (الاضحية واجبة الخ) كلامه واضح والجوامع اسم كتاب في الفقه صنفه أبو يوسف فرجه الله وقيد بقوله في الوظائف المالية احترازاً عن البدنية كالصلاة والصوم فانها ما يختلفان فيها لان المسافر يلحقه المشقة في أدائها والعقبة ذبيحة كانت تذبح في رجب يتقرب بها أهل الجاهلية والمسلمون في صدر الاسلام ثم نسخ

قال (الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحية عن نفسه وعن ولده الصغار) أما الوجوب فقوله أبو حنيفة ومحمد وزفر والحسن واحدي الروايتين عن أبي يوسف رجعهم الله وعنه أنها سنة ذكروها في الجوامع وهو قول الشافعي وذكر الطحاوي أن علي قول أبي حنيفة واجبة وعلى قول أبي يوسف ومحمد سنة مؤكدة وهكذا ذكر بعض المشايخ الاختلاف وجه السنة قوله عليه السلام من أراد أن يصحى منكم فلا يأخذ من شعره وأظفاره شيئاً والتعليق بالارادة ينافي الوجوب ولانها لو كانت واجبة على المقيم لوجب على المسافر لانها لا يختلفان في الوظائف المالية كالزكاة وصار كالعقبة العلم بمحصل صورة الشيء في العقل أن المراد منه هو الصورة الحاصلة في العقل على المسامحة كما حققه الشريف الجرجاني في عدة مواضع من تصانيفه وطعن بعض الفضلاء في التعريف الذي ذكره صاحب العناية بوجه آخر حيث قال اعلم أنه لا بد في التعريف من قيد آخر وهو أن يقول بسن مخصوص لثلاث يتنقض التعريف انتهى أقول يمكن أن يجاب عنه أيضاً بان قوله حيوان مخصوص يعني عن ذلك القيد الآخر فان المراد بالمخصوص ما يعبر عنه بالنوع وهو الانواع الاربعة الابل والبقر والضأن والمعز والمخصوص السني أيضاً وهو التي فصاعداً من الانواع الاربعة المذكورة والجذع من الضأن وحده فلا يتنقض التعريف بشيء نعم لو فصله كما وقع في النهاية وغيره لكان أظهر لكنه سلك مسلك الاجال اعتماداً على ظهور تفصيل ذلك في تضاعيف المسائل الاضية ثم قال صاحب النهاية وأما شرائطها فنوعان شرائط الوجوب وشرائط الاداء أما شرائط الوجوب فالسائر الذي يتعلق به وجوب صدقة الفطر والاسلام والوقت وهو أيام النحر حتى لو ولدت المرأة ولداً بعد ايام النحر لا تجب الاضحية لاجله ثم قال وأما شرائط الاداء فالوقت ولو ذهب الوقت تسقط الاضحية الا أن في حق المقيمين بالامصار يشترط شرط آخر وهو أن يكون بعد صلاة العيد ثم قال وأما سببها فهو الميهم في هذا الكتاب فان سبب وجوب الاضحية ووصف القدرة فيها بأنها ممكنة أو ميسرة لم يذكر في اصول الفقه ولا في فروعها أما الاول فأقول وبالله التوفيق ان سبب وجوب الاضحية الوقت وهو أيام النحر والغنى شرط الوجوب وانما قلنا ذلك لان السبب انما يعرف بنسبة الحكم اليه وتعلقه به اذ الاصل في اضافة الشيء الى الشيء أن يكون حادثاً به سبباً وكذا اذا ازمه فتكرر بتكرره كما عرف ثم ههنا تكرر وجوب الاضحية بتكرره والوقت ظاهر وكذلك الاضافة فإنه يقال يوم الاضحية كما يقال يوم الجمعة ويوم العيد وان كان الاصل هو اضافة الحكم الى سببه كما في صلاة الظهر ولكن قد يضاف السبب الى حكمه كما في يوم الجمعة ومثل هذه الاضافة في الاضحية لم توجد في حق المال الا يرى أنه لا يقال اضحية المال ولا مال الاضحية فلا يكون المال سبباً انتهى أقول فيه نظر لان الوقت لما كان شرط وجوب الاضحية كما صرح به لم يبق مجال أن يكون سبباً لوجوبها لان الشيء الواحد لا يصح أن يكون شرطاً وسبباً في الشيء واحداً خرافة قد تقرر في علم الاصول أن الشرط والسبب فسمان قد اعترف في أحدهما ما ينافي الاخر فانه قد اعترف في السبب أن يكون موصلاً الى السبب في الجملة وفي الشرط أن لا يكون موصلاً الى المشروط أصلاً بل كان وجود المشروط متوقفاً عليه ومن المتع أن يكون شيء واحد موصلاً الى شيء واحد آخر وأن لا يكون موصلاً اليه في طالة واحدة لاقتضائه اجتماع التقيضين وعن هذا فالوفاي الصلاة ان الوقت سبب لوجوبها وشرط لادائها فلم يلزم أن يكون سبباً وشرطاً بالنسبة الى شيء واحد (قوله الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحية)

(قوله لان اشتراط النصاب لا ينافي وجودها بالممكنة كما في صدقة الفطر) أقول للسائل أن ينقل الكلام الى صدقة الفطر فيحتاج الى جواب حاسم لمادة الاعتراض فليتأمل وفي شرح المنار للعلامة ابن فرشته وكذا النصاب ليس بشرط في صدقة

الفطر ليس بل يصير الموصوف به أهلاً للاغناء اذا اغناه لا يتحقق من غير الغنى الشرعي فان قلت المراد من الاغناء الاغناء عن المسئلة وذلك لا يتوقف على الغنى الشرعي قامت مادون الغنى الشرعي في حكم العدم لان من لم يتصف به يكون أهلاً لاخذ صدقة الفطر فلا يكون أهلاً لوجوبها التناهي بينهما انتهى ثم اعلم أن تفصيل القدرة الممكنة والقدرة الميسرة في باب حسن الأمور به من كتب الاصول فراجع

قال في العناية أخذ من النهاية وهي واجبة بالقدرة الممكنة بدليل أن الموسر إذا اشترى شاة للاضحية في أول يوم النحر ولم يضح حتى مضت أيام النحر ثم افتقر وكان عليه أن يتصدق بعينها أو بقيتها ولا تسقط عنه الاضحية فلو كانت بالقدرة المسيرة لكان دوامها شرطا كما في الزكاة والعشر والخراج حيث تسقط بهلاك النصاب والخارج واصطلام الزرع آفة لا يقال أبني ما يمكن به المرء من اقامتها تلك قيمة ما يصلح للاضحية ولم تجب الا بملك النصاب فدل أن وجودها بالقدرة المسيرة لان اشتراط النصاب لا ينافي وجودها بالمكنة كما في صدقة الفطر وهذه الالتماء وظيفة مالية تنظر الى شرطها وهو الحرية فيشرط فيها الغنى كما في صدقة الفطر لا يقال لو كان كذلك لوجب التملك وليس كذلك لان القرب المالية قد تحصل بالاتلاف كالاتفاق والمضحي ان تصدق بالجمع فقد حصل النوعان أعنى التملك والاتلاف بآرافة الدم وان لم يتصدق حصل الاخير الى هنا لفظ العناية واعترض بعض الفضلاء على قوله بدليل أن الموسر إذا اشترى شاة للاضحية في أول يوم النحر ولم يضح حتى مضت أيام النحر الخ حيث قال فيه ان المشتري اذا كان فقرا حين اشتراها لها ولم يضح حتى مضت الايام فكذلك الحكم في دلالة ما ذكره على مطلوبه بحيث اذا لم يضح في الفقير قدرة لا يمكنه ولا مسيرة فذلك للاشتراء بنية الاضحية لا للقدرة فليتأمل انتهى أقول ليس هذا بشئ إذ لا نزاع لاحد في أن علة وجود الاضحية على الموسر هي القدرة على النصاب وانما الكلام هنا في أن القدرة التي تجب بها الاضحية على الموسر هل هي القدرة الممكنة أم القدرة المسيرة فاستدل صاحب النهاية على أنها هي القدرة الممكنة بمسئلة ذكرت في فتاوى قاضيان وهي أن الموسر إذا اشترى شاة للاضحية في أول أيام النحر فلم يضح حتى مضت أيام النحر ثم افتقر كان عليه أن يتصدق بعينها أو بقيتها ولا تسقط عنه الاضحية واقتنى أثره صاحب العناية ولا شك في استقامة هذا الاستدلال اذ لو كان وجودها بالقدرة المسيرة لكان دوامها شرطا على ما تقرر في علم الاصول ولا يضره اشتراك المعسر مع الموسر في حكم تلك المسئلة وهو وجوب التصديق بعينها أو بقيتها لان علة الوجوب في المعسر هي الاشتراء بنية الاضحية كما صرحوا به لا القدرة وعلمته في الموسر هي القدرة لا الاشتراء بنية الاضحية كما صرحوا به أيضا بعد أن تقرر أن علمته في الموسر هي القدرة لا غير تكون تلك المسئلة دليلا واضح على تعيين أن المراد بتلك القدرة هي الممكنة لا المسيرة على أن اشتراك المعسر مع الموسر في حكم تلك المسئلة ممنوع اذا الواجب في صورته ان كان المشتري معسرا هو التصديق بعينها لا غير بخلاف ان كان موسرا كما سيجي في الكتاب مفصلا وقال ذلك البعض ثم ظاهر قول المصنف وتفوت بمضى الوقت يدل على أن وجودها ليس بالقدرة الممكنة والالم تسقط وكان عليه أن يضحى وان لم يشترشاة في يوم النحر أقول وليس هذا أيضا بشئ لان مراد المصنف هناك فوات أداء الاضحية بمضى الوقت لاسقوطها بالكسبة في حق المقيم أيضا فان الاداء وهو تسليم عين الثابت بالامر بفوت بمضى الوقت في الواجبات المؤقتة مطلقا لان الوقت شرط لادائها على ما عرف في أصول الفقه وأما القضاء وهو تسليم مثل الواجب بالامر فلا يسقط بمضى الوقت وانما الثابت بمضيه شرف الوقت لا غير وهذا أيضا مما عرف في أصول الفقه وقد تقرر فيه أيضا أن القضاء قد يكون بمثل معقول كالصلاة للصلاة وقد يكون بمثل غير معقول كالفدية للصوم وثواب النفقة للحج وعدوا الاضحية من القسم الثاني وقالوا ان أداءها في وقتها بآرافة الدم وقضاءها بعد مضي وقتها بالتصدق بعينها أو بقيتها فقول ذلك البعض ثم ظاهر قول المصنف وتفوت بمضى الوقت يدل على أن وجودها ليس بالقدرة الممكنة غير مسلم وقوله والالم تسقط وكان عليه أن يضحى وان لم يشترشاة في يوم النحر ليس بصحيح اذ لم يقل أحد بسقوطها بعد وجوبها حتى يصح قوله والالم تسقط ولم يقل أحد بصحة أداء المؤقتات بعد مضي وقتها حتى يصح قوله وكان عليه أن يضحى وان لم يشترشاة في يوم النحر فان التضحية بآرافة الدم وهي انما تقبل في وقت الاداء لا بعده وانما الذي يلزم بعده نضائها وهو انما يكون



(قوله ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب) اعترض عليه بقوله صلى الله عليه وسلم من ترك سنتي لم تنله شفاعتي أجيب بأنه محمول على الترك اعتقاداً أو الترك أصلاً فان ترك السنة أصلاً حرام وقد تجب المقاتلة به لأن فيه ترك الأذان ولا مقاتلة في غير الحرام وقوله (لأن الإضافة للاختصاص) ظاهر وقوله (وهو) أي الاختصاص (بالوجود) (٦٩) لأنه إذا لم يوجد فيه لا يكون متعلقاً به فخصه عن الاختصاص

وفوجه الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة ولم يضع فلا يقرب من مصلاً أو مثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب ولا تنافرية يضاف إليها وقد يقال يوم الأضحية وذلك يؤذن بالوجوب لأن الإضافة للاختصاص وهو بالوجود والوجوب هو المفضى إلى الوجود ظاهراً بالنظر إلى الجنس) لجواز أن يجتمع الناس على ترك ما ليس بواجب ولا يجتمعون على ترك الواجب واعتراض بأن السنة أيضاً تنفذي إلى الوجود ظاهراً بالنظر إلى الجنس لأن الناس لا يجتمعون على ترك السنة وأجيب بأن الوجوب يفضى إليه لاستحقاق العقاب بتركه وقوله غير أن الأداء اختص بأسباب أي بشرائط يشق على المسافر استحضارها وهي تحصيل الشاة والاشتغال بذبحها في وقت معين وقد تدين له السفر قبل ذلك وفي ذلك مشقة والسفر مؤثر في التخفيف ألا ترى إلى جواز التيمم عند زيادة عن الماء التي لا تبلغ قيمة الأضحية ولا عشرها فأولى أن يسقط عنه وجوب الأضحية وهو أقوى حرجاً من زيادة عن الماء وقوله (والمراد بالارادة) جواب عما استدلوأ به من قوله عليه الصلاة والسلام من أراد أن يضحي منكم فكان

ووجه الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة ولم يضع فلا يقرب من مصلاً أو مثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب ولا تنافرية يضاف إليها وقد يقال يوم الأضحية وذلك يؤذن بالوجوب لأن الإضافة للاختصاص وهو بالوجود والوجوب هو المفضى إلى الوجود ظاهراً بالنظر إلى الجنس غير أن الأداء يختص بأسباب يشق على المسافر استحضارها ويقوت بمعنى الوقت فلا تجب عليه بمنزلة الجمعة والمراد بالارادة فيما روى والله أعلم ما هو ضد السهولة والتخفيف والعتيرة منسوخة وهي شاة تقام في رجب

بالتصدق بعينها أو بغيرها ثم قال ذلك البعض وسيقول المصنف إن ما تشبه الزكاة من حيث أنها تسقط جهلك المال قبل مضي أيام النحر كزكاة تسقط جهلك النصاب بخلاف صدقة الفطر لأنها لا تسقط جهلك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر انتهى وهذا كالصريح في أن المعتبر فيها هو القدرة الميسرة إلى هنا كلامه أقول وهذا أيضاً ساقط جداً لأن الأضحية إنما تسقط جهلك المال قبل مضي أيام النحر لا جهلكه بعد مضيها حتى لو افتقر به بعد مضيها كان عليه أن يتصدق بعينها أو بغيرها كما مر بيانه ووجه ذلك ما تقر في علم الأصول من أن وجوب الأداء في الموقفات التي يفضل الوقت عن أدائها كالصلاة ونحوها إنما ثبت آخر الوقت إذ هنا توجه الخطاب حقيقة لأنه في ذلك إلا أن ياتم بالترك لأقبله حتى إذا مات في الوقت لاشئ عليه والأضحية من هاتيك الموقفات فتسقط جهلك المال قبل مضي وقتها ولا تسقط جهلكه بعد مضي وقتها التقرر سبب وجوب أدائها إذا ذلك بل يلزم قضاؤها بالتصدق بعينها أو بغيرها بخلاف الزكاة فإنها من الواجبات المطلقة دون الموقفة كإنص عليه في علم الأصول فتسقط جهلك النصاب مطلقاً أي في أي وقت كان لا اعتبار القدرة الميسرة فيها ومن شرط تلك القدرة بقاؤها البقاء الواجب لثلاثين يوماً إلى العسر كما عرف في أصول الفقه ولو كان المعتبر في الأضحية أيضاً والقدرة الميسرة لزم أن تسقط الأضحية أداء وقضاء جهلك المال بعد أيام النحر أيضاً لكون دوام القدرة الميسرة شرطاً لا محالة ومرة المصنف بقوله المزبور بيان مشابهة الأضحية بالزكاة في مجرد سقوطها جهلك المال في بعض الأحوال لاقى السقوط جهلكه في كل حال ومن البين فيه قوله من حيث أنها تسقط جهلك المال قبل مضي أيام النحر كزكاة جهلك النصاب حيث قيد جهلك المال بكونه قبل مضي أيام النحر في سقوط الأضحية وأطلق جهلك النصاب في سقوط الزكاة والعجب أن هذا الفرق مع وضوحه كيف خفي على ذلك البعض حتى جعل كلام المصنف كالصريح في خلافه (قوله ووجه الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة ولم يضع فلا يقرب من مصلاً أو مثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب) اعترض عليه بقوله صلى الله عليه وسلم من ترك سنتي لم تنله شفاعتي وأجيب بأنه محمول على الترك اعتقاداً أو الترك أصلاً فان ترك السنة أصلاً حرام وقد تجب المقاتلة به لأن فيه ترك الأذان ولا مقاتلة في غير الحرام كذا في العناية وغيرها أقول لفاصل أن يقول ذلك التأويل محتمل فيما نحن فيه من الحديث أيضاً بأن يكون المراد بقوله عليه السلام ولم يضع هو ترك التضحية اعتقاداً أو تركها أصلاً فلا يتم الاستدلال به على الوجوب كما لا يخفى ثم قال في العناية وعورض بقوله عليه السلام كتبت على الأضحية ولم تكتب عليكم وقوله عليه السلام ضحوا فانهم سنة أبيكم إبراهيم وإن أبابكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان السنة والسنتين مخافة أن يراها الناس واجبة وأجيب عن الأول بأن

معنى قوله عليه الصلاة والسلام من أراد من قصد التضحية التي هي واجبة كقول من يقول من أراد الصلاة فليتوضأ وقوله (والعتيرة) جواب عما استشهدوا به

(قال المصنف ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب) أقول يمكن أن يمنع ذلك كيف وقد قال صلى الله عليه وسلم من كل من هاتين الشجرتين فلا يقرب من مصلاً مع أنهما ليس بمعزم فليتامل (قوله أجيب بأنه محمول على الترك اعتقاداً الخ) أقول نفسه تأمل

وقوله (على ما قيل) يشير إلى أن في تفسيرها اختلافا وقد ذكرنا ما وافق تفسير المصنف وذكر في الإيضاح أنها عبارة عما إذا ولدت الناقصة أو الشاة وتذبح أول ولدها فأكل وأطعم وهي منسوخة بالأضحية وعورض بقوله عليه الصلاة والسلام كتبت على الأضحية ولم تكتب عليكم وقوله عليه الصلاة والسلام ضحوا فانها سنة أبيكم إبراهيم وبأن أبابكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان السنة والسنتين مخافة أن يراها الناس (٧٠) واجبة وأجيب عن الأول بأن المكتوبة بالفرض ونحن نقول بأنهم غير فرض

وانما هي واجبة وعن الثاني أنه مشترك الأزام فان قوله ضحوا أمر وهو للوجوب وقوله فانها سنة أبيكم أي طريقته فالتسنة هي الطريقة المسلوكة في الدين وعن الثالث بانها كانتا لا يضحيان في حالة الاعسار مخافة أن يراها الناس واجبة على المعسرين وقوله (وانما اختص الوجوب بالحرية) بيان للشروط المذكورة في أول الباب وقوله (لم يابننا) إشارة إلى قوله غير أن الأداء يختص بأسباب يشق على المسافر استحضارها وقوله (لما روينا) إشارة إلى قوله من وجد سعة ولم يضح الحديث وقوله (سنتين مقداره) أي مقدار الوقت وقوله (لا تجب عن ولده) يعني سواء كان صغيرا أو كبيرا اذ لم يكن له مال وهو ظاهر الرواية وعليه الفتوى وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنها تجب عليه وقوله (والاصح أن يضحى من ماله) أي من مال الصغير (وبأكل) أي الصغير من الأضحية

على ما قيل وانما اختص الوجوب بالحرية لانها وظيفة مالية لا تتأدى إلا بالملك والمالك هو الحر وبالاسلام لكونه افرقة وبالاطامة لما بيننا واليسار لماروينا من اشتراط السعة ومقداره ما يجب به صدقة الفطر وقد مر في الموم وبالوقت وهو يوم الاضحية لانها مختصة به وسنتين مقداره ان شاء الله تعالى وتجب عن نفسه لانه أصل في الوجوب عليه على ما بيناه وعن ولده الصغير لانه في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة الفطر وهذا رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله وروى عنه أنه لا تجب عن ولده وهو ظاهر الرواية بخلاف صدقة الفطر لان السبب هناك رأس عيونه وبلى عليه وهما موجودان في الصغير وهذه قرينة محضة والاصل في القرب أن لا تجب على الغير بسبب الغير ولهذا لا تجب عن عبده وان كان يجب عنه صدقة فطره وان كان للصغير مال يضحى عنه أبوه أو وصيه من ماله عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد وزفر والشافعي رحمه الله يضحى من مال نفسه لانه من مال الصغير والخلاف في هذا بالخلاف في صدقة الفطر وقيل لا تجوز التضحية من مال الصغير في قولهم جميعا لان هذه القرينة تتأدى بالاراقة والصدقة بعدها تطوع ولا يجوز ذلك من مال الصغير ولا يمكنه أن يأكل كله والاصح أن يضحى من ماله وبأكل منه ما يمكنه ويتناع عما بقي ما ينتفع بعينه

المكتوبة بالفرض ونحن نقول بأنهم غير فرض وانما هي واجبة وعن الثاني بأنه مشترك الأزام فان قوله ضحوا أمر وهو للوجوب وقوله فانها سنة أبيكم أي طريقته فالتسنة هي الطريقة المسلوكة في الدين وعن الثالث بانها كانتا لا يضحيان في حالة الاعسار مخافة أن يراها الناس واجبة على المعسرين انتهى أقول في تفسيره الجواب عن الثاني خلال فان القول بأنه مشترك الأزام ليس بصحيح لانه ما كان قوله ضحوا أمر او كان الأمر للوجوب وجزاء تحمل السنة في قوله فانها سنة أبيكم على الطريقة المسلوكة في الدين وهي نعم الواجب أيضا تعين جانبنا ولم نشترك في الأزام قط فالصواب في تفسير الجواب عن الثاني ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وقوله ضحوا دليلنا لانه أمر فيفيد الوجوب وقوله فانها سنة أبيكم لا يفتي الوجوب لان السنة هي الطريقة في الدين واجبة كانت أو غير واجبة انتهى وأورد بعض الفضلاء على الجواب عن الأول حيث قال فيه بحث فانه روى الدارقطني بإسناده عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ثلاث كتبت على وهن لكم تطوع الحديث انتهى أقول المقصود من الجواب المذكور دفع معارضة الخصم بقوله عليه السلام كتبت على الأضحية ولم تكتب عليكم ولا شك في اندفاع تلك المعارضة بالجواب المذكور وما ذكره ذلك البعض من رواية الدارقطني لا يقدح في تمام ذلك الجواب بالنظر إلى ما هو المقصود منه وانما يكون ذلك معارضة أخرى لا يصل المدعى ولعل جمهور الشراح انما يعترضوا للجواب عنه أصالة لكونه ضعفا غير صالح للمعارضة لما روينا لالدارقطني أخرجه عن جابر الجعفي عن عكرمة عن ابن عباس مرفوعا وجابر الجعفي ضعيف كما ذكره أهل الحديث وقال صاحب التنقيح وروى من طرق أخرى وهو ضعيف على كل حال انتهى (قوله وبالوقت وهو يوم الاضحية لانها مختصة به) أقول هنا شائبة مصدره لان قوله وبالوقت عطف على قوله بالحري في قوله وانما اختص

التي هي من ماله ما يمكنه ويتناع عما بقي ما ينتفع بعينه) كالغربال والمخل كما في الجلد وهو اختيار شيخ الاسلام وهكذا قال روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله وقبل ذلك يصح في جلد الأضحية من غير خلاف أحد وأما في الجها فليس له إلا أن يطعم أو يأكل

(قوله وأجيب عن الأول بأن المكتوبة بالفرض) أقول فيه بحث فانه روى الدارقطني بإسناده عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهم عن النبي عليه الصلاة والسلام قال ثلاث كتبت على وهن لكم تطوع الحديث

قال (ويذبح عن كل واحد

منهم شاة) كلامه واضح  
 قوله (وكذا اذا كان نصيب  
 أحدهم أقل من السبع  
 لا يجوز) كما اذا مات وتراة  
 امرأه وابناو بقرة فضيا  
 بها يوم العيد لم يجز لان  
 نصيب المرأة أقل من السبع  
 فلم يجز نصيبها ولا نصيب  
 الابن أيضا وقوله (يجوز  
 في الاصح) احتراز عن قول  
 بعض المشايخ زعمهم الله  
 انه لا يجوز لان لكل واحد  
 منهما ثلاثة أسباع ونصف  
 سبع ونصف السبع لا يجوز  
 في الاضحية واذ لم يجز  
 البعض لم يجز الباقي ووجه  
 الاصح ما ذكره في الكتاب وبه  
 أخذ الفقهاء أو الليث  
 والصدرا الشهيد زعمهما الله  
 وقوله (الا اذا كان معه شيء  
 من الاكرع والجلد) بأن  
 يكون مع أحدهما بعض  
 اللحم مع الاكرع ومع الآخر  
 البعض مع الجلد صرفا  
 للجنس الى خلاف الجنس  
 وقوله (اعتبار بالبيع) لان  
 في القسمة معنى التملك فلم  
 يجز مجازفة عند وجود القدر  
 والجنس وقوله (وقد  
 أمكن) يعني دفع المخرج  
 لان بالشراء للضحية لا يمتنع  
 البيع ولهذا واشترى  
 أضحية ثم باعها واشترى  
 مثلها لم يكن به بأس وقوله  
 (المأيننا) أراد به قوله لانه  
 أعدها للقرية فممتنع عن  
 بيعها الى آخره

قال (ويذبح عن كل واحد منهم شاة أو يذبح بقرة أو يذنه عن سبعة) والقياس أن لا تجوز الا عن  
 واحد لان الاراقة واحدة وهي القرية الأناثر كناه بالانثر وهو ما روى عن جابر رضي الله عنه أنه قال  
 نحرنا مع رسول الله عليه السلام البقرة عن سبعة والسدنة عن سبعة ولا نص في الشاة فبقى على أصل  
 القياس وتجوز عن ستة أو خمسة أو ثلاثة ذكره محمد رحمه الله في الاصل لانه لما جاز عن السبعة فمن  
 دونهم أولى ولا تجوز عن ثمانية أخذ بالقياس فيما لا نص فيه وكذا اذا كان نصيب أحدهم أقل  
 من السبع ولا تجوز عن الكل لانه عدم وصف القرية في البعض وسنينة ان شاء الله تعالى وقال  
 مالك تجوز عن أهل بيت واحد وان كانوا أكثر من سبعة ولا تجوز عن أهل بيتين وان كانوا أقل منها  
 لقوله عليه السلام على كل أهل بيت في كل عام أضحية وعشيرة فلنا المراد منه والله أعلم قيم أهل البيت  
 لان اليسار له يؤيده ما يروى على كل مسلم في كل عام أضحية وعشيرة ولو كانت البدنة بين اثنين  
 نصفي تجوز في الاصح لانه لما جاز ثلاثة الأسباع جاز نصف السبع تبعا واذ اجاز على الشركة  
 فقسمة اللحم بالوزن لانه موزون ولو اقسما وجزا لا يجوز الا اذا كان معه شيء من الاكرع والجلد  
 اعتبارا بالبيع قال (ولو اشترى بقرة يريد أن يضحي بها عن نفسه ثم اشترى فيها ستة معه جاز  
 استحسانا) وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لانه أعدها للقرية فيمتنع عن بيعها متولا والاستراك  
 هذه صفة وجه الاستحسان أنه قد يجد بقرة سميحة يشترىها ولا يظفر بالشركاء وقت البيع وانما  
 يطلمهم بعده فكانت الحاجة اليه ماسة فجوزناه دفعا للخرج وقد أمكن لان بالشراء للضحية لا يمتنع  
 البيع والاحسن أن يفعل ذلك قبل الشراء ليكون أبعد عن الخلاف وعن صورة الرجوع في  
 القرية وعن أبي حنيفة أنه يكره الاستراك بعد الشراء لما بينا قال (وليس على الفقير والمسافر  
 أضحية) لما بينا وأبو بكر وعمر كانا لا يضحيان اذا كانا مسافرين وعن علي ليس على المسافر جمعة  
 ولا أضحية

الوجوب بالحريه فيصير المعنى وانما اختص وجوب الاضحية بالوقت الذي هو يوم الاضحية لانها أي  
 الاضحية مختصة به أي بذلك الوقت فيؤول الى تعليل الاختصاص بالاختصاص كما ترى لا يقال المذكور في  
 العلة اختصاص الاضحية بنفسها بذلك الوقت والمعتبر في المدعى اختصاص وجوب الاضحية فاللازم  
 هنا تعليل اختصاص وجوب الاضحية بذلك الوقت باختصاص نفس الاضحية به ولا مصادرة فيه لانا  
 نقول لامعنى اختصاص الاضحية بذلك الوقت سوى اختصاص وجوبها به اذ لا شك في امكان عمل  
 التضحية في جميع الاوقات فلا بد أن يكون المراد بقوله لانها مختصة به أن وجوبها مختص به فيلزم  
 المذور المذكور وكان صاحب الكافي تنبه له هذا حيث غير عبارة المصنف فيما قبل فقال يبدل قوله  
 وانما اختص الوجوب بالحريه بالخ والتقييد بالحريه لانها آفة مالية مفتقرة الى الملك والحريه هو المالك  
 ثم قال والوقت لاخصاصها به فاللازم حينئذ تعليل التقييد بالوقت باختصاص الاضحية بذلك الوقت ولا  
 مصادرة فيه فان قلت يجوز أن يكون مراد المصنف بقوله وانما اختص الوجوب بالحريه وانما اختصه  
 القدوري في مختصره بالحريه على أن يكون كلمة اخص مبنيا للفاعل والوجوب مفعوله ويكون مراده  
 هنا بقوله لانها مختصة به أنها مختصة به في الشرع فاللازم تعليل تخصيص القدوري وجوب الاضحية  
 بالوقت باختصاص الاضحية في الشرع بذلك الوقت ولا مصادرة فيسه قلت فينبذ بصير معنى الكلام  
 في هذا المقام بمنزلة الغوفان المقصود بيان الاختصاص الشرعي وتعليل ذلك الاختصاص كما فعله  
 باختصاصه بالحريه وبالاسلام وبالاقامة وباليسار وعلى المعنى المذكور يلزم أن يكون الميّن والمعلل  
 هنا مجرد تخصيص القدوري وجوبه بالوقت بدون أن يبين ويعلم اختصاصه الشرعي بذلك الوقت بشئ

قوله ولهذا واشترى أضحية ثم باعها واشترى مثلها لم يكن به بأس) أقول فيه بحث

قال (ووقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر الا أنه لا يجوز لاهل الامصار الذبح حتى يصلي الامام العيد فأما اهل السواد فيذبحون بعد الفجر) والاصل فيه قوله عليه السلام من ذبح شاة قبل الصلاة فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه وأصاب سنة المسلمين وقال عليه السلام ان أول نسكنا في هذا اليوم الصلاة ثم الاضحية غير أن هذا الشرط في حق من عليه الصلاة وهو المصري دون أهل السودان التأخير لاحتمال التشاغل به عن الصلاة ولا معنى للتأخير في حق القروي ولا صلاة عليه ومارو يناهجة على مالك والشافعي رحمه الله في نفيها الجواز بعد الصلاة قبل نحر الامام ثم المعتبر في ذلك مكان الاضحية حتى لو كانت في السواد والمضحي في المصر يجوز كما انشق الفجر ولو كان على العكس لا يجوز الا بعد الصلاة وحيلة المصري اذا اراد التجمل أن يبعث بها الى خارج المصر فيضحي بها كاطلع الفجر لانها تشبه الزكاة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي أيام النحر كالكافة هلاك النصاب فيعتبر في الصرف في مكان المحل لا مكان الفاعل اعتبارا بها بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر ولو ضحى بعد ما صلى أهل المسجد ولم يصل أهل الجبانة أجزاء استحسانا لانها صلاة معتبرة حتى لو اکتفوا بها أجزاءهم وكذا على عكسه وقيل هو جائز قياسا واستحسانا

أصلا ولا يخفى ما فيه (قوله ووقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر الا أنه لا يجوز لاهل الامصار الذبح حتى يصلي الامام العيد) قال صاحب النهاية وهذه العبارة تشيير الى ما ذكره في المبسوط بقوله ومن ضحى قبل الصلاة في المصر لا يجزى له لعدم الشرط لاعداد الوقت أقول في هذا الاشكال لان الحديثين اللذين ذكرهما المصنف فيما بعد وجعلهما الاصل في هذه المسئلة وكذا سائر الاحاديث الواردة في بيان وقت جواز التضحية لا يدل شي منها على دخول وقت الاضحية بطلوع الفجر من يوم النحر في حق أهل الامصار بل يدل ظاهر كل منها على أن أول وقتها في حق من عليه الصلاة بعد الصلاة من أين أخذ دخول وقتها بطلوع الفجر من يوم النحر في حق أهل الامصار أيضا وعلى تقدير أن يتحقق المأخذ لذلك فالاشكال باق لانه اذا لم تنأد الاضحية بالذبح بعد طلوع الفجر من يوم النحر قبل الصلاة في حق أهل الامصار بل لم يمكن أداؤها قبل الصلاة في حقهم لعدم تحقق الشرط فمما عني جعل ذلك الوقت قبل الصلاة من يوم النحر وقت الاضحية في حق أهل الامصار أيضا وماترة ذلك والظاهر أن مرة كون وقت ما وقت الواجب صحة أدائك الواجب في ذلك الوقت ولا أقل من امكان أدائه فيه فتأمل ثم ان صاحب الوقاية قال في نحر به هذه المسئلة وأول وقتها بعد الصلاة ان ذبح في مصر وبعد طلوع فجر يوم النحر ان ذبح في غيره وآخره قبيل غروب اليوم الثالث انتهى ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال في مثله وأول وقتها بعد طلوع فجر يوم النحر وآخره قبيل غروب اليوم الثالث وشرط تقديم الصلاة عليهم ان ذبح في مصر وان ذبح في غيره لا وقال فيما نقل عنه في الحاشية هذا من المواضع التي أخطأ فيها تاج الشريعة حيث زعم أن أول وقتها يختلف بحسب مكان الفعل ولم يتنبه له تاج الشريعة انتهى كلامه أقول لا خفاء في كلام تاج الشريعة أصلا فان مراده بقوله وأول وقتها أول وقت أدائها الأول وقت وجوبها ولا شك أنه اذا كان تقديم الصلاة عليه شرط في حق أهل الامصار كان أول وقت أدائها في حقهم بعد الصلاة وان كان أول وقت وجوبها بعد طلوع الفجر من يوم النحر ويؤيده جمل عبارة الامام قاضيخان في فتاواه حيث قال ووقت الاداء لمن كان في المصر بعد فراغ الامام عن صلاة العيد انتهى (قوله ولو ضحى بعد ما صلى أهل المسجد ولم يصل أهل الجبانة أجزاء استحسانا لانها صلاة معتبرة حتى لو اکتفوا بها أجزاءهم) قال الشراح قوله أجزاء استحسانا يشيرون الى أنه لا يجزى به قياسا وذلك لان اعتبار جانب أهل الجبانة يمنع الجواز واعتبار جانب أهل المسجد يجوز ذلك فانه قبل الصلاة من وجهه وبعد الصلاة

وقوله (وما رويناهجة على مالك والشافعي رحمه الله) اشارة الى قوله ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه وأصاب سنة المسلمين فانه باطلاقة يتناول ما قبل نحر الامام وما بعده وقوله (ولو ضحى بعد ما صلى أهل المسجد) معناه أن يخرج الامام بالناس الى الجبانة ويستخلف من يصلي بالضعفة في الجامع هكذا فعنه على رضى الله عنه حين قدم الكوفة وقوله (أجزاء استحسانا) يشيرون الى أنه لا يجوز قياسا لان اعتبار جانب أهل الجبانة يمنع الجواز واعتبار جانب أهل المسجد يجوز في العبادات يؤخذ بالاحتياط ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب وقوله (وقيل هو جائز) أي العكس جائز قياسا واستحسانا والفرق أن المسنون في العبد هو الخروج الى الجبانة وأهل الجبانة هم الاصل وقد صلوا فيجوز قياسا واستحسانا

قال (وهي جائزة في ثلاثة أيام الخ) كلامه واضح قوله (ويجوز الذبح في لياليها) أي في ليالي أيام النحر المراد بها البلتان المتوسطتان لا غير فلا تدخل الليلة الأولى وهي ليلة العاشر من ذي الحجة ولا ليلة الرابع عشر من يوم النحر لأن وقت الاضحية يدخل بطول الفجر من يوم النحر على ما ذكر في الكتاب وهو اليوم العاشر ويفوت بغروب الشمس من اليوم الثاني عشر فلا يجوز في ليلة النحر البتة لوقوعها قبل وقتها ولا في ليلة النشر بق المحض لخروجها وانما جازت في الليل لأن الليالي تسع للأيام وأما الكراهة فلماذا كره في الكتاب وقوله (والضحية فيها) أي في أيام النحر (أفضل من التصدق (بمن الاضحية) أما في حق الموسر (٧٣)

فلا نراها تقع واجبة في ظاهر الرواية أو سنة في أحد قول أبي يوسف رحمه الله والتصديق بالثمن تطوع محض ولا شك في أفضلية الواجب أو السنة على التطوع وأما في حق المعسر فلان فيها جمع بين التقرب بآراقة الدم والتصديق والآراقة قرينة تفوت بفوات هذه الأيام ولا شك أن الجمع بين القربتين أفضل وهذا الدليل يشمل الغني والفقير وتشبيهه بالصلاة والطواف ظاهر فإن الطواف في حق الآفاق لفواته أفضل من صلاة التطوع التي لا تفوت بخلاف المكى فإن الصلاة في حقه أفضل (ولو لم يضح حتى مضت أيام النحران كان أوجب على نفسه) بأن عين شاة فقال الله على أن أضحي بهذه الشاة سواء كان الموجب فقيراً أو غنياً (أو كان) المضحي (فقيراً وقد اشترى شاة بنية الاضحية تصدق بها حية وان كان) من لم يضح (غنياً)

قال (وهي جائزة في ثلاثة أيام يوم النحر ويومان بعده) وقال الشافعي ثلاثة أيام بعده لقوله عليه السلام أيام النشر بق كلها أيام ذبح وانما مروى عن عمرو بن عبد الله بن عباس رضي الله عنهم أنهم قالوا أيام النحر ثلاثة أفضلها أولها ووقتها قاله سماعان الراي لا يهتدى الى المقادير وفي الاخبار تعارض فأخذنا بالمتيقن وهو الاقل وأفضلها أولها كما قالوا ولان فيه مسارعة الى أداء القرية وهو الاصل للمعارض ويجوز الذبح في لياليها الا أنه يكره لاحتمال الغلط في ظلمة الليل وأيام النحر ثلاثة وأيام النشر بق ثلاثة والكل عضي بأربعة أولها نحر لا غير وآخرها نشر بق لا غير والمتوسطان نحر ونشر بق والتضحية فيها أفضل من التصديق بمن الاضحية لانها تقع واجبة أو سنة والتصديق تطوع محض فتفضل عليه ولانها تفوت بفوات وقتها والصدقة تؤتي بها في الاوقات كلها فترت منزل الطواف والصلاة في حق الآفاق (ولو لم يضح حتى مضت أيام النحران كان أوجب على نفسه أو كان فقيراً وقد اشترى الاضحية تصدق بها حية وان كان غنياً تصدق بقيمة شاة اشترى أو لم يشتر) لانها واجبة على الغني وتجب على الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا

من وجه فوقه شك في العبادات يؤخذ بالاحتياط ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب انتهى أقول هنا بحث وهو أن ما ذكره في الكتاب من وجه الاستحسان لا يدفع وجه القياس الذي ذكره لان كون صلاة أهل المسجد صلاة معتبرة لا ينافي كون صلاة أهل الجبانة أيضاً صلاة معتبرة كيف وقول المصنف وكذا على هذا عكسه صريح في أن صلاة أهل الجبانة أيضاً صلاة معتبرة واللام بجز العكس فاذا كانت كلتا الصلاتين معتبرة وقع الشك في جواز التضحية بعد احد الصلاتين قبل الاخرى واقتضى الاخذ بالاحتياط في العبادات عدم جوازها فلم يتم وجه الاستحسان الذي ذكره في الكتاب في مقابلة وجه القياس الذي ذكره فكيف يتكلم به القياس كما هو مقتضى جواب مسألة الكتاب (قوله وهي جائزة في ثلاثة أيام يوم النحر ويومان بعده) أقول لقائل أن يقول ان قوله ويومان بعده يشعر بأنهما ليالي أيام النحر لان معناه ويومان بعد يوم النحر والظاهر أن ما كان بعد يوم النحر ليس بيوم النحر وقد قال فيما بعد أيام النحر ثلاثة والجواب أن المراد بقوله يوم النحر هو يوم النحر المحض واليومان اللذان بعده لسان نحر محض وانما هما نحر ونشر بق كما سيأتي في الكتاب والتحقيق أن يوم النحر بالافراد صار منزلة العلم لليوم الاول من أيام النحر وهو يوم العيد وأما أيام النحر بالجمع فيتناول يوم العيد واليومين اللذين بعده على السوية فلا تدافع بين الكلامين في المقامين تبصر ترشد (قوله ولو لم يضح حتى مضت أيام النحران كان أوجب على نفسه أو كان فقيراً وقد اشترى الاضحية تصدق بها حية) قال في معراج الدرابة قيد الايجاب على نفسه غير مفيد لانه لو كان واجبا بدون الايجاب على نفسه فالحكم كذلك انتهى أقول ليس ذلك بسديد لان الحكم هنا

(١٠ - تكلمه ثامن)

ولو يوجب على نفسه شاة بعينها (تصدق بقيمة شاة اشترى أو لم يشتر لانها واجبة على الغني) عينها أول بعينها (وعلى الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا

(قوله ولا شك أن الجمع بين القربتين) أقول لا يوافق المشروح اذ لا تعرض فيه للجمع بين القربتين فإنه يصلح دليلاً مستقلاً من غير اعتبار فواته بفوات الأيام ثم لا يستقيم تشبيهه بالطواف كما لا يخفى (قوله وجب التصديق بالعين) أقول لا يلائم الاعتبار بالجمعة والصوم ومراد المصنف التصديق بقيمة الغني الغير الموجب كما لا يخفى

فأذافات وقت التقرب بالاراقة) والحق (٧٤) مستحق (وجب التصدق) بالعين أو القيمة (أخراجه عن العهدة كالجعة تقضى بعد

قواتها ظهرا والصوم بعد  
العجز فدية) والجامع بينهما  
من حيث ان قضاء ما وجب  
عليه في الاداء يجنس  
خلاف جنس الاداء  
قال (ولا يضحى بالعمياء  
والعوراء) هذا بيان  
مالا يجوز التضحية به  
والاصل فيه أن العيب  
الفاحش مانع واليسير غير  
مانع لان الحيوان قبل ما يضحى  
عن يسير العيب واليسير  
مالا أثره في لجهار العوراء أثر  
في ذلك لانه لا يبصر بعين  
واحدة من العلف ما يبصر  
بعينين وقلة العلف تورث  
الهزال والحديث المذكور  
دال على ذلك والعرجاء البين  
عرجها هي مالا يمكنه المشي  
برجلها العرجاء وانما تمشي  
بثلاث قوائم حتى لو كانت  
تضع الرابعة على الارض  
وتستعين بها جاز والعجفاء  
التي لا تنقي هي التي ليس  
لها نقي أي مخ من شدة الجحف  
وبقية كلامه واضح

(قوله والحديث المذكور  
دال على ذلك) أقول أشار  
بذلك الى قوله والاصل  
فيه أن العيب الفاحش  
مانع الخ (قال المصنف وان  
قطع من الذنب أو الاذن  
أو العين) أقول اطلاق  
القطع بالعين اعلمه بطريق  
التغليب (قال المصنف  
فاعتبر كثيرا) أقول الذي  
يعطى له حكم الكل هو  
الاكثر لا الكثير فلا يتم التقريب

فأذافات الوقت وجب عليه التصدق أخراجه عن العهدة كالجعة تقضى بعد قواتها ظهرا والصوم بعد  
العجز فدية قال (ولا يضحى بالعمياء والعوراء والعرجاء التي لا تمشي الى المنسك ولا العجفاء) لقوله عليه  
السلام لا تجزئ في الضحايا أربعة العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها واليمن عرجها والمرضىة البين  
مرضها والعجفاء التي لا تنقي قال (ولا تجزئ مقطوعة الاذن والذنب) أما الاذن فللقوله عليه  
السلام استشرقوا العين والاذن أي اطلبوا وسلامتهما وأما الذنب فللانه عضو كامل مقصود  
فصار كالاذن قال (ولا التي ذهب كثر أذنها وذنبها وان بقي أكثر الاذن والذنب جاز) لان  
لا كثر حكم الكل بقاءه وذهابها ولان العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل عفاوا واختلفت الرواية عن  
أبي حنيفة في مقدار الاكثر ففي الجامع الصغير عنه وان قطع من الذنب أو الاذن أو العين أو الالية الثلث  
أو أقل أجزاءه وان كان أكثر لم يجزئ لان الثلث تنفذ فيه الوصية من غير رضا الورثة فاعتبر قليلا وفيما زاد  
لان تنفيذ الارضاهم فاعتبر كثيرا وروى عنه الربيع لانه يحكى حكاية الكمال على ما مر في الصلاة وروى  
الثلث لقوله عليه السلام في حديث الوصية الثلث والثلث كثير وقال أبو يوسف ومحمد اذا بقي الاكثر  
من النصف أجزاء اعتبار الحقيقة على ما تقدم في الصلاة وهو اختيار الفقيه أبي الليث وقال أبو يوسف

هو التصدق بها حية وليس الحكم كذلك فيما لو كان واجبا دون الايجاب على نفسه فان الحكم هذا هو  
التصدق بقيمة الا التصدق بعينها حية كما أفصح عنه المصنف بقوله وان كان غنيا تصدق بقيمة شاة اشترى  
أولم يشتر (قوله فأذافات الوقت وجب عليه التصدق أخراجه عن العهدة كالجعة تقضى بعد قواتها ظهرا  
والصوم بعد العجز فدية) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل فأذافات وقت التقرب بالاراقة والحق  
مستحق وجب التصدق بالعين أو القيمة أخراجه عن العهدة كالجعة تقضى بعد قواتها ظهرا والصوم بعد  
العجز فدية والجامع بينهما من حيث ان قضاء ما وجب عليه في الاداء يجنس خلاف جنس الاداء انتهى  
ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال قوله وجب التصدق بالعين لا يلائم الاعتبار بالجعة والصوم ومراد  
المصنف التصدق بالقيمة لغنى الغير الموجب كما لا يخفى انتهى أقول ذلك لساقط اذ لا نسلم أنه لا يلائم الاعتبار  
بالجعة والصوم لان الاعتبار بهما من حيث ان القضاء بغير المثل كما نبه عليه صاحب العناية بقوله  
والجامع بينهما من حيث ان قضاء ما وجب عليه في الاداء يجنس خلاف جنس الاداء ولا يذهب على ذي  
فطنة أن هذا المعنى مستحق في التصدق بالعين أيضا لان الواجب عليه في الاداء اراقة الدم والتصدق ليس  
من جنس الاراقة سواء كان بالقيمة أو بالعين ثم ان كون مراد المصنف بالتصدق في قوله فأذافات الوقت  
وجب عليه التصدق هو التصدق بالقيمة لغنى الغير الموجب وحده كما زعم ذلك البعض مما لا يناسب شأن  
المصنف جدا اذ يلزم حينئذ أن يترك بيان وجه المسئلة فيما اذا كان أو جب على نفسه أو كان فقيرا وقد  
اشترها بنيتة الاضحية فيكون ذلك تقصيرا منه في افادة حق المقام بلا ضرورة وحاشي له من ذلك فالحق أن  
مراده بالتصدق المذكور ما يعم التصدق بالعين وبالقيمة كما أشار اليه صاحب العناية بقوله وجب التصدق  
بالعين أو القيمة (قوله ولا يضحى بالعمياء والعوراء الخ) قال صاحب النهاية لما ذكر ما يجوز به الاضحية  
شرع في بيان مالا يجوز به الاضحية انتهى أقول هذا ليس بسديد اذ لا يذهب عليك أنه لم يذ كر فيما قبل  
ما يجوز به الاضحية وانما يذ كر فيما بعد بقوله ويجوز أن يضحى بالجماء والخصى والثولاه الى آخره  
والذي ذكره فيما قبل انما هو صفة الاضحية من الوجوب والسنية وشراؤها من الحرية والاسلام ونحوهما  
ومن وجبت عليه الاضحية ووعده من يذبح عنه كل من الشاة والبقرة والبدنة وأول وقت الاضحية  
وعسدا ما هو ما يتعلق بكل واحد من هاتيك الامور من الفروع والاحكام كما حققه من قبل ولعل  
صاحب العناية ندركه حيث قال في شرح هذا المقام هذا بيان مالا يجوز التضحية به ولم يتعرض لذكر  
ما يجوز التضحية به (قوله واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في مقدار الاكثر الخ) أقول تطبيق هذه

قوله (وقيل معناه قول قريب من قولك) أي قول الأول وهو أن الاكثر من الثلث مانع وفي كون النصف مانع عن أبي يوسف ومحمد رحمه الله من النصف إذا بقي أجزاء بالنسبة إلى قول من يقول ان الربع أو الثلث مانع وفي كون النصف مانع عن أبي يوسف ومحمد رحمه الله روايتان وقد تقدم وجه ذلك في الكشف العضوي أول الكتاب وقوله (لان القرن لا يتعلق به مقصود) ألا ترى أن التضحية بالابل جائزة ولا قرن له والكبش الاملح ما فيه ملح وهو بياض يشوبه شعيرات سود والوج نوع من الخصاء وهو أن ترض العروق من غير اخراج الخصيتين وقوله (فتعينت) يعني هذه الشاة المشتراة للاضحية وقوله (٧٥) (كافي نصاب الزكاة) فانه اذا نقص

بعد ما وجبت الزكاة فيه يسقط بقدره ولا يضمه رب المال لان النقصان لم يكن بفعله والجامع بينهما أن محل الوجوب فيهما جميعا المال لا الذمة فاذا هلك المال سقط الوجوب (وعن هذا الاصل) يعني كون الوجوب على الغني بالشرع لا بالفقر وعلى الفقير بالعكس وقوله (وعلى الفقير بذبحهما) لان الوجوب عليه بالشرع وقد تعدد وهذا الذي ذكره من الاصل يوافق ما ذكره شيخ الاسلام رحمه الله ان المشتري اذا كان موسرا لا تصير واجبة بالشرع بنية الاضحية باتفاق الروايات وان كان معسرا ففي ظاهر الرواية عن أصحابنا رحمه الله يجب وروى الزعفراني عن أصحابنا أنها لا تجب وهو رواية النوادير وقوله (فانكسرت رجلها) من باب ذكر الخصاص واردة العام فانه اذا أصابها مانع غير الانكسار بالاضطراب حالة الاضحية للذبح كان

أخبرت بقول أبي حنيفة فقال قول هو قولك قيل هو رجوع منه إلى قول أبي يوسف وقيل معناه قول قريب من قولك وفي كون النصف مانع روايتان عنهما كافي انكشف العضوي عن أبي يوسف ثم معرفة المقدر في غير العين متيسر وفي العين قالوا تشد العين المعيبة بعد أن لا تعتلف الشاة يوما أو يومين ثم يقرب العلف اليها قليلا قليلا فاذا رآه من موضع أعلم على ذلك المكان ثم تشد عينها الصحيحة وقرب اليها العلف قليلا قليلا حتى اذا رآه من مكان أعلم عليه ثم ينظر إلى تفاوت ما بينهما فان كان ثلثا فالذبح الثلث وان كان نصفا فالنصف قال (ويجوز أن يضحي بالجماء) وهي التي لا قرن لها لان القرن لا يتعلق به مقصود وكذا مكسورة القرن لما قلنا (والخصي) لان لجمها أطيب وقد صرح أن النبي صلى الله عليه وسلم ضحي بكبشين أملحين موهوبين (والشولاء) وهي الجنونة وقيل هذا اذا كانت تعتلف لانه لا يتخل بالمقصود أما اذا كانت لا تعتلف فلا تجزئه والجرباء ان كانت سمينة حازلان الجرب في الجلد ولا نقصان في اللحم وان كانت مهزولة لا يجوز لان الجرب في اللحم فانتقص وأما الهتاء وهي التي لا اسنان لها فعن أبي يوسف أنه يعتبر في الاسنان الكثرة والقلة وعنه ان يبقى ما يمكنه الاعتلاف به أجزاء لحصول المقصود والسكاه وهي التي لا اذن لها خلقة لا تجوز لان مقطوع أكثر الاذن اذا كان لا يجوز فعدم الاذن أولى (وهذا) الذي ذكرنا (اذا كانت هذه العموب قائمة وقت الشراء ولو اشترها سلمية ثم تعبت بعيب مانع ان كان غنيا عليه غيرها وان فقيرا تجزئه هذه) لان الوجوب على الغني بالشرع ابتداء لا بالشراء فلم تعين به وعلى الفقير بشرائه بنية الاضحية فتعينت ولا يجب عليه ضمان نقصانه كافي نصاب الزكاة وعن هذا الاصل قالوا اذا ماتت المشتراة للتضحية على الموسر مكانها أخرى ولا شيء على الفقير ولو ضلت أو سرق فاشترى أخرى ثم ظهرت الأولى في أيام النحر على الموسر ذبح احدها وعلى الفقير بذبحهما (ولو أضعفها فاضطربت فانكسرت رجلها فذبحها أجزاء استحسانا) عندنا خلافا لفرق الشافعي رحمه الله لان حالة الذبح ومقدماته ملحقة بالذبح فكانت حصل به اعتبارا وحكما (وكذا الوعيت في هذه الحالة فانفلت ثم أخذت من فورته وكذا بعد فورته عند محمد خلافا لابي يوسف) لانه حصل بعمدات الذبح

الروايات عن أبي حنيفة رحمه الله على عبارة مسألة الكتاب مشكل لان عبارته ما أكثر اذنها وذبحها بصيغة التفضيل والاضافة إلى الاذن والذبح وهي تقتضي أن يكون الجزء السابق منهما أقل وهذا غير متحقق في شيء من هذه الروايات عنه أما في رواية الربع ورواية الثلث فظاهر اذا شئت أن الربع ليس بأكثر من ثلثه اربع ولا الثلث بأكثر من الثلثين وأما في رواية الاكثر من الثلث فلان الاكثر من الثلث اذ لم يجاوز النصف لم يصر أكثر الكل وفي رواية الاكثر من الثلث عنه لم يشترط مجاوز النصف ولا الوصول إلى النصف بل اعتبر الزيادة على الثلث في الجملة فلم يلزم في عدم الاجزاء على هذه الرواية أيضا ذهاب أكثر الاذن والذبح فكيف يربط قوله واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في مقدار الاكثر عاقبه من مسألة الكتاب فان قلت ليس المراد بالاكثر في عبارة مسألة

الحكم كذلك وانما قيد الاجزاء بالاستحسان لان وجه القياس بخلافه لان تادى الواجب بالتضحية بالاضحية وهي معيبة عندها فصار كالموتى كانت كذلك قبله وقوله (لانه حصل بعمدات الذبح) دليل محمد ودليل أبي يوسف رحمه الله أن الفور لما انقطع خرج الفعل الذي تعينت به من أن يكون سببا من أسباب هذا الذبح الذي وجد بعد الفور فصار بمنزلة ما حصل بفعل آخر

(قوله من باب ذكر الخصاص واردة العام فانه الخ) أقول فيه أنه لا دلالة فيما ذكره على ما ادعاه لانه يعلم حكم سائر العموب المانعة بطريق المقايسة

قال (والاضحية من الابل والبقر الخ) كلامه واضح وقيد بقوله في مذهب الفقهاء لان عند أهل اللغة الجذع من الشيا ما تمت لها سنة كذا في النهاية وقوله لانها هي الاصل في التبعية لانه جزؤها وله ذاتية بها في الرق والحسنة وهو - ذا لان المنفصل من الفصل هو الماء وغيره محل (٧٦) لهذا الحكم والمنفصل من الام هو الحيوان وهو محل

قال (والاضحية من الابل والبقر والغنم) لانها عرفت شرعا ولم تنقل التضحية بغيرها من النبي عليه السلام ولا من الصحابة رضي الله عنهم قال (ويجزئ من ذلك كله التي فصاعدا الا الضأن فان الجذع منه يجزئ) لقوله عليه السلام ضحوا بالنسب الا ان يعسر على احدكم فليذبح الجذع من الضأن وقال عليه السلام نعمت الاضحية الجذع من الضأن قالوا وهو - ذا اذا كانت عظيمة بحيث لو خاط بالثنيان يشبهه على الناظر من بعيد والجذع من الضأن ما تمت له ستة أشهر في مذهب الفقهاء وذكر الزعفراني أنه ابن سبعة أشهر والنبي منها ومن المعز ابن سنة ومن البقر ابن سنتين ومن الابل ابن خمس سنين ويدخل في البقر الحاموس لانه من جنسه والمولودين الالهى والوحشى يتبع الام لانها هي الاصل في التبعية حتى اذا نزل الذئب على الشاة يضحي بالولد قال (واذا اشترى سبعة بقرة ليضحوا بها فأت أحدهم قبل النحر وقالت الورثة اذبحوها عنه وعنكم أجرأهم وان كان شريك السنة نصرانياً ورجلا يريد اللحم لم يجز عن واحد منهم) ووجهه أن البقرة تجوز عن سبعة لكن من شرطه أن يكون قصد الكل القرية وان اختلفت جهاتها كالاضحية والقران والتمتع عندنا لاتحاد المقصود وهو القرية وقد وجد هذا الشرط في الوجه الاول لان التضحية عن الغير عرفت قرية بالآثرى أن النبي عليه السلام ضحى عن أمته على ما روينا من قبل ولم يوجد في الوجه الثاني لان النصراني ليس من أهلها وكذا قصد اللحم يتأقما واذا لم يقع البعض قرية والاراقعة لا تجزأ في حق القرية لم يقع الكل أيضا فامتنع الجواز وهذا الذي ذكره استحسن والقياس أن لا يجوز وهو رواية عن أبي يوسف لانه تبرع بالانلاف فلا يجوز عن غيره كالاتفاق عن الميت كالتصدق بخلاف القرية قد تقع عن الميت كالتصدق بخلاف الاعناق لان فيه الزام الولاة على الميت (فلو بذبحوها عن صغير في الورثة أو أم ولد جاز) لما بينا أنه قرية (ولو مات واحد منهم فذبحها الباقيون بغيره ان الورثة لا تجزئهم) لانهم يقع بعضها قرية وفيما تقدم وجد الاذن من الورثة فكان قرية قال (وبأكل من لحم الاضحية ويطعم الاغنياء والفقراء ويدخر) لقوله عليه السلام كنت نهيتمكم عن كل لحوم الاضحية فكلوا منها واودعوا ومتى جازأ كاه وهو غنى جازأ يؤكله غنيا قال (ويستحب أن لا ينقص الصدقة عن الثلث) لان الجهات ثلاثة الاكل والادخار

فاعتبر بها قوله (لكن من شرطه أن يكون قصد الكل القرية) لان النص ورد على خلاف القياس في ذلك فان قيل النص ورد في الاضحية فكيف جوزتم مع اختلاف جهات القرية كالاضحية والقران والتمتع فلنا اعتماد على ذلك زفر ولم يجوز عند اختلافها الكفاية قول اذا كانت الجهات قربا بالتمتع معناها من حيث كونها قرية فجاز الا لاحق بخلاف ما اذا كان بعضها غير قرية فانه ليس في معناها واذا بطل في ذلك بطل في الباقي لعدم التجزئ وقوله (لما بينا أنه قرية) يشير الى وجه الاستحسان وفي القياس لا يجوز لان الراقعة لا تجزأ وبعض الراقعة وقع نفلا أو لهما فصار الكل كذلك ولم يعكس لان الواجب قد يتقلب تطوعا بخلاف العكس والراقعة قد تنصير للحم مع نية القرية اذا لم تصادف محلها وكانت في غير وقت الاضحية والراقعة للحم لا تنصير قرية بحال قال (وبأكل كل من لحم الاضحية الخ)

الكتاب معنى التفضيل بل هو بمعنى الكثير كما يرشد اليه قول المصنف في بيان وجه روايته الاكثر من الثلث ولما زاد لا تنفذ الا برضاهم فاعتبر كثيرا وقوله في بيان وجه روايته الثلث لقوله عليه السلام في حديث الوصية الثلث والثلث كثير ثم ليس المراد بالكثر أيضا الكثير بالاضافة الى الجزء الباقي والادعوى المحذور بل المراد به الكثير في نفسه والاضافة الى الاذن والذنب بمجرد بيان محل الكثرة حينئذ يمكن تطبيق كل من الروايات المذكورة على عبارة مسألة الكتاب قلت شرط استعمال صيغة التفضيل مجردة عن معنى التفضيل أن تكون عارضة عن الادم والاضافة ومن كما تقر في موضعه وفي عبارة مسألة الكتاب وقعت مضافة فلا يصح تجردها عن معنى التفضيل على قاعدة العربية ولئن أعرضنا عن ذلك لا يصح تعليل المصنف تلك المسئلة بقوله لان للاكثر حكم الكل بقاء وذاها على تقدير أن يحصل الاكثر على الكثير المطلق اذ لو كان الكثير مطلقا حكم الكل بقاء وذاها بالزم أن يعتبر الاذن والذنب باقيا وذاها في حالة واحدة فيما اذا كان كل واحد من الباقي والذاهب منهما كثيرا في نفسه كما اذا ذهب ربعهما وثلثهما أو أكثر من ثلثهما في الجملة على ما وقع في الروايات المذكورة فيسألزم جمع الحكمين المتضادين تأمل تقف (قوله ويستحب أن لا ينقص الصدقة عن الثلث لان الجهات

لا الاضحية اما أن تكون مندورة أو لا فان كان الثاني فالحكم ما ذكره في الكتاب وان كان الاول فليس لصاحبها أن يأكل من لحمها ولا أن يطعم الاغنياء لان سبيلها التصديق وليس للتصدق أن يأكل من صدقته ولو أكل فعمله قيمة ما كل



لماروينا والاطعام لقوله تعالى وأطعموا القانع والمعترفانقسم عليها أثلاثا قال (ويتصدق بجلدها) لأنه جزء منها (أو يعمل منه آلة تستعمل في البيت) كالنطع والجراب والغربال ونحوها لان الانتفاع به غير محرم (ولابأس بأن يشتري به ما ينتفع بعينه في البيت مع بقائه) استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا لان البديل حكم المبدل ولا يشتري به ما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه كالخل والابازير) اعتبارا بالبيع بالدرهم والمعنى فيه أنه تصرف على قصد التمول واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح فلو باع الجلد بالدرهم أو بما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه تصدق بمنه لان القرية انتقلت الى بده وقوله عليه السلام من باع جلد أضحيت فلا أضحيت له يفيد كراهة البيع أما البيع جائز لقيام الملك والقدرة على التسليم قال (ولا يعطى أجرة الجزار من الأضحية) لقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه تصدق بجلدها وأخطامها ولا تعط أجر الجزار منها شيئا والنهي عنه نهى عن البيع أيضا لانه في معنى البيع قال (ويكره أن يجز صوف أضحيتك وينتفع به قبل أن يذبحها) لانه التزم إقامة القرية بجميع أجزائها بخلاف ما بعد الذبح لانه أقيمت القرية بها كافي الهدى ويكره أن يجلب لبها فينتفع به كافي الصوف قال (والأفضل أن يذبح أضحيتك بيده إن كان يحسن الذبح) وإن كان لا يحسنه فالأفضل أن يستعين بغيره وإذا استعان بغيره ينبغي أن يشهدا بنفسه لقوله عليه السلام لفاطمة رضي الله عنها قومي فاشهدى أضحيتك فإنه يغفر لك بأول قطرة من دمها كل ذنب قال (ويكره أن يذبحها الكفاي) لانه عمل هو قر به وهو ليس من أهلها ولو أمره فذبح جاز لانه من أهل الذكاة والقرية أقيمت بانابته ونبته بخلاف ما إذا أمر الجوسي لانه ليس من أهل الذكاة فكان أفسادا قال (وإذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما أضحيتة الأخر أجزأ عنهما ولا ضمان عليهما) وهذا استحسان وأصل هذا أن من ذبح أضحيتة غيره بغير إفته لا يحمل له ذلك وهو ضامن لقيمتها ولا يجزئه عن الأضحيتة في القياس وهو قول زفر وفي الاستحسان يجوز ولا ضمان على الذابح وهو قولنا وجه القياس أنه ذبح شاة غيره بغير أمره فيضمن كما إذا ذبح شاة اشتراها القصاب وجه الاستحسان أنها تعين الذابح لتعيتها للأضحية

ثلاثة الاكل والادخار للماروينا والاطعام لقوله تعالى وأطعموا القانع والمعترفانقسم عليها أثلاثا أقول لقائل أن يقول الامر المطلق للوجوب عند أكثر العلماء كما تقر في علم الأصول فالظاهر من قوله تعالى وأطعموا القانع والمعترف وجوب الاطعام والمدعى استحبابه فليتام في الجواب (قوله ولا بأس بأن يشتري به ما ينتفع بعينه في البيت مع بقائه) استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا لان البديل حكم المبدل أقول لقائل أن يقول انه تعليل في مقابلة النص وهو قوله عليه السلام من باع جلد أضحيتك فلا أضحيتة له فإنه يتناول باطلاقة بيع الجلد بما ينتفع بعينه مع بقائه أيضا والتعليل في مقابلة النص غير مقبول على ما تقر في أصول الفقه فليتام في الدفع (قوله ولا يشتري به ما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه كالخل والابازير) اعتبارا بالبيع بالدرهم والمعنى فيه أنه تصرف على قصد التمول) أقول فيه بحث أما أولا فلا اعتبار ذلك بالبيع بالدرهم غير واضح فان الدرهم مما لا ينتفع بعينه أصلا أي لا مع بقائها ولا بعد استهلاكها وانما هي وسيلة محضة فالمقصود منها التمول لا غير بخلاف مثل الخل والابازير فإنه مما ينتفع به وان كان ذلك بعد استهلاكه فجاز أن يكون المقصود منه الانتفاع دون التمول والانتفاع بنفس جلد الأضحية غير محرم فكذلك بيده وأما ثانيا فلا ندم جواز بيع جلد الأضحية بالدرهم انما ثبت بخلاف القياس على ما نص عليه صاحب غاية البيان فإنه بعد أن بين وجه الاستحسان في جواز بيعه مما ينتفع بعينه مع بقائه بأنه جاز له الانتفاع بالجلد جاز له الانتفاع بالبديل لان البديل له حكم المبدل قال فكان القياس أن يجوز بيع الجلد بالدرهم أيضا الا أن اثر كتنا القياس بقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه ولا تعط أجر الجزار منها فإذا أعطى أجر الجزار منها يصير بائع اللحم والجلد بالدرهم وقد ثبت المنع عنه بخلاف القياس فلا يقاس

وقوله (لما روينا) يعني قوله عليه الصلاة والسلام فكلاهما من أذخره والقانع هو السائل من القنوع لامن القناعة والمعترف هو الذي يتعرض للسؤال ولا يسأل وقوله (كالخل) بالخاء المعجمة والمهملة (والابازير) التوابل جمع أبار بالفتح وقوله (في الصحيح) احترازا عما قيل انه ليس في اللحم الا الاكل والاطعام فلو باع بشئ ينتفع بعينه لا يجوز والصحيح ما قاله شيخ الاسلام ان اللحم بمنزلة الجلدان باعه بشئ ينتفع به بعينه جاز وروى ابن سماعه عن محمد رحمه الله انه لو اشترى باللحم ثوبا فلا بأس بلبسه وقوله (لان القرية انتقلت الى بده) لان تلك البديل من حيث التمول ساقط فلم يبق الاجهة القرية وسبيلها التصديق وقوله (لان في معنى البيع) لان كل واحد عقد معاوضة وقوله (من دمها كل ذنب) تمام الحديث أما انه يجاء بدمها ولحمها فيوضع في ميزانك وسبعون ضعفا قال أبو سعيد الخدرى رضي الله عنه هذا لآل محمد خاصة أم لآل محمد والمسلمين عامة فقال عليه الصلاة والسلام لآل محمد خاصة والمسلمين عامة وقوله

(حتى وحب عليه أن يضحى بها بعينها في أيام النحر ويكره أن يبدل بها غير فصار المالك مستعينا بكل من يكون أهلا للذبح آذناه دلالة لانها تقوت بضئ هذه الايام وعساه يعجز عن اقامتها بعوارض فصار كما اذا ذبح شاة شد القصاب رجلها فان قيل يفوته أمر مستحب وهو أن يذبحها بنفسه أو يشهد الذبح فلا يرضى به قلنا يحصل له به مستحبان آخران صيرورته مضحيا لما عينه وكونه معجلا به في ترضيه ولعلنا نثار جهنم الله من هذا الجنس مسائل استثنائية وهي أن من طبخ لحم غيره أو طحن حنطته أو رفع جرتة فأنكسرت أو جعل على دابته فغطت كل ذلك بغير أمر المالك يكون ضامنا ولو وضع المالك اللحم في القدر والقدر على الكافون والحطب تحته أو جعل الحنطة في الدورق وربط الدابة عليه أو رفع الجرة وأمالها الى نفسه أو جعل على دابته فسقط في الطريق فأوقده والنازقيه وطبخه أو ساق الدابة فطحنها أو أعانه على رفع الجرة فأنكسرت فيما بينهما أو جعل على دابته ماسقط فغطت لا يكون ضامنا في هذه الصور كلها استحسانا لوجود الاذن دلالة اذا ثبت هذا فنقول في مسألة الكتاب ذبح كل واحد منهما أضحية غيره بغير اذنه صريح في مخالفة خلافية زفر بعينها وتأتى فيها القياس والاستحسان كما ذكرنا فياخذ كل واحد منهما ما سلوخة من صاحبه ولا يضمه لانه وكيله فيما فعل دلالة فاذا كان قدأ كلاً ثم علما فلجل كل واحد منهما صاحبه ويجزئهم لانه لو أطمعه في الابتداء يجوز ان كان غنيا فكذلك أنه بحمله في الانتهاء وان تشاحا فلكل واحد منهما أن يضحى من صاحبه قيمة لحمه ثم تصدق بتلك القيمة لا تبادل عن اللحم فصار كالمواضع أضحية له وهذا الان التضحية لما وقعت عن صاحبه كان اللحم له ومن أنفق لحم أضحية غيره ~~كان الحكم ما ذكرناه~~ (ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وراز عن أضحيته)

عليه غيره انتهى واذا كان كذلك فكيف يتم قياس عدم جواز بيع الجلد بمثل الخيل والابازير على عدم جواز بيعه بالدرهم كما يقتضيه قول المصنف اعتبارا بالبيع بالدرهم وقد تقرر في أصول الفقه أن من شرط القياس أن لا يكون حكم الاصل معد ولا عن القياس فالظاهر أن ترك القياس على البيع بالدرهم في تعليل هذه المسئلة ويقال في تعليلها لانه لا يصلح أن يكون بدلا عن عين الجلد فأتم مقامه لعدم الانتفاع به كالانتفاع بعين الجلد فلم يكن حكمه حكم عين الجلد بخلاف ما ينتفع بعينه مع بقاءه كما مر وقد أشار اليه صاحب البدائع حيث قال وله أن يبيع هذه الاشياء بما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه من متاع البيت كالجراب والنخل لان البديل الذي يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يقوم مقام البديل فكان المبدل قائما معنى وكان الانتفاع به كالانتفاع بعين الجلد بخلاف البيع بالدرهم والدنانير لان ذلك مما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فلا يقوم مقام الجلد فلا يكون الجلد قائما معنى انتهى (قوله فصار كالمواضع أضحية له) قال جماعة من الشراح في بيان معنى هذا الكلام بمعنى أنه لو باع أضحيته واشترى بثمنها غيرها فلو كان غيرها أنقص من الاولى تصدق بما فضل على الثانية ولو لم يشترحى مضت أيام لنحر تصدق بثمنها كما انتهى أقول قد نكلموا في بيان مراد المصنف بقوله المذكور جدا حيث جعلوه صورتين فزادوا في الصورة الاولى اشترى غيرها بثمنها واعتبروا التصديق في تلك الصورة في بعض الثمن دون كله وزادوا في الصورة الثانية مضى أيام النحر وليس في كلام المصنف هذا ما يدل على شيء من ذلك وليس في المقام ما يقتضى شيئا منها كما لا يخفى مع أن الامر في معنى هذا الكلام على طرف التمام بحمله على حذف مضاف أى كالمواضع لحم أضحيته فيكون المراد به الإشارة الى ما مر في الكتاب من قوله ولو باع الجلد واللحم بالدرهم أو عا لا ينتفع به الا باستملاكه تصدق بثمنه تدبر (قوله ومن أنفق لحم أضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه) قال في العناية وقوله ومن أنفق لحم أضحية غيره متصل بقوله وان تشاحا يعني ان تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما أضحية له ومن أنفق لحم أضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه وهو قوله فلكل واحد منهما أن يضحى من صاحبه قيمة لحمه

عليه غيره انتهى واذا كان كذلك فكيف يتم قياس عدم جواز بيع الجلد بمثل الخيل والابازير على عدم جواز بيعه بالدرهم كما يقتضيه قول المصنف اعتبارا بالبيع بالدرهم وقد تقرر في أصول الفقه أن من شرط القياس أن لا يكون حكم الاصل معد ولا عن القياس فالظاهر أن ترك القياس على البيع بالدرهم في تعليل هذه المسئلة ويقال في تعليلها لانه لا يصلح أن يكون بدلا عن عين الجلد فأتم مقامه لعدم الانتفاع به كالانتفاع بعين الجلد فلم يكن حكمه حكم عين الجلد بخلاف ما ينتفع بعينه مع بقاءه كما مر وقد أشار اليه صاحب البدائع حيث قال وله أن يبيع هذه الاشياء بما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه من متاع البيت كالجراب والنخل لان البديل الذي يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يقوم مقام البديل فكان المبدل قائما معنى وكان الانتفاع به كالانتفاع بعين الجلد بخلاف البيع بالدرهم والدنانير لان ذلك مما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فلا يقوم مقام الجلد فلا يكون الجلد قائما معنى انتهى (قوله فصار كالمواضع أضحية له) قال جماعة من الشراح في بيان معنى هذا الكلام بمعنى أنه لو باع أضحيته واشترى بثمنها غيرها فلو كان غيرها أنقص من الاولى تصدق بما فضل على الثانية ولو لم يشترحى مضت أيام لنحر تصدق بثمنها كما انتهى أقول قد نكلموا في بيان مراد المصنف بقوله المذكور جدا حيث جعلوه صورتين فزادوا في الصورة الاولى اشترى غيرها بثمنها واعتبروا التصديق في تلك الصورة في بعض الثمن دون كله وزادوا في الصورة الثانية مضى أيام النحر وليس في كلام المصنف هذا ما يدل على شيء من ذلك وليس في المقام ما يقتضى شيئا منها كما لا يخفى مع أن الامر في معنى هذا الكلام على طرف التمام بحمله على حذف مضاف أى كالمواضع لحم أضحيته فيكون المراد به الإشارة الى ما مر في الكتاب من قوله ولو باع الجلد واللحم بالدرهم أو عا لا ينتفع به الا باستملاكه تصدق بثمنه تدبر (قوله ومن أنفق لحم أضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه) قال في العناية وقوله ومن أنفق لحم أضحية غيره متصل بقوله وان تشاحا يعني ان تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما أضحية له ومن أنفق لحم أضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه وهو قوله فلكل واحد منهما أن يضحى من صاحبه قيمة لحمه انتهى أقول ليس هذا

وقوله (لانه ملكها بسابق الغضب) يعني فكانت التضحية وارذقة على ملكه وهذا يعني في التضحية لانقال الاستناد يظهر في القائم والتضحية بالاراقة والاراقة قد فانت لانها عبارة عن فعل المضحي لاننا نقول الاراقة ليست من المملوك لانها ليست صفة للشاة ليصح ان يقال يظهر الاستناد فيها ولا يظهر فان الملك ثبت في الشاة المذبوحة ويستند الى وقت الغضب فتكون الاراقة والتضحية واقعة على ملكه والله سبحانه وتعالى أعلم

(٧٩)

كتاب الكراهية

أورد الكراهية بعد الاضحية لان عامة مسائل كل واحدة لم تخل من أصل أو فرع ترد فيه الكراهية

(قوله لاننا نقول الاراقة ليست من المملوك) أقول يعني ليست من المملوك لاحد (قال المصنف بخلاف ما لو أودع شاة فضحي بها لانه يضمنه بالذبح فلا يثبت الملائة الا بعد الذبح) أقول قال صدر الشريعة في شرح الوفاة أقول بل يصير غاصبا بمقدمات الذبح كالاشجاع وشهد الرجل فيكون غاصبا قبل الذبح انتهى وأجاب عنه صاحب الدرر بان حقيقة الغضب كما تقر في موضعه ازالة اليد المحقة واثبات اليد المبطلة وغاية ما يوحد في الاشجاع وشهد الرجل اثبات اليد المبطلة ولا يحصل به ازالة اليد المحقة وانما يحصل ذلك بالذبح كما ذهب اليه الجمهور انتهى وان شئت فراجع في كتاب الغضب ونحن نقول الاولى في الجواب أن يقال قد سبق أن مقدمات

لانه ملكها بسابق الغضب بخلاف ما لو أودع شاة فضحي بها لانه يضمنه بالذبح فلم يثبت الملك له الا بعد الذبح والله أعلم

كتاب الكراهية

التوجيه بوجه فان قول المصنف فان تشا فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة له مسألة تامة لا بد لها من دليل مغاير لها وفي التوجيه المذكور قد أخذ مقدم المسئلة وهو قوله وان تشا فلكل واحد منهما نال مغاير لتالي المسئلة غير مذكور في الكتاب أصلا فصاران تشا عن التحليل كان كل واحد منهما متلفا لحم أضحية صاحبه وجعل ذلك صغرى الدليل وجعل كبراه قول المصنف بعد المقدمات الكثيرة ومن أتلغ لحم أضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه ولا يخفى ما فيه والحق عندي أن قول المصنف ومن أتلغ لحم أضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه متصل بما قبله وهو قوله وهذا لان التضحية لما وقعت من صاحبه كان اللحم له فاقبله بمنزلة الصغرى وهذا بمنزلة الكبرى ومجموعهما دليل تام على أصل المسئلة وهو قوله وان تشا فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة له فعنى الدليل أن التضحية كل واحد منهما لما وقعت من صاحبه كان اللحم الذي أتلفه بالا كل لصاحبه لان نفسه ومن أتلغ لحم أضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه من تضمين صاحبه اياه قيمة له وليت شعري أن صاحب التوجيه الاول ماذا يصنع في حق قول المصنف وهو هذا لان التضحية لما وقعت من صاحبه كان اللحم له فهل يجعله وحده دليلا آخر على أصل المسئلة أم يجعله متصلا بشئ آخر غير أصل المسئلة فانظر وتبصر هل يتيسر شئ من ذلك

كتاب الكراهية

أورد الكراهية بعد الاضحية لان عامة مسائل كل واحدة منهما لم تخل من أصل أو فرع ترد فيه الكراهية الا يرى أن التضحية في ليالي أيام النحر مكرهة وكذا التصرف في الاضحية بجزوفها وحلب لبنها وابدال غيرها مكاتم وكذلك ذبح الكبشى وغير ذلك كما أن الامر في كتاب الكراهية كذلك كذا في الشروح ثم ان عبارات الكتب قد اختلفت في ترجمة هذا الكتاب فقد سماه محمد بن الجامع الصغير باسم الكراهية وعليه وضع الطحاوى في مختصره وتبعهما المصنف وسماه محمد بن الاصل بالاستحسان وعليه كتب كثير من مشايخنا كالكاظم الشهيد والمبسوط والحديث والخيرة والمغنى وغيرها وسماه الكرخي في مختصره بالخطر والاباحة وتبعه القاسم دورى في مختصره والامام قاضخان في فتاواه وكذا وقع في الحفة والتتمة والابيض ولكل وجهة هو موليا أما وجه التسمية بالكراهية فلان بيان المكروه أهم لوجوب الاحتراز عنه وأما وجه التسمية بالاستحسان فلان فيه ما حسنه الشرع وما قبحه ولفظ الاستحسان أحسن فلقب به أولان أكثر مسائله استحسان لا مجال للقياس فيها وأما وجه التسمية بالخطر والاباحة فلان الخطر المنع والاباحة الاطلاق وفيه ما منع عنه الشرع وما أباحه كذا ذكر وجه كل منهما في الاختيار شرح المختار وفي شرح الكنتز لا امام الزيلعي ثم ان الكراهية

الذبح في حكم الذبح فلا يعطى له حكم آخر فلية أمسل وأجاب الناضل الحشى يعقوب باشا عن اشكال صدر الشريعة أيضا بان يقال ان الغضب وان وجد بعد مقدمات الذبح لكن لا يتقرر قبل الذبح لان الاشجاع وشهد الرجل قد يكونان للذبح لان الحفظ يجب على المودع فلا يتعين الغضب الا بالذبح بخلاف الغضب ابتداء فان الغضب هنا يتعين قبل الذبح كذا قيل ولا يخفى ما فيه فليتامل انتهى كلام يعقوب باشا

قال رضى الله عنه تكلموا في معنى المكروه والمروى عن محمد نساء أن كل مكروه حرام إلا أنه لما لم يجد فيه نصاً فاطعم لم يطلق عليه لفظ الحرام وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه إلى الحرام أقرب وهو يشتمل على فصول منها

(فصل في الاكل والشرب قال أبو حنيفة رحمه الله يكره لحوم الاذن والبانها وأبوال الابل وقال أبو يوسف ومحمد لا بأس بأبوال الابل)

في اللغة مصدر كره الشيء كرهاً وكراهية قال في الميزان هي ضد المحبة والرضا قال الله تعالى وعسى أن تكرهوا شيئاً وهو خير لكم وعسى أن تحبوا شيئاً وهو شر لكم فالمكروه خلاف المندوب والمحبوب لغة والكراهية ليست بصد لا رادة عندنا فان الله تعالى كاره للكفر والمعاصي أى ليس براض بهما ولا يحب لهما وان كان الكفر والمعاصي بارادة الله تعالى ومشيئته وعند المعتزلة هي ضد الارادة أيضاً على ما عرف في أصول الكلام وأما معنى الكراهية في الشريعة فها هو مذ كور في الكتاب (قوله قال رضى الله عنه تكلموا في معنى المكروه) يعنى اختلاف أصحاب الشرع في معنى المكروه فروى عن محمد أنه نص على أن كل مكروه حرام إلا أنه لما لم يجد فيه نصاً فاطعم لم يطلق عليه لفظ الحرام فكان نسبة المكروه إلى الحرام عنده كنسبة الواجب إلى الفرض في أن الاول ثابت بدليل قطعي والثاني ثابت بدليل ظني وروى عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه إلى الحرام أقرب ثم إن هذا أحد المكروه كراهة تحريم وأما كراهة المكروه كراهة تنزيه فإلى الحل أقرب هذا خلاصة ما ذكره في الكتب وبعض المتأخرين هنا كلمات طويلة الذيل لا حاصل لها تر كنا التعرض لها بما في تضاعفها من الاختلال كراهة الاطياب (قوله قال أبو حنيفة يكره لحوم الاذن والبانها وأبوال الابل وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله لا بأس بأبوال الابل) قال جماعة من الشراخ خص الاتم مع كراهة لحم سائر الحمر ليستقيم عطف الالبان عليه إذ اللبن لا يكون الا من الاثان انتهى يعنون أنه لو قال تكرر لحوم الحمر والبانها الرجوع الضمير في البانها إلى الحمر المذ كور فيها قبل وذلك يوم الذ كور والاثان فلا يستقيم عطف الالبان مضافة إلى الضمير الرجوع إلى مطلق الحمر على ما قبله لان الالبان لا تتصور في ذ كور الحمر وانما تتحقق في اناها التي هي الاذن نعم يمكن تصحيح ذلك أيضاً بتقدير وتأويل لكن مرادهم عدم استقامة ذلك نظر إلى ظاهر التركيب فسقطت عن كلامهم مواخذة بعض المتأخرين وقال ذلك البعض وانما خص كراهة لحم الاذن بالذ كور ولم يذ كور كراهة لحم غيرها مما سبق في كتاب الذبايح لانه لما عنون الفصل بأنه في الاكل والشرب وقد ذكر في الذبايح جميع ما لا يؤكل لحمه ولو أعاد كما يلزم التكرار فذ كور بعضها منذ كبر البواقي انتهى أقول ليس هذا مما يعتد به لان حديث عنوان الفصل بأنه في الاكل والشرب لا يفيد شيئاً فيما نحن فيه أصله ان ما يتعلق بالاكل والشرب في هذا الفصل غير مختصر في هذه المسئلة بل كثير من المسائل الآتية المذ كورة في هذا الفصل من مسائل الاكل والشرب أيضاً فيصح عنوان الفصل بالاكل والشرب سواء لم تذ كره هذه المسئلة فيه أصله أورد كرمها غيرها أيضاً مما سبق في الذبايح وأما حديث ذ كور بعض من المسائل السابقة في الذبايح تذ كورا للبواقي فغير تام أيضاً لان ذ كوراً مرة وبين مستوفى تذ كور البواقي المذ كورات ليس من ذاب المصنفين ولا مما هم أصله أقول الاوجه أن يقال انما خص الاذن بالذ كور مع كراهة لحوم غيرها أيضاً لان جميع ما لا يؤكل لحمه قد ذكر في الذبايح مستوفى وكراهة لحوم الاذن انما ذ كرت ههنا توطئة لكراهة البانها التي لم تذ كور فيما مر قط ولا مدخل لكراهة لحوم غيرها في التوطئة لذلك فلا جرم خص الاذن بالذ كور دون غيرها ثم قال ذلك البعض وأما حكم أبوال الابل فانما ذ كره المصنف فيما سبق وذ كره محمد في الجامع الصغير فليس فيه التكرار حتى يحتاج فيه إلى الاعتذار انتهى كلامه أقول ليس هذا بكلام صحيح لان المصنف أيضاً ذ كره ههنا في الهداية والبداية فلزمه التكرار قطعاً وانما يلزمه التكرار لو ذ كره محمد في

الارى أن في وقت الاضحية من ليالى أيام النحر وفي التصرف في الاضحية يجز الصوف وحلب اللبن وفي اقامة غيره مقامه كيف تحققت الكراهة وفي كتاب الكراهية أيضاً كذلك

(فصل في الاكل والشرب (قوله الارى أن في وقت الاضحية الخ) أقول الكراهية بالحقيقة هي في التضحية لاني الوقت ففيه تجوز (قوله وفي كتاب الكراهية أيضاً كذلك) أقول فيه بحث الا أن المراد يتحقق فيه الكراهية في أشياء كثيرة



وقوله (لانه في معناه) أي لان الأدهان من آنية الذهب في معنى الشرب منها لان كلامها استعمال لها والمحرم هو الاستعمال قيل صورة الأدهان المحرم هو أن يأخذ آنية الذهب أو الفضة ويصب الدهن على الرأس وأما إذا أدخل يده فيها وأخذ الدهن ثم صبّه على الرأس من اليد لا يكرهه قال صاحب النهاية هكذا ذكره صاحب الذخيرة في الجامع الصغير وأرى أنه يخالف لما ذكره المصنف في المكحلة فإن الكحل لا بد وأن ينفصل عنها حين الاحتمال ومع ذلك فقد ذكره في المحرمات المصنّف المشدود بالضباب جمع ضبة وهي حديدة عريضة والمشدود المسن والنقر ما يجعل تحت ذنب الدابة

(قوله من آنية الذهب) أقول والفضة كذلك (قوله قبل صورة الأدهان المحرم الى قوله لا يكره) أقول وفي شرح ويحتمل هذا التفصيل في الاكل والشرب أيضا (قوله وأرى أنه يخالف لما ذكره المصنف في المكحلة الى قوله في المحرمات الخ) أقول لكن المستعمل يأخذ المكحلة بيده ويضع فيها المسيل بخلاف الآنية إذ لا يحتاج فيه الى الاخذ باليد

وإذا ثبت هذا في الشرب فكذلك في الأدهان ونحوه لانه في معناه ولانه تشبه بزى المشركين وتنعم بنعم المترفين والمترفين وقال في الجامع الصغير يكره ومراهه التحريم وبسوى فيه الرجال والنساء لعموم النهي وكذلك الاكل بلعقة الذهب والفضة والاكتحال بعسل الذهب والفضة وكذلك كحلته والمرأة وغيرهما لما ذكرنا قال (ولابأس باستعمال آنية الرصاص والزجاج والبور والعتيق) وقال الشافعي يكره لانه في معنى الذهب والفضة في التفاخر به فلما ليس كذلك لانه ما كان من عاداتهم التفاخر بغير الذهب والفضة قال (ويجوز الشرب في الأناء المفضض عند أبي حنيفة والر كوب على السرج المفضض والجلاوس على الكرسي المفضض والسري المفضض إذا كان يتقي موضع الفضة) ومعناه يتقي موضع الفم وقيل هذا وموضع اليد في الاخذ وفي السري والسرج موضع الجلاوس وقال أبو يوسف يكره ذلك وقول محمد يروى مع أبي حنيفة ويروى مع أبي يوسف وعلى هذا الخلاف الأناء المصنّب بالذهب والفضة والكرسي المصنّب بهم ما وكذا إذا جعل ذلك في السيف والشحذ وحلقة المرأة أو جعل المصحف مذهبها أو مفضضا وكذا الاختلاف في اللجام والر كاب والثفرازا كان مفضضا وكذا الثوب فيه كتابة بذهب أو فضة على هذا وهذا الاختلاف فيما يخلص فأما التوبة الذي لا يخلص فلا بأس به بالاجماع

طهارته لم تلزم عنده الامن حله الثابت بقوله عليه السلام ما وضع شفاؤكم فيما حرم عليكم كما سبق فبناء حله على طهارته ودور ظاهر الى هنا كلامه أقول حديث الأورساقط جدا لان حله انما يكون علة لطهارته في العقل بأن يصير دليلا عليها وأما طهارته فلانها تكون علة حله في الخارج فاختلفت الجهة وهذا نظير ما قالوا في العلوم العقلية ان الحى علة للعقونة في الذهن والعقونة علة للحى في الخارج فالاستدلال بالحى على العقونة برهان انى وبعبارة برهان لمى ولا دور أصلا وهكذا الحال بين كل مؤثر وأثره فان الاول علة للثاني في الخارج وان كان الثاني علة للاول في العقل أى دليلا عليه ومن هذا القبيل استدلالنا وجود العالم على وجود الصانع (قوله وإذا ثبت هذا في الشرب فكذلك في الأدهان ونحوه لانه في معناه) أى لان الأدهان في آنية الذهب والفضة ونحوه في معنى الشرب منها لان كلامنا ذلك استعمال لها والمحرم هو الاستعمال بأى وجه كان لما فيه من التبرير والاسراف في شرب الأدهان والتطيب أيضا وفي النهاية قبل صورة الأدهان المحرم هو أن يأخذ آنية الذهب أو الفضة ويصب الدهن على الرأس أما إذا أدخل يده فيها وأخذ الدهن ثم صبّه على الرأس من اليد لا يكرهه كذا ذكره صاحب الذخيرة في الجامع الصغير اه قال صاحب العناية بعد نقل ذلك وأرى أنه يخالف لما ذكره المصنف في المكحلة فان الكحل لا بد وأن ينفصل عنها حين الاحتمال ومع ذلك فقد ذكره في المحرمات انتهى أقول يمكن دفع المخالفة بين القولين بأن المحرم في أواني الذهب والفضة وآلاتها هو استعمالها واستعمال آنية الذهب والفضة عند ارادة الأدهان منها انما يتحقق في العرف والعادة بأخذها نيتهم ما وصب الدهن منها على البدن لا بدخال اليد فيها وأخذ الدهن ثم صبّه على البدن وأما استعمال مكحلة الذهب أو الفضة فانما يتصور عادة بادخال الميل فيها ثم الاكتحال به فانهصال الكحل عنها حين الاحتمال لا يقدح في تحقق استعمالها فافتروا عترض صاحب التمهيل على ما قيل في صورة الأدهان المحرم بوجه آخر وهو أنه يقضى أن لا يكره إذا أخذ الطعام من آنية الذهب والفضة بلعقة ثم أكل منها وكذا إذا أخذ بيده وأكله منها أو أجاز عنه صاحب الدرر والغرر بما يقرب مما ذكرناه في دفع ما قاله صاحب العناية في المكحلة حيث قال بعد ذلك كذا الاعتراض أقول منشؤه الغفلة عن معنى عبارة المشايخ وعدم الوقوف على مرادهم أما الاول فلان من في قولهم من انا ذهب ابتدائية وأما الثاني فلان مرادهم أن الأدوات المصنوعة من المحرمات انما يحرم استعمالها إذا استعملت فيما صنعت له بحسب متعارف الناس فان الأواني الكبيرة المصنوعة من الذهب والفضة لاجل أكل الطعام انما يحرم استعمالها إذا أكل الطعام

لهما أن مستعمل جزء من الاناء مستعمل جميع الاجزاء فيكره كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة  
 ولا يحنيفة رجه انه ان ذلك تابع ولا معتبر بالتتابع فلا يكره كالجبة المكشوفة بالحرير والعلم في الثوب  
 ومسما الذهب في الفص قال (ومن ارسل اجيراله مجوسيا او خادما فاشترى له ما فاقال اشترته  
 من يهودى او نصرانى او مسلم وسعه اكله) لان قول الكافر مقبول في المعاملات لانه خبر صحيح  
 لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبوله لكثرة وقوع المعاملات (وان  
 كان غير ذلك لم يسعه ان يأكل منه)

منها باليد والمعلقة لانها وضعت لاجل ابتداء الاكل منها باليد والمعلقة في العرف واما اذا اخذ منها  
 ووضع على موضع مباح فأكل منه لم يحرم لانتفاء ابتداء الاستعمال منها وكذا الاواني الصغيرة المصنوعة  
 لاجل الادهان ونحوه انما يحرم استعمالها اذا اخذت وصب منها الدهن على الرأس أو على اليد لانها انما  
 صنعت لاجل الادهان منها بذلك الوجه واما اذا دخل يده فيها واخذ الدهن وصبه على الرأس من اليد  
 فلا يكره لانتفاء ابتداء الاستعمال منها فظهر ان مرادهم من ابتداء الاستعمال المتعارف من ذلك المحرم  
 الى هنا كلامه اقول فيه نوع استدراك بل اختلال فان قوله منشؤه الغفلة عن معنى عبارة المشايخ ثم بيانه  
 اياه بقوله اما الاول فلان من في قولهم من اناء ذهب ابتداء امر رائد بل مختل اما اول فلان المذكور في  
 عبارة عامة المشايخ في انية الذهب والفضة بكلمة في بدل كلمة من وعليه عبارة الكتاب والجامع الصغير  
 والمحيط والذخيرة وعامة المعتمدين وانما وقعت كلمة من في كلام بعض المتأخرين من اصحاب المتون واما  
 ثانيا فلانه لا تأثير لابتداء في تسمية الجواب الذي ذكره ههنا ذكني فيها الفرق بين الاستعمال المتعارف  
 وغيره سواء كان الاستعمال في الابتداء أو في الانتهاء يظهر ذلك بالتأمل الصادق والذوق السليم ثم ان بعض  
 المتأخرين بعد ان ذكر الجواب المزبور وطعن في بعض عباراته قال والحق ان الفرق بين صور الادهان  
 ليس بما ذكره الجيب بل بوجود ماسة اليد بالاناء وقت الاستعمال في الصورتين وعدمها في الثالثة فان  
 للماسة تأثيرا في الحرمة كما سيبي من وجوب الاتقاء عن موضع الفضة في الاناء المفضض أو المضرب  
 وقت الشرب فتأمل انتهى اقول برده على هذا الفرق الذي زعمه حقا النقض الذي اورده صاحب التسهيل  
 فانه اذا اخذ الطعام من انية الذهب أو الفضة بملقعة ثم اكل منها أو اخذه بيده وأكله منها لم يوجد هناك  
 ماسة اليد بالانية مع أنه يكره بلا شك فالخاص الكلي هنا انما يحصل بالمصير الى الفرق بين  
 الاستعمال المتعارف وغيره لا بغیر ذلك واما الاناء المفضض أو المضرب فمعزل عما نحن فيه فانه ليس بخالص  
 فضة أو ذهب بل هو مركب من لوح وفضة أو ذهب فاعتبر أبو حنيفة في حرمة الشرب منه ماسة العضو  
 بالجزء الذي هو الفضة أو الذهب ولم يعتبرها صاحباه ولكل من الجانبين أصل يأتي بيانه (قوله لهما ان  
 مستعمل جزء من الاناء مستعمل جميع الاجزاء فيكره) جمعها في التعليل جريا على رواية كون قول محمد  
 في هذه المسئلة مع أبي يوسف وان كان أفرادا يا يوسف في بيان الحكم فيما قبل واما صاحب الكافي  
 فأفرده ههنا ايضا حيث قال احتج أبو يوسف بمعوم ما ورد من النبي ورد عليه بعض المتأخرين حيث قال  
 بعد نقل ما في الكافي قلت ورد النبي عن الشرب في اناء الذهب والفضة كما سبق وصدقه على المنقوض  
 والمضرب ممنوع وقال في الحاشية رد الما في الكافي من احتجاج أبي يوسف اقول ليس ذلك تمام لان  
 ما ورد من النبي عن الشرب في اناء الذهب والفضة ان لم يعم المنقوض والمضرب عبارة بعهمادلالة  
 كمومه للادهان منه ونحوه وكمومه لالاكل بملقعة الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب وكذا  
 ما أشبه ذلك كالمكحلة والمرآة وغيرهما فان المدار في كاهاتناول النبي الوارد المذكور لكل منها دلالة  
 كما صرحوا به وعن هذا قال في المحيط البرهاني جتهم العجومات الواردة بالنهي عن استعمال الذهب  
 والفضة ومن استعمل اناء كان مستعملا كل جزء منه فكره وهذا لان الحرمة في استعمال الذهب والفضة

(ولا يحنيفة رجه الله أن  
 ذلك تابع ولا معتبر  
 بالتتابع) حكى أن هذه  
 المسئلة وقعت في دار أبي  
 جعفر الدواني بمحضرة أبي  
 حنيفة وأتت عصر مرجهم  
 الله فقالت الأئمة يكره فقيل  
 لا يحنيفة ما تقول فقال  
 ان وضع منه على الفضة  
 يكره والا فلا فقيل له  
 ما الحج في فيه فقال رأيت  
 لو كان في اصبعه خاتم فضة  
 فشرب من كفه أكره  
 فوقف كلهم وتعجب أبو  
 جعفر قال (ومن ارسل  
 اجيراله مجوسيا الخ) كلامه  
 واضح

معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم لانه لما قبل قوله في الحل اولى أن يقبل في الحرمة قال  
(ويجوز أن يقبل في الهدية والأذن قول العبد والخارية والصبي) لان الهدايا تبعت عادة على  
أيدي هؤلاء وكذا لا يمكنهم استحباب الشهود على الأذن عند الضرب في الارض والمبايعة في السوق  
فلو لم يقبل قولهم يؤدي الى الحرج وفي الجامع الصغير اذا قالت جارية لرجل بعثني مولاي اليك هدية وسعه  
أن يأخذها لانه لا فرق بين ما اذا أخبرت باهداء المولى غيرها أو بنفسها لما قلنا

في الاناء وغيره انما كانت للتشبيه بالا كسرة والخبازة فكل ما كان بهذا المعنى يكره بخلاف خاتم الفضة  
والمنطقة حيث لا يكره لان الرخصة جاءت في ذلك نصا أما ههنا بخلافه الى هنا لفظ المحيط تأمل وقال  
الامام الزيلعي في شرح الكنتز لا يوسف ماروي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه عليه السلام قال من  
شرب في اناء ذهب أو فضة أو اناء فيه شيء من ذلك فإنه يجر جر في بطنه نار جهنم رواه الدارقطني  
انتهى ورد عليه أيضا ذلك البعض حيث قال بعد نقل ذلك قلت لو ثبت هذا كان حجة قاطعة على  
أي حنيفة رحمه الله لكن لم نجد في روايات البخاري وغيره الا خلافا من زيادة أو اناء فيه شيء من ذلك  
وقال في الحاشية رد لما ذكره الزيلعي من احتجاج أبي يوسف انتهى أقول عدم وجدانه ذلك الزيادة  
فيما رواه من روايات البخاري وغيره لا يدل على عدم وجودها في رواية أخرى لم يرحلها وقد بين الامام  
الزيلعي طريق اخراج ما ذكره من الحديث حيث قال رواه الدارقطني فكيف يصح أن يجعل ذلك  
البعض مجرد عدم اطلاعه على ذلك رداه وهو ليس من فرسان ميدان علم الحديث كالأبختي (قوله  
معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم) أقول كان الاظهر أن يقال معناه اذا كان قوله غير ذلك بان قال  
اشتريته من غير الكتابي والمسلم لان المقصود بالبيان هنا كون قول الكافر مقبولا فيما هو من جنس

وقوله (لانه لما قبل قوله في  
الحل) يعني في قوله وسعه  
أ كاه فانه يتضمن الحل  
لا محالة اولى أن يقبل في  
الحرمة لان الحرمة مر جمة  
على الحل دائما وأني برواية  
الجامع الصغير لان الهدية  
فيها نفس الخارية وقوله  
(لما قلنا) راجع الى قوله  
لان الهدايا تبعت عادة على  
أيدي هؤلاء

اشتريته من غير الكتابي والمسلم لان المقصود بالبيان هنا كون قول الكافر مقبولا فيما هو من جنس  
المعاملات سواء تضمن الحل أو الحرمة لا كون ذبيحة المسلم والكتابي مما يؤكل دون ذبيحة غيره ما فانه  
من مسائل كتاب الذبايح وقد مر مستوفي وعبارة المصنف توهم أصالة الثاني كما ترى ثم انه لو قال في  
المتن وان قال غير ذلك بدل قوله وان كان غير ذلك لكان أظهر من الكل وكان أوفق لما قبله وهو قوله  
وقال اشتريته من يهودي أو نصراني أو مسلم الا أنه لم يغير لفظ محمد رحمه الله في الجامع الصغير تبركاه  
(قوله لانه لما قبل قوله في الحل اولى أن يقبل في الحرمة) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل قوله  
لانه لما قبل قوله في الحل يعني في قوله وسعه أ كاه فانه يتضمن الحل لا محالة اولى أن يقبل في الحرمة لان  
الحرمة مر جمة على الحل دائما انتهى أقول في تفسيره قول المصنف في الحل بقوله يعني في قوله وسعه  
أ كاه ركا كة جسد الان قوله وسعه أ كاه جواب المسئلة فهو في قوة أن يقال يقبل قوله فيما أخبر به لانه  
ثمرة قبول قوله في ذلك فلو كان مراد المصنف ههنا بقوله في الحل في قوله وسعه أ كاه يصير معنى كلامه لما  
قبل قوله في قبول قوله فيما أخبر به ولا حاصل له بل هو من قبيل اللغوم الكلام والحق عندي في شرح  
كلام المصنف هنا أن يقال يعني أنه لما قبل قوله في الحل أي فيما يتضمن الحل وهو قوله اشتريته من  
يهودي أو نصراني أو مسلم فانه يتضمن اثبات حل أكل ما اشتراه كما صرحوا به طائفة اولى أن يقبل قوله  
في الحرمة أي فيما يتضمن الحرمة وهو قوله اشتريته من غير الكتابي والمسلم فانه يتضمن اثبات حرمة  
ما اشتراه كما صرحوا به أيضا تبصر (قوله لانه لا فرق بين ما اذا أخبرت باهداء المولى غيرها أو بنفسها لما  
قلنا) قال جمهور الشراح قوله لما قلنا راجع الى قوله لان الهدايا تبعت عادة على أيدي هؤلاء انتهى أقول  
لمانع أن يمنع أن نفس الجوارى والعبيد تبعت عادة على أيدي هؤلاء بخلاف اهداء غير أنفسهم من  
الهدايا فانها تبعت عادة على أيديهم بلا مجال التكريم من أحد وقال صاحب العناية قوله لما قلنا اشارة  
الى قوله فلو لم يقبل قولهم يؤدي الى الحرج وتبعه العيني أقول ولمانع أن يمنع أن عدم قبول قولهم في  
اهداء مواليم أنفسهم يؤدي الى الحرج لا مكان اهدائهم على أيدي غيرهم من سائر العبيد والجوارى

(قوله لان الهدايا تبعت  
على أيدي هؤلاء عادة) أقول  
يمكن أن يمنع اشتراك العادة



قال (ويقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في الديانات الا قول العدل) ووجه الفرق أن المعاملات يكثر وجودها فيما بين أجناس الناس فلو شرطنا شرطاً يؤدي إلى الحرج فيقبل قول الواحد فيها عدلاً كان أو فاسقاً ككافراً أو مسلماً عبداً أو حراً ذكراً أو أنثى دفعل الحرج أما الديانات فلا يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات فجاز أن يشترط فيها زيادة شرط فلا يقبل فيها الا قول المسلم العدل لان الفاسق متمهم والكافر لا يلتزم الحكم فليس له أن يلزم المسلم بخلاف المعاملات لان الكافر لا يمكنه المقام في دارنا الا بالمعاملة ولا يتبناه الا بالمعاملة الابعة لقبول قوله فيها فكان فيه ضرورة ولا يقبل فيها قول المستور في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة انه يقبل قوله فيها جراً على مذهبه انه يجوز القضاء وفي ظاهر الرواية هو والفاسق فيه سواء حتى يعتبر فيهما كبر الراي

أو الصبيان وعدم القدرة على غيرهم أصلاً نادراً لا يعد مثله مؤدياً إلى الحرج بخلاف اهداء الهدايا مطلقاً على أيدي غير جنس العميد والجواري والصبيان فان فيه حرجاً يفتننا سيما في اهداء الامور الخسيسة (قوله) ويقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في الديانات الا قول العدل قال في التلويح قبل ذلك كرفخر الاسلام في موضع من كتابه ان اخبار المميز الغير العدل يقبل في مثل الوكالة والهدايا من غير انضمام التحري وفي موضع آخر انه يشترط التحري وهو المذكور في كلام الامام السرخسي ومحمد رحمه الله ذكر القيد في كتاب الاستحسان ولم يذكروه في الجامع الصغير فيقول يجوز أن يكون المذكور في كتاب الاستحسان نفسه وهذا يشترط ويجوز أن يشترط استحساناً ولا يشترط رخصة ويجوز أن يكون في المسئلة روايتان انتهى أقول يشكل على التوجيه الاول الفرق بين المعاملات والديانات لان قول الفاسق يقبل في الديانات أيضاً بشرط التحري كما سيأتي التنصير به في الكتاب وكذا يشكل ذلك على التوجيه الثالث على احدي الروايتين وهي رواية الاشرط فالظاهر المناسب عندي هو التوجيه الثاني فان الفرق المذكور يستقيم حينئذ لا رخصة لقبول قول الفاسق في الديانات بدون التحري (قوله) ولا يقبل فيها قول المستور في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة رحمه الله انه يقبل قوله فيها جراً على مذهبه انه يجوز القضاء به) قال الشراح وظاهر الرواية اصح لانه لا بد من اعتباراً أحد شرطى الشهادة ليكون الخبر ملزماً وقد سقط اعتبار العدد فبقى اعتبار العدالة انتهى أقول فيه بحث لان أصل أبي حنيفة في الشهادة ان يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة اذالم يطعن الخصم فيما عدا الحدود والقصاص كما تقر في كتاب الشهادات فكان أحد شرطى الشهادة عنده ظاهر العدالة دون حقيقة تها ولا ريب أن المستور ظاهر العدالة لقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدوداً في قذف ففي غير ظاهير الرواية أيضاً يلزم عدم اعتبار أحد شرطى الشهادة فلم يدل ما ذكره على أصحية ظاهر الرواية ويمكن أن يقال ليس مقصودهم بيان أصحية ظاهر الرواية على أصل أبي حنيفة في الشهادة بل على ما يقتضيه فساد الزمان من عدم الاعتداد برواية المستور ما لم يبين عدالته كما تعتبر شهادته في القضاء عند أبي يوسف ومحمد رحمه الله ما لم يظهر عدالته وعن هذا قال المصنف في كتاب الشهادات والفتوى على قولهما في هذا الزمان ويؤيد هذا التوجيه ما ذكره صاحب غاية البيان نقله عن شمس الأئمة السرخسي حيث قال قال شمس الأئمة السرخسي في أصوله وروى الحسن عن أبي حنيفة انه بمنزلة العدل في رواية الاخبار لثبوت العدالة لظاهرها بالحديث الروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن عمر رضي الله تعالى عنه المسلمون عدول بعضهم على بعض ولهذا جوز أبو حنيفة القضاء بشهادة المستور فيما ثبتت مع الشهات اذالم يطعن الخصم ولكن ما ذكره في الاستحسان اصح في زماننا فان الفسق غالب في أهل هذا الزمان فلا يعتمد على رواية المستور ما لم يبين عدالته كما لا تعتبر شهادته في القضاء قبل أن تظهر عدالته انتهى وبما ذكرنا بين اختلاف نحو بعض المتأخرين في هذا المقام حيث قال في شرح قول المصنف ولا يقبل قول المستور في

وقوله (ولا يقبل فيها) أى في العبادات (قول المستور) وقوله (جرى على مذهبه أنه يجوز القضاء به) يعنى اذالم يطعن الخصم وظاهر الرواية اصح لانه لا بد من اعتبار أحد شرطى الشهادة ليكون الخبر ملزماً وقد سقط اعتبار العدد فبقى اعتبار العدالة وقوله (حتى يعتبر فيهما) أى في الفاسق والمستور اذا أخبرا بخساسة الماء (أكبر الراي)

وقوله (ويقبل فيها) أي في الديانات قول العبد والحر والامة لان خبره هؤلاء في أمور الدين كخبر الحر اذا كانوا عدولا كما في رواية الاخبار لانه بالترم نفسه أو لا ثم يتعدى منه الى غيره (٨٦) فلا يكون من باب الولاية على الغير وقوله (مأذكرناه) إشارة الى الهدية والأذن وقوله (فان كان أكبر رأيه أنه كاذب

قال (ويقبل فيها قول العبد والحر والامة اذا كانوا عدولا) لان عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه فمن المعاملات ما ذكرناه ومنها التوكيل ومن الديانات الاخبار بنجاسة الماء حتى اذا أخبره مسلم مرضى لم يتوضأ به ويتميم ولو كان المخبر فاسقا ومستورا تحرى فان كان أكبر رأيه أنه صادق يتميم ولا يتوضأ به وان أراق الماء ثم يتميم كان أحوط ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلامعنى الاحتياط بالاراقة أما التحرى فجرد ظن ولو كان أكبر رأيه أنه كاذب يتوضأ به ولا يتميم لترجح جانب الكذب بالتحرى وهذا جواب الحكم فأما في الاحتياط فبتميم بعد الوضوء لما قلنا ومنها الحل والحرمه اذا لم يكن فيه زوال الملك وفيها تفاصيل وتفرعات ذكرناها في كفاية المنتهى

ظاهر الرواية أى ولا يقبل قوله في الديانات في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله ثم قال وجه الظاهر أنه لا بد من اعتبار أحد شرطى الشهادة ليكون الخبر ملازما وقد سقط اعتبار المدقق في اعتبار العدالة انتهى فانه جعل ما ذكره وجهها للصحة ظاهر الرواية وجهها للنفس ظاهر الرواية عن أبي حنيفة فيرد عليه قطعاً أن حقيقة العدالة ليست بأحد شرطى الشهادة عند أبي حنيفة بل يكفي ظاهر العدالة عنده في قبول الشهادة ولا يخفى أن ظاهر العدالة متحقق في المستور فامعنى اعتبار حقيقة العدالة في قبول قوله في الديانات في ظاهر الرواية عنه فتدبر (قوله ويقبل فيها قول العبد والحر والامة اذا كانوا عدولا) أقول لا يخفى على ذى فطرة سليمة أن ذكر الحر ههنا حال عن الفائدة اذ لا يشبهه على أحد قبول قول الحر في كل أمر خطير اذا كان عدلا بخلاف العبد والامة واهل صاحب الكافي ذاق بشاعة ذكر الحر ههنا فقال ويقبل فيها قول العبد والامة اذا كانا عدلين بدون ذكر الحر قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وقوله ويقبل فيها أى في الديانات قول الحر والعبد والامة لان خبر هؤلاء في أمور الدين كخبر الحر اذا كانوا عدولا كما في رواية الاخبار انتهى أقول قد زاد هذا الشارح في الظهور نغمة حيث أتى بمحذور آخر في كلام نفسه فانه قال لان خبر هؤلاء في أمور الدين كخبر الحر ولا شك أن كلمة هؤلاء من جوع أسماء الاشارة فتكون ههنا اشارة الى الاشياء الثلاثة المذكورة وهى العبد والحر والامة فيصير معنى كلام الشارح المذكور لان خبر العبد والحر والامة في أمور الدين كخبر الحر اذا كانوا عدولا فيدخل المشبه به في المشبه ولا يخفى فساده وقال صاحب النهاية ويقبل فيها أى في الديانات قول العبد والحر والامة لان في أمور الدين خبر العبد كخبر الحر كما في رواية الاخبار وتبعه صاحب معراج الدرية كما هو دأبه في أكثر المواضع أقول في كلامهما أيضا نوع محذور لانهما جعللا الحر مقبسا عليه أو مشبها به وهو داخل أيضا في المدعى ههنا فكان مما يلزم اثباته أيضا هنا فكيف يتم أن يجعل مقبسا عليه أو مشبها به لاحد قدر بنيه قبل أن يتبين حال نفسه فالتعليق التام الشامل للكل ما ذكره المصنف بقوله لان عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه (قوله وان أراق الماء ثم يتميم كان أحوط) أقول هذا مشكل عندى لانه اذا كان أكبر رأيه أنه صادق كان نجاسة الماء راجحة عنده فاذا أراق هذا الماء على أعضاء الوضوء كان الراجح أن يتيمم تلك الأعضاء واذا انجست أعضاؤه لم تجز صلاته ما لم تطهر والمفروض انتفاء ماء آخر مطهر والالم يجز التيمم فكان ينبغي أن يكون الاحتياط اذ ذلك في ترك الاراقة لتأديمها الى محذور شديد بخلاف الاحتياط بالتيمم بعد الوضوء فيما اذا كان أكبر رأيه أنه كاذب كما سيأتى من بعد فان التيمم هناك بشئ ظاهر فلا يلزم محذور أصلا فليستأمل (قوله ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلامعنى للاحتياط بالاراقة) أقول لقائل أن يقول لان سلم سقوط احتمال الكذب مع مجرد العدالة بدون أن يصل حد التواتر كيف وقد

كان أكبر رأيه أنه كاذب يتوضأ به) يعنى حكم الافر الاحتياط والاحتياط في التيمم بعد الوضوء وان لم يترجح أحد الوجهين قيل الاصل الطهارة وقوله (لما قلنا) إشارة الى قوله أما التحرى فجرد ظن ففيه احتمال الخطا وقوله (ومنها) أى من الديانات (الحل والحرمه) يقبل فيها خبر الواحد العدل اذا لم يتضمن زوال الملك كالاخبار بحرمه الطعام والشراب يقبل فيها قول العدل فلا يحل الاكل ولا الاطعام لانها حق الله تعالى فينبت بخبر الواحد ولا يخرج عن ملكه لان بطلان الملك لا يثبت بخبره وليس من ضرورة ثبوت الحرمة بطلان الملك وأما اذا تضمن زواله فلا يقبل كما اذا أخبر رجل أو امرأه عدل للزوجين بأنهما ارتضا من امرأه واحدة بل لا يدفعها من شهادة رجلين أو رجل وامرأتين لان الحرمة ههنا مع بقاء النكاح غير متصور فكان متضمنا لزوال الملك فان قيل قد تقدم قوله لانه لما قبل قوله أى قول المجوسى في الحل أولى أن يقبل في الحرمة وهو يدل على ان العدالة في الخبر بالحل والحرمة غير شرط

فكان كلامه متناقضا أوجب أن ذلك كان ضمنيا وكم من شئ ثبت ضمنا ولا يثبت قصدا فلا تناقض لان المراد ههنا ما كان قصديا قال (قوله أوجب أن ذلك كان ضمنيا) أقول ولا يمكن أن يجاب بأن الكافر قد يكون عدلا لان المراد بالعدل هنا المسلم المرئى كمنص عليه المصنف هنا

قال (ومن دعى الى وليمة أو طعام فوجدتة لعبا أو غنا فلا بأس بأن يقعد وياً كل) قال أبو حنيفة رحمه الله ابتليت بهذا مرة فصبرت وهذا لان اجابة الدعوة سنة قال عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم فلا يتر كها لما اقترن بهما من البدعة من غيره كصلاة الجنائزة واجبة الاقامة وان حضرتم نياحة فان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر يصبر وهذا لم يكن مقتدى به فان كان مقتدى ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد لان في ذلك شين الدين وقبح باب المعصية على المسلمين والمحكي عن أبي حنيفة رحمه الله في الكتاب كان قبل أن يصير مقتدى به ولو كان ذلك على المائة لا ينبغي أن يقعد وان لم يكن مقتدى لقوله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين

صرحوا في علم الاصول بان خبر الواحد العدل وان كان صحابياً لا يوجب اليقين بل احتمال الكذب قائم وان كان مرجوحاً والازم القطع باليقين عند اخبار العدلين بهما ولهذا قالوا انه لا يقيد الاغلبية الظن دون اليقين ووافقهم قول المصنف فيم امر لان عند العدة الصدق راجح والقبول لرخصته والحواب أن مراد المصنف باحتمال الكذب في قوله ومع العدالة يسقط احتمال الكذب هو الاحتمال الظاهر الذي يعتد به شرعاً دون مطلق الاحتمال وعن هـ ذاق صاحب الكافي ومع العدالة يسقط احتمال الكذب شرعاً لانها عبارة عن الاتزجار عن المعاصي والكذب منها فكان منزجراً عنه انتهى فان قلت اذا بقي احتمال ما للكذب في العدالة فامعنى قوله فلامعنى للاحتياط بالارافة قلت مراده أنه لامعنى للاحتياط بالارافة في صورة العدالة احتياطاً مأملاً للاحتياط بها في صورة التحري في خبر الفاسق أو المستور فان قلت اذا كان مفاد خبر العدل هو الظن دون اليقين فامعنى قول المصنف في مقابلة ذلك وأما التحري فمجرد ظن قلت معناه أنه مجرد تخمين وظن لاغلبية ظن بخلاف عدالة المخبر فان الحاصل هناك غلبة الظن وهي أقوى من الاول فافترقا (قوله وهذا لان اجابة الدعوى سنة قال عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم فلا يتر كها لما اقترن بهما من البدعة من غيره كصلاة الجنائزة واجبة الاقامة وان حضرتم نياحة) قيل عليه انه قياس السنة على الفرض وهو غير مستقيم فانه لا يلزم من تحمل المذور لاقامة الفرض تحمله لاقامة السنة وأوجب بأنها سنة في قوة الواجب لورود الوعيد على تاركها قال صلى الله عليه وسلم من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم كذا في العناية وعمامة الشروح أقول الجواب منظوفيه لانهم ان أرادوا بقوله انما سنة في قوة الواجب انما مثل الواجب في الاحكام كما يفصح عنه قول صاحبى النهاية والكفاية فيثبت الحكم فيها على رفاق ما ثبت في الواجب فهو مشكل على قواعد علم الاصول اذ قد تقر فيه كون السنة قسماً للواجب ومغايرة له في الاحكام حيث صرحوا فيه بأن الواجب مما كان فعله أولى من تركه مع منع تركه والسنة مما كان فعله أولى من تركه بلا منع تركه وان تارك الواجب يستحق العقوبة بالنار وتارك السنة لا يستحقها بل يستحق حرمان الشفاعة فكيف يتصور الاشتراك في الاحكام وان أرادوا بقوله انما سنة في قوة الواجب مجرد بيان تأكد سنيتها فهو لا يجدى نفعاً في دفع السؤال اذ لا يلزم من تحمل المذور لاقامة الواجب تحمله لاقامة السنة وان كانت مؤكدة تأكداً تاماً لظهور التفاوت بينهما في الحقيقة والاحكام فلا يتم القياس على أن صلاة الجنائزة فرض لا واجب محض فعلى تقدير أن يكون اجابة الدعوة في حكم الواجب بل نفس الواجب لا يندفع السؤال أيضاً اذ لا يلزم من تحمل المذور لاقامة الفرض تحمله لاقامة الواجب لثبوت الفرض بدليل قطعي دون الواجب ولهذا يكفر جاحداً الاول دون الثاني فلا وجه للاقياس وأجاب صاحب العناية عن السؤال المذكور بوجه آخر حيث قال ويجوز أن يقال وجه التشبيه اقتران العبادة بالبدعة مع قطع النظر عن صفة تلك العبادة انتهى أقول ليس هذا بشئ لان تشبيهه اجابة الدعوة بصلاة الجنائزة في مجرد الاقتران بالبدعة مع ظهور الفرق بينهما في القوة والضعف لا يفيد شيئاً فقهياً فيلزم أن يكون قول المصنف كصلاة

قال (ومن دعى الى وليمة أو طعام الخ) قيل الولاية طعام العرس والغناء بالكسر السماع وقوله (كصلاة الجنائزة) قيل عليه انه قياس السنة على الفرض وهو غير مستقيم فانه لا يلزم من تحمل المذور لاقامة الفرض تحمله لاقامة السنة وأوجب بأنها سنة في قوة الواجب لورود الوعيد على تاركها قال صلى الله عليه وسلم من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم ويجوز أن يقال وجه التشبيه اقتران العبادة بالبدعة مع قطع النظر عن صفة تلك العبادة وقوله (فان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر يصبر) أيكون عاملاً بقوله صلى الله عليه وسلم من رأى منكم منكراً فليغيره بيده الحديث وقوله (ولو كان على المائة ينبغي أن لا يقعد) يشير الى أن ما تقدم انما جاز اذا كان الغناء في ذلك المنزل ولم يكن على المائة لانه لم يدخل تحت المعية وأما اذا كان على المائة كان قاعداً مع القوم الظالمين

(قوله ويجوز أن يقال وجه التشبيه الخ) أقول فيه بحث الا ان يقال ليس بقياس كما يشير اليه قوله وجه التشبيه وفيه أنه تبقى المسئلة حينئذ بلا دليل

الجنائز واجبة الاقامة وان حضرته نياحة كلاما زائدا خارجا عن صنعة الفقه وحاشي له ثم أقول  
يمكن أن يجاب عن ذلك السؤال بوجه آخر وهو أن اجابة الدعوة وان كانت سنة عندنا ابتداء الاجابة  
تنقلب الى الواجب بقاء أي بعد الحضور الى محل الدعوة حيث يلزمه حق الدعوة بالترامه اجابتها كما  
أشار اليه المصنف فيما بعد في صير هذا نظير الصلاة النافلة فانقلب الى الواجب بل الى الفرض بالتزام  
اقامتها بالشروع فيها كما تقرر في محله ولذلك لو علم المدعو البدعة قبل الحضور لزمه ترك اجابة الدعوة كما  
سيجيء فيكون قوله كصلاة الجنائز واجبة الاقامة وان حضرته نياحة قياس الواجب على الواجب في  
المال فيندفع الاشكال ثم ان صاحب الاصلاح والايضاح رد الدليل المذكور في الكتاب حيث قال لا  
لان اجابة الدعوة سنة فلا تترك بسبب بدعة كصلاة الجنائز يحضرها النياحة لانه ان أراد مطلق الدعوة  
فلا نسلم أن اجابته سنة وان أراد الدعوة على وجه السنة فلا يتم التفرقة بل لان حق الدعوة يلزمه  
بعد الحضور لاقبله الى ههنا كلامه وقصد بعض المتأخرين الجواب عن ذلك فقال ثم المراد بالاجابة  
المسئونة في قوله لان اجابة الدعوة سنة ما يعم الاجابة ابتداء وانتهاء والاجابة انتهاء فقط حتى يتم تفرقة  
الدليل لان فرض المسئلة في دعوة اقترنت بله ووقتها لا تسن الاجابة ابتداء كما سيجيء فاذا عرف  
المدعو ذلك قبل الاجابة لا يجب عليه الاجابة أصلا وأما اذا هجم عليه ولم يعرفه كاهو المفروض بدليل  
قوله فوجدت يجب عليه الخاضع والصبر والاكل وهذا اجابة انتهاء فهذا ينطبق الدليل على المدعي فلا يرد  
عليه ما قيل ان أراد بقوله لان اجابة الدعوة سنة أن اجابة مطلق الدعوة سنة فلا نسلم ذلك كما سيجيء وأن  
الدعوة اذا قارنت شيئا من اللهول يلزمه حق الدعوة وان أراد أن اجابة الدعوة على وجه السنة كذلك  
فلا يتم التفرقة ووجه الاندفاع ظاهر لانه وان لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء اذا هجم فقامل  
الى ههنا كلام ذلك البعض أقول لا يذهب على ذي فطانة أن هذا كلام خال عن التحصيل ابتداء وانتهاء  
أما نحوه عن التحصيل ابتداء فلانه لا معنى لاجابة الدعوة انتهاء فقط الا بتصور تحقق اجابة الدعوة  
انتهاء بدون تحققها ابتداء لان عدم تحقق اجابة الدعوة من المدعو ابتداء انما يتصور بعدم مجيئه الى  
محل الدعوة أصلا لاجل اجابة تلك الدعوة فاذا كان كيف يتصور منه اجابة تلك الدعوة انتهاء واجابتها  
انتهاء فرع مجيئه الى محل الدعوة أو لا وليس فليست وانما الذي يتصور وقوعه عكس ذلك وهو الاجابة  
ابتداء فقط كما اذا دعي الى وليمة أو غيرها، أوجب وذهب الى محل الدعوة فوجدت له عبا وغناء فلم يقعد ولم  
يأكل فانه يوجد هناك الاجابة ابتداء لانتهاء كما لا يخفى وصورتها الشرعية فيما اذا كان المدعو مقمدا  
ولم يقدر على منعهم كما سيجيء في الكتاب والعجب أن ذلك القائل ذكر الاجابة ابتداء وانتهاء والاجابة  
انتهاء فقط ولم يذكر الاجابة ابتداء فقط وكتب تحت قوله والاجابة انتهاء فقط أما عكسه وهو القائل الثالث  
ههنا فلا يتصور وقوعه اه فزعم ما هو متصور الوقوع غير متصور الوقوع وبالعكس ولم يدرك أن تحقق  
انتهاء الشيء في الخارج يستلزم تحقق ابتداءه فيه دون العكس كما لا يخفى وأما خلو كلامه عن التحصيل  
انتهاء فلان الظاهر من قوله ووجه الاندفاع ظاهر لانه وان لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء  
اذا هجم أنه اختار كون المراد أن اجابة مطلق الدعوة سنة لان عدم لزوم حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه  
انتهاء كان من متفرعات منع ذلك ولكن ماذا كره في وجه الاندفاع ليس بسديد لانه اذا علم المدعو قبل  
الحضور أن الدعوة قارنت شيئا من البدعة لم يلزمه الاجابة أصلا كما سيجيء في الكتاب وذكر ذلك القائل  
أيضا في أثناء كلامه ويكتفي لسند منع أن اجابة مطلق الدعوة سنة هذه الصورة فقط فلا وجه لقوله لانه  
وان لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء اذا هجم لان لزوم حق الدعوة للدعوة وانتهاء اذا هجم عليه  
انما يكون بأن علم ذلك بعد الحضور وهو صورة أخرى غير الصورة الاولى التي هي السند للذبح المذكور  
ولاشك انه لا يلزمه حق الدعوة في الصورة الاولى لا ابتداء وانتهاء فكيف يكون ما ذكره وجه الاندفاع

وقوله (ودلت المسئلة على أن  
 المسلاهى كلها حرام) لان  
 محمدا رحمه الله أطلق اسم  
 اللعب والغناء بقوله فوجد  
 ثمة اللعب والغناء فاللعب  
 وهو اللهو حرام لا يقال  
 الحياة الدنيا لعب ولهو  
 لقوله تعالى اعلموا أنما الحياة  
 الدنيا لعب ولهو والحياة  
 الدنيا ليست بحرام لان  
 الحاصل من هذا القياس  
 بعض اللهو واللعب ليس  
 بحرام وهو ما استثناه النبي  
 صلى الله عليه وسلم في قوله  
 هو المؤمن باطل الا في ثلاث  
 تأديبه لفرسه ورميه عن  
 قوسه وملاعبته مع أهله  
 وقوله (بضرب القضيب)  
 عنى به خشب الحارس

(قال المصنف ولوعلم قبل  
 الحضور لا يحضره) أقول فيه  
 كلام لان الحديث ينظمه  
 (قوله لقوله تعالى اعلموا أنما  
 الحياة الدنيا لعب الخ) أقول  
 المراد بها أمور الدنيا أعنى  
 ما لا يتوصل به الى الفوز  
 الا جمل (قوله ليس بحرام)  
 أقول يعنى مطلقا (قوله  
 لان الحاصل من هذا  
 القياس بعض اللهو الخ)  
 أقول لكن القياس الاول  
 يقتضى الكنية كما لا يخفى  
 ثم ان الاولى أن يجيب بأن  
 الكلام على التشبيه فليتأمل  
 (قوله وهو ما استثناه النبي  
 عليه الصلاة والسلام)  
 أقول فيه نظير يظهر وجهه  
 بالنظر في كتب التفسير

وهذا كله بعد الحضور ولو علم قبل الحضور لا يحضر لانه لم يلزمه حتى الدعوة بخلاف ما اذا هجم عليه  
 لانه قد لزمه ودلت المسئلة على أن الملاهى كلها حرام حتى التغنى بضرب القضيب

والصواب في الجواب عما ذكره صاحب الاصلاح والايضاح اختيار الشق الثانى من ترديده وهو كون المراد  
 أن اجابة الدعوة على وجه السنة فتكون الاجابة سنة وبيان تمام تقرّب الدليل بأن الدعوة على  
 ثلاثة أوجه الاول ان دعى الى ولاية أو طعام ولم يكن ثمة شئ من البدع أصلا والثانى ان دعى الى ذلك  
 ولم يذكر حين الدعوة أن ثمة شئ من البدع ولم يعلم المدعو قبل الحضور ولكن هجم عليه والثالث ان دعى  
 الى ذلك وذكر أن ثمة شئ من البدع فعلمه المدعو قبل الحضور وفي الوجهين الاولين كانت الدعوة على وجه  
 السنة فتكون الاجابة سنة وفي الوجه الثالث لم تكن الدعوة على وجه السنة فلا تكون الاجابة لازمة  
 للدعوى أصلا والمسئلة التى نحن فيها من الوجه الثانى من تلك الأوجه فيتمشى فيها الدليل المذكور فيتم  
 التقريب تأمل تقف (قوله وهذا كله بعد الحضور ولو علم قبل الحضور لا يحضر) أقول لقائل أن يقول  
 الحديث المذكور يعنى ما بعد الحضور وما قبله اذ قد تقرّر في علم الاصول أن المعرف باللام اذ لم تكن للعهد  
 الخارجى فهو للاستغراق والدعوة في قوله عليه الصلاة والسلام من ليجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم  
 معرفة باللام ولم يظهر هناك معهود خارجى فهى للاستغراق فتعم كل دعوة والجواب أنه ان كان  
 عاما من حيث اللفظ فهو مخصوص بالنصوص الدالة على وجوب الاجتناب عن اقتراب تلك البدع بلا  
 ضرورة توفيقا بين النصوص مهما أمكن وقد دعت الضرورة الى الصبر فيما اذا علم بعد الحضور لانه قد لزمه  
 حتى الدعوة بخلاف ما اذا علم قبل الحضور اذ لم يلزمه ذلك هناك كما بينه المصنف هناك فافتراق قوله ودلت  
 المسئلة على أن الملاهى كلها حرام حتى التغنى بضرب القضيب) لان محمدا رحمه الله أطلق اسم اللعب  
 والغناء بقوله فوجد ثمة اللعب والغناء فاللعب وهو اللهو حرام كذا فى العناية وهذا القدر من التعليل  
 كافى في بيان دلالة المسئلة على أن الملاهى كلها حرام هو الصحيح المختار عندي وقد زاد جمهور الشراح على  
 ذلك كلاما آخر حيث قالوا فاللعب وهو اللهو حرام بالنص قال النبي صلى الله عليه وسلم هو المؤمن باطل  
 الا في ثلاث تأديبه فرسه وفي رواية ملاعبته بفرسه ورميه عن قوسه وملاعبته مع أهله وهذا الذى ذكره  
 محمد ليس من هذه الثلاث فكان باطلا انتهى أقول فيه كلام أما أولا فلان زيادة قولهم بالنص في قولهم  
 فاللعب وهو اللهو حرام بالنص يدل على أن الدليل على حرمة اللهو هو النص والكلام في دلالة المسئلة على  
 ذلك فلا يتم التقريب بخلاف ما اذا لم يؤت بتلك الزيادة اذ يكون قولهم فاللعب وهو اللهو حرام اذ ذلك  
 متفرعا على ما قبله وهو اطلاق محمد اسم اللعب والغناء بقوله فوجد ثمة اللعب والغناء فيصير حاصل التعليل  
 أن محمد الما أطلق اسم اللعب والغناء في هاتيك المسئلة ولم يقيد بنوع علم أن اللعب الذى هو اللهو حرام  
 مطلقا وهو جيد مضميد للدعى وأما ثانيا فلان قولهم وهذا الذى ذكره محمد ليس من هذه الثلاث فكان  
 باطلا بنا فى قولهم فى أول التعليل لان محمد أطلق اسم اللعب والغناء اذ على تقدير أن لا يكون ما ذكره محمد  
 فى هاتيك المسئلة من هذه الثلاث يلزم أن لا يكون اسم اللعب فيها مطلقا بل أن يكون مقيدا بغير هذه  
 الثلاث لا يقال مرادهم باطلاق محمد اسم اللعب اطلاقه بالنسبة الى ما عدا هذه الثلاث بالنسبة الى كل  
 لعب فلا تنافى لانا نقول لا يساعده لفظ محمد لانهم انما أخذوا اطلاق اسم اللعب من قوله فوجد ثمة  
 اللعب والغناء ولا يخفى أن قوله المذكور انما يقتضى الاطلاق بالنسبة الى جنس اللعب لا بالنسبة الى  
 بعض منه وهو ما عدا الثلاث المذكورة ثم أقول ببقئ شئ فى أصل كلام المصنف وهو انه لو اعتبرت دلالة  
 المسئلة المذكورة على أن الملاهى كلها حرام وبجاز العمل بهذه الدلالة لزم القول بحرمة الصور الثلاث  
 المستثناة فى الحديث أيضا ولم يقل بها أحد اللهم الا أن يقال تلك الثلاث مستثناة فى كلام محمد تقدير انباء  
 على كونها مستثناة فى الحديث صريحاً ويجعل شهرة الحديث قرينة على ذلك ثم ان صاحب العناية قال

وكذا قول أبي حنيفة رحمه الله ابتليت لان الابتلاء بالحرم يكون

لا يقال الحياة الدنيا لعب وهو لقوله تعالى اعلموا انما الحياة الدنيا لعب ولهو والحياة الدنيا ليست بحرام لان الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بحرام وهو ما استثناء النبي صلى الله عليه وسلم في قوله لهو المؤمن باطل الا في ثلاث تأديبه فرسه ورميه عن قوسه وملاعبته مع أهله انتهى كلامه أقول أراد بالقياس في قوله لان الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بحرام القياس المنطقي الذي ذكر في السؤال على الشكل الثالث من الاشكال الاربعة بقسمة الاقتراني وبالحاصل منه نتيجة وأشار بقوله بعض اللهو واللعب الى جرثومة تلك النتيجة بناء على أن الشكل الثالث لا ينتج الاجرثومة كما تقرر في موضعه فبطل قول بعض الفضلاء هنا لکن القياس الاول يقتضي الكلية كما لا يخفى فكأنه غفل عن كون القياس المذكور على الشكل الثالث أو عن كون نتيجة الشكل الثالث جرثومة لا غير وقال بعض المتأخرين هناك شرط انتاج الشكل الثالث كلية احدي مقدمتيه وهي ههنا منتفية انتهى أقول ليس هذا أيضا صحيح اذا تظاهر أن كما تقدم في القياس المذكور كيتان صغراهما موجبة كلية وكبراهما سالبة كلية وان حمل السلب في الثانية على رفع الايجاب الكلي دون السلب الكلي فكلمة الاولى مقررة وأداة سور الكلية هي اللام الاستغراقية الداخلة على الحياة الدنيا وليست أداة سورها مختصرة في لفظة كل بل كل ما يدل على الكلية من اللفاظ فهو أداة سورها كما صرحوا به ثم أقول في الجواب الذي ذكره صاحب العناية نظر فان قوله لان الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بحرام جيد وأما قوله وهو ما استثناء النبي عليه السلام فلا لان القياس المذكور انما ينتج أن بعض اللهو واللعب وهو الحياة الدنيا ليس بحرام فان الذي كان حراما أوسط في ذلك القياس هو الحياة الدنيا فمسمى المراد بالبعض في النتيجة ونظيره هذا ما اذا قلنا كل انسان حيوان ولا شيء من الانسان يفرس فانه ينتج أن بعض الحيوان الذي هو الانسان ليس يفرس لأن بعضه أي بعض كان ليس يفرس واللام يمكن للحمد الاوسط تأثير ودخل في النتيجة وليس كذلك فطعا وهذا كله غير خاف على من له دربة بعلم الميزان فاذا كانت النتيجة في القياس المذكور أن بعض اللهو واللعب الذي هو الحياة الدنيا ليس بحرام فلا معنى لتخصيصه بالصورتين الثلاث المسستفناة في الحديث لان ما لا يحرم من أمور الحياة الدنيا كثير لا يحصى فما الوجه للتخصيص على أن ما ذكره من الجواب لا يحسم مادة السؤال لا يمكن أن يورد السؤال بصورة القياس الاستثنائي ويقال لو كانت الملاهي كلها حراما لكانت الحياة الدنيا أيضا حراما لانها لعب ولهو لقوله تعالى اعلموا انما الحياة الدنيا لعب ولهو ولكن الحياة الدنيا ليست بحرام ينتج أن الملاهي كلها ليست بحرام ولا شك أن الجواب المذكور لا يتمشى حينئذ فالصواب في الجواب أن يقال ليس المراد بقوله تعالى اعلموا انما الحياة الدنيا لعب ولهو وانها لعب ولهو حقيقة بل المراد والله أعلم أنها كالعيب ولهو على طريق التشبيه البليغ يعني أنها كاللعب والله في سرعة فئاتها وانقضائها صرح به في التفسير فلا يلزم من عدم حرمة الحياة الدنيا عدم حرمة اللعب واللهو أيضا كما لا يخفى (قوله وكذا قول أبي حنيفة ابتليت لان الابتلاء بالحرم يكون) يعني ودل أيضا قول أبي حنيفة ابتليت على أن الملاهي كلها حرام لان الابتلاء لا يكون الا بالحرم وقد أشار الى هذا القصر بتقديم الجار والمجرور على الفعل في قوله بالحرم يكون أقول لقائل أن يقول دلالة قوله ابتليت على حرمة ما وجدته مسلبة بناء على أن الابتلاء لا يكون الا بالحرم وأما دلالة على حرمة كل الملاهي كما هو المدعى ممنوعة كيف وقد قال ابتليت بهم - هذا مرة انتهى ولا شك أن ما ابتلي به مرة لا يكون كل الملاهي بل انما يكون شيئا معيناً منها واعترض عليه صدر الشرح بوجه آخر حيث قال في شرح الوقاية قالوا قوله ابتليت يدل على الحرمة ويمكن أن يقال ان الصبر على الحرام لاقامة السنة لا يجوز والصبر الذي قاله أبو حنيفة جاز أن يكون جالساً معرضاً عن ذلك الله ومنكره غير

وقوله (وكذا قول أبي حنيفة) معطوف على قوله ودلت المسئلة

**فصل في اللبس** لما فرغ من مقدمات مسائل الكراهية ذكر تفصيل ما يحتاج اليه الانسان وقدم اللبس لكثرة الاحتياج اليه قال (لا يحل للرجال لبس الحرير ويحسب للنساء الخ) لما ذكر الحرمة والحل استدلل على الحرمة بقوله صلى الله عليه وسلم انما يلبسه من لاخلق له في الآخرة وهو عام في الذكور والانثى لم أن يقول (وانما حل للنساء) (٩١) بحديث آخر) فان قيل الحديث الدال

على حله لمن امان يكون قبل الاول فينسخ به أو بعده فيعارضان لان العام كالخاص في افادة القطع عندنا وأولا يعلم التاريخ فيجعل المحرم متأخر التلا يلزم النسخ مرتين فالجواب أنه بعده بدليل استعمالهن اياه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير تكبير وذلك آية قاطعة على تأخره فينسخ به المحرم

**فصل في اللبس** (قوله) لما فرغ من مقدمات مسائل الكراهية) أقول فيه بحث فان أول الفصول معقود لبيان الاكل والشرب كما ترى وقبول الاخبار وغيره مذكور لاجله لتعلقه به والتعميم بمنى التوضي اذا أخبر بنجاسة الماء ليتم الفائدة وهو ظاهر (قوله) وقدم اللبس الخ) أقول بل المقدم هو الاكل والشرب لشدة الاحتياج (قوله) واستدل على الحرمة بقوله عليه الصلاة والسلام انما يلبسه من لاخلق له في الآخرة وهو عام في الذكور والانثى) أقول لم يتعرض للعموم النهي لانه يظن العموم فيما ذكره مع أنه فسر قول

**فصل في اللبس** قال (لا يحل للرجال لبس الحرير ويحسب للنساء) لان النبي عليه السلام نهى عن لبس الحرير والديباغ وقال انما يلبسه من لاخلق له في الآخرة وانما حل للنساء بحديث آخر وهو مارواه عدة من الصحابة رضوا الله عنهم منهم علي رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم خرج وباحدى يديه حرير وبالآخرى ذهب وقال هذان محرمان علي ذكورا متى حلال لانا ثم ويرى حل لانا ثم

مستغل ولا متلذذ به انتهى أقول ذلك ساقط لان اجابة الدعوة وان كانت سنة ابتداء الأمتها تصير واجبة بقاء حيث يلزمه حق الدعوة بعد الحضور لالتزامه الاجابة بالحضور كما هو الشأن في سائر النوافل من الصلاة والصوم ونحوهما فان كلاتها تصير واجبة بالشروع فيها فكان الصبر على الحرام فيما قال أبو حنيفة لا فامة الواجب فيجوز كافي صلاة الجنابة اذا حضرتها الناحية وقد مر من مثل هذا الجواب فيما قبل فتدكر ثم ان جواز كون أبي حنيفة جالساً معرضاً عن ذلك اللهو ومنكره غير مشغل ولا متلذذ به لا يدفع حرمة ذلك اللهو ولا حرمة الجلوس عليه اذ قد ذكر في الكافي والشروح أن الصدر الشهيد روى في كراهية الوقعات عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال استماع الملاهي معصية والجلوس عليها فسق والتلذذ بها من الكفر ومدلول هذا الحديث أن مجرد الجلوس على اللهو فسق فان يتصور اختيار ذلك من مثل الامام الاعظم لولم يعارض وجوب اجابة الدعوة بعد الحضور شر من ذلك فتأمل وقد ورد صاحب الاصلاح والايضاح ما أورده صدر الشريعة مع زيادة بعض من المقدمات سيما في أول ابراهه حيث قال بعد قوله ودل قوله على حرمة كل الملاهي لان الابتلاء بالمحرم يكون كذا قالوا وفيه نظر فان الابتلاء يستعمل فيما هو محظور العواقب ولو كان مباحاً ومنه قوله عليه السلام من ابتلى بالفضاء الحديث ثم ان الصبر على الحرام رعاية لحق الدعوة لا يجوز لان السنة تترك حذراً عن ارتكاب المحظور فالظاهر أنه جالس معرضاً عن ذلك اللهو ومنكره غير مستمع له فلم يتحقق منه الجلوس على اللهو فعلى هذا لا يكون مبتلى بمحرم انتهى وقد نقله بعض المتأخرين بتقصير ونحوه وعزاه في الحاشية الى صاحب الاصلاح والايضاح ثم قصده قوله فأقوى بكلام مفصل مشوش قابل للدخل والخروج تركنا ذكره وبيان ما فيه تحاشياً عن الاطناب الممل ومن شاء فليراجع كتابه

**فصل في اللبس** قال صاحب التباية لما ذكر مقدمات مسائل الكراهية ذكر ما يتوارد على الانسان مما يحتاج اليه بالفصول فقدم اللبس على الوطء لان الاحتياج الى اللبس أشد منه الى الوطء انتهى كلامه واقتفى أثره صاحب العناية في هذا المعنى ولكن بعبارة أقصر أقول صدور هذا التوجيه منهم في غاية الاستبعاد فان مقتضى الغفلة عما تقدم من الفصل الاول المعقود لبيان الاكل والشرب وما ذكره فيه من مسائل كثيرة متعلقة بالاكل والشرب مقصودة بالذات غير صالحة لان تكون من مقدمات مسائل الكراهية كما ترى والصواب في وجه الترتيب أن يقال قدم فصل الاكل والشرب لان احتياج الانسان الى الاكل والشرب أشد وعقبه بفصل اللبس فقدمه على فصل الوطء لان احتياج الانسان الى اللبس أكثر من احتياجه الى الوطء لتحقيق الاول في جميع الاوقات دون الثاني وقد أشير الى هذا التوجيه في معراج الدراية (قوله) وانما حل للنساء بحديث آخر وهو مارواه عدة من الصحابة الى آخره) لما ذكر حرمة لبس الحرير على الرجال وحله للنساء واستدل على الحرمة بما يعبر الرجال والنساء لزمه أن يقول وانما حل للنساء بحديث آخر فان قيل المحرم والمبيح اذا اجتمعا يجعل المحرم متأخر الكي لا يلزم النسخ مرتين وهما لونا آخر

المصنف لهما العمومات بالنهي عن لبس الحرير أيضاً لاحتمال توهم دعوى الخصوص بالرجال في النهي مستنداً بلفظ لا تلبسوا (قوله) اما أن يكون قبل الاول فينسخ به الخ) أقول فان قيل ينبغي أن ينسخ أيضاً في الوجه الاول قلنا للمحرم رجحان فتأمل (قوله) أو بعده فيعارضان) أقول بل ينسخ الاول به فلا تعسبه للسؤال وهو حاصل الجواب

(الآن القليل عفو وهو مقدار ثلاثة أصابع أو أربعة كالأعلام والمكفوف بالحرير) لما روي أنه عليه السلام نهى عن لبس الحرير في الاموضع اصبعين أو ثلاثة أو أربعة أراد الاعلام وعنه عليه السلام انه كان يلبس جبة مكفوفة بالحرير قال (ولا بأس بتوسده والنوم عليه عند أبي حنيفة وقالوا بغيره) وفي الجامع الصغير كقول محمد بن محمد بن يوسف وأما ذكره القدر دورى وغيره من المشايخ وكذا الاختلاف في ستر الحرير وتعليقه على الابواب

قوله عليه السلام هذان حرامان الحديث يلزم النسخ مرتين في حق الاناث فيجعل قوله عليه السلام حل لانهما مقدمتا قلنا قوله انما يلبسه من لاخلقه في الآخرة يتمثل أن يكون بيانا لقوله حرامان على ذكره أتمى لان هذا وعد لا بيان حكم فيحمل عليه تقليلا للنسخ ولان قوله هذان حرامان الحديث نص لبيان التفرقة في حق المل والحرمه للذكور والاناث وقوله انما يلبسه من لاخلقه في الآخرة لبيان الوعد في حق من لبس الحرام فكانا كالتظاهر والنص راجع على الظاهر ونقول الدليل دل على أن مقتضى الحل للاناث متأخر وهو استعمال الاناث من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير تكبير وهذا آية فاطمة على تأخره كذا ذكر السؤال والجواب في شرح تاج الشريعة والكفاية قال صاحب العناية في تقرير السؤال والجواب هنا فان قيل الحديث الدال على حله لهن اما أن يكون قبل الاول فينسخ به أو بعده فيتعارضان لان العام كالخاص في افادة القطع عندنا ولا يعلم التاريخ فيجعل المحرم متأخر الثالث يلزم النسخ مرتين فالجواب انه بعد بدليل استعمالهن اباه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير تكبير وذلك آية فاطمة على تأخره فينسخ به المحرم وتكرار النسخ بالدليل غير ممنوع انتهى كلامه أقول تقرير السؤال على الوجه الذي ذكره صاحب العناية ليس بسديد لان التردد المثلث المذكور فيه قبيح جدا بل محتمل المعنى فانه ان أراد بقوله في الشق الثاني فيتعارضان أنهما حينئذ يتعارضان فيساقطان فليس يصحح اذا المؤخر يكون ناسخا للمقدم البتة عند التعارض والتساوي في القوة وانما التساقط فيما اذا لم يعلم التاريخ ولم يمكن الجمع بينهما بطالب المخلص كاتقرا كل ذلك في علم الاصول وان أراد بذلك أنهم ما يتعارضان ويكون المؤخر ناسخا للمقدم فهو يدفع السؤال عن المقام فلا وجه لدرجه في جانب السؤال وأقول في الجواب الذي ذكره ايضا شئ وهو أنه ذكر في الشروح وسائر المعربات أنه قال بعض الفقهاء لبس الحرير حرام على النساء أيضا العموم النهي ولما حدث الطحاوي عن أبي بكره عن أبي داود عن شعبة قال أخبرني في أوذيان قال سمعت ابن الزبير يخاطب يقول يا أيها الناس لا تلبسوا نساءكم الحرير يرفأني سمعت عمر بن الخطاب يقول سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من لبس الحرير في الدنيا لم يلبسه في الآخرة فقد دظهر أن بعض الفقهاء سيما ابن الزبير رضى الله تعالى عنه أنكروا استعمال النساء الحرير فكيف يتم أن يقال في الجواب انه بعد بدليل استعمالهن اباه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير تكبير فتأمل ثم قال صاحب العناية فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان اشارة الى جزئيين فن أن العموم أجيب بأن المسواد الجنس ولست كان شخصا فغيره ملحق به بالدلالة انتهى أقول فيه بحث وهو أنه قد تقرر في علم الاصول أن عبارة النص ترجع على اشارته واشارته ترجع على دلالتيه فعلى تقدير أن يكون غير الشخص المشار اليه في قوله عليه الصلاة والسلام هذان حرامان الحديث ملحقا به بالدلالة يلزم أن يرجع الحديث الدال عبارة أو اشارة على حرمة لبس الحرير مطلقا على الذكور والانثى كقوله عليه السلام انما يلبسه من لاخلقه في الآخرة على هذا الحديث في حق ما أفاده دلالة وهو حل لبس الحرير الذي هو غير الشخص المشار اليه في هذا الحديث للنساء فيلزم أن لا ينتهض هذا الحديث حجة لحل لبس الحرير الغير المشار اليه في الحديث للنساء فن أن ثبت العموم (قوله ولا بأس بتوسده والنوم عليه عند أبي حنيفة وقالوا بغيره) قال الشراح يعني

وتكرار النسخ بالدليل غير ممنوع فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان اشارة الى جزئيين فن أين العموم أجيب بأن المراد الجنس ولست كان شخصا فغيره ملحق به بالدلالة وقوله (قالوا بغيره) يعني للرجل والمرأة جميعا بخلاف اللبس

(قوله وتكرار النسخ بالدليل غير ممنوع) أقول على أن الاباحة الاصلية ليست بحكم شرعي فلا يلزم تكرار النسخ على ما حقق في مقامه (قال المصنف الآن القليل عفو وهو مقدار ثلاثة أصابع أو أربع) أقول الاصبغ يذكر ويؤتى فذكر في ثلاثة وأنت في أربعة (قوله وقالوا بغيره) يعني للرجل والمرأة جميعا) أقول كيف يقولان في قوله عليه الصلاة والسلام حلال لانا لهم



لهما العمومات ولانه من زى الاكسرة والجبايرة والتشبه بهم حرام وقال عمر رضى الله عنه  
اياكم وزى الاعاجم وله ما روى أنه عليه السلام جلس على مرفقة حرير وقد كان على بساط عبد الله  
ابن عباس رضى الله عنهما مرفقة حرير ولان القليل من الملبوس مباح كالأعلام فكذا القليل  
من اللبس والاستعمال والجامع كونه غودجا على ما عرف قال (ولابس بلبس الحرير والديباغ في  
الحرب عندهما) لما روى الشعبي أنه عليه السلام رخص في لبس الحرير والديباغ في الحرب ولان فيه  
ضرورة فان التخالص منه أذفع لمعرفة السلاح وأهيب في عين العدو وليريقه (ويكره عند أبي حنيفة)  
لانه لا فصل فيما رويناه والضرورة اندفعت بالمخلوط وهو الذى لم يتسحر بروسده غير ذلك والمحظور  
لا يستباح الا للضرورة

للرجل والمرأة جميعا بخلاف اللبس وما أخذهم الخلاصة فانه قال فيها الرجل والمرأة في هذا سواء بخلاف  
اللبس وعن هذا قال في النهاية كذا في الخلاصة وقال في معراج الدراية ذكره في الخلاصة أقول تعميم  
قول الامامين هنا للمرأة أيضا مشكل فان قول النبي صلى الله عليه وسلم حلال لانا بهم ليس بمقيد باللبس  
بل الظاهر أنه يعم التوسد والنوم عليه أيضا وهما مع كونهما مستدلين على مدعا هما هنا بالعمومات  
كيف يتم كان العمل بعموم هذا الحديث المشهور الذى روتها جماعة من كبار الصحابة رضى الله عنهم  
(قوله لهما العمومات) قال صاحب النهاية وهي ما ذكره من قوله نهى عن لبس الحرير وقوله انما يلبسه  
من لاخلقه في الآخرة وما روى عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه استقبل جيشا من الغزاة رجعوا بغنائم  
ولبسوا الحرير فلما وقع بصره عليهم أعرض عنهم فقالوا لم أعرضت عننا قال لاني أرى  
النار انتهى واقتنى أثره صاحب العناية في بيان المراد من العمومات بهذه المذكورات أقول حل العمومات  
على هذه المذكورات لا يكاد يتم لان مدلول كل من هذه المذكورات انما هو حرمة لبس الحرير والكلام  
ههنا في توسده والنوم عليه والظاهر أنهم ليسوا بلبس اذ لا يقال لمن توسد شيئا أو نام عليه أنه لبسه لاني اللغة  
ولاني العرف فاني وجد العموم اللهم الأنا يقال التوسد والاقتراش وان لم يكن بالساق في الحقيقة الا أنهم  
في حكم اللبس في تحقق الاستعمال والانتفاع بهما فصارا لمقيد باللبس عندهما وكان مرادهما بالعموم هو  
العموم دلالة لا عبارة ولكنه تعسف جدا كما لا يخفى وقال تاج الشريعة في بيان العمومات وهي هذان  
حرامان الحديث وقوله عليه السلام لان أتكنى على جرة الغضا أحب الي من أن أتكنى على مرفقة حرير  
وعن علي رضى الله عنه أنه أتى بداية على سرجهما يرفقها هذا اللهم في الدنيا ولنا في الآخرة انتهى واقتنى  
أثره صاحب الكفاية في هذا البيان أقول هذا أشبه من الاول ولكن فيه أيضا شئ فان العموم في  
الحديث الاول ظاهر حيث لم يقيد الحرمة فيه بشئ من اللبس والتوسد وغيرهما وأما في الاخيرين  
فلان الثاني مخصوص بالانتكاه والثالث مخصوص بما يفعل في السرح من القعود والاقتراش فلم يظهر  
في شئ منهما العموم الا ان يتطرق في الثالث الى مجرد قوله هذا اللهم في الدنيا ولنا في الآخرة مع قطع النظر عما  
قبله حينئذ يتحمل العموم كما ترى (قوله والمحظور لا يستباح الا للضرورة) قال بعض المتأخرين قوله والمحظور  
لا يستباح الا للضرورة يوهم أن ما لم يتسحر بروسده غير مباح في غير الحرب أيضا حتى التعبير والضرورة  
اندفعت باباحة الادنى فلا حاجة الى استباحة الاعلى ولو حملنا المعنى على المحظور لا يستباح الا للضرورة فاذا  
أمكن اندفاعها بالادنى منه لا يصار الى استباحة الاعلى كان الكلام من قبيل الايجاز الخلل الى هنا كلامه  
أقول ليس هذا بشئ فان جميع مقدماته مجروح أما قوله والمحظور لا يستباح الا للضرورة يوهم أن ما لم يتسحر  
حرير روسده غير مباح في غير الحرب أيضا فلان ذلك الإيهام انما يتصور أن لو تحققت الضرورة في غير  
الحرب أيضا وليس فليس وأما قوله حتى التعبير والضرورة اندفعت باباحة الادنى فلا حاجة الى استباحة  
الاعلى فلان حتى التعبير كيف يكون ذلك ويرد عليه أن يقال يجوز أن يكون استباحة الاعلى لتوسعة بها

وقوله (لهما العمومات)  
يريد به قوله نهى عن لبس  
الحرير وقوله انما يلبسه من  
لا لاخلقه في الآخرة وما  
روى عن عمر رضى الله عنه  
أنه استقبل جيشا من  
الغزاة رجعوا بغنائم ولبسوا  
الحرير فلما وقع بصره عليهم  
أعرض عنهم فقالوا لم  
أعرضت عننا قال لاني أرى  
عليكم ثياب أهل النار  
والمرقة بكسر الميم وسادة  
الانتكاه وقوله (والجامع  
كونه غودجا) يريد به أن  
المستعمل يعلم بهذا المقدار  
لذما وعدله في الآخرة منه  
ليرغب في تحصيل سبب  
بوصله اليه وقوله (لا فصل  
فيمارويناه) يريد به قوله  
صلى الله عليه وسلم هذان  
حرامان على ذكورا أمي

(قوله يريد به قوله نهى عن  
لبس الحرير) أقول التوسد  
والنوم عليه ليس لبسا  
فكيف يستدل به الآن  
يقال ذلك في معناه وقد مر  
مثله في الفصل الاول

وقوله (والخز مسدى بالحري) قيل هو اسم ثوب سده حري ولجته صوف حيوان في الماء وجملته وجوه هذه المسائل ثلاثة الاول ما يكون كاه حري وهو الديقاج لا يجوز لبسه في غير الحرب بالاتفاق وأما في الحرب فعند أبي حنيفة رحمه الله لا يجوز وعندهما يجوز وقد مر الوجه من الجانبين والثاني ما يكون سده حري ولجته غيره فلا بأس بلبسه في الحرب وغيره لان الحكم اذا تعلق بعله ذات وصفين يضاف الى آخرهما وجودا والعمه كذلك والثالث عكس الثاني وهو مباح في الحرب للضرورة وهو ايقاع الهيبه في عين العدو ليريقه ودفع معزة السلاح ولا ضرورة في غيره فيكون مكروها وقوله (على ما بينا) اشارة الى قوله لان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج بالعمه روى هشام عن محمد رحمه الله أنه ما كان يرى باللباس المرتفع جدا بأسا قال خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم وعليه رداء قيمته ألف درهم وربعاً قام الى الصلاة وعليه رداء قيمته أربعة آلاف درهم وأبو حنيفة كان يرتدي برداء قيمته أربع مائة دينار وقد قال الله تعالى قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده

ومارواه محمول على الخلوط قال (ولا بأس بلبس ماسده حري ولجته غير حري كالقطن والخز في الحرب وغيره) لان العصابة رضى الله عنهم كانوا يلبسون الخز والخز مسدى بالحري ولان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج بالعمه فكانت هي المعبرة دون السدى وقال أبو يوسف أكره ثوب القز يكون بين الفرو والظهار ولا يرى بحشو القز بأسا لان الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس قال (وما كان لجته حري أو سده غير حري لا بأس به في الحرب) للضرورة (ويكره في غيره) لانعدامها والاعتبار للعمه على ما بينا

للاستحابة اليها فلا بد في دفع ذلك من المصنف الى قول المصنف والمخطور لا يستباح الا للضرورة وأما قوله ولو حلنا المعنى الى قوله كان الكلام من قبيل الايجاز المخل فلانه انما يكون الكلام على ذلك المعنى من قبيل الايجاز المخل أن لو كان قوله فاذا أمكن انذاعها بالادنى منه لا يصر الى استباحة الاعلى مقدرا في كلام المصنف وأما اذا كان مضمون ذلك القول مفهوما من المقدمة السابقة وهي قوله والضرورة اندفعت بالخلوط كما هو حقيقة الحال فلا يوجد الايجاز المخل في الكلام الذي ذكره المصنف كما لا يخفى وكان ذلك البعض لم يلاحظ ارتباط هذه المقدمة أعني قوله والمخطور لا يستباح الا للضرورة بالمقدمة السابقة عليها وهي قوله والضرورة اندفعت بالخلوط ولا شك أن قوله والضرورة اندفعت بالخلوط شروع في الجواب عن دليلها العقلي وهو قولهما ولان فيه ضرورة الخ وقد اعترف به ذلك البعض في شرحه المقام ثم لا يذهب على الفطن أن الجواب عن ذلك لا يتم بمقدمة واحدة فقوله والمخطور لا يستباح الا للضرورة من تمام الجواب والمعنى أن المخطور الشرعي لا يستباح الا للضرورة والضرورة فمما نحن فيه قد اندفعت بالخلوط الذي لجته حري وسده غير ذلك فلا مجال لاستباحة الخالص منه فالقائمة الثانية في تقرير المصنف مقدمة في المعنى الا أنه أخرها في الذكرك لكون مساس المقدمة الاولى بدليلها العقلي أكثر وتأثيرها في الجواب عن ذلك الدليل أظهر فلا غبار في كلام المصنف ههنا أصلاً تأمل ترشد (قوله ومارواه محمول على الخلوط) أقول فيه نظر لان مارواه ترخيص النبي صلى الله عليه وسلم في لبس الحري والديقاج في الحرب والمخل على الخلوط ان صح في الحري لا يصح في الديقاج لان الديقاج في اللقمة والعرف ما كان كاه حري قال في المغرب الديقاج الذي سده ولجته ابريسم وقال الشراح جملة وجوه هذه المسئلة ثلاثة الاول ما يكون كاه حري او هو الديقاج لا يجوز لبسه في غير الحرب بالاتفاق وأما في الحرب فعند أبي حنيفة لا يجوز وعندهما يجوز والثاني ما يكون سده حري ولجته غيره فلا بأس بلبسه في الحرب وغيره والثالث عكس الثاني وهو مباح في الحرب دون غيره فقد مر حوافي كلامهم ههنا بان الديقاج ما كان كاه حري ارفلا مجال للعمل على الخلوط في حقه (قوله ولان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج بالعمه فكانت هي المعبرة دون السدى) قال جمهور الشراح في تعليقه هذا لان الحكم اذا تعلق بعله ذات وصفين يضاف الحكم الى آخرهما والعمه آخرهما انتهى وقال بعض المتأخرين وقد يقال لان الثوب لا يكون ثوبا بالابهما والشئ اذا تعلق بوجوده بشئين يضاف الى آخرهما وجودا أقول لا يخفى أن المصنف لم يعتبر في التعليق كون اللقمة آخر جزء من الثوب ولم يلتفت فيه الى المقدمة القائلة اذا تعلق وجود شئ بشئين يضاف الى آخرهما وجودا فيكون كل مما ذكره لا مستقلا منقطعا عن الآخر يرشدك اليه قول الزبلي لان الثوب لا يصير ثوبا بالابهما والنسج والنسج بالعمه فكانت هي المعبرة أو تقول الثوب لا يكون ثوبا بالابهما فتكون العله ذات وجهين فيعتبر آخرهما وهو اللقمة انتهى لكن لا يخفى عليك أن القول بأن النسج يكون بالعمه وهم بل هو بالعمه والسدى معا فالتعويل على الدليل الثاني وهذا عدل عنه صاحب الكافي وقال ولانه بالنسج يصير ثوبا وهو بالعمه والسدى فيضاف كونه ثوبا الى آخر الامرين وهو اللقمة وجعلت حكما في الاباحة ثم الفرق بين ما ذكره المصنف وبين ما نقلناه من

عليه وسلم هذا حرامان  
 على ذكور أمي ولا بالفضة  
 لانه في معناه فان قيل  
 قوله صلى الله عليه وسلم  
 هذا حرامان على  
 ذكور أمي لكونه خبر  
 الواحد لا يعارض قول الله  
 تعالى قل من حرم زينة الله  
 الآية ولا يقيد لانه  
 التقييد نسخ فالجواب انه  
 مشهور متفق عليه تلقته  
 الامة بالقبول فجاز التقييد  
 به وقوله (وقد جاء في  
 اباحه ذلك آثار) هو  
 ما روى أنه كان لرسول الله  
 صلى الله عليه وسلم خاتم  
 فضة فنه منه ونقشه محمد  
 سطر ورسول سطر والله  
 سطر وعن معاذ رضى الله  
 عنه أنه كان له خاتم من فضة  
 ونقشه محمد رسول الله  
 فقال له النبي صلى الله  
 عليه وسلم ما نقش خاتمك  
 يا معاذ فقال محمد رسول  
 الله فقال عليه الصلاة  
 والسلام آمن كل شيء من  
 معاذ حتى خاتمته ثم استوهبه  
 النبي صلى الله عليه وسلم  
 من معاذ فوهبه منه فكان  
 في يده صلى الله عليه وسلم  
 الى أن توفي ثم كان في يد  
 أبي بكر رضي الله عنه الى  
 أن توفي ثم كان في يد عمر  
 رضي الله عنه الى أن  
 توفي ثم كان في يد عثمان  
 رضي الله عنه حتى وقع  
 من يده في البئر فأنفق

قال (ولا يجوز لرجال التعلی بالذهب) لماروينا (ولا بالفضة) لانها في معناه (الاباحاتم والمنطقة وحلية  
 السيف من الفضة) بحقه فالمعنى التمسوخ والفضة أغنت عن الذهب اذ هما من جنس واحد  
 كيف وقد جاء في اباحه ذلك آثار وفي الجامع الصغير ولا يتختم الابالفضة وهذا نص  
 على أن التختم بالجور والحديد والفضة حرام ورأى رسول الله صلى الله عليه وسلم على رجل خاتم صفر فقال مالي  
 أجدمنك رائحة الاصنام ورأى على آخر خاتم حديد فقال مالي أرى عليك حلية أهل النار

الدليلين مع كونه ظاهرا حتى على بعض الشراح حيث علل الاول بالثاني الى هنا لفظ ذلك البعض  
 أقول لم يصب ذلك في رأيه ههنا بل خرج عن سنن السداد اذ لا يخفى على ذي مسكة أن الدليل الذي ذكره  
 المصنف لا يفيد المدعى بدون المصير الى المقدمة القائلة ان الحكم اذا تعلق بشئين يضاف الى آخرهما  
 لان النسخ انما يحصل بالحكمة والسدى معال بالحكمة وحدها اذ النسخ انما هو تركب بالحكمة بالسدى كما  
 صرحوا به فلا يثبت كون الاعتبار بالحكمة دون السدى الا بملاحظة تلك المقدمة فاذا لم يفد ما ذكره  
 المصنف المدعى بدون المصير الى تلك المقدمة لم يبق احتمال أن يكون هذا دليلا مستقلا وتلك  
 المقدمة دليلا آخر فلا جرم نبه جهورا الشراح على كون تلك المقدمة معتبرة فيما ذكره المصنف بعضهم  
 اياها اليه بطريق التعليل لقوله فكانت هي المعتبرة دون السدى وأصاها فيما فعلوا حيث جلا الدليل  
 الذي ذكره المصنف على المعنى الصحيح التام مع تحمل كلامه اياه فان عدم اعتباره في التعليل كون  
 الحكمة آخر جز من الثوب ليس اعتبار العدم وعدم التفاته فيه الى التصريح بتلك المقدمة يجوز أن  
 يكون بناء على ظهور اعتبارها فيه واعتمادا على تقريره في كلمات المشايخ وليس في كلامه ما يمنع  
 فانه قال والنسخ بالحكمة بدون القصر عليها فكأنه قال وتام النسخ أو آخر النسخ بالحكمة والعجب من ذلك  
 البعض أنهم مع اعترافه بطلان ما ذكره المصنف بدون اعتبار حديث اضافة الحكم الى آخر الجزأين حيث  
 قال لکن لا يخفى عليك أن القول بأن النسخ يكون بالحكمة وهم بل هو بالحكمة والسدى معاجل ما ذكره  
 المصنف دليلا مستقلا بدون المصير الى تلك المقدمة فاختر بطلان ما ذكره المصنف في التعليل حينئذ  
 وشنع على الشراح المصلحين كلامه بعدم الفرق بين ما ذكره المصنف وغيره وما غرته الاعبارة التي يلي ولم  
 يتطرق أولم يلتفت الى ما وقع في كلامه من جعل المجموع دليلا واحدا منهم صاحب المدائع  
 فانه قال في تقرير الدليل المذكور ان الثوب يصيرتو بالحكمة لانه انما يصيرتو بالنسخ والنسخ تركب  
 الحكمة بالسدى فكانت الحكمة كالوصف الاخير فيضاف الحكم اليه انتهى ومنهم صاحب المحيط فانه  
 أيضا قال في تقريره بذلك لان الثوب انما يصيرتو بالنسخ والنسخ انما يتأني بالحكمة آخر ما فيضاف  
 ضرورته فو باعلى الحكمة فاذا كانت الحكمة من الحرير كان الكل حرا حكا انتهى ومنهم صاحب الكافي  
 فانه أيضا جمع كانه لذلك البعض ثم انه يجوز أن يكون مراد الذي يلي بقوله أو نقول الخ تقر بذلك  
 الدليل بعبارة أخرى من غير تعرض لقبس النسخ لاذكر دليل آخر مستقل مغاير للاول في المعنى والمآل  
 يرشد اليه أنه قال بعد ذلك ولان الحكمة هي التي تظهر في المنظر فتكون العبرة بما يظهر دون ما يخفى  
 انتهى حيث أعاد حرف التعليل وهي اللام في هذا الدليل اشارة الى استقلاله ولو كان مراد بما ذكره  
 بقوله أو نقول الخ ايراد دليل آخر مستعمل لاعاد اللام فيه أيضا تبصر (قوله ولا يجوز للرجال  
 التعلی بالذهب لماروينا ولا بالفضة لانها في معناه) أقول لما منع أن يمنع كونه في معناه كيف وقد صرح  
 فيما بعد بأنها أدنى منه حيث قال في تعليل حرمة التختم بالذهب على الرجال ولان الاصل فيه التحريم  
 والاباحه ضرورة التختم أو التمسوخ وقد اندفعت بالادنى وهو الفضة ولا يخفى أن الادنى لا يكون في  
 معنى الاعلى وتوضيحه أن مقصود المصنف بقوله لانها في معناه اثبات عدم جواز التعلی بالفضة للرجال  
 بدلالة النص الوارد في حرمة الذهب على الرجال وهو قوله صلى الله عليه وسلم هذا حرامان على ذكور  
 ما اعظم ما في طلبه فلم يجده فوقع الخلاف والتشويش بينهم بعد ذلك وأنى بلفظ الجامع الصغير لاداء الحصر فيه

(ومن الناس من أطلق) منهم شمس الأئمة السرخسي رحمه الله فقال الأصح أنه لا بأس به كالعقيق فإنه مبارك تختم به النبي صلى الله عليه وسلم ولأنه ليس بجبرائيل له نقل الحجر وأطلق جواب الكتاب يعني الجامع الصغير يدل على تحريمه ولأنه يتخذ منه الأصنام فأشبهه الصقر الذي هو المنصوص عليه (٩٦) وقوله (لماروينا) إشارة إلى قوله هذان حرامان ومن الناس من جاوز الختم بالذهب

ومن الناس من أطلق الحجر الذي يقال له يشب لانه ليس بجبرائيل له نقل الحجر وأطلق الجواب في الكتاب يدل على تحريمه (والختم بالذهب على الرجال حرام) لماروينا وعن علي رضي الله عنه أن النبي عليه السلام نهى عن الختم بالذهب ولأن الأصل فيه التحريم والاباحة ضرورة الختم أو التودج وقد اندفعت بالأدنى وهو الفضة والحلقة هي المعتبرة لأن قوام الختم بها ولا يعتبر بالفص حتى يجوز أن يكون من حجر ويجعل الفص إلى باطن كفه بخلاف النسوان لأنه تزين في حقهن وإنما يتختم القاضي والسلطان لحاجته إلى الختم وأما غيرهما فالأفضل أن يتركه لعدم الحاجة إليه قال (ولا بأس بعمسار الذهب يجعل في حجر الفص) أي في ثقبه لانه تابع كالعلم في الثوب فلا يعدل بأسه قال (ولا تشد الاستنسان بالذهب وتشد بالفضة) وهذا عند أبي حنيفة وقال محمد لا بأس بالذهب أيضا وعن أبي يوسف مثل قول كل منهما لهما أن عرفية بن أسعد الكناني أصيب أنفه يوم الكلاب فأتخذ أنفان من فضة فأنتمت فأمره النبي عليه السلام بأن يتخذ أنفان من ذهب ولا ي خنيفة أن الأصل فيه التحريم والاباحة للضرورة وقد اندفعت بالفضة وهي الأدنى فبقى الذهب على التحريم والضرورة فيما روي لم تدفع في الأتف دونه حيث أتت قال (ويكره أن يلبس الذكور من الصبيان الذهب والحسري) لأن التحريم لما ثبت في حق الذكور وحرم اللبس حرم الألباس كالخمر لما حرم شربها حرم سقيها قال (وتكره الخرقعة التي تحمل فيمسيح بها العرق) لانه نوع تجبر وتكبر (وكذا التي يمسح بها الوضوء أو ويمسح بها) وقيل إذا كان عن حاجة لا يكره وهو الصحيح وإنما يكره إذا كان عن تكبر وتجبير وصرار كالتربع في الجلوس

أمتي وقد تقرر في علم الأصول أن شرط دلالة النص أن يكون المسكوت عنه أولى من المنطوق في الحكم الثابت للمنطوق أو مساويا له فيه ولا يجوز أن يكون أدنى منه وليس الأمر في الفضة كذلك لما عرفت قوله (ومن الناس من أطلق في الحجر الذي يقال له يشب لانه ليس بجبرائيل له نقل الحجر) أقول الاستدلال على عدم حرمة الختم بالشب بالذهب ليس بجبرما لا حاصل له لأن ما ليس بجبر قد يكون مما يحرم الختم به بلا خلاف كالحديد والفضة ولم يرد نص في حرمة الختم بالحجر كوروده في الذهب والحديد والفضة حتى يكون المقصود من نفي كونه حجرا هو الاحتراز عن كونه مورد نص الحرمة بل ورد النص في جواز الختم ببعض الأبخار كالعقيق فإنه روي أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يتختم بالعقيق وقال يتختموا بالعقيق فإنه مبارك كذا في الكافي وغيره فكان التثبت بكونه حجرا أظهر نفعاً في إثبات مدعى من قال بعدم حرمة الختم به من نفي كونه حجرا وعن هذا قال الامام فاضلنا في شرح الجامع الصغير وفي فتاواه ظاهر لفظ الكتاب يقتضي كراهة الختم بالحجر الذي يقال له يشب والصحيح أنه لا بأس به لانه ليس بذهب ولا حديد ولا صفر بل هو حجر وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه يتختم بالعقيق انتهى كلامه (قوله والختم بالذهب على الرجال حرام) قال بعض المتأخرين هذا نص صريح بما علم من قوله الابانخاتم الأئمة ذكره توطئة لما فصله من دلائله انتهى أقول ليس ذلك بسد لانه معنى قوله الابانخاتم الأئمة يجوز للرجال التحلي بالخاتم لانه استثناء من قوله ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب ولا بالفضة والاستثناء من النبي أثبات بل لا ريب وما ذكره هنا حرمة الختم بالذهب على الرجال فكيف يكون هذا نص صريح بما علم من قوله الابانخاتم والخالف بين نفي جواز الشيء وإثباته ضرورة روي ولو قال هذا نص صريح بما فهم من قوله من الفضة في قوله الابانخاتم والمنطقة وحلقة السيف من الفضة على القول بأن مفهوم

لماروي عن البراء بن عازب رضي الله عنه أنه لبس خاتم ذهب وقال كسانيه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولأن النبي عن استعمال الذهب والفضة سواء فلما حل الختم بالفضة لقلته ولكونه نحو ذبا وجعل كالعلم في الثوب فكذا في الآخر والجواب انه منسوخ بمحدث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك وروي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اتخذ

خاتما من ذهب فاتخذ الناس خواتيم ذهب فرماه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال لا ألبسه أبدا فرماه الناس وقوله (ويجعل الفص إلى باطن كفه) أي لانه روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم هكذا وقوله (وعن أبي يوسف رحمه الله مثل قول كل منهما) يعني اختلاف المشايخ في قول أبي يوسف فمنهم من ذكر قوله مع أبي حنيفة رحمه الله هكذا ذكره الكرخي رحمه الله وذكر في الامالي مع قول محمد رحمه الله والكلاب بضم الكاف وتخفيف اللام اسم ماء كانت

عنده وقعة لهم وقوله (وهو الصحيح) لأن عامة المسلمين استعملوا هكذا في عامة البلدان لدفع الأذى عن الثياب النفيسة ولا يمارأه المسلمون حسنا فهو وعند الله حسن وقد جاء في الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يمسح بوضوءه بالخرقة في بعض الاوقات فلم يكن بدعة وحاصله أن كل ما فعل على وجه التجبر فهو مكروه بدعة وما فعل لحاجة وضرورة لا يكره وهو نظير التربع في الجلوس والالتكاه

ومعنى قول الشاعر أن الرجل اذا خرج في سفر عمدا لي شجر يقال له رتم فشد بعض أغصانه ببعض فاذا رجع وأصابه على تلك الحالة قال لم تخني امرأتى وان أصابه وقد انحل قال خاتنتي هكذا المروى عن الثقات إلا أن البيهقي ذكر الرتم بمعنى الرتبة وهي خيط التذكيرة يعقد بالأصبع وكذلك الرتبة قال الشاعر

اذم تكن حاجاتنا في نفوسكم \* فليس بمن عنك عقد الرتام

بمعنى الهدر واللعب والله أعلم

(٩٧)

والتعقاد مصدر بمعنى العقد للبالغة على وزن التفعال كالتهدار والتلعاب

وفصل في الوطء والنظر  
والمس

مسائل النظر أربع نظر الرجل

الى المرأة ونظرها اليه ونظر

الرجل الى الرجل ونظر المرأة

الى المرأة والاولى على أربعة

أقسام نظرها الى الاجنبية

الحرية ونظره الى من يحل له

من الزوجة والامة ونظره

الى ذوات محارمه ونظره الى

أمة الغير قال (ولا يجوز

أن ينظر الرجل الى الاجنبية

الحق) القياس أن لا يجوز

نظر الرجل الى الاجنبية

من قرنها الى قدمها اليه

أشار قوله صلى الله عليه

وسلم المرأة عورة مستورة

ثم أبيع النظر الى بعض

المواضع وهو ما استثناه في

الكتاب بقوله الاوجهها

وكفيها) للحاجة والضرورة

وكان ذلك استحسانا لكونه

أرفق بالناس قال الله تعالى

ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر

منها وفسر ذلك على ابن

عباس رضى الله عنهم

بالكحل والخاتم والمراد

موضعها وقوله (ولان في

(ولا بأس بأن يربط الرجل في أصبعه أو خاتمه الخيط للحاجة) ويسمى ذلك الرتم والرتبة وكان ذلك من عادة العرب قال قائلهم لانفعلك اليوم ان همت بهم \* كثيرة ما توصى وتعقاد الرتم وقدر وى أن النبي عليه السلام أمر بعض أصحابه بذلك ولانه ليس بعيب لما فيه من الغرض الصحيح وهو التذكير عند النسيان

وفصل في الوطء والنظر والمس قال (ولا يجوز أن ينظر الرجل الى الاجنبية الا وجهها وكفيها) لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها قال علي وابن عباس رضى الله عنهما ما ظهر منها الكحل والخاتم والمراد موضعهما وهو الوجه والكف كما أن المراد بالزينة المذكورة موضعها ولان في ابداء الوجه والكف ضرورة لحاجتها الى المعاملة مع الرجال أخفا واعطاه وغير ذلك وهذا انصبص على أنه لا يباح النظر الى قدمها وعن أبي حنيفة أنه يباح لان فيه بعض الضرورة وعن أبي يوسف أنه يباح النظر الى ذراعها أيضا لانه قد يبدو منها عادة قال (فان كان لا بأس من الشهوة لا ينظر الى وجهها الا للحاجة) لقوله عليه السلام من نظر الى محاسن امرأة اجنبية عن شهوة صب في عينيه الا تلك يوم القيمة

المخالفة معترف في الروايات بالاتفاق لكان له وجه تأمل

وفصل في الوطء والنظر والمس لا يذهب على الناظر في المسائل المذكورة في هذا الفصل أن ما يتعلق منها بالوطء انما هي مسألة جواز العزل عن أمته بغير اذنها وعدم جواز ذلك في الحرمة الا بانها وأن تلك المسئلة مع كون المقصود منها بيان محل جواز العزل وغير محله لبيان حال الوطء نفسه قد ذكرت في آخر هذا الفصل فلما نسب أن يؤخذ كرا الوطء في عنوان الفصل أيضا قال فصل في النظر والمس والوطء على ترتيب ذلك المسائل الآتية كما وقع في الكافي والانسب من ذلك أن يبدل الوطء بالعزل في التعبير بعد التأخير ليحصل تمام الموافقة بين عنوان الفصل ومسائله ثم ان مسائل النظر أربعة أقسام نظر الرجل الى المرأة ونظر المرأة الى الرجل ونظر الرجل الى الرجل ونظر المرأة الى المرأة والقسم الاول منها على أربعة أقسام أيضا نظر الرجل الى الاجنبية الحرية ونظره الى من يحل له من الزوجة والامة ونظره الى ذوات محارمه ونظره الى ذوات محارمه ونظره الى الاجنبية الا وجهها وكفيها) للحاجة والضرورة وكان ذلك استحسانا لكونه أرفق بالناس قال الله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها وفسر ذلك على ابن عباس رضى الله عنهم بالکحل والخاتم والمراد موضعها وقوله (ولان في

(١٣ - تكملة ثامن)

ابداء الوجه والكف ضرورة) دليل معقول وهو ظاهر والآتي الرصاص

قال المصنف ولا بأس بأن يربط الرجل في أصبعه أو خاتمه الخيط للحاجة ويسمى ذلك الرتم والرتبة) أقول قال العلامة الزبيلى الرتبة قد تشبه بالتميمة على بعض الناس وهي خيط كان يربط في العنق أو في اليد في الجاهلية لدفع المضرة عن أنفسهم على زعمهم وهو منسى عنه وقد كثر في حدود اليمان أنه كفر انتهى

وفصل في الوطء والنظر والمس (قوله والاولى على أربعة أقسام نظرها الى الاجنبية الحرية) أقول الاول ان يقول الى من لا يحل من الاجنبية الحرية (قوله قال الله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها وفسر ذلك) أقول بمعنى فسر قوله تعالى ما ظهر

فأذا خاف الشهوة لم يتظر من غير حاجة تحرز عن المحرم وقوله لا يأمن يدل على أنه لا يسبح إذا شك في  
الاشتهاء كما إذا علم أو كان أكبر رأيه ذلك (ولا يجعل له أن يس وجها ولا كفيها وان كان يأمن الشهوة)  
لقيام المحرم وانعدام الضرورة والبلوى بخلاف النظر لان فيه بلوى والمحرم قوله عليه السلام من مس  
كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جرة يوم القيامة وهذا اذا كانت شابة تشتهى أما اذا كانت  
عجوزا لا تشتهى فلا بأس بصاحبتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة وقد روي أن أبابكر رضي الله  
عنه كان يدخل بعض القبائل التي كان مسترضعا فيهم وكان يصافح العجائز وعبد الله بن الزبير رضي  
الله عنه استأجر عجوزا التمضه وكانت تغمر زجلية وتغلي رأسه وكذا اذا كان شيخا يأمن على نفسه  
وعليها لما قلنا

وسلم فنظر الى وجهها ولم يفر فيها رغبة ومنها ما روي أن أسماء بنت أبي بكر دخلت على رسول الله صلى الله  
عليه وسلم وعليها ثياب رفاق فأعرض عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال يا أسماء ان المرأة اذا بلغت  
الحيض لم يصلح أن يرى منها الا هذا وهذا أشار الى وجهه وكفيه ومنها ما روي أن فاطمة رضي الله عنها لما  
ناولت أحدا بنينا بلالا أو أنسا قال رأيت كفها كأنها قلقة قرأى قطعته فدل على أنه لا بأس بالنظر الى  
وجه المرأة وكفها (قوله وهذا اذا كانت شابة تشتهى أما اذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا بأس بصاحبتها  
ومس يدها لانعدام خوف الفتنة) قال بعض المتأخرين يريد أن حرمة مس الوجه والكف تختص بما  
اذا كانت شابة أما اذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا بأس بمسها انتهى أقول ليس هذا بشرح صحيح اذ لم  
يذكر في هذا الكتاب ولا في غيره من كتب الفقه عدم البأس بمس وجه المرأة الأجنبية وان كانت  
عجوزا وانما المذكور هنا وفي سائر الكتب عدم البأس بمس كفها اذا كانت عجوزا والاصل فيه ما روي أن  
رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصافح العجائز في البيعة ولا يصافح الشواب كما ذكر في المحيط وغيره  
وما روي عن أبي بكر وعبد الله بن الزبير كما ذكر في الكتاب نعم ظاهر الدليل العقلي وهو قوله لانعدام  
خوف الفتنة لا يابى عن التعميم لكن لا مجال لاختراع مسئلة بمجرد ذلك بدون أن تذكر في الكتب نقلا  
عن الأئمة والمشايخ ثم ان تاج الشريعة اعترض على قوله لانعدام خوف الفتنة وأجاب حيث قال فان  
قلت هذا تعليل في مقابلة النص وهو ما ذكر في الكتاب من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على  
كفه جرة يوم القيامة قلت المراد امرأة تدعو النفس الى مسها أما اذا تم ربت العين من رؤيتها وانزوى  
الخطا من لقاءها فلا انتهى كلامه واقفى أثره صاحب الكفاية أقول يرد الاعتراض المذكور على  
قول المصنف فيما بعد وكذا اذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها لما قلنا فان قوله لما قلنا إشارة الى  
قوله لانعدام خوف الفتنة كما لا يخفى وقد صرح به بعض الشراح ولا يتمشى الجواب المزبور هناك اذ  
الظاهر أن تلك المسئلة فيما اذا كانت شابة تشتهى يدل على ذلك عطفها على قوله اذا كانت عجوزا  
لا تشتهى ولا شك أن الشابة المشتبهة من تدعو النفس الى مسها فكانت داخلة تحت النص المذكور فلا  
محالة يكون التعليل بقوله لما قلنا تعليل في مقابلة النص وهو لا يجوز كما عرف في علم الأصول فان قلت  
تلك المسئلة مقيدة بأن يأمن على نفسه وعليها فلا تحقق دعوتها النفس الى مسها في تلك الصورة قلت  
ان لم تحقق دعوتها النفس الى مسها بالفعل في تلك الصورة فمن شأن ذلك في كل حال والظاهر أن مراده  
بالمرأة المذكورة في النص المزبور هي المرأة الصالحة لان تدعو النفس الى مسها التي تحققت فيها  
دعوتها اليه بالفعل والالزم أن لا يثبت حرمة مس الرجل الشاب المرأة الأجنبية الشابة اذا أمن على  
نفسه وعليها تأمل تقف (قوله وكذا اذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها) قال بعض المتأخرين  
اشتراط أمنه عليها محل تأمل لعدم كون ذلك في وسعه لعدم الوقوف عليه اه أقول يمكن الوقوف  
عليه بالقسرات الحسية أو بالتجربة في تطايرها فجاز اشتراط أمنه عليها أيضا بناء على ذلك

وقوله (فأذا خاف الشهوة  
يتظر من غير حاجة) لقوله  
صلى الله عليه وسلم  
لعلي رضي الله عنه لا تتبع  
النظرة النظرة فان الاولى  
لك والثانية عليك يعني  
بالثانية أن يبصرها عن  
شهوة

(قال المصنف فأذا خاف  
الشهوة لم يتظر الخ) أقول  
تقيم الحديث فان الحديث  
انما دل على تحريم النظر  
عند تحقق الشهوة ولم يكن  
المدعى ذلك بل تحريمه عند  
عدم الامن هنا وستان  
ما بين ما قسم ذلك اليه ليم  
التقريب

وقوله صلى الله عليه وسلم أبصرها فانه أحرى أن يؤدم بينكما أى يوفق قاله للغيرة بن شعبة رضى الله عنه لما أراد أن يتزوج امرأة  
(والخافضة للجارية كالخاتن للغلام) يعنى أن الخافضة والخاتن (٩٩) يتظران الى العورة لأجل الضرورة

لان الختان سنة في حق  
الرجال مكرمة في حق  
النساء فلا يترك ويجوز  
للرجل أن يتظر الى موضع  
الاحتقان لانه مداواة يجوز  
للرض والهزال الفاحش  
لكونه نوع مرض على  
ماروى عن أبي يوسف  
رحمه الله واذا جاز  
الاحتقان جاز للخاتن النظر  
الى موضعه

(قال المصنف والصغيرة اذا

كانت لا تشتهى بياح  
مسها) أقول وحاصله أنه  
يشترط لجواز المس أن  
يكونا كبيرين مأمونين في  
رواية وفي رواية يكتفى  
بأن يكون أحدهما كبيرا  
مأمونا لان أحدهما اذا  
كان لا يشتهى لا يكون  
المس سببا للوقوع في  
الفتنة كالصغيرة ووجه  
الاولى أن الشاب اذا كان  
لا يشتهى أن يمس العجوز  
فالعجوز تشتهى أن تمس  
الشاب لانها علمت بمداد  
الجماع فيؤدى الى الاشتاء  
من أحد الجانبين وهو حرام  
بخلاف ماذا كان أحدهما  
صغيرا لانه لا يؤدى الى  
الاشتهاء من أحد الجانبين  
لان الكبير كما لا يشتهى  
أن يمس الصغير لا يشتهى

فان كان لا يأم من عليها الا تحمل مصاحفتها المافية من التعريض للفتنة والصغيرة اذا كانت لا تشتهى  
يباح مسها والنظر اليها العدم خوف الفتنة قال (ويجوز للقاضي اذا أراد أن يحكم عليها وللشاهد اذا  
أراد أداء الشهادة عليها النظر الى وجهها وان خاف أن يشتهى) للحاجة الى احياء حقوق الناس بواسطة  
القضاء وأداء الشهادة ولكن ينبغي أن يقصد به أداء الشهادة أو الحكم عليها لأقضاء الشهوة تحزرا عما  
يكنه التحرز عنه وهو قصد التقيح وأما النظر لتحمل الشهادة اذا اشتهى قيل يباح والاصح أنه لا يباح  
لانه يوجد من لا يشتهى فلا ضرورة بخلاف حالة الاداء (ومن أراد أن يتزوج امرأة فلا بأس بان يتظر  
اليها وان علم أنه يشتهى) لقوله عليه السلام فيه أبصرها فانه أحرى أن يؤدم بينكما ولان مقصوده  
اقامة السنة لأقضاء الشهوة (ويجوز للطبيب أن يتظر الى موضع المرض منها) للضرورة (وينبغي أن يعلم  
امرأة مسدا واتها) لان نظر الجنس الى الجنس أسهل (فان لم يقدر ورايستر كل عضو منها سوى موضع  
المرض) ثم يتطرو ويغض بصره ما استطاع لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها وصار كمنظر الخافضة  
والختان (وكذا يجوز للرجل النظر الى موضع الاحتقان من الرجل) لانه مداواة ويجوز للرض  
وكذا للهزال الفاحش على ماروى عن أبي يوسف لانه أمارة المرض

(قوله فان كان لا يأم من عليها الا تحمل مصاحفتها) قال بعض المتأخرين تخصيص عدم أمنه بكونه عليها غير  
ظاهر أيضا فان جعلنا الضمير في عليها للنفوس يلزم التخصيص من وجه آخر انتهى أقول الضمير في عليها  
للأمرأة ووجه تخصيص عدم الامن عليها بالذكر ظاهر وهو حصول العلم بحكم عدم الامن على نفسه دلالة  
من بيان حكم عدم الامن عليها عبارة فانه اذا لم تحمل مصاحفتها عند عدم الامن عليها المافية من تعريض  
الغير للفتنة فلان لا تحمل مصاحفتها عند عدم الامن على نفسه أولى لمافية من المباشرة للفتنة بنفسه (قوله  
ويجوز للقاضي اذا أراد أن يحكم عليها وللشاهد اذا أراد الشهادة عليها النظر الى وجهها وان خاف أن  
يشتهى للحاجة الى احياء حقوق الناس بواسطة القضاء وأداء الشهادة) قال بعض المتأخرين وقد  
يتورد ذلك باباحة النظر الى العورة الغليظة عند الزنا لاقامة الشهادة عليه ثم قال خطر بيالى ههنا  
اشكال وهو أن شهود الزنا كما صرحوا في الكتب بين حستين اقامة الحد والتحزير عن الهتك  
والستر أفضل لقوله صلى الله عليه وسلم للذى شهد به عنده وسترته بنوبك لكان خيرا لك وليس في الحدود  
حقوق الناس الا في السرقة ولهذا يجب أن يشهد بالمال فيقول أخذت احياء لحق المسروق منه ولا  
يقول سرق محافظا على الستر فلم يكن ماذ كرم التنوير في شئ أصلا لانعدام الحاجة وانتفاء الضرورة  
في الشهادة بالزنا ثم دفعته بما ذكره بعض شراح الهداية في كتاب الحدود من أن هذا يعنى كون الستر  
أفضل ليجب أن يكون بالنسبة الى من لم يعتد الزنا ولم يهتك به وأما اذا وصل الحال الى اشاعته  
والتهتك به بل بعضهم ربما اقتضيه فيجب كون الشهادة به أولى من تركها لان المطلوب الشارع  
اخلاء الارض من الفواحش وذلك يتحقق بالتوبة وبالزجر فاذا ظهر الشره في الزنا مثلا وعدم المبالاة  
به باشاعته فاخلاء الارض بالتوبة احتمال يقابله ظهور عدمها فيجب تحقيق السبب الآخر لاخلاء  
وهو الحد بخلاف من زل مرة أو مرارا مستترا متخوفا متندا عليه فانه محل استحباب ستر الشاهد انتهى  
أقول ماذ كره بعض شراح الهداية في كتاب الحدود ولا يدفع الاشكال الذى خطر بيالى ذلك القائل الا في  
مادة جزئية وهى ما اذا وصل الحال الى اشاعة الفاحشة والتهتك بها لا فيما سواها فان الستر فيه  
أفضل بلا شبهة مع أن النظر الى العورة الغليظة عند الزنا لاقامة الشهادة عليه مباح هناك أيضا

الصغير أيضا أن يمس لعدم العلم كذا في شرح الزيلعي وأنت خبير بأهيمجي عما يحالفه ظاهر في الكتاب في وجه الفرق فيما  
ذكر في كتاب الختنى من الاصل (قال المصنف وأما النظر لتحمل الشهادة اذا اشتهى قيل يباح) أقول لعلى المراد اذا خاف  
الاشتهاء

قال (وينظر الرجل الى الرجل الخ) هذا هو القسم الثاني من أصل التقسيم (قوله خلافا لما يقوله أبو عصمة) يعني سعد بن معاذ المروزي رحمه الله ان السرة أحد (١٠٠) حدى العورة فتكون من العورة كالركبة قيل عطف الشافعي

قال (وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا ما بين سرته الى ركبته) لقوله عليه السلام عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته وروى ما دون سرته حتى يجاوز ركبته وبهذا ثبت ان السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله أبو عصمة والشافعي رحمه الله والركبة عورة خلافا لما قاله الشافعي والفخذ عورة خلافا لاصحاب الظواهر وما دون السرة الى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الامام أبو بكر محمد بن الفضل الكباري معتمدا فيه العادة لانه لا يعتبر بهما مع النص بخلافه وقد روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي عليه السلام انه قال الركبة من العورة

فكفي بذلك اشكالا فلم يتم قوله ثم دفعته بما ذكره بعض شراح الهداية في كتاب الحدود ثم أقول في دفع ذلك الاشكال بالكلمة ان الحاجة الى النظر الى العورة الغليظة عند الزنا والضرورة متحققان في الشهادة بالزنا مطلقا في تحصيل احدي الحسنتين وهي اقامة الحد باقامة الشهادة على الزنا اذ لا يتيسر اقامة الشهادة عليه بدون النظر الى العورة الغليظة عند الزنا وان لم يتحقق الحاجة اليه ولا الضرورة في تحصيل الحسبة الاخرى وهي التصريح بالتمتلك فن أراد ان يقال الحسبة الاولى يحتاج ويضطر الى النظر اليها فيباح له النظر اليها اذ ذلك في اباحة ذلك الحاجة اليه والضرورة بالنسبة الى تحصيل خصوص الحسبة ولا يتوقف اباحته على الحاجة اليه والضرورة المطلقتين أى من كل وجه ولا على أن لا يكون فوق تلك الحسبة حسبة اخرى أفضل منها ألا يرى أن من أراد أن يتزوج امرأة فلا بأس له بأن ينظر اليها وان علم أنه يشتهها بناء على أن مقصوده اقامة السنة لا قضاء الشهوة كما سأتى في الكتاب مع أن الحاجة الى النظر اليها والضرورة اعم من الحاجة في اقامة تلك السنة لا مطلقا لا مكان ترك تزوجها الداعي الى النظر اليها وان كان فوق تلك السنة ما هو أفضل منها من الواجبات بل من بعض السنن المؤكدة فقد اندفع ذلك الاشكال بمجدا فيه (قوله وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا ما بين سرته الى ركبته) قال صاحب العناية هذا هو التقسيم الثاني من أصل التقسيم أقول ليس الامر كذلك بل هو القسم الثالث منه كما لا يشكبه على من نظر الى تقسيمه في صدر هذا الفصل (قوله وبهذا ثبت ان السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله أبو عصمة والشافعي) قال صاحب النهاية وأبو عصمة هو سعد بن معاذ المروزي فانه يقول ان السرة أحد حدى العورة فتكون من العورة كالركبة ثم قال وقوله والشافعي بالعطف على أبي عصمة في اثبات أن السرة عورة عندهما كأنه وقع سهوا لوجهين أحدهما ما ذكرنا من تعليل أبي عصمة في اثبات أن السرة عورة بقوله انها أحد حدى العورة فتكون عورة كالركبة فان هذا التعليل انما يستقيم لمن يقول بأن الركبة عورة والشافعي لا يقول بكون الركبة عورة والثاني أن الشافعي علل في اثبات أن الركبة ليست من العورة بقوله انها أحد الحد للعورة فلا تكون من العورة كالسرة لان الحد لا يدخل في الحدود وهذا تنصيص منه على أن السرة ليست بعورة اه ورد عليه صاحب العناية حيث قال قيل عطف الشافعي على أبو عصمة غير مستقيم لان هذا التعليل انما يستقيم على قول من يقول الركبة عورة وهو لا يقول به وهذا ساقط لان المصنف لم يعلل بهذا التعليل في هذا الكتاب وانما ذكر المذهب فيجوز أن يكون مذهبهما واحدا والمأخذ متعدد فالمدكور يكون تعليل أبي عصمة وتعليل الشافعي غير ذلك وهو أن السرة محل الاشتهاء انتهى أقول قد ذكر صاحب النهاية لعدم استقامة العطف المزبور وجهين وقد نقل صاحب العناية أحد ذينك الوجهين وأجاب عنه كما ترى ولم يتعرض للوجه الاخر أصلا فكأنه لم ينظر بالجواب عنه فبقى الاشكال في العطف الواقع في كلام المصنف من ذلك الوجه ولا بد من دفعه

على أبي عصمة غير مستقيم لان هذا التعليل انما يستقيم على قول من يقول ان الركبة عورة وهو لا يقول به وهذا ساقط لان المصنف رحمه الله لم يعلل بهذا التعليل في هذا الكتاب وانما ذكر المذهب فيجوز أن يكون مذهبهما واحدا والمأخذ متعدد فالمدكور يكون تعليل أبي عصمة وتعليل الشافعي غير ذلك وهو أن السرة محل الاشتهاء والركبة عورة خلافا للشافعي رحمه الله استمدالا بالغاية فانها لا تدخل تحت المغيا والفخذ عورة خلافا لاهل الظاهر فانهم يقولون العورة هي السورة دون ما عداها قوله تعالى فبئت لهما سواآتم ما والمراد به العورة وما دون السرة الى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الامام أبو بكر محمد بن الفضل الكباري رحمه الله معتمدا فيه على العادة (قوله لانه لا معتبر بها) أى بالعادة (مع وجود النص) جواب عن قول محمد بن الفضل متعاقبا بقوله وما دون السرة الى منبت

الشعر عورة وقوله (وقد روى أبو هريرة رضي الله عنه) جواب عن قول الشافعي رحمه الله ودليل على أن الركبة عورة وأبدي

(قوله هذا هو القسم الثاني) أقول بل الثالث (قوله قيل عطف الشافعي) أقول القائل صاحب النهاية (قوله الكباري) أقول بفتح الكاف



وأبدي الحسن بن علي رضي الله عنه سرته فقبلها أبوهريرة رضي الله عنه وقال لجرهد وارفع ذلك أما علمت أن الفخذ عورة ولأن الر كبة ملحق عظم الفخذ والساق فاجتمع المحترم والمبج وفي مثله يغلب المحرم وحكم العورة في الر كبة أخف منه في الفخذ وفي الفخذ أخف منه في السوأة حتى ان كاشف الر كبة ينكر عليه برفق وكاشف الفخذ يعنف عليه وكاشف السوأة يؤدب بالرجل

فأقول في الجواب القاطع لعرق الاشكال ان في السرة والر كبة ثلاث روايات عن الشافعي احداها أن السرة عورة والر كبة ليست بعورة كما هو مدلول كلام المصنف ههنا وفي كتاب الصلاة أيضا والثانية انهما ليستا بعورة كما ذكر في وجيز الشافعية والثالثة انهما عورة وذكر صاحب الغاية هاتين الاخيرتين وقال لا اول منهما - ما هو - هذا أصح الوجهين واذ قد تقرره هذا فجاز ان يكون تعليل الشافعي في اثبات أن الر كبة ليست من العورة بقوله انها حلاله عورة فلا تكون من العورة كالسرة مبنيا على قوله في الرواية الثانية وهذا لا يناقيا اشتراكه مع أبي عصمة في قوله الآخر الواقع في الرواية الثالثة عنه بل لا يناقيا أيضا اشتراكه معه في تعامله بقوله انها أحد حدى العورة فتكون عورة كالر كبة بناء على ذلك القول فلا محذور في العطف المذكور أصلا تأمل توقف (قوله وأبدي الحسن بن علي رضي الله عنهما سرته فقبلها أبوهريرة) هذا جواب عن قول أبي عصمة والشافعي أخرجه أحد في مسنده وابن حبان في صحيحه والبيهقي في سننه عن ابن عون عن عبيد بن اسحق قال كنت أمشي مع الحسن بن علي رضي الله عنهما في بعض طرق المدينة فلقينا أبوهريرة فقال للحسن اكشف لي عن بطنك جعلت فدائك حتى أقبل حيث رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبله قال فكشفت عن بطني فقبل سرته ولو كانت من العورة لما كشفها قال الشارح العيني بعد بيان هذا الخلل بهذا المنوال وفي مجمع الطبراني خلاف هذا حدثنا أبو مسلم الكشي حدثنا أبو عاصم عن ابن عون عن عبيد بن اسحق أن أباه ربه لقي الحسن بن علي رضي الله عنهم فقال له ارفع ثوبك حتى أقبل حيث رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل فرفع عن بطنه ووضع يده على سرته انتهى وقال بعض المتأخرين بعدما نقل ما ذكره العيني قلت لا يخالفه بين الروایتين لا مكان الجمع بين المس والتقبيل ولو سلم فذلك لا يضرنا بل يثبت مدعا بنا بالاولوية انتهى أقول كان ذلك البعض خبط في استخراج ما رواه الطبراني في مجمله حيث حسب أن معني قوله ووضع يده على سرته وضع أبوهريرة يده على سرته الحسن فبني عليه عدم المخالفة بين الروایتين بإمكان الجمع بين المس والتقبيل يعني أن وضع أبي هريرة يده على سرته الحسن مس لها وهو لا يناقيا تقبيله اياها فلا يخالفه بينهما ثم بني عليه أيضا كلامه التسليمي يعني لو سلم المخالفة بينهما فما رواه الطبراني لا يضرنا بل يثبت مدعا بنا ههنا وهو أن لا تكون السرة من العورة بالاولوية فان عدم جواز مس العورة بوضع اليد عليها أولى من عدم جواز تقبيلها فاذا وضع أبوهريرة يده على سرته الحسن ولم يمنعه الحسن ثبت أن السرة ليست من العورة لکن لا يخفى على من له أدنى تمييز أن معني قوله ووضع يده على سرته وضع الحسن بن علي يده على سرته نفسه وعن هذا قال ووضع يده بالواو دون فوضع يده بالفاء كما قال في الرواية الاولى فقبل سرته والاسلوب المقرر في الحكاية عن الاثنين ادخال الفاء عند الانتقال الى حكاية قول الآخر أو فعله أو ترك العاطف والسلوك مسلك الاستئناف كما في قوله تعالى قالوا سلاما قال سلام واذ قد كان معني رواية الطبراني ووضع الحسن يده على سرته كانت هذه الرواية مخالفة للرواية الاولى لعدم تبسرت قبيل سرته الحسن عند وضعه يده على سرته ثم انه ان كان مقصود الحسن رضي الله عنه من وضع يده على سرته في رواية الطبراني التحرز عن ان يكشف نفس السرة عند رفع ثوبه عن بطنه يشعر فله المذكور بكون السرة من العورة وان كان مقصود منه التحرز عن ان يكشف ما تحت السرة لا يدل فعلا المذكور على

وقوله (وأبدي الحسن بن علي رضي الله عنهما) جواب عن قول أبي عصمة والشافعي رجها ما الله وقوله (وقال عليه السلام لجرهد) جواب عن قول أهل الظاهر وقوله (ولان الر كبة) دليل معقول على كون الر كبة عورة والباقي ظاهر

وقوله (لاهما) أي لان النظر والمس فيما ليس بعورة سواء وقوله (ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه) عكس هذا القسم الذي نحن فيه وقوله (ووجه الفرق) أي فرق ما ذكر في الاصل من جعل عدم نظرها اليه مستحبا وعدم نظرها اليها واجبا هو أن الشهوة عليهن غالبية والغالب (١٠٣) كالتحقق غالبا ألا ترى أن وجوب العمل بمنزلة الواحد والقياس بسبب غلبة الصدق وغلبة

الحجة لا يوجب حقيقتها ما وان  
أباح حقيقة جواز الصلاة في  
السقينة فاعدا لان دوار  
الرأس فيها غالب واذا كان  
كذلك فاذا نظر الرجل اليها  
مشتتيا وجدت الشهوة في  
الجانبين في جانبه حقيقة  
لانه هو المفروض وفي جانبها  
اعتبارا لقيام الغلبة مقام  
الحقيقة واذا نظرت اليه  
مشتتية لم توجد الشهوة  
من جانبه حقيقة لان  
الفرض انه لم ينظر ولا اعتبار  
اعدم الغلبة فكانت  
الشهوة من جانبها فقط  
والتحقق من الجانبين في  
الافضاء الى المحرم أقوى  
من التحقق من جانب  
واحد لا محالة قال (وتنظر  
المرأة من المرأة الخ) هذا  
هو القسم الثالث من أصل  
التقسيم ما جاز للرجل أن  
يتطير اليه من الرجل جاز  
للرأة أن تنظر اليه من  
المرأة لوجود المجانسة وعدم  
الشهوة غالبا والغالب  
كالتحقق كما في نظر الرجل  
الى الرجل والضرورة الى  
الانكشاف فيما بينهن  
متحققة قال صاحب  
التهابة أي في الجمام وهذا  
دليل على أنهن لا ينعن

(وما يباح النظر اليه للرجل من الرجل يباح للمس) لانهم ما فيما ليس بعورة سواء قال (ويجوز  
للرأة أن تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه اذا أمنت الشهوة) لاستواء الرجل والمرأة  
في النظر الى ما ليس بعورة كالثياب والدواب وفي كتاب الخنثى من الاصل ان تنظر المرأة الى الرجل  
الاجنبي بمنزلة نظر الرجل الى محارمه لان النظر الى خلاف الجنس أغلظ فان كان في قلبها شهوة أو  
أكبر رأيتها تشتمى أو شكت في ذلك يستحب لها أن تغض بصرها ولو كان الناظر هو الرجل اليها  
وهو بهذه الصفة لم ينظر وهذا اشارة الى التحريم ووجه الفرق أن الشهوة عليهن غالب وهو كالتحقق  
اعتبارا فاذا اشتتت الرجل كانت الشهوة موجودة في الجانبين ولا كذلك اذا اشتتت المرأة لان الشهوة  
غير موجودة في جانبه حقيقة واعتبارا فكانت من جانب واحد والتحقق من الجانبين في الافضاء  
الى المحرم أقوى من التحقق في جانب واحد قال (وتنظر المرأة من المرأة الى ما يجوز للرجل أن ينظر  
اليه من الرجل) لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالبا كما في نظر الرجل الى الرجل وكذا الضرورة  
قد تحققت الى الانكشاف فيما بينهن

كون نفس السرة من العورة فلم يحصل منه جزم بأحد الطرفين (قوله وما يباح للرجل النظر اليه من  
الرجل يباح للمس لانهم ما فيما ليس بعورة سواء) أقول لقائل أن يقول استواءهما فيه ممنوع كيف  
وقدم أن وجهه الاجنبية وكفيها ليست بعورة حيث يجوز للرجل أن ينظر اليها اذا أمن الشهوة  
ولكن لا يجوز له أن يمسها ما وان أمن الشهوة فلم يستت والنظر والمس فيها ويمكن أن يقال المراد أنهم ما  
سواء فيه ما لم يرد النص على خلاف ذلك كما في الصورة المارة فان النبي صلى الله عليه وسلم قال من مس  
كف امرأة ليس منها سبيل وضع على كفه جرة يوم القيامة فما ذكرهنا من حديث الاستواء مقتضى  
القياس وما هو موجب النص فلا تناقض بينهما تدبر (قوله ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل الى ما ينظر  
الرجل اليه منه اذا أمن الشهوة) قال صاحب العناية قوله ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل الى ما ينظر  
الرجل اليه منه عكس هذا القسم الذي نحن فيه أقول ليس الأمر كذلك في الظاهر اذا تظاهر أن المراد  
بالقسم الذي نحن فيه هو الذي ذكر قبيل هذه المسئلة أعنى قوله وينظر الرجل من الرجل الى جميع  
بدنه الا ما بين سرتة الى ركبته فانه الصالح لان يعنون بما نحن فيه ولا يذهب عليك أن هذا الذي ذكر  
هنا ليس بعكس ذلك وانما هذا عكس القسم الاول المذكور في صدر الفصل ويحتمل أن يكون مراده  
بالقسم الذي نحن فيه هو القسم الاول المذكور في صدر الفصل بناء على أن المصنف لما استوف بعد  
أقسام ذلك القسم الاول بل أدخل في خلالها الاقسام الثلاثة الاخر من أصل التقسيم كما ستحيط به خبرالم  
يكن فارغا عن بيان ذلك القسم بالكلمة بل كان في عهدته الا ن بيان ما بقي منه فهذا الاعتبار جاز أن  
يعبر عنه الشارح المزبور بالقسم الذي نحن فيه وان كان مستبعدا عند من له سلامة الفطرة ثم ان بعض  
المتأخرين طعن في تحريم هذه المسئلة حيث قال ولونكر الرجل الثاني كان أولى أقول ليس هذا بشئ إذ  
لا يفتي على ذي مسكة أن المقصود من هذه المسئلة بيان حال الجنس مطلقا لا يبان بعض من أفرادها وان  
كان غير معين فالأولى أن يعرف الرجل في الموضوعين معا تعريف الجنس لأن ينكر الثاني ولا الاول نأمل  
تفهم (قوله وتنظر المرأة من المرأة الى ما يجوز للرجل أن ينظر اليه من الرجل) قال صاحب العناية

عن الدخول في الجمام خلافا لما يقوله بعض الناس لان العرف الظاهر في جميع البلدان يبناه الجمامات للنساء وتمكينهن وعن  
من دخول الجمامات دليل على صحة ما قلنا وحاجة النساء الى دخول الجمامات فوق حاجة الرجال لان المقصود بتحصيل الزينة والمرأة الى هذا

(قوله عكس هذا القسم الذي نحن فيه) أقول هذا هو القسم الثاني في ترتيبه وهو عكس القسم الاول (قوله لان الفرض أنه لم ينظر)  
أقول متى فرض ذلك

أخرج من الرجل ويتمكن الرجل من الاغتسال في الايام والحماض والمرأة لا يتمكن من ذلك الى هذا أشار في المسوط وقوله كنتظر الرجل الى محارمه بمعنى لا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها كما سيأتي قال المصنف رحمه الله (١٠٣) (والاول اصح) لان نظرا الجنس

خف قال (وينظر الرجل من أمته الخ) هذا هو القسم الثاني من أقسام نظرا الرجل الى المرأة والتسامح في رعاية الترتيب في كلام المصنف ظاهر وقيده بقوله من أمته التي تحل له لان حكم أمته لمجوسية والتي هي أخته من الرضاع حكم أمة الغير في النظر اليها لان اباحة النظر الى جميع البدن مبنية على حل الوطء فتفتني بانتقائه والغير هو الحمار الوحشي وخصه بالذكر لان اللاهلي نوع ستر من الاقتاب والنفر وقد قيل هو الاهلي أيضا وقول ابن عمر رضي الله عنهما الاولى أن ينظر يعني وقت الوقاع روى عن أبي يوسف رحمه الله في الامالي قال سألت أبا حنيفة رحمه الله عن الرجل يس فرج امرأته أو تمس هي فرجها ليتحرك عليها هل ترى بذلك بأسا قال لا أرجو أن يعظم الاجر قال (وينظر الرجل من ذوات محارمه الخ) هذا هو القسم الثالث من ذلك نظرا الرجل الى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين من ذوات محارمه جائز دون بطنها ونظرها وفخذها وقال الشافعي رحمه الله في القديم لا بأس بذلك جعل حالها كحال الجنس في النظر وهو

وعن أبي حنيفة رحمه الله ان تنظر المرأة الى المرأة كنتظر الرجل الى محارمه بخلاف تنظرها الى الرجل لان الرجال يحتاجون الى زيادة الانكشاف للاشتغال بالاعمال والاول اصح قال (وينظر الرجل من أمته التي تحل له وزوجته الى فرجها) وهذا الاطلاق في النظر الى سائر بدنهن عن شهوة وغير شهوة والاصل فيه قوله عليه السلام غض بصرك الا عن أمتك وامراتك ولان ما فوق ذلك من المس والغشيان مباح فالنظر الى الاذن الاولي أن لا ينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لقوله عليه السلام اذا أتى أحدكم أهله فليستتر ما استطاع ولا يتجرد ان تجرد العير ولان ذلك يورث النسيان لورود الاثر وكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول الاولي أن ينظر ليكون أبلغ في تحصيل معنى اللذة قال (وينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها

هذا هو القسم الثالث من أصل التقسيم أقول بل هذا هو القسم الرابع منه كما لا يشبهه على أحد من اولي النهي ولم أدرك خفي على مثل ذلك والعجب أنه قد اتبلي بمثله فيما سكر كعرفته وأصر عليه ولعل حكمة زلت في هذا الفصل ما وقع منه من سوء الظن بالمصنف حيث قال فيما بعد والتسامح في رعاية الترتيب في كلام المصنف ظاهر فصدر من نفسه ما هو أشد قبحا منه (قوله وعن أبي حنيفة أن تنظر المرأة الى المرأة كنتظر الرجل الى محارمه) يعني لا تنظر الى ظهرها وبطنها وهذا معنى قول صاحب الكافي حتى لا يباح لها النظر الى ظهرها وبطنها قال صاحب العناية في شرح هذا المحل يعني لا تنظر الى ظهرها وبطنها وفخذها كما سيأتي انتهى أقول ذكر الفخذ ههنا مستدرك بل محل لان عدم جواز نظر المرأة الى فخذ المرأة قد تقر في القول الاول لان الفخذ ليس مما يجوز أن ينظر الرجل اليه من الرجل والذي لا بد له هنا منه بيان ما يمتاز به القول الثاني عن القول الاول وهو أن لا تنظر الى ظهرها وبطنها أيضا وذكر الفخذ في هذا الاثناء يوهم جواز النظر اليه في القول الاول (قوله والاصل فيه قوله عليه السلام غض بصرك الا عن أمتك وامراتك) قال في الكافي بعد ذكر هذا الاصل الذي هو حديث أبي هريرة وقالت عائشة رضي الله عنها كنت أغتسل أنا ورسول الله من اناء واحد وكنت أقول بقرى بقرى وهو يقول بقرى بقرى ولو لم يكن النظر بما حالما تجرد كل واحد منهما بين يدي صاحبه انتهى وقد شارح العيني تزييف الاستدلال على المدعى ههنا بحديث عائشة رضي الله عنها فقال بعد أن ذكر الاستدلال بذلك قلت لا يتم الاستدلال بهذا لانه لا يلزم أن يكون اغتسالهما معا بل يجوز أن يكونا متعاقبين ولكن في ساعة واحدة ولئن سلمنا فلا يدل ذلك على أن كلامهما كان ينظر الى فرج الآخر وكيف وقد روى عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يرمني ولم أر منه انتهى أقول ليس شيء من كلامه المنفي والتسليمي بصحح أما الاول فلان قوله ارضى الله عنها وكنت أقول بقرى بقرى وهو يقول بقرى بقرى لا يدل قطعا على أن يكون اغتسالهما معا اذ لو كان على التعاقب لما صح من المتقدم من طلب تسمية الماء من الآخر المباشرا ولا هو المتقدم فالتسمية وتظيفته لا وظيفة الآخر فلا معنى لطلبها من الآخر أما الثاني فلان المدعى ههنا مجرد جواز النظر الى الفرج لا لزوم وقوعه البتة ولا شك أن تجرد كل واحد منهما بين يدي صاحبه يدل على جواز ذلك فان التجرد سبب لرؤية العورة عادة فلو لم يكن النظر اليها مباحا للزوج لما وقع التجرد منه - ما للقطع بقرض النبي صلى الله عليه وسلم عن مظان الحسرة ثم ان مجرد جواز النظر الى فرج الزوج لا ينافي عدم وقوعه منهما تأذبا على مقتضى مكارم الاخلاق فلا نداء في حديث عائشة أصلا (قوله وينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها) أقول كان الانسب أن لا يذكر الفخذ ههنا فانه لما تقر فيما مر عدم جواز

مخرج

(قوله هو القسم الثالث) أقول بل الرابع

أن ينظر الرجل من الرجل مطلقاً أي وإن كان ذارحهم محرم منه إلى ما بين سرتيه إلى ركبته علم عدم  
 جواز أن ينظر الرجل من المرأة وإن كانت من ذوات محارمه إلى ما بين سرتها إلى ركبته بالأولوية  
 لأن النظر إلى خلاف الجنس أغلظ وعن هذا لم يتعرض صاحب المحيط في هذه المقام لكثرة ما بين  
 السرة والركبة حيث قال ولا يحل أن ينظر إلى بطنها ولا إلى ظهرها ولا إلى جنبها ولا يمس شيئاً من ذلك  
 انتهى وظهر منه أيضاً أن ذكر الجنب أحق من ذكر الفخذ ههنا فإن قلت المقصود من ذكر الفخذ  
 في الكتاب بيان الواقع والتصريح بما علم التزاماً بما تقدمت فحينئذ كان الأنسب أن يقال بدل  
 وفخذها ما بين سرتها إلى ركبته كما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولا يحل النظر إلى ظهرها وبطنها  
 وإلى ما بين السرة والركبة منها ومسه انتهى فإن فيه عموم الافادة فإن قلت المقصود بالاكْتفاء بذكر  
 الفخذ هو السلوله مسلك الدلالة في افادة حرمة النظر إلى ما عداها أيضاً ما بين السرة والركبة بالأولوية  
 قلت فحينئذ كان الاحق الاكْتفاء بذكر الركبة فإن حكم العورة في الركبة أخف منه في الفخذ وفي  
 الفخذ أخف منه في السرة كما تقر فيما مر فبذكر الفخذ لا يعلم حكم الركبة دلالة لكونها أخف منه  
 في حرمة النظر وأما بذكر الركبة فيعلم حكم الفخذ والسواة أيضاً دلالة بالأولوية لكونها ما أقوى منها  
 في حرمة النظر ثم إن بعض المتأخرين قصد حل بعض عبارة هذه المسئلة فقال وأصل التركيب ذوات  
 الرحم المحارم على أن المحارم صفة الذوات وقد يحذف الرحم فيقال ذوات المحارم بطريق المسامحة  
 والنسكتة فيه شمول المسئلة للمحرم بسبب كاسيحي وجعل المحرم ههنا مصدراً ميمياً بمعنى الحرمة مع عدم  
 استعماله فيه لا بلأغته تفسيره بما سيجي فتأمل إلى هنا كلامه أقول فيه خلل أما أولاً فلأنه لو كان أصل  
 التركيب المذكور ذوات الرحم المحارم على أن المحارم صفة الذوات فحذف الرحم وأضيفت الذوات إلى  
 المحارم بطريق المسامحة كان مدلول هذه المسئلة محتصاً بالمحرم بنسب إذاً الرحم لا يتصور في غير النسب فلا  
 مجال لأن تكون النسكتة في حذف الرحم وإضافة الذوات إلى المحارم شمول المسئلة للمحرم بسبب لأن  
 النسكتة في العبارة لا تصلح أن تغير المعنى بالسكينة حتى تنقله من الخصوص إلى العموم وبالجملة بين أن يكون  
 معنى التركيب المذكور ذوات الرحم المحارم وبين أن تشمل المسئلة المذكورة المحرم بسبب تناف لا يفتحي  
 وأما ثانياً فلأن قوله وجعل المحرم ههنا مصدراً ميمياً بمعنى الحرمة مع عدم استعماله فيه لا بلأغته تفسيره  
 بما سيجي وليس بسديد فإن كلامه مع عدم استعماله فيه ومن قوله لا بلأغته تفسيره بما سيجي  
 في حيز المنع أما الأول فلأنه قال في المغرب والمحرم الحرام والحرمة أيضاً قال في البدائع النسائي في هذا  
 الباب سبعة أنواع نوع منهن المسكوحات ونوع منهن المملوكات ونوع منهن ذوات الرحم المحرم ككلام  
 والبنات والعمه والخالة ونوع منهن ذوات المحرم بالارحم وهن المحارم من جهة الرضاع والمصاهرة  
 ونوع منهن مملوكات الاغيار ونوع منهن من لا رحم لهن ولا محرم وهن الاجنبيات الحرات ونوع منهن  
 من ذوات الرحم بلا محرم كبنات العم والعمه والخال والخالة اهـ ولا يفتحي على الفطن أن المحرم المذكور  
 ثمة في مواضع متعددة إنما يصلح منه أن يكون بمعنى الحرام ما ذكر في قوله ذوات الرحم المحرم والباقي  
 منه بمعنى الحرمة لا غير كما في قوله ذوات المحرم بالارحم وقوله من لا رحم لهن ولا محرم وقوله ذوات الرحم  
 بلا محرم يظهر كل ذلك بالتأمل الصادق والذوق الصحيح وقال في فتاوى قاضيخان ولا بأس للرجل  
 أن ينظر من أمه وابنته وأخته البالغة وكل ذات رحم محرم منه كالجدات وأولادها والأولاد  
 والعمات والخالات إلى شعرها ورأسها وصدرها وبطنها وعنقها وعضدها وساقها ولا ينظر إلى  
 ظهرها وبطنها وإلى ما بين سرتها إلى أن تجاوز الركبة وكذا إلى كل ذات محرم برضاع أو صهرية  
 كزوجة الاب والجدوان والزوجات والابن وأولادها والأولاد ذواتها وأخته البالغة المدخول بها فإن لم  
 يكن دخل بها فهي كلاجنبية انتهى ولا يفتحي على الفطن أيضاً أن المحرم المذكور في قوله وكذا

والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا للبعولتن الآية والمراد والله أعلم مواضع الزينة وهي ما ذكر في الكتاب ويدخل في ذلك الساعد والاذن والعنق والقدم لان كل ذلك موضع الزينة بخلاف الظهر والبطن والفخذ لانها ليست من مواضع الزينة ولان البعض يدخل على البعض من غير استئذان واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب مهنتها عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع أدى الى الحرج وكذا الرغبة نقل للحرمة المؤبدة فقلمنا تشتمى بخلاف ما وراءها لانها لا تنكشف عادة

الى كل ذات محرم رضاع أو صهرية بمعنى الحرمة دون الحرام اذ لا معنى لان يقال كل ذات حرام أى صاحبة حرام لان الحرام هي صاحبة الحرمة نفسها فلا معنى لاضافة الذات اليه وأما الثاني فلانه انما الابلاغة تفسير بما سيجي لو كان مراد المصنف بما سيجي تفسير المحرم الذي هو مفرد المحارم في قوله وينظر الرجل من ذوات محارمه وأما اذا كان مراده بذلك تفسير المحرم بمعنى الحرام المأخوذ من مجموع قوله ذوات محارمه لامن قوله محارمه فقط فلا يلزم عدم الملازمة كما لا يخفى والظاهر أن مراد المصنف هو الثاني وبعضه تقرير صاحب المحيط في هذه المسئلة حيث قال وأما النظر الى ذوات محارمه فنقول يباح النظر الى موضع زينتها الظاهرة والباطنة ثم قال وذوات المحارم من حرم عليه نكاحهن بالنسب نحو الامهات والبنات والجدات والعمات والحالات وبنات الاخ وبنات الاخت أو بالسبب كالرضاع والمصاهرة انتهى فانه فسر ذوات المحارم بما فسر به المصنف المحرم نفسه ثم ان التحقيق في معنى التركيب المذكور وهو قواهم ذوات محارمه أنه اذا أريد به من حرم عليه نكاحهن بالنسب وحده ويجوز أن يكون أصله ذوات الرحم المحارم على أن يكون المحارم صفة الذوات وتكون جمع محرم بمعنى حرام ويجوز أن يكون معناه ذوات الحرمان على أن يكون المحارم جمع محرم بمعنى الحرمة وأما اذا أريد به من حرم عليه نكاحهن بنسب أو سبب كما في مسألة الكتاب فلا مجال للتقدير بالرحم لكونه متناقفا لتعميم بل يتعين المعنى الثاني (قوله والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا للبعولتن الآية) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وقوله والاصل فيه أى في جواز ما جاز وعدم جواز ما لم يجز على تأويل المذكور قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الآية وتبعه الشارح العيني أقول فيه نظر لان الآية المذكورة انما تدل على جواز ما جاز وهو النظر الى مواضع الزينة ولا تدل على عدم جواز ما لم يجز وانما يدل عليه آية أخرى وهي قوله تعالى قل للؤمنين بغضوا من أبصارهم كما أفصح عنه صاحب البدائع حيث قال ولا يحل النظر الى ظهرها وبطنها ولا ما بين السرة والركبة منها وما سواها لعموم قوله تعالى قل للؤمنين بغضوا من أبصارهم الا أنه رخص للمحارم النظر الى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة بقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا للبعولتن الآية فبقي غض البصر عما وراءها أموراً وبالجملة النظر فالسبب الأول لانه أقوى انتهى أو آية الظهار كما أشار اليه صاحب المحيط حيث قال ولا يحل أن ينظر الى بطنها ولا الى ظهرها ولا الى جنبها ولا يسلم شيئاً من ذلك والوجه فيه أن الله تعالى سمى الظهار في كتابه منكرات من القول وزورا وصورة الظهار أن يقول الرجل لامرأة أنت كظهر أمي ولولا أن ظهرها محرم عليه نظر او مسالمسحى الظهار منكرات من القول وزورا وانما ثبت هذا في البطن والجنبين انتهى فتأمل (قوله) ولان البعض يدخل على البعض من غير استئذان واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب مهنتها عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع أدى الى الحرج) قال بعض المتأخرين وتقرر بهذا الدليل واضح الآن قوله يدخل على البعض من غير استئذان بشكل بما ذكره صاحب البدائع في مسائل الدخول في بيت الغير أنه اذا كان من محارمه فلا يدخل عليه من غير استئذان وربما كانت مكشوفة العورة فيقع بصره عليها فيكره ان ذلك

وقوله (والاصل فيه) أى في جواز ما جاز وعدم جواز ما لم يجز على تأويل المذكور (قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا للبعولتن) والمراد والله أعلم مواضع الزينة كالحال وأراد المحل مبالغة في النهي عن الابداء لان ابداء ما كان منفصلا اذا كان منه ياعنه فابداء المتصل أولى وذلك كقوله تعالى ولا تقلن في حرمة تعرض محلها وقوله (وهي ما ذكر في الكتاب) يريد به الوجه الى آخره ويدخل في ذلك أى في مواضع الزينة المدلول عليها بالزينة الساعد والاذن والعنق والقدم لان كل ذلك موضع الزينة أما الرأس فلانه موضع التاج والاكليل والشعر موضع العقاص والعنق موضع القلادة والصدر كذلك والاذن موضع القرط والعضد موضع الدمج والساعد موضع السوار والكف موضع الخاتم والخضاب والساق موضع الخنخال والقدم موضع الخضاب بخلاف الظهر والفخذ والبطن لانها ليست مواضع الزينة وباقى كلامه واضح

وقوله لوجود المعنيين  
 يعني الضرورة وقلة الرغبة  
 فيه أي في المحرم وقوله في  
 الأصح متعلق بقوله أو  
 سفاوح لان اختلاف  
 المشايخ في المصاهرة بالزنا  
 لاقها بالنكاح فان بعض  
 مشايخنا رحمهم الله قال  
 لا يثبت حل المس والنظر  
 بالمصاهرة سفاوحا لان ثبوت  
 الحرمة بطريق العقوبة  
 على الزاني لا بطريق النعمة  
 لانه لما ظهرت خيانتة حرة  
 لا يؤمن ثانيا والأصح أنه  
 لا بأس بذلك لما بينا أنها  
 محرمة عليه على التأييد  
 ولا وجه لقوله ثبوت الحرمة  
 بطريق العقوبة لانها  
 تثبت باعتبار كرامة الولد  
 على ما عرف في موضعه  
 (قال ولا بأس بأن يس ماجاز  
 أن ينظر اليه منه الوجود  
 المفتضى للإباحة) وهو  
 الحاجة الى ذلك في المسافرة  
 وانتفاء المانع وهو وفور  
 الشهوة وقوله (الا اذا كان  
 يخاف عليها) استثناء من  
 قوله ولا بأس وكلمة فوق في  
 قوله عليه الصلاة والسلام  
 فوق ثلاثة أيام صلة لان  
 حرمة المسافرة ثابتة في  
 ثلاثة أيام أيضا فكان  
 كقوله تعالى فان كن نساء  
 فوق اثنتين واذ اجازت  
 المسافرة من جازت الخلوة  
 من لان في المسافرة خلوة  
 (قوله لانه لما ظهرت خيانتة  
 الخ) أقول فيه بحث ثم الظاهر أن يقال ولانه الخ

والمحرم من لا تجوز المناكحة بينه وبينها على التأييد بنسب كان أو بسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود  
 المعنيين فيه وسواء كانت المصاهرة بنكاح أو سفاح في الأصح لما بينا قال (ولا بأس بان يس ماجاز  
 أن ينظر اليه منها) لتحقيق الحاجة الى ذلك في المسافرة وقلة الشهوة للمحرمة بخلاف وجه  
 الاجنبية وكفها حيث لا يباح المس وان أبيع النظر لان الشهوة متكاملة (الا اذا كان يخاف عليها  
 أو على نفسه الشهوة) فحينئذ لا ينظر ولا يس لقوله عليه السلام العينان تزيان وزناهما  
 النظر واليسدان تزيان وزناهما البطش وحرمة الزنا بذوات المحارم أعظم فيجنب (ولا بأس بالخلوة  
 والمسافرة من) لقوله عليه السلام لا تسافر المرأة فوق ثلاثة أيام ولياليها الا ومعها زوجها أو ذورحم  
 محرم منها

ثم استدل عليه بما نارا انتهى كلامه أقول مراد المصنف بقوله ان البعض يدخل على البعض من غير  
 استئذان أن العادة جرت بين الناس على دخول بعض المحارم على بعضهم من غير استئذان لانه أمر  
 مندوب في الشرع وما ذكره صاحب البدائع حكم الشرع في أمر الدخول في بيت الغير فانه قال وأما حكم  
 الدخول في بيت الغير فالداخل لا يجزأ ما ان يكون أجنبيا أو من محارمه فان كان أجنبيا فلا يحل له  
 الدخول فيه ثم قال وان كان من محارمه فلا يدخل من غير استئذان أيضا وان كان يجوز له النظر الى  
 مواضع الزينة الظاهرة والباطنة ثم قال الا أن الأمر في الاستئذان على المحارم أسهل وأيسر لان المحرم  
 مطلق النظر الى مواضع الزينة منها شرعا انتهى فقد تلخص منه أن الدخول في بيت الاجنبي من غير  
 استئذان حرام والدخول في بيت محارمه من غير استئذان مكروه وبكفي في التأدي الى الحرج جريان  
 العادة بين الناس بدخول بعض المحارم على بعضهم بلا استئذان وان كان ذلك لا يعدح في حكم الشرع  
 والحرج مدفوع شرعا فلا اشكال (قوله والمحرم من لا تجوز المناكحة بينه وبينها على التأييد بنسب  
 كان أو بسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه) يعني بالمعنيين الضرورة وقلة الرغبة كذا  
 في الشروح وفي عبارة بعضهم يعني الحرج وقلة الرغبة قال تاج الشريعة فان قلت فعلى هذا ينبغي  
 أن لا يقطع اذا سرق المرء من بيت أمه من الرضاع ولو ازال الدخول من غير احتشام واستئذان فوقع  
 نقصان في الحرز قلت لا يقطع عند البعض وأما جواز الدخول من غير استئذان فممنوع ذكر خواهر زاده  
 ان المحارم من جهة الرضاع لا يكون لهم الدخول من غير حشمة واستئذان ولهذا يقطعون  
 بسرقة بعضهم من بعض انتهى كلامه واقتضى أثره العيني في ذكره هذا السؤال والجواب بعينهما  
 أقول ليس الجواب بتسام أما قوله قلت لا يقطع عند البعض فلان عدم القطع عند البعض وهو  
 احدى الروايتين عن أبي يوسف كما مر في كتاب السرقة لا يدفع السؤال على قول أبي حنيفة ومحمد  
 وعلى قول أبي يوسف أيضا في رواية أخرى عنه فان كون المحرم بسبب الرضاع في حكم المحرم بالنسب متفق  
 عليه واذا كانت العلة في ذلك وجود المعنيين المذكورين كما قاله المصنف بتوجه السؤال المذكور  
 على قول الاكثر وهو القول المختار وظاهر الرواية كما تقر في كتاب السرقة ولا يدفعه عدم القطع  
 عند البعض كما لا يخفى وأما قوله وأما جواز الدخول من غير استئذان فممنوع وتأيد ذلك بما ذكره شيخ  
 الاسلام خواهر زاده فلانه ان لم يكن للمحارم من جهة الرضاع الدخول من غير حشمة واستئذان لم يصح  
 قول المصنف لوجود المعنيين فيه فان وجود أحد ذينك المعنيين فيه يتوقف على أن يكون له الدخول  
 من غير حشمة واستئذان كما تحققته ومبنى السؤال المذكور على صحة قوله كما يفصح عنه الفاء في قول  
 السائل فعلى هذا ينبغي أن لا يقطع اذا سرق المرء من بيت أمه من الرضاع فالاولى في الاستئذان على  
 كون المحرم بسبب في حكم المحرم بنسب أن يصار الى الدليل النقلى كما فعله صاحب البدائع حيث

وقوله (فإن احتاج الى الاركاب) أي اركاب ذوات المحارم والاصل في ذلك أن لا يجوز من ما يجوز أن ينظر الرجل اليه لان المس فوق النظر لكنه جاز لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقبل رأس فاطمة (١٠٧) رضى الله عنها ويقول أجد من أريح

الجنسة وكان ذلك لاعتن شهوة قطعاً فيجوز المس مع الاتقاء عن الشهوة ما أمكن قال (وينظر الرجل من ملوكة غيره الخ) هذا آخر الاقسام من ذلك وكلامه واضح وقوله علاها أي ضرب علاوتها وهي رأسها بالدة وقوله (خلا فالما يقوله محمد بن مقاتل رحمه الله انه يباح الا الى مادون السرة الى الركبة) وجهه ماروى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال ومن أراد أن يشتري جارية فلينظر اليها الا في موضع المئزر وتعامل أهل الحرمين ووجه العامة ما ذكره في الكتاب وقوله (وأما الخلوة بها والمسافرة معها) يعني اذا أمن بذلك على نفسه وعليها فقد اختلف المشايخ رحمهم الله فيه ففهم من قال يحل واعتبرها بالمحارم واليه مال شمس الأعمش رحمه الله وقيل لا يحل لعدم الضرورة واليه مال الحاكم الشهيد رحمه الله (وفي الاركاب والانزال اعتبر محمد رحمه الله الضرورة فيمن) يعني التي لا مدفع لها (وفي المحارم مجرد الحاجة) أي نفس الحاجة لا الضرورة وقوله (ولابأس بأن عيس ذلك) أي المواضع التي يجوز النظر اليها (اذا أراد الشراء وان خاف أن يشتري كذا في المختصر وأطلق في الجامع) لفظ الجامع الصغير فبال رجل أراد أن يشتري جارية لابأس بأن عيس ساقها وذراعها وصدرها وينظر الى صدرها وساقها مكشوفين والباقي واضح

وقوله عليه السلام ألا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان نالتهما الشيطان والمراد اذا لم يكن محرم فان احتاج الى الاركاب والانزال فلا بأس بان عيسها من وراء ثيابها وبأخذ مظهرها وبطنها دون ما تحتها اذا أمن الشهوة فان خافها على نفسه أو عليها تيقناً وظناً أو شكاً فليجنب ذلك بجهده ثم ان أمكنها الركب بنفسها امتنع عن ذلك أصلاً وان لم يمكنها يتكلف بالثياب كيلا تصيبه حرارة عضوها وان لم يجد الثياب يدفع الشهوة عن قلبه بقدر الامكان قال (وينظر الرجل من ملوكة غيره الى ما يجوز أن ينظر اليه من ذوات محارمه) لانها تخرج لحوائج مولاه وتخدم أضيافه وهي في ثياب مهنها فانصارت حالها خارج البيت في حق الاجانب كحال المرأة داخله في حق محارم الاقارب وكان عمر رضى الله عنه اذا رأى جارية متفغطة علاها بالدة وقال ألقى عنك الحار يا دفار أنت تشبهين بالحرائر ولا يحل النظر الى بطنها وظهرها خالفاً لما يقوله محمد بن مقاتل انه يباح الا الى مادون السرة الى الركبة لانه لا ضرورة كافي المحارم بل أولى لقلة الشهوة فيهن وكالها في الاماء واقطعة الملوكة تنظم المسدرة والمكاتبه وأم الولد لتحقق الحاجة والمستحاة كالمكاتبه عند أبي حنيفة على ما عرف وأما الخلوة بها والمسافرة معها فقد قيل يباح كافي المحارم وقد قيل لا يباح لعدم الضرورة فيهن وفي الاركاب والانزال اعتبر محمد في الاصل الضرورة فيهن وفي ذوات المحارم مجرد الحاجة قال (ولابأس بأن عيس ذلك اذا أراد الشراء وان خاف أن يشتري) كذا ذكره في المختصر وأطلق أيضاً في الجامع الصغير ولم يفصل قال مشايخنا رحمهم الله يباح النظر في هذه الحالة وان اشتى للضرورة ولا يباح المس اذا اشتى أو كان أكبر رأيه ذلك لانه نوع استمتاع وفي غير حالة الشراء يباح النظر والمس بشرط عدم الشهوة قال (واذا حاضت الامه لم تعرض في ازار واحد) ومعناه بلغت وهذا موافق لما بيننا أن الظهر والبطن منها عورة وعن محمد أنها اذا كانت تشتى ويجماع مثلها فهي كالبالغة لا تعرض في ازار واحد لو جود الاشتهاء قال (والخصي في النظر الى الاجنبية كالفعل) لقول عائشة رضى الله عنها ان خصاء مثله فلا يبيع ما كان حراماً قبله ولانه فعل يجماع

قال وأما النوع الرابع وهو ذوات المحرم بالرحم فكهن حكم ذوات الرحم المحرم والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وروى أن أفلح استأذن أن يدخل على عائشة رضى الله عنها فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال عليه السلام لبيع عليك فانه عمك أرضعتك امرأته أخيه انتهى وقال في المبسوط بعد ما ذكر حكم ذوات المحارم بالنسب والمحرمه بالرضاع وكذلك المحرمه بالمصاهرة لان الله تعالى سوى بينهما بقوله فجعله نسباً وصهراً (وقوله وقوله عليه السلام ألا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان نالتهما الشيطان والمراد اذا لم يكن محرماً) أقول لسائل أن يقول كون المراد اذا لم يكن محرماً ليس بأجلى من أصل المسئلة لجواز أن يكون المراد اذا لم يكن زوجاً فهذا الاحتمال كيف ثبت المدعى ولئن سلم كون المراد ذلك فجواز أن يخلو الرجل بامرأة ذات محرم منه لا يستفاد من هذا الحديث الا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا (قوله والخصي في النظر الى الاجنبية كالفعل) لقول عائشة رضى الله عنها ان خصاء مثله فلا يبيع ما كان حراماً قبله قال الشارح العيني ههنا اراد ان على المصنف الاول ان هذا لم يثبت عن عائشة رضى الله عنها وانما أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه عن ابن عباس قال حدثنا أسباط بن محمد بن فضل عن مطرف عن رجل عن ابن عباس قال خصاء البهائم مثله ثم تلا ولا تأمروهم فليغيرن خلق الله وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه عن مجاهد وعن شهر بن حوشب ان خصاء مثله ذكره في كتاب الحج الثاني ان هذا لا يدل على مدعاكم فان كون

يجوز النظر اليها (اذا أراد الشراء وان خاف أن يشتري كذا في المختصر وأطلق في الجامع) لفظ الجامع الصغير فبال رجل أراد أن يشتري جارية لابأس بأن عيس ساقها وذراعها وصدرها وينظر الى صدرها وساقها مكشوفين والباقي واضح

وقوله (وكذا الخنث في الردي من الافعال) يعني من يمكن غيره من نفسه احترازا عن الخنث الذي في أعضائه لين وتكسر بأصل الخلق ولا يشتمى النساء استدللا بقوله تعالى أو التابعين غير أولي الأربة من الرجال قبل هو الخنث الذي لا يشتمى النساء وقيل هو المجهول الذي جف ماؤه وقيل المراد به الأبله الذي لا يدري ما يصنع بالنساء إنما هو بطئ في قلبه وفيه كلام فإنه إذا كان شابا ينحى عن النساء وإنما ذلك إذا كان شيخا كبيراً ماتت شهوته والأصح أن نقول قوله تعالى أو التابعين من المشابهات وقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم يحكمم بأبصارهم والمصنف رحمه الله بقوله فالخاصل أنه يؤخذ فيه بحكم كتاب الله تعالى المنزل فيه (والطفل الصغير مستثنى بالنص) وهو قوله تعالى أو الطفل الذي لم يظهر أو على عورات النساء أي لم يطلعوا أي لا يعرفون العورة ولا يميزون بينها وبين غيرها وقوله ولا يجوز للمساكين واضح

وكذا المجهول لأنه يسحق وينزل وكذا الخنث في الردي من الافعال لأنه فعل فاسق والحاصل أنه يؤخذ فيه بحكم كتاب الله المنزل فيه والطفل الصغير مستثنى بالنص قال (ولا يجوز للمساكين أن ينظر من سيدهم إلا إلى ما يجوز للاجنبي النظر إليه منها) وقال مالك هو كالمحرم وهو أحد قول الشافعي لقوله تعالى أو ما ملكت أيمانهم ولأن الحاجة متحققة لدخولها من غير استئذان ولنا أنه فعل غير محرم ولا زوج والشهوة متحققة بل وازالتكاح في الجملة والحاجة قاصرة لأنه يعمل خارج البيت

الخصاء مثله لا يدل على أن نظر الخصى إلى الأجنبية كالفعل إلى ههنا كلامه أقول كل من أراد به ساقط أما الأول فلأن حاصله عدم ثبوت هذا القول عن عائشة رضي الله عنها عنده بطريق الإسناد وهو لا يقتضي عدم ثبوتها عند المجتهدين بطريق الإسناد أو بطريق الأرسال وقد روى ذلك عن عائشة رضي الله عنها في عامة كتب أصحابنا بطريق الأرسال وتقرر في علم الأصول أن مرسل الصحابي مقبول بالإجماع ومرسل القرن الثاني والثالث وإن لم يقبل عند الشافعي بدون أن ثبت اتصاله من طريق آخر كمراسيل سعيد بن المسيب إلا أنه يقبل عندنا وعند مالك على الإطلاق حتى قالوا أنه فوق المسند ومرسل من دون هؤلاء يقبل عند بعض أصحابنا ويرد عند البعض فهذا القول المرسل إلى عائشة رضي الله عنها إن كان من مراسيل القرن الثاني أو الثالث فلا شك في كونه مقبولا عندنا وإن كان من مراسيل من دون القرن الثالث فهو أيضا مقبول على القول المختار من أصحابنا وأما الثاني فلأن قوله فلا يبيع ما كان حراما قبله من كلام عائشة كما يدل عليه تقريرات الثقات في عامة الاعتبار فدلالة أثر عائشة رضي الله عنها على المدعى أظهر من أن يخفى ثم أقول ولكن بقي ههنا شيء وهو أنه قد ذكر في أصول الفقه أن قول الصحابي فيما لم يعلم اتفاق سائر الصحابة عليه ولا اختلافهم فيه إنما يوجب التقليد فيما لا يدرك بالقياس لأنه لا وجه له إلا السماع أو الكذب والثاني منتف فنعين الأول لا فيما يدرك بالقياس لأن القول بالرأي منهم مشهور والمجتهد يخطئ ويصيب والظاهر أن ما نحن فيه مما يدرك بالقياس ولهذا استدلو عليه بالدليل العقلي الذي مرجعه القياس على ما تقرر في علم الأصول حيث قالوا لأنه فعل بجماع ولم يعلم اتفاق سائر الصحابة على قول عائشة المسند كورنهنا فيلزم أن لا يوجب التقليد فكيف يتم الاستدلال به (قوله وكذا المجهول لأنه يسحق وينزل) قال بعض المتأخرين ويسحق بفتح الباء وينزل بضمها أي يفعل الانزال ولا حاجة إلى تقدير المفعول كما فعله العيني حيث قال المني بعد قوله وينزل انتهى أقول الصواب ما فعله العيني لأنه لو كان معنق ينزل هنا يفعل الانزال كان هذا الفعل المتعدي منزلا منزلة اللازم للقصد إلى نفس الفعل كما في نحو قولك فلان يعطى أي يفعل الاعطاء يوجد هذه الحقيقة على ما ذكر في المفتاح وغيره وليس ذلك المعنى بصحيح هنا إذ لا يثبت المطاوع بمجرد كون المجهول فاعل حقيقة الانزال فإن هذا يتحقق بانزاله البول ونحوه وليس ذلك بعلة الحرمة النظر إلى الأجنبية لاحتمالها وإنما العلة لها شهوة المني فلا بد من تعيين مفعول ينزل هنا بالمني حتى يتم المطاوع (قوله والحاصل أنه يؤخذ فيه بحكم كتاب الله تعالى المنزل فيه) أي يؤخذ في كل واحد منها كذا في شرح تاج الشريعة وقال بعض الفضلاء أي في الخنث الذي في أعضائه لين وتكسر بأصل الخلق ولا يشتمى النساء على سبيل الاستخدام انتهى أقول الحق ما قاله تاج الشريعة أما أولا فلا لأنه يصح أن يؤخذ في كل واحد من الأصناف الثلاثة المارة أعني الخصى والمجهول والخنث بحكم كتاب الله تعالى بل لا ريب وهو قوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم وكذا قوله تعالى ولا يبدين زينتهن إلا لبعولتهن الآية فمعنى تخصيص ذلك بالثالث وحده مع إمكان جملة على الثلاثة جميعا ومقصود المصنف من كلامه هذا بيان دليل آخر أقوى مما

بأصل الخلق ولا يشتمى النساء استدللا بقوله تعالى أو التابعين غير أولي الأربة من الرجال قبل هو الخنث الذي لا يشتمى النساء وقيل هو المجهول الذي جف ماؤه وقيل المراد به الأبله الذي لا يدري ما يصنع بالنساء إنما هو بطئ في قلبه وفيه كلام فإنه إذا كان شابا ينحى عن النساء وإنما ذلك إذا كان شيخا كبيراً ماتت شهوته والأصح أن نقول قوله تعالى أو التابعين من المشابهات وقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم يحكمم بأبصارهم والمصنف رحمه الله بقوله فالخاصل أنه يؤخذ فيه بحكم كتاب الله تعالى المنزل فيه (والطفل الصغير مستثنى بالنص) وهو قوله تعالى أو الطفل الذي لم يظهر أو على عورات النساء أي لم يطلعوا أي لا يعرفون العورة ولا يميزون بينها وبين غيرها وقوله ولا يجوز للمساكين واضح

(قال المصنف والحاصل أنه يؤخذ فيه) أقول أي في الخنث الذي في أعضائه لين وتكسر بأصل الخلق ولا يشتمى النساء على سبيل الاستخدام (قال المصنف بحكم كتاب الله

تعالى) أقول إطلاق المحكم لعلة على التشبيه (قوله أي لم يطلعوا) أقول فقوله لم يظهر وما من الظهور والمراد بمعنى الإطلاع



وقوله والمراد بالنص الاماء) يريد بالنص قوله تعالى أو ما ملكت أيمانهن وهو جواب عن استدلال مالك والشافعي رجهما الله به (قال سعيد)  
أي سعيد بن المسيب أو سعيد بن جبير قال في النهاية أطلق اسم سعيد ولم يقمده بالنسبة ليتناول السعدين (والحسن وغيرهما) مبررة بن  
جندب لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور ولان الذكور مخاطبون بقوله (٩٠) تعالى قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم  
فلو دخلوا في قوله تعالى

والمراد بالنص الاماء قال سعيد والحسن وغيرهما لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور قال  
(وبعزل عن أمته بغير اذنها ولا يعزل عن زوجته الا اذنها) لانه عليه السلام نهي عن العزل عن الحرة  
الا باذنها وقال لمولى أمة اعزل عنها ان شئت ولان الوطء حق الحرة قضاء للشهوة وتحصيل الولد ولهذا  
تخير في الجب والعنة ولا حق للامة في الوطء فلهذا لا ينقص حق الحرة بغير اذنها ويستبد به المولى

أو ما ملكت أيمانهن لزم  
التعارض وعورض بأن  
نظر الاماء الى سيدتهن  
استفيد من قوله تعالى  
أونساتهن فلو جلت هذه  
الآية على الاماء لزم التكرار  
وبأن الاماء لو لم تكن مرادة  
من قوله تعالى أونساتهن  
وجب أن لا تكون مرادة  
من قوله تعالى أو ما ملكت  
أيمانهن أيضا لان البيان  
انما يحتاج اليه في موضع  
الاشكال ولا يشك على  
أحد أن لامة أن تنظر الى  
سيدتها كالجنيات والملك  
ان لم يزيدتسعة فلا أقل  
أن لا يزيدتصيفا وأوجب  
عن الاول بأن المراد  
بالنساء الحررات المسلمات  
اللاتي في صحبتهم لانه ليس  
للمؤمننة أن تجردن بندي  
مشركة أو كبايسة كذا عن  
ابن عباس رضي الله عنهما  
والظاهر أنه أريد بنساتهن  
من صحبتهم من الحررات  
مسلمة كانت أو غيرها والنساء  
كلهن في حل نظر بعضهن  
الى بعض سواء المراد من  
قوله تعالى أو ما ملكت  
أيمانهن الاماء وعن الثاني  
بأن حال الامة يقرب من حال  
الرجال حتى تسافر من غير  
محرم فكان يشك أنه يباح

ذكرة أو لاجتماع الصور الثلاث معا كما ترى وأما ثانيا فلان كلمة الحاصل تقتضي في الاستعمال  
نفسا ساقيا يكون ما ذكر في حيزها التخصيص ذلك التخصيص وهذا انما يتصور هنا اذا كان كلام  
المصنف هذا ناظرا الى مجموع الصور الثلاث المارة لا الى الصورة الثالثة وحدها سيما لو أريد بالضمير  
المجروح في قوله يؤخذ فيه الخنث بالمعنى انغير المذكور فيهما مر على سبيل الاستخدام كما  
زعم ذلك البعض فانه لا يكون حينئذ لكلمة الحاصل مساس بما قبلها أصلا كما لا يخفى على ذي فطنة  
(قوله والمراد بالنص الاماء قال سعيد والحسن وغيرهما لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون  
الذكور) قال صاحب النهاية أطلق اسم سعيد ولم يقمده بالنسبة ليصبح تناوله للسعدين على ما  
رويناه من رواية المبسوط انتهى وتبعه جماعة من الشراح في هذا التوجيه وردده صاحب الغاية حيث قال  
أراد به سعيد بن المسيب لما ذكرنا عن الكشف وقال بعضهم في شرحه انما أطلق سعيد ليتناول  
السعدين سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وفيه نظر لانه يلزم حينئذ أن يكون المشترك عموم في موضع  
الاثبات وهو فاسد انتهى أقول نظره ساقط اذا ظاهر أن مراد هؤلاء الشراح بالتناول في قولهم ليتناول  
السعدين هو التناول على سبيل البدل لا التناول على سبيل الشمول والعموم ولا شك أن المشترك يتناول  
معانيه على سبيل البدل واقتصر جوابه حتى قال الحق التفاضل في التساوي والمشارك مستغرق  
لمعانيه على سبيل البدل والذي لا يجوز عندنا دون انشافي انما هو عموم المشترك لمعانيه على سبيل  
الشمول في اطلاق واحد كما تقرر في علم الاصول وهو غير لازم من عبارة هؤلاء الشراح وقال الشارح  
العيني بعد نقل كلام هؤلاء الشراح ونظر صاحب الغاية فيه قلت نظره وارد ولكن تعليله غير مستقيم أما  
وروده فلانه لم يستعمل أحد من السلف لفظ سعيد من غير نسبة وأراد به سعيد بن المسيب أو سعيد بن جبير  
وأما أن تعليله غير مستقيم فلانه ادعى فيه لزوم عموم المشترك ولان سلم ثبوت الاشتراك ههنا لان الاشتراك  
ما وضع لمعان انتهى أقول كذا دخله ليس بشيء أما الاول فسلانه لا شك أن العلم هو لفظ سعيد لا مجموع  
سعيد بن المسيب أو سعيد بن جبير فعدم استعمال السلف لفظ سعيد من غير نسبة في سعيد بن المسيب أو  
سعيد بن جبير على تقدير معنهما ليس لعدم صحة اطلاق لفظ سعيد وحده على أحد منهما والاما كان علما  
لكل واحد منهما بل لقد هم زيادة اظهار المراد وتعيينه واذا كان مقصود المصنف تناول لفظ سعيد ههنا  
للسعدين كما ذهب اليه هؤلاء الشراح لزمه ترك النسبة وضح الاطلاق وأما الثاني فلان لفظ سعيد علم  
مشترك والاعلام المشتركة مما تقرر أمره في علم النحو فكيف يمنع ثبوت الاشتراك ههنا وقوله لان  
الاشترك ما وضع لمعان لا يجدي شيئا لانه ان أراد بالمعاني ما يستفاد من اللفظ فهو متحقق في العلم المشترك  
أضالار يب وان أراد بها الصور العقلية المقابلة للاعيان الخارجية فليست تلك معتبرة في معنى المشترك  
فان المشترك ما وضع لتعدد بوضع متعدد أي شيء كان ذلك المتعدد الموضوع له والآخر في العلم المشترك  
لها الكشف بين بندي أمتهما ويزل هذا الاشكال بقوله أونساتهن لان مطلق هذا اللفظ يتناول الحررات دون الاماء والباقي واضح والله أعلم

(قوله ليتناول السعدين) أقول فيلزم الجمع بين معني المشترك (قوله والحسن وغيرهما الخ) أقول عطف على سعيد في قوله تعالى أو ما ملكت أيمانهن لزم التعارض) أقول فيسه بحث كيف ولو صح ما ذكره لزم التعارض بين قوله قل للمؤمنين الآية وبين قوله لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور ولان الذكور مخاطبون بقوله (٩٠) تعالى قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم فلو دخلوا في قوله تعالى أو ما ملكت أيمانهن لزم التعارض وعورض بأن نظر الاماء الى سيدتهن استفيد من قوله تعالى أونساتهن فلو جلت هذه الآية على الاماء لزم التكرار وبأن الاماء لو لم تكن مرادة من قوله تعالى أونساتهن وجب أن لا تكون مرادة من قوله تعالى أو ما ملكت أيمانهن أيضا لان البيان انما يحتاج اليه في موضع الاشكال ولا يشك على أحد أن لامة أن تنظر الى سيدتها كالجنيات والملك ان لم يزيدتسعة فلا أقل أن لا يزيدتصيفا وأوجب عن الاول بأن المراد بالنساء الحررات المسلمات اللاتي في صحبتهم لانه ليس للمؤمننة أن تجردن بندي مشركة أو كبايسة كذا عن ابن عباس رضي الله عنهما والظاهر أنه أريد بنساتهن من صحبتهم من الحررات مسلمة كانت أو غيرها والنساء كلهن في حل نظر بعضهن الى بعض سواء المراد من قوله تعالى أو ما ملكت أيمانهن الاماء وعن الثاني بأن حال الامة يقرب من حال الرجال حتى تسافر من غير محرم فكان يشك أنه يباح لها التكشف بين بندي أمتهما ويزل هذا الاشكال بقوله أونساتهن لان مطلق هذا اللفظ يتناول الحررات دون الاماء والباقي واضح والله أعلم

ولو كان تحتها أمة غيره فقد ذكرناه في النكاح

فصل في الاستبراء وغيره

كذلك فإنه لا يتناول مسميته بوضع واحد بل لكل واحد منهم ما وضع مستقل كما عرف في موضعه ثم إن صاحب العناية علل كون المراد بالنص الاماء بوجه آخر حيث قال ولأن الذكور مخاطبون بقوله تعالى قل للؤمنين بغضوا من أبصارهم فلو دخلوا في قوله عز وجل أو ما ملكت أيمانهم لزم التعارض انتهى أقول ليس ذلك بصحيح أما أولاً فإنه ينتمى بخطاب الاناث أيضاً بقوله تعالى وقول للؤمنات يغضن من أبصارهن فإن مقتضى ما ذكره أن لا تدخل الاماء أيضاً في قوله عز وجل أو ما ملكت أيمانهم بناء على لزوم التعارض بينه وبين قوله تعالى وقول للؤمنات يغضن من أبصارهن مع أن دخول الاماء فيه مجمع عليه وأما ناسي فلان لا لزوم من كون الذكور من المالكين مخاطبين بقوله تعالى قل للؤمنين بغضوا من أبصارهم ودخولهم في جانب الغاضين من أبصارهم لافي جانب من يجب غض البصر عنه وهو الذي منع النظر اليه فان كلمة من في قوله تعالى من أبصارهم للتبعض كما صرح به المفسرون فكانت المعنى بغضوا بعضهم أبصارهم وهو غير معين فكانت تلك الآية مجملة في حق من منع النظر اليه فلو دخل الذكور من المالكين في قوله تعالى أو ما ملكت أيمانهم لم يلزم التعارض بين الآيتين أصلاً وإنما يلزم أن تكون إحدى الآيتين مبينة لما في الآية الأخرى من الاجمال وهو معنى صحيح حسن مقرر على كل حال فان قوله تعالى أو ما ملكت أيمانهم على تقدير أن لا يدخل فيه ذكورا المالك كما هو مذهبنا وكذلك انظاره من قوله تعالى الالبعلون أم أبائهم أو أبناء بعولتهم الى آخر الآية كلها مبينة للاجمال الواقع في الآية الأخرى كما لا يخفى على من دقق النظر وحقق (قوله ولو كان تحتها أمة غيره فقد ذكرناه في النكاح) يعني قوله وإذا تزوج أمة فالأذن في العزل الى المولى عند أبي حنيفة رحمه الله وعن أبي يوسف ومحمد أن الأذن اليها قال في البدائع وجه قوله ما أن لها حقاق قضاء الشهوة والعزل يوجب النقص فيه ولا يجوز الجنس بحق الانسان من غير رضاه ووجه قول أبي حنيفة أن الكراهية في الحرمة لكان خوف فوت الولد الذي لها فيه حق والحق ههنا في الولد للمولى دون الامة وقولها فيه نقصان قضاء الشهوة قلنا نعم لكن حقها في أصل قضاء الشهوة لافي وصف الكمال الأبري أن من الرجال من لاماه وهو يجمع امرأه من غير انزال ولا يكون لها حق الخصومة فدل هذا على أن حقها في أصل قضاء الشهوة لافي وصف الكمال انتهى وأورد عليه بعض المتأخرين حيث قال أقول انما لم يكن لها حق الخصومة لعدم صنع الزوج فيه بخلاف العزل فإنه يصنع ولهذا يحتاج الى رضاه في العزل لافيه انتهى أقول ليس هذا بشئ لان عدم صنع الزوج فيه لا يقتضى أن لا يكون لها حق الخصومة اذ لا شك أن حقها لا يسقط بمجرد عدم صنع الزوج فيما يبطل حقها الأبري أن للزوجة حق الخصومة في الجب والعنة بخلاف وان لم يكونا بصنع الزوج فتعين أن الوجه في أن لا يكون لها حق الخصومة فيمن لاماه وهو يجمعها من غير انزال كون حقها في أصل قضاء الشهوة لافي وصف الكمال فكذلك في العزل تدبر

فصل في الاستبراء وغيره  
آخر الاستبراء لانه احتراز عن وطء مقيد والمقيد بعد المطلق يقال استبرأ الجارية أى طلب براءة رجها من الحمل وأوطاس موضع على ثلاث مراحل من مكة كانت به وقعة للنبي صلى الله عليه وسلم الاستبراء واجب وله سبب وعلة وحكمة

فصل في الاستبراء وغيره \* (قوله لانه احتراز عن وطء مقيد والمقيد بعد المطلق) أقول فان قلت أين الاحتراز عن الوطء المطلق فيما سبق قلت فهم ذلك بطريق الدلالة أو الاشارة فإنه يتضمن المس فالنهي عن المس نهى عنه فالهنا عنوانه بالوطء فتأمل ثم قوله وطء مقيد أى مقيد بزمان

فصل في الاستبراء وغيره قال الشراح آخر الاستبراء لانه احتراز عن وطء مقيد والمقيد بعد المطلق وقال بعض الفضلاء فان قلت أين الاحتراز عن الوطء المطلق فيما سبق قلت فهم ذلك بطريق الدلالة أو الاشارة فإنه يتضمن المس فالنهي عن المس نهى عنه فلهذا عنوانه بالوطء فتأمل انتهى أقول لا السؤال حتى يتوجه السؤال بأين الاحتراز عن الوطء المطلق فيما سبق بل مرادهم أن الوطء المقيد نفسه بعد الوطء المطلق نفسه فآخر ما يتعلق بالوطء المقيد وهو الاستبراء عما يتعلق بالوطء المطلق وكيف يشوه أن يكون مرادهم أن الاحتراز عن الوطء المقيد بعد الاحتراز عن الوطء المطلق وانتفاء المقيد

أما وجوبه فجدت سبباً أو طاس ألا لا توطن الحبالى حتى يضعن جلهن ولا الحبالى حتى يستبرأن بحمضة ووجه الاستدلال به أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن الاستماع أبلغ نهى مع وجود الملك (١١١) المطلق له والبداء الممكنة منه وذلك

لا يكون إلا لوجوب وأما سببه فهو استحداث الملك والبداية هو الموجود في مورد النص وأما علته فهي ارادة الوطء فإنه لا يحل الا في محل فارغ فيوجب معرفة فراغه

(قال المصنف والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام في سبباً أو طاس ألا لا توطن الحبالى حتى يضعن جلهن ولا الحبالى الخ) أقول جمع الحائل وهي التي لا جبل لها وقيل انما قال الحبالى لتزواج الحبالى والقياس أن يقال الحوائل لانها جمع حائل ونظيره الغدايا والعشايا كذا في شرح الكاكي والقياس الغدوات (قوله مع وجود الملك المطلق) أقول تأمل في مدخلية هذا القيد في افادة النهى الوارد على أبلغ وجه وجوب الانتهاء فانها ليست بظاهرة إلا أن يقال لو لم يوجد ذلك لكان النهى لتأكيد الوجوب المعلوم سابقاً (قوله وذلك لا يكون إلا لوجوب) أقول أى لوجوب الانتهاء (قوله لأنه هو الموجود في مورد النص) أقول في الحصر كلام فان السبب من جملة ما وجد في مورد النص وهو يصلح للسببية فان الظاهر أن الملك في صورة البيع والهبة والخلع والكتابة يستبرئ صيانة لمانته ثم مباشر السبب فلا حاجة الى استبراء الملك حينئذ انتهى أقول كلامه ساقط إذ لا شك أن مراد المصنف حصر ما يصلح للسببية في مورد النص في استحداث الملك والبداء المعنى لأنه أى استحداث الملك والبداء هو الموجود الصالح للسببية في مورد النص وقول ذلك القائل وهو يصلح للسببية ممنوع فان ما ذكره من الحكمة فيه والعلة الحقيقية انما تقتضى أن يكون السبب فيه هو استحداث الملك والبداء من غير مدخل فيه السبب كما لا يخفى على من تأمل في تقرير المصنف في بيان الحكمة فيه وبيان علته الحقيقية وما يكون دليلاً عليها على أن تاج الشريعة قد تكفل ببيان عدم مدخلية السبب في السببية بأوضح وجه حيث قال لا يقال الموجب كونها مسببية لان كونها مسببية اضافة والاضافات لا مدخل لها في العلة لأنه لو اعتبرت ذلك انسداد باب القياس وأنه مفتوح بالنصوص فلم يبق ههنا إلا كونها ملوكة رقبته وبداءه هو المؤثر كما ذكر في الكتاب انتهى ثم إن قول ذلك القائل فان الظاهر أن الملك في صورة البيع والهبة والخلع والكتابة يستبرئ صيانة لمانته ثم مباشر السبب فلا حاجة الى استبراء الملك حينئذ ممنوع أيضاً فان علة الاستبراء هي ارادة الوطء والمشتري هو الذي يريد دون البائع ولهذا يجب الاستبراء على المشتري لا على البائع كما سيأتي في الكتاب فمن أين كان استبراء الملك قبل مباشرة السبب ظاهراً ولئن سلم كونه ظاهراً

قال (ومن اشترى جارية فإنه لا يقربها ولا يمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها) والاصل فيه قوله عليه السلام في سبباً أو طاس ألا لا توطن الحبالى حتى يضعن جلهن ولا الحبالى حتى يستبرأن بحمضة أفاد وجوب الاستبراء على المولى ودل على السبب في المسبية وهو استحداث الملك والبداء لأنه هو الموجود في مورد النص

لا يستلزم انتفاء المطلق كما لا يخفى فأنى يتصور أن يكون الاحتراز عن الوطء المقيد بعد الاحتراز عن الوطء المطلق وأما تحقق المقيد فيستلزم تحقق المطلق في ضمنه فيصح أن يقال الوطء المقيد بعد الوطء المطلق بناء على أن المركب بعد المفرد كما صرح به في النهاية ومعراج الدراية وأما الثاني فلان مناه على أن يكون المراد أن الاحتراز عن المقيد بعد الاحتراز عن المطلق وقد عرفت ما فيه وأيضاً لا معنى لقوله فلها هذا عنوانه بالوطء لان النهى عن المس إذا كان نهياً عن الوطء كان العنوان بالمس عنواناً بالوطء أيضاً فكان ينبغي أن لا يعنون الفصل السابق بالوطء استقلالاً كما لم يذكر فيه النهى عن الوطء استقلالاً ثم أقول الظاهر أن مرادهم بالوطء المطلق المذكور فيما تقدم ما في مسألة العزل المذكورة قبيل فصل الاستبراء فان العزل أن يطأ الرجل فإذا قرب الا تزال أخرجه فيستزل خارج الفرج وان مرادهم بالوطء المقيد ههنا ما قيد بزمان فان الوطء في الاستبراء مقيد بالزمان كما استعرفه وفي العزل مطلق عنه وأن المراد بالوطء المذكور في عنوان الفصل السابق أيضاً ما في ضمن تلك المسئلة كما ثبت عليه في صدر ذلك الفصل (قوله ومن اشترى جارية فإنه لا يقربها ولا يمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها) أقول في اطلاق هذه المسئلة نظر فان من اشترى جارية كانت تحت نكاحه أو كانت تحت نكاح غيره ولكن طلقها وزوجها بعد أن اشترها وقبضها أو قبضها أو كانت معتدة الغير فانقضت عدتها بعد أن اشترها وقبضها لم يلزمه الاستبراء في شيء من هذه الصور كما صرحوا به وسيظهر مما ذكرنا في حيلة الاستبراء مع أن كلام من هاتيك الصور ادخل في اطلاق هذه المسئلة كما ترى فكان المناسب تقييدها بما يخرج تلك الصور (قوله لأنه هو الموجود في مورد النص) قال بعض الفضلاء في الحصر كلام فان السبب من جملة ما وجد في مورد النص وهو يصلح للسببية فان الظاهر أن الملك في صورة البيع والهبة والخلع والكتابة يستبرئ صيانة لمانته ثم مباشر السبب فلا حاجة الى استبراء الملك حينئذ انتهى أقول كلامه ساقط إذ لا شك أن مراد المصنف حصر ما يصلح للسببية في مورد النص في استحداث الملك والبداء المعنى لأنه أى استحداث الملك والبداء هو الموجود الصالح للسببية في مورد النص وقول ذلك القائل وهو يصلح للسببية ممنوع فان ما ذكره من الحكمة فيه والعلة الحقيقية انما تقتضى أن يكون السبب فيه هو استحداث الملك والبداء من غير مدخل فيه السبب كما لا يخفى على من تأمل في تقرير المصنف في بيان الحكمة فيه وبيان علته الحقيقية وما يكون دليلاً عليها على أن تاج الشريعة قد تكفل ببيان عدم مدخلية السبب في السببية بأوضح وجه حيث قال لا يقال الموجب كونها مسببية لان كونها مسببية اضافة والاضافات لا مدخل لها في العلة لأنه لو اعتبرت ذلك انسداد باب القياس وأنه مفتوح بالنصوص فلم يبق ههنا إلا كونها ملوكة رقبته وبداءه هو المؤثر كما ذكر في الكتاب انتهى ثم إن قول ذلك القائل فان الظاهر أن الملك في صورة البيع والهبة والخلع والكتابة يستبرئ صيانة لمانته ثم مباشر السبب فلا حاجة الى استبراء الملك حينئذ ممنوع أيضاً فان علة الاستبراء هي ارادة الوطء والمشتري هو الذي يريد دون البائع ولهذا يجب الاستبراء على المشتري لا على البائع كما سيأتي في الكتاب فمن أين كان استبراء الملك قبل مباشرة السبب ظاهراً ولئن سلم كونه ظاهراً

مورد النص وهو يصلح للسببية فان الظاهر أن الملك في صورة البيع والهبة والخلع والكتابة يستبرئ صيانة لمانته ثم مباشر السبب فلا حاجة الى استبراء الملك حينئذ ممنوع بلحق به الارث والوصية فتأمل

وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للماء المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل أو توهم الشغل بما محترم وهو أن يكون الولد ثابت النسب ويجب على المشتري لاعلى البائع لان العلة الحقيقية ارادة الوطء والمشتري هو الذي يريد دون البائع فيجب عليه

وأما حكمته فهو والتعرف عن براءة الرحم صيانة للماء المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل أو توهمه بما محترم بأن لا يكون من نبي وانما قيد بذلك وان كان الحكم في غير المحترم كذلك فان الجارية الحامل من الزنا لا يحل وطؤها حلالا لالحال على الصلاح أما الحكمة فلا تصلح لاضافة الحكم اليها لتأخرها عنه

(قال المصنف وهو أن يكون الولد الخ) أقول أي الاستبراء لان يكون الولد الخ وحذف الجار مع أن وان قياس (قال المصنف لان العلة الحقيقية ارادة الوطء) أقول لعل المراد هو التمكّن الشرعي (قوله وانما قيد بذلك الى قوله على الصلاح) أقول قوله حلالا تعليل لقوله وانما قيد وقوله فان الجارية تعليل لقوله كذلك (قوله ولتاخرها عنه) أقول ولبطء منها

بالنظر الى ما هو الاثني بحال المسلم من صيانة مائه فذلك لا ينافي وجوب الاستبراء على المملكت بناء على توهم شغل الرحم بما محترم فان مجرد توهمه كاف في وجوبه كما سيظهر من البيان الآتي في الكتاب (قوله وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للماء المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه) وأورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال يدعيه أنهم ينكرون انغلاق الولد الواحد من مائة لعدم امكان الاختلاط بينهما على ما مر في باب التدبير والاستيلاد فكيف بنوا ههنا حكمة الاستبراء على جوازها انتهى أقول ليس هذا بشئ اذ ليس المراد بالاختلاط المذكور في قوله صيانة للماء المحترمة عن الاختلاط الاختلاط الحقيقي بل المراد به هو الاختلاط الحكمي وهو أن لا يتبين أن الولد من أي ماء انعلق يرشد اليه قول المصنف والانساب عن الاشتباه ويفصح عنه قول صاحب الكافي في تعليل الاختلاط اذ لو وطئها قبل أن يتعرف براءة رجها فجات فولد فلا يدري أنه منه أو من غيره انتهى والذي ينكرونه انما هو اختلاط الماء من اختلاط حقيقيا فلا تدافع بين الكلامين في المقامين (قوله وذلك عند حقيقة الشغل أو توهم الشغل بما محترم وهو أن يكون الولد ثابت النسب) لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان في مرجع ضمير هو في قوله وهو أن يكون الولد ثابت النسب فوج اشتباه وعن هذا قد افرقت آراء الناظرين فيه فقال صاحب الغاية قوله وهو أن يكون الولد ثابت النسب أي المراد من توهم الشغل بما محترم وهو أن يكون الولد بحيث يمكن اثبات نسبه من غيره انتهى أقول فيه خلل فان تفسيره المذكور يشعر بارجاعه ضمير هو الى توهم الشغل بما محترم وليس بسد لان الامر في حقيقة الشغل بما محترم أيضا كذلك فلا وجه للتخصيص بنوهم الشغل على أنه لم يذكرا ما يصح حمل قوله أن يكون الولد ثابت النسب بالمواطأة على ضمير هو الراجع الى توهم الشغل على مقتضى تقريره ولا يتم المعنى بدون ذلك اذ لا شك أن توهم الشغل بما محترم ليس نعم أن يكون الولد ثابت النسب حتى يصح حمله عليه بالمواطأة تأمل وقال بعض الفضلاء قوله وهو أن يكون الولد ثابت النسب أي الاستبراء لان يكون الولد ثابت النسب وحذف الجار مع أن وان قياس انتهى أقول فيه أيضا خلل فان الاستبراء مع كونه يعسد امن حيث اللفظ والمعنى عن أن يكون مرجعا لضمير هو ههنا ليس هو لان يكون الولد ثابت النسب بل لارادة الوطء نظرا الى علته ولتعرف براءة الرحم نظرا الى حكمته كما يدل عليه عبارة الكتاب فيما قبل وما بعد كيف ولولم يدع المشتري نسب الولد الذي جاءت به المشتراة بعد أن استبرأها لم يثبت نسب ذلك الولد منه لكونه فراش الأمة ضعيفا على ما عرف في محله فمما معنى القول بان الاستبراء لان يكون الولد ثابت النسب فتأمل وأقول في حل المقام ان ضمير هو ههنا راجع الى ماء محترم مسد كور قيمه فالمعنى وهو أي الماء المحترم بان يكون الولد ثابت النسب على حذف الجار من كلمة ان كما هو القياس على ما عرف في علم النحو وكون الولد ثابت النسب انما يتحقق بأن تكون الأمة من قسبل في ملك الغير نكاحا أو عينا فتدبر قال تاج الشريعة وانما قيد بما محترم وان كان الحكم في غير المحترم كذلك فان الجارية اذا كانت حاملا من الزنا لا يحل وطؤها لانه أخرج الكلام مخرج أو ضاع الشرع لان وضع الشرع أن لا يكون الا في الحلال انتهى كلامه واقفي أثره صاحب العناية في خلاصة هذا التوجيه حيث قال في بيان ماء محترم بأن لا يكون من نبي وقال وانما قيد بذلك وان كان الحكم في غير المحترم كذلك فان الجارية الحامل من الزنا لا يحل وطؤها حلالا لالحال على الصلاح انتهى وسلك بعض المتأخرين في توجيهه التقييد بما محترم مسلكا آخر وقصد رد التوجيه الاول حيث قال ولا يكون من نبي

وَأما العلة فهنا فكذلك  
 لأن الإرادة أمر مبطن  
 لا يطلع عليه لأن بعض من  
 يستحدث الملك قد لا يريد  
 ذلك فيدار بالحكم على دليل  
 الإرادة وهو التمكن من  
 الوطء فان صحیح المزاج اذا  
 تمكن منه أرادته والتمكن  
 انما يثبت بالملك واليأس  
 فان تصب سبباً وأدبر الحكم  
 عليه وجوداً وعدمًا يتسيرا  
 هذا في المسببة ثم تعدى الحكم  
 الى سائر أسباب الملك كالشراء  
 والهبة والوصية والميراث  
 والطلع بأن جعلت الأمة  
 بدل الخلع والكتابة بأن  
 جعلت الأمة بدلا فيها فان  
 قيل الموجب ورد في المسببة  
 على خلاف القياس لتحقق  
 المطلق كما ذكرتم فهلا  
 يقتصر عليها فالجواب أن  
 غيرها في معناها حكمة وعلة  
 وسبباً لأحق بهادلالة -

غير أن الإرادة أمر مبطن فيدار بالحكم على دليلها وهو التمكن من الوطء والتمكن انما يثبت بالملك والبد  
 فان تصب سبباً وأدبر الحكم عليه يتسيرا فكان السبب استحداث ملك الرقبة المؤكد بالبد وتعدى الحكم  
 الى سائر أسباب الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث والطلع والكتابة وغير ذلك

لما سبب في كتاب النكاح ان نكاح المرتبة ووطأها جائز بلا استبراء فاذا جاز ووطأها بلا استبراء مع  
 تحقق الزنا يجوز مع احتمال أولى ولا يرد عليه النقض بالجارية الحامل من الزنا فانه لا يحل ووطؤها  
 لأن ذلك شغل محقق ولا يلزم من عدم حل وطئ ذلك عدم حله لشغل محتمل على أن عدم جواز وطئها  
 ليس لاحترام الماء بل لثلا يسيق ماؤه زرع غيره كما مر في كتاب النكاح الى هنا كلامه أقول فيه دخل  
 من وجوه الاول ان قوله للمسبق في كتاب النكاح ان نكاح المرتبة ووطأها جائز بلا استبراء ليس بتعليل  
 صحیح للبدعي ههنا لأن جواز نكاح المرتبة وجواز وطئ الزوج بلا استبراء لا يدل على جواز وطء الجارية  
 المرتبة للملك بلا استبراء وكيف والذي سبق في كتاب النكاح هو أنه اذا رأى امرأة تزني فتزوجها  
 حل له أن يطأها قبل الاستبراء عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا أحب له أن يطأها ما لم يستبرأ  
 لأنه احتمال الشغل بعناء الغير فوجب التنزه كما في الشراء وله ما أن الحكم بجواز النكاح أمانة الفراغ بلا  
 يؤمر بالاستبراء بخلاف الشراء لأنه يجوز مع الشغل فقد تلخص منه أنه لا خلاف في وجوب الاستبراء  
 في الشراء مطلقاً وانما الخلاف في الاستبراء في نكاح المرتبة والكلام ههنا في الشراء ونحوه من التملكات  
 فلا يتم التقريب أصلاً والثاني ان قوله فاذا جاز ووطأها بلا استبراء مع تحقق الزنا - وازمه مع احتمال  
 أولى ليس بمستقيم لان مجرد احتمال الزنا لو كان محجوزاً للوطء بلا استبراء لا يقع وجوب الاستبراء  
 في باب تملك الجارية بالكلية اذا احتمال الزنا غير منتف في كل جارية معلوكه وان كان مراده أنه اذا جاز  
 ووطأها بلا استبراء في صورة النكاح مع تحقق الزنا يجوز مع احتمال أولى في تلك الصورة لا يتم التقريب  
 كما لا يخفى والثالث ان قوله في دفع النقض بالجارية الحامل من الزنا ان ذلك لشغل محقق ولا يلزم من  
 عدم حل وطئ ذلك عدم حله لشغل محتمل انما يتم أن لو كان الاحترام في قول المصنف بعناء محترم قيدا  
 لتوهم الشغل فقط لا لجموع حقيقة الشغل وتوهم الشغل معاً والظاهر من كلام المصنف أن يكون قيدا  
 للجموع وقد أفصح عنه ذلك البعض من قبل حيث قال في شرح قول المصنف وهو أن يكون الولد  
 ثابت النسب وهو أي احترام الماء وءاشتغل به الرحم حقيقة أو توهماً أن يكون الولد الحاصل منه  
 ثابت النسب انتهى فاذا كان قيدا للجموع برد النقض بالجارية الحامل من الزنا فان رجها مشتغل  
 حقيقة بعناء غير محترم مع وجوب الاستبراء فيها أيضاً والرابع أن قوله على أن عدم جواز وطئها ليس  
 لاحترام الماء بل لثلا يسيق ماؤه زرع غيره كما مر في كتاب النكاح مما لا حاصل له ههنا فان مدار النقض  
 المذكور على عدم احترام الماء في الحامل من الزنا حيث وجب الاستبراء في الجارية الحامل من الزنا أيضاً  
 مع عدم احترام الماء فيها فانتقض بها التقييد بعناء محترم عكس القول بان عدم جواز وطئها ليس  
 لاحترام الماء فيها لا يدفع النقض بل يؤيده كما لا يخفى (قوله غير أن الإرادة أمر مبطن فيدار بالحكم على  
 دليلها وهو التمكن من الوطء) قال صاحب العناية في بيان هذا فان صحیح المزاج اذا تمكن منه أرادته ورد  
 عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث فان غير صحیح المزاج ممنوع أيضاً عن الوطء ودواعيه وقال  
 ولعل الاولى أن يقول فان الظاهر أن المتمكن منه يريد والتمكن انما يثبت الخ والمراد من التمكن هو  
 التمكن الشرعي انتهى أقول كل من اراده وما اختاره ليس بتام أما الاول فلان كون غير صحیح المزاج  
 ممنوعاً أيضاً عن الوطء ودواعيه ممنوع فان غير صحیح المزاج عاجز عن الوطء والممنوع عن الشيء انما يكون عند  
 القدرة عليه ألا يرى أنه لا معنى لان يقال الاعي ممنوع عن النظر الى الهرمات وعن هذا قال تاج الشريعة  
 في بيان ان الاستبراء يجب على المشتري لا على البائع لان الشارع منهي عن الوطء والنهي انما يستقيم

(قال المصنف وأدبر الحكم  
 عليه) أقول وجوداً وعدمًا  
 كما يحق في هذه الحقيقة  
 (قوله فان صحیح المزاج اذا  
 تمكن منه الخ) أقول فيه  
 بحث فان غير صحیح المزاج  
 ممنوع أيضاً عن الوطء  
 ودواعيه ولعل الاولى أن  
 يقول فان الظاهر أن  
 المتمكن منه يريد والتمكن  
 انما يثبت الخ والمراد من  
 التمكن هو التمكن الشرعي

واذا ظهر هذا قلنا وجب على المشتري من مال الصبي ومن المرأة والمملوك وعن لا يتحقق الشغل شرعا فيحتاج الى التعرف عن  
 البراعة ومن المرأة والمملوك المسأذون له في التجارة وعن لا يحل له وطؤها لكونها أخته رضاعا أو وورثها وهي موطوءة أبيه وكذا اذا  
 كانت بكر التحقق السبب وهو استحداث الملك واليد ولا يجتزأ بالحیضة التي اشتراها في أنثائها ( ١١٤ )

وكذا يجب على المشتري من مال الصبي ومن المرأة والمملوك وعن لا يحل له وطؤها وكذا اذا كانت  
 المشتراة بكر الموطأ للتحقق السبب وادارة الاحكام على الاسباب دون الحكم لبطونها فبغير تحقق السبب  
 عند توهم الشغل وكذا لا يجتزأ بالحیضة التي اشتراها في أنثائها ولا بالحیضة التي حاضتها بعد الشراء وغيره  
 من أسباب الملك قبل القبض ولا بالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض خلا فالأبى يوسف رحمه الله لان  
 السبب استحدث الملك واليد والحكم لا يسبق السبب وكذا لا يجتزأ بالحاصل قبل الاجازة في بيع  
 الفضولي وان كانت في يد المشتري ولا بالحاصل بعد القبض في الشراء الفاسد قبل أن يشترها شراء صحيحا  
 لما قلنا ( ويجب في جارية للمشتري فيما شقص فاشترى الباقي ) لان السبب قد تم الآن والحكم يضاف  
 الى تمام العلة ويجتزأ بالحیضة التي حاضتها بعد القبض وهي مجوسية ومكاتبية بأن كانتا بعد الشراء ثم  
 أسلمت المجوسية أو عجزت المكاتبية لوجودها بعد السبب وهو استحداث الملك واليد اذا هو مقتضى الحل  
 والحرمه لما منع كما في حالة الحيض ( ولا يجب الاستبراء اذا رجعت الابنة أو ردت المغصوبة أو المأجورة )  
 أو فكت المرهونة لانعدام السبب وهو استحداث الملك واليد وهو سبب متعين فادبر الحكم عليه وجودا  
 وعدما ولها نظائر كثيرة كتبنا في كفاية المنتهى واذا ثبت وجوب الاستبراء وحرمه الوطء حرم الدواعي  
 لاقضائها اليه أو لاحتمال وقوعها في غير الملك على اعتبار ظهور الحمل ودعوة البائع بخلاف الحائض  
 حيث لا تحرم الدواعي فيما لا يمتثل الوقوع في غير الملك ولانه زمان نفرة فالاطلاق في الدواعي  
 لا يفضي الى الوطء والرغبة في المشتراة قبل الدخول أو صدق الرغبات فتقتضى اليه

عند تمكن الوطء والتمكن للمشتري لانه هو المنتم لك لا على البائع لانه معرض انتهى وأما الثاني فلانه  
 كيف يكون المراد من التمکن ههنا هو التمکن الشرعي والظاهر أن التمکن الشرعي مما هو محرم شرعا  
 غير متصور والوطء قبل الاستبراء محرم قطعاً ولا شك أن علة الاستبراء مقدمة عليه فلا بد أن يكون  
 دليلها أيضاً متقدماً عليه والمفروض أنه هو التمکن من الوطء فلو كان المراد من ذلك التمکن هو التمکن  
 الشرعي دون التمکن الطبيعي لزم أن يتمکن من المحرم الشرعي تمكناً شرعياً وهو ظاهر المحذور تامل  
 ( قوله وكذا يجب على المشتري من مال الصبي ومن المرأة والمملوك وعن لا يحل له وطؤها وكذا اذا  
 كانت المشتراة بكر الموطأ للتحقق السبب وادارة الاحكام على الاسباب دون الحكم لخفاها ) وعن  
 هذا قالوا ان الحكمة تراعى في الجنس لاني كل فردوا عرض عليه صدر الشريعة في شرح الوقاية  
 وأجاب حيث قال رد عليه أن الحكمة لا تراعى في كل فرد ولكن تراعى في الانواع المضبوطة فاذا كانت  
 الامنة بكراً أو مشتراة ممن لا يثبت نسب ولدها منه ينبغي أن لا يجب الاستبراء لان عدم الشغل بالماء  
 المحترم متيقن في هذه الانواع والجواب أنه انما يثبت بالنص لقوله عليه السلام في سبأيا أو طاس الألاوطأ  
 الحياى حتى يضعن جلهن ولا الحياى حتى يستبرأن بجمیضة فان السبب بالانحصار من أن يكون فيها  
 بكر أو مسبية من امرأة ونحو ذلك ومع هذا حکم النبي صلى الله عليه وسلم حكماً عاماً فلا يخص بالحكمة  
 فاذا ثبت الحكم في السبي على العموم ثبت في سائر أسباب الملك كذلك قياساً فان العلة معلومة ثم تأد ذلك  
 بالاجماع الى هنا كلامه وأجاب صاحب الاصلاح والايضاح عن الاعتراض المذكور بوجه آخر  
 فقال ان توهم الشغل ثابت في البكر وفي المشربة ممن لا يثبت نسب ولدها منه أما في الأولى فلان احتمال  
 وصول الماء الى الرحم قائم بدون زوال العذرة وأما في الثانية فلما ذكر في الكافي من أن المعتبر التوهم

وقال أبو يوسف رحمه الله  
 يجتزأ بها لحصول المقصود  
 وهو تعرف البراة ولا بالتى  
 حصلت بعد الاستحداث  
 بسبب من الاسباب قبل  
 القبض ولا بالولادة الحاصلة  
 بعدها أى بعد أسباب  
 الملك قبل القبض للتحقق  
 ذلك قبل تمام السبب لان  
 السبب استحدث الملك  
 واليد وهي انما تكون  
 بالقبض ولا يعتبر بالحكم  
 قبل السبب وما بعده  
 واضح وقوله ( لما قلنا )  
 اشارة الى قوله لان السبب  
 استحدث الملك واليد  
 والحكم لا يسبق السبب  
 ( ولا يجب الاستبراء على  
 الابنة ) يعنى التي أبقت  
 في دار الاسلام ثم رجعت  
 الى مولاها فان أبقت الى  
 دار الحرب ثم عادت اليه  
 بوجه من الوجوه فكذلك  
 عند أبى حنيفة رحمه الله  
 لانهم لم يملكوها فلم يحدث  
 الملك وعندهما يجب عليه  
 الاستبراء لانهم ملكوها  
 وقوله ( حرم الدواعي  
 لاقضائها اليه ) أى الى  
 الوطء كما اذا طاهر من  
 امرأة فانه حرم وطئها وحرم  
 دواعيه لاقضائها اليه

( قوله وقال أبو يوسف  
 يجتزأ بها ) أقول الأولى تأخير عن قوله ولا بالولادة  
 الملك الخ ) أقول فان قيل المشتري شراء فاسدا يملك بالقبض على ماصر فالسبب موجود فيه قلنا المطلق ينصرف الى الكامل فالمراد  
 استحداث الملك الصحيح

ولم



وقوله (على ما بينا) اشارة الى قوله والرغبة في المشتراة اصدق الرغبات وقوله لما روينا اشارة الى قوله عليه الصلاة والسلام ولا الحبالى حتى يضعن حملهن وقوله (وان ارتفع حيضها) (١١٦) أى امتد طهرها في أو ان الحيض لا يبطؤها حتى اذا تبين أنها ليست بحامل جامعها

بخلاف المشتراة على ما بينا (والاستبراء في الحامل بوضع الحمل) لما روينا (وفي ذوات الأشهر بالشهر) لانه أقيم في حقهن مقام الحيض كما في المعتدة واذا حاضت في أثناءه بطل الاستبراء بالايام للمعدة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل كما في المعتدة فان ارتفع حيضها تركها حتى اذا تبين أنها ليست بحامل وقع عليها وليس فيه تقدير في ظاهر الرواية وقيل يتبين بشهرين أو ثلاثة وعن محمد أربعة أشهر وعشرة أيام وعنه شهران وخمسة أيام اعتبارا بعدة الحرة والامته في الوفاة وعن زفر سننانه وهور رواية عن أبي حنيفة قال (ولا بأس بالاحتمال لاسقاط الاستبراء عند أبي يوسف خلافا لمحمد) وقد ذكرنا الوجهين في الشفعة والمأخوذ قول أبي يوسف فيما اذا علم أن البائع لم يقربها في طهرها ذلك وقول محمد فيما اذا قربها والحيلة اذا لم يكن تحت المشتري حرة أن يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها ولو كانت فالحيلة أن تزوجها البائع قبل الشراء أو المشتري قبل القبض ممن يوثق به ثم يشتريها أو يقبضها أو يقبضها ثم يطلق الزوج لان عند وجود السبب وهو استعدان الملك المؤكد بالقبض

والاعتكاف والاحرام وفي المنكوحه اذا وطئت بشبهة كما سيجي في الكتاب هذا وقد ورد بعض المتأخرين على قول صاحب العناية ويمكن أن يجاب عنه بان التعدية هنا بطريق الدلالة كما تقدم ولا يبعد أن يكون الاحق دلالة حكم الدليل لم يكن للتحق به لعدمه حيث قال بعد نقل ذلك ولا يخفى أن كون هذا من قبيل الدلالة دون القياس غير مسلم انتهى أقول ليس هذا بمستقيم أما أول فلان المنع وظيفه المحب فان حاصل جوازه منع كون التعدية فيما نحن فيه بطريق القياس حتى يلزم المحذور المذكور في النظر وهو تعدية الحكم من الاصل الى الفرع بتغيير كما عرف في علم الاصول والاستناد بانهم يجوز أن تكون بطريق الدلالة ولا استحالة للتغيير في هذا الطريق بقابلية منعه منع كون هذا من قبيل الدلالة دون القياس خروج عن قواعد آداب المناظرة وأما ثانياً فلان منعه كون التعدية فيما نحن فيه من قبيل الدلالة دون القياس ساقط جدا ان فقد تقرر في أصول الفقه أن من شرط القياس أن لا يكون حكم الاصل معدولاً عن القياس وقد ذكر صاحب العناية فيما مر أن حكم الاستبراء ثابت على خلاف القياس لتحقيق الملك المطلق للاستمتاع فلا مجال للقياس فيه وانما يتيسر الالحاق بطريق الدلالة وقد أشار اليه ههنا بقوله كما تقدم فلا وجه للنع المذكور بعد ذلك ثم ان ذلك البعض في هذا المقام كلمات أخرى واهية يطول بذكرها الكلام بلا طائل فصنعنا عن التعرض لها وما للاختصار (قوله بخلاف المشتراة على ما بينا) قال صاحب العناية وقوله على ما بينا اشارة الى قوله والرغبة في المشتراة اصدق الرغبات انتهى وتبعه العمي أقول هذا خطب ظاهر اذا لفرق بين المسبية والمشتراة في كون الرغبة في كل واحدة منهما اصدق الرغبات فكيف يصح أن يشير المصنف في بيان الخلاف بينهما الى ما لفرق بينهما فيه أصلاً وانما الصواب أن قوله على ما بينا اشارة الى قوله أو لاحتمال وقوعها في غير الملك على اعتبار ظهور الحمل ودعوة البائع اذ هو الفارق بين المسبية والمشتراة كما يدل عليه قطعاً قوله لانها لا تحتل وقوعها في ملك الغير لانه لو ظهر بها حمل لا تصح دعوة الحربي أه (قوله والاستبراء في الحامل بوضع الحمل لما روينا) قال صاحب العناية وقوله لما روينا اشارة الى قوله عليه السلام ولا الحبالى حتى يضعن حملهن انتهى أقول قد سماها الشارح المذكور في لفظ الحديث الذي رواه المصنف فيما مر حيث قال ولا الحبالى حتى يضعن حملهن مع أن لفظه إلا لا يوطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحبالى حتى يستبرأ ولعمري ان هذا كان أظهر من أن يخفى فكان السهو ووقع من طغيان القلم فالتة خير حافظاً (قوله والحيلة اذا لم يكن تحت المشتري حرة أن يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها) قال

لان المقصود تعرف براءة الرحم وقد حصل بغير مدة تدل على أن الحبل لو كان أظهر وليس فيها تقدير في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله إلا أن مشايخنا رحمه الله قالوا يتبين ذلك بشهرين أو ثلاثة على ما ذكر في الكتاب الخ قيل والاول أصح وهو أن يتركها شهرين أو ثلاثة لظهور الحبل في ذلك غالباً وقوله ثم يشتريها أو يقبضها أو يقبضها) انى ونشر يعنى يشتريها ويقبضها اذا زوجها البائع أو يقبضها اذا زوجها المشتري قبل القبض وقيد بقوله ممن يوثق به لانه اذا لم يوثق به ربما لا يطلقها فكان احتمالاً عليه لاله والحيلة في تمسكه هذه الحيلة أن تزوجها على أن يكون أمرها بيده يطلقها متى شاء وقيد بقوله ثم يطلق الزوج يعنى بعد القبض لانه ان طلقها قبله كان على المشتري الاستبراء اذا قبضها في أصح الروايتين عن محمد رحمه الله لانه اذا طلقها قبل القبض فانما قبضها والقبض بحكم العقد بمنزلة العقد صار كأنه اشتراها في هذه الحالة وليست في نكاح ولا عدة فلزمه الاستبراء

اذا (قوله وقوله على ما بينا اشارة الى قوله والرغبة الخ) أقول بل اشارة الى قوله ولاحتمال وقوعها في غير الملك على اعتبار ظهور الحمل ودعوة البائع فان بذلك يظهر الفرق بين المسبية والمشتراة ولا وجه لعله اشارة الى ما ذكره كما لا يخفى



اذالم يكن فرجها حلالا لانه لا يجب الاستبراء وان حل بعد ذلك لان المعتبر اوان وجود السبب كما اذا كانت معتدة الغير قال (ولا يقرب المظاهر ولا يمس ولا يقبل ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يكفر) لانه لما حرم الوطء الى ان يكفر حرم الدوامي للافضله اليه لان الاصل ان سبب الحرام حرام كافي الاعتكاف والاحرام وفي المنكوحه اذا وطئت بشبهة بخلاف حالة الحيض والصوم

بعض المتأخرين أطلقوا المسئلة ولم يقيدوا بكون القبض قبل الشراء لابعده مع وجوب هذا التقييد قال الامام قاضيان في فتاواه في تصوير المسئلة اذا اراد ان يشتري الجارية يتزوجها المشتري قبل الشراء اذالم يكن في نكاحه حرة ثم يسلمها اليه المولى ثم يشتري فلا يجب عليه الاستبراء ثم قال وانما شرط تسليم الجارية قبل الشراء كيلا يوجد القبض بحكم الشراء بعد فساد النكاح يريد انه يتحقق حينئذ سبب وجوب الاستبراء وهو حدوث الملك المؤكد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالا بخلاف ما لو سلمها قبل الشراء فان القبض السابق بحكم التزوج وان عرض له كونه قبضا بحكم الشراء الى هنا كلام ذلك البعض اقول فيه خلل اما اوله فلانه جزم بوجوب تقييد هذه المسئلة بتكون القبض قبل الشراء لابعده واستشهد عليه بما ذكره الامام قاضيان في فتاواه وليس بتمام فان ما ذكره الامام قاضيان انما هو قول بعض المتأخرين من المشايخ ومختار نفسه واما عامة المشايخ فلم يشترطوا في هذه المسئلة كون القبض قبل الشراء وعن هذا قال في الذخيرة والمحيط البرهاني وان لم تكن تحت المشتري حرة فلا سقط الاستبراء حيلة أخرى وهي ان يتزوجها المشتري قبل الشراء ثم يشتريها ويقبضها فلا يلزمه الاستبراء لان النكاح ثبت له عليها الفراهي فاما اشتراها وهي في فراشه وقيام الفراش له عليها دليل شرعي على فراغ رحهما من ماء الغير انتهى والمصنف قد اختار قول هؤلاء فلذلك أطلق المسئلة ولم يقيد بها بكون القبض قبل الشراء واما ثانيا فلان قوله يريد انه يتحقق حينئذ سبب وجوب الاستبراء وهو حدوث الملك المؤكد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالا ليس بسديد لان حدوث الملك المؤكد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالا لا يوجب الاستبراء بل يقتضي سقوط الاستبراء الايري الى قول المصنف فيما بعد لان عند وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض اذالم يكن فرجها حلالا لا يجب الاستبراء وان حل بعد ذلك وكان الصواب ان يقول وهو حدوث الملك المؤكد بالقبض بعد ان لم يكن فرجها حلالا بفساد النكاح بملك اليمين تامل تقف ثم قال ذلك البعض ثم ان صاحب الكافي سلك طريقة المصنف ولم ينفق الى هذا الشرط الا انه صور المسئلة بصورة تأخير التسليم تنصيصا على عدم الاشتراط به وعلل المسئلة بما يدل على سقوط الاستبراء في صورتين معا فقال والحيلة ان لم تكن تحت المشتري حرة ان يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها في قبضها فلا يلزم الاستبراء لان بالنكاح ثبت له عليها الفراهي وانما اشتراها وهي في فراشه وقيام الفراش له عليها دليل شرعي على تسليم فراغ رحهما من ماء الغير ثم الحل له لم يتجدد بملك الرقبة لانها كانت حلالا بالنكاح قبل ذلك انتهى فان قلت لان تسليم عدم تجديد الحل بملك اليمين فانها وان كانت حلالا بالنكاح الا انه زال ذلك بزواله بالشراء فزمان الشراء خال عن الحل اما عن الحل الحاصل بالنكاح فظاهر لانه زمان زواله واما عن الحل الحاصل بملك اليمين فلانه يستعقبه الشراء فان المشتري ما لم يفرغ عن التلطف بلفظ اشتريت بعد ايجاب البائع لم يحصل له الحل قلت هذه مغالطة لان وجود العلة يقارن وجود المعلول لا يستعقبه فزمان التلطف بالحرف الاخير في اشتريت هو زمان وجود الشراء والحل وزوال النكاح لا يقال سلمنا ان نوع الحل مستمر ولا يوجد زمان حال عن الحل ولم يحدث نوع الحل الا انه حدث حل هو اثر ملك اليمين وذلك كافي في وجوب الاستبراء لاننا منع ذلك بل الواجب حصول الحل بملك اليمين بعد ان لم تكن حلالا بسبب من الاسباب هذا غاية توجيه كلامه ولكنه بعد محمل نظر اذ لقائل ان يقول الشراء

وقوله (اذا لم يكن فرجها حلالا لانه لا يجب الاستبراء) لان القبض اذذاك ليس بممكن من الوطء والممكن منه جزء العلة الا ترى ان تزويج المشتري وان كان قبضا حكما لم يعتبر لكونه من يلا للممكن وقوله (كما اذا كانت معتدة الغير) يعني اذا اشترى أمة معتدة وقبضها وانقضت عدتها بعد القبض لا يجب الاستبراء لان عند استحداث الملك المؤكد بالقبض لم يكن فرجها حلالا للمشتري فلما لم يجب وقت الاستحداث لم يجب بعده لعدم تجديد السبب قال (ولا يقرب المظاهر ولا يمس الخ) هذه المسئلة ليست من مسائل الاستبراء لكنهما مذكورة في الجامع الصغير استطرادا فان الكلام لما انساق في الاستبراء الى حرمه الدوامي وفي هذه المسئلة حرمه الدوامي ذكرها ويجوز ان يقال صدر الفصل بالاستبراء وغيره وهذه من غيره

(قوله ويجوز ان يقال صدر الفصل بالاستبراء الخ) اقول لكنهما من مسائل باب الطهار

لان الحيض يمتد شطر عمرها والصوم يمتد شهران فرضا أو كثر العمر نفلا في المنع عنها بعض الحرج ولا كذلك ما عدناها القصور مددها وقد صح أن النبي عليه السلام كان يقبل وهو صائم ويصاوم نساءه وهن حيض قال (ومن له أمتان أختان فقبلهما بشهوة فانه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يمك فرج الاخرى غيره بملك أو نكاح أو يعتقها)

وقوله (لان الحيض يمتد شطر عمرها) قال في النهاية أي يقرب من شطر عمرها وهو عشرة أيام في كل شهر فكان قريبا من خمسة عشر يوما وهي نصف الشهر وفيه نظر لانه يشير الى ان الشطر هو النصف ويتقوى بذلك استدلال الشافعي رحمه الله علينا بالحديث على أن أكثر الحيض خمسة عشر يوما وقوله (ومن له أمتان أختان فقبلهما) هذه على ثلاثة أوجه اما ان قبلها أولم يقبلها أو قبل احدها فان لم يقبلها أصلا كان له أن يقبل ويوطأ أيهما شاء سواء كان اشتراهما معا أو على التعاقب وان كان قبل احدها كان له أن يوطأ المقبل دون الاخرى وأما اذا قبلها بشهوة وقيد بذلك لانه اذا لم يكن بشهوة لا يكون معتبرا بالحكم ما ذكره في الكتاب

سبب الملك وحل الوطء حكمه وحكم الشيء يتعقبه فرمان وجود الملك حال عن الحل مطلقا فيجب الاستبراء تقدم التسليم أولا فلم يصلح ما ذكره حيلة لاسقاطه أصلا فتأمل فان هذا من المطارح الى هنا لفظ ذلك البعض أقول ما أورده في خاتمة كلامه ليس بشئ فانه ان أراد بقوله وحكم الشيء يتعقبه أنه يتعقبه زمانا البتة فهو ممنوع جسا وان أراد به أنه يتعقبه ذاتا أي يتوقف عليه فهو مسلم ولكن لا يلزم منه أن يكون زمان وجود الملك خاليا عن الحل مطلقا وبالجملة لا يلزم تأخر حكم الشيء عن الشيء زمانا ممنوع ولزوم تأخره عنه ذاتا مسلم ضرورة كون حكم الشيء متفرعا عليه ولكن لا يلزم منه خلو زمان ما عن الحل مطلقا فمن نحن فيه حتى يجب الاستبراء (قوله لان الحيض يمتد شطر عمرها) قال صاحب النهاية أي يقرب من شطر عمرها وهو عشرة أيام في كل شهر فكان قريبا من خمسة عشر يوما وهي نصف الشهر انتهى واقتفى أثره صاحب النكاح وقال صاحب معراج الدراية أي يقرب شطر عمرها وهو الثلث والمراد البعض انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية وفيه نظر لانه يشير الى أن الشطر هو النصف ويتقوى بذلك استدلال الشافعي علينا بالحديث على أن أكثر الحيض خمسة عشر يوما انتهى أقول نظره ساقط جدا فان الحديث الذي استدلل به الشافعي علينا هو قوله عليه السلام في نقصان دين المرأة تفعدا حداهن شطر عمرها لا تصوم ولا تنصلي ووجه استدلاله أن المراد به زمان الحيض والشطر هو النصف فكان أكثر مدة الحيض خمسة عشر يوما وقال السراج هناك حتى صاحب العناية نفسه ليس المراد بالشطر في الحديث حقيقة لان في عمرها زمان الصغر ومدة الحبل وزمان الاياس ولا تحيض في شئ من ذلك فعرفنا أن المراد به ما يقارب الشطر واذا قدرنا العشرة ثم هذه الآثار كان مقار بالشطر وحصل التوفيق انتهى فظهر من ذلك انه اذا كان الشطر هو النصف كما أشار اليه صاحب النهاية هما ونص عليه الجوهري في صحاحه والمطرزي في المغرب لا يتقوى استدلال الشافعي علينا بالحديث المذكور بل لا يتمشى استدلاله به علينا أصلا حيث لم يكن مجال لتكون الشطر هناك على حقيقة لعدم مساعدة عمر المرأة لها كما بينوا بل لا بد وأن يحمل على المجاز بان يكون المراد به ما يقارب الشطر كما ذكره قاطبة هناك وعليه جرى صاحب النهاية هنا أيضا فكان صاحب العناية نسي ما قدمت يدها ثم ان بعض المتأخرين قال في هذا المقام وشطر الشيء نصفه وبعضه والمراد به هنا هو الثاني دون الاول كما ذهب اليه صاحب النهاية ولهذا أوله بما يقرب من شطره وقال فانه عشرة أيام وهو قريبا من خمسة عشر يوما وهي نصف الشهر فكانه زعم أن الشطر لا يجي إلا بمعنى النصف انتهى كلامه أقول ليس هذا بسديد لان مجيء الشطر بمعنى البعض أمثل ذكره صاحب القاموس حيث قال الشطر نصف الشيء وجزؤه ومنه حديث الاسراء فوضع شطرها أي بعضها انتهى ولكن ذلك ليس بقطعي في أن يكون الشطر حقيقة في معنى البعض أيضا فان أكثر كتب اللغة غير متكفل بالفرق بين الحقيقة والمجاز ولئن سلم انه حقيقة في معنى البعض أيضا فليس معنى البعض بمناسب للقيام لان مجرد تحقق الحيض في بعض عمرها لا يقتضي الحرج في المنع عن الدوام أيضا حالة الحيض وانما الذي يقتضي الحرج في ذلك تحقق الحيض في نصف عمرها أو في قريبا من نصف عمرها اطول مدة الحيض اذ ذلك وهو المفضي الى الحرج فلذلك جعل صاحب النهاية الشطر الواقع في عبارة

وأصل هذا أن الجمع بين الاختين المملوكتين لا يجوز وطا لاطلاق قوله تعالى وأن تجمعوا بين  
 الاختين ولا يعارض بقوله تعالى أو ماملكت أيمانكم لان الترجيح للحرم وكذا لا يجوز الجمع  
 بينهما في الدوامي لاطلاق النص ولان الدوامي الى الوطه بمنزلة الوطه في التحريم على ما مهدنا من قبل فاذا  
 قبلهما فكانه وطم ما ولو وطم ما فليس له أن يجمع احدهما ولا أن يأتي بالدوامي فيه ما فكذا اذا قبلهما  
 وكذا اذا مسهما بشهوة ونظر الى فرجهما بشهوة ولما بيننا الا أن يملك فرج الاخرى غيره بملك أو نكاح  
 أو بعثها لانه لما حرم عليه فرجهما يبقى جامعا وقوله بملك أراد به ملك عين فينتظم التملك بسائر أسبابه  
 بعبارة وغيره وتلك الشقة فيه كتمليك الكل لان الوطه يحرم به وكذا اعتناق البعض من احدهما  
 كاعتناق كلها

المصنف ههنا على النصف وأوله بالقرب من النصف ليوافق مذهبا في أكثر مدة الحيض (قوله  
 وأصل هذا أن الجمع بين الاختين المملوكتين لا يجوز وطا لاطلاق قوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين  
 ولا يعارض بقوله تعالى أو ماملكت أيمانكم لان الترجيح للحرم) قال تاج الشريعة فان قلت الاصل  
 في الدلائل الجمع وأمكن هنا بان يحصل قوله وأن تجمعوا على النكاح وقوله أو ماملكت أيمانكم على  
 ملك اليمين قلت المعنى الذي يحرم الجمع بين الاختين نكاحا وحدهنا وهو وقطعة الرحم فيثبت الحكم  
 هنا أيضا لان قوله أو ماملكت أيمانكم مخصوص اجما فان أمه وأخته من الرضاع والامة المحوسبة  
 حرام فلا يعارض ما ليس بمخصوص وهو المحرم للجمع انتهى كلامه واقتنى أثره صاحب الكفاية  
 والشارح العيني أقول في كل من وجهي الجواب نظر أما في الوجه الاول فلان حاصله أنه على تقدير  
 أن يحصل قوله وأن تجمعوا على النكاح يثبت حكم حرمة الجمع بين الاختين وطا بملك اليمين أيضا دلالة  
 لو جرد المعنى المحرم فيه أيضا وهو وقطعة الرحم لكنه ليس بتام اذ قد تقرر في أصول الفقه أن عبارة  
 النص وأشارته ترجحان على دلالة النص عند التعارض والظاهر أن افادة عدم قوله تعالى أو ماملكت  
 أيمانكم حل الجمع بين الاختين المملوكتين وطا بالعبارة ولا أقل من أن يكون بالإشارة فيسلم أن يترك  
 بهادلالة الآية الاخرى على حرمة الجمع بينهما وطا على مقتضى قاعدة الاصول وأما في الوجه الثاني  
 فلان حاصله ان قوله تعالى أو ماملكت أيمانكم من قبيل العام الذي خص منه البعض فصار ظنيا  
 لتكن الشبهة كما عرف في علم الاصول فلا يصلح أن يعارض ما هو ليس بمخصوص وهو المحرم للجمع  
 لكونه قطعيا لكنه ليس بتام أيضا اذ قد تقرر في أصول الفقه أن العام الذي خص منه البعض انما يكون  
 ظنيا اذا كان المخصص موصولا وأما اذا كان مفصولا متأخرا فالخاص انذاك يكون ناسخا للعام في  
 القدر الذي تناوله الخاص ويكون العام في الباقي قطعيا بلا شبهة والظاهر أن مخصص الام والاخت من  
 الرضاع والامة المحوسبة من قوله تعالى أو ماملكت أيمانكم ليس بموصول به فلم يكن ظنيا في الباقي  
 بل كان قطعيا كالحرم للجمع فلم يظهر الرجحان من ذلك الوجه حتى لا يصلح المعارضة فتأمل (قوله وقوله  
 بملك أراد به ملك عين فينتظم التملك بسائر أسبابه بعبارة وغيره) قال صاحب العناية قوله فينتظم التملك  
 بسائر أسبابه أي أسباب التملك كالشراء والوصية والميراث والخلع والكتابة والهبة والصدقة انتهى  
 أقول في بعض عمليته خطأ وهو الوصية والميراث والكتابة أما في الوصية والميراث فلان تملك الغير في  
 الوصية والميراث انما يثبت بعدم موت الموصي والمورث فكيف يدخل ذلك تحت قوله بملك في قوله فانه  
 لا يجمع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الاخرى غيره  
 بملك أو نكاح فان شيا من الجماعة والمس والنظر لا يتصور بهد الممات على أن نفس التملك أيضا على  
 حقيقة غير متصور في الارث وأما في الكتابة فلانها ملحقة بالاعتناق كما يصرح به المصنف بقوله وكذا  
 الكتابة كالاتفاق في هذا فكانت من فروع قوله أو بعثها غير داخله في قوله حتى يملك فرج الاخرى غيره

وهو مذهب علي رضي الله  
 عنه ع لاطلاق قوله تعالى  
 وأن تجمعوا بين الاختين  
 وكان عثمان رضي الله عنه  
 يقول أحلتها ما آية يعني  
 قوله تعالى أو ماملكت  
 أيمانكم وحرمتها آية يعني  
 قوله تعالى وأن تجمعوا بين  
 الاختين والاصل ل في  
 الابضاع الحل بعد وجود  
 سبب الحل وقد وجد وهو  
 ملك اليمين قال المصنف  
 رحمه الله (ولا يعارض بقوله  
 تعالى أو ماملكت أيمانكم  
 لان الترجيح للحرم) لا يقال  
 يجوز أن يكون المراد بالجمع  
 بينهما نكاحا فلا يتناول  
 محل النزاع لان النكاح  
 سبب مشروع لا ووطه محرمة  
 الجمع بينهما نكاحا دليل على  
 حرمة الجمع بينهما وطا فوجب  
 ترجيح المحرم والباقي واضح

قوله (وكذا الكتابة كالاتفاق) كلمة كذا زائدة وقوله (في هذا) أي في أنه يجعل وطه الأخرى واستشكل ذلك لأنها بالكتابة لم تخرج عن ملك المولى حتى يلزمه استبراء جديد بعد العجز ولم يجعل فرجهما غيره فكان ينبغي أن لا يجعل له وطه الأخرى وأجيب بأن الحل يزول بالكتابة ولهذا يلزمه العقد بوطها فجعل زوال الحل عنها بالكتابة كزواله بالتزويج فيحل له أن يوطأ الأخرى وقوله (ويكره أن يقبل الرجل فم الرجل الخ) واضح وعن عطاء ابن عباس (١٣٠) رضي الله عنهما سئل عن المعانقة فقال أول من عانق إبراهيم الخليل

صلى الله عليه كان مكة فأقبل إليها والقرنين فلما كان بالبطح قيل له في هذه البلدة إبراهيم خليل الرحمن فقال ذوالقرنين ما ينبغي لي أن أركب في بلدة فيها إبراهيم خليل الرحمن فنزل ومشي إلى إبراهيم فسلم عليه إبراهيم عليه السلام واعتنقه فكان هو أول من عانق والشيخ أبو منصور رحمه الله وفق بين هذه الأحاديث فقال المكروه من المعانقة ما كان على وجه الشهوة وعبر عنه المصنف رحمه الله بقوله في أزار واحد فانه سبب يقضي اليها فأما على وجه البر والكرامة إذا كان عليه قيس أو جبهة فلا بأس به وعن سفيان رحمه الله تقبيل يد العالم سنة وتقبيل يد غيره لا يرضى فيه ولم يذكر القيام تعظيماً للغير وروى عن أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يكره القيام وعن الشيخ الحكيم أبي القاسم رحمه الله أنه كان إذا دخل عليه أحد من الأغنياء يقوم له ويعظمه ولا يقوم

وكذا الكتابة كالاتفاق في هذا لسبوت حرمة الوطء بذلك كله وبرهن أحدهما وأجارتها وتديرها لا تحل الأخرى الأخرى أي أنهما لا يخرج بها عن ملكه وقوله أو نكاح أراد به النكاح الصحيح أما إذا زوج أحدهما نكاحاً فاسداً لا يباح له وطه الأخرى لأن يدخل الزوج بها فيه لأنه يجب العدة عليها والعدة كالنكاح الصحيح في التحريم ولو وطئ أحدهما أحل له وطء الموطوءة دون الأخرى لأنه يصير جامعا بوطء الأخرى لا بوطء الموطوءة وكل أمر آئين لا يجوز الجمع بينهما نكاحاً فيما ذكرناه بمنزلة الاختين قال (ويكره أن يقبل الرجل فم الرجل الخ) وذكر الطحاوي أن هذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا بأس بالتقبيل والمعانقة لما روى أن النبي عليه السلام عانق جعفر رضي الله عنه حين قدم من الحبشة وقبل بين عينيه ولهما ما روى أن النبي عليه السلام نهى عن المكامعة وهي المعانقة وعن المكامعة وهي التقبيل وما رواه محمود على ما قبل التحريم قالوا الخلاف في المعانقة في أزار واحد أما إذا كان عليه قيس أو جبهة فلا بأس بها بالاجماع وهو الصحيح قال (ولا بأس بالمصافحة) لأنه هو المتوارث وقال عليه السلام من صافح أخاه المسلم وحرك يده تناثرت ذنوبه

ملك إذا المراد بالملك هنا ملك الميمين بدلالة عطف قوله أو نكاح عليه ولا يتصور تملك الفرج غيره ملك عين بالكتابة كما لا يخفى على من عرف معنى الكتابة شرعاً (قوله وكذا الكتابة كالاتفاق في هذا لسبوت حرمة الوطء بذلك كله) قال صاحب العناية كلمة كذا في قوله وكذا الكتابة كالاتفاق زائدة وقال الشارح العيني بعد نقل ذلك قلت زيادة كذا في كلام العرب غير مشهورة انتهى أقول هذا كلام عجيب إذ لا شك أن مراد صاحب العناية أن كلمة كذا هي نازئة أي مستدركة لأنهم زائدة كزيادة بعض الحروف لتحسين اللفظ كما توهمه العيني حتى يتوجه اليه قوله زيادة كذا في كلام العرب غير مشهورة وبالجملة مراد صاحب العناية الدخول لا التوجيه فمأذ كره العيني لغو محض ثم أقول يمكن توجيه عبارة المصنف بما ينسب به الاستدراك في كلمة كذا وهو أن مراد المصنف وكذا أي وكذا كون اعتناق البعض من أحدهما كاعتناق الكل الكتابة كالاتفاق أي كاعتناق الكل حينئذ يصير المقصود من كلمة كذا هي نازئة أو التشبيه بما قبله كما كان المقصود من كلمة كذا في قوله وكذا اعتناق البعض من أحدهما كاعتناق كلها هو التشبيه أيضاً بما قبله فكانه قال وأيضاً الكتابة كالاتفاق في هذا والغرض من التشبيه التثريب في تعليل واحد كما يرشد إليه قوله لسبوت حرمة الوطء بذلك كله فتدبر (قوله وبرهن أحدهما وأجارتها وتديرها لا تحل الأخرى الأخرى الأخرى) أقول كان الظاهر في التعليل هنا أن يقول لأنه لا تثبت بها حرمة الوطء فإن مجرد عدم خروجها عن ملكه لا يقتضي أن لا تحل له الأخرى الأخرى أي أنها لا تخرج عن ملكه بالكتابة أيضاً كما تقرر في كتاب المكاتب وصرح به الشراح أيضاً هنا فيما قبل مع أنه إذا كاتب أحدهما تحل له الأخرى كما مر آنفاً وجعل الملك في قوله لا تخرج بها عن ملكه على ملك الوطء كما فعله بعض المتأخرين تعسف لا يخفى إذا المستعمل في اللغة والعرف حل الوطء لا ملك الوطء وإنما يقال ملك الميمين أو ملك النكاح (قوله ولهما ما روى أنه عليه السلام نهى عن المكامعة وهي المعانقة وعن المكامعة وهي التقبيل)

فصل

للفقراء وطالبة العلم فقيل في ذلك فقال لان الأغنياء يتوقعون مني التعظيم فلو تركت

تعظيمهم تضرروا والفقراء وطلبة العلم لا يطمعون مني ذلك وإنما يطمعون جواب السلام والكلام معهم في العلم ونحوه فلا يتضررون بترك القيام

(قوله فقال المكروه من المعانقة ما كان على وجه الشهوة) أقول سواء كان في أزار واحد أو كان عليه جبهة أو قيس فبين ما ذكره الشيخ أبو منصور وما ذكره المصنف فرق ظاهر ولعل الأولى ما ذكره الشيخ

قال في غاية البيان وتفسير المكامعة بالمعانقة فيه نظرا لانه قال في ديوان الادب وغيره كأمع امرأته  
ضاجعها وكأمع المرأة قبلها وقال في الفائق نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المكامعة والمكامعة  
أى عن ملائمة الرجل الرجل ومضاجعته اياه لاستترينهما الى هنا لفظ غاية البيان وقال العيني بعد  
نقل ذلك قلت فيه نظر لان المضاجع هو المعانق غالبا ولا يضاجع أحد غيره الا والغالب  
أنه يعانقه اه أقول ليس هذا بشئ لأن كونه المضاجع هو المعانق غالبا ممنوع ولو سلم ذلك  
فلا يلزم منه أن تكون المكامعة هي المعانقة في الغالب وانما الذي يلزم منه أن يلزم المكامعة  
والمعانقة في الغالب ولا شك أن أحد المتلازمين لا يكون عين الآخر كالابوة والبنوة فكيف يصح  
تفسير احدهما بالآخرى ولو سلم صحة التفسير باللازم بناء على المسامحة لم يفدها لان المضاجعة  
لما وجدت بدون المعانقة وان كان في غير الغالب كانت المعانقة أخص من المضاجعة فلم يصح  
تفسير المكامعة التي هي المضاجعة بالمعانقة بناء على عدم صحة التفسير بالأخص ونظر صاحب الغاية  
انما هو في تفسير المكامعة بالمعانقة لا غير وقال بعض المتأخرين وفسرها المصنف بالمعانقة مع أن  
المكامعة هي المضاجعة في ديوان الادب وغيره كأمع امرأته ضاجعها بناء على أن الكلام في المعانقة  
والظاهر أن ما نهى من المضاجعة هو ما كان على سبيل المعانقة لعدم الخلاف في اباحة المضاجعة  
لا على ذلك الوجه على أن المكامعة بحسب اللغة هي المضاجعة المخصوصة لا مطلق المضاجعة  
في القاموس كأمع ضاجعه في ثوب واحد الى هنا كلام ذلك البعض في شرحه وقال في الحاشية  
فيه رد على صاحب الغاية أقول كل من مقدمات كلامه مجروح بما قوله بناء على أن الكلام في  
المعانقة تعليلا لتفسير المصنف المكامعة بالمعانقة فظاهر البطلان لان كون الكلام في المعانقة  
كيف يسوغ تفسير المكامعة بغير معناها وهل يقول العاقل بتغيير معنى لفظ الحديث ليكون  
مطابقا للمدعى وأما قوله والظاهر أن ما نهى من المضاجعة هو ما كان على سبيل المعانقة فممنوع إذ لم  
يقبل أحد من الثقات بهذا التخصيص عند بيان المراد بالمكامعة المذكورة في الحديث بل أطلقوها  
قال الزمخشري في الفائق نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المكامعة والمكامعة أى عن ملائمة الرجل  
الرجل ومضاجعته اياه لاستترينهما انتهى وقال الجوهري في الصحاح وكأمع مثل ضاجعه والمكامعة  
التي نهى عنها في الحديث أن يضاجع الرجل الرجل لاستترينهما انتهى وقال المطرزي في المغرب نهى  
عن المكامعة والمكامعة أى عن ملائمة الرجل الرجل لاستترينهما وما مضاجعته اياه في ثوب واحد  
لاستترينهما هذا هو المراد بهما في الحديث عن أبي عبيد القاسم بن سلام وابن دريد وغيرهما وهكذا  
حكاه الأزهري والجوهري انتهى وأما قوله لعدم الخلاف في اباحة المضاجعة لا على ذلك الوجه  
فممنوع أيضا لا شك أن شناعة مضاجعة الرجل الرجل في ثوب واحد لاستترينهما ليست بأقل من  
شناعة مجرد المعانقة ولو في غير داخل الثوب فكيف يقول باباحة الاولى من لا يقول باباحة الثانية  
سما عدا إطلاق الحديث بل كونه حقيقة في نفس المضاجعة وأما قوله على أن المكامعة  
بحسب اللغة هي المضاجعة المخصوصة لا مطلق المضاجعة واستشهد به في القاموس فليس  
بمفيد أصلا لانها وان كانت هي المضاجعة المخصوصة الآن معناها ليس عين معنى المعانقة  
ولامساواة في التحقق لان كماله تحقق كل منهما مع الآخر في بعض الصور كما عرفت من قبل  
فكيف يصح تفسير المكامعة بالمعانقة كما هو حاصل نظر صاحب الغاية في أن يحصل الرد  
عليه بما ذكره ذلك القائل ولعمري ان مفاصلة التأمل مما يضيق عن الاطاحة به نطاق البيان والله  
سبحانه وتعالى المستعان

**فصل في البيع** أخر فصل البيع عن فصل الاكل والشرب والمس والوطه لان أثر تلك الافعال متصل ببدن الانسان وهذا لا وما كان أكثر اتصالا كان أحق (١٢٢) بالتقديم قال (ولابأس يبيع السرقي) كلامه واضح وقوله (في الصحيح)

**فصل في البيع** قال (ولابأس يبيع السرقي ويكره بيع العذرة) وقال الشافعي لا يجوز بيع السرقيين أيضا لأنه نجس العين فشابه العذرة وجد الميتة قبل الدباغ ولنا أنه منتفع به لأنه يلبس في الاراضى لاستكثار الربع فكان مالا والمال محل للبيع بخلاف العذرة لأنه لا ينتفع بها الا مخلوطا ويجوز بيع المخلوط هو المروي عن محمد وهو الصحيح وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط لا بغير المخلوط في الصحيح والمخلوط بمنزلة زيت خالطه النجاسة قال (ومن علم بجارية أنها رجل فرأى آخر يبيعها وقال وكانى صاحبها يبيعها فإنه يسهه أن يتناها ويطأها) لأنه أخبر بجبر صحيح لا منازع له وقول الواحد في المعاملات مقبول على أي وصف كان لما مر من قبل وكذا إذا قال اشترى بها منسه أو وهبها لي أو تصدق بها على لما قلنا وهذا إذا كان ثقة

**فصل في البيع** قال الشراح أخر فصل البيع عن فصل الاكل والشرب والمس والوطه لان أثر تلك الافعال متصل ببدن الانسان وهذا لا وما كان أكثر اتصالا كان أحق بالتقديم انتهى أقول كان المناسب بسياق كلامهم أن يقولوا وما كان متصلا كان أحق بالتقديم الا أنهم قالوا وما كان أكثر اتصالا كان أحق بالتقديم افادة في ضمن بيان وجه تأخير هذا الفصل وجه تأخير الفصول السابقة بعضها عن بعض أيضا لان ما هو المتقدم منها أكثر اتصالا ببدن الانسان مما هو المتأخر كما يظهر بالتأمل الصادق (قوله وهذا إذا كان ثقة) قال صاحب العناية فان قيل قوله وهذا إذا كان ثقة يناقض قوله على أي وصف كان أوجب بأن معنى قوله ثقة أن يكون ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لجواز أن لا يكذب الفاسق لمروته ولو جاهته انتهى واقتضى أثره العيني وقد سبقهما الى ما أخذ هذا السؤال والجواب تاج الشريعة وصاحب الكفاية حيث قالوا تأويل قوله وهذا إذا كان ثقة بعد قوله على أي وصف كان يعني أنه ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لانه يجوز أن يكون فاسق صادق القول لا يكذب لمروته انتهى أقول لا السؤال شيء ولا الجواب أما الاول فلان المصنف لم يقتصر على قوله وهذا إذا كان ثقة بل قال بعده وكذا إذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق فلا يناقض ما ذكره ههنا قوله فيما قبل على أي وصف كان نعم قوله وان كان أكبر رأيه أنه كاذب لم يسهه أن يتعرض لشيء من ذلك على عدم دخول بعض جزئيات غير الثقة في الحكم السابق ولا ضمير فيه لان المستفاد من قوله على أي وصف كان عموم الاوصاف لا عموم الجزئيات وكلامه ههنا تفصيل لما أجمله فيما قبل ولا بعد في أن يفيد التفصيل مالا يفيد الاجمال وأما الثاني فلانه لو كان معنى قول المصنف ثقة في قوله وهذا إذا كان ثقة أن يكون ممن يعتمد على كلامه كما توهمه هؤلاء الشراح دون معنى العدالة كما هو الظاهر لما تم معنى قوله وكذا إذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق اذ يصير حينئذ معنى قوله غير ثقة ممن لا يعتمد على كلامه وفي شأن من لا يعتمد على كلامه كيف يتصور أن يكون أكبر رأى السامع أنه صادق ولما تم تعليل ذلك بقوله لان عدالة المخبر غير لازمة لان عدم لزوم عدالة المخبر لا يدل على لزوم الاعتماد على كلامه اذا المفروض من الجواب المذكور جواز كون الفاسق أيضا ممن يعتمد على كلامه فيكون ممن يعتمد على كلامه أعم من العدل ولا شك أن عدم لزوم الاخص لشيء لا يقتضى عدم لزوم الاعتماده فالصواب أن مراد المصنف بقوله اذا كان ثقة اذا كان عدلا وبقوله وكذا اذا كان غير ثقة وكذا اذا كان غير عدل ولا تناقض بين ذلك وبين قوله على أي وصف كان أصلا كما تحققتة آنفا وما يفسح عن كون المراد بالثقة وبغير الثقة ههنا ما ذكرناه كلام صاحب المحيط حيث قال هذا اذا كان

احتراز عن الرواية الاخرى وهي أن الانتفاع بالعذرة الخالصة يجوز وقوله على أي وصف كان) يعني حرا كان أو عبدا مسلما أو كافرا رجلا أو امرأة وقوله (لما مر من قبل) يعني في فصل الاكل والشرب في قوله (ومن أرسل أجرا له مجوسيا وهذا لان خبر الواحد في المعاملات مقبول من غير شرط العدالة دفعا للخبر وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لانه أخبر بجبر صحيح لا منازع له فان قيل قوله وهذا إذا كان ثقة يناقض قوله على أي وصف كان أوجب بان معنى قوله ثقة أن يكون ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لجواز أن لا يكذب الفاسق لمروته أولوا جهته

**فصل في البيع** (قوله فان قيل قوله وهذا اذا كان ثقة يناقض قوله على أي وصف) أقول ممنوع لان غير العدل لا يلزم ان يدخل تحت قوله على أي وصف كان على ما بينه نفسه ولو سلم فلم يقل المصنف لا يقبل قول غير الثقة الا يرى الى قوله وكذا اذا كان غير ثقة وقوله

لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة لكن يرد على المصنف أنه اذا كان قبول خبره متوقفا على حصول أكبر وكذا الرأي لا يبيح فرق بينهما وبين البيانات فان خبر الفاسق يقبل فيها أيضا أكبر رأى على ما مر وجوابه أن خبر الفاسق انما يقبل في البيانات با أكبر رأى اذا حصل بعد التصريح بخلاف ما نحن فيه بحيث لا يشترط التصريح فتأمل (قوله أوجب بأن معنى قوله ثقة) أقول فيه بحث

الخبر عدلا وان كان الخبر غير ثقة أو كان لا يدري أنه ثقة أو غير ثقة برديه أن الخبر إذا كان فاسقا أو مستورا  
 نظريه فان كان كبرأ به أنه صادق الى آخر كلامه فانه ذكر عدلا موضع ثقة وفسر غير ثقة في قول  
 محمد وان كان الخبر غير ثقة بالفاسق ومن لا يدري أنه ثقة أو غير ثقة بالمستور حيث قال برديه أن الخبر  
 اذا كان فاسقا أو مستورا ومن يتبع كلمات ثقات المشايخ في باب مسائل قبول خبر الواحد في كتبهم  
 المعتبرة لا يشبهه عليه أن المراد بالثقة هو العدل وبغير الثقة غير العدل فانهم كثيرا ما يذكرون كل  
 واحد من لفظي العدل والثقة موضع الآخر وكذا الحال في غير الثقة وغير العدل وقال بعض المتأخرين  
 في حل هذا المقام قوله وقول الواحد في المعاملات مقبول على أي وصف كان به حتى عدلا كان أو غير  
 عدل صيبا كان أو بالغا كان أو عبدا مسلما كان أو كافرا حرا كان أو امرأة لكن بشرط كونه  
 ثقة يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لجواز أن يعتمد على قوله اذا كان وحيث في الناس ذا مروءة لانه  
 لا يعيل الى حطام الدنيا وجهته ولا يكذب لمروءته فلا منافاة بين عدم اشتراط العدالة كما دل عليه  
 قوله على أي وصف كان وبين اشتراط كونه ثقة كما صرح به بقوله وهذا اذا كان ثقة لان الثاني أعم  
 من الاول ولو سلم فلا منافاة أيضا لان الإشارة بلفظ هذا الى كونه في سعة من ابتاعها بمجرد قوله وكان  
 صاحبها يبيعها الى قبول قول الواحد في المعاملات فان قوله يقبل أيضا اذا لم يكن ثقة كما صرح به  
 بقوله وكذا اذا كان غير ثقة الا أن قبوله يكون مع ضخمة التحري الموافق الى هنا كلامه أقول فيه  
 فساد من وجوه الاول ان قوله لكن بشرط كونه ثقة يعتمد على كلامه يتا في قول المصنف رحمه الله  
 وكذا اذا كان غير ثقة أو كبرأ به أنه صادق فكيف يصح شرح كلامه بما ينافيه صريح عبارته  
 والثاني ان قوله وبين اشتراط كونه ثقة كما صرح به بقوله وهذا اذا كان ثقة ليس بصحيح لان قول المصنف  
 وهذا اذا كان ثقة انما يكون نصرا بما يشترط كونه ثقة أن لو اقتصر الكلام عليه ولم يقل وكذا اذا  
 لم يكن غير ثقة ولما قال وكذا اذا كان غير ثقة كان كلامه صريحا في عدم اشتراط كونه ثقة كما لا يخفى  
 والثالث ان قوله ولو سلم فلا منافاة أيضا فاسد المعنى لان معناه لو سلم المناقاة بين عدم اشتراط  
 العدالة وبين اشتراط كونه ثقة فلا منافاة أيضا ولا شك أن تسليم المناقاة يناقض القول بعدم المناقاة  
 فكان مضمون كلامه المزبور جمع بين التقيضين اللهم الا أن يكون قوله ولو سلم ناظرا الى قوله لان الثاني  
 أعم من الاول لا الى قوله فلا منافاة بين عدم اشتراط العدالة الخ فالمعنى ولو سلم عدم عموم الثاني  
 من الاول فلا منافاة أيضا والرابع ان قوله لان الإشارة بلفظ هذا الى كونه في سعة من ابتاعها بمجرد  
 قوله وكان صاحبها لا الى قبول قول الواحد في المعاملات ظاهر البطلان لان المصنف وغيره علموا كونه  
 في سعة من أن يبتاعها ويأها بكون قول الواحد في المعاملات مقبولا على أي وصف كان فلو كان  
 الاول مشروطا بكونه ثقة دون الثاني لما صح تعليل الاول بالثاني ضرورة عدم استلزام تحقق العام بتحقيق  
 الخاص والخامس ان قوله فان قوله يقبل أيضا اذا لم يكن ثقة كما صرح به بقوله وكذا اذا كان غير ثقة  
 يدل على خلاف مدعاه من كون الإشارة بلفظ هذا الى كونه في سعة من ابتاعها بمجرد قوله وكان  
 صاحبها لا الى قبول قول الواحد في المعاملات اذ لا شك أن قول المصنف وكذا اذا كان غير ثقة  
 عطف على قوله وهذا اذا كان ثقة ولا ريب أن محل الحكم في المعطوف والمعطوف عليه واحد وهو  
 ما أشير اليه بلفظ هذا في المعطوف عليه فاذا كان صريحا معنى قوله وكذا اذا كان غير ثقة وكذا يقبل  
 قول الواحد اذا كان غير ثقة كما عترف به فلا جرم أن يكون معنى قوله وهذا اذا كان ثقة وقبول قول  
 الواحد اذا كان ثقة على أن يكون لفظ هذا إشارة الى قبول قول الواحد وهو خلاف ما ادعاه والسادس  
 ان اعترافه هنا بكون قول الواحد مقبولا فيما اذا كان غير ثقة أيضا يكون قول المصنف وكذا اذا  
 كان غير ثقة صريحا في ذلك يناقض قوله في صدر كلامه وقول الواحد مقبول على أي وصف كان

وكذا اذا كان غير ثقة وكبر رأيه أنه صادق لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة على ما مر  
وان كان كبر رأيه أنه كاذب لم يسع له أن يتعرض لشيء من ذلك

ولكن بشرط كونه ثقة يعتمد على كلامه وبالجملة ما ذكره ذلك البعض في هذا المقام برمته خارج  
عن نهي الصواب كما لا يخفى على ذوي الالباب (قوله وكذا اذا كان غير ثقة وكبر رأيه أنه صادق  
لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة على ما مر) قلت تعليقه بقوله لان عدالة المخبر في  
المعاملات غير لازمة دليل واضح على كون مراده بغير الثقة غير العدل وبالثقة العدل كما ينه عليه  
من قبل اذ لو كان مراده بالثقة من يعتمد على كلامه وان كان فاسقا وبغير الثقة من لا يعتمد على  
كلامه كما هو جماعته من الشراح على ما مر لما صح تعليل قبول قول غير الثقة اذا كان كبر  
الرأي أنه صادق بقوله لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة فانه لا يلزم من عدم لزوم عدالة عدم  
لزوم كونه من يعتمد على كلامه فلا يتم التقريب كما لا يخفى بقي في هذا المقام كلام وهو أن الذي  
ظهر مما ذكره ههنا هو أن عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة ولكن لا بد في قبول قوله اذا كان غير  
عدل من أن يكون كبر رأى السامع أنه صادق وقد مر في أوائل كتاب الكراهية أنهم فرقوا بين  
المعاملات والديانات بأنه يقبل في المعاملات قول الفاسق مطلقا ولا يقبل في الديانات قول الفاسق  
ولا المستورا الا اذا كان كبر رأى السامع أنه صادق فكان ما ذكره ههنا مخالفا لما مر هناك لان  
ما اعتبر هناك في الديانات دون المعاملات قد اعتبر ههنا في المعاملات أيضا وقد تنبه بعض الفضلاء  
لورود هذا الاشكال فذكر اجال ما ذكرناه وأجاب عنه حيث قال يرد على المصنف أنه اذا كان  
قبول خبره متوقفا على حصول كبر الرأى لا يفتى في فرق بين المعاملات والديانات فان خبر الفاسق  
يقبل في الديانات أيضا كبر الرأى على ما مر وجوابه أن خبر الفاسق انما يقبل في الديانات بأ كبر  
الرأى اذا حصل بعد التحري بخلاف ما نحن فيه حيث لا يشترط التحري فتأمل انتهى أقول جوابه  
ليس بشئ فان كبر الرأى لا يمكن أن يتحقق بدون التحري اذ التحري طلب ما هو أحرى الامر من في غالب  
الظن كما صرح به في عامة كتب اللغة فمال يطلب ذلك ولم يتوجه اليه كيف يتصور حصول كبر  
الرأى فلامعنى لعدم اشتراط التحري فيما نحن فيه عند اشتراط كبر الرأى فيه وانما اعتبار  
أ كبر الرأى فيه اعتبار التحري بعينه وعن هذا وقع التعبير في بيان هذه المسئلة بعينها في المحيط البرهاني  
بلفظ التحري بدل كبر الرأى حيث قال فيه وان كان الذي في يديه الجارية فاسقا لا تثبت اباحة  
المعاملة معه بنفس الخبر بل يتحري في ذلك فان وقع تحريه على أنه صادق حل له الشراء منه وان  
وقع تحريه على أنه كاذب لا يحل له أن يشترطه منه وان لم يكن له رأى يبقى ما كان على ما كان كافي  
الديانات انتهى ثم أقول الاشكال المذكور لا يختص بهذا الكتاب بل يتجه على غيره أيضا وعن هذا  
قال المحقق التفتازاني في التلويح ذكر فيخر الاسلام في موضع من كتابه أن اخبار غير العدل يقبل في  
المعاملات من غير انضمام التحري وفي موضع آخر أنه يشترط التحري ومحمد رحمه الله ذكر القيد  
في كتاب الاستحسان ولم يذكره في الجامع الصغير وقال في التوجيه فقبل يجوز أن يكون المذكور  
في كتاب الاستحسان نفسه الما ذكره في الجامع الصغير فيشترط التحري ويجوز أن يشترط استحسانا  
ولا يشترط رخصة ويجوز أن يكون في المسئلة روايتان انتهى وقد ذكر في ما مر في أوائل  
كتاب الكراهية بعد نقل هذه التوجيهات عن التلويح أن المختار عندي من بينهما هو التوجيه الثاني  
لانه هو الحاسم لمادة الاشكال الفارق بين المعاملات والديانات اذ لارخصة في الديانات بدون التحري  
والآن أيضا أقول كذلك فيحصل به التوفيق بين الكلامين في المقامين في هذا الكتاب وغيره



وقوله (لان كبر الراى يقوم مقام اليقين) يعنى فيها هو اعظم من هذا كالفروج والدماء الاترى ان من تزوج امرأه فأدخلها عليه انسان وأخبره انها امرأته وسعه أن يطأها اذا كان ثقة عنده أو كان أكبر رآه انه صادق وكذا اذا دخل رجل على غيره ملبساً شارباً سيفه فلصاحب المنزل أن يقتله اذا كان أكبر رآه انه لص قصد قتله وأخذ ماله واذا كان أكبر رآه انه هارب من لص لم يجزى بذلك وقوله (الا أن يكون مثله لا يملك مثل ذلك) كدره في بد فغير لا يملك شيئاً أو كتاب في يد جاهل لم يكن (١٣٥) في آياته من هو أهل لذلك حينئذ يستحب له أن يمتزعه وقوله (وان كان

الذى آتاهها) أى بالجارية لان هذا كله مبنى على قوله ومن علم بجارية أنها لفلان فرأى آخر يبيعها يعنى أن الآى بالجارية اذا كان عبداً أو أمة وقال لاخر وهبتها منك أو بعتم منك فليس لاخر أن يقبلها منه ولأن يشتريها منه حتى يسأل عن ذلك لان المتانى للملك وهو الرق معلوم فيه فما لم يظهر له دليل مطلق للتصرف في حق من رآه في يده لا يجزى له الشراء وقوله (وان لم يكن له رأى لم يشتريها لقيام الحاجر) بالراء المهمة أى المانع فلا بد من دليل وقوله (ولو أن امرأه أخبرها ثقة) بناء على أن القاطع اذا كان طارثاً ولا منازع للخبير به يقبل قول الواحد فان كان ثقة لا يحتاج الى غيره وان لم يكن لابد من انضمام أكبر رآه الخبيرة واذا ظهر ذلك سهل تطيق الفروج عليه وقوله (لان القاطع طارئ فيه) والاقدم الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع اعترض

لان كبر الراى يقوم مقام اليقين وكذا لم يعلم انها فلان ولكن أخبره صاحب الميدانها فلان وأنه وكاه يبيعها أو اشتراها منه والخبير ثقة قبل قوله وان لم يكن ثقة يعتبر أكبر رآه لان اخباره حجة في حقه وان لم يخبره صاحب اليد بشئ فان كان عرفها الاول لم يشتريها حتى يعلم انتقالها الى ملك الثاني لان يد الاول دليل ملكه وان كان لا يعرف ذلك له أن يشتريها وان كان ذواليد فاسق لان يد الفاسق دليل الملك في حق الفاسق والعدل ولم يعارضه معارض ولا معتبراً كبر الراى عند وجود الدليل الظاهر إلا أن يكون مثله لا يملك مثل ذلك حينئذ يستحب له أن يمتزعه ومع ذلك لو اشتراها يرحى أن يكون في سعة من ذلك لاعتماده الدليل الشرعى وان كان الذى آتاهها عبداً أو أمة لم يقبلها ولم يشتريها حتى يسأل لان المملوك لا يملكه فعلم أن الملك فيها غيره فان أخبره أن مولاه أذن له وهو ثقة قبل وان لم يكن ثقة يعتبر أكبر الراى وان لم يكن له رأى لم يشتريها لقيام الحاجر فلا بد من دليل قال (ولو أن امرأه أخبرها ثقة أن زوجها الغائب مات عنها وطبقها ثلاثاً أو كان غير ثقة وآتاهها بكتاب من زوجها بالطلاق ولا تدرى أنه كليله أم لا إلا أن أكبر رآه أنه حق) يعنى بعد التحرى (فلا بأس بأن تعتد ثم تزوج) لان القاطع طارئ ولا منازع وكذا لو قالت لرجل طلقنى زوجى وانقضت عدتى فلا بأس أن يتزوجها وكذا اذا قالت المطلقة الثلاث انقضت

(قوله لان كبر الراى يقوم مقام اليقين) قال صاحب العناية يعنى فيها هو اعظم من هذا كالفروج والدماء الاترى ان من تزوج امرأه فأدخلها عليه انسان وأخبره انها امرأته وسعه أن يطأها اذا كان ثقة عنده أو كان أكبر رآه انه صادق وكذا اذا دخل رجل على غيره ملبساً شارباً سيفه فلصاحب المنزل أن يقتله اذا كان أكبر رآه انه لص قصد قتله وأخذ ماله وان كان أكبر رآه انه هارب من لص لم يجزى بذلك وقوله (الا أن يكون مثله لا يملك مثل ذلك) كدره في بد فغير لا يملك شيئاً أو كتاب في يد جاهل لم يكن (١٣٥) في آياته من هو أهل لذلك حينئذ يستحب له أن يمتزعه وقوله (وان كان الذى آتاهها) أى بالجارية لان هذا كله مبنى على قوله ومن علم بجارية أنها لفلان فرأى آخر يبيعها يعنى أن الآى بالجارية اذا كان عبداً أو أمة لم يقبلها ولم يشتريها حتى يسأل لان المملوك لا يملكه فعلم أن الملك فيها غيره فان أخبره أن مولاه أذن له وهو ثقة قبل وان لم يكن ثقة يعتبر أكبر الراى وان لم يكن له رأى لم يشتريها لقيام الحاجر فلا بد من دليل قال (ولو أن امرأه أخبرها ثقة أن زوجها الغائب مات عنها وطبقها ثلاثاً أو كان غير ثقة وآتاهها بكتاب من زوجها بالطلاق ولا تدرى أنه كليله أم لا إلا أن أكبر رآه أنه حق) يعنى بعد التحرى (فلا بأس بأن تعتد ثم تزوج) لان القاطع طارئ ولا منازع وكذا لو قالت لرجل طلقنى زوجى وانقضت عدتى فلا بأس أن يتزوجها وكذا اذا قالت المطلقة الثلاث انقضت

عليه بانه ان قبل خبر الواحد في افساد النكاح بعد الصحة من هذا الوجه فوجه آخر فيه يوجب عدم القبول وهو أن الملك للزوج فيها ثابت والملك الثابت للغير فيما لا يبطل بخبر الواحد وأجيب بأن ذلك اذا كان ثابتاً بدليل موجب وملكه فيها ليس كذلك بل باستحباب الحال

(قال المصنف وان كان الذى آتاهها عبداً الخ) أقول قوله عبد اخبر كان وآتاهها ماله للذى والهاف في آتاه مفعول وهو الشخص الذى أقدم على الشراء من العبد الذى آتى بالجارية أو من الجارية التى آتى بالجارية والباه في بهاباه التعدي

عدني وتزوجت زوج آخر ودخل بي ثم طلقني وانقضت عدتي فلا بأس بأن يتزوجها الزوج الاول  
وكذا لو قالت جارية كنت أمة فلان فاعتقني لان القاطع طار ولو أخبرها مخبر أن أصل النكاح  
كان فاسدا أو كان الزوج حين تزوجها مرتدا أو أخطأ من الرضاة لم يقبل قوله حتى يشهد بذلك  
رجلان أو رجل وامرأتان وكذا إذا أخبره مخبر أنك تزوجتها وهي مرتدة أو أختك من الرضاة لم  
يتزوج بأختها أو أربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان لأنه أخبره بفساده مقارن والاقدم على العقيد  
على صحته وانكار فساده فثبت المنازع بالظاهر بخلاف ما إذا كانت المنكوحة صغيرة فأخبر الزوج  
أنها ارتضت من أمه أو أخته حيث يقبل قول الواحد فيه لان القاطع طار والاقدم الاول لا يدل  
على انعدامه فلم يثبت المنازع فاقتربا وعلى هذا الحرف يدور الفرق ولو كانت جارية صغيرة لا  
تعتبر عن نفسها في يدرج يدعي أنها له فلما كبرت أقيمها رجل في بلد آخر فقالت أنا حرة الأصل لم يسعه  
أن يتزوجها التحقق المنازع وهو ذوال اليد بخلاف ما تقدم قال (وإذا باع المسلم خيرا وأخذ منها وعليه  
دين فإنه يكره لصاحب الدين أن يأخذ منه وان كان البائع نصرانيا فلا بأس به) والفرق أن البيع في  
الوجه الاول قد بطل لان التلميز ليس بحال متقوم في حق المسلم فيبقى الثمن على ملك المشتري فلا يحل أخذه  
من البائع وفي الوجه الثاني صح البيع لانه مال منقوم في حق الذي فلكه البائع فيحل الاخذ منه قال  
(ويكره الاحتكار في أقوات الأدميين والبهائم اذا كان ذلك في بلد يضر الاحتكار بأهله وكذلك التلقي  
فأما اذا كان لا يضر فلا بأس به) والأصل فيه قوله عليه السلام الجالب من زوق والمحتكر ملعون  
ولانه تعلق به حق العامة وفي الامتناع عن البيع ابطال حقهم وتضييق الامر عليهم فيكره اذا كان  
يضر بهم ذلك بان كانت البلدة صغيرة بخلاف ما اذا لم يضر بان كان المصرك كبيرا لانه حابس ملكه  
من غير اضرار بغيره وكذلك التلقي على هذا التفصيل لان النبي عليه السلام نهى عن تلقي الجلب وعن  
تلقى الركبان قالوا هذا اذا لم يلبس المتلقي على التجار سعر البلدة فان لبس فهو مكروه في الوجهين لانه  
غادر بهم وتخصيص الاحتكار بالاقتوات كالخنطة والشعر والتبن والقت قول أبي حنيفة رحمه الله  
وقال أبو يوسف رحمه الله كل ما أضر بالعامه حبه فهو احتكار وان كان ذهباً أو فضة أو ثوباً وعن  
محمد رحمه الله انه قال لا احتكار في الثياب فأبو يوسف اعتبر حقيقة الضرر وهو المؤثر في الكراهة  
وأبو حنيفة اعتبر الضرر المعهود المتعارف ثم المدة اذا قصرت لا يكون احتكار العدم الضرر وانما  
طالت يكون احتكارا مكروها والتحقيق الضرر ثم قيل هي مقدرة باربعين يوما وقوله عليه السلام

وخبر الواحد أقوى منه  
والباقي واضح قال (وإذا  
باع المسلم خيرا الخ) كلامه  
واضح وروى عن محمد  
رحمه الله انه قال هذا اذا  
كان القضاء والاقتضاه  
بالتراضي فان كان بقضاء  
القاضي بان قضى عليه  
بهذا الثمن غير عالم بكونه ثمن  
الخرطاب له ذلك بقضائه  
وقوله (ويكره الاحتكار)  
الاحتكار افعال من حكر  
أي حبس والمراد به حبس  
الاقتوات متربصا للغلاء  
وقوله (فان لبس فهو  
مكروه في الوجهين) يعني في  
الاضرار وعدمه

الصحة من هذا الوجه فوجه آخر فيه هو جيب عدم القبول وهو أن الملك الزوج فيها ثابت والملك الثابت  
للغير لا يبطل بخبر الواحد وأجيب بأن ذلك اذا كان ثابتا بدليل موجب وملك الزوج فيها في الحال ليس  
بدليل موجب بل باستصحاب الحال وخبر الواحد أقوى من استصحاب الحال كذا في العناية وكثير  
من الشروح وقال بعض المتأخرين بعد ذلك كره هذا الاعتراض والجواب فيه بحث لانه سبق في فصل  
الاكل والشرب ان الحل والحرمه من باب الديانات فيقبل قول الواحد فيها اذا لم تتضمن الحرمه زوال  
الملك كما اذا أخبر واحد عدل بحل طعام فيؤكل أو حرمته فلا يؤكل لان الحرمه لانتافي الملك وأما اذا  
تضمنت زوال الملك فلا يقبل ولا يثبت به الحرمه كما اذا أخبر عدل للزوجين أنهم ارتضعا من فلانة  
لان الحرمه المؤبدة لا تتصور مع بقاء ملك النكاح فاضحل الجواب وبقي الاشكال انتهى كلامه أقول  
بجمله ساقط جدا لان الذي تقر في فصل الاكل والشرب هو أن خبر الواحد العدل يقبل في باب الحل  
والحرمه اذا لم يتضمن زوال الملك وأما اذا تضمن زواله فلا يقبل بناء على أن بطلان الملك لا يثبت بخبر  
الواحد وذلك كلام مجمل لم يفصل فيه أنه اذا تضمن زوال الملك الثابت بدليل موجب لم يقبل وأما اذا  
تضمن زوال الملك الثابت باستصحاب الحال فيقبل فنسأ الاعتراض ههنا نظر الى ظاهر اجمال ما ذكر

من احتكر طعاما أو بعين لينة فقد برئ من الله وبرئ الله منه وقيل بالشهر لان مادونه قليل عاجل  
والشهر وما فوقه كثير أجل وقد مر في غير موضع ويقع التفاوت في المأثمين أن يتر بص العزة وبين  
أن يتر بص القبط والعباد بالله وقيل المدة للعاقبة في الدنيا أما بالمأثم وان قلت المدة والحاصل أن التجارة  
في الطعام غير محجودة قال (ومن احتكر غلة ضيعته أو ما جلبه من بلد آخر فليس بمحتكر) أما الاول  
فلا نه خالص حقه لم يتعلق به حق العامة ألا ترى أن له أن لا يزرع فكذلك له أن لا يبيع وأما الثاني  
فالمذكور قول أبي حنيفة لان حق العامة انما يتعلق بما جمع في المصر وجلب الي فنائها وقال أبو يوسف  
يكروه لا طلاق ماروينا وقال محمد كل ما يجلب منه الى المصر في الغالب فهو بمنزلة فناء المصر يجرم  
الاحتكار فيه لتعلق حق العامة به بخلاف ما اذا كان البلد بعيدا لم تجر العادة بالجلب منه الى المصر لانه  
لم يتعلق به حق العامة قال (ولا ينبغي للسلطان أن يسعر على الناس) لقوله عليه السلام لا تسعروا  
فان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق ولان الثمن حق العاقد فاليه تقديره فلا ينبغي للامام أن  
يتعرض لحقه الا اذا تعلق به دفع ضرر العامة على ما بين واذ ارفع الى القاضي هذا الامر بأمر المحتكر  
بيعه ما فضل عن قوته وقوت أهله على اعتبار السعة في ذلك و ينهاء عن الاحتكار فان رفع اليه حصة  
أخرى حبسه وعزره على ما يرى زجر الله ودفع الضرر عن الناس فان كان أرباب الطعام يتكلمون ويتعدون  
عن القيمة تعديا فاحشا وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين الا بالتسعر فيئذ لا بأس به بمسورة  
من أهل الرأي والبصيرة فاذا فعل ذلك وتعدى رجل عن ذلك وباع بأكثر منه أجازة القاضي وهذا ظاهر  
عند أبي حنيفة لانه لا يرى الحجر على الحر وكذا عندهما الا أن يكون الحجر على قوم بأعيانهم ومن باع منهم  
بما قدره الامام صح لانه غير مكره على البيع وهل يبيع القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه قيل هو  
على الاختلاف الذي عرف في بيع مال المدين وقيل يبيع بالاتفاق لان أبا حنيفة يرى الحجر لدفع ضرر  
عام وهذا كذلك قال (ويكره بيع السلاح في أيام الفتنة) معناه من يعرف أنه من أهل الفتنة لانه  
تسبب الى المعصية وقد بيناه في السير وان كان لا يعرف أنه من أهل الفتنة لا بأس بذلك لانه يحتمل  
أن لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك قال (ولا بأس ببيع العصير من يعلم أنه يتخذ حرا) لان  
المعصية لا تقام بعينه بل بعد تغييره بخلاف بيع السلاح في أيام الفتنة لان المعصية تقوم بعينه قال  
(ومن أجر بيتا ليخذه بيت نار أو كنيسة أو بيعة أو يباع فيه الخمر بالسواد فلا بأس به) وهذا عند  
أبي حنيفة وقال لا ينبغي أن يكره به شيء من ذلك لانه اعانة على المعصية

وقوله (ويتعدون عن القيمة  
تعديا فاحشا) بان يبيعوا  
قسيزا عبائة وهو يشتري  
بخمسين فيمنعون منه دفعا  
للضرر عن المسلمين وقوله  
(يرى الحجر لدفع ضرر عام)  
يعني كالطبيب الجاهل  
والمكاري المفلس

هناك فأجيب عنه بأن المراد من زوال الملك هناك زوال الملك الثابت بدليل موجب لازواله ولو كان  
باستصحاب الحال لان خير الواحد أقوى من استصحاب الحال لكون الاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة  
أصلا بخلاف خبر الواحد فكان الجواب المذكور ههنا تفصيلا لاجال الواقع هناك في الظاهر  
فكان جوابا شافيا قد اضمحل به الاشكال كما لا يخفى (قوله وان كان لا يعرف أنه من أهل الفتنة لا بأس  
به لانه يحتمل أن لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك) قال بعض المتأخرين قوله لانه يحتمل أن لا يستعمله  
في الفتنة ولو احتمل الاضعيفا فلا يكره بالشك لو جرد هذا الاحتمال فليس الشك على معناه المصطلح انتهى  
أقول ليس هذا بشرح صحيح لان كون احتمال أن لا يستعمله في الفتنة ضعيفا في حق من لم يكن معروفا  
بكونه من أهل الفتنة ممنوع كيف وأمور المسلمين محمولة على الصلاح والاستقامة كما صرح به صاحب  
الغاية وغيره في تعليل هذه المسئلة في حق من لم يكن معروفا بكونه من أهل الفتنة ان لم يكن احتمال أن  
لا يستعمله في الفتنة أقوى وأرجح فلا أقل من أن يكون مساويا لاحتمال خلافه فالتشكك على معناه  
المصطلح عليه قطعاً ولو كان احتمال أن لا يستعمله في الفتنة ضعيفا مرجوحا كان احتمال أن يستعمله  
في الفتنة قويا راجحا فينبغي أن يكون السلاح من مثله في أيام الفتنة مكرها وجواب المسئلة على

وله أن الاجارة ترد على منفعة البيت ولهذا تجب الاجارة بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبه عنه وانما قيده بالسواد لانهم لا يمكنون من اتخاذ البيع والكنائس وانظهار بيع النهور والخنازير في الامصار لظهور شرعنا الاسلام فيها بخلاف السواد قالوا هذا كان في سواد الكوفة لان غالب أهلها أهل الذمة فأما في سوادنا فاعلام الاسلام فيها ظاهرة فلا يمكنون فيها أيضا وهو الاصح قال (ومن جعل الذي خرافاته يطيب له الاجر عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يكرهه ذلك) لانه اعانه على المعصية وقد صح أن النبي عليه السلام لعن في الحجر عشرة حاملها والمحمول اليه له أن المعصية في شربها وهو فعل فاعل مختار وليس الشرب من ضرورات الحمل ولا يقصده والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية

خلافه وبالجملة لا وجه للشرح المذكور أصلا (قوله وله أن الاجارة ترد على منفعة البيت ولهذا يجب الاجر بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبه عنه) أقول ينتقض هذا التعليل المذكور من قبل أبي حنيفة رحمه الله في هذه المسئلة بمسائل متعددة مذكورة في الذخيرة والمحيط وفتاوى قاضخان وسائر المعتمدين من غير بيان خلاف في شيء منها من أحد من أئمتنا منها أنه إذا استأجر الذي من المسلم بيعة ليصلي فيها فان ذلك لا يجوز قال في المحيط والذخيرة لانه استأجرها ليصلي فيها واصلها الذي معصية عندنا وطاعة في زعمه وأي ذلك اعتبرنا كانت الاجارة باطلة لان الاجارة على ما هو طاعة أو معصية لا تجوز انتهى ومنها أنه إذا استأجر المسلم من المسلم بيتا ليحمله مسجد يصلي فيه المكتوبة أو النافلة فان هذه الاجارة لا تجوز في قول علماءنا وعند الشافعي يجوز قال في المحيط وهذا لانها وقعت على ما هو طاعة فان تسليم الدار ليصلي فيها طاعة ومن مذهبان أن الاجارة على ما هو طاعة لا تجوز وعندهم تجوز وكان هذا بمنزلة ما لو استأجر رجلا لادان أو الامامة لا يجوز عندنا لانه طاعة وعند الشافعي يجوز فكذلك هذا انتهى ومنها انه إذا استأجر ذي من ذي بيتا يصلي فيه لا يجوز قال في المحيط والذخيرة لان صلاتهم طاعة عندهم معصية عندنا وأي ذلك كان لم تجز الاجارة انتهى اذ لا يخفى أن التعليل المذكور في الكتاب من قبل أبي حنيفة في مسئلتنا يقتضي أن لا تبطل الاجارة في تلك المسائل أيضا فان الاجارة انما ترد على منفعة البيت ولهذا يجب الاجر بمجرد التسليم ومنفعة البيت ليس بطاعة ولا معصية وانما الطاعة والمعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبة ذلك الفعل عن المؤجر فينبغي أن تصح الاجارة فيها أيضا عندهم مع أن الامر ليس كذلك كما عرفت فان قلت ان الاجارة وان وردت على منفعة البيت الأأن جعل منفعة حين القعد لاجل الطاعة أو المعصية تأثرا في بطلان الاجارة قلت فليكن الامر كذلك فيما نحن فيه أيضا والحاصل أن الفرق بين تلك المسائل ومسئلتنا هذه في الحكم والدليل مشكل جدا فليتنامل ثم انه ذكر في الذخيرة والمحيط اذا استأجر الذي من المسلم دارا ليسكنها فلا بأس بذلك لان الاجارة وقعت على امر مباح فخازت وان شرب فيها الخمر أو عبد فيها الصليب أو أدخل فيها الخنازير لم يلحق المسلم في ذلك شيء لان المسلم لم يؤجرها لها انما أجر للسكنى فكان بمنزلة ما لو أجرد ارا من فاسق كان مباحا وان كان قد بعصى فيها ولو اتخذ فيها بيعة أو كنيسة أو بيت نار يمكن من ذلك ان كان في السواد قال شيخ الاسلام وأراد به هذا اذا استأجرها الذي ليسكنها ثم أراد بعد ذلك أن يتخذ كنيسة أو بيعة فيها أو اذا استأجرها في الابتداء ليحذفها بيعة أو كنيسة لا يجوز الى هنا لفظ الذخيرة والمحيط قال بعض المتأخرين بعد نقل ذلك عن صاحب المحيط ولا خفاء فيما بينه وبين ما ذكره المصنف من التنافي أقول ان التنافي بينهما ممنوع اذ يجوز أن يكون بناء قول شيخ الاسلام فأما اذا استأجرها في الابتداء ليحذفها بيعة أو كنيسة لا يجوز على قول أبي يوسف ومحمد في هذه المسئلة لتكون مختار نفسه قولهما وانما يلزم التنافي بينهما أن لو قال لا يجوز عند أبي حنيفة أو قال لا يجوز عندهم

وقوله (وليس الشرب من ضرورات الحمل) لان الشرب قد يوجد دون الحمل وبالعكس فلا يكون الحمل مستلزما للمعصية

قال (ولا بأس ببيع بناء بيوت مكة ويكره بيع أرضها) وهذا عند أبي حنيفة وقال لا بأس ببيع أرضها أيضاً وهذا رواية عن أبي حنيفة لأنها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء ولا يبي حنيفة قوله عليه السلام إلا أن مكة حرام لا تباع رباعها ولا تورث ولا نهارة محترمة لأنها فناء الكعبة وقد ظهر آية أثر التعظيم فيها حتى لا يفر صيدها ولا يختلي خلها ولا يعرض شوكتها فكذا في حق البيع بخلاف البناء لأنه خاص ملائ الباني ويكره إجارتها أيضاً قوله عليه السلام من أجر أرض مكة فمكنا ما أكل الرنا ولا نأرضي مكة تسمى السوائب على عهد رسول الله عليه السلام من احتاج إليها سكنها ومن استغنى عنها أسكن غيره (ومن وضع درهما عند يقال يأخذ منه ماشاء يكره له ذلك) لأنه ملكه فراضح به نفعاً وهو أن يأخذ منه ماشاء حالاً فلا ينهي رسول الله عليه السلام عن قرض جزئ نفعاً وينبغي أن يستودعه ثم يأخذ منه ماشاء جزئاً جزئاً لأنه ودبيعة وليس بقرض حتى لو هلك لاشئ على الأخذ والله أعلم

وقوله (ومن وضع درهما عند يقال يأخذ منه ماشاء) واضح ولكن في لفظ الكتاب اشتباه وذلك لأن عند اللودبيعة فلا فرق حينئذ بين صورة الودبيعة والقرض ويجوز أن يجعل قوله يأخذ منه ماشاء خارجاً عن شرط الشرط بمعنى وضعه بشرط أن يأخذ منه ماشاء وأما إذا وضعه ولم يشترط شيئاً فهو ودبيعة إن هلك لم يضمن البقال شيئاً

جمعاً وليس فليس وذكر أحد القوانين في المسئلة الخلافية بدون بيان الخلاف ليس بعز بنفي كلام الثقات وعن هذا نرى كثيراً من أصحاب المتون يذكرون قول أبي حنيفة في كثير من المسائل الخلافية بدون بيان الخلاف ثم الشراح يبينون الخلاف الواقع في ذلك وكيف لا يكون مراد شيخ الإسلام بقوله المزبور ما ذكرناه وقد صرح محمد رحمه الله في الجامع الصغير بأنه لا بأس عند أبي حنيفة أن تؤاجر بيتك ليتخذ فيه بيت ناراً أو كنيسة أو بعة أو يساع الخرفيه بالسواد وهل يليق بمثل شيخ الإسلام أن يغفل عن مسئلة الجامع الصغير ثم قال ذلك البعض ثم كلام المصنف صريح في أن اجارة البيت ليساع فيه الخمر مع كونه معصية انما صححت عند أبي حنيفة لتخلل فعل فاعل مختار وقد صرح صاحب المحيط بان صحتها لعدم كون بيع الخمر معصية للذي كسره بل لان خطاب الخمر يم غير نازل في حقه ولا خذاء فيما بينهما أيضاً من التنافي انتهى أقول كون كلام المصنف صريحاً فيما ذكره من نوع لجواز أن يكون قول المصنف وانما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه خارجاً عن المصنف وانما المعصية بفعل المستأجر صوراً لاجار البيت لان يتخذ فيه بيت ناراً واجارته لان يتخذ فيه كنيسة واجارته لان يتخذ فيه بعة واجارته لان يساع فيه الخمر ولا شك أن اتخاذ بيت النار واتخاذ الكنيسة واتخاذ البيعة معصية للذي أيضاً لكون الكفار مخاطبين بالايان بلا خلاف واتخاذ تلك الامور بناء في الايمان فكانت معصية قطعاً وان لم يكن بيع الخمر معصية للكافر بناء على القول بان خطاب الخمر يم غير نازل في حق الكفار فيجوز أن تكون الصور الثلاث الاولى مغلبة على صورة بيع الخمر في قول المصنف وانما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه قطعاً نسبة عنه فكانه قال وانما المعصية في صورة اتخاذ المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبة ذلك الفعل عن المؤجر وأما في غير صور اتخاذ المعصية وهي صورة بيع الذي الخمر فالامر بين حنيفة لا يتحقق التنافي بينه وبين ما صرح به صاحب المحيط كما لا يخفى ثم انه لو سلم دلالة كلام المصنف على كون بيع الخمر أيضاً معصية للذي فلا ضير فيه لان في نزول خطاب الخمر يم في حق الكفار قولين من مشايخنا فعند بعضهم غير نازل وعند بعضهم نازل كما عرف في أصول الفقه في فصل ان الكفار مخاطبون بالشرائح أم لا فيجوز أن يكون مبنى كلام صاحب المحيط على القول الاول ومبنى كلام المصنف على القول الثاني ولكل وجهة هو مواليها (قوله وقال لا بأس ببيع أرضها وهو رواية عن أبي حنيفة لأنها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء) قال في الكافي بعد ذكر هذا التعليل وقوله عليه السلام وهل ترك لنا عقيل من ربيع دليل على أن عقار مكة عرضة للتملك والتملك انتهى وأصل هذا على ما ذكر في غاية البيان وغيرها ما روى الطحاوي في شرح الآثار بأسناده إلى أسامة بن زيد أنه قال يا رسول الله انزل في دارك بمكة قال عليه السلام وهل ترك لنا عقيل من ربيع

﴿ مسائل متفرقة ﴾

قال (ويكره التعشير والنقط في المصحف) لقول ابن مسعود رضي الله عنه جرتدوا القرآن ويروى جرتدوا المصاحف وفي التعشير والنقط ترك التجريد ولان التعشير يخل بمحفظ الآي والنقط بمحفظ الاعراب تنكالا عليه فيكره فانرا في زماننا لا بد للعجم من دلالة قترك ذلك اخلال بالحفظ وهجران القرآن فيكون حسنا قال (ولابأس بتخمية المصحف) لما فيه من تعظيمه وصار كتنش المسجد وتزينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل قال (ولابأس بان يدخل أهل الزمة المسجد الحرام) وقال الشافعي يكره ذلك وقال مالك يكره في كل مسجد للشافعي قوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا

﴿ مسائل متفرقة ﴾

التعشير جعل العواشر في المصحف وهو كتابة العلامة عند منتهى عشر آيات واختلف في تفسير قوله جردوا القرآن فقيل المراد نطق المصاحف فيكون دليلا على كراهة نطق المصاحف وقيل هو أمر بتعلم القرآن وحده وترك الاحاديث وقالوا هذا باطل وقيل هو حث على أن لا يتعلم شيء من كتب الله غير القرآن لان غيره انما يؤخذ من اليهود والنصارى وليسوا بمؤمنين عليها وقوله (وقد ذكرناه من قبل) يعني في فصل القراءة من الصلاة

أودور وكان عقيل وورث أباطالب وطالب ولم يرته جعفر ولا على لانهما كانا مسلمين وكان عقيل وطالب كافرين وكان عمر بن الخطاب من أجل ذلك يقول لا يرث المؤمن الكافر في هذا الحديث ما يدل على أن أرض مكة تلك ونورث لانه قد ذكر فيها ميراث عقيل وطالب مما ترك أبو طالب في ربيع ودورانتهى ثم ان بعض المناخرين بعد أن ذكر ما في الكافي وأصله المزبور على التفصيل المسد كور قال ولا يخفى عليك أن هذا الحديث لا يدل على ميراث الارض قطعا لاحتمال جريان الارث على الابنية دون الاراضي الا يرى الى صحة هذا الحديث أيضا لو كانت الاراضي موقوفة والابنية عليها مما لو كانت انتهى أقول بل لا يخفى على من له أدنى تمييز أن الحديث المذكور يدل على ميراث الارض أيضا قطعا اذ قد ذكر فيه أنه عليه الصلاة والسلام قال وعمل ترك لنا عقيل من ربيع أودور والرباع جمع ربيع وهو الدار بعينها حيث كانت والحلة والمنزل كذا في القاموس وغيره ولا شك أن كلامنا من الدار والحلة والمنزل اسم لما يشمل البناء والعريضة التي هي الارض فكان معنى قوله عليه السلام وهل ترك لنا عقيل من ربيع أودور ما ترك لنا من أمن البناء والارض واذا كان وجه عدم تركه شيئا من ذلك استيلاءه على كل من ذلك بالارث من أبي طالب كما ذكره الطحاوي في شرح الآثار دل الحديث المذكور قطعا على ميراث الارض أيضا وانما لا يدل على ذلك لو كان لفظ الحديث وهل ترك لنا عقيل من بيوت وليس كذلك كما ترى بل الاجمال أصلا لان يكون كذلك اذ لو كان كذلك لما تم جوابا عن قول أسامة بن مرسول الله انزل في دارك بحكة فان عدم ترك عقيل يتناسا استيلاءه على الابنية وحدها لا يقتضى عدم تركه أرضا أيضا حتى لا يمكن النزول في عريضة داره أيضا وهذا مع وضوحه كيف خفي على ذلك البعض والمجرب أنه قال في حاشية كتابه في هذا المقام الرباع جمع ربيع وهو الدار بعينها والحلة والمنزل كذا في القاموس انتهى وقال في أصل كتابه ولا يخفى عليك أن هذا الحديث لا يدل على ميراث الارض قطعا لاحتمال جريان الارث على الابنية دون الاراضي ولم يلاحظ أنه على ذلك كيف يتم جواب النبي صلى الله عليه وسلم بقوله وهل ترك لنا عقيل من ربيع أودور والله الهادي الى سواء السبيل وهو حسي ونعم الوكيل

﴿ مسائل متفرقة ﴾

قوله ولا بأس بتخمية المصحف لما فيه من تعظيمه وصار كتنش المسجد وتزينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل قال صاحب العناية يعني في فصل القراءة من الصلاة وقد سبقه صاحب النهاية الى التفسير بهذا الوجه أقول هذا اسم من الشارحين المذكورين لان المصنف ما ذكره في فصل القراءة من الصلاة لا صرح بمحاولا التزاما بل انما ذكره في آخر باب ما يفسد الصلاة وما يكره فيها من كتاب الصلاة في فصل أوله ويكره استقبال القبلة بالفرج في الخلاء يظهر ذلك بالنظر الى محله (قوله للشافعي قوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا) قال تاج الشريعة في

ولان الكافر لا يتخلو عن جنابة لانه لا يغتسل اغتسالا يخرج منه عنها والجنب يجب المسجد وهذا  
 يخرج مالك والتعليل بالنجاسة عام فينتظم المساجد كلها ولنا ما روى أن النبي عليه السلام أنزل وقد  
 نقيف في مسجده وهم كفار ولان الخبث في اعتقادهم فلا يؤدي الى تلويت المسجد والاية محمولة  
 على الحضور واستيلاء واستعلاء أو طائفين عراة كما كانت عادتهم في الجاهلية قال (ويكره استخدام  
 النخعيان) لان الرغبة في استخدامهم حث الناس على هذا الصنيع وهو مثله محرمة قال (ولا بأس  
 بخصاء اليهائم وانزاع الحجر على الخيل) لان في الاول منفعة للبهيمة والناس وقد صرح أن النبي عليه  
 السلام ركب البغلة فلو كان هذا الفعل حراما لما ركبها لما فيه من فتح بابه قال (ولا بأس بعبادة  
 اليهودي والنصراني) لانه نوع بر في حقهم وما نهينا عن ذلك وقد صرح أن النبي عليه السلام عاد يهوديا  
 مرض بجواره قال (ويكره أن يقول الرجل في دعائه أسألك بجمع عقد العزم من عرشك) والمسئلة  
 عبارتان هذه ومقد العز ولا ريب في كراهية الثانية لانه من القعود

حل دلالة الآية على مدعى الشافعي خص الله تعالى المسجد الحرام بالذكرفيدل على أن النهي عن  
 الدخول خاص في حقه لان انما الحصر الحكم في النبي أو حصر النبي في الحكم كقولنا انما  
 الطبيب زيد وانما زيد طبيب اه أقول ان قوله لان انما الحصر الحكم في النبي أو حصر النبي في الحكم  
 ليس بكلام مفيد ههنا لان الخلاف في أن الكفار هل يجوز لهم أن يدخلوا المسجد الحرام أم لا في أنهم  
 نجس أم لا وكلمة انما في الآية المذكورة انما هي في قوله تعالى انما المشركون نجس لافي قوله تعالى  
 فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم وهذا فتاوى الحصر الذي تقيده كلمة انما هو في الجملة التي دخلت  
 عليها كلمة انما في الجملة الاخرى فلا يتم التقريب (قوله ولان الكافر لا يتخلو عن جنابة لانه لا يغتسل  
 اغتسالا يخرج منه عنها والجنب يجب المسجد) أقول لا يذهب عليه أن هذا الدليل لو تم لدل على أن  
 لا يدخل الكافر شيئا من المساجد ومذهب الشافعي أنه لا يجوز دخول الكافر المسجد الحرام دون سائر  
 المساجد فلم يكن هذا الدليل ملائما لمذهبه وانما كان مناسبا لمذهب مالك كالأبخفي (قوله ولان  
 الخبث في اعتقادهم فلا يؤدي الى تلويت المسجد) قال بعض المتأخرين ظاهره أن هذا دليل آخر ولا  
 وجه له في حق التعبير حذف حرف التعليل ليكون اشارة الى دفع أن يقال كيف أنزلهم في مسجده وقد  
 وصفهم الله تعالى بكونهم أنجاس انتهى أقول ليس ذلك بشئ اذ لا شك في صحة أن يكون هذا دليلا آخر  
 عقليا لانما فان الخبث اذا كان في اعتقادهم فلا يؤدي الى تلويت المسجد فلا يكون في دخولهم المسجد بأس  
 لاحتمال وقوع ذلك البعض ولا وجه له تحكيم كالأبخفي وكونه دليلا مستقلا على أصل المدعى  
 لا ينافي أن يتضمن الجواب عن أن يقال كيف أنزل النبي عليه السلام وقد نقيف في مسجده وهم  
 كفار وقد وصفهم الله تعالى بكونهم نجسا كما حكى أنه عليه السلام لما أنزلهم في مسجده وضر بهم  
 خيمة قالت الصحابة قوم أنجاس فقال عليه السلام ليس على الارض من أنجاسهم شئ وانما أنجاسهم  
 على أنفسهم ومن عادة المصنف أنه يجعل كثيرا ما على النص دليلا مستقلا عقليا على أصل المسئلة افادة  
 للفائدة معا وما نحن فيه أيضا من ذلك القبول نم يرد على ظاهر هذا الدليل أنه تعليل في مقابلة النص وهو  
 قوله تعالى فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم وهذا والتعليل في مقابلة النص غير صحيح على ما عرف  
 في علم الاصول فأجاب المصنف عنه بقوله والاية محمولة على الحضور واستيلاء الى آخره (قوله ويكره  
 استخدام النخعيان) قال العيني والنخعيان بضم الناء جمع خصي كالثنيان جمع ثني وتبعه بعض  
 المتأخرين أقول ما ذكره ليس بصحيح فان المضبوط في عامة المعبريات من كتب اللغة أن جمع خصي  
 هو خصيان بكسر الخاء وخصية قال في مختار الصحاح والرجل خصي والجمع خصيان بالكسر وخصية

وقوله (ولا بأس بعبادة  
 اليهود والنصارى) قبلهم ما  
 لان في عبادة الجوس اختلافا  
 بين المشايخ رحيم الله فتم  
 من قال لا بأس به لانهم من  
 أهل الذمة وهو المروى عن  
 محمد رحمه الله ومنهم من  
 قال هم أبعد عن الاسلام  
 من اليهود والنصارى ألا ترى  
 أنه لا يباح ذبيحة الجوس  
 ونكاحهم بخلاف اليهود  
 والنصارى واختلفوا في  
 عبادة الفاسق والاصح أنه  
 لا بأس به لانه مسلم والعبادة  
 من حقوق المسلمين وكلامه  
 واضح

(قال المصنف ولان الكافر  
 لا يتخلو عن جنابة) أقول  
 هذا لا يخص المسجد الحرام  
 (قال المصنف والاية  
 محمولة على الحضور واستيلاء  
 واستعلاء) أقول أي على  
 منعهم أن يدخلوها  
 مستولين وعلى أهل الاسلام  
 مستعلين وأيضا النهي  
 تكويين لا تكليين

وكذا الاولى لانه يوهم تعلق عزه بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا بأس به وبه أخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله لانه مأثور عن النبي عليه السلام روى انه كان من دعائه اللهم انى أسألك بمعدن العزم من عرشك ومنتهى الرحمة من كالك وباسمك الاعظم وجدك الاعلى وكلتاك التامة ولكننا نقول هذا خبر واحد فكان الاحتياط في الامتناع (ويكره أن يقول الرجل في دعائه بحق فلان أو بحق أنبيائك ورسلك) لانه لاحق للخلق على الخالق قال (ويكره اللعب بالشطرنج والنرد والاربعة عشر وكل لهو) لانه ان قامر بها فالميسر حرام بالنص وهو اسم لكل قمار وان لم يقامر فهو عيب ولهو وقال عليه السلام لهو المؤمن باطل الا للثلاث تأديبه لفرسه ومناضلته عن قوسه وملاعبته مع أهله وقال بعض الناس يباح اللعب بالشطرنج لما فيه من تشديد الخواطر وتذكية الافهام وهو محكى عن الشافعي رحمه الله لنا قوله عليه السلام من لعب بالشطرنج والتدبير فكأنما غمس يده في دم الخنزير ولانه نوع لعب يصعد عن ذكر الله وعن الجمع والجماعات فيكون حراما لقوله عليه السلام ما أهلك عن ذكر الله فهو ميسر ثم ان قامر به تسقط عدالته وان لم يقامر لا تسقط لانه متأول فيه وكره أبو يوسف ومحمد التسليم عليهم تحذير الهم ولم ير أبو حنيفة رحمه الله به بأسا ليشغلهم عما هم فيه قال (ولا بأس بقبول هدية العبد التاجر واجابة دعوته واستعاره دابته وتكره كسوته الثوب وهديته الدراهم والدنانير) وهذا استحسان وفي القياس كل ذلك باطل لانه تبرع والعبد ليس من أهله وجه الاستحسان انه عليه السلام قبل هدية سلمان رضى الله عنه حين كان عبدا وقبل هدية بربرة رضى الله عنها وكانت مكتوبة وأجاب رهط من الصحابة رضى الله عنهم دعوة مولى أبي أسيد وكان عبدا ولان في هذه الاشياء ضرورة لا يجحد التاجر بدمانها ومن ملك شيئا منك ما هو من ضروراته ولا ضرورة في الكسوة واهداه الدراهم فبقي على أصل القياس

انتهى وأما كون الخصيان بالضم جمع خصي فلم يسمع من أئمة اللغة قط (قوله وكذا الاولى لانه يوهم تعلق عزه بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم) قال بعض المتأخرين يرد عليه أن حدوث تعلق صفة تعالى بشئ حادث لا يوجب حدوث تلك الصفة لعدم تعلقها على ذلك التعلق فان صفة العز ثابتة له تعالى أزلا وأبدا وعدم تعلقه بالعرش الحادث مثلا قبل خلقه لا يستلزم انتفاء عزه ولا نقصانا فيه كما أن عدم تعلق كمال قدرته بهذا العالم العجيب الصنع قبل خلقه لا يوجب عدم قدرته أو نقصان فيه وبالجملة التعلقات الحادثة مظاهر للصفات لا مباد لها فالاولى في تقرير الدلائل أن يقال كما قاله صاحب الكافي لانه يوهم تعلق عزه بالعرش وأن عزه حادث والعز صفة القديمة حيث جعل لزوم كون عزه حادثا دخلا في حيز الابهام فتأمل الى هنا كلامه أقول ان صاحب الكافي وان جعل لزوم كون عزه حادثا دخلا في حيز الابهام إلا أنه عمل الابهام أن عزه حادث بتعلقه بالمحدث حيث قال لانه يوهم تعلق عزه بالعرش وأن عزه حادث لتعلقه بالمحدث والعز صفة القديمة لم يزل موصوفا به ولا يزال موصوفا به انتهى فكان مدار ما قاله صاحب الكافي أيضا لزوم تعلق عزه بالمحدث فلم يكن فرق بينه وبين ما قاله المصنف في ورود ما ذكره ذلك القائل فلان معنى لقوله فالاولى في تقرير الدلائل أن يقال كما قاله صاحب الكافي وان لم يرد ذلك القائل قول صاحب الكافي لتعلقه بالمحدث فيكون علة قوله وان عزه حادث لتعلقه بالمحدث ظاهرا وان لم يصرح به اذ لا شئ يصلح لان يكون علة له سواء وعن هذا ترى كل من بين وجه الكراهة في الدعاء المسذوم من مشايخنا جعل المدار لزوم تعلق عزه بالحادث قال في المحيط وأما باللفظ الاول فلانه يوهم تعلق عزه بالعرش وان عزه حادث اذ تعلق بالحادث والله تعالى متعال عن صفة الحدوث انتهى وقال فخر الاسلام في شرح الجوامع الصغير وان كان من العقد وهو المعروف في هذا الدعاء فإنه يكره أيضا لانه يوهم تعلق عزه بالعرش وان عزه حادث اذ تعلق بالمحدث والله تعالى عز يزل موصوفا

(قوله لهو المؤمن باطل الا للثلاث) كذا بالاصل والمحفوظ الا في ثلاث اه  
مصححه

(قال المصنف لانه ان قامر به فليس حرام بالنص وهو اسم لكل قمار وان لم يقامر فهو عيب ولهو) أقول ولذلك لم يعز لو قال يا قامر لان أبو يوسف قال في رواية لا بأس باللعب بالشطرنج كذا في المحيط السرخسي في باب التعزير وفي صحة التعليل كلام لا يخفى



قال (ومن كان في يده لقيط لأب له الخ) ذكر في النهاية أن قوله لأب له ليس بشرط لازم في حق هذا الحكم لأنه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج هي عنده يعولها واليه الأب فوهب لها من الوهبست أو قبض لها أبوها أو زوجها أن ذلك جائز فلم يمنع صحة قبض الزوج لها بقبض الأب لأنه ما كان نفعاً محضاً كان تحقيق معناه في فتح باب الإصابتة من كل وجه من وجه الولاية ومن وجه العول والنفقة ومن وجه العقل والتميز فتنت أن عدم الأب ليس بلازم كذا ذكره فخر الإسلام رحمه الله وأموال القنية ما يكون للنسل للتجارة وقوله (واجارة الصغار) في أكثر النسخ وهو رواية القدوري رحمه الله (١٣٣) وفي بعضها واجارة الاطّار وكلامه

واضح وقوله (ولا يجوز للملتقط أن يؤجره) هذا يناقض قوله واجارة الصغار ظاهراً فتمهم من جملة على الروايتين فالاول على رواية القدوري كما مر والثاني على رواية الجامع الصغير ومنهم من غير لفظ الكتاب الى لفظ الاطّار كما مر ومنهم من وفق بينهما فحمل جواز اجارته على ما اذا تحققت الضرورة بدليل وقوعه في النوع الذي فيه تعدد الضرورة وعدم جوازها على ما اذا لم يكن فيه ضرورة وقوله (ولا يجوز ذلك للعم) يعني وان كان في حجره وقوله (ولو أجز الصبي نفسه لا يجوز) قال في النهاية أي لا يلزم وقوله وقد ذكرناه يعني في باب اجارة العبد وقوله (ويكره أن يجعل في عنق عبده الراية) راية الغلام على يجعل في عنق الغلام علامة يعلم بها أنه آبق قال في النهاية وأما الغاية بالادال فغلط كذا في

قال (ومن كان في يده لقيط لأب له فإنه يجوز قبضه الهبة والصدقة له) وأصل هذا أن التصرف على الصغار أنواع ثلاثة نوع هو من باب الولاية لا يملكه الامن هو ولي كالانكاح والشراء والبيع لاموال القنية لان الولي هو الذي قام مقامه بانابة الشرع ونوع آخر ما كان من ضرورة حال الصغار وهو شراء ما لا بد للصغير منه وبيعه واجارة الاطّار وذلك جائز من يعوله وينفق عليه كالاخ والعم والام والملتقط اذا كان في حجرهم واذ املك هؤلاء هذا النوع فالولي أولى به الا أنه لا يشترط في حق الولي أن يكون الصبي في حجره ونوع ثالث ما هو نفع محض كقبول الهبة والصدقة والقبض فهذا يملكه الملتقط والاخ والعم والصبي بنفسه اذا كان يعقل لان الاثني بالحكمة فتح باب مثله نظراً للصبي فملك بالعقل والولاية والنجار وصار بمنزلة الاتفاق قال (ولا يجوز للملتقط أن يؤجره ويجوز للام أن تؤجر ابنها اذا كان في حجرها ولا يجوز للعم) لان الام تلك اتلاف منافعها باستخدامه ولا كذلك الملتقط والعم (ولو أجز الصبي نفسه لا يجوز) لانه مشوب بالضرر (الاذا فرغ من العمل) لان عند ذلك تمحض نفعاً فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور يؤجر نفسه وقد ذكرناه قال (ويكره أن يجعل الرجل في عنق عبده الراية) ويروي الداية وهو طوق الحديد الذي يمنع من أن يجره رأسه وهو معتاد بين الظلمة لانه عقوبة أهل النار فيكره كالأحراق بالنار (ولا يكره أن يقبده) لانه سنة المسلمين في السفهاء وأهل الدعارة فلا يكره في العبد محرراً عن اباقة وصيانة لئلا قال (ولا بأس بالحقنة

به ولا يزال موصوفاً به انتهى الى غير ذلك من عبارات المشايخ العظام في هذا المقام ثم أقول في الجواب عما أوردته ذلك البعض الظاهر أن ما هو روعه ههنا ليس ايهام مطلق تعلق عزه تعالى بالحدث اذ قد تقرر في علم أصول الدين أن ظهور المحدثات كلها وبرزها من كتم العدم الى دائرة الوجود بحسب تعلق ارادة الله تعالى وقدرته بذلك والحدوث انما هو في التعلقات دون أصول الصفات ولا نقصان في ذلك أصلاً بل هو كمال محض لا يخفى فكذا الحال في صفة عزه تعالى وانما مرادهم بما هو روعه ههنا ايهام تعلق عزه تعالى بالحدث تعلقاً خاصاً وهو أن يكون ذلك المحدث مبدءاً ومنشأً لعزته تعالى كما هو مبدءاً وكلمة من في قوله بعمدة العزم من عرشك اذا الظاهر المتبادر منه في بادئ الرأي أن تكون لا ابتداء الغاية حتى قال بعضهم ان جميع معاني من راجعة الى معنى ابتداء الغاية ولا شك أن التعلق بالحدث على الوجه الخاص المذكور غير متصور في عزه تعالى ولا في صفة من صفاته تعالى أصلاً وكيف لا يكون مرادهم هذا ولا محالة أنه لا ينبغي أن يخفى على أساطين الفقهاء ما تقرر في علم أصول الدين من جواز تعلق صفات الله بالمحدثات تعلق افاضة الأثرى أن المحدثات كلها مظاهر صفات الله تعالى وانما المحال تعلق صفة الله تعالى بالمحدث تعلق استفاضة منه فهو المهورب عن ايهامه فيما نحن فيه بل اريب (قوله قال ومن كان في يده لقيط لأب له فإنه يجوز قبضه الهبة والصدقة له) قال في النهاية اعلم أن قوله لأب له ليس بشرط لازم

المغرب قالوا هذا كان في زمانهم عند قوله الاباق أما في زماننا فلا بأس به لعلية الاباق خصوصاً في الهند

قال المصنف ولا يجوز للملتقط أن يؤجره) أقول ذكر المصنف في باب الاقبط أن هذه الرواية هي الاصح وقال أكمل الدين يناقض قوله واجارة الصغار ظاهراً فتمهم من جملة على الروايتين ومنهم من غير لفظ الكتاب الى لفظ الاطّار كما مر ومنهم من وفق بينهما فحمل جواز اجارته على ما اذا تحققت الضرورة بدليل وقوعه في النوع الذي فيه تعدد الضرورة وعدم جوازها على ما اذا لم يكن فيه ضرورة انتهى وقال العلامة السكاكي أو نقول المراد بقوله واجارة الصغار تسليمهم للصناعة حتى يكون من جنس ما لا بد للصغار منه انتهى وقدمر أنه يجوز في كتاب القبط (قوله فالاول على رواية القدوري كما مر) أقول في كتاب القبط

وقوله (يريد به التداوى) احتراز عما لو أراد به التسمين فإنه لا يباح وقوله وقد ورد باباحته أى باباحة التداوى الحديث قال صلى الله عليه وسلم تداؤوا وعاد الله فان الله تعالى ما خلق داء الا وقد خلق له دواء الا السام والهرم والامر بالتوكل محمول على التوكل عندنا كتناسب الاسباب ثم التوكل بعده على الله تعالى دون الاسباب قال الله تعالى لمريم وهزي اليك بذبح النحلة مع قدرته على أن يرزقها من غير هز كذا ذكره فخر الاسلام رحمه الله (١٣٤) وقوله (الا أنه لا ينبغي أن يستعمل المحرم كالتبرون نحوها لان

الاستشفاء بالمحرم حرام) قيل اذا لم يعلم أن فيه شفاء فان علم أن فيه شفاء وليس له دواء آخر غيره يجوز له الاستشفاء به ومعنى قول ابن مسعود رضى الله عنه ان الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم يحتمل أن عبد الله قال ذلك في دواء عرف له دواء غير المحرم لانه يستغنى بالحلل عن المحرم ويجوز أن يقال تنكشف الحرمة عند الحاجة فلا يكون الشفاء بالمحرم وانما يكون بالحلل قال (ولا بأس برزق القاضي الخ) اذا قلد السلطان وجلا القضاء لا بأس أن يعين له رزقا بربق الكفاية لأن يشترط ذلك في ابتداء التقاعد لان النبي عليه الصلاة والسلام بعث عتاب بن أسيد رضى الله عنه الى مكة وفرض له أربعين أوقية في السنة والاوقية بالتشديد أربعون درهما وتكلموا في أنه صلى الله عليه وسلم لم ينم أى مال رزقه ولم تكن يومئذ الدواوين ولايت المال فان الدواوين وضعت في

يريد به التداوى) لان التداوى مباح بالاجماع وقد ورد باباحته الحديث ولا فرق بين الرجال والنساء الا أنه لا ينبغي أن يستعمل المحرم كالتبرون ونحوها لان الاستشفاء بالمحرم حرام قال (ولا بأس برزق القاضي) لانه عليه السلام بعث عتاب بن أسيد الى مكة وفرض له وبعث عليا الى اليمن وفرض له ولانه محبوس لحق المسلمين فتكون نفقة في ما لهم وهو مال بيت المال وهذا لان الحدس من أسباب النفقة كما في الوصي والمضارب اذا سافر بحال المضاربة وهذا فيما يكون كفاية فان كان شرطاً فهو حرام لانه استئجار على الطاعة اذا القضاء طاعة بل هو أفضلها ثم القاضي اذا كان فقيراً فالأفضل بل الواجب الأخذ لانه لا يمكنه اقامته فرض القضاء الا به اذا اشتغال بالكسب ببعده عن اقامته وان كان غنياً فالأفضل الامتناع على ما قبله رفقاً ببيت المال وقيل الأخذ وهو الأصح صيانة للقضاء عن الهوان ونظر المان بولي بعده من المحتاجين لانه اذا انقطع زماناً يتعذر اعادته ثم تسميته رزقاً يدل على أنه بقدر الكفاية وقد جرى الرسم باعطائه في أول السنة لان الخراج يؤخذ في أول السنة وهو يعطى منه وفي زماننا الخراج يؤخذ في آخر السنة والمأخوذ من الخراج خراج السنة الماضية هو الصحيح ولو استوفى رزق سنة وعزل قبل استكمالها قيل هو

في حق هذا الحكم لانه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج هي عنده يعولها ولها أب فوهب لها أمها لو قبضت أو قبض لها أبوها أو زوجها أن ذلك جائز فلم يمنع صحة قبض الزوج لها بقيام الأب فانه لما كان نفعا محضاً كان تحقيق معناه في فتح باب الاصابة من كل وجه من وجهه والولاية ومن وجه العول والنفقة ومن وجه العقل والتميز ثبت أن عدم الأب ليس بلازم كذا ذكره فخر الاسلام انتهى وقد أطبقت كلمة سائر الشراح أيضاً على أن عدم الأب ليس بلازم في حكم هذه المسئلة وانما هو قيد اتفاقي وعلل ذلك كاهم بما ذكر في كتاب الهبة من أن الصغيرة لو كانت عند زوجها يعولها ولها أب فقبض زوجها الهبة لها فانه يجوز لكونه نفعا محضاً جاز قبض الهبة لها مع قيام الأب غير أن صاحب الكفاية والعناية ذكره بطريق النقل عن النهاية ومن عداها ما ذكره من عند أنفسهم أقول قول الكل ليس بصحيح عندي اذا ثبت مما ذكره في كتاب الهبة انما هو أن عدم الأب ليس بلازم في جواز قبض زوج الصغيرة الهبة لها اذا كانت عنده يعولها لان عدم الأب ليس بلازم فيما نحن فيه وهو جواز قبض الملتقط الهبة أو الصدقة للقطب الذي يده للتحقق الفرق بين زوج الصغيرة وسائر من يعولها في جواز قبض الهبة لها عند وجود الأب كما مر في نفس الكتاب في كتاب الهبة متصلاً بالامثلة التي استشهد بها صاحبها قال وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها الهبة بعد الزفاف لتفويض الأب أمور الهبة دلالة بخلاف ما قبل الزفاف ويملك مع حضرة الأب بخلاف الام وكل من يعولها غير صاحبها حيث لا يمكنه الا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرفه هو لاه للضرورة لا بتفويض الأب ومع حضرة الأب لا ضرورة انتهى تأمل ترشد وقال بعض المتأخرين وقوله لأب له أى لأب له مع روف لأن لا يكون أبوه حياً وهو بيان للواقع فان اللقط لا يكون الا كذلك لانه في الشرع مولود طرحة أهله في الطريق خوفاً من العيلة أو فراراً من التهمة فلا يكون له أب معروف فلا وجه لما قاله صاحب النهاية من أن قوله

زمن عمر رضى الله عنه فقيل احترازه من النبي وقيل من المال الذي أخذ من نصارى نجران ومن الجزية التي أخذها من مجوس على

(قوله فالأول احتراز عما لو أراد به التسمين فإنه لا يباح) أقول سبق من المصنف في فصل الوطاء والنظر والمس أنه يجوز الحقنة للهرزال الفاحش على ما روى عن أبي يوسف لانه أمانة المرض فانه يدل على ان المختار تلك الرواية ويجوز أن يقال المراد هنا ارادة مجردة التسمين بلا قصد التداوى وفيما سبق ليس كذلك

هجر وقوله (على اختلاف معروف في نفقة المرأة) يعني على قول محمد رحمه الله يجب رد حصة ما بقي من السنة وعلى قول أبي يوسف رحمه الله لا يجب فأسوأ على نفقة الزوجة اذا استجملت نفقة السنة فمات الزوج في نصف السنة ردت نفقة ما بقي عند محمد خلافاً لأبي يوسف وقوله (ولابأس أن تسافر الامة الى آخره) قيل هذا كان في الابتداء أما الآن ففكره ذلك لغلبة أهل الفسوق وقوله (على ما ذكرنا من قبل) اشارة الى ما ذكر من قبل فصل الاستبراء بقوله وأما الخلوة بها والمسافرة فقد قيل بياح كافي المحارم

﴿ كتاب احياء الموات ﴾

مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية يجوز أن تكون من حيث ان في مسائل هذا الكتاب ما يكره وما لا يكره ومن محاسنه التسيب للخصب في أقوات الانام ومشروعيته بقوله صلى الله عليه وسلم من أحيأ أرضاً امتنته فهي له وشروطه ستذكر في أثناء الكلام وسببه تعلق البقاء المقدر كما مر غير مرة وحكمه تملك الحي ما أحياء

على اختلاف معروف في نفقة المرأة اذا ماتت في السنة بعد استجمان نفقة السنة والاصح أنه يجب الرد قال (ولابأس بأن تسافر الامة وأم الولاد بغير محرم) لان الجانب في حق الامام فيما يرجع الى النظر والمس بمنزلة المحارم على ما ذكرنا من قبل وأم الولاد لقيام الملك فيها وان امتنع بيعها

﴿ كتاب احياء الموات ﴾

لابأس ليس بشرط لازم في حق هذا الحكم لانه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج هي عنده يعولها ولها أب فوهب لها أنها لو قبضت أو قبض لها أوها أو زوجها أن ذلك جائز فلم يجتمع صحة قبض الزوج لها بقيام الأب وذلك لان وضع المسئلة في اللقيط لافي الصغار مطلقاً الى هنا كلامه أقول ليس هذا أيضاً صحيح فان مداره العقول عما تقرر في كتاب اللقيط من أنه اذا ادعاه مدع أنه ابنه يقبل قوله ويثبت نسبه منه فجاز أن يظهر له أب بعد الالتقاط فيصير كسائر الصغار الذين لهم أب فيتمشى ما ذكره صاحب العناية وغيره من جواز قبض الزوج له بقيام الأب فيما اذا كانت صغيرة من زوجة وكانت عنده زوجها يعولها الا وجه لثني وجه ما قاله صاحب النهاية بناء على أن وضع المسئلة في اللقيط لافي الصغار مطلقاً ولا معنى لجل قوله لابأس في مسألة الحامع الصغير على بيان الواقع بأن يكون المراد لابأس معروف لأن لا يكون له أب في الحياة لانه ان كان المراد لابأس معروف حين الالتقاط فهذا مع كونه بعيداً من اللفظ جد الاحتياج الى التقييد مرتين يصير بمنزلة اللغو من الكلام في هذا المقام لا يليق بشأن الامام الرباني بمجذ ذلك الهمام وان كان المراد لابأس معروف أصلاً لاي حين الالتقاط ولا بعده فلا يصح أن يكون بياناً للواقع اذ لا يلزم أن لا يكون اللقيط الا كذلك فانه قد يكون له أب معروف بعد الالتقاط بأن ادعى أحد أنه ابنه وشاع ذلك فانه مقبول في الشرع كما مر ولا فرق بينه وبين سائر الاولاد الذين يحتاج ثبوت نسبهم الى دعوة الاب كافي المولود من أمته فالحق عندي أن قوله لابأس قيد احترازي عن اللقيط الذي كان له أب حاضر فانه لا يجوز من كان في يده مثل ذلك اللقيط أن يقبض الهبة أو الصدقة له على موجب ما مر في كتاب الهبة من أن زوج الصغيرة يملك قبض الهبة لها بعد الزفاف مع حضرة الاب لتفويض الاب أمورها اليه دلالة بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يمكن كونه الا بعد موت الاب أو غيبته غيبته منقطعة في الصحيح لان تصرفه هو لا للضرورة لا بتفويض الاب ومع حضرة الاب لا ضرورة انتهى اذ لا شك أن الملتقط داخل في كايته قوله وكل من يعولها غيرها فلزم أن لا يملك قبض الهبة للصغيرة التي كانت في يده وعوله كالا يخفى فتبصر والله الموفق للصواب

﴿ كتاب احياء الموات ﴾

قال جمهور الشراح مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية يجوز أن تكون من حيث ان في مسائل هذا الكتاب ما يكره وما لا يكره انتهى وقال الشراح العميق بعد نقل قواهم المذكور وهذا ليس بشيء لانه قل كتاب من الكتب يتناولها بآثارها وما لا يكره انتهى أقول بل ما ذكره نفسه في الرد عليهم ليس بشيء لان ما ذكره في ترتيب الكتب السابقة واللاحقة من المناسبات المحوطة فيما ذكرناه من المناسبات بين هذا الكتاب وكتاب الكراهية ولا ريب أن الحثية المذكورة ههنا مع ملاحظة تلك المناسبات تقتضي ذكر هذا الكتاب عقب كتاب الكراهية دون غيره اذ لو غير ذلك لثبات بعض من المناسبات السابقة واللاحقة وليكن هذا المعنى على ذكر من ذلك فانه يتفعل في مواضع شتى

قال (الموات ما ينتفع به من الاراضي) شبه ما لا ينتفع به من الاراضي لانقطاع الماء عنه أو غلبة الماء عليه أو ما أشبه ذلك بأن غلب عليه الرمال أو صار سجة بالميت (١٣٦) من الحيوان الذي بطلت منافعه فسمى مواتا واحياؤه عبارة عن جعله

قال (الموات ما لا ينتفع به من الاراضي لانقطاع الماء عنه أو غلبة الماء عليه أو ما أشبه ذلك مما يمنع الزراعة) سمي بذلك لبطلان الانتفاع به قال (فما كان منها عاديا لا مالك له أو كان مما لو كافي الاسلام لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية بحيث اذا وقف انسان من أقصى العاصم فصاح لا يسمع الصوت فيه فهو موات) قال رضي الله عنه هكذا ذكره القدروري ومعنى العاصم ما قدم خرابه والمروي عن محمد رحمه الله انه يشترط أن لا يكون مملوكا للمسلم أو ذمي مع انقطاع الارتفاق به ليكون ميتة مطلقا فأما التي هي مملوكة للمسلم أو ذمي لا تكون مواتا وإذا لم يعرف مالكه يكون لجماعة المسلمين ولو ظهر له مالك برده عليه وضمن الزارع نقصانها والبعيد عن القرية على ما قال شرطه أبو يوسف لان الظاهر أن ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق أهلها عنه فيدار الحكم عليه ومحمد رحمه الله اعتبر انقطاع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا من القرية كذا ذكره الامام المعروف بخواهر زاده رحمه الله وشمس الأئمة السرخسي رحمه الله اعتمد على ما اختاره أبو يوسف رحمه الله (ثم من أحياء باذن الامام ملكه وان أحياء بغير اذنه لم يملكه عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يملكه) لقوله عليه السلام من أحياء رضاميتة فهي له ولانه مال مباح سبقت يده اليه فملكه كما في الحطب والصيد ولا يبي حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام ليس للرء الا ما طابت نفس امامه به

(قوله الموات ما لا ينتفع به من الاراضي لانقطاع الماء عنه أو غلبة الماء عليه أو ما أشبه ذلك مما يمنع الزراعة) قال بعض الفضلاء هذا تعريف بالاعم لصدقه على ماله مالك معروف لكن لا ينتفع به لاحد الامور المذكورة ولك أن تقول هذا تفسير المعنى اللغوي انتهى أقول توجهه الذي ذكره بقوله ولك ان تقول الى آخره ليس بنام فان قيد أن لا يكون له مالك معتبر في معناه اللغوي أيضا قال في الصحاح والموات بالفتح ما لا روح فيه والموات أيضا الارض التي لا مالك لها من الآدميين ولا ينتفع بها احد انتهى وقال في القاموس والموات كغراب الموت وكسحاب ما لا روح فيه وأرض لا مالك لها انتهى فعلى تقدير أن يحمل ما في الكتاب على تفسير المعنى اللغوي يكون تفسيره بالاعم أيضا لا يقال أصل المعنى اللغوي للموات ما لا روح فيه والذي ذكره في الصحاح والقاموس ثانيا هو معناه العرفي أو الشرعي فلم يكن قيد أن لا يكون له مالك معتبر في معناه اللغوي لاننا نقول الظاهر المتبادر من أن يذ كر معنى اللفظ في كتب اللغة بلاضافة الى العرف أو الشرع أن يكون ذلك المعنى معناه اللغوي سيما من قيد أيضا في قوله في الصحاح والموات أيضا الارض التي لا مالك لها وان لم يكن الامر كذلك فيما نحن فيه بل كان معناه اللغوي هو الذي ذكره أولافلا شك أن ما لا روح فيه أعم من الارض التي لا ينتفع بها بل من مطلق الارض فعلى تقدير أن يحمل ما في الكتاب على تعريف المعنى اللغوي يكون تعريفا بالاختصاص وهو ليس بأقل فيما من التعريف بالاعم وبهذا الذي ذكرنا يظهر أنه يشكك أيضا ما ذكره تاج الشريعة وصاحب الكفاية في شرح هذا المقام حيث قال لقوله الموات ما لا ينتفع به من الارض تحدد اللغوي وزيد عليه في الشرع أشياء أخر بيانه في قوله فما كان عاديا لا مالك له أو كان مملوكا كافي الاسلام لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية بحيث اذا وقف انسان في أقصى العاصم فصاح لا يسمع صوته فهو موات انتهى تأمل تقف (قوله ولا يبي حنيفة قوله عليه السلام ليس للرء الا ما طابت نفس امامه به) أقول لقاتل أن يقول ان اعتبر عموم هذا الحديث يلزم أن لا يملك أحد شيئا من الاملاك بغير اذنه الامام مع ظهور خلافه اذ لا شك أن كل أحد يستفيد في التملك بالبيع والاجارة والهبة والارث والوصية ونحوها من أسباب التملك من غير

بجيت ينتفع به قوله (فما كان منها عاديا) ليس المراد به ما يقتضيه ظاهر لفظه من أن يكون منسوب الى عاد لان عاد الم ملك جميع أراضي الموات ولكن مراده ما قدم خرابه كما ذكر في الكتاب وقوله (أو كان مما لو كافي الاسلام لا يعرف له مالك بعينه) قول بعض المشايخ رحمه الله وقال بعضهم الاراضي المملوكة اذا انقرض أهلها فهي كاللقطة وقوله (وإذا لم يعرف مالكه) من تمة قول محمد رحمه الله وقوله (فيستدار الحكم عليه) أي على القرب مرجع حكمي يفهم من قوله قريبا وقوله (ثم من أحياء) واضح

(قال المصنف الموات ما لا ينتفع به من الاراضي) أقول تعريف بالاعم لصدقه على ماله مالك معروف لكن لا ينتفع به لأحد الامور المذكورة ولك أن تقول هذا تفسير المعنى اللغوي (قال المصنف ومعنى العاصم ما قدم خرابه) أقول لأن يكون منسوب الى عاد وينسب كل أثر قديم اليهم لتقدمهم قال عليه الصلاة والسلام عادى

الارض لله ورسوله ثم هو بعد مني انكم رواه سعيد بن منصور وأبو عبيد كذا في شرح الكاكي وفي كلامه تناقض ومارويه ظاهره والظاهر أن مراده من قوله لأن يكون منسوب الى عاد انتساب الملكية (قوله فيستدار الحكم عليه أي على القرب) أقول أي القرب مرجع لضيق عليه حكمي أي مذكور حده ما لانها منه من قوله قريبا كقوله تعالى اعدلوا هو أقرب للتقوى

وقوله (وماروباه يحتمل أنه اذن لقوم لانصب لشرع) تقريره أن المشرعات (١٣٧) على نوعين أحدهما نصب الشرع

والآخر اذن بالشرع فالاول كقوله صلى الله عليه وسلم من فاء أو رعى في صلته فلينصرف والاخر كقوله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا فله سلبه أي للامام أن يأذن للغازي بهذا القول فكان ذلك منسبه عليه

الصلاة والسلام اذنا لقوم معينين فيجوز أن يكون قوله عليه الصلاة والسلام من أحيا أرضا مواتا فهي له من ذلك القبيل وحاصله أن ذلك يحتمل التأويل وما ذكره أبو حنيفة رحمه الله مفسر لا يقبله فكان راجحا وفيه وجه آخر وهو أن قوله عليه الصلاة والسلام من أحيا أرضا مواتة فهي له بدل على السبب فان الحكم اذا ترتب على مشتق دل على عليه المشتق منه لذلك الحكم وليس فيه ما يمنع كونه مشروطا باذن الامام وقوله عليه الصلاة والسلام ليس للره الا ما طابت به نفس امامه يدل على ذلك وقوله (والاصح أن الاول ينزعها من الثاني) بيانه أن المشايخ رجعهم الله اختلفوا في أن احياء المسوات يثبت ملك الاستغلال أو ملك الرقبة فذهب بعضهم منهم الغضيه أبو القاسم أحمد البلخي رحمه الله الى الاول قياسا على من جلس في موضع

وماروباه يحتمل أنه اذن لقوم لانصب لشرع ولانه مغنوم لو صوله الى يد المسلمين بايجاف الخيل والركاب فليس لاحد أن يختص به بدون اذن الامام كما في سائر الغنائم ويجب فيه العشر لان ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز الا اذا سقاه ماء الخراج لانه حينئذ يكون ابقاء الخراج على اعتبار الماء فلو احيها ثم تركها فزرها غيره فقد قيل الثاني أحق بها لان الاول ملك استغلالها لارقبته فاذا تركها كان الثاني أحق بها والاصح أن الاول ينزعها من الثاني لانه ملكها بالاحياء على ما نطق به الحديث اذ الاضافة فيه بلام التملك وملكه لا يزول بالترك ومن أحيا أرضا مواتة ثم احاط بالاحياء بجوانبها الاربعة من أربعة نفر على التعاقب فمن محمدان طريق الاول في الارض الرابعة

توقف على اذن الامام وان لم يعتبر عمومه لايتم المطلوب ههنا فان قلت عمومه غير معتبر بل هو مختص بما يحتاج فيه الى رأى الامام وما ذكرنا من أسباب الملك لا يحتاج فيه الى رأى الامام بخلاف ما نحن فيه قلت كون التملك فيما نحن فيه مما يحتاج فيه الى رأى الامام أول المسئلة فيسأل المصادرة على المطلوب (قوله وماروباه يحتمل أنه اذن لقوم لانصب لشرع) تقريره ان المشرعات على نوعين أحدهما نصب الشرع والآخر اذن بالشرع فالاول كقوله عليه السلام من فاء أو رعى في صلته فلينصرف والاخر كقوله عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه أي للامام ولاية أن يأذن للغازي بهذا القول فكان ذلك من النبي صلى الله عليه وسلم اذنا لقوم معينين وتجرى على القتال لانصب لشرع فكذلك في يومنا هذا من قتل قتيلا لا يكون سلبه له إلا أن يأذن الامام به فيجوز أن يكون قوله عليه السلام من أحيا أرضا مواتة فهي له من ذلك القبيل وحاصله أن ذلك الحديث يحتمل التأويل وما ذكره أبو حنيفة رحمه الله مفسر لا يقبل التأويل فكان راجحا كذا في العناية وغيرها قال تاج الشريعة فان قلت مارواه عام خص منه الحطب والحشيش وماروباه يخص فيكون العمل به أولى قلت ماذا كر لبيان أنه لا يجوز الاقتيات على رأى الامام والحطب والحشيش لا يحتاج فيهما الى رأى الامام فلم يتناولهما عموم الحديث فلم يصرح بخصوصا والارض مما يحتاج فيها الى رأى الامام لانها صارت من الغنائم بايجاف الخيل وايضا الركب كسائر الاموال فكان ما قلنا أولى انتهى واقتفى أثره صاحب الكفاية والعيني أقول كل من السؤال والجواب ليس بسديد أما الاول فلان كون مارواه عام خص منه الحطب والحشيش انما يقتضى كون العمل بماروباه أولى لكونه مما يخص أن لو خص الحطب والحشيش بمارواه بكلام موصول به اذ يصير العام الذى خص منه البعض حينئذ ظنيا كما عرف في علم الاصول وأما اذا خص الحطب والحشيش من ذلك بما هو موصول عنه فلا يلزم أولوية العمل بماروباه اذ يصير العام حينئذ منسوخا في القدر الذى تناوله الخاص ويصير قطعيا في الباقي كسائر القطعيات كما تقرر في علم الاصول أيضا ولا شك أن تخصيص الحطب والحشيش بمارواه ليس بكلام موصول به بل انما هو دليل آخر مفصول عنه وأما الثاني فلان كون الارض مطلقا مما يحتاج فيه الى رأى الامام أول المسئلة لم يقل به الامامان في الارض الموات فبما الجواب عليه يؤدى الى المصادرة فان قيل انما يؤدى الى المصادرة لو لم يستدل عليه بقوله لانها صارت من الغنائم الخ قلنا كونها من الغنائم دليل آخر عقلى لا يحنيفية مذكور في الكتاب بعده والكلام الآن في تشسية الدليل النقلى فبالصبر الى ذلك الدليل العقلى هنا يلزم خبط الدليلين ولا يخفى ما فيه (قوله يجب فيه العشر لان ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز) أقول في هذا التعليل شئ وهو أنه سيجى في الكتاب أن المسلم والذى مستويان في حكم احياء الارض الموات والتعليل المذكور انما يتمشى في حق المسلم دون الذى فتأمل (قوله والاصح أن الاول ينزعها من الثاني لانه ملكها بالاحياء على ما نطق به الحديث اذ الاضافة فيه بلام التملك وملكه لا يزول بالترك) قال في العناية ولقائل أن يقول الاستدلال بهذا الحديث على

مباح فان له الانتفاع به فاذا قام عنه وأعرض بطل حقه وعامتهم الى الثاني استدلالا بالحديث فانه أصناف بلام التملك في قوله فهي له وملكه لا يزول بالترك واقائل أن يقول الاستدلال بهذا الحديث على مذهبه ما صح

وأما على مذهب أبي حنيفة رحمه الله ففيه نظراً له جملة على كونه اذناً لا شرعاً فكيف يصح الاستدلال به والجواب أنه وان كان اذناً ولكنه اذا أذن له الامام كان شرعاً ألا ترى أن من قال له الامام من قتل قتيلاً فله سلبه ملك سلب من قتله وقوله (لتعينها نظره) لانه حين سكبت عن الاول والثاني والثالث صار الباقي طر يقاله فاذا أحياءه الرابع فقد أحيا طر يقه من حيث المعنى فيكون له فيه طريق قال (ويملك الذي بالاحياء) المسلم (١٣٨) والذي في تلك ما أحياءه سواء الاستواء في السبب والاسباب

في السبب يوجب الاستواء في الحكم كما في سائر أسباب الملك حتى الاستيلاء فان الكافر يملك مال المسلم بالاستيلاء على أصلنا كالمسلمين (قوله ومن حجر أرضاً) يحوز أن يكون من الحجر بفتح الجيم وسكونه ومعنى الاول أعلم بوضع الاحجار حوله لانهم كانوا يفعلون ذلك ومعنى الثاني أعلم بحجر الغير عن احيائها فكان التججير هو الاعلام فاذا حجر أرضاً ولم يجرها ثلاث سنين أخذها الامام ودفعها الى غيره والاصل في ذلك أن المشايخ رجعهم الله اختلفوا في كونه مفيداً للملك فتم من قال يفيد ملكاً مؤقته الى ثلاث سنين وقيل لا يفيد وهو مختار المصنف رحمه الله أشار اليه بقوله (هو الصحيح) قيل وعمرة الخلاف تظهر فيما اذا جاء انسان آخر قبل مضي ثلاث سنين وأحياءه فانه ملكه على الثاني ولم يملكه على الاول وجه الاول ماروي عن عمر رضي الله عنه ليس المتججر ثلاث سنين فيكون له الحق في ثلاث سنين والمطلق ينصرف الى الكامل والحق الكامل هو الملك ووجه الصحيح ما ذكر في الكتاب والجواب عن استدلالهم أن ذلك مفهوم وهو ليس بحجة كذا في العناية وأورد عليه بعض الفضلاء وأجاب حيث قال وانت خير بان المصنف استدلال على الترتل ثلاث سنين بهذا الطريق وجوابه أن ثبوت الحق ليس بالحديث بل بالاجماع انتهى أقول جوابه ليس بسديد اذ لو لم يكن ثبوت الحق في ثلاث سنين بالحديث بل بالاجماع لما قال المصنف وانما شرط ترك ثلاث سنين لقول عمر رضي الله عنه ليس للمتججر بعد ثلاث سنين حق فان حاصله الاستدلال بمفهوم الحديث المذكور على ثبوت حق المتججر قبل ثلاث سنين اذ هو المقضي اشتراط ترك ثلاث سنين ومدار ما أورد على أن استدلال المصنف بمفهوم ذلك الحديث ليس بتام لعدم كون المفهوم حجة عندنا فلا بد دفعه الجواب المربور (قوله لان الدفع الى الاول كان ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر أو الخراج فاذا لم تحصل يدفعه الى غيره تحصيلاً للقصد) أقول لقائل أن يقول لو تم هذا التعليل لاقتضى أن يأخذها

لتعينها بالطرقه وقصد الرابع ابطال حقه قال (ويملك الذي بالاحياء كما يملكه المسلم) لان الاحياء سبب الملك الا أن عند أبي حنيفة رحمه الله اذن الامام من شرطه فيستويان فيه كما في سائر أسباب الملك حتى الاستيلاء على أصلنا الامام ودفعها الى غيره) لان الدفع الى الاول كان ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر أو الخراج فاذا لم تحصل يدفعه الى غيره تحصيلاً للقصد ولان التججير ليس باحياء ليملكه به لان الاحياء انما هو العمارة والتججير الاعلام سمي به لانهم كانوا يعلمونه بوضع الاحجار حوله أو يعلمونه بحجر غيرهم عن احيائه فبقي غير مملوك كما كان هو الصحيح وانما شرط ترك ثلاث سنين لقول عمر رضي الله عنه ليس للمتججر

مذهبهما صحيح وأما على مذهب أبي حنيفة ففيه نظراً له جملة على كونه اذناً لا شرعاً فكيف يصح الاستدلال به والجواب أنه وان كان اذناً ولكنه اذا أذن له الامام كان شرعاً ألا ترى أن من قال له الامام من قتل قتيلاً فله سلبه ملك سلب من قتله وقوله (لتعينها نظره) لانه حين سكبت عن الاول والثاني والثالث صار الباقي طر يقاله فاذا أحياءه الرابع فقد أحيا طر يقه من حيث المعنى فيكون له فيه طريق قال (ويملك الذي بالاحياء) المسلم (١٣٨) والذي في تلك ما أحياءه سواء الاستواء في السبب والاسباب

عمر رضي الله عنه ليس للمتججر  
 قوله وأما على مذهب أبي حنيفة ففيه نظراً له جملة على كونه اذناً لا شرعاً فكيف يصح الاستدلال به والجواب أنه وان كان اذناً ولكنه اذا أذن له الامام كان شرعاً ألا ترى أن من قال له الامام من قتل قتيلاً فله سلبه ملك سلب من قتله وقوله (لتعينها نظره) لانه حين سكبت عن الاول والثاني والثالث صار الباقي طر يقاله فاذا أحياءه الرابع فقد أحيا طر يقه من حيث المعنى فيكون له فيه طريق قال (ويملك الذي بالاحياء) المسلم (١٣٨) والذي في تلك ما أحياءه سواء الاستواء في السبب والاسباب

حق بعد ثلاث سنين نفي الحق بعد ثلاث سنين فيكون له الحق في ثلاث سنين والمطلق ينصرف الى الكامل والحق الكامل هو الملك ووجه الصحيح ما ذكره في الكتاب والجواب عن استدلالهم (١٣٩) ان ذلك مفهوم وهو ليس بحجة

وقوله (من غير ان يتم السنة) هو ما بيني للسيل ليرد الماء وقوله (وفي الاخير) يريد حفر البئر (ورد الخبر) وهو ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حفر بئرا مقدار ذراع فهو متحجر وقوله (لتحقق حاجتهم اليها حقيقة) يعني عند محمد رحمه الله (أودلالة) عند أبي يوسف رحمه الله وقوله (على ما بينا) إشارة الى قوله ومحمد اعتبار انقطاع ارتفاع أهل القرية عنها حقيقة الخ وقوله (لا يجوز أن يقطع الامام) يقال أقطع السلطان رجلا أرضا أي أعطاه إياها وخصه بها وقوله (لما ذكرنا) إشارة الى قوله لتحقيق حاجتهم اليها العطن مناخ الابل ومبركها قوله (قيل الاربعون من كل الجانب) يعني يكون في كل جانب عشرة أذرع لظاهر قوله صلى الله عليه وسلم من حفر بئرا فله مما حولها أربعون ذراعا عطنا لما شئت فانه بظاهره يجمع الجانبين الاربع والصحيح أنه من كل جانب لان المقصود من الحریم دفع الضرر عن صاحب البئر الاولى كي لا

بعد ثلاث سنين حق ولانه اذا أعلمه لا بد من زمان يرجع فيه الى وطنه ووزمانه أي أموره فيه ثم زمان يرجع فيه الى ما يحجره فقد رنا بثلاث سنين لان ما دونها من الساعات والايام والشهور والايام بذلك واذا لم يحضر بعد انقضاء ثمانين يوما فالظاهر أنه تركها قالوا هذا كماه ديانة فأما اذا أحيها غيره قبل مضي هذه المدة لمكها التحق الاحياء منه دون الاول وصار كالاستنباط فانه يكره ولو فعل بجوز العقد ثم التحجير قد يكون بغير الحجر بأن غرز حولها أعصانا بآيسة أو نقي الارض وأحرق ما فيها من الشوك أو خضد ما فيها من الخشيش أو الشوك وجعلها حولها وجعل التراب عليها من غير أن يتم السنة لينبع الناس من الدخول أو حفر من بئر ذراع أو ذراعين وفي الاخير ورد الخبر ولو كرهها وسقاها فعن محمد أنه احياء ولو فعل أحدهما يكون تحجيرا ولو حفر أيها رها لم يسقها يكون تحجيرا وان سقاها مع حفر الانهار كان احياء لوجود الفلطين ولو حوطها أو سنها بحيث يعصم الماء يكون احياء لانه من جملة البناء وكذا اذا بذرها قال (ولا يجوز احياء ما قرب من العاصم ويترك مرغى لاهل القرية ومطر الحصاصه) لتحقيق حاجتهم اليها حقيقة أو دلالة على ما بيناه فلا يكون موانع التعلق حقهم بها بمنزلة الطريق والنهر وعلى هذا قالوا لا يجوز للامام أن يقطع ما لا غنى بالمسلمين عنه كالمخ والابار التي يستقي الناس منها الماء كزنا قال (ومن حفر بئرا في بيرة فله حريمها) ومعناه اذا حفر في أرض موات باذن الامام عنده أو باذنه وبغير اذنه عندهما لان حفر البئر احياء قال (فان كانت للعطن حفر بها أربعون ذراعا) لقوله عليه السلام من حفر بئرا فله مما حولها أربعون ذراعا عطنا لما شئت ثم قيل الاربعون من كل الجانب والصحيح أنه من كل جانب

الامام ويدفعها الى الغير بعد الاحياء أيضا اذا لم يزرعها ثلاث سنين تحصيل المنفعة المسلمين من حيث العشر أو الخراج وتخليصها للها عن التعطيل فان قلت يملكها الانسان بالاحياء ولا يملكها بمجرد التحجير بل يصير أحق بالنصر فيهما من الغير والامام لا يقدر أن يدفع مملوكا أحدا الى غيره لان شفاع المسلمين ويقدر أن يدفع غير مملوكا كذلك قلت فحينئذ يلزم المصير الى التعليل الثاني الذي ذكره بقوله ولان التحجير ليس باحياء لملكه فلا يكون التعليل الاول مقيدا للمدعي بدون الثاني مع أن أسلوب تحجيره بأبي ذلك كما ترى (قوله لتحقيق حاجتهم اليها حقيقة أو دلالة على ما بيناه) قال عامة الشراح في حل هذا التعليل لتحقيق حاجتهم اليها حقيقة أي عند محمد رحمه الله أو دلالة أي عند أبي يوسف رحمه الله وقال صاحب معراج الدراية بعد نقل ذلك أراد بقوله على ما بيناه قوله ومحمد اعتبار انقطاع ارتفاع أهل القرية عنها حقيقة الخ واتفق أثره صاحب العناية والشارح العيني أقول لم يصب هؤلاء الثلاثة من الشراح في حلهم مراد المصنف بقوله على ما بيناه على ما ذكرنا والظاهر أن مراد المصنف بقوله المزبور مجموع ما ذكره فيما مر بقوله والبعد عن القرية على ما قال شرطه أبو يوسف لان الظاهر أن ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاع أهلها عنه فيدار الحكم عليه ومحمد اعتبار انقطاع ارتفاع أهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا من القرية انتهى ان يصير قوله على ما بيناه حينئذ ناظر الى مجموع قوله لتحقيق حاجتهم اليها حقيقة أو دلالة فيحسن وأما على ما ذكره هؤلاء الشراح فيصير قوله المزبور ناظر الى قوله لتحقيق حاجتهم اليها حقيقة فقط ولا يخفى ما فيه من الركاكة أما ما لا فلا نكاح ينبغي ان ذلك أن يقدم قوله على ما بيناه على قوله أو دلالة كما لا يشبهه على ذي فطرة سليمة وأما ما بينا فلا يلزم حينئذ أن بقصر حوالة البيان على صورة حقيقة الحاجة اليها مع مرور بيان صورة دلالة الحاجة اليها أيضا وذلك مما لا ضرورة فيه بل لا وجه له

يحجر بجره أحد بئرا أخرى فيتحول اليها ما بئر وهذا الضرر لا يندفع بعشرة أذرع من كل جانب بيقين

(قوله والجواب عن استدلالهم ان ذلك مفهوم وهو ليس بحجة) أقول وأنت خبير بأن المصنف استدلى على الترتيب ثلاث سنين بما هذا الطريق وجوابه أن ثبوت الحق ليس بالحديث بل بالإجماع

فان الاراضى تختلف فى الصلابة والرخاوة وفى مقدار أربعين ذراعا من كل جانب يتيقن بدفع الضرر والناضح البعير وقوله (وله ماروينا) يريد بقوله عليه السلام من حفر بئر افله مما حولها أربعون ذراعا من غير فصل يعنى بين العطن والناضح واعتراض بأنه مقيد بقوله عطنا ما شئتة فيكون قد فصل (١٤٠) بين العطن والناضح وأجيب بأن ذلك اللفظ للتغليب لا للتقييد

فان الغالب فى ارتفاع الابار فى الفلوات هذا الطريق فيكون ذكر العطن ذكرا لجميع الانتفاعات كما فى قوله تعالى وذروا البيع قيد بالبيع لما أن الغالب فى ذلك اليوم البيع وكذلك قوله تعالى ان الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما والوعيد ليس بخصوص بالاكل ولكن الغالب من أمره الاكل فأخرجه على ما عليه الغالب والدليل على ذلك ماروى أبو يوسف رحمه الله قال حدثنا أشعب بن سوار عن الشعبي أنه قال حريم البئر أربعون ذراعا من ههنا وههنا وههنا وههنا لا يدخل عليه أحد فى حريمه وفى مائه وقوله (والعام المتفق على قبوله والعمل به) يريد بقوله عليه الصلاة والسلام من حفر بئر الان كلمة من تفسد العموم (أولى عنده) أى عند أى حنيفة رحمه الله (من الخاص المختلف فى قبوله والعمل به) يريد به حديث الزهري حريم العين خمسائة ذراع وحريم البئر العطن أربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون

لان فى الاراضى رخوة ويحول الماء الى ما حفر دونها (وان كانت للناضح حفر يهاستون ذراعا وهذا عندهما وعند أى حنيفة أربعون ذراعا) لهما قوله عليه السلام حريم العين خمسائة ذراع وحريم بئر العطن أربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا ولانه قد يحتاج فيه الى أن يسير دابته للاستقاء وقد يطول الرشاء وبئر العطن للاستقاء منه بيده فقلت الحاجة فلا بد من التفاوت وله ماروينا من غير فصل والعام المتفق على قبوله والعمل به أولى عنده من الخاص المختلف فى قبوله والعمل به ولان القياس بأبى استحقاق الحريم لان عمله فى موضع الحفر والاستحقاق به فقيما اتفق عليه الحديثان تركناه وفيما تعارضا فيه حفظناه

(قوله لان فى الاراضى رخوة ويحول الماء الى ما حفر دونها) أقول كان الظاهر أن يقال فيتحول الماء بالقائه لان سبب تحول الماء الى ما حفر دونها انما هو رخوة الاراضى لا غير اذ لو كانت فيها صلابة لم يتحول الماء الى ما حفر دونها فاقطع ما فلا بد من أداة التفرع ثم أقول لقائل أن يقول ان هذا التعليل تعليل فى مقابلة النص لان قوله عليه الصلاة والسلام من حفر بئر افله مما حولها أربعون ذراعا ظاهرا فى كون الاربعين من كل الجوانب الاربعة على أن يكون من كل جانب عشرة أذرع كما صرح به فى الكافي وعامة الشروح وقد تقرر فى علم الاصول أن التعليل فى مقابلة النص غير صحيح فكيف يتم الاستدلال بما ذكره على كون الصحيح انه من كل جانب ويمكن الجواب بان المقصود من الحريم دفع الضرر عن صاحب البئر والضرر لا يندفع عنه بعشرة أذرع من كل جانب فلو لم يكن الاربعون من كل جانب لزمه الحرج وهو مدفوع بالنص فكان ما آل هذا التعليل هو الاستدلال بالنص الدال على دفع الحرج وقد اکتفى فيه بما يدل على لزوم الضرر المؤدى الى الحرج وبشكك اليه تقرير صاحب الكافي ههنا حيث قال والصحيح أن المراد به أربعون ذراعا من كل الجوانب لان المقصود دفع الضرر عن صاحب البئر الاول لكي لا يحفر أحد فى حريمه بئرا أخرى فيتحول اليها ماء بئر وهذا الضرر لا يندفع بعشرة أذرع من كل جانب فان الاراضى تختلف صلابة ورخاوة فربما يحفر بئر أخرى فيتحول ماء البئر الاولى اليه فيتعطل عليه منفعة بئر وفي مقدار أربعين ذراعا من كل جانب يندفع هذا الضرر بيقين انتهى فتدبر (قوله وله ماروينا من غير فصل والعام المتفق على قبوله والعمل به أولى عنده من الخاص المختلف فى قبوله والعمل به) يريد بقوله ماروينا قوله عليه السلام من حفر بئر افله مما حولها أربعون ذراعا وقوله من غير فصل أى من غير فصل بين العطن والناضح ويريد بالعام المتفق على قبوله والعمل به قوله عليه السلام من حفر بئر افله مما حولها أربعون ذراعا وقوله أولى عنده أى عند أى حنيفة رحمه الله ويريد بالخاص المختلف فى قبوله والعمل به حديث الزهري وهو قوله حريم العين خمسائة ذراع وحريم بئر العطن أربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا كما سأتى مع أن مارواه من قوله عليه السلام من حفر بئر افله مما حولها أربعون ذراعا لا يفصل ذلك أيضا وان كون العام المتفق على قبوله والعمل به أولى عنده من الخاص المختلف فى قبوله والعمل به يقتضى أن يكون حريمها أربعين ذراعا عنده فليتأمل فى الفرق (قوله ولان القياس بأبى استحقاق الحريم لان عمله فى موضع الحفر والاستحقاق به فقيما اتفق عليه الحديثان تركناه وفيما تعارضا فيه حفظناه) يعنى أن الحديثين انفقاق الاربعين تركنا القياس

ذراعا ورد عموم الاول بان معناه من حفر بئر لعطن فله مما حولها أربعون ذراعا وهو خاص بالعطن كما ترى وأجيب بأن عطنا ليس صفة لبئر حتى يكون محصا وانما هو بيان الحاجة الى الاربعين ليكون دافعا لقتضى القياس فانه بأبى استحقاق الحريم لان عمل الحافر فى موضع الحفر واستحقاقه بالعمل فى موضع الحفر استحقاؤه لكتابتها به



ولانه قد يستقى من العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما ويمكنه أن يدبر البعير حول البئر فلا يحتاج فيه الى زيادة مسافة قال (وان كانت عيننا خرف بها خمسمائة ذراع) لما روينا ولان الحاجة فيه الى زيادة مسافة لان العين تستخرج للزراعة فلا بد من موضع يجرى فيه الماء ومن حوض يجمع فيه الماء ومن موضع يجرى فيه الى المزرعة فلهذا يقدر بالزيادة والتقدير بخمسمائة بالتوقيف والاصح أنه خمسمائة ذراع من كل جانب كما ذكرنا في العطن والمذراع هي المكسرة وقد بيناه من قبل وقيل ان التقدير في العين والبئر بما ذكرناه في أراضيهم لصلابة بها وفي أراضينا رخاوة فيزاد كي لا يتحول الماء الى الثاني فيتعطل الاول قال (فن أراد أن يحفر في حريمها منع منه) كي لا يؤدي الى تفويت حقه والاخلال به وهذا لانه بالحفر ملك الحر يمس ضرورة تمكنه من الانتفاع به فليس لغيره أن يتصرف في ملكه فان احتقر آخر بئرا في حريم الاول للاول أن يصلحه ويكبسه تبرعا ولو أراد أخذ الثاني فيه قيل له أن يأخذ به كبسه لان ازالة جنابه حفره به كما في الكفاية يلقيها في دار غيره فانه يؤخذ برقعها وقيل بضمنه نقصان ثم يكبسه بنفسه كما اذا هدم جدار غيره وهذا هو الصحيح ذكره في أدب القاضي للخصاف وذكر طريق معرفة النقصان وما عطف في الاول فلا ضمان فيه لانه غير متعدان كان باذن الامام فظاهر وكذا ان كان غير اذنه عندهما والعذر لا يبي حنيفة أنه يجعل في الحفر تحجيرا وهو بسبيل منه بغير اذن الامام وان كان لا يملكه بدونه

في هذا القدر وفيما وراء الاربعين تعارضان العام يتقيه والخاص يثبتته فتساقطا فعملنا بالقياس كذا في شرح تاج الشريعة وغيره أقول فيه بحث لان المتعارضين من الداليل انما يتساقطان اذا لم يكن لاحدهما رجحان على الآخر وأما اذا كان لاحدهما رجحان على الآخر فيجب العمل بالراجح وترك الآخر الامر فيما نحن فيه كذلك لان العام انما ينفى ما وراء الاربعين بطريق المفهوم وهو غير معتبر عندنا وان سلم انه ينفي ذلك بمنطوقه فانما ينفيه بطريق الاشارة والخاص يثبت بطريق العبارة وقد تقررت في علم الاصول ان عبارة النص ترجح على اشارته عند التعارض فلزم أن لا يسقط الخاص بل وجب أن يعمل به ويترك القياس لظهور أن يترك القياس في مقابلة النص قال تاج الشريعة فان قلت كيف تتعارضان وقد ذكر القبول في أحدهما والاختلاف في الآخر قلت يعني به صورة المعارضة كما يقال اذا تعارض المشهور مع خبر الواحد ترجح المشهور وعدم التعارض معلوم انتهى واقتفى أثره صاحب الكفاية والشارح العيني أقول الجواب ليس بصحيح اذ لو كان المراد بتعارضهما هنا صورة المعارضة التي لاتا في رجحان أحدهما على الآخر لما تم قول المصنف وفيما تعارض فيه حفظناه ولما صح قولهم في شرح ذلك وفيما وراء الاربعين تعارض فتساقطا فعملنا بالقياس اذ التساقط والعمل بالقياس انما يتصور في حقيقة التعارض بان يتساوى في القوة ولم يوجد المخلص وأما في صورة التعارض مع رجحان أحدهما على الآخر فيجب العمل بالراجح وترك الآخر والقياس وقد عرف ذلك كما في أصول الفقه ثم أقول الظاهر في الجواب أن يقال مدار هذا الدليل على التنزل عما ذكر في الدليل السابق من كون العام المتفق على قبوله أولى من الخاص المختلف في قبوله يعني لو سلم عدم رجحان أحدهما على الآخر وتساقطهما فيما تعارض فيه وهو ما وراء الاربعين حفظنا القياس فيه وهو يكفي فيما نحن فيه تأمل ترشد (قوله ولانه قد يستقى من بئر العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما) أقول هذا التعليل ضعيف جدا لانهم صرحوا بان المراد من بئر العطن ما يستقى منه باليد ومن بئر الناضح ما يستقى منه بالبعير فكيف يتم أن يقال قد يستقى من بئر العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد ولئن سلم ذلك فهو على الندره فكيف يتم أن يقال فاستوت الحاجة فيهما (قوله وقيل ان التقدير في البئر والعين بما ذكرناه في أراضيهم لصلابة بها وفي أراضينا رخاوة فيزاد كي لا يتحول الماء الى الثاني فيتعطل الاول) أقول فيه اشكال اذ المقادير بما

فيجب المصير الى ما بعده وهو القياس فحفظناه وقوله لما روينا اشارة الى قوله عليه الصلاة والسلام حريم العين خمسمائة ذراع وقوله (والذراع هي المكسرة) يعني أن يكون ست قبضات وهو ذراع العامة وانما وصفت بذلك لانها نقصت عن ذراع الملك وهو بعض الاكسرة بقبضة وقوله (المابيننا) اشارة الى ما ذكره في كتاب الطهارة من قوله بذراع الكرباس توسعه على الناس فانها هي المكسرة قال (فن أراد أن يحفر في حريمها منع منه) كلامه واضح وقوله (أن يطمه) أي يصلحه ويكبسه من باب أعجبني زيد وكرمه في كون لعطف للتفسير فان اصلاحه كبسه قوله (وذكر طريق معرفة النقصان) وهو أن يتقوم الاول قبل حفر الثانية وبعده فيضمن نقصان ما بينهما والقناة تجرى الماء تحت الارض تسمى بالفارسية كارين

(قوله اشارة الى ما ذكره في كتاب الطهارة) أقول في باب الماء الذي يجوز به الوضوء وفيه رد على العلامة الكاكي حيث قال في شرح قوله وقد بينا أن الوجه في أن الخمسمائة تعبر من كل جانب ولكن لم يذكر بيان الذراع انتهى فتأمل!

وقوله (بهورد الحديث) يريد به ما روى أن رجلا غرس شجرة في أرض فلاة فجاء آخر فأراد أن يغرس شجرة أخرى بجانب شجرته فشكى صاحب الشجرة الأولى إلى النبي صلى الله عليه وسلم فجعل له النبي عليه الصلاة والسلام من الحرم خمسة أذرع وأطلق للأخر فيما وراء ذلك وهو حديث مشهور ذكره شيخ الإسلام في مبسوطه (قوله ومن كان له نهر في أرض غيره) ذكر في شرح الطحاوي لو أن نهر الرجل وأرضه على شاطئ النهر لا خرفتنا زعافى المسنة فان كان بين الأرض وبين النهر حائل كالحائط ونحوه فالمسنة لصاحب الأرض بالاجماع وان لم يكن بينهما حائل (١٤٣) قال أبو حنيفة رحمه الله صلى الله عليه وسلم لصاحب الأرض ولصاحب النهر فيها حق حتى ان صاحب الأرض اذا أراد

وما عطف في الثانية ففقه الضمان لانه متعد فيه حيث حفر في ملك غيره وان حفر الثاني بئر وراء حريم الأولى فذهب ماء البئر الأولى فلا شيء عليه لانه غير متعد في حفرها والثاني الحريم من الجوانب الثلاثة دون الجانب الأول لسبق ملك الحافر الأول فيه (والقناة لها حريم بقدر ما يصلحها) وعن محمد أنه بمنزلة البئر في استحقاق الحريم وقبل هو عنددهما وعندده لالحريم لهما ما لم يظهر الماء على الأرض لانه نهر في التحقيق فيعتبر بالنهر الظاهر قالوا وعند ظهور الماء على الأرض هو بمنزلة عين فواره فيقدر حريمه بمحسمة ذراع (والشجرة تغرس في أرض موات اها حريم ايضاً حتى لم يكن لغريمه أن يغرس شجرة في حريمها) لانه يحتاج الى حريم له يحد فيه غيره ويضعه فيه وهو مقدر بخمسة أذرع من كل جانب بهورد الحديث قال (وما ترك القرات أو الدجلة وعدل عنه الماء ويجوز عوده اليه لم يجز احياؤه) الحاجة العامة الى كونه نهر (وان كان لا يجوز ان يعود اليه فهو كالموات اذا لم يكن حريمه العامر) لانه ليس في ملك أحد لان قهر الماء يدفع قهر غيره وهو اليوم في يد الامام قال (ومن كان له نهر في أرض غيره فليس له حريم عند أبي حنيفة الا ان يقيم بينة على ذلك وقاله مسنة النهر يعني عليها وبقية عليها طينه) قيل هذه المسئلة بناء على أن من حفر نهر في أرض موات باذن الامام لا يستحق الحريم عنده وعنددهما يستحقه لان النهر لا ينتفع به الا بالحريم لحاجته الى المشي لتسبيل الماء ولا يمكنه المشي عادة في بطن النهر والى القاء الطين ولا يمكنه النقل الى مكان بعيد الا بخرج فيكون له الحريم اعتباراً بالبئر وله أن القياس ياباه على ما ذكرناه وفي البئر عرفناه بالآثر والحاجة الى الحريم فيه فوقها اليه في النهر لان الانتفاع بالماء في النهر يمكن بدون الحريم ولا يمكن في البئر الا بالاستقاء والاستقاء بالحريم فتعذر الا لحاق ووجه البناء ان استحقاق الحريم ثبت اليد عليه اعتباراً بالبئر والقول لصاحب اليد بعدم استحقاقه تنعدم اليد والظاهر يشهد لصاحب الأرض على ما ذكرناه ان شاء الله تعالى وان كانت مسألة مبتدأة فله ما أن الحريم في يد صاحب النهر باستمساك الماء به ولهذا لا يعطى صاحب الأرض نقضه

رفعها أي هدمها كان لصاحب النهر منعه من ذلك وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله المسنة لصاحب النهر وذكر في كشف الغوامض ان الاختلاف في نهر كبير لا يحتاج الى كربة في كل حين أما الانهار الصغار التي يحتاج الى كرتها في كل وقت فلها حريم بالاتفاق هكذا ذكره في النهاية وظاهر كلام المصنف يتأنيبه وقوله (فيكون له حريم اعتباراً بالبئر) يعني بجامع الاحتياج فان استحقاق الحريم للحاجة وهي موجودة في النهر كهي في البئر والعين فيتعدي الحكم منهما اليه (وله أن القياس ياباه على ما ذكرناه) يعني قوله ولان القياس يابى استحقاق الحريم الى آخره وفي البئر عرفناه بالآثر فكان الحكم معدولاً به عن القياس في الاصل فلا يصح تعديته وقوله (والحاجة الى الحريم

لا تدخل فيه للرأى أصلاً وانما مدارها النص من الشارع كما صرحوا به وانفقوا عليه والذي ثبت بالنص فيما نحن فيه ما ذكره فيما قبل لا غير قصر الزيادة عليه عملاً بالآثر أي فيما هو من المقادير وهو لا يجوز فلنأمل في الدفع (قوله وما عطف في الثانية ففقه الضمان لانه متعد فيه حيث حفر في ملك غيره) أقول في التعليل قصوره لانه لا يتمشى فيما اذا حفر الأول بغير اذن الامام على أصل أبي حنيفة فانه يجعل الحفر هناك تجعيراً كما مر آنفاً ويجرد التجعير لا تصير البئر الأولى ولا حريمها ملكاً للحجر فلا يصدق هناك على أصله أن يقال ان الثاني حفر في ملك غيره فلاولى في التعليل أن يقال لانه متعد فيه حيث حفر في حق غيره اذ لا شك أن الحق يثبت بالتجعير كما يثبت بالاحياء ولهذا لا يقدر الامام أن يأخذها من

فه) أي في البئر جواب عما يقال هب أنه على خلاف القياس فليحق به بالدلالة ووجهه أن الا لحاق بالدلالة (وله انما يكون للاعلى بالادنى أو المساوي والأمر فيما نحن فيه ليس كذلك فان الحاجة الى الحريم فيه أي في البئر بمعنى القلب فوق الحاجة اليه في النهر لان الانتفاع بالماء في النهر يمكن بدون الحريم ولا يمكن في البئر الا بالاستقاء والاستقاء بالالحريم فتعذر الا لحاق ووجه البناء الى قوله والقول لصاحب اليد) من جهتهما وقوله (ولعدم استحقاقه الى آخره) من جهة أبي حنيفة رحمه الله

(قال المصنف والقناة له حريم بقدر ما يصلحها) أقول وفي غاية البيان تفصيل حسن في هذا المقام فراجع (قال المصنف لان الانتفاع بالماء في النهر يمكن بدون الحريم) أقول لأنه يلحقه بعض الحريم في نقل الطين والمشى في وسطه

وقوله (أما صورة فلاستوائهما) يشير إلى أن الخلاف فيما إذا لم تكن المسننة مرتفعة عن الأرض فاما إذا كانت المسننة أرفع من الأرض فهي لصاحب النهر لان الظاهر أن ارتفاعه لاقاء طينه وقوله (يقضى للذي في يده ما هو أشبه بالمتنازع فيه) هو الموعود بقوله على ما ذكره وقوله (والقضاء

(١٤٣)

في موضع الخلاف) أي في مسألة من كان له نهر في أرض غيره قضاء ترك لأقضاء ملك فلو أقام صاحب النهر البيعة بعد هذا على أن المسننة ملكه تقبل بينته ولو كان قضاء ملك لما قبلت بينته لان المقضى عليه في حادثة قضاء ملك لا يصير مقضيا له فيها وقوله (ولانزع فيما به استمسك الماء) جواب عن قوله ما ان الحريم في يد صاحب النهر بالمسالك الماء وهو واضح وقوله (والمنازع من نقضه) جواب عن قوله ما اوله هذا لا يملك صاحب الأرض نقضه وذكر رواية الجامع الصغير لانه يتبين بها موضع الخلاف وقوله (ليس لاحدهما عليه) أي على المسننة بتأويل الحريم

وله أنه أشبه بالأرض صورة ومعنى أما صورة فلاستوائهما ومعنى من حيث صلاحيته للغرس والزراعة والظاهر شاهدان في يده ما هو أشبه به كاشين تنازعا في مصراع باب ليس في يدهما والمصراع الآخر ملق على باب أحدهما يقضى للذي في يده ما هو أشبه بالمتنازع فيه والقضاء في موضع الخلاف قضاء ترك ولا نزاع فيما به استمسك الماء انما النزاع فيما وراءه مما يصلح للغرس على أنه ان كان مستمسك به ما منه رة فلا تخردافع به الماء عن أرضه والمنازع من نقضه تعلق حق صاحب النهر لملكه كالحائط لرجل ولا تخرد عليه جذوع لا يتمكن من نقضه وان كان ملكه (وفي الجامع الصغير لرجل الى جنبه مساة ولا تخرد خلف المسننة أرض تلتقها وليست المسننة في يد أحدهما فهي لصاحب الأرض عند أبي حنيفة وقاله لصاحب النهر حريم الملقى طينه وغير ذلك وقوله وليست المسننة في يد أحدهما معناه ليس لاحدهما عليه غرس ولا طين ملق فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف أما اذا كان لاحدهما عليه ذلك فصاحب الشغل أولى لانه صاحب يد ولو كان عليه غرس لا يدور من غرسه فهو من مواضع الخلاف أيضا وغرة الاختلاف أن ولاية الغرس لصاحب الأرض عنده وعند صاحب النهر وأما القاء الطين فقد قيل انه على الخلاف وقيل ان لصاحب النهر ذلك ما لم يفضح وأما المرور فقد قيل يمنع صاحب النهر عنده وقيل لا يمنع للضرورة قال الفقيه أبو جعفر أخذ بقوله في الغرس بقوله ما في القاء الطين ثم عن أبي يوسف أن حريمه مقدار نصف النهر من كل جانب وعن محمد مقدار بطن النهر من كل جانب وهذا أرفق بالناس

يد الحجر ويدفعها الى غيره الا اذا جرد أرضا ولم يمرها ثلاث سنين كما مر فيتمشى التعليل بهذا الوجه في الصورة المذكورة أيضا على أصل أمتنا الثلاثة جميعا (قوله وله أنه أشبه بالأرض صورة ومعنى أما صورة فلاستوائهما ومعنى من حيث صلاحيته للغرس والزراعة) قال صاحب العناية وقوله لاستوائهما يشير إلى أن الخلاف فيما إذا لم تكن المسننة مرتفعة عن الأرض فاما إذا كانت المسننة أرفع من الأرض فهي لصاحب النهر لان الظاهر أن ارتفاعه لاقاء طينه انتهى وتبعه العيني أقول ليس هذا بشرح سيد بلان الإشارة الى ما ذكره انما يتصور أن لو كان المراد باستوائهما في قوله صورة لاستوائهما استواءهما في الارتفاع والانخفاض أي الاستواء المكاني ولا يذهب على ذي سكة أن المراد بذلك انما هو الاستواء في الحقيقة الأرضية كيف لا والاستواء بالمعنى الاول قد يتحقق بين النهر والحريم أيضا كما لا يخفى عليك فلو كان المراد ذلك لاختل التعليل المذكور تبصر (قوله وغرة الاختلاف أن ولاية الغرس لصاحب الأرض عنده وعند صاحب النهر) قال بعض الفضلاء فيه بحث اذا لا يظهر كون ما ذكره غرة لما تقدمه بل لا يبعد أن يدعى العكس انتهى أقول لا وجه للكلامه هذا أصلا فانه لما لم يكن لصاحب النهر حريم عنده بل كان طرفا النهر لصاحب الأرض وكان لصاحب النهر حريم عندهما ظهر منه أن ولاية الغرس في مقدار ذلك الحريم لصاحب الأرض عنده ولصاحب النهر عندهما اذا لا شك أن ولاية الغرس في موضع ان يستحق ذلك الموضع وهذا مما لا استربة فكيف خفي على مثل ذلك القائل

(قوله يشير إلى أن الخلاف الخ) أقول لا يخفى عليك ما في الإشارة من الخفاء ولت أن تقول المراد بالاستواء هو الاستواء صورة بأن لا يرتفع

الحريم من الأرض لا الاستواء في الأرضية (قوله هو الموعود بقوله على ما ذكره) أقول فيه بحث بل الموعود بقوله وله أنه أشبه بالأرض (قال المصنف وغرة الاختلاف الخ) أقول فيه بحث اذا لا يظهر كون ما ذكره غرة لما تقدمه بل لا يبعد أن يدعى العكس

﴿ فصول في مسائل الشرب ﴾

﴿ فصل في المياه ﴾ لما فرغ من احياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب لان احياء الموات يحتاج اليه وقدم فصل المياه على فصل الكرى لان المقصود هو الماء والشفة اصلها شفة أسقطت الهاء تخفيفا والمراد بها ههنا الشرب بالشفاء ويجوز نهر نحو اوزم وسبحون نهر التردود جله تهر (١٤٤) بغداد واقرا نهر الكوفة وشفة النهر بالكسر والفتح حافظه

﴿ فصول في مسائل الشرب ﴾

﴿ فصل في المياه ﴾ واذا كان لرجل ثم رأو بئر أو قناة فليس له أن يمنع شيئا من الشفة والشفة الشرب لبني آدم والبهائم اعلم أن المياه أنواع منها ماء البحار ولكل واحد من الناس فيها حق الشفة وسقى الاراضى حتى ان من أراد أن يكرى نهر امته الى أرضه لم يمنع من ذلك والانتفاع بماء البحر كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء فلا يمنع من الانتفاع به على أى وجه شاء والثاني ماء الاودية العظام كيجيون وسبحون ودجلة والفرات للناس فيه حق الشفة على الاطلاق وحق سقى الاراضى فان احيوا واحدا أرضا ميتة وكرى منه نهر ليس فيها ان كان لا يضر بالعمامة ولا يكون النهر في ملك أحد له ذلك لانها مباحة في الاصل اذ هو الماء يدفع قهر غيره وان كان يضر بالعمامة فليس له ذلك لان دفع الضرر عنهم واجب وذلك في أن يعيل الماء الى هذا الجانب اذا انكسرت شفته فيغرق القرى والاراضى وعلى هذا نص الرضى عليه لان شق النهر للرحى كشقه للسقي به والثالث اذا دخل الماء في المقاسم فحق الشفة ثابت والاصل فيه قوله عليه السلام الناس شركاء في ثلاث الماء والكلا والنار وانه ينتظم الشرب والشرب خص منه الاول وبقي الثاني وهو الشفة ولان البئر ونحوها موضع الاحراز ولا علك المباح بدونه كالتبى اذا تنكس في أرضه ولان في ابقاء الشفة ضرورة لان الانسان لا يمكنه استحباب الماء الى كل مكان وهو محتاج اليه لنفسه ونظيره فلو منع عنه أفضى الى حرج عظيم وان أراد رجل أن يسقى بذلك أرضا احيها كان لاهل النهر أن يمنعوه عنه أضربهم أو لم يضر لانه حق خاص لهم ولا ضرورة ولا نالوا بغير ذلك لانقطع منفعة الشرب والرابع الماء المحرز في الاواني وانه صار ملكا بالاحراز وانقطع حق غيره عنه كما في الصيد المأخوذ الا أنه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل وهو مارو ينا حتى لو سرقه انسان في موضع يعز وجوده وهو يساوى نصا بالتم تقطع يده

﴿ فصول في مسائل الشرب ﴾

﴿ فصل في المياه ﴾ لما فرغ من ذكر احياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب لان احياء الموات يحتاج اليه وقدم فصل المياه على فصل الكرى لان المقصود هو الماء كذا في الشروح أقول يدعى ظاهرا أن يقال اذا كان الشرب مما يحتاج اليه احياء الموات كان الاثنى تقديم مسائل الشرب على مسائل احياء الموات على عكس ما في الكتاب والجواب أن احياء الموات لاصالته وكثرة فروعه كما يدل عليه ترجمة الكتاب به في العنوان يستحق التقديم لاجل حاله وانما مقصود الشرح ههنا بيان مجرد وجه تذييله بمسائل الشرب لتحقيق المناسبة والتعلق بينهما من جهة احتياج أحدهما على الآخر دون بيان الترتيب بينهما فيتم المطلوب بما ذكره (قوله الا أنه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل وهو مارو ينا حتى لو سرقه انسان في موضع يعز وجوده وهو يساوى نصا بالتم تقطع يده) واعترض عليه بأنه على هذا ينبغي أن لا يقطع في الاشياء كما هو الا ان قوله تعالى هو الذي خلق لكم في الارض جميعا يورث الشبهة

وانت ثلاث في قوله عليه الصلاة والسلام الناس شركاء في ثلاث لان الفصح في الكلام اذا لم يذكّر المعدود أن يذكّر على لفظ المؤنث نظر الى لفظ الاعداد ومثله قوله عليه الصلاة والسلام من صام رمضان وأتبعه بست من شوال الحديث والصوم انما يتحقق في الايام لافي الليالي ولكن لما لم يذكّر المعدود وهو الايام أنشء وقوله عليه الصلاة والسلام شركاء يريد به الاباحة في الماء الذي لم يجز نحو الحياض والعيون والابار والانهار وأما الكلا وهو مالا ساق له فاما أن يثبت في أرض شخص أو أن يثبت فيها بكري الارض وسقيها فان كان الاول كان مباحا للناس الا أن أحدا لا يدخل ملكه الا بانه فان لم يجد في غير ذلك الموضع فاما أن يخرج له صاحب الارض أو ياذن له بالدخول وان كان الثاني فهو أحق به وليس لاحد أن ينتفع بشئ منه الا برضاه لانه حصل بكسبه والكسب لاكتسب وأما النار فكأن أو قد نارا في أرض فليس لاحد فيها حق فلهم أن ينتفعوا بناره من حيث الاصطلاح وبها وتجبف الشبَاب وأن يعمل بضوئها وأما اذا أراد أن يأخذ الجمر فليس له ذلك الا برضاه لان ذلك فحم أو حطب قد أحرقه الموقد ليس مما ثبت فيه الشركة وكلامه واضح وقوله (الا أنه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل) يريد به قوله عليه الصلاة والسلام الناس شركاء في ثلاث وقوله (حتى لو سرقه انسان لم يقطع) اعترض عليه بأنه على هذا ينبغي أن لا يقطع في الاشياء كما هو الا ان قوله تعالى هو الذي خلق لكم في الارض جميعا يورث الشبهة بهذا الطريق

ولو

بشيء منه الا برضاه لانه حصل بكسبه والكسب لاكتسب وأما النار فكأن أو قد نارا

في أرض فليس لاحد فيها حق فلهم أن ينتفعوا بناره من حيث الاصطلاح وبها وتجبف الشبَاب وأن يعمل بضوئها وأما اذا أراد أن يأخذ الجمر فليس له ذلك الا برضاه لان ذلك فحم أو حطب قد أحرقه الموقد ليس مما ثبت فيه الشركة وكلامه واضح وقوله (الا أنه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل) يريد به قوله عليه الصلاة والسلام الناس شركاء في ثلاث وقوله (حتى لو سرقه انسان لم يقطع) اعترض عليه بأنه على هذا ينبغي أن لا يقطع في الاشياء كما هو الا ان قوله تعالى هو الذي خلق لكم في الارض جميعا يورث الشبهة بهذا الطريق

ولو كان البئر والعين أو الحوض أو النهر في ملك رجل له أن يمنع من يريد الشفة من الدخول في ملكه إذا كان مجدهما آخر يقرب من هذا الماء في غير ملك أحد وان كان لا يجيد يقال لصاحب النهر ما أن تعطيه الشفة أو تتركه يأخذ بنفسه بشرط أن لا يكسر صفته وهذا مروى عن الطحاوي وقيل ما قاله صحيح فيما اذا احتقر في أرض مملوكة له أما اذا احتقرها في أرض موات فليس له أن يمنع من الموت كان مشتركا والحفر لحياء حق مشترك فلا يقطع الشركة في الشفة ولو منعه عن ذلك وهو يخاف على نفسه أو ظهره العطش له أن يقاتله بالسلاح لانه قصد اتلافه بمنع حقه وهو الشفة والماء في البئر مباح غير مملوك بخلاف الماء المهرز في الاناء حيث يقاتله بغير السلاح لانه قدم ملكه وكذا الطعام عند اصابة الخمصة وقيل في البئر ونحوها الاولى أن يقاتله بغير السلاح بعضا لانه ارتكب معصية فقام ذلك مقام التعزير والشفة اذا كان يأتي على الماء كله بان كان جرد ولا صغيرا وفيما يرد من الابل والمواشي كثرة ينقطع الماء بشربها قيل لا يمنع منه لان الابل لاترد هافي كل وقت فصارت كليا ومسه وهو سبيل في قسمة الشرب وقيل له أن يمنع اعتبار بسقي المزارع والمشاجر والجامع نفوت حقه وهم أن يأخذوا الماء منه للوضوء وغسل الثياب في الصحيح لان الامر بالوضوء والغسل فيه كما قيل يؤدي الى الحرج وهو مدفوع وان أراد أن يسقي شجرا أو خضرا في داره جلا بجزاره له ذلك في الاصح لان الناس يتوسعون فيه ويهدون المنع من الدنائة وليس له أن يسقي أرضه ويخذه وشجرة من نهر هذا الرجل وبئر وقناة الابانة نضا وله أن يمنع من ذلك لان الماء متى دخل في المقاسم انقطعت شركة الشرب بواحدة لان في ابقائه قطع شرب صاحبه ولان المسيل حق صاحب النهر والصفة تعلق بمحقه فلا يمكنه التسييل فيه ولا شق الصفة فان أذن له صاحبه في ذلك أو أعاره فلا بأس به لانه حقه فنجري فيه الاباحة كالماء المهرز في انائه

بالعمل به ابطال الكتاب بخلاف قوله تعالى هو الذي خلق لكم فان العمل به على الاطلاق يبطل قوله تعالى الزانية والزاني والسارق والسارقة وغير ذلك فدل على أن المراد به غير ما دل عليه الخصوصات وقوله وقيل له أن يمنع اعتبارا بسقي المزارع والمشاجر كزكري الميسوط وأكثروهم على أنه أن يمنع في مثل هذه الصور لان الشفة مالا يصير بصاحب النهر والبئر فأما ما يضر ويقطع فله أن يمنع ذلك وقوله ولهم أن يأخذوا منه أي من الجدول الصغير علم من وضع المسئلة فيه وقوله في الصحيح اشارة الى اختلاف المشايخ رحمهم الله فان منهم من قال لا يأخذون الماء منه للوضوء وغسل الثياب لان الشركة تثبت في حق الشفة لا غير والصحيح جوازه دفعا للحرج وقوله له ذلك في الاصح احتراز عن قول بعض المتأخرين من أئمة بلخ اذا قالوا ليس له ذلك الا باذن صاحب النهر - لان الظاهر الحديث وقوله (لان الماء متى

بهذا الطريق وأجيب بان العمل بالحديث يوافق العمل بقوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا ولا يلزم بالعمل به ابطال الكتاب بخلاف قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا فان العمل به على الاطلاق يبطل قوله تعالى الزانية والزاني والسارق والسارقة وغير ذلك فدل على أن المراد غير ما دل عليه الخصوصات كذا في العناية أقول في هذا الجواب نظرا لانه وان لم يلزم بالعمل بالحديث المسد كور على الاطلاق ابطال دليل شرعي آخر فاتهم - كما وان الماء المهرز في الاواني يصير مملوكا بالاحراز وينقطع حق الغير عنه وهذا حكم شرعي لا بد له من دليل شرعي لا محالة فلو علمنا بالحديث المسد كور على الاطلاق لزم ابطال ذلك الدليل الشرعي الدال على أن الماء المهرز في الاواني ملك خاص لمن أحرزه لا شركة فيه لغيره من الناس فدل على أن المراد بالحديث المسد كور غير ما دل عليه خصوص الدليل الشرعي الدال على أن الماء المهرز في الاواني ملك مخصوص لحرزه كما قيل في الآية المسد كورة فينبغي أن لا يورث شبهة فيما لو سرق انسان ماء محرزا في الاواني كما لا يورثها الآية المسد كورة فالحق في الجواب عن ذلك الاعتراض ما ذكره تاج الشريعة حيث قال فان قلت فعلى هذيان ينبغي أن لا يقطع السارق نظرا الى قوله تعالى خلق لكم ما في الارض جميعا قلت مقابلة الجمع بالجمع تقتضي انقسام الاحاد كما في قوله تعالى حرمت عليكم أمهاتكم وقوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم ولا يجب وزلائد على الاربع فكذا معنى الآية والله أعلم خلق لكل واحد منكم ما وقع في يده لا كل الاشياء وفيما نحن فيه أثبت الحديث الشركة للناس

عالمه

﴿فصل في كرى الانهار﴾ لما فرغ عن ذكر مسائل الشرب احتاج الى ذكر مؤنة كرى الانهار التي كان الشرب منها ولكن لما كانت مؤنة الكرى امرًا زائدا على النهر اذ النهر يوجد بدون مؤنة الكرى كالنهر العام أخذ ذكره ووجهه الحصر في الثلاثة نظائر لان النهر اما ان يكون عامًا من كل وجه أو خاصًا كذلك (١٤٦) أو عامًا من وجه خاص من وجهه أما الاول فكالفترات وسيحون

﴿فصل في كرى الانهار﴾ قال رضى الله عنه الانهار ثلاثة نهر غير مؤنة لا حد ولم يدخل ماؤه في المقاسم بعد كالفترات ونحوه ونهر يملوك دخل ماؤه في القسمة الا أنه عام ونهر يملوك دخل ماؤه في القسمة وهو خاص والفاصل بينهما استحقاق الشفة به وعدمه فالاول كرى على السلطان من بيت مال المسلمين لان منفعة الكرى لهم فتكون مؤنته عليهم ويصرف اليه من مؤنة الخراج والجزية دون العشور والصدقات لان الثاني للفقراء والاول للنواب فان لم يكن في بيت المال شئ فالعام يجبر الناس على كرىه احياء لمصلحة العامة اذ هم لا يقيمونها بأنفسهم وفي مثله قال عمر رضى الله عنه لو تركتم لبعثتم أولادكم الا أنه يخرج له من كان يطبقه ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطبقونه بأنفسهم وأما الثاني فكبرىه على أهله لا على بيت المال لان الحق لهم والمنفعة تعود اليهم على الخصوص والخلوص ومن أبي منهم يجبر على كرىه دفعا للضرر العام وهو ضرر بقية الشركاء وضرر الآبي خاص ويقابله عوض فلا يعارض به ولو أرادوا أن يحصنوه خيفة الانبثاق وفيه ضرر عام كغرق الاراضى وفساد الطرق يجبر الآبي والافلا لانه موهوم بخلاف الكرى لانه معلوم وأما الثالث وهو الخاص من كل وجه فكبرىه على أهله لما بيننا ثم قيل يجبر الآبي كافي الثاني وقيل لا يجبر لان كل واحد من الضررين خاص ويمكن دفعه عنهم بالرجوع على الآبي بما أنفقوا فيه اذا كان باهر القاضى فاستوت الجهتان بخلاف ما تقدم ولا يجبر لحق الشفة كما اذا امتنعوا جميعا

﴿فصل في كرى الانهار﴾ قال جماعة من الشرايح ما فرغ من ذكر مسائل الشرب احتاج الى ذكر مؤنة كرى الانهار التي كان الشرب منها ولكن لما كانت مؤنة الكرى امرًا زائدا على النهر اذ النهر يوجد بدون مؤنة الكرى كالنهر العام أخذ ذكره انتهى أقول فيه كلام أما أولافلان المصنف لم يفرغ من ذكر مسائل الشرب بل هو في أثناءه ذكر مسائلها بعد كيف وقد قال فيما قبل فصول في مسائل الشرب وهو الا أن شرع في الفصل الثاني من تلك الفصول وأما ناسيا فلان النهر العام أيضا لا يوجد بدون مؤنة الكرى بل له مؤنة من بيت مال المسلمين كما صرح به المصنف فيما بعد حيث قال فالاول كرىه على السلطان من بيت مال المسلمين لان منفعة الكرى لهم فيكون مؤنته عليهم لا يقال مرادهم أن النهر العام يوجد بدون مؤنة الكرى على أهله لأنه يوجد بدونها مطلقا يشر اليه قول المصنف فيما بعد وأما الثاني فكبرىه على أهله لا على بيت المال فلا يضرهم وجوب مؤنة النهر العام على السلطان لاننا نقول مؤنة النهر العام وان كانت على السلطان في الظاهر حيث كان صرفها من يده الا أنها في الحقيقة على أهلها أيضا وهم عامة المسلمين يرشد اليه قول المصنف لان منفعة الكرى لهم فتكون مؤنته عليهم في تلميل قوله فالاول كرىه على السلطان من بيت مال المسلمين ولئن سلم أن مؤنة النهر العام على السلطان نفسه فلا يجدى نفعًا أيضا الا يلزم حينئذ أن يوجد النهر بدون مؤنة الكرى مطلقا فلا يثبت كون مؤنة الكرى امرًا زائدا على النهر فلا يتم وجهه التأخير الذي ذكره ههنا ثم أقول ما ذكره ههنا مع كونه غير تام في نفسه مستغنى عنه بالكلية بما ذكره من قبل عند قول المصنف فصول في مسائل الشرب فصل في المياه فانهم قالوا هناك لما فرغ من احياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب لان احياء الموات يحتاج اليه وقدم فصل المياه على فصل الكرى لان المقصود

ويحسون ووجهه وأما الآخران فقد فصل المصنف رحمه الله بينهما باستحقاق الشفة وقد تقدم ذلك فيما قبله (الا أنه يخرج له) أى للكبرى من كان يطبقه أى الذى يقدر على العمل (ويجعل مؤنته) أى مؤنة من يطبقه على المياسير الذين لا يطبقونه بأنفسهم كما يفعل ذلك في تجهيز الجيوش فانه يخرج من كان يطبق القتال ويجعل مؤنته على الاغنياء وقوله (ويقابله عوض) يعنى حصته من الشرب فلا يعارض به أى فلا يعارض الضرر العام بالضرر الخاص بل يغلب جانب الضرر العام فيجعل ضررا ويجب السعى في اعدامه وان بقى الضرر الخاص وقوله (خيفة الانبثاق) يقال بثق السيل موضع كذا أى خرقه وشقه وقوله (لما بيننا) اشار الى قوله لان الحق لهم والمنفعة تعود اليهم على الخصوص ثم قيل يجبر الآبي كافي الثاني وهو قول أبي بكر الاسكاف رحمه الله وقيل لا يجبر وهو قول أبي بكر بن أبي

سعيد البلخي رحمه الله وقوله (فاستوت الجهتان) يعنى في الخصوص بخلاف ما تقدم وهو الاجبار في النهر الثاني فان مؤنة أى من أهله يجبر عليه هناك لان احدى الجهتين عام والاخرى خاص فيجبر الآبي دفعا للضرر العام عن غيره وقوله (ولا يجبر لحق الشفة) جواب عما يقال ان كرى النهر الخاص احياء حق الشفة العامة فيكون في الترك ضرر عام فينبغى أن يجبر الآبي على الكرى دفعا للضرر عن أهل الشفة وهو قول بعض المتأخرين من مشايخنا رحمه الله وفي ظاهرها رواية لا يجبر الآبي لحق أهل الشفة كالأول منع جميع

أهل النهر عن كربه فانهم لا يجبرون على الكرى لحق أهل الشفة وقوله (ومؤنة كرى (١٤٧) النهر المشترك) ظاهر وقوله (فلا يلزمه

انقاع غيره) قال في النهاية الصواب نفع غيره لان الانقاع في معنى النفع غير مسموع وقوله (لانهم لا يحصون) يعني فكأنوا مجهولين

ومؤنة كرى النهر المشترك عليهم من أعلاه فاذا جاوز أرض رجل رفع عنه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالاهي عليهم جميعا من أوله الى آخره بخصص الشرب والارضين لار لصاحب الاعلى حقا في الاسفل لاحتياجه الى تسهيل ما فضل من الماء فيه وله أن انقص من الكرى الانقاع بالحق وقد حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه انقاع غيره وليس على صاحب المسيل عمارته كما اذا كان له مسيل على سطح غيره كيف وان يمكنه دفع الماء عن أرضه بسده من أعلاه ثم انما يرفع عنه اذا جاوز أرضه كما ذكرناه وقيل اذا جاوزت همة نهره وهو مروى عن محمد رحمه الله والاول أصح لانه رأينا في اتخاذ الفوعة من أعلاه وأسفله فاذا جاوز الكرى أرضه حتى سقطت عنه مؤنته قيل له أن يفتح الماء ليسقى أرضه لانتهاء الكرى في حقه وقيل ليس له ذلك ما لم يفرغ شركاؤه نفع الاختصاصه وليس على أهل الشفة من الكرى شيء لانهم لا يحصون ولا نفع اتباع

فصل في دعوى الشرب والاختلاف والتصرف فيه

لما قرب من فراغ بيان مسائل الشرب ختمه بفصل يشتمل على مسائل شتى من مسائل الشرب (بجوز دعوى الشرب بلا أرض استحسانا) قال في المسبوط ينبغي في القياس أن لا يقبل منه ذلك لان شرط صحة الدعوى اعلام المدعى في الدعوى والشهادة والشرب مجهول جهالة لا تقبل الاعلام ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب وقوله (ترك على حاله) معناه لم يكن له ذلك

فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه قال (وتصح دعوى الشرب بغير أرض استحسانا) لانه قد علمت بدون الارض ارضا وقد يبيع الارض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فيصح فيه الدعوى (واذا كان نهر لرجل يجرى في أرض غيره فاراد صاحب الارض أن لا يجرى النهر في أرضه ترك على حاله) لانه مستعمل له باجرامائه فعند الاختلاف يكون القول

هو الماء انتهى فتأمل (قوله وله أن المقتصد من الكرى الانقاع بالسقي وقد حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه انقاع غيره) قال صاحب النهاية والصواب نفع غيره لان الانقاع في معنى النفع غير مسموع كذا وجدت بخط الامام تاج الدين الزرنوجي الى هنا كلامه واقضى أثره جماعة من الشراح ولم يزيدوا على ذلك شيئا وقال صاحب الغاية استعمل الانقاع في معنى النفع وهو ضد الضر ولم يسمع ذلك في قوانين اللغة وجاء أرجعته في لغة هذيل بمعنى رجعته ويجوز على قياسه أن نفعته بمعنى نفعته ولكن اللغة لاتصح بالقياس ويجوز أن يكون ذلك سهوا من الكاتب بان يكون في الاصل انقاع غيره من باب الافعال انتهى كلامه وقال الشارح العيني بعد نقل كلامه هو لا الشراح على الترتيب المذكور قلت لا يلزم أن تكون الهزمة هنا التعدد لكون النفع متعدبا بدون الهزمة بل يجوز أن تكون للتعريض من باب أبعته فان باع متعددا ولما قدموا منه التعريض أدخلوا الهزمة عليه على قصد أن يكون المفعول معرضا للاصل الفعل فان معنى أبعته عرضته للبيع وجعلته منتسبا اليه وكذلك ههنا يكون المعنى فلا يلزمه أن يجعل غيره معرضا للنفع ولا منتسبا اليه انتهى أقول ليس هذا بشيء اذا ما له أيضا اثبات اللغة بالقياس وهو غير صحيح على ما صرحوا به ولو صح ذلك لكان قياس ما في الكتاب على أرجعه بمعنى رجعته أولى وأحسن من قياسه على أباعه بمعنى عرضه للبيع كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة

فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه لما قرب الفراغ عن بيان مسائل الشرب ختمه بفصل يشتمل على مسائل شتى من مسائل الشرب (قوله وتصح دعوى الشرب بغير أرض استحسانا) لانه قد علمت بدون الارض ارضا وقد تباع الارض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فيصح فيه دعوى البيع قال في المسبوط ينبغي في القياس أن لا يقبل منه ذلك لان شرط صحة الدعوى اعلام المدعى في الدعوى والشهادة والشرب مجهول جهالة لا تقبل الاعلام ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب كذا في العناية وغيرها أقول فيه اشكال لان ما ذكره في الكتاب لا يدفع ذلك الوجه المذكور للقياس في المسبوط اذ لا شك أن المشروط ينتفي بانتفاء الشرط فاذا انتفى الاعلام الذي هو شرط صحة الدعوى في دعوى الشرب لجهالة جهالة لا تقبل الاعلام انتفى صحة دعوى الشرب قطعافلا يتصور صحة دعواه بما ذكره في الكتاب من كونه مملوكا بدون الارض ارضا وباقيا بعد بيع الارض ومرغوبا فيه والاي لزم أن يتحقق المشروط بدون أن يتحقق الشرط فكيف يصلح ما ذكره في الكتاب أن يكون وجه الاستحسان

فصل في كرى الانهار \* قال المصنف فلا يلزم انقاع غيره) أقول الصواب نفع غيره لان الانقاع في معنى النفع غير مسموع فصل في دعوى الشرب \* قال المصنف لانه قد علمت بدون الارض ارضا) أقول قد علمت بالارث مالا يملك بالبيع كالفقاص والخمر (قال المصنف واذا كان النهر لرجل الخ) أقول أي مأوذة كالمحل وأريد الحال (قال المصنف لانه مستعمل

له باجرامائه) أقول الضمير في قوله قائم الى النهر مراد به المعنى الحقيقي على طريقة الاستخدام

قوله (فان لم يكن في يده) يعني بان لم يكن (١٤٨) مستعملا باجرائه ماءه فيه أو لم تكن أشجاره في طرفي النهر فعملية أي فعل المدعي

قوله فان لم يكن في يده ولم يكن جاريا فعليه البينة أن هذا النهر له وأنه قد كان مجراه في هذا النهر يسوقه الى أرضه ليسقيم افيضى له لاثباته بالحجة ملكا له أو حقه مستحقا فيه وعلى هذا المص في نهر أو على سطح أو الميزاب أو المشى في دار غيره فحكم الاختلاف فيها نظيره في الشرب (وإذا كان نهر بين قوم واخصموا في الشرب كان الشرب بينهم على قدر أراضهم) لأن المقصود الانتفاع بسقيها فينتفح در بقدره بخلاف الطريق لأن المقصود التنطرق وهو في الدار الواسعة والضيقة على نط واحد فان كان الاعلى منهم لا يشرب حتى يسكر النهر لم يكن له ذلك لما فيه من ابطال حق الباقيين ولكنه يشرب بحصته فان تراضوا على أن يسكر الاعلى النهر حتى يشرب بحصته أو اصطحا على أن يسكر كل رجل منهم في نوبته جاز لان الحق له

في مقابلة ذلك الوجه المذكور للقياس في المبسوط على أن ما ذكره في الكتاب لو كان محصا لدعوى الشرب مع جهاته لكان محصا لدعوى غيره أيضا من الاعيان المجهولة مع كونها باطلة قطعاً نعم يصلح ما ذكر في الكتاب أن يكون وجه الاستحسان في مقابلة وجه آخر للقياس مذ كوراً يضاف في المبسوط ومنقول عنه أيضا في النهاية ومعراج الدراية وهو أن المدعي يطلب من القاضي أن يقضى له بالملك فيما يدعيه اذا ثبت دعواه بالبينة والشرب لا يحتمل التملك بغير أرض فلا يسمع القاضي فيه الدعوى كالمخبر في حق المسلمين فان ما ذكره في الكتاب يدفع هذا الوجه ويصير جوابا عنه على وجه الاستحسان تأمل تفهيم ثم أقول الوجه الاول من ذلك الوجهين للقياس في مسئلتنا هذه وان كان مذ كوراً في المبسوط والكافي وكثير من شروح هذا الكتاب بطريق النقل عن المبسوط في بعضها ويطريق الاصلة في البعض الا أنه من منظور فيه عندي لانهم ان أرادوا بقولهم في ذلك الوجه والشرب مجهول جهالة لا تقبل الاعلام أن الشرب مطلقا مجهول جهالة لا تقبل الاعلام فهو ممنوع فانه اذا ادعى شرب يوم في الشهر مثلا يصير الشرب هناك معلوما نص عليه في الاصل فانه قال في باب الشهادات في الشرب من الاصل واذا كان نهر لرجل في أرضه فادعى رجل فيه شرب يوم في الشهر وأقام على ذلك شاهدين عدلين تقبل هذه الشهادة ويقضى له بذلك استحسانا لانها شهادة قامت على شرب معلوم من غير أرض والشهادة على الشرب من غير أرض مقبولة اذا كان الشرب معلوما والشرب معلوم لانهم شهدوا به شرب يوم من ثلاثين يوما وهو معلوم الى هنا لفظ الاصل وان أرادوا بذلك أن الشرب قد يكون مجهولا فهو مسلم ولكن لا يجدي شياً فيما نحن فيه اذ لا شك أن المراد بصحة دعوى الشرب بغير أرض استحسانا في مسئلتنا هذه صحة دعوى الشرب المعلوم فان دعوى الشرب المجهول والشهادة عليه لا تصح أصلا نص عليه في الاصل أيضا فانه قال فيه وان شهدوا أن له شرب يوم ولم يسموا عددا الايام لا تقبل هذه الشهادة لانهم شهدوا بشرب مجهول لا يمكن القضاء به لانه لا بدري أن له شرب يوم من الشهر أو من السنة أو من الاسبوع وجهالة المشهود به تمنع من قبول الشهادة لانه لا يمكن القضاء بها انتهى (قوله فان لم يكن في يده) قال في العناية والنهاية يعني بأن لم يكن مستعملا باجرائه ماءه فيه أو لم تكن أشجاره في طرفي النهر انتهى أقول في المعنى الاول خلل اذ لا يخفى على الفطن أنه على تقدير أن يكون مراد المصنف بقوله فان لم يكن في يده هو المعنى الاول أي بأن لم يكن مستعملا باجرائه ماءه فيه يلزم أن يلعو قوله ولم يكن جاريا اذ يكون عدم الجري ان حينئذ مندرج في مضمون قوله فان لم يكن في يده فيكون قوله ولم يكن جاريا مستندرا كحضره وهو المعنى الثاني وهو ان لم تكن أشجاره في طرفي النهر فان كون أشجاره في طرفي النهر علامة أن يكون هذا النهر له وجران ماءه فيه علامة أن يكون له مجراه في هذا النهر فيكون قوله فان لم يكن في يده اشارة الى انتفاء العلامة الاولى وقوله ولم يكن جاريا اشارة الى انتفاء العلامة الثانية و يصير معنى مجموع كلامه فان لم يوجد شي من العلامتين فعلى المدعي البينة أن هذا النهر له وأنه كان له مجراه في هذا النهر فينتظم السيات والحق كما ترى لا يقال يجوز أن يكون مراد

البينة أن هذا النهر له ان كان يدعي رقة النهر وأنه قد كان مجراه في هذا النهر يسوقه الى أرضه ليستقيها ان كان يدعي الاجراء في هذا النهر فاذا أقامها يقضى له لاثباته بالحجة ملكا له يعني في الاول أو حقا مستحقا فيه يعني في الثاني فان الثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة وقوله (حكم الاختلاف فيها) أي اختلاف المدعين في الامور المسذ كورة (نظيره) أي نظيرا للاختلاف في الشرب وقوله (لان المقصود الانتفاع بسقيها فيقدر بقدره) معارض لانهم قالوا فاداسخروا في اثبات اليد على الماء الذي في النهر والمساواة في البسوتوجب المساواة في الاستحقاق وأجيب بأن اثبات اليد على الماء انما هو بالانتفاع بالماء وانتفاع من له عشر قطاع لا يكون مثل انتفاع من له قطعة واحدة فلا يتحقق التساوي في اثبات اليد وقوله (لم يكن له ذلك) أي لم يكن لصاحب الاعلى (السكر لما فيه) أي في السكر من ابطال حق الباقيين ولكن يشرب بحصته يعني من غير سكر (قوله لا يكون مثل انتفاع من له قطعة واحدة الخ) أقول أي لا يكون له انتفاع مثل انتفاع من له الخ



وقوله (الأنه اذا تمكّن من ذلك) يعني اذا اصطالحوا على السكر ليس لمن يسكر أن يسكر بما ينكس به النهر كالطين ونحوه اذا أمكنه أن يسكر بلوح أو باب خشب لكونه اضر اراهم فبمنع ما فضل عن السكر عنهم الا اذا رضوا بذلك فان لم يكن واحدا منهم الشرب الا بالسكر ولي يصطلحوا على تبييد أهل الاسفل حتى يروا ثم بعد ذلك لاهل الاعلى أن يسكر والآن في السكر احداث شئ في وسط النهر مشترك فلا يجوز ذلك ما بقي حق جميع الشركاء وحق أهل الاسفل ثابت ما لم يروا وافسكاهم أن يمنعوا أهل الاعلى من السكر وهذا معنى قول ابن مسعود رضي الله عنه أهل اسفل النهر أمراء على أهل أعلاه حتى يروا والآن لهم أن يمنعوا أهل الاعلى من السكر وعليهم طاعته في ذلك ومن لم يملك طاعته فهو أميرك وقوله (والدالية والسانية نظير الرحي) (١٤٩)

تركيب سدق الارز وفي رأسه مغرفة كبيرة يستقي بها والسانية البعير يستقي من البئر والجسر اسما لما يوضع ويرفع مما يكون متخذا من الخشب والالواح والقنطرة مما يتخذ من الحجر والاجر موضوعا لا يرفع وكل ذلك يحدثه من يتخذ في ملك مشترك فلا يملك الارضاهم سواء كان منهم أو من غيرهم وقوله (وكذا اذا كانت القسمة بالكوي) (القسمة بالكوي) ثقب البيت والجمع كواء بالمد وكوي مقصور ويستعار لمفتاح الماء الى المزارع والجداول فيقال كوي النهر ومعناه ليس له أن يوسع الكوة وقوله (وكذا اذا أراد أن يؤخرها عن فم النهر فيجعلها في أربعة أذرع منه) أي من فم النهر وهذا تقدير اتفاقي والعبارة للاحتباس وصورة هذا اذا كانت

الأنه اذا تمكّن من ذلك بلوح لا يسكر بما ينكس به النهر من غير تراص لكونه اضر اراهم وليس لاحدهم أن يسكر منه نهرا أو ينصب عليه رحي ماء الارض استحبابه لان فيه كسر ضفة النهر وشغل موضع مشترك بالبناء الا أن يكون رحي لا يضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعهما في أرض صاحبها لانه تصرف في ملك نفسه ولا ضرر في حق غيره ومعنى الضرر بالنهر ما يبيته من كسر ضفته وبالماء أن يتغير عن سنه الذي كان يجري عليه والدالية والسانية نظير الرحي ولا يتخذ عليه جسر او لا قنطرة بمنزلة طريق خاص بين قوم بخلاف ما اذا كان لواحد نهر خاص يأخذ من نهر خاص بين قوم فأراد أن يقنطر عليه ويستوثق منه له ذلك أو كان مقنطرا مستوثقا فأراد أن ينقض ذلك ولا يزيد ذلك في أخذ الماء حيث يكون له ذلك لانه يتصرف في خالص ملكه وضعه ورفعه ولا ضرر بالشركاء بأخذ زيادة الماء ويبيع من أن يوسع فم النهر لانه يسكر ضفة النهر ويزيد على مقدار حقه في أخذ الماء وكذا اذا كانت القسمة بالكوي وكذا اذا أراد أن يؤخرها عن فم النهر فيجعلها في أربعة أذرع منه لاحتباس الماء فيه فيزداد دخول الماء فيه بخلاف ما اذا أراد أن يسفل كواء أو يرفعهما حيث يكون له ذلك في الصحيح لان قسمة الماء في الاصل باعتبار سرعة الكوة وضيقها من غير اعتبار التسفل والارتفاع وهو العادة فلم يكن فيه تغيير موضع القسمة ولو كانت القسمة وقعت بالكوي فأراد أحدهم أن يقسم بالايام ليس له ذلك لان القديم يترك على قدمه لظهور الحق فيه ولو كان لكل منهم كوي مسماة في نهر خاص ليس لواحد أن يزيد كوة وان كان لا يضر بأهله لان الشراكة خاصة بخلاف ما اذا كانت الكوي في النهر الاعظم لان لكل منهم أن يشق نهرا منه ابتداء فمكانه أن يزيد في الكوي بالطريق الاولى (وليس لاحد الشركاء في النهر أن يسوق شربه الى أرض له أخرى ليس لها في ذلك شرب) لانه اذا تقادم العهد يستدل به على أنه حقه (وكذا اذا أراد أن يسوق شربه في أرضه الاولى حتى ينتمى الى هذه الارض الاخرى) لانه يستوفى زيادة على حقه اذا الارض الاولى تشف بعض الماء قبل أن تسقى الارض الاخرى وهو نظير طريق مشترك أراد أحدهم أن يفتح فيه بابا الى دار أخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التي يفتحها في هذا الطريق ولو أراد الاعلى من الشركاء في النهر الخاص وفيه كوي بينهما أن يسد بعضها دفعا لفيض الماء عن أرضه كي لا تنزلي له ذلك للمنافية من الضرر بالآخر

صاحب العناية والنهاية تفسير مجموع قول المصنف فان لم يكن في يده ولم يكن جاريا على أن يكون قولهما بان لم يكن مستعملا بجراء مائه فيه ناظرا الى قوله ولم يكن جاريا وأن يكون قولهما أول تمكن أشجاره في طرفي النهر ناظرا الى قوله فان لم يكن في يده على طريقة الف والتشرا غير المرتب لانا نقول مع

الالواح التي فيها الكوة في فم النهر فأراد أن يؤخرها عن ضفة النهر فيجعلها في وسط النهر ويدع فوهة النهر بغير لوح ومعنى قوله يسفل كواء أي يجعلها أعنى مما كانت وهي في ذلك الموضع أو يرفعهما الى وجه الارض وقوله (وهو نظير طريق مشترك) يعني من حيث أنه يزيد في الشرب ما ليس له من حق في الشرب ويزيد من المارة من ليس له حق في المرور وقد بقوله (ساكنها غير ساكن هذه الدار) لانه لو كان ساكن الدارين واحدا كان له أن يفتح بابا الى دار أخرى

(قال المصنف وكذا اذا كانت القسمة بالكوي) أقول بكسر الكاف قال الزبلي أي ليس له توسيع فم النهر لانه يحبس الماء في ذلك الموضع فيدخل في كونه أكثر مما كان يدخل قبله انتهى وقال الاكل وغيره معناه ليس له أن يوسع الكوة لكن لا يخفى أن ما ذكره الزبلي أوجه وأولى

وقوله (وكذا اذا اراد ان يقسم الشرب مناصفة بينهم) بأن يقول لشريكه اجعل لي نصف الشهر ولاك نصفه فاذا كان في حصتي سددت ما بدلي منها وانت في حصتك ففتحها كلها فليس له ذلك بعدما كانت القسمة بينهما بالكوى لان الانتفاع بالماء في القسمة الاولى مستدام وفي الثانية في بعض المدة وورعما يضر ذلك لصاحب السفل وقوله (لانه عارة) لان كل واحد منهما معارض صاحبه نصيبه من الشرب من الشهر لتعذر جعل ما تراضيا عليه مبادلة فان بيع الشرب بالشرب واجارته به باطل واذا كانت عارية فلهما ميراث يرجع متى شاء وقوله (والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه) بناء على أن الورثة خلفاء الميت فيقومون بمقامه في املاكه وحقوقه وعدم جواز بيعه وهبته لايسته لزم عدم جواز ذلك الا ترى أن القصاص والدين والخمر مملوكة بالارث وان لم يملك بالبيع ونحوه والوصية أخت الميراث وقوله (بعينه) احتراز عن الايصاء ببيع الشرب كما سنذكره والحاصل أن الشرب بغير الارض لا يملك بشيء من العقود فاذا سماه في الشكاح صح الشكاح ووجب مهر المثل واذا سماه في الخلع صح الخلع وعليها رد ما قبضت من المهر واذا جعله بدل الصلح فالمدعي على دعواه اذا لم يكن عن قصاص (١٥٠) فان كان فعلى القاتل الدية وأرض الجراحة وقوله (والاصح)

وكذا اذا اراد ان يقسم الشرب مناصفة بينهما لان القسمة بالكوى تقدمت الآن بتراضيه لان الحق لهما وبعده التراضي لصاحب الاسفل أن ينقض ذلك وكذا الورثة من بعده لانه عارة الشرب فان مبادلة الشرب بالشرب باطلة والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه بخلاف البيع والهبة والصدقة والوصية بذلك حيث لا تجوز العقود اما للجهالة أو للغرر أو لانه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره واذا بطلت العقود فالوصية بالباطل باطلة تركذا لا يصلح مسمى في الشكاح حتى يجب مهر المثل ولا في الخلع حتى يجب رد ما قبضت من الصداق اتفاقا حاشا للجهالة ولا يصلح بدل الصلح عن الدعوى لانه لا يملك بشيء من العقود ولا يبيع الشرب في دين صاحبه بغير موته بدون أرض كافي حال حياته وكيف يصنع الامام الاصح أن يضمه الى أرض لا شرب لها فيبيعهما باذن صاحبهما ثم ينظر الى قيمة الارض مع الشرب وبدونه فيصرف التفاوت الى قضاء الدين وان لم يجد ذلك اشترى على تركه الميت أرضا بغير شرب ثم ضم الشرب اليها وباعها ما يصرف من الثمن الى ثمن الارض ويصرف الفائض الى قضاء الدين (واذا سقى الرجل أرضه أو مخزها ماء) أي ملاءها (فسال من مات في أرض رجل فغسرها أو نزل أرض جاره من هذا الماء لم يكن عليه ضمانها) لانه غير متهمة فيه

كون اللف والنشر الغير المرتب في مثل هذا المقام من قبيل الالغاز في الكلام لا يستقيم حينئذ كلمة أو في قولهما أول من سكن أشجاره في طرفي النهر فانهما لا احد الامرين فيلزم أن يكون معنى كلام المصنف فان انتفت احدى العلامتين فعليه البيئته وليس بصحيح فانه اذا انتفت احدهما او وجدت آخرهما لا يجب عليه البيئته ولهذا قال المصنف ولم يكن جاريا بكلمة الواو اشارة الى انتفاء ما معا (قوله والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه بخلاف البيع والصدقة والهبة والوصية بذلك حيث لا تجوز العقود اما للجهالة أو للغرر أو لانه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره) ذكر المصنف في باب البيع الفاسد من كتاب البيوع أن الشرب يجوز بيعه تبعاً للارض باتفاق الروايات ومفردا في رواية

اشارة الى وجود الاختلاف فان العلماء رجعهم الله اختفا وفي كيفية قضاء الدين من قيمة الشرب منهم من قال السبيل في ذلك أن يقال لا قومين ان العلماء لو اتفقوا على جواز بيع الشرب بكم يشترى هذا الشرب وقال بعضهم يضم هذا الشرب الى جريب من الارض من أقرب ما يكون من هذا الشرب ويتطرىكم يشترى مع الشرب ويكم يشترى بدون الشرب فيكون فضل ما بينهما قيمة الشرب ومنهم من يقول يتخذ حوضا ويجمع ذلك الماء فيه في كل نوبة ثم يبيع الماء الذي جمعه بثمن معلوم ثم يقضى دينه بذلك واختار المصنف

رجحه الله ما ذكره في الكتاب وقوله (أو مخزها) قال في الصحاح مخزرت الارض أي أرسلت الماء فيها وقوله (لانه غير متعدي فيه) يلوح الى أنه اذا كان متعديا ضمن وعدم التعدي انما يكون اذا سقى أرضه سقيا يدني مثله في العادة وكان ذلك في نوبته وقيل ان كان جاره تقدم اليه بالاحكام ضمن وان لم يتقدم لم يضمن اعتبر اربا بالمأط المائل والله تعالى أعلم

(قال المصنف حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره) أقول ذكر المصنف في باب البيع الفاسد من بيوع هذا الكتاب أن الشرب يجوز بيعه مفردا في رواية وهو اختياره مشايخنا بل لانه حظ من الماء ولهذا يضمن بالانلاف وله حظ من الثمن على ما ذكر في كتاب الشرب انتهى قيل قوله حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره يناقض قوله ولهذا يضمن بالانلاف مناقضة ظاهرة انتهى لا يقال المراد بالانلاف الشرب اتلافه بالكلية وسقى الارض من شرب غيره لا يستلزمه لانهم صرحوا بخلافه فليراجع شرح الكتر هنالك وفي الكفاية هذا على رواية الاصل واختيار فخر الاسلام أنه ضمن انتهى كلام صاحب الكفاية ثم أقول فعلى هذا المناقضة فيه أصلا لانه بناء الكلامين على الروايتين فاندفع اعتراض صاحب القيل (قوله لو اتفقوا على جواز بيع الشرب بكم يشترى هذا الشرب) أقول فلعلهم جوزوا بيعه في صورة موت صاحبه مدونوا استحقاقنا على خلاف القياس

﴿ كتاب الاشرية ﴾

ذكر الاشرية بعد الشرب لانهم ما شبعوا عرق واحد لفظا ومعنى وقدم الشرب ( ١٥١ ) لمناسبتة لاجتماع الموات ومن محاسنه بيان

﴿ كتاب الاشرية ﴾

وهو اختيار مشايخ نيل لانه حظ من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن على ما ذكر في كتاب الشرب انتهى فتوهم بعضهم ان قوله ههنا حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره يناقض قوله ههنا ولهذا يضمن بالاتلاف مناقضة ظاهرة اقول ليس ذلك بشئ لان بناء كلاميه في المقامين على الروايتين فما ذكره ههنا على رواية الاصل وهو مختار شيخ الاسلام خواهر زاده وما ذكره ههنا على ما قاله الامام فخر الاسلام البزدوى وقد افصح عنه صاحب الخلاصة حيث قال رجل له فوبه ما في يوم معين من الاسبوع فجاه رجل فسقى أرضه في نوبته ذكر الامام على البزدوى أن غاصب الماء يكون ضامنا وذكر في الاصل أنه لا يكون ضامنا ثم قال وفي فتاوى الصغرى رجل أتلف شرب رجل بأن يسقى أرضه بشرب غيره قال الامام البزدوى ضمن وقال الامام خواهر زاده لا يضمن وعليه الفتوى انتهى واقصحه عنه صاحب الكافي أيضا ههنا حيث قال حتى لو أتلف شرب انسان بأن يسقى أرضه من شرب غيره لا يضمن على رواية الاصل وان اختار فخر الاسلام أنه يضمن انتهى

﴿ كتاب الاشرية ﴾

قال جهور الشراح ذكر الاشرية بعد الشرب لانهم ما شبعوا عرق واحد لفظا ومعنى وقصد بعض الفضلاء حل مرادهم بعرق واحد لفظا ومعنى فقال العرق اللفظي ظاهر وهو الشرب مصدر شرب والعرق المعنوي لعلة الارض فان كلامهم ما يخرج منه اما بالواسطة او بدونها انتهى اقول جعل مرادهم بالعرق المعنوي ههنا على الارض بناء على خروج الشرب منها بالذات وخروج الاشرية منها بالواسطة تعسف جدا لا تقبله الفطرة السليمة والصواب أن مرادهم بالعرق المعنوي ههنا هو معنى

﴿ كتاب الاشرية ﴾

(قوله ذكر الاشرية بعد الشرب لانهم ما شبعوا عرق واحد لفظا ومعنى) اقول العرق اللفظي ظاهر وهو الشرب مصدر شرب والعرق المعنوي لعلة الارض فان كلامهم ما يخرج منه اما بالواسطة او بدونها (قوله ومن محاسنه بيان حرمته الى قوله الى ذلك) اقول الضمير في حرمته راجع الى الاشرية وضمير باله الى ما في قوله ما يزيل العقل وأشار بقوله ذلك الى العقل والمعنى ما بال الشئ الذي يزيل العقل حل للامام السالفه مع احتياج الامم

لفظ الشرب الذي هو مصدر شرب فان كلامهم ما شبعوا من ذلك المصدر ولا يدق الاشتقاق من التناسب بين المشتق والمشتق منه في اللفظ والمعنى وههنا أيضا كذلك وهذا معنى كونها شعبة عرق واحد لفظا ومعنى ويرشد اليه ما ذكر في غاية البيان حيث قال ذكر كتاب الاشرية بعد الشرب لمناسبة بينهما في الاشتقاق وهو اشتراك اللفظين في المعنى الاصل والحروف الاصول انتهى ثم ان من محاسن ذكر الاشرية بيان حرمته بالاشبهه في حسن تحريم ما يزيل العقل الذي هو ملاك معرفة الله تعالى وشكر انعامه فان قيل ما باله حل للامام السابقة مع احتياجهم الى العقل اوجب بان السكر حرام في جميع الاديان وحرم شرب القليل من الخمر علينا كرامة لنا من الله تعالى لئلا نتفقع في الخمر مشهود لنا بالخيرية فان قيل هلا حرمت علينا ابتداء والداعي المذكور موجود اوجب اما بان الشهادة بالخيرية لم تكن اذالك وامال تدريج الضارى

السالفه الى العقل (قوله فان قيل هلا حرمت ابتداء) اقول يعنى هلا حرمت لنا ابتداء (قوله اوجب اما بان الشهادة بالخيرية لم تكن اذالك) اقول الشهادة وان تأخرت وجود الكفاية لاول هذه الامه وآخرها

(وسمى هذا الكتاب بها) أي بالاشربة (وهي جمع شراب) اسم لها وحرام منه عند أهل الشرع لما فيه من بيان حكمها قال (الاشربة المحرمة أربعة الخ) (الاشربة المحرمة أربعة الخمر وهي عصير العنب اذا غلى واشتد وقذف بالزبد والعصير اذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه) وهو الطلاء المذكور في الجامع الصغير (ونقيع التمر وهو السكر ونقيع الزبيب اذا اشتد وغلى) أما الخمر فالكلام فيها في عشرة مواضع أحدها في بيان ما ثبتها وهي التي من ماء العنب اذا صار مسكرا وهذا عندنا وهو المعروف عند أهل اللغة وأهل العلم وقال بعض الناس هو اسم لكل مسكر لقوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين وأشار إلى الكرم والخلة ولأنه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود في كل مسكر

فالوجه الوجيه في الجواب عن السؤال الثاني ما ذكره صاحب النهاية حيث قال فان قيل هلا حرمت الخمر في ابتداء الاسلام مع وجود هذه الحكمة قلنا أباحه الله تعالى في ابتداء الاسلام ليعان الفساد في الخمر حتى اذا حرم عليهم عرفوا منه الحق لديهم وليس الخمر كالمعاينة انتهى (قوله سمي بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها) يعني سمي هذا الكتاب بالاشربة أي أصنف إليها والحال أن الاشربة جمع شراب وهو اسم في اللغة لكل ما يشرب من المائعات سواء كان حراما أو حلالا وفي استعمال أهل الشرع اسم لها وحرام منه وكان مسكرا لما فيه أي في هذا الكتاب من بيان حكمها أي حكم الاشربة كما سمي كتاب الحدود لما فيه من بيان حكم الحدود وكما سمي كتاب البيوع لما فيه من بيان حكم البيوع وهذا زيادة ما ذكره هنا في جملة الشروح والكافي مع نوع زيادة في حل الالتفات قال بعض الفضلاء في تفسير قوله من بيان حكمها أي بيان حكم أنواعها وقال ولعل ذلك تمهيد العذر لاعتوانه الكتاب بصيغة الجمع يعني انما عنون به لان فيه بيان أحكام أنواعها كما في البيوع أو لاضافة الكتاب إلى الاعيان والفقهاء يبحث عن أفعال المكلفين فوجه حينئذ أن الحكم وهو الحرمة ههنا وصف للاعيان لا للأفعال فلذلك عنون بالاعيان ويعلم منه حال الأفعال والتفصيل في كتب الأصول خصوصا التلويح في أوائل القسم الثاني إلى الاعيان وهو الحرمة التي لا يمتد إلى الاعيان فوجه حينئذ أن الحكم وهو الحرمة ههنا وصف للاعيان لا للأفعال فلذلك عنون بالاعيان ويعلم منه حال الأفعال والتفصيل في كتب الأصول خصوصا التلويح في أوائل القسم الثاني (قال المصنف وهو الذي من ماء العنب) أقول ذكر الضمير الراجع إلى الخمر باعتبار الخبر لأن الخمر قد يذ كر صرح به في القاموس

سُمي بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها قال (الاشربة المحرمة أربعة الخمر وهي عصير العنب اذا غلى واشتد وقذف بالزبد والعصير اذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه) وهو الطلاء المذكور في الجامع الصغير (ونقيع التمر وهو السكر ونقيع الزبيب اذا اشتد وغلى) أما الخمر فالكلام فيها في عشرة مواضع أحدها في بيان ما ثبتها وهي التي من ماء العنب اذا صار مسكرا وهذا عندنا وهو المعروف عند أهل اللغة وأهل العلم وقال بعض الناس هو اسم لكل مسكر لقوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين وأشار إلى الكرم والخلة ولأنه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود في كل مسكر

فالوجه الوجيه في الجواب عن السؤال الثاني ما ذكره صاحب النهاية حيث قال فان قيل هلا حرمت الخمر في ابتداء الاسلام مع وجود هذه الحكمة قلنا أباحه الله تعالى في ابتداء الاسلام ليعان الفساد في الخمر حتى اذا حرم عليهم عرفوا منه الحق لديهم وليس الخمر كالمعاينة انتهى (قوله سمي بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها) يعني سمي هذا الكتاب بالاشربة أي أصنف إليها والحال أن الاشربة جمع شراب وهو اسم في اللغة لكل ما يشرب من المائعات سواء كان حراما أو حلالا وفي استعمال أهل الشرع اسم لها وحرام منه وكان مسكرا لما فيه أي في هذا الكتاب من بيان حكمها أي حكم الاشربة كما سمي كتاب الحدود لما فيه من بيان حكم الحدود وكما سمي كتاب البيوع لما فيه من بيان حكم البيوع وهذا زيادة ما ذكره هنا في جملة الشروح والكافي مع نوع زيادة في حل الالتفات قال بعض الفضلاء في تفسير قوله من بيان حكمها أي بيان حكم أنواعها وقال ولعل ذلك تمهيد العذر لاعتوانه الكتاب بصيغة الجمع يعني انما عنون به لان فيه بيان أحكام أنواعها كما في البيوع أو لاضافة الكتاب إلى الاعيان والفقهاء يبحث عن أفعال المكلفين فوجه حينئذ أن الحكم وهو الحرمة ههنا وصف للاعيان لا للأفعال فلذلك عنون بالاعيان ويعلم منه حال الأفعال والتفصيل في كتب الأصول خصوصا التلويح في أوائل القسم الثاني إلى الاعيان وهو الحرمة التي لا يمتد إلى الاعيان فوجه حينئذ أن الحكم وهو الحرمة ههنا وصف للاعيان لا للأفعال فلذلك عنون بالاعيان ويعلم منه حال الأفعال والتفصيل في كتب الأصول خصوصا التلويح في أوائل القسم الثاني (قال المصنف وهو الذي من ماء العنب) أقول ذكر الضمير الراجع إلى الخمر باعتبار الخبر لأن الخمر قد يذ كر صرح به في القاموس

ولنا أنه اسم خاص باطباق أهل اللغة فيماد كراهه ولهذا اشتهر استعماله فيه وفي غيره ولأن حرمة الخمر

قطعية وهي في غيرها ظنية ما ثبتها هنا إيهام لطيف لما في قوله وهي التي من ماء العنب تبصرتقف (قوله ولنا أنه اسم خاص باطباق أهل اللغة فيماد كراهه) أقول لما منع أن يمنع اطباق أهل اللغة على أنه اسم خاص للتي من ماء العنب إذا صار مسكراً الأري أنه قال في قاموس اللغة الخمر ما أسكر من عصير العنب أو عام وقال والعموم أصح لأنها حرمت وما بالمدنية خمر عنب وما كان شراهم الألبس والتمر انتهى وهذا صريح في أن الخمر عند بعض أهل اللغة يعم ماء العنب وغيره وأن العموم أصح عند صاحب القاموس (قوله ولأن حرمة الخمر قطعية وهي في غيرها ظنية) قال صاحب غاية البيان بيانه أن التي من ماء العنب من ماء العنب خمر قطعاً وبقيتها الثبوت ذلك بالإجماع فيترتب عليه الحرمة القطعية فأما سائر الأشربة ففي تسميتها خمر أشربة لا يشبهه لان فيها اختلاف بين أهل العلم وأدنى درجات الاختلاف إرث الشبهة فكيف تترتب الحرمة الثابتة قطعاً على ما فيه شبهة لان بالشبهة لا يثبت القطع واليقين انتهى أقول في هذا البيان خلل فإنه جعل فيه مدار كون الحرمة في غير التي من ماء العنب ظنية باختلاف العلماء في تسمية ذلك خمر أو ليس بسديد إذا المصنف بصدديان بطلان ذلك الاختلاف وإثبات أن غير التي من ماء العنب لا يسمى خمر أو لو كان مدار ظنية حرمة غير ذلك اختلافهم في تسميته خمر الزم المصادرة على المطلوب فكانه قال الخمر هي التي من ماء العنب إذا صار مسكراً وغيره ليس بخمر كما زعم بعض الناس لان حرمة الخمر قطعية وحرمة غير التي من ماء العنب ظنية لانا خالفنا في كون غير ذلك خمر أو قلنا ان اسم الخمر مخصوص بالتي من ماء العنب لا يطلق على غير ذلك فأوردت خلافاً في ذلك شبهة في كونه خمر فلم تكن حرمة قطعية وفي هذا مصادرة كما ترى وقال صاحب العناية في بيان هذا المقام يعني أن حرمة الخمر ثابتة بالإجماع فتكون قطعية وما هو قطعي لا يثبت إلا بطعي وكون التي من ماء العنب خمر قطعي بلا خلاف فثبتت به بخلاف غيره فان فيه اختلاف بين العلماء وأدنى درجات الاختلاف إرث الشبهة فتكون الحرمة قطعية وما يدل عليها ظني انتهى أقول وفيه أيضاً خلل أما أولاً فلما مر أنهما من استلزامة المصادرة على المطلوب فان الظاهر من قوله فان فيه اختلاف بين العلماء في مقابلة قوله وكون التي من ماء العنب خمر قطعي بلا خلاف أن يكون مراده باختلاف العلماء في غير التي من ماء العنب اختلافهم في كونه خمر فيقول إلى ما ذكر في غاية البيان وأما ثانياً فلان قوله فتكون الحرمة قطعية وما يدل عليها ظني كلام غير صحيح لارتباط ما قبله لان مدلول ما قبله أن غير التي من ماء العنب مما وقعت فيه شبهة باختلاف العلماء في حقه فاللازم منه أن تكون حرمة ظنية فان أراد بقوله فتكون الحرمة قطعية فتكون حرمة غير التي من ماء العنب قطعية لم يكن التفرع صحيحاً فطعوا وان أراد به فتكون حرمة الخمر قطعية لم يصح قوله والدليل عليها ظني إذ لا شك أن دليل حرمة الخمر قطعي كما أفصح عنه في صدر بيانه حيث قال يعني أن حرمة الخمر ثابتة بالإجماع فتكون قطعية وما هو قطعي لا يثبت إلا بطعي فالحق في شرح كلام المصنف ههنا ما ذكره تاج الشريعة وصاحب الكفاية حيث قال يعني فلا يصح أن يصرف تحريمها إلى العين ثبتت الحرمة في تلك العين قطعاً وغير التي من ماء العنب المثابة لكان الاجتهاد فيه انتهى فانهم لم يريدوا بالاجتهاد فيه الاجتهاد في تسميته خمر حتى يلزم المصادرة على المطلوب بل أراد به الاجتهاد في عدم حرمة كما أشار إليه المصنف فيما بعد حيث قال في العصور إذا طبخ حتى يذهب أول من نلته بعد بيان أنه حرام عندنا وقال الأوزاعي أنه مباح وقال في نقيع التمر بعد بيان أنه حرام وقال شريك بن عبد الله أنه مباح وقال في نقيع الزبيب بعد بيان أنه حرام إذا اشتد وغلي ويتأق فيه خلاف الأوزاعي ثم ان بعض الفضلاء طعن في هذا التعليل المذكور من قبلنا حيث قال لا يقول الخصم بقطعية حرمة غير التي من ماء العنب لا يكفرون مستحل

إذا صار مسكراً غير لفظ الخمر كالمثلث والطلاء والباذنق والمصنف وقوله (ولأن حرمة الخمر قطعية) يعني أن حرمة الخمر ثابتة بالإجماع فتكون قطعية وما هو قطعي لا يثبت إلا بطعي وكون التي من ماء العنب خمر قطعي بلا خلاف فثبتت به بخلاف غيره فان فيه اختلاف بين العلماء رجحهم الله وأدنى درجات الاختلاف إرث الشبهة فتكون الحرمة قطعية وما يدل عليها ظني

(قال المصنف ولأن حرمة الخمر قطعية وهي في غيره ظنية) أقول هذا التعليل ينبغي أن يكون لابي حنيفة والافعهذهما إذا اشتد ولم يقذف بالزبد هو خمر مع أنها ظنية لثبوت الاختلاف المورث للشبهة فينتقض تعليلها لوعلاؤه به فليتأمل (قوله وأدنى درجات الاختلاف إرث الشبهة فتكون الحرمة قطعية) أقول لا يقول الخصم بقطعية حرمة غير التي من ماء العنب لا يكفرون مستحل فلا يتوجه عليهم الإلزام وهذا كالأبواب فان حرمة قطعية وحرمة بيع الحفن بالحفن متفاضلا مثلاً ليست بقطعية (قوله وما يدل عليها ظني) أقول الواو والعمال

وقوله (وانما سمي) يعني غير النبي (خمر التخمره) أي لصيرورته مرارا كالتخمر لا تخمرته جواب عن قولهم سمي خمر التخمرته العقل ولئن سلمنا انه مشتق منها لكن (١٥٤) لا ينافي اختصاصه بالنبي من ماء العنب لجواز أن يكون المشتق مخصوصا

فان النجم مشتق من نجم اذا ظهر ثم هو خاص بالثريا وكالفارورة مشتق من القرار ولا يستعمل في الكوز وان وجد فيه القرار وأنظاره كثيرة وقوله (والحديث الاول) يريد به كل مسكر خمر روى عن يحيى بن معين رحمه الله أنه قال الاحاديث الثلاثة ليست بثابتة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أحدها قوله عليه الصلاة والسلام لانكاح الابوي وشاهدي عدل والثاني من مس ذكره فليتوضأ والثالث كل مسكر خمر وكان يحيى ابن معين اماما حافظا متقنا حتى قال أجد بن حنبل رحمه الله كل حديث

(قوله وانما سمي يعني غير النبي) الخمر التخمره الخ) أقول فيه بحث فانه حينئذ لا يرتبط الجواب للجواب عنه لان تقرير كلامهم فيه كلما كانت الخمر مشتقة من الخامرة فكل ما يوجد فيه معنى الخامرة فهو خمر لكن المقدم حق والتالي منه فليتأمل (قال المصنف وانما سمي خمر التخمره) أقول ولك أن تقول هذا منع لا يضر (قال المصنف فان النجم مشتق من

وانما سمي خمر التخمره لا تخمرته العقل على أن ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا فيه فان النجم مشتق من النجوم وهو الظهور ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل ما ظهر وهذا كثيرا نظير والحديث الاول طعن فيه يحيى بن معين رحمه الله

فلا يتوجه عليهم الالزام وهذا كالم با فان حرمة قطعة وحرمة بيع الحفن بالحفن متفاضلا مثلا ليست بقطعية انتهى أقول ليس هذا بشئ لأن عدم قول الخصم بقطعية حرمة غير النبي من ماء العنب لا ينافي توجه الالزام عليهم بل بذلك يتوجه الالزام عليهم لان حرمة الخمر قطعية بلا ريب لما سيأتي في الكتاب أن الله سبحانه وتعالى سمي الخمر في كتابه الكريم رجسا والرجس ما هو محرم الدين وقد جاءت السنة متواترة أن النبي صلى الله عليه وسلم حرم الخمر وعليه انعقد اجماع الامة وما ثبتت هذه الأدلة القطعية قطعي جزما فاذا لم يقل الخصم بقطعية حرمة غير النبي من ماء العنب تبين أن لا يكون غير النبي خمر اذا لاشك أن قطعية الحرمة وعدم قطعيتها لا يجتمعان في محل واحد فقد توجه عليهم الالزام في قولهم ان كل مسكر خمر ونظيره الذي ذكره بقوله وهذا كالم بالنبي آخره لا يجدي شيئا لأن علة الرباعندنا الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس وعند الشافعي الطم في المطعومات والثمنية في الاثمان ففي بيع الحفنة بالحفنة متفاضلا لا يوجد الرباعندنا لعدم وجود علة فلا يجزم ذلك البيع وأما عند الشافعي فيوجد فيه الربا لوجود علة فيجزم فكون حرمة الربا بقطعية بصيرجة على الشافعي هناك أيضا مثل ما قلنا هنا فلا فائدة في التنظير أصلا (قوله وانما سمي خمر التخمره لا تخمرته العقل) قال بعض الفضلاء ولك أن تقول هذا منع لا يضر انتهى أقول ليس هذا بسد يد اذ لا نسلم أولا أن هذا منع بل يجوز أن يكون معارضة يعني انما سمي خمر التخمره أي لتشدده وقوته وهذا المعنى لم يوجد في غير النبي من ماء العنب فلم يكن غيره خمر أو يشير اليه تفسير تاج الشريعة وصاحب الكفاية ههنا حيث قال أي لتشدده وقوته فان لها شدة وقوة ليست غير هاتحي سميت أم الجباث انتهى ولئن سلم أن ذلك منع لمعارضة فلا وجه لقوله لا يضر فان المقصود به ذلك الكلام انما هو الجواب عن استدلال الخصم على كون الخمر اسما لكل مسكر بقوله ولانه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود في كل مسكر فانه اذا منع قوله لانه مشتق من مخامرة العقل تسقط هذه المقدمة من الاستدلال المذكور فلا يتم دليل الخصم علينا وهو عين الضرر له ثم ان صاحب العناية قال في شرح كلام المصنف هذا وقوله وانما سمي يعني غير النبي من ماء العنب خمر التخمره أي لصيرورته مرارا كالتخمر لا تخمرته جواب عن قوله - سمي خمر التخمرته العقل انتهى أقول هذا شرح فاسد لا يطابق المشروح أصلا اذ حينئذ لا يظهر الجواب عن قولهم المذكور ولا يرتبط به قول المصنف فيما بعد على أن ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا فيه ولعمري ان هذا الشرح عجيب من مثل ذلك الشارح وكان لنا أن نحمل كلمة غير في قوله يعني غير النبي على السهول من قلم التامخ الاول لولا قوله كالتخمر في قوله أي لصيرورته مرارا كالتخمر فان التشبيه بالخمر يقتضي أن يكون المشبه غير الخمر وهو غير النبي من ماء العنب والصواب في شرح هذا المقام أن يقال يعني انما سمي النبي من ماء العنب خمر التخمره أي لتغيره واشتداده وهذا المعنى غير موجود في غيره فلم يكن خمر التخمرته العقل أي ليست التسمية لخمرته العقل أي ستره العقل حتى يوجد وجه التسمية في غير النبي من ماء العنب أيضا فيكون خمر الخمر حينئذ ينظم الارتباط بالسباق والحق كالأجنبي وقال جماعة من الشراح في تفسير قول المصنف لخمره أي لصيرورته خمر أقول هذا تفسير خال عن التحصيل مؤدلى تعليل الشيء بنفسه كما يشهد به التأمل الصادق (قوله فان النجم مشتق من النجوم وهو الظهور ثم هو اسم خاص للنجم المعروف

والثاني أريد به بيان الحكم اذ هو اللائق بمنصب الرسالة والثاني في حق ثبوت هذا الاسم وهذا الذي ذكره في الكتاب قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما اذا اشتد صار خراولا يستترق القذف بالزبد لان الاسم ثبت به وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر في الفساد بالاشتداد

لا اكل ما ظهر قال صاحب العناية في شرح هذا المحل فان النجم مشتق من نجم اذا ظهر ثم هو خاص بالثريا انتهى وتبعه العيني اقول هذا شرح غير صحيح لا يطابق المشروح لان النجم انما كان اسما خاصا لجنس الكوكب موضوعه لظهوره ثم صار علما للثريا بلا وضع واضح معين بل لاجل الغلبة وكثرة استعماله في فرد من افراد جنسه كما هو حال سائر الاعلام الغالبة على ما تقر في موضعه والظاهر ان مراد المصنف بقوله ثم هو اسم خاص للنجم المعروف انه اسم خاص للظواهر المخصوص وهو جنس الكوكب لانه علم خاص لشخص معين من افراد جنس الكوكب وهو الثريا لان معنى الظهور انما هو الحظ في مرتبة كون النجم اسما موضوعا لجنس الكوكب لاني مرتبة كونه علما للشخص معين من ذلك الجنس وهو الثريا فان كونه علما انما كان بمجرد الغلبة وكثرة الاستعمال فيه لا للملاحظة معنى فيه ولهذا يقال للاعلام الغالبة اعلام اتفاقية وهذا كله مما الاستدرة عند من له دربة بالعلوم الادبية وكان صاحب العناية انما اغتر بلفظ المعروف في قول المصنف اسم خاص للنجم المعروف الا ان مراده بالنجم المعروف الجنس المخصوص المعروف باطلاق لفظ النجم عليه من بين ما يوجد فيه معنى الظهور مطلقا وهو جنس الكوكب تأمل ترشد (قوله والثاني اريد به بيان الحكم) قال في غاية البيان والعناية يعني اذا اسكر كثيره كان حكمة في الاسكار حكم الخمر في الحرمة وثبوت الحد انتهى اقول فيه بحث لان حاصله تفسير الحكم في قوله والثاني اريد به بيان الحكم بالحرمة وثبوت الحد عند اسكار كثيره وليس تمام لان قوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين يفيد الحصر كقوله عليه الصلاة والسلام الاثم من قر يش على ما تقر في موضعه فلو كان المراد منه بيان الحكم بالمعنى المذكور في ذنبك الشرحين لزم ان لا يصح الحصر والتخصيص بهاتين الشجرتين مشيراهما الى الكرمة والنخلة لان المعنى المذكور فيهما وهو الحرمة وثبوت الحد عند اسكار الكثير يتحقق في غير تينك الشجرتين ايضا فان تينك العسل والتين وتينك الخنطة والذرة والشعير وان كان كذلك لا عند أبي حنيفة وأبي يوسف اذا لم يصل مرتبة الاسكار وكان من غير له ووطرب الا انه اذا اسكر كثيره صار حراما بالاجماع ويثبت به الحد على القول الاصح كما سيجي في الكتاب والحق ان المراد بالحكم الذي اريد به بيان الحد في الثاني هو حرمة قلبه وكثيره وهذا المعنى لا يتحقق في المتخذ من غير تينك الشجرتين فيصح الحصر المستفاد من ذلك الحديث بلا غبار وعبرة صاحب السكا في تفسير المراد بالحكم ههنا وان لم تكن صريحة في حرمة القليل والكثير معا الا انهما باجبالا تناقها بل تساعدها حيث قال والمراد بالثاني بيان الحكم وهو الحرمة لا بيان الحقيقة واقني أثره تاج الشريعة وصاحب الكفاية (قوله لان الاسم ثبت به وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر في الفساد بالاشتداد) اقول فيه نظر لان قوله لان الاسم ثبت به مصادرة على المطلوب لان مدعاها ما ثبت هذا الاسم بمجرد الاشتداد بدون اشتراط القذف بالزبد ولا يسلمه أبو حنيفة رحمه الله بل يقول باشتراط القذف بالزبد فتعليل مدعاها ما ثبتت هذا الاسم بالاشتداد لتعليل الشيء بنفسه وقوله وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر في الفساد بالاشتداد يشعر بكون حرمة النجم معلولة وهذا ينافي ما صرح به فيما بعد من ان عينها حرام غير معلول بالسكرو ولا موقوف عليه وقد شرح الشارح السكا في قول المصنف هذا ما هو أظهر في المناقاة حيث قال وكذا المعنى المحرم وهو الاسكار يحصل بالاشتداد وهو المؤثر في الفساد أي الاسكار مؤثر في ايقاع الهداوة والصدع ذكر الله تعالى انتهى اذ لا يخفى ان هذا انما يلائم قول من قال انها

لا يعرفه يحيى بن معين فليس بحديث وقوله (الثاني) يريد به الخمر من هاتين الشجرتين (أريد به بيان الحكم) يعني اذا اسكر كثيره كان حكمة في الاسكار حكم الخمر في الحرمة وثبوت الحد اذ هو اللائق بمنصب الرسالة لكونه مبعوثا لبيان الشرائع لالبيان الحقائق

(قال المصنف وعندهما اذا اشتد) اقول يعني ثبت الاسم به اذا اشتد والمراد الاسم الشرعي (قال المصنف لان الاسم يثبت به) اقول أي بالاشتداد لكن بأحنيقة رحمه الله تعالى يمنع هذه المقدمة ان كان المراد الاسم الشرعي وكيف لا وفيه المصادرة وان كان اللغوي يمنع الاستلزام أي استلزام ثبوت اللغوي ثبوت الشرعي

وقوله (وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطاً) يعني وفي الحد يؤخذ بقذف الزبد احتياطاً أيضاً وقوله (وهذا) أي انكار حرمة عينها (كفر) من المنكر وان كان قليلاً لحرمة السكر منه (لانه بجود الكتاب) يعني قوله تعالى بأيتها الذين آمنوا انما الخمر والميسر الى قوله تعالى فهلس أتم منتهون وقد ذكروا دلالة على ذلك في الاشراف شرح مشارق الانوار على أحسن ما يكون فليطلب منه ثمة وقوله (وقد جاءت السنة متواترة) معناه جاء (١٥٦) عن النبي صلى الله عليه وسلم في الخمر أحاديث كلها تدل على حرمة الخمر وكل واحد منها

ان لم يبلغ حد التواتر فالقدر المشترك منها متواتر كشجاعة على رضى الله عنه وجود حاتم ويسمى هذا التواتر بالمعنى وقوله (وهذا من خواص الخمر) يعني دعاء القليل الى الكثير قال في المسبوط ما من طعام وشراب الا ولذته في الابتداء ولا يزيد على اللذة في الانتهاء الا الخمر فان اللذة لشاربها تزداد بالاستمثار منها وقوله (لانه خلاف السنة المشهورة) يعني ماروى ابن عباس رضى الله عنهما من قوله صلى الله عليه وسلم حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب ولما كانت حرمتها بعينها لا يصح التعليل بمعنى الخامرة لتعدية اسمها الى غيرها

(قال المصنف ولاي حنيفة أن الغليان بداية الشدة وكاله بقذف الزبد الخ) أقول فعلى هذا يكون تعريف الخمر بالنبي من ماء العنب اذا صار مسكراً تعريفها بالأعم عند أبي حنيفة ويقال المطلق ينصرف الى الكامل وكال

ولاي حنيفة رحمه الله أن الغليان بداية الشدة. وكاله بقذف الزبد وسكونه اذ به يتميز الصافي من الكدر وأحكام الشرع قطعية فتناط بالنهاية كالحدوا كفار المستحل وحرمة البيع وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطاً والثالث أن عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه ومن الناس من أنكروا حرمة عينها وقال ان السكر منها حرام لان به يحصل الفساد وهو الصد عن ذكر الله وهذا كفر لانه بجود الكتاب فانه تعالى سماه رجساً والرجس ما هو محرم العين وقد جاءت السنة متواترة أن النبي عليه السلام حرم الخمر وعليه انعقد الاجماع ولان قليله يدعو الى كثيره وهذا من خواص الخمر ولهذا تزداد لشاربه اللذة بالاستكثار منه بخلاف سائر المطعومات ثم هو غير معلول عندنا حتى لا يتعدى حكمه الى سائر المسكرات والشايفي رحمه الله يعديه اليها وهذا بعيد لانه خلاف السنة المشهورة وتعليله لتعدية الاسم والتعليل في الاحكام لافي الاسماء

معاوله بالسكر كاذ كره المصنف فيما بعده قوله ومن الناس من أنكروا حرمة عينها وقال السكر منه حرام لان به يحصل الفساد وهو الصد عن ذكر الله تعالى فتأمل (قوله ولاي حنيفة أن الغليان بداية الشدة وكاله بقذف الزبد وسكونه اذ به يتميز الصافي من الكدر وأحكام الشرع قطعية فتناط بالنهاية كالحدوا كفار المستحل وحرمة البيع) أقول لفائل أن يقول الكلام في هذا الموضوع في حد ثبوت اسم الخمر لافي حد ترتب الاحكام الشرعية عليه فيجوز أن يثبت اسم الخمر في بداية الشدة وبشرط ترتب الاحكام الشرعية عليه بكاله فلا يتم التقريب ويمكن أن يقال الكلام ههنا في حد ثبوت اسم الخمر في الشرع لافي حد ثبوتها في اللغة فقط فاذا ثبت اسمها الشرعي يلزم أن يرتب عليها الاحكام الشرعية بلا تراخ فيه فيتم التقريب تدبر (قوله والثالث أن عينها حرام غير معلول بالسكر) قال بعض الفضلاء فرق ما بين السكر والاسكار فلا يخالف هذا القول لما مر من قوله وكذا المعنى المحرم انتهى أقول ليس هذا بشئ لان السكر لازم الاسكار ومطواعه فلا يفترقان في التحقيق فالتعليل باحدهما يؤدي الى التعليل بالآخر ومجرد الفرق بينهما في المفهوم لا يجدي شيئاً فقها ههنا كالمحقق كيف ولا شك أن مراد المصنف بيان كون حرمتها بعينها غير معلولة بشئ مما أصلاً لا أهم غير معلولة بالسكر ولا كنه معلولة بشئ آخر كالاسكار لان ما ذكره فيما بعد من لزوم الكفر وجود كتاب الله تعالى انما يقترب على ادعاه كونها معلولة بما ينافي كونها محرمة العين مطلقاً لا على ادعاه كونها معلولة بالسكر فقط وانما حال غير معلول بالسكر لكون الواقع في كلام المنكر هذه العبارة تبصرتهم (قوله والشايفي يعديه اليها وهذا بعيد لانه خلاف السنة المشهورة) قال تاج الشريعة وهي ماروى ابن عباس من قوله صلى الله عليه وسلم حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب وقالوا ولما كانت حرمتها بعينها لا يصح التعليل لان التعليل حينئذ يكون مخالفاً للنص انتهى أقول لفائل أن يقول ان كان تعليلها وتعديتها الى غيرها مانعاً لحرمة عينها يلزم من تعليلها وتعديتها الى سائر المسكرات المخالفة لكتاب الله تعالى ايضاً فانه سماه رجساً والرجس ما هو محرم العين كما مر والسنة المتواترة واجماع الامة ايضاً على ما مر من

الاسكار بقذف الزبد فالمراد بالسكر عنده هو الكامل في الاسكار يفهم ذلك من تقريره له (قال المصنف والثالث أن عينها حرام غير معلول بالسكر) أقول فرق ما بين السكر والاسكار فلا يخالف هذا القول لما مر من قوله وكذا المعنى المحرم (قوله قد ذكروا دلالة على ذلك في الاشراف شرح مشارق الانوار) أقول وفي شرح حديث ان الله حرم الخمر الخ (قال المصنف والشايفي يعديه اليها) أقول أنت الضمير الراجع الى سائر الاسكار لا كسبابه التائيب من المضاف اليه (قال المصنف والتعليل في الاحكام لافي الاسماء) أقول فان قيل الشايفي ايضاً يعدى الحكم كما اعترف به المصنف آفناً فوجه هذا الكلام قلنا انما يعدى الحكم بواسطة تعدية الاسماء فليتأمل



والرابع أنها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بينا والخامس أنه يكفر  
 مستحلها لانكاره الدليل القطعي والسادس سقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها او غاصبها  
 ولا يجوز بيعها لان الله تعالى لما نجسها فقد آهانها والتقويم بشعر بعزتها وقال عليه السلام ان الذي  
 حرم شربه حرم بيعها واكل غنمها واختلفوا في سقوط ماليتها والاصح أنه مال لان الطباع قيل اليها وتضمن  
 بها ومن كان له على مسلم دين فأوفاه ثمن خمر لا يحل له أن يأخذها ولا للديون أن يؤديه لانه ممن يبيع  
 باطل وهو غصب في يده وأمانته على حسب ما اختلفوا فيه كما في بيع الميتة ولو كان الدين على ذي فانه  
 يؤديه من ثمن الخمر والمسلم الطالب يستوفيه لان بيعها فيما بينهم جائز والسابع حرمة الانتفاع بها  
 لان الانتفاع بالنجس حرام ولانه واجب الاجتناب وفي الانتفاع به اقتراب والثامن أن يحسد شاربها  
 وان لم يسكر منها قوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد  
 فاقتلوه الا أن حكم القتل قد انتسخ في الجلد مشروعا وعليه انعقد اجماع الصحابة رضی الله عنهم  
 وتقديره ذكرناه في الحدود والتاسع أن الطبخ لا يؤثر فيها لانه للنع من ثبوت الحرمة لارفعها بعد  
 ثبوتها الا أنه لا يحد فيه ما لم يسكر منه

قبل وذلك يؤدي الى جحود تلك الادلة القطعية وحاشي للشافعي من ذلك وان لم يكن تعليلها وتعديتها  
 الى غيرها مانعا لحرمة عينها بل كانت حرمة عينها نابتة بتلك الادلة القطعية وحرمة عين غيرها نابتة  
 بتعدية حرمة عينها الى حرمة عين غيرها بطريق القياس لم يتم القول بأنه خلاف السنة المشهورة لان  
 مدلول السنة المشهورة انما هو حرمة عين الخمر والفرض أن تعديتها الى غيرها لا ينافي حرمة عينها  
 ثم أقول الحق عندي ههنا أن تعليلها بالاسكار ينافي حرمة عينها لان قليها ليس بمسكوفيلزم أن لا يكون  
 قليلها حراما على مقتضى التعليل بالاسكار ويلزم منه أن لا يكون عينها حراما لکن الشافعي لم يقل  
 بتعليلها بالاسكار وأما تعليلها بما هو غير منفك عن عينها بل هو لازم لها كالخمره وتجوها فالظاهر أنه  
 لا ينافي حرمة عينها والشافعي انما قال بتعليلها بالخمره فعدي حكمها الى غيرها من المسكرات حتى  
 أوجب الحد بشرب قطرة من الباذق قياسا على الخمر كما صرح به في الكافي والشروح فمن أين يلزمه  
 المخالفة للسنة المشهورة (قوله والرابع أنها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل القطعية  
 على ما بينا) أقول فيه نبي وهو أن الثابت بالدلائل القطعية على ما بينه فيما مر انما هو حرمتها  
 فان استلزم حرمتها القطعية كونها نجسة نجاسة غليظة فامعنى جعل كونها نجسة نجاسة غليظة  
 موضعارا بعمامجواتعنه بالاصالة وان لم تستلزمه فامعنى الجملة على تلك الدلائل المارة نعم واحد  
 من تلك الدلائل وهو كتاب الله تعالى يدل صراحة على كونها نجسة فانه سماها رجسا والرجس هو  
 القدر على ما نص عليه في عامة كتب اللغة الا أنه بقي الكلام في صيغة الجمع في قوله لثبوتها بالدلائل  
 القطعية على ما بينا فالاولى ههنا تحرير صاحب السكافي حيث قال وهي نجسة نجاسة غليظة كالبول  
 والدم لانها سميت رجسا بانص القطعي انتهى (قوله والسادس سقوط تقومها في حق المسلم حتى  
 لا يضمن متلفها او غاصبها ولا يجوز بيعها لان الله تعالى لما نجسها فقد آهانها والتقويم بشعر بعزتها)  
 أقول لسائل أن يقول هذا التعليل ينتقض بالسرقة فانه نجس العين مع أنه مال متقوم يجوز بيعه  
 عندنا كما مر في فصل البيع من كتاب الكراهية حيث قال ولا بأس ببيع السرقة ويكره بيع العذرة  
 وقال الشافعي لا يجوز بيع السرقة أيضا لانه نجس العين فشا به العذرة ووجد الميتة قبل الدباغ  
 ولنا أنه منتفع به لانه يلقى في الاراضي لاستكثار الربيع فكان مالا والمال محل للبيع بخلاف العذرة  
 انتهى فتأمل (قوله والسابع حرمة الانتفاع بها لان الانتفاع بالنجس حرام) أقول انتقاض هذا التعليل

وقوله (حتى لا يضمن  
 متلفها) لا يدل على  
 اباحة اتلافها وقد  
 اختلفوا فيها فقيس بباح  
 وقيل لا يباح الا لغرض  
 صحيح بان كانت عند شرب  
 خفيف عليه الشرب وأما  
 اذا كانت عند صالح  
 فلا يباح لانه يخالها وقوله  
 (والسابع حرمة الانتفاع  
 بها) يريد التساوى  
 بالاحتقان وسقي الدواب  
 والافطار في الاحليل  
 وقوله (الا أن حكم القتل  
 قد انتسخ) يعني بقوله صلى  
 الله عليه وسلم لا يحل دم  
 امرئ مسلم الا باحدى  
 معان ثلاث الحديث

بعد الطبخ ولم يسكر هل  
يجب عليه الحد ثم قال  
ويجب أن لا يجب عليه  
الحد لانه ليس بخمر لغة  
فان الخمر لغة هو التي من  
ماء العنب وهذا ليس بنبي  
وقوله (والمنصف) قيل  
يجوز أن يكون منصوبا  
عاطفا على قوله الباذق  
أي يسمى العصير الذاهب  
أقل من ثلثيه الباذق  
ويسمى المنصف أيضا لانه  
قال الاشرية المحرمة أربعة  
وهي الخمر والعصير الذاهب  
أقل من ثلثيه ونقيع  
التمر ونقيع الزبيب فلو  
كان الباذق غير المنصف  
لكانت الاشرية المحرمة  
خسة ويجوز أن يكون  
مرفوعا لانه نوع من  
الذاهب أقل من ثلثيه  
لانه أعم من أن يكون  
منصفا أو غيره والاول  
أوجه معنى وهذا أوجه  
لفظا لانه لو كان منصوبا  
لقال أيضا

(قوله لكانت الاشرية  
المحرمة خسة) أقول  
كيف تكون خسة وكل  
منهما من أقسام المسبي  
بالطلاء (قوله لانه أعم  
من أن يكون منصفا  
أو غيره) أقول فيندفع  
لزوم كونها خسة (قوله  
لانه لو كان منصوبا لقال  
أيضا) أقول فيه بحث  
فان المسبي بالباذق غير  
المسبي بالمنصف فكيف يكون المقام مقام قوله أيضا

على ما قالوا الحد بالليل في التي خاصة لما ذكرنا وهذا قد طبخ والعاشر حوازل تخليلها وفيه  
خلاف الشافعي وسند كره من بعد ان شاء الله تعالى هذا هو الكلام في الخمر وأما العصير اذا طبخ حتى  
يذهب أقل من ثلثيه وهو المطبوخ أدنى طبخة ويسمى الباذق والمنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ  
فكل ذلك حرام عندنا اذا غلى واشتد وقذف بالزبد أو اذا اشتد على الاختلاف وقال الاوزاعي انه مباح  
وهو قول بعض المعتزلة لانه مشروب طيب وليس بخمر ولنا أنه رقيق ملذم مطرب ولهذا يجتمع عليه  
الفساق فيحرم شره دفعا للفساد المتعلق به

بالسريين أظهر مما مر آنفا قد بر (قوله وأما العصير اذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه وهو المطبوخ أدنى  
طبخة ويسمى الباذق) قال في القاموس الباذق بكسر الهمزة والميم وهو ما طبخ من عصير العنب أدنى طبخة  
فصار شديدا وقال في المغرب الباذق من عصير العنب ما طبخ أدنى طبخة فصار شديدا وقال في الفائق هو  
تعريب باذم وهو الخمر ونقل صاحب النهاية ما في المغرب وما في الفائق ولم يتكلم على شيء منهم ما بشيء أقول  
فيما ذكر في الفائق نظر لان الخمر على ما مر هي التي من ماء العنب اذا صار مسكرا والمطبوخ ليس بنبي قطعا  
والباذق اسم لما طبخ من عصير العنب أدنى طبخة فليس بخمر لاحتماله ولهذا قال المنصف وأما العصير اذا  
طبخ في مقابلة قوله وأما الخمر فكيف يتصور أن يكون الباذق تعريب باذم بمعنى الخمر اللهم إلا أن يكون  
ما ذكر في الفائق مبنيا على ما قاله بعض الناس من أن الخمر اسم لكل مسكر لا على ما هو المحقق عندنا من  
كونها اسما خاصا للذي من ماء العنب اذا أسكر (قوله والمنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ) قال في غاية  
البيان قوله والمنصف يجوز أن يكون بالنصب وهو الاوجه عطف على قوله الباذق أي يسمى العصير  
الذاهب أقل من ثلثيه الباذق ويسمى المنصف أيضا والدليل على هذا أن أبا الليث فسره في شرح الجامع  
الصغير الذاهب أقل من ثلثيه بالمنصف وأيضا انه قد حصر الاشرية المحرمة على أربعة وهي الخمر والعصير  
الذاهب أقل من ثلثيه ونقيع التمر ونقيع الزبيب فلو كان المنصف غير الباذق الذي هو المطبوخ الذاهب  
أقل من ثلثيه لكانت الاشرية المحرمة خسة ويجوز أن يكون المنصف بالرفع لانه نوع من الذاهب أقل  
من الثلث لانه أعم من أن يكون منصفا أو غيره ولهذا جعل شيخ الاسلام خواهر زاده الباذق قسما  
والمنصف قسما انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل مضمون ما في غاية البيان والاول أوجه معنى وهذا  
أوجه لفظا لانه لو كان منصوبا لقال أيضا انتهى أقول لعل الاول لا وجه له أصلا فضلا عن أن يكون  
أوجه فانه يصير معنى كلام المنصف على ذلك التقدير بالعصير الذي طبخ أدنى طبخة يسمى باسمين أحدهما  
الباذق والآخر المنصف وهذا يقتضي أن يكون الباذق والمنصف متحدين في المعنى وهو العصير المطبوخ  
أدنى طبخة مع أن تحرير المنصف ينافي ذلك أما لو قلنا انه فسر المنصف بقوله وهو ما ذهب نصفه  
بالطبخ ولا يخفى أن هذا أخص من العصير المطبوخ أدنى طبخة لتناول ذلك ما ذهب أقل من نصفه بالطبخ  
فكيف يتصور الاتحاد في المعنى وأما ثانيا فلانه قال فكل ذلك حرام عندنا اذا غلى واشتد الخمر ولا يخفى  
أن لفظ كل يقتضي التعدد بحسب المعنى لا بحسب الاسم فقط فالحق أن قول المنصف والمنصف مرفوع  
لا غير فهو معطوف على المطبوخ في قوله وهو المطبوخ أدنى طبخة والمعنى أن العصير المطبوخ الذاهب  
أقل من ثلثيه على قسمين أحدهما ما المطبوخ أدنى طبخة المسبي بالباذق والآخر المنصف وهو ما ذهب  
نصفه بالطبخ وكل واحد منهما حرام عندنا اذا غلى واشتد وقذف بالزبد أو اذا اشتد على الاختلاف وأما  
حديث ان المنصف لو كان غير الباذق لكانت الاشرية المحرمة خسة وقد حصر وما في الاربعه فعلى  
طرف الثمام لان الاربعه التي حصرها الاشرية المحرمة فيها انما هي أصول الاشرية المحرمة وأقسامها  
الاولية والباذق والمنصف ليس كذلك بل انما هما قسمان من أحد تلك الاصول والاقسام الاولية  
وهو الطلاء العام للباذق والمنصف ثم ان بعض الفضلاء أورد على قول صاحب العناية وهذا أوجه

وأما نقيع التمر وهو السكر وهو الذي من ماء التمر أي الرطب فهو حرام مكروه وقال شريك بن عبد الله انه مباح لقوله تعالى تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا امتن علينا به وهو بالمحرم لا يتحقق ولنا إجماع الصحابة رضي الله عنهم ويدل عليه ما روينا من قبل والآية مجحولة على الابتداء إذ كانت الاشارة بمباحة كلها وقيل أراد به التويج معناه والله أعلم تتخذون منه سكرا وتدعون رزقا حسنا وأما نقيع الزبيب وهو الذي من ماء الزبيب فهو حرام إذا اشتد وغلي ويتأني فيه خلاف الأوزاعي وقد بينا المعنى من قبل الآن حرمة هذه الاشارة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستعملها أو يكفر مستعمل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية لفظا لانه لو كان منصوبا لقال أيضا حيث قال فيه بحث فان المسمى بالبادق غير المسمى بالمنصف فكيف يكون المقام مقام قوله أيضا انتهى أقول هذا ساقط جدا لان كون المسمى بالبادق غير المسمى بالمنصف انما يتصور على تقدير ان يكون قوله والمنصف مرعونا وأما على تقدير ان يكون منصوبا كما هو محل كلام صاحب العناية فلا مجال لان يكون المسمى بأحدهما غير المسمى بالآخر بل مقتضى معنى التركيب على ذلك التقدير انما هو تعدد الاسم دون المسمى كالأجنح على من له دراية بقواعد العربية ثم أقول يمكن أن يناقش في قول صاحب العناية لانه لو كان منصوبا لقال أيضا وجه آخر وهو ان الواو والعاطفة في قوله والمنصف على تقدير ان يكون منصوبا معطوف على البادق تغني عن كونه أيضا فلان اسم أنه لو كان منصوبا لقال أيضا (قوله وأما نقيع التمر وهو السكر وهو الذي من ماء التمر أي الرطب) قال صاحب العناية وتفسير صاحب الهداية التمر بالرطب فيه نظر لان التمر اذا وقع في الماء يسمى نقيعا فلا حاجة الى أن يقع الرطب لاجل حاله حتى يسمى نقيعا وقياس كلامه هنا أن يقول في نقيع الزبيب أي نقيع العنب وليس بقوى انتهى وقال جمهور السراخ دفع الماذك النظر وانما فسر التمر بالرطب لان المتخذ من التمر اسمه نبيذ التمر لا السكر وهو حلال على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله على ما سيجي وانتهى أقول فيما قاله جمهور السراخ أيضا نظر لان الذي كان اسمه نبيذ التمر وكان حلالا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله انما هو ما اتخذ من التمر وطبخ أدنى طبخة كما صرح به في عامة المعينات وسيجيء في الكتاب في قوله وقال في المختصر ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ما أدنى طبخة حلال وان اشتد اذا شرب منه ما يغلب على ظنه أنه لا يسكره من غير له وطرب وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد والشافعي حرام انتهى والذي ذكره هنا انما هو نقيع التمر اذا لم يطبخ كما أفصح عنه بقوله وهو الذي من ماء التمر وهو المسمى بالسكر لا غير ولا شك أنه ليس بحلال عند أئمتنا أصلا فلا حاجة الى تفسير التمر بالرطب (قوله فهو حرام مكروه) قال عامة السراخ أردف الحرام بالكره اشارة الى أن حرمة ليست بحرمة الخمر لان مستعمل الخمر لا يكفر مستعمل غيرها لا يكفر انتهى أقول فيه بحث أما أولا فلانه لو كان مقصودا لمنصف بارداف الحرام بالمكروه الاشارة الى ما ذكره لأردفه بذلك في كل واحد من الاقسام الثلاثة المذكورة بعد الخمر اذ ليست حرمة شيء منها بحرمة الخمر ولو اكتفي بآردافه بذلك في واحد من تلك الاقسام لكان القسم المذكور عقيب الخمر أحق بذلك كالأجنح وأما ثانيا فلان المصنف سيصرح بان حرمة هذه الاشارة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستعملها ويكفر مستعمل الخمر فلا حاجة الى الاشارة الى ذلك هنا (قوله وقيل أراد به التويج) معناه والله أعلم تتخذون منه سكرا وتدعون رزقا حسنا) قال السراخ أي أنتم لسفاهتكم تتخذون منه سكرا حراما وترزقوا حسنا أقول فيه اشكال لانهم صرحوا عند شرح قول المصنف والآية مجحولة على الابتداء بان الآية مكية وتحريم الخمر وقع بالمدينة فكيف يتصور ان يكون معنى الآية قبل تحريم الخمر تتخذون منه سكرا حراما والخمر وقتئذ عام بوصف بالحرمة فأين السكر الحرام فليتأمل (قوله الآن حرمة هذه الاشارة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستعملها أو يكفر مستعمل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية)

وهو حلال على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله على ما سيجيء عقوله (فهو حرام مكروه) أردف الحرام بالكره اشارة الى أن حرمة ليست بحرمة الخمر لان مستعمل الخمر لا يكفر مستعمل غيرها لا يكفر وقوله (ويدل عليه ما روينا من قبل) يعني قوله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين وأشار الى الكرمة والنخلة وقوله (والآية مجحولة على الابتداء اذ كانت الاشارة بمباحة) لانها مكية وحرمة الخمر بالمدينة وهذا على تقدير أن يكون المراد بالآية الامتنان كما قال الخصم وقيل أراد به التويج ومعناه أنتم لسفاهتكم تتخذون منه سكرا حراما وتدعون رزقا حسنا وقوله (وقد بينا المعنى من قبل) يريد به قوله ولنا أنه رقيب ملذ مطرب الخ

(قوله انما فسر التمر بالرطب الخ) أقول رد على الاتقاني وفيه نظر (قوله لا السكر وهو حلال الخ) أقول في المغرب السكر يغتسلن عصير الرطب اذا اشتد وفي الطلبة السكر يفتح السين والكاف هو النقيء من ماء التمر وقال في ديوان الادب هو خمر التمر انتهى فالتمر يعني الرطب فيه أيضا

(وقوله غير أن عنده) يعني عند أبي حنيفة رحمه الله (يجب قيمتها المثلها) كما إذا تلف المسلم خمر الذي على ما عرف أن المسلم ممنوع  
عن التصرف في الحرام وأورد رواية (١٦٠) الجامع الصغير وهي قوله ما سوى ذلك من الأشربة أي ما سوى

ولا يجب الحد بشره حتى يسكر ويجب بشره قطرة من الخمر ونجاستها خفيفة في رواية وغليظة  
في أخرى ونجاسة الخمر غليظة رواية واحدة ويجوز بيعها ويضمن متلفها عند أبي حنيفة خلافا لهما  
فيهما لأنه مال متقوم وما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقويمها بخلاف الخمر غير أن عنده يجب قيمتها  
لامثلها على ما عرف ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لأنها محرمة وعن أبي يوسف أنه يجوز بيعها إذا كان  
الذاهب بالطبخ أكثر من النصف دون الثلثين (وقال في الجامع الصغير وما سوى ذلك من الأشربة  
فلا بأس به) قالوا هذا الجواب على هذا العموم والبيان لا يوجد في غيره وهو نص على أن ما يتخذ من  
الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند أبي حنيفة ولا يحسد شربه عنده وإن سكر منه ولا يقع  
طلاق السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالخبث والسكران وعن محمد أنه حرام ويحد شربه  
ويضع طلاقه إذا سكر منه كما في سائر الأشربة المحرمة (وقال فيه أيضا وكان أبو يوسف يقول ما كان  
من الأشربة يبقى بعد ما يبلغ عشرة أيام ولا يفسد فإني أكرهه ثم رجعت إلى قول أبي حنيفة) وقوله  
الأول مثل قول محمد أن كل مسكر حرام إلا أنه تفرد به هذا الشرط ومعنى قوله يبلغ يغلي ويشتمد ومعنى  
قوله ولا يفسد لا يحمض ووجهه أن بقاءه هذه المدة من غير أن يحمض دلالة قوته وشدة فكان  
أية حرمة ومثل ذلك يروي عن ابن عباس رضي الله عنهما وأبو حنيفة يعتبر حقيقة الشدة على الحد الذي  
ذكرناه فيما يحرم أصل شربه وفيما يحرم السكر منه على ما نذكره إن شاء الله تعالى وأبو يوسف يرجع إلى  
قول أبي حنيفة فلم يحرم كل مسكر ورجع عن هذا الشرط أيضا (وقال في المختصر ونبيذ التمر والزبيب  
إذا طبخ كل واحد منهما أدنى لطخة حلال وإن اشتد إذا شرب منه ما يغلب على ظنه أنه لا يسكره من غير

أقول لقائل أن يقول من هذه الأشربة نقيع التمر وهو السكر وقد قال في إنبات حرمة ونا  
اجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم وقد تقررت في علم الأصول أن إجماع الأمة سيما إجماع الصحابة  
دليل قطعي يكفر جاحده فكيف يتم القول ههنا بان حرمة هذه الأشربة لا يكفر مستحباتها لكون حرمتها  
اجتهادية لا قطعية ويمكن أن يجاب عنه بان نقل الإجماع قد لا يكون بالتواتر فلا يفيد مثل ذلك  
الإجماع القطع لعدم القطع في طريق نقله إلينا كما تقرره هذا أيضا في علم الأصول فيجوز أن يكون  
الإجماع المنقول في حق حرمة السكر من ذلك القبيل ويكون هذا باعتماد على وقوع الاجتهاد في خلافه  
(قوله لأنه مال متقوم وما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقويمها بخلاف الخمر) أقول فيه نظر أما أولا  
فلانهم صرحوا بأن معنى تقوم المال بأحده الانتفاع به شرعا وسيجيء بالتصريح عن قريب بأن هذه  
الأشربة مما لا ينتفع بها بوجه من الوجوه فكيف يتصور تقوم فيها وأما ثانيا فلان الدلالة القطعية  
إنما تعتبر في حق وجوب الاعتقاد دون وجوب العمل ألا ترى أن خبر الواحد من السنة يوجب  
العمل ولا يوجب علم اليقين بل يوجب غلبة الظن على المذهب الصحيح المختار عند الجمهور كما تقررت في  
علم الأصول وما نحن فيه من العمليات فينبغي أن يكتب في حقه بمجرد غلبة الظن كيف لا وقد اكتفى به في  
الحكم بحرمة هذه الأشربة الذي أيضا اجتهادية لا قطعية كما صرح به أننا (قوله ولا ينتفع بها بوجه  
من الوجوه لأنها محرمة) أقول في التعليل ببحث فلا يلزم من حرمة تناول الشيء عدم الانتفاع به ألا ترى  
أن السرقة نجس العين محرم تناول قطعها مع أنه مما ينتفع به حيث يلحق في الأراضى لاستكثر الرعي  
ولهذا يجوز بيعه كما صرح في فصل البيع من كتاب الكراهية وكذا الدهن النجس على ما صرحوا به وقد  
مر هنا غير مرة نظير هذا الكلام في هذا الكتاب فتدبر (قوله وعن أبي يوسف أنه يجوز بيعها إذا  
كان الذاهب بالطبخ أكثر من النصف دون الثلثين) أقول لا يذهب عليك أن حق هذه الرواية أن تذكر

المذكور وهو الخمر والسكر  
ونقيع الزبيب والطلاء وهو  
الباذق والمنصف لبيان أن  
العموم المذكور في الجامع  
الصغير لا يوجد في غيره  
وقوله (وقال فيه) يعني في  
الجامع الصغير

(قال المصنف ويجوز  
بيعها ويضمن متلفها الخ)  
أقول المراد بالجواز ما يترتب  
عليه الثمرات المطلوبة  
لأما يقابل الحرمة (قال  
المصنف وما شهدت له دلالة  
قطعية) أقول فيه بحث لأن  
الحرمة تثبت بالشبهة (قال  
المصنف غير أن عنده يجب  
قيمتها المثلها) أقول لا يقال  
ينبغي أن يجب المثل بدليل  
جواز البيع لأننا نقول  
البيع يجوز مع الكراهة  
فلا أوجبنا المثل لكان  
مأمورا باتيان فعل مكروه  
وهو تسليم الحرام وهذا  
لا يجوز ومع ذلك لو أدى  
المثل يخرج عن العهدة  
أيضا تأمل قال العلامة  
السكاكي أن المسلم ممنوع  
عن التصرف في الحرام  
فلا يكون مأمورا بإعطاء  
المثل حتى لو أعطى يخرج  
عن العهدة لأنه مكروه  
انتفى وفيه بحث الآن  
يؤول يجب بمعنى ينبغي  
(قوله أن المسلم ممنوع عن  
التصرف في الحرام) أقول

فينبغي أن لا يجوز بيعها لكن المراد بالجواز في قوله ويجوز بيعها ليس ما يقابل الحرمة بل  
ترب الثمرات المطلوبة كما في البيع المكروه (قوله لبيان أن العموم المذكور الخ) أقول لتعليل لقوله وأورد رواية الجامع الصغير الخ

لهو ولا طسرب وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد والشافعي حرام والكلام فيه كالكلام في المثلث العنبي ونذكره إن شاء الله تعالى قال (ولابأس بالخليطين) لما روى عن ابن زياد أنه قال سقاني ابن عمر رضي الله عنه شربة ما كدت أهتدي إلى منزلي فعدت إليه من الغد فأخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب وهذا نوع من الخليطين وكان مطبوخا لأن المروى عنه حرمة نقيع الزبيب وهو الذي منه وما روى أنه عليه السلام نهى عن الجمع بين التمر والزبيب والزبيب والرطب والرطب والبسر محمول على حالة الشدة وكان ذلك في الابتداء قال (ونبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير حلال وإن لم يطبخ) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله إذا كان من غيرها ووطرب لقوله عليه السلام الحرام من هاتين الشجرتين وأشار إلى الكرمة والخلة خص التحريم بهما أو المراد بيان الحكم ثم قيل يشترط الطبخ فيه لآباحتها وقيل لا يشترط وهو المذكور في الكتاب لأن قليله لا يدعوى كثيره كيفما كان وهل يحد في المتخذ من الحبوب إذا سكر منه قيل لا يحد

قبل قوله ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لأنهم من شعب جواز بيع هذه الأشربة وقوله ولا ينتفع بها إلى آخره مسألة مستقلة تدخلت في البين كما ترى (قوله ولا بأس بالخليطين) لما روى عن ابن زياد أنه قال سقاني ابن عمر شربة ما كدت أهتدي إلى أهلي فعدت إليه من الغد وأخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب) وابن عمر كان معروفا بالزهد والفقه بين الصحابة فلا يظن به أنه كان يسقي غيره ما لا يشربه أو يشرب ما كان حراما كذا في الكافي والشروح أقول ههنا كلام من وجهين أحدهما أن تقليد الصحابي فيما لم يعلم اتفاقا سائر الصحابة عليه ولا خلاف فهم فيه ولم تكن الحادثة عمالا يدرك بالقياس لا يجب على القول المختار كما عرف في علم الأصول والظاهر أن ما نحن فيه من ذلك القبيل فكيف يصلح أن يكون فعل ابن عمر أو قوله في الرواية المزبورة دليلا على حل الخليطين وثانيهما أن قول ابن زياد ما كدت أهتدي إلى أهلي يشعر بأسكار الأشربة التي سقاها ابن عمر أيهاها والسكر من كل شراب حرام بالاتفاق فكيف يستدل بذلك على الحل ويمكن أن يجاب عن الثاني بوجهين أحدهما ما أشار إليه تاج الشريعة بقوله وإنما قال ما كدت أهتدي إلى أهلي على سبيل المبالغة في بيان التأثير فيه لاحتمال السكر فإن ذلك لا يحل انتهى وثانيهما أن وجه الاستدلال مجرد أن يسقى ابن عمر ابن زياد تلك الشربة فأنه لو كانت حراما لما أقدم ابن عمر مع كمال زهده وفقهه على أن يسقها إياها وأما تأثيرها في الشارب بعد أن شربها بحيث يصل إلى مرتبة الاسكار فليس له حدم مقدرا وهو مختلف باختلاف الطباع والأوقات والشراب أن يجترز عنه مهما أمكن فإن وصل إلى تلك المرتبة في الرواية المذكورة فأنما هو في الغفلة والعهدة في ذلك على الشارب لا الساقى تأمل تفهم (قوله وقيل لا يشترط وهو المذكور في الكتاب لأن قليله لا يدعوى كثيره كيفما كان) أقول هذا التعليل منطوقه لا مجرد أن لا يدعوى قلته إلى كثيره لا يقتضي أن لا يشترط الطبخ فيه لآباحتها لا ترى أن نبيذ التمر والزبيب مما يشترط الطبخ فيه لآباحتها بلا اختلاف مع أن قليل ذلك أيضا لا يدعوى كثيره كيفما كان فإن دعاء القلب إلى الكثير من خواص الخمر كما صرح به فيما مر والأظهر في التعليل ههنا ما ذكر في غاية البيان حيث قال فيها وفي رواية لا يشترط لأن حال هذه الأشربة بدون نقيع التمر والزبيب فإن نقيع التمر والزبيب اتخذ مما هو أصل الخمر شرعا فإن أصل الخمر شرعا التمر والعنب على ما قال النبي صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين وقد شرط أدنى طخنة في نقيع الزبيب والتمر فيجب أن لا يشترط أدنى طخنة في هذه الأشربة ليظهر نقصان هذه الأشربة عن نقيع التمر والزبيب انتهى (قوله وهل يحد في المتخذ من الحبوب إذا سكر منه قيل لا يحد) أقول قدمت هذه المسئلة مرة أثناء بيان مسئلة الجامع الصغير فيما قبل حيث قال وهو نوص على أن ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والأذرة حلال عند أبي حنيفة ولا يحد

قال (ولابأس بالخليطين)  
الخليطان ماء التمر والزبيب  
إذا خلطا فطبخا بعد ذلك  
أدنى طخنة وبترك إلى أن  
يغلي ويشتمد والعجوة التمر  
الذي يغيب فيه الضرس  
لجودته وقوله (محمول على  
لشده وكان ذلك في الابتداء)  
يعني أن النهي عن الجمع  
بين التمر والزبيب كان في  
الابتداء في وقت كان بين  
المسلمين ضيق وشدة في أمر  
الطعام لئلا يجمع بين  
الطعامين ويترك جاره جانبا  
بل يأكل أحدهما ويؤثر  
بالآخر على جاره ثم لما وسع  
الله على عباده النعم أباح  
الجمع بين النعمتين وقوله  
(قيل لا يحد) هو قول  
الفقيه أبي جعفر رحمه الله



ولان المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليلا وكثيره كالخمر ولهما قول عليه السلام حرمت الخمر لعينها ويروي بعينها قليلا وكثيرها والسكر من كل شراب خص السكر بالتحريم في غير الخمر اذا العطف للغايرة

أقول فيه ضرب اشكال وهو انه قد مر في أول كتاب الكراهية ان كل مكروه حرام عند محمد رحمه الله وقوله هنا وعنه أنه كره ذلك بعد أن صرح فيما قبل بأنه حرام عند محمد ومالك والشافعي يقضي المغايرة بين قول محمد بحرمنه وبين قوله بكراهته فينا في ما تقر في أوائل الكراهية فان قلت نعم ان كل مكروه حرام عند محمد ولكن بجرمة ظنية لا بجرمة قطعية فانه اذا لم يجز نضا قاطعا في جرمة شئ لم يطلق عليه لفظ الحرام بل يطلق عليه لفظ المكروه كما تقر أيضا هناك فيجوز أن يكون مدار رواية الجرمة ورواية الكراهية عنه فيما نحن فيه على قطعية الحرمة في احدهما وطينتها في الأخرى فلا تنافي بين المقامين قلت لا مجال للقول بقطعية حرمة المثلث العنبي عند كون اجتهاد أبي حنيفة وأبي يوسف في حله لان قطعية حرمة الشئ تستلزم أن يكفر مستعملها وهذا لا يتصور فيما وقع فيه اجتهادنا فضلا عما وقع فيه اجتهاد مثل أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله تعالى وعن هذا قالوا فيما سوى الخمر من الأشربة الثلاثة المحرمة عند أئمتنا أجمع وعند عامة العلماء ان حرمة هذه الأشربة بدون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستعملها ولا يكفر مستعمل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية كما مر من قبل في الكتاب مع أن اجتهادنا اباحة فيها انما وقع من نحو الاوزاعي وشريك وسائر أصحاب الطواهر فتحقق أن الحرمة المروية عن محمد في حق المثلث العنبي انما هي الحرمة الاجتهادية التي مدارها الظن لا الحرمة القطعية فكيف يتصور المغايرة بينها وبين الكراهية على أصل محمد ويمكن أن يقال معنى قوله من كل مكروه حرام عند محمد أن كل مكروه كراهة التحريم حرام عند محمد لكن لا بدليل قطعي بل بدليل ظني خلافا لابي حنيفة وأبي يوسف فان المكروه كراهة التحريم ليس بحرام أصلا عندهم ما بل الى الحرام أقرب وأما المكروه كراهة التنزيه فليس بحرام ولا الى الحرام أقرب عند أحد وهذا كله يظهر براجعة كتب الاصول فيجوز أن يكون المراد بالكراهية في قول المصنف ههنا وعنه انه كره ذلك هو الكراهة التنزيهية وهي مغايرة للحرمة على قول الكل فيندفع التنافي بين المقامين تأمل (قوله وله ما قوله صلى الله عليه وسلم حرمت الخمر لعينها ويروي بعينها قليلا وكثيرها والسكر من كل شراب) قال في النهاية وله ما أيضا قوله تعالى انما الخمر والميسر الآية بين الله تعالى الحكمة في تحريم الخمر في هذه الآية وهي الصدع ذكر الله تعالى وايرات العداوة والبغضاء وهذه المعاني لا تحصل بشرب القليل ولو خلبنا وظاهر الآية لقلنا لا يحرم القليل من الخمر أيضا ولكن تركنا قضية ظاهرا الآية في قليل الخمر بالاجماع والاجماع فماعداه فبقى على ظاهر الآية انتهى أقول ينتقض هذا الاستدلال بماعد الخمر من الأشربة المحرمة الثلاثة فان قليلها أيضا حرام عند أئمتنا قاطبة وعند مالك والشافعي وأكثر العلماء مع أن المعاني المذكورة في الآية المزبورة لا تحصل بشرب قليلها كما لا يخفى (قوله خص السكر بالتحريم في غير الخمر اذا العطف للغايرة) أقول الظاهر أن مراده بقوله خص السكر بالتحريم في غير الخمر قصر التحريم على السكر في غير الخمر على أن تكون الباء داخلة على المقصور كما في قواهم خصت فلانا بالذكر على ما تقر في موضعه اذ هو المفيد لمدعاه ما ههنا دون العكس كما لا يخفى على ذي مسكة لكن فيه بحث وهو أن الاستدلال على مدعاهما في هذا الوجه كما يقتضى حل المثلث يقتضى أيضا حل الأشربة المحرمة الثلاثة غير الخمر وهذا ظاهر لزوما وبطلانا على أن استفادة قصر التحريم على السكر في غير الخمر من منطوق لفظ الحديث المذكور مشكل واستفادته من مفهوم المخالفة خلاف

ولان المفسد هو القدح المسكر وهو حرام عندنا

ليس مسكر على انفراده بل بما تقدم فينبغي ان يحرم ما تقدم ايضا اجيب بان الحكم يضاف الى العلة معنى وحكم وفيه نظر لان الاضافة الى العلة اسما ومعنى وحكما اولى والمجموع بهذه الصفة والاولى ان يقال الحرام هو المسكر واطلاقه على ما تقدم مجاز وعلى القدح الاخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مرادا

(قوله والاولى ان يقال الحرام هو المسكر واطلاقه على ما تقدم مجاز) أقول اطلاقه على ما تقدم على القدح الاخير مجاز بلا شبهة وأما اطلاقه على المجموع من القدح الاخير وما تقدمه فليس مجاز والكلام فيه (قوله وعلى القدح الاخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مرادا) أقول ويقرب مما ذكره الشارح ما قاله الامام الترمثي في شرح الجامع الصغير لا يقال القدح الاخير مسكر بما تقدمه لان المسكر ما يتصل به السكر وهو كالمختم من الطعام فان المحرم هو المختم انتهى قال التفتازاني في التلويح ذهب المحققون الى أن الجزء الاول يصير بمنزلة العدم في حق ثبوت الحكم وبصير

المذهب فليتأمل (قوله ولان المفسد هو القدح المسكر وهو حرام عندنا) فان قيل القدح الاخير انما يصير مسكرا بما تقدمه لان انفراده فينبغي أن يحرم ما تقدم أيضا قلنا لما وجد السكر يشرب القدح الاخير اضعف الحكم اليه لكونه علة معنى وحكما كذا ذكره جمهور الشراح واعترض صاحب العناية على الجواب المذكور حيث قال فيه نظر لان الاضافة الى العلة اسما ومعنى وحكما اولى والمجموع بهذه الصفة انتهى أقول ان أراد بقوله والمجموع بهذه الصفة أن كل واحد من أجزاء المجموع بهذه الصفة فليس يصحح اذ لا ينبغي أن شيئا مما قبل الجزء الاخير ليس بعلة اسما ولا معنى ولا حكما اذ العلة اسما ما يضاف اليه الحكم والعلة معنى ما يؤثر في الحكم والعلة حكما ما يتصل به الحكم ولا يتراخي عنه كما عرف كله في علم الاصول ولا شك أن شيئا مما قبل الجزء الاخير ليس بصفة من هذه المعاني وان أراد بذلك أن المجموع من حيث هو مجموع بهذه الصفة كما هو الظاهر فهو لا يقدح في مطلوبنا هنا اذ لا ننكر حرمة مجموع الاقداح من حيث هو مجموع عند اشتماله على القدح المسكر وانما ننكر حرمة ما قبل القدح المسكر بانفراده نعم بقي الكلام في أن اضافة الحكم الى المجموع من حيث هو مجموع اولى أم الى الجزء الاخير وحده والظاهر في بادئ الرأي هو الاول لان الجزء الاخير وحده معنى وحكما لا اسما على ما هو المشهور في كتب الاصول والحكم انما يضاف الى العلة اسما لكن الفاضل التفتازاني قال في التلويح في مباحث العلة من باب الحكم ذهب المحققون الى أن الجزء الاول يصير بمنزلة العدم في حق ثبوت الحكم ويصير الحكم مضافا الى الجزء الاخير كالمسكر في انقال السفينة والقدح الاخير في السكر انتهى وحينئذ يصير الجزء الاخير علة اسما أيضا كما أنه علة معنى وحكما فينتظم أمر اضافة الحكم اليه وحده بلا غبار ثم قال صاحب العناية والاولى ان يقال الحرام هو المسكر واطلاقه على ما تقدم مجاز وعلى القدح الاخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مرادا انتهى أقول ليس هذا بشئ فضلا عن أن يكون اولى اذ ليس الكلام ههنا في اطلاق لفظ المسكر على شئ وعدم اطلاقه عليه حتى يفيد التشبث برجحان الحقيقة على المجاز شيئا بل انما الكلام ههنا في أن المفسد للعقل هو القدح المسكر أي المزيل للعقل سواء أطلق عليه المسكر حقيقة أم لا دون غيره من الاقداح المتقدمة فكان الحرام هو القدح المزيل للعقل لا غير وبالجملة مدار الاستدلال ههنا على المعنى وهو ازالة العقل دون اللفظ فلما ورد السؤال بان القدح الاخير لا يزال العقل بانفراده بل بما تقدم فكان لما تقدم من الاقداح مدخل أيضا في ازالة العقل فينبغي أن يحرم أيضا لم يفد أن يقال ان لفظ المسكر انما يطلق على ما تقدم مجازا وعلى القدح الاخير حقيقة شيئا في دفع ذلك السؤال أصلا وانما يتشبه ذلك في الجواب عن استدلال الخصم بقوله صلى الله عليه وسلم كل مسكر خمر ومجمل قول المصنف ثم هو محمول على القدح الاخير اذ هو المسكر حقيقة وقصد بعض الفضلاء أن يرد على صاحب العناية قوله المذكور بوجه آخر فقال اطلاقه على ما تقدم على القدح الاخير وما تقدمه مجاز بلا شبهة وأما اطلاقه على المجموع من القدح الاخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مرادا انتهى أقول وهذا أيضا ليس بشئ لأن اطلاقه على ما تقدم على القدح الاخير اذا كان مجازا بلا شبهة كيف يتصور أن يكون اطلاقه على المجموع حقيقة فان المجموع مشتمل على ما تقدم على القدح الاخير أيضا ولا شك أن اطلاق اللفظ على المجموع المركب مما هو حقيقة فيه ومما هو مجاز فيه لا يكون حقيقة لأن الحقيقة هي الكلمة المستعملة فيما وضعت له والمجموع المركب مما وضعت له ومما لم توضع له ليس مما وضعت له قطعاً ولو سلم أن يكون اطلاقه على المجموع من حيث هو مجموع حقيقة فلا يضرنا اذ لا يلزم من كون المجموع من حيث هو مجموع مسكرا كون المتقدم على القدح الاخير أيضا مسكرا حتى يلزم كون ما تقدم على القدح الاخير حراما أيضا تأمل توقف



وقوله (وانما يحرم القليل منه) أي من الخمر جواب سؤال يمكن تقرر به على هذا الوجه وهو أن يقال لما كان المنفسد هو الآخر يدون ما تقدم وجب أن يكون في الخمر كذلك ويجوز أن يكون جوابا عن قولهم ولأن المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليلا وكثيره وهذا واضح ووجه الجواب عن الأول ان القياس ذلك ولكن تركناه لان الخمر لرقمتها واطافتها تدعو الى الكثير فاعطى القليل حكم الكثير والمثلث ليس كذلك اعطاه وعلى الثاني بطريق الفرق وهو واضح وقوله (والحديث الاول) يعني قوله كل مسكر خمر ليس بثابت لما بيناه من طعن يحيى بن معين ولئن سلمنا ثبوته فهو محمول على القدر الاخير وقوله (والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق) لم يذكر اسمه لاختلاف وقع فيه فان منهم من سماه يوسفيا (١٦٥) ويعقوبيان لأن أبابوس فرجه الله كثيرا

ما كان يستعمل هذا ومنهم من سماه بخنجا وجميدا قال لأنه منسوب الى رجل اسمه جميد وهما يشترط لباحثه عندهما بعد ما صب الماء فيه أدنى طبخة اختلف المشايخ رحمه الله فيه واختاره المصنف رحمه الله وقوله (أو يذهب منها) يعني تارة يذهب الماء أولا للطاقتة وتارة يذهب العصير والماء معا فلوزها معا يحل شربه كما يحل شرب المثلث لانهما لما ذهب معا كان الذاهب من العصير أيضا ثلثين كالماء لكن لما لم يتيقن بذهابها معا معا واحتمل ذهاب الماء أولا للطاقتة فلذا بحرمة شربه احتياطاً لأنه اذا ذهب الماء أولاً كان الذاهب أقل من ثلثي العصير وهو حرام عندنا وهو الباذق وقوله (فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب) أي على القطع والبتات وقوله

وانما يحرم القليل منه لانه يدور لرقته وطاقته الى الكثير فاعطى حكمه والمثلث اعطاه لايدهو وهو في نفسه غذاء فبقي على الاباحة والحديث الاول غير ثابت على ما بيناه ثم هو محمول على القدر الاخير اذ هو المسكر حقيقة والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة حكمه حكم المثلث لان صب الماء لا يزيد الاضعاف بخلاف ما اذا صب الماء على العصير ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل لان الماء يذهب أولا للطاقتة أو يذهب منه ما فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب ولو طبخ العنب كما هو ثم يصير يكتفي بأدنى طبخة في رواية عن أبي حنيفة وفي رواية عنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهو الاصح لان العصير قائم فيه من غير تغير فصار كما بعد العصر

(قوله) وانما يحرم القليل من الخمر لانه يدور لرقته وطاقته الى الكثير فاعطى حكمه) أقول فيه كلام وهو أن هذا التقرر يقتضي كون حرمة الخمر معللة وقد صرح فيما مر بان الخمر عينه حرام غير معلول عندنا بشي لأن تعليقه خلاف السنة المشهورة وهي قوله صلى الله عليه وسلم حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب فكان الذي ينبغي ههنا أن يقال وانما يحرم القليل من الخمر لورود النص فيه وهو قوله عليه الصلاة والسلام حرمت الخمر لعينها الحديث اللهم إلا أن يحمل كلام المصنف ههنا على التنزيل والزام الخصم بان يكون هذا الكلام منه جوابا عن قول الخصم ولأن المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليلا وكثيره فتبصر (قوله) والحديث الاول غير ثابت على ما بيناه) قال بعض الفضلاء وكان على المصنف أن يتعرض للحديثين الاخيرين الذين رواهما ولم يفعل كانه اكتفى بمعارضته مارواهما لهما انتهى أقول توجهه ليس بشي لأن دلالة الحديثين الاخيرين الذين رواهما الخصم على حرمة قليل ما أسكر كثيره انما هي بطريق العبارة ودلالة مارواها المصنف من قبل أبي حنيفة وأبي يوسف على حل قليل ذلك انما هي بطريق الإشارة أو الاقتضاء وقد تقرر في علم الاصول أن عبارة النص ترجح على إشارة النص واقتضائه عند التعارض فان أراد ذلك القائل بمعارضته مارواهما المعارضة الموجبة للتساوق وهي المعارضة بدون الرجحان في أحد الجانبين فليس يصحح وان أراد بها المعارضة مع الرجحان في جانب الحديثين الذين رواهما الخصم فليس يصحح بل يحل كما لا يخفى (قوله) لان الماء يذهب أولا للطاقتة أو يذهب منه ما فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب) قال الشراح أي على القطع والبتات وقال بعض الفضلاء قوله أي على القطع والبتات فيه بحث لان الحرمة تثبت بالشبهة انتهى أقول مسداده هذا البحث على عدم فهم مراد الشراح فان مرادهم بقوله أي على القطع والبتات تقييد المتن في قول المصنف فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب لا تقييد المتن فالعنى أن

(يكتفي بأدنى طبخة في رواية عن أبي حنيفة رحمه الله) هي رواية الحسن عنه وأنكرها المتقدمون من مشايخنا فقد روى الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف قال سمعت أبا حنيفة يقول انها لا تحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهذا أصح لما ذكره في الكتاب

(قال المصنف والحديث الاول غير ثابت على ما بيناه) أقول وكان على المصنف أن يتعرض للحديثين الاخيرين ولم يفعل كانه اكتفى بمعارضته مارواهما (قوله) وقوله فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب أي على القطع والبتات) أقول فيه بحث فان الحرمة تثبت بالشبهة (قال المصنف ولو طبخ العنب كما هو) أقول أي كائن كالأذي هو عنب فالخمر محذوف وينبغي أن تكون الكافي زائدة (قال المصنف) فصار كما بعد العصر) أقول أي صار حكم العصير بعد طبخ العنب حكم العصير قبل طبخ العنب والوجه أن يقال فصار للطبخ قبل العصر كالماء يذهب ثلثاه

(قال ولا بأس بالابتداء في الدباء الخ) جوزاً كثيراً هل العلم الابتداء في الدباء وهو القرع والخنتم وهو جوارجر أو خضر يحصل فيه الخمر إلى المدينة الواحدة حنمة والمرقت وهو الطرف المطلي بالزفت وهو القير والنقيير وهو الخشبة المنقورة لقوله صلى الله عليه وسلم نهيتكم عن ثلاث عن زيارة القبور فزوروها فقد أذن لحمد في زيارة قبر أمه ولا تقولوا هجرنا وعن لحم الاضاحي أن تمسكوه فوق ثلاثة أيام فأمسكوا ما بدمكم ونزودوا (١٦٦) فإتمامهم يتكلم ليتسع به موسعكم على معسرهم وعن النبي في الدباء والخنتم

ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر أو بين التمر والزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه لان التمر ان كان يكتفي فيه بأدنى طخعة فعصر العنب لا بد أن يذهب ثلثاه فاعتبر جانب العنب احتساباً وكذا اذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر قلنا ولو طبخ نقيع التمر والزبيب أدنى طخعة ثم أنقع فيه تمر أو زبيب ان كان ما أنقع فيه شيئاً يسيراً لا يتخذ النبيذ من مثله لا بأس به وان كان يتخذ النبيذ من مثله لم يحل كما اذا صب في المطبوخ قدح من النقيع والمعنى تغليب جهة الحرمة ولا حد في شربه لان التمر يحل للاحتياط وهو للحد في درته ولو طبخ الخمر أو غيره بعد الاشتماد حتى يذهب ثلثاه لم يحل لان الحرمة قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ قال (ولا بأس بالابتداء في الدباء والخنتم والمرقت والنقيير) لقوله عليه السلام في حديث فيه طول بعد ذكر هذه الاوعية فأنشروا في كل طرف فان الطرف لا يحل شيئاً ولا يحرمه ولا تشربو المسكر وقال ذلك بعدما أخبر عن النبي عنه فكان ناسخه وانما يتبذ فيه بعد تطهيره فان كان الوعاء عتيقاً يغسل ثلاثاً فيطهر وان كان جديداً لا يطهر عند محمد لتسرب الخمر فيه بخلاف العتيق وعند أبي يوسف يغسل ثلاثاً ويجفف في كل مرة وهي مسئلة ما لا يعصر بالعصر وقبل عن أبي يوسف علاماً مرة بعد أخرى حتى اذا خرج الماء صافاً غير متغير يحكم بطهارته قال (واذا تخلت الخمر حلت سواء صارت خلا بنفسها أو بشئ يطرح فيها ولا بكره تحليلها) وقال الشافعي بكره التحليل ولا يحل الخلل الحاصل به ان كان التحليل بالقاشي فيه قولاً واحداً وان كان بغير القاشي فيه فله في الخلل الحاصل به قولان له أن في التحليل اقتراباً من الخمر على وجه التمول والامر بالاجتناب ينافيه ولنا قوله عليه السلام نعم الادام الخلل من غير فصل وقوله عليه السلام خير خلدكم خسل خركم ولان التحليل نزول الوصف المفسد وثبت صفة الصلاح من حيث تسكين الصفراء وكسر الشهوة والتغذي به والاصلاح مباح وكذا الصالح للصالح اعتباراً بالتحلل بنفسه وبالذباغ

والمرقت فأنشروا في كل طرف فان الطرف لا يحل شيئاً ولا يحرمه ولكن انما يتبذ فيه ان كان فيه خمر بعد التطهير على ما ذكر في الكتاب قال شيخ الاسلام رحمه الله في مبسوطه انما نهي عن هذه الاوعية على الخصوص لان الابدنة تشتهد في هذه الظروف أكثر مما تشتهد في غيرها يعني فصاحبها على خطر من الوقوع في شرب الخمر وقوله (واذا تخلت الخمر) يعني أن خل الخمر حلال عندنا سواء تخلت بنفسها أو خللت وقال الشافعي رحمه الله ان كان التحلل بالقاشي فيها كالملح وغيره فهو حرام قولاً واحداً وان كان بالنقل من الطل إلى الشمس وعكسه فله قولان وقال في الفرق ما أتى في الخمر يتنجس بملاقاة الخمر والمتنجس لا يفيد الطهارة لغيره وليس فيما اذا تخلت بنفسها شيئاً من ذلك ودليله على أحد الوجهين ما ذكره في الكتاب ولنا قوله عليه الصلاة والسلام نعم الادام

ذهب ثلثي ماء العنب على القطع والبتات لا يكون لان ذهب ثلثي ماء العنب لا يكون على القطع والبتات وحاصله أن ذهابها القطعي لم يثبت لان عدم ذهابها ما قطعي فلما لم يثبت ذهابها على القطع والبتات بل احتمل أن يكون الذاهب أقل منها ما بأن يذهب الماء أولاً ولا لاطاقته فلنا بخرمة شرب ذلك العصير احتساباً بناء على أن الحرمة تثبت بالشبهة فلا محل للبحث المذكور والفرق بين تعلق القصد بالنتي وبين تعلقه بالنتي في أمثال هذا المقام أصل كبير قد نبه عليه في مواضع شتى من علم البلاغة فكيف خفي على ذلك القائل (قوله ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر أو بين التمر والزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه) قال صاحب غاية البيان ولنا في قوله أو بين التمر والزبيب نظر لان ما لا يزيد كما التمر يكتفي فيهما بأدنى طخعة وقد صرح بذلك القدوري قبل هذا وهو قوله ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ما أدنى طخعة حلال وان اشتد انتهي أقول وقول القدوري بعده ولا بأس بالخلطين أظهر في تزويج نظر صاحب الغاية من قوله ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما أدنى طخعة حلال وان اشتد انقائل أن يقول بجوز أن يكون في الاجتماع ما لا يكون في الانفراد فلا يستلزم الحل في الثاني

الخلل هو تناول الخلل والتحلل لا محالة ولان التحليل اصلاح المفسد باثبات صفة الصلاح من حيث التغذي به والاقتراب وكسر الشهوة وتسكين الصفراء وغير ذلك واصلاح المفسد ان لم يكن واجباً فلا أقل من الاباحة والمنازع مكابر وقوله (وكذا الصالح للصالح) يجوز أن يكون معناه التحلل صانع للصالح والاصلاح للصالح اعتباراً بالتحلل بنفسه وبالذباغ

(قال المصنف لان التمر ان كان يكتفي فيه بأدنى طخعة الخ) أقول هذا التعليل لا يفي بتمام ما دعاه لظهور أنه لا يدل على المدعى الثاني ولعل الصحيح أو بين العنب والزبيب مكان بين التمر والزبيب فهي أول الناسخين وتبع الآخر لاولين

وقوله (والاقتراب لاعدام الفساد) جواب عن قوله ان في التخليل اقترابا من الخمر على وجه التمول ووجهه لان سلم انه على وجه التمول بل المنظور اليه اعدا م الفساد وذلك بالاراقة جائز فبالاقترب من احرزال مال بصير حلالا في المال وهذا ظاهر وما بعده الامكان فان قيل فما تصنع بقوله صلى الله عليه وسلم لا ولكن ارقها حين

(١٦٧)

سأله أبو طهة عن تخليل خمر أيتام عنده وعماروي أنه صلى الله عليه وسلم نهى أن يتخذ الخمر خلا أحبب عن الاول بان ذلك في ابتداء الصريم فعهالهم أن يحوموا حول الخمر وكره الاقتراب في الاوعية المسد كورة مع تصريحه ثانيا بان الطرف لا يحرمه ويوضحه انه عليه الصلاة والسلام أمر بكسر الدنان وشق الزقاق وعن الثاني أن المراد بالاقتراب الاستعمال كما في النهي عن اتخاذ الدواب كرامى فان المراد به الاستعمال ولما نزل قوله تعالى اتخذوا أحبارهم وراهبانهم أربابا من دون الله قال عدي بن حاتم ما عبدناهم قط فقال عليه السلام أليس كانوا بأمرور وينون وتطيعونهم قال نعم فقال هو ذلك فسر الاقتراب بالاستعمال دردى الخمر وغيرها ما يبتى في أسفله ومعناه يحرم شرب دردى الخمر والانتفاع به وانما خص الامتناساط لان له تأثيرا في تحسين الشعر وقوله لما قلنا اشارة الى التعليق

والاقتراب لاعدام الفساد فاشبهه الاراقة والتخليل أولى لمافيه من احرزال بصير حلالا في الثاني فيختاره من ابتلى به واذا صار الخمر خلا يظهر ما يواز بهما من الاناء ما أعلاه وهو الذي نقص منه الخمر قيل يطهر تبعا وقيل لا يطهر لانه خمر يابس الا اذا غسل بالخل فيمتخلل من ساعته فيطهر وكذا اذا صب فيه الخمر ثم مائي خلا يظهر في الحال على ما قالوا قال (وبكره شرب دردى الخمر والامتناساط به) لان فيه أجزاء الخمر والانتفاع بالمحرم حرام ولهذا لا يجوز أن يداوى به جرحا أو دبرة دابة ولا أن يسقى ذميا ولا أن يسقى صبيا للتداوى والوبال على من سقاه وكذا لا يسقى الدواب وقيل لا تحمل الخمر اليها أما اذا قيدت الى الخمر فلا بأس به كما في الكلب والميتة ولو ألقى الدردي في الخل لا بأس به لانه بصير حلالا لكن يسباح حمل الخمر اليه لاعكسه لما قلنا قال (ولا يحد شاربه) أي شارب الدردي (ان لم يسكر) وقال الشافعي يحد لانه شرب جزأ من الخمر ولنا أن قلبه لا يدعوا الى كثيره لما في الطباع من النبوة عنه فكان ناقصا فأشبهه غير الخمر من الاشربة ولا حذفيها الا بالسكر ولان الغالب عليه الثقل فصارت اذا غلب عليه الماء بالامتزاج (وبكره الاحتقان بالخمر واقطارها في الاحليل) لانه انتفاع بالمحرم ولا يجب الحد لعدم الشرب وهو السبب ولو جعل الخمر في مرقعة لا تؤكل لتجنبها ما سالا حذما لم يسكر منه لانه أصابه الطبخ وبكره أكل خبز عجن بعينه بالخمر لقيام أجزاء الخمر فيه

فصل في طبخ العصير والاصل أن ما ذهب بعليانه بالنار وقذفه بالزبد يجعل كان لم يكن ويعتبر ذهاب ثلثي ما بقي ليحل الثلث الباقي بيانه عشرة دوارق من عصير طبخ فذهب دورق بالزبد يطبخ الباقي حتى يذهب ستة دوارق ويبقى الثلث فيحل

الحل في الاول وقد ثبت صاحب الغاية في ترويح نظره بقول القدروري الاول ولم يتعرض لقوله الثاني وكان صاحب الكافي فهم ركازة فيما ذكره المصنف ههنا حيث غير عبارته في الصورة الثانية فقال ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر أو بين العنب والزبيب لا يحل ما لم يذهب بالطبخ منه ثلثاه انتهى ويحتمل أن يقع لفظ التمر في قول المصنف أو بين التمر والزبيب بدل لفظ العنب منهم ومن نفس المصنف أو من التامخ الاول الا أنه يبقى نوع قصور في التعليق الذي ذكره ههنا عن افادة المدعى في الصورة الثانية على كل حال اذ لم يتعرض بالزبد في التعليق قط ثم اعلم أن تاج الشريعة وجه ما وقع في نسخ الهداية ههنا حيث قال فان قلت هذا المعنى لا يتأني في التمر والزبيب على ما قال في المختصر انه يكتب في مابادني طبخة قلت ان هذا على ماروي هشام في النوادر عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ انتهى واقتي أثره العميني قلت ويؤيده ما ذكره في الفصل الثاني من كتاب الاشربة من المحيط البرهاني حيث قال فيه واذا طبخ الزبيب أدنى طبخة فهو النيذ ويحل شربه مادام حلوا أو ما اذا غلى واشتد وقذف بالزبد فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله في ظاهر الرواية يحل الشرب وعلى قول محمد والشافعي رحمه الله لا يحل وروى هشام في نوادره عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه ما لم يذهب الثلثان بالطبخ لا يحل انتهى والله الموفق

فصل في طبخ العصير قال جماعة من الشراح لما كان طبخ العصير من أسباب منعه عن التخمر ألحقه بالاشربة تعليقا لبقاء ما هو حلال على حله وقال بعضهم لما ذكر فيما تقدم أن العصير لا يحل المستفاد من قوله كما في الكلب والميتة (ولا يحد شاربه الدردي ان لم يسكر) خلافا للشافعي قال لانه شرب جزأ من الخمر فيجب الحد ولنا الخ واضح

فصل في طبخ العصير لما كان طبخ العصير من أسباب منعه عن التخمر ألحقه بالاشربة تعليقا لبقاء ما هو حلال على حله الدورق مكيا لالشرب وهو عجمي

قوله (وان كانا يذهبان معا تغلي الجملة حتى يذهب ثلثاه) قال في النهاية كان محمدا علم أن العصار على نوعين منه ما لو صب فيه الماء وطبخ يذهب الماء أولا ومنه ما اذا صب فيه الماء يذهبان معا ففضل الجواب فيه تفصيلا وحاصلا انه ان الماء متى ما كان أسرع ذهابا فانه يطبخ حتى يبقى ثلث العصار وان كانا يذهبان معا فانه يطبخ حتى يبقى ثلث الكل وقوله (ففي الوجه الاول) يعني ما يذهب فيه الماء أولا وقوله يطبخ حتى يبقى تسع الجملة قال شيخ الاسلام طريق معرفته ان يجعل كل عشرة من الماء والعصار على ثلاثة أسهم لانك تحتاج الى أن تجعل عشرة دوارق عصار على ثلاثة لاحتك الى الثلث والثلثين فيكون الماسة والعصار ثلاثة والكل تسعة أسهم فاذهب الماء أولا فقد ذهب ستة من تسعة وما ذهب (١٦٨) يجعل كان لم يكن لانه ما بقي العصار لا غير وهو ثلاثة أسهم فيطبخ حتى يذهب

لان الذي يذهب زبد العصار وما يمازجه وأياما كان جعل كان العصار تسعة دوارق فيكون ثلثها ثلاثة وأصل آخر ان العصار اذا صب عليه ماء قبل الطبخ ثم يطبخ بمائه ان كان الماء أسرع ذهابا بالرقته وطاقته يطبخ الباقي بعد ما ذهب مقدار ما صب فيه من الماء حتى يذهب ثلثاه لان الذهاب الاول هو الماء والثاني العصار فلا بد من ذهاب ثلثي العصار وان كانا يذهبان معا تغلي الجملة حتى يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه فيجعل لانه ذهب الثلثان ماء وعصارا والثلث الباقي ماء وعصارا كما اذا صب الماء فيه بعد ما ذهب من العصار بالغلي ثلثاه بيانه عشرة دوارق من عصار وعشرون دوارق من ماء ففي الوجه الاول يطبخ حتى يبقى تسع الجملة لانه ثلث العصار وفي الوجه الثاني حتى يذهب ثلثا الجملة لما قلنا والغلي بدفعة أو دفعات سواء اذا حصل قبل أن يصير محرما ولو قطع عنه النار فغلي حتى ذهب الثلثان يحل لانه أثر النار وأصل آخر ان العصار اذا طبخ فذهب بعضه ثم أهرق بقية كمن تطبخ البقية حتى يذهب الثلثان فالسبيل فيه أن تأخذ ثلث الجميع فتضربه في الباقي بعد المنصب ثم تقسمه على ما بقي بعد ذهاب ما ذهب بالطبخ قبل أن ينصب منه شيء فما يخرج بالقسمة فهو حلال بيانه عشرة أرطال عصار يطبخ حتى يذهب رطل ثم أهرق منه ثلاثة أرطال تأخذ ثلث العصار كله وهو ثلاثة وثلاثون وتضربه فيما بقي بعد المنصب هو ستة فيكون عشرين ثم تقسم العشرين على ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ منه قبل أن ينصب منه شيء وذلك تسعة فيخرج لكل جزء من ذلك اثنان وتسعمائة فعرفت أن الحلال فيما بقي منه رطلان وتسعمائة وعلى هذا تخرج المسائل

ما لم يذهب ثلثاه شرع يبين كيفية طبخ العصار الى أن يذهب ثلثاه (قوله لان الذي يذهب زبده هو العصار أو ما يمازجه وأياما كان جعل كان العصار تسعة فيكون ثلثها ثلاثة) أقول فيه شيء وهو أن وجه جعل العصار تسعة دوارق على تقدير أن يكون الذهاب زبده هو العصار غير ظاهر اذا لا يكون حينئذ فرق بين الذهاب زبده من عشرة دوارق وبين الباقي منها في كونها عصارا فاذا اجاز اعتبار بعض منها هو الذهاب زبده في حكم العصار بلا أمر بوجه فلم لا يجوز اعتبار بعض من التسعة الباقية منها أيضا في حكم العصار عند ذهابها بالطبخ والظاهر في تعليل هذا الاصل أن يقال لان الذي يذهب زبده جعل كان لم يكن لان الزبد ليس بعصار فصار كالوصب فيه دورق من ماء ولو كان كذلك لم يعتبر الماء فكذلك هذا ويفصح عن ذلك ما ذكره صاحب الغاية نقلا عن أصل محمد رحمه الله حيث قال قال محمد في الاصل عشرة دوارق عصار تصب في قدر فتطبخ فتغلي وتذوق بالزبد فيعمل بأخذ ذلك الزبد حتى جمع من ذلك الزبد قدر دورق ثم يطبخ الباقي حتى يبقى ثلاثة دوارق وهو ثلث الباقي بعد الدورق الذي أخذ منه وذلك لان ما أخذ من الدورق زبد فيعمل كأنه لم يكن لان الزبد ليس بعصار وإذا لم يكن الزبد بعصار يعتبر بما لو كان صب فيه دورق من ماء ولو كان كذلك لا يعتبر الماء وانما يعتبر العصار وهي تسعة

ثلثاه فقد ذهب مرة ستة ومرة اثنان فقد ذهب ثمانية وبقي واحد وهو تسع الكل وقوله (وفي الوجه الثاني) يعني الذي يذهب الماء والعصار معا (يطبخ حتى يذهب عشرون ويبقى عشرة) لانه يذهب بالغليان ثلثا العصار وثلثا الماء والباقي ثلث العصار وثلث الماء فهي وما لو صب الماء في العصار بعد ما صار مثلثا سواء وقوله (يحل) لانه أثر النار مثاله لو طبخ عصار حتى ذهب ثلاثة أخماسه وبقي خساها ثم قطع عنه النار فلم يبرد حتى ذهب عنه تمام الثلثين فلا بأس بذلك لانه صار مثلثا بقوة النار فان الذي بقي من الحرارة بعد ما قطع عنه أثر تلك النار فهو وما لو صار مثلثا والنار تحتها سواء هذا بخلاف ما اذا برد قبل أن يصير مثلثا ثم غلي واشتد حتى ذهب بالغليان منه شيء فانه لا يحل لان الغليان بعد ما انقطع عنه

أثر النار لا يكون الا بعد الشدة وحين اشتد صار محرما وقوله (بيانه عشرة أرطال عصار الى قوله فعرفت أن الحلال ما بقي منه ولها رطلان وتسعمائة) وهذا لان الرطل الذهاب بالطبخ في المعنى داخل فيما بقي وكان الباقي ان لم ينصب منه شيء تسعة أرطال فعرفنا أن كل رطل من ذلك في معنى رطل وتسع رطل لان الرطل الذهاب بالغليان يقسم على ما بقي أنساعا فاذا انصب منه ثلاثة أرطال فهذا في المعنى ثلاثة أرطال وثلاثة أنساع رطل فيكون الباقي منه ستة أرطال وستة أنساع رطل فيطبخ حتى يبقى منه الثلث وهو رطلان وتسع أرطال

(قوله وما ذهب يجعل كان لم يكن لانه ما بقي العصار لا غير) أقول قوله لانه أي لان الشأن ولقطة ما في قوله ما بقي موصولة والله أعلم

وقوله (ولهاطر بن آخر) قيل هو أن يجعل الذاهب بالغليان من الحرام لأنه انما يطبخ ليهذب الحرام ويبقى الحلال فثلثا عشرة أرتال حرام وهو ستة أرتال وثلثا رطل وثلثه حلال وهو ثلاثة أرتال وثلث رطل والذاهب بالطبخ ذاهب من الحرام والباقي تسعة أرتال والحلال منها ثلاثة أرتال وثلث رطل والحرام خمسة أرتال وثلثا رطل فاذا أبقى ثلثه فهو من الحلال والحرام جميعا لأنه لا تعلق للذاهب عينا بالحلال أو بالحرام وكان الذاهب منهم ما على السواء فذهب من الحلال ثلثه وهو رطل وتسع رطل فيبقى ثلثاه رطلان وتسع رطل ولورمت زيادة الانكشاف فاجعل كل رطل تسعا احتياجا إلى حساب له ثلث وثلثه ثلث وهو تسعة فصارت أرتال الحلال ثلاثين سهما وقد أبقى ثلثه وهو عشرة فيبقى عشرون وهو رطلان وتسع رطل

﴿ كتاب الصيد ﴾

مناسبة كتاب الصيد للكتاب الاشرية من حيث ان كل واحد من الاشرية (١٦٩) والصيد مما يورث السرور الا أنه قدم

الاشرية لحرمتها اعتناء بالاحتراس عنها ومحاسنه محاسن المكاسب وسببه يختلف باختلاف حال الصائد فقد يكون الحاجة اليه وقد يكون اظهار الجلادة وقد يكون الفرح والصيد مصدر وقد يراد به المفعول وهو حلال وحرام لان الصائد اما أن يكون محرما أو لافان كان فهو حرام وان لم يكن فأما أن اصطاد في الحرم أو لافان اصطاد فيه فكذلك والاف هو حلال اذا وجد خمسة عشر شرطا خمسة

ولهاطر بن آخر وفيما كتفينا به كفاية وهداية الى تخريج غيرهما من المسائل  
﴿ كتاب الصيد ﴾  
قال الصيد الاصطيد ويطلق على ما يصاد والفعل مباح لغير المحرم في غير الحرم لقوله تعالى واذا حلالتم فاصطادوا

دوارق فكذلك هذا الى هنا لفظه (قوله وفيما كتفينا به كفاية وهداية الى تخريج غيرهما من المسائل)  
قلت فيه ايهام لطيف الكتابية المسمى أحدهم ما بكفاية المنتهى والاخر بالهداية

﴿ كتاب الصيد ﴾

قال صاحب غاية البيان مناسبة كتاب الصيد بكتاب الاشرية من حيث ان كل واحد من الاشرية والصيد من المباحات التي يورث السرور والنشاط في الادعى الآن السرور في الاشرية المباحة أكثر لأنه بأمر يدخل في الباطن والسرور في الصيد بما مر خارجا فكان الاول أقوى وصار بالتقديم أولى انتهى أقول فيه نظر أما أولافان وضع كتاب الاشرية لبيان الاشرية المحرمة دون الاشرية المباحة والالذكر فيه كل أشرية مباحة على التفصيل مع أنه لم يذكرفيه من الاشرية المباحة الا بذكر قليل له مناسبة مع بعض الاشرية المحرمة في وجهه ما حتى وقع لاجله الخلاف من بعض العلماء في حله على أنهم صرحوا في أول كتاب الاشرية بأن الاشرية بجميع شربها والشرب عند أهل الشرع اسم لها هو حرام من المائعات تمام معنى قوله ان كل واحد من الاشرية والصيد من المباحات التي يورث السرور وأما ثانيا فلان ما ذكره هنا لا يناسب ما ذكره في أول كتاب الاشرية فإنه قال هناك ذكر كتاب الاشرية بعد الشرب لمناسبة بينهما في الاشتقاق ولكن قدم الشرب لأنه حلال والاشرية فيها الحرام كالتجسس انتهى فقد جعل هناك وجه تأخير الاشرية عن الشرب حرمتها وجعل ههنا وجه مناسبتها بالصيد اباحتها مع ايراث السرور في كلامه في المقامين تناقرا لا يخفى فالوجه الظاهر في مناسبة كتاب الصيد لكتاب الاشرية وفي تقديم الاشرية على الصيد ما ذكر في الشروح الاخر فراجعها (قوله الصيد هو الاصطيد ويطلق على ما يصاد) يعني أن الصيد مصدر بمعنى الاصطيد وهو أخذ الصيد كالاحتطاب وهو

وهو حلال وحرام لان الصائد اما أن يكون محرما أو لافان كان فهو حرام وان لم يكن فأما أن اصطاد في الحرم أو لافان اصطاد فيه فكذلك والاف هو حلال اذا وجد خمسة عشر شرطا خمسة في الصائد وهو أن يكون من أهل الذكاة وأن يوجد منه الارسال وأن لا يشاركه في الارسال من لا يحل صيده وأن لا يترك التسمية عامدا وأن لا يشتغل بين الارسال والاخذ بغير آخر وخسة في الكلب أن يكون معلما

(٣٣ - تكهله ثامن)

وأما يذهب على سنن الارسال وأن لا يشاركه في الاخذ ما لا يحل صيده وأن يقتله جرحا وأن لا يأكل منه وخسة في الصيد أن لا يكون من الحشرات وأن لا يكون من نبات الماء الا السمك وأن يمنع نفسه بجناحه أو قوائمه وأن لا يكون متقويا بآنيابه أو بخبله وأن يموت بهذا

﴿ كتاب الصيد ﴾

من في فصل جنابة الصيد من كتاب الحج تعرفان للصيد (قوله من حيث ان كل واحد من الاشرية) أقول ومن حيث ان الصيد من الاطعمة ومناسبتها للاشرية غير خفية ثم كأن منها حلالا وحراما كذلك من الصيد ما هو حلال وحرام (قوله الا أنه قدم الاشرية) أقول لا يقال كونها مع الشرب شبهت عرق واحد يكفي في وجه تقديمها على الصيد لأنه لم يدع أحد عدم الكفاية وانما المقصود ابداء وجه آخر ولا مشاحة فيه (قوله وان يموت بهذا) أقول قوله وان يموت بهذا مستدرك بقوله وان يقتله جرحا

قبل أن يصل الذبحه كذا في النهاية منسوبا الى الخلاصة وفيه تسامح لان هذا شرط الاصطيد لا كل بالكل لا غير على أنه لو انتفى بعضه لم يحرم كالأشغال بعمل (١٧٠) آخر لكن أدركه حيا فذبحه وكذا إذا لم يموت بهذا لكنه

وقوله عز وجل وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما

أخذ الخطب ثم يراد به ما يصاد بحجاز الاطلاق فالاسم المصدر على المفعول وهو الممتنع المتوحش عن الآدمي بأصل الخلق ما كولا كان أو غيراً كقول كذا في غاية البيان قال في الخلاصة وانما يحل الصيد بخمسة عشر شرطاً خمسة في الصيد وهو أن يكون من أهل الذكوة وأن يوجد منه الأرسال وأن لا يشترك في الأرسال من لا يحل صيده وأن لا يترك التسمية عامداً وأن لا يستغل بين الأرسال والاصطيد بعمل وخمسة في الكلب منها أن يكون معلماً وأن يذهب على سنن الأرسال وأن لا يشترك في الاخذ ما لا يحل صيده وأن يقتله جرحاً ولا ياباً كل منه وخمسة في الصيد منها أن لا يكون متقوياً بأنيابيه أو مخالبه وأن لا يكون من الحشرات وأن لا يكون من نبات الماء سوى السمك وأن يمنع نفسه بجناحه أو قوائمه وأن يموت بهذا قبل أن يوصل الى ذبحه انتهى وذكر هذه الشروط في النهاية وغاية البيان أيضاً نقلاً عن الخلاصة وذكرها صاحب العناية أيضاً وقال كذا في النهاية منسوبا الى الخلاصة وقدح بعض الفضلاء في واحد من هاتيك الشروط حيث قال قوله وأن يموت بهذا قبل أن يوصل الى ذبحه مستدركاً بعد قوله وأن يقتله جرحاً انتهى أقول لا استدراك فيه لان الشرط الذي أراده بقوله وأن يقتله جرحاً ليس مجرد قتله بل قتله جرحاً والمقصود منه الاحتراز عن قتله خنقاً فإنه لا يحل أكله حينئذ كما يستتف عليه وكذا الشرط الذي أراده بقوله وأن يموت بهذا قبل أن يوصل الى ذبحه ليس مجرد موته بل موته قبل أن يوصل الى ذبحه انذومات بذلك بعد أن يصل المرسل الى ذبحه لم يحل أكله ان لم يذبحه المرسل كما ستعرفه أيضاً ولا شك أن اشتراط أن يقتله الكلب جرحاً لا يفنى عن اشتراط أن يموت الصيد بجرح الكلب قبل أن يصل المرسل الى ذبحه لجواز أن يقتله الكلب جرحاً بعد أن يصل المرسل الى ذبحه فينبغي أن لا يحل أكله فلا بد من بيان الشرط الآخر أيضاً على الاستقلال وطعن صاحب العناية في جملة ما نقل عن الخلاصة حيث قال فيه تسامح لان هذا شرط الاصطيد لا كل بالكل لا غير على أنه لو انتفى بعضه لم يحرم كالأشغال بعمل آخر لكن أدركه حياً فذبحه وكذا إذا لم يموت بهذا لكنه ذبحه فإنه صيد وهو حلال انتهى أقول يمكن أن يعتذر عما ذكره في علوته بأن الكلام في شرائط حل الصيد المحض وهو الذي لم يدركه الصيد حياً بل مات بجرح آلة الصيد كالكلب والبازي والرمي وصار مذوقاً بالذبح الاضطرابي وما أدركه حياً فذبحه لا يكون صيداً محضاً بل يصير ملحوقاً بما ذبح بالذبح الاختياري فيكون خارجاً عن محل الاشتراط وطعن بعض الفضلاء في قول صاحب العناية فيه تسامح لان هذا شرط الاصطيد لا كل بالكل حيث قال فيه تسامح بل شرط حل الصيد أقول انظاراً أن مراد صاحب العناية بالاصطيد في قوله لان هذا شرط الاصطيد لا كل هو الاصطيد الشرعي وهو ما كان حلالاً فيقول معنى قوله شرط الاصطيد الى شرط حل الصيد فان عد هذا تسامحاً فهو من قبيل التسامح في التعبير بناء على ظهور المراد ولا يبالي بمثله بخلاف ما ذكره صاحب العناية من التسامح في كلام صاحب الخلاصة فإنه راجع الى المعنى تدبر تفهم ثم قصد ذلك البعض دفع ما ذكره صاحب العناية في علوته حيث قال مراد صاحب الخلاصة بيان شرائط حل صيد قتله الكلب ولم يكن فيه آله غيره فليقتل بالذبح أقول لا يذهب عليك أن كلام صاحب الخلاصة مع عدم مساعدته لهذا التقييد وعدم قيام قرينة عليه لا يدفع كون مراده هذا المعنى التسامح الذي حاصله التقصير في البيان فإنه لا وجه لبيان شرائط حل نوع مخصوص من أنواع الصيد وتربطاً ببيان شرائط سائر أنواعه بلا ضرورة داعية اليه (قوله وقوله عز وجل وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرماً) مد التحريم الى غاية فاقضى الاباحة في ما رواه تلك الغاية كذا

ذبحه فإنه صيد وهو حلال وهو مشروع بالكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى وإذا حلتم فاصطادوا فان أدنى مرتبة الامر الاباحة وقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرماً فإنه يدل على الحل اذا زال الاحرام

(قوله قبل أن يصل الى ذبحه) أقول والا لا يكون صيداً محضاً والكلام في حله (قوله وفيه تسامح لان هذا شرط الاصطيد لا كل بالكل) أقول فيه تسامح بل شرط حل الصيد (قوله لا غير) أقول يعني لا غيره من سباع الطيور (قوله على أنه لو انتفى بعضه لم يحرم الخ) أقول مراد صاحب الخلاصة بيان شرائط حل صيد قتله الكلب ولم يكن فيه آله غيره فليقتل (قوله وكذا اذا لم يموت بهذا) أقول ناظر الى قوله وان يموت بهذا قبل أن يصل الى ذبحه (قال المصنف وقوله عز وجل وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرماً) أقول مادام لتوقيت فعل بمدة ثبوت مصدر خبرها لماعل ذلك المصدر فانت في قولك

وقوله

اجلس مادام زيد قائماً أبوه مؤقت جالس مخاطب بمدة ثبوت قيام أبي زيد وما التي في مادام مصدرية والمضاف الذي هو الزمان محذوف أي مدة دوام قيام أبي زيد كذا في شرح الرضي

وفيه نظر لانه استدلال بمفهوم الغاية وهو ليس بحجة ولو ذكر مكانه أحل لكم صيد البحر كان أنسب وأما السنة فقوله صلى الله عليه وسلم لعدي بن حاتم على ما ذكر في الكتاب ولم يرو خلاف لاحد في اباحته فكان اجماعا قوله (ولانه نوع اكنساب والا كتنساب مباح كالاختطاب) استدلال بالمعقول

**فصل في الجوارح** قدم فصل الجوارح على فصل الرمي لما أن آله الصيد ههنا حيوان وفي الرمي جاد ولافاضل تقدم على المفضل قال (ويجوز الاصطياد بالكل المعلم الخ) ويجوز الاصطياد بالكل المعلم (١٧١) والفهد المعلم والبازي المعلم وسائر الجوارح

المعلمة وهذا بعمومه يتناول الاسد والذئب والذئب والخنزير ولكن الخنزير يكونه نجس العين لايجوز الانتفاع به وكان ذلك معلوما لكل أحد فلم يستثنه والباقية ان أمكن تعليمها جاز الاصطياد بها لكنهم قالوا لا يمكن تعليم الاسد والذئب لان من عادتهما أنهم اذا أمسك صيدا ابأ كانه في الحال والتعلم انما يتحقق بترك الأكل فلا يعلم أنه تركه عادة أو تعلمها ولان التعليم لان علم للغير والاسد لعلم همته لا يفعل ذلك والذئب لخساسته ولهذا استثناهما أبو يوسف رحمه الله وألحق بعضهم الحدأة بالذئب لعلم الخساسة وانما أورد رواية الجامع الصغير لقوله ولاخير فيما سوى ذلك أي فيما سوى المعلمة من ذئب الناب والخلب من ذئب الناب والخلب فان رواية القدوري رحمه الله تدل على الاثبات لاغير اللهم إلا أن يكون مراده أن رواية القدوري تدل بمطوقها على الاثبات لاغير وان ذلك بفهومها على النفي أيضا وأما رواية الجامع الصغير فتدل بمطوقها على الاثبات والنفي معالكن لا يظهر حينئذ في ايراد رواية الجامع الصغير كغيره كالايجني قال جماعة من الشراح انما ذكر في الجامع الصغير بلفظ لا بأس مع ثبوت اباحة الاصطياد بالكتاب لان قوله تعالى وما علمتم من الجوارح قد خص منه البعض وهو الخنزير والاسد والذئب والنص اذا خص منه البعض يصير ظنا فتمكن فيه الشبهة كما عرف في الاصول فلذلك ذكر بلفظ لا بأس انتهى أقول فيه نظر لان الخنزير مخصوص من النص المذكور بالنقل لانه نجس العين والعقل يدل على عدم جواز الانتفاع بالخنس وقد عرف في علم الاصول أن النص الذي خص منه شيء بالعقل لا يصير ظنا بل يكون قطعا لكونه في حكم الاستثناء وقد أشار اليه

لقوله عليه السلام لعدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه اذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وان أكل منه فلا تأكل لانه انما أمسكك على نفسه وان شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل كل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيره وعلى اباحتها بعد الاجماع ولانه نوع اكنساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك وفيه استيفاء المكلف وتمكينه من اقامة التكليف فكان مباحا بمنزلة الاحتطاب ثم جملة ما يجوز به الكتاب فصلان أحدهما في الصيد بالجوارح والثاني في الاصطياد بالرمي **فصل في الجوارح** قال (ويجوز الاصطياد بالكل المعلم والفهد والبازي وسائر الجوارح المعلمة وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته من ذئب من السباع وذئب مخلب من الطير فلا بأس بصيده ولاخير فيما سوى ذلك إلا أن تدركه كانه)

قالوا واعترض عليه صاحب العناية حيث قال فيه نظر لانه استدلال بمفهوم الغاية وهو ليس بحجة اه أقول لان سلم أن مفهوم الغاية ليس بحجة بل هو حجة بالاتفاق كإخص عليه العلامة التفتازاني في التلويح في باب المعارضة والترجيح بصدد بيان الخالص لدفع التعارض بين قراءة التشديد وقراءة التخفيف في قوله تعالى ولا تقربوهن حتى يطهرن

**فصل في الجوارح** قدم فصل الجوارح على فصل الرمي لان آله الصيد ههنا حيوان وفي الرمي جاد وللحيوان فضل على الجاد والفاضل يقدم على المفضل كذا في الشروح (قوله وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته من ذئب من السباع وذئب مخلب من الطير فلا بأس بصيده ولاخير فيما سوى ذلك إلا أن تدركه كانه) قال صاحب العناية انما أورد رواية الجامع الصغير بقوله ولاخير فيما سوى ذلك أي فيما سوى المعلمة من ذئب الناب والخلب فان رواية القدوري تدل على الاثبات لاغير ورواية الجامع الصغير تدل على الاثبات والنفي جميعا انتهى أقول فيه شيء ان قد صرحوا في شروح هذا الكتاب وغيرها بأن تخصيص الشيء بالذئب كفي الروايات يدل على نفي الحكم عماء دام بالاتفاق فرواية القدوري أيضا تدل على اثبات جواز الاصطياد بما ذكر وتبي جوازه بما سوى ذلك فلا يتم قوله ان رواية القدوري تدل على الاثبات لاغير اللهم إلا أن يكون مراده أن رواية القدوري تدل بمطوقها على الاثبات لاغير وان ذلك بفهومها على النفي أيضا وأما رواية الجامع الصغير فتدل بمطوقها على الاثبات والنفي معالكن لا يظهر حينئذ في ايراد رواية الجامع الصغير كغيره كالايجني قال جماعة من الشراح انما ذكر في الجامع الصغير بلفظ لا بأس مع ثبوت اباحة الاصطياد بالكتاب لان قوله تعالى وما علمتم من الجوارح قد خص منه البعض وهو الخنزير والاسد والذئب والنص اذا خص منه البعض يصير ظنا فتمكن فيه الشبهة كما عرف في الاصول فلذلك ذكر بلفظ لا بأس انتهى أقول فيه نظر لان الخنزير مخصوص من النص المذكور بالنقل لانه نجس العين والعقل يدل على عدم جواز الانتفاع بالخنس وقد عرف في علم الاصول أن النص الذي خص منه شيء بالعقل لا يصير ظنا بل يكون قطعا لكونه في حكم الاستثناء وقد أشار اليه

(قوله وفيه نظر لانه استدلال بمفهوم الغاية وهو ليس بحجة) أقول في التلويح مفهوم الغاية حجة بالاتفاق مع أنه يجوز أن يكون المقصود بيان حرمة المحرم المعلومة من قوله لغير المحرم وبثبت جوازه لغير المحرم بالاباحة الأصلية لقوله تعالى خلق لكم ما في الارض جميعا انتهى وفيه بحث اذ الكلام في حل الفعل ثم لو ثبت الجواز بالاباحة الأصلية لم يوجب الدليل وذلك لان الاصل في الحل بالذبح هو الذبح الاختياري والاضطراري على خلاف الاصل **فصل في الجوارح** (قوله فان رواية القدوري تدل الخ) أقول لتعليل لقوله وانما أورد رواية الجامع الصغير

(والاضل في ذلك) أي في جواز الاصطدام بالمد كور قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكليين وذلك لأنه معطوف على قوله تعالى أحل لكم الطيبات أي أحل لكم الطيبات وصيها ما علمتم وفيه نظر لان القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم والجواب أن ذلك إذا لم يدل الدليل على القرآن وههنا قد دل قوله تعالى قل أحل لكم الطيبات جواب عن قوله يسألونك ماذا أحل لهم فإن لم يكن وما علمتم من الجوارح مقارناله لم يكن ذكره على ما ينبغي ويجوز أن يكون (١٧٣) وما علمتم من الجوارح شريطة وجوابه فكلوا مما أمسكن عليكم وهو سالم عن الاعتراض

المد كور فالجمل عليه أولى والجوارح الكواسب من سباع البهائم والطيور كالكلب والفهد والتمر والعقاب والصقور والبازي والشاهين وغيرهما قال الله تعالى أم حسب الذين اخرجوا السيات وانما قال في تأويل لأنه في تأويل آخر هي التي تخرج من الجراحة والمكليين بمعنى المسلمين فيتناول الكل بعمومه ولكن لما كان التأديب غالباً في الكلاب اشتق من لفظه وفيه إشارة الى نبي ما ذهب اليه ابن عمر ومجاهد رضي الله عنهم أنه لا يجوز الاصطدام الا بالكل مستدلين بلفظ مكليين واستدل المصنف رحمه الله على صحة التأويل بعموم حديث عدى بن حاتم

والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكليين والجوارح الكواسب قال في تأويل المكليين المسلمين فيتناول الكل بعمومه دل عليه ما روينا من حديث عدى

المصنف بقوله فيما بعد والخزير مستثنى لانه نجس العين ولا يجوز الانتفاع به وأما الاسد والذئب فليس باذليلين رأساً في النص المذكور لانهم صرحوا بأن الاسد والذئب لا يصلحان للتعليم لانهما لا يعملان للغير فلم يدخل تحت قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ولا ينبغي أن تخصص شيء من شيء فرغ دخوله فيه أو لا فإذ لم يدخل في النص المذكور لم يكونا مخصوصين منه ولئن سلم كون كل من تلك الثلاثة مخصوصاً من النص المذكور لكونه تخصيص كل واحد منهما منه بالكلام المستقل دون العقل فلان سلم كون ذلك النص بعده ظناً ان قد تقرر في علم الاصول أن العام الذي أخرج منه البعض بكلام مستقل انما يصير ظناً اذا كان المخرج موصولاً بذلك وأما اذا لم يكن موصولاً به فيكون قطعياً في الباقي ويطلق على مثل هذا الاخراج في عرف أهل الاصول النسخ دون التخصيص ولا شك أن مخرج تلك الجوارح الثلاثة من النص المزبور ليس بموصول بذلك النص فلا يصير ظناً لا محالة تبصر (قوله والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكليين) وذلك لانه عطف على الطيبات في قوله تعالى قل أحل لكم الطيبات أي أحل لكم الطيبات وصيها ما علمتم من الجوارح كذا في الكافي والشروح قال صاحب العناية بعد ذلك فيه نظر لان القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم والجواب أن ذلك إذا لم يدل الدليل على القرآن وههنا قد دل قوله تعالى قل أحل لكم الطيبات جواب عن قوله تعالى يسألونك ماذا أحل لهم فان لم يكن وما علمتم من الجوارح مقارناله لم يكن ذكره على ما ينبغي انتهى أقول نظره فاسد وجوابه كاسد أما الاول فلان اشتراك المعطوف مع المعطوف عليه في الحكم السابق واجب لا محالة مقرر في علم النحو بلا ريب فيلزم في الآية المذكورة الاشتراك في حكم الاحلال ضرورة وقول الاصوليين القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم ليس بانكاراً لثبوت هذه القاعدة المقررة في علم النحو بل معناه أن مجرد المقارنة في النظم لا يوجب المقارنة في الحكم بدون أن يتحقق أمر مقتضى المقارنة في الحكم أيضاً وفيما نحن فيه قد تحقق ذلك وهو قضية العطف وأما الثاني فلان لقائل أن يقول انما يلزم من أن لا يكون وما علمتم من الجوارح مقارناله لأحل لكم الطيبات أن لا يكون ذكره على ما ينبغي لو كان وما علمتم من الجوارح داخل تحت جواب قوله تعالى يسألونك ماذا أحل لهم ومن يقول ان القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم كيف يسلم ذلك بل يقول يجوز أن يكون جواب ذلك قل أحل لكم الطيبات فقط ويكون ما بعده كلاماً مستقلاً مسوقاً لبيان حكم جديد ولا فائدة فائدة أخرى ثم قال صاحب العناية ويجوز أن يكون وما علمتم من الجوارح شريطة وجوابه فكلوا مما أمسكن عليكم وهو سالم عن الاعتراض المد كور فالجمل عليه أولى أقول في تفریع قوله فالجمل عليه أولى خلل لان الاعتراض المذكور لا يرد على معنى الآية بالتفسير الاول بل على الاستدلال به على مثلنا هذه ولا ينبغي أن تعين معنى الآية أو رجحان أحد احتميلها التوقف على تمام الاستدلال به ابل الامر بالعكس فامعنى تفریع قوله فالجمل عليه أولى على قوله وهو سالم عن الاعتراض المذكور (قوله والجوارح الكواسب قال في تأويل والمكليين المسلمين فيتناول الكل بعمومه دل عليه ما روينا من حديث عدى)

قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مفرد معطوف على الطيبات بتقدير المضاف في حكم الاحلال ضرورة (قوله ولكن لما كان التأديب غالباً في الكلاب اشتق من لفظه) أقول فان قيل ما الحاجة الى هذا العذر بعدما ذكره المصنف من أن اسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد قلنا ليتناول جوارح الطيور فالمراد بالكلب في قوله في الكلاب ما يقع على سبع عقور ذئب فليتامل (قال المصنف دل عليه ما روينا من حديث عدى) أقول لكن لا دلالة فيه على عموم جوارح الطيور بخلاف الآية



وقال واسم الكلب يقع في اللغة على كل سبع حتى الاسد ومنه قوله عليه الصلاة والسلام في دعائه اللهم سلط عليه كما سلطت على كلابك فافترسه الاسد وقوله (وعن أبي يوسف رحمه الله) متعلق بقوله في تناول الكل بعمومه وقوله (ولان آية تعليمه ترك ما هو مألوفه عادة) قيل فمـه نظر لان هذا الفرق لا يتأق في الفهد والتمرفانه متوحش كالبازي ثم الحكم فيه وفي الكلب سواء فالمعتمد هو الاول وليس بوارد لانه انما ذكره فرقا بين الكلب والبازي لا غير وذلك صحيح واذا (١٧٣) أريد الفرق عموما فالمعتمد هو الاول

(قوله قيل فيه نظر) أقول  
القائل صاحب النهاية  
وصاحب الكفاية وصاحب  
معراج الدرانية (قوله وليس  
بوارد لانه انما ذكره فرقا بين  
البازي والكلب) أقول لا يخفى  
عليك ما في ذكره من البعد  
وأنه كما ذكره فان كلا الدليلين  
لأبواب الفرق بين الكلب  
والبازي واذا علم الكلب في  
الاول لسائر ذوات الناب ففي  
الثاني يكون كذلك ولعل  
الاولى أن يجاب بأنه لما  
كانت ذوات الناب كما اجنسا  
واحدا وكان أكثر ما يستعمل  
منها في الصيد أو فاع أن  
في طبع غيره الاف أيضا  
على ما تراه في الذئب والاسد  
وغيرهما اذ اربى من صغره  
في البيت بخلاف جوارح  
الطيور وجعل الكل في حكم  
واحد في التعليم يعني أدير  
حكم التعليم على جنس  
الكل ينسبوا كما في نظائره  
فلنأمل (قال المصنف ولان  
بدن البازي لا يحتمل الضرب)  
أقول يعني لا يمكن تعليمه  
ترك الاكل بالاضرب حالة  
الاكل وجنسه لا يحتمل  
الضرب فاما حجة الكلب  
فحتمله (قال المصنف

رضى الله عنه واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد وعن أبي يوسف أنه استثنى من ذلك الاسد والذئب لانهم لا يعرفون الاسد له اوهمة والذئب لخساسته وألحق بهما بعضهم الحدأة لخساسته والخنزير مستثنى لانه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به ثم لا بد من التعليم لان ما تلونان من النص ينطق باشتراط التعليم والحديث به وبالارسال ولانه انما يصير آية بالتعليم ليكون عاملا فيترسل بارساله ويحسبه عليه قال (تعليم الكلب أن يترك الأكل ثلاث مرات وتعليم البازي أن يرجع ويحجب اذا دعوه) وهو مأثور عن ابن عباس رضي الله عنهما ولان بدن البازي لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمله فيضرب ليتركه ولان آية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة والبازي متوحش متنفر فكانت الاجابة آية تعليمه وأما الكلب فهو ألوف يعتاد الانتهاب فكان آية تعليمه ترك ما لوفه وهو الاكل والاستلاب ثم شرط ترك الأكل ثلاثا وهو ذا عندهما وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله لان في ادونه مزيد الاحتمال فله تركه مرة أو مرتين شبع ما فاذا تركه ثلاثا دل على أنه صار عادته وهذا لان الثلاث مدة ضربت للاختبار وابلأه الاعذار

قال صاحب العناية واستدل المصنف على صحة التأويل بعموم حديث عدي بن حاتم أقول لاصحة لهذا الكلام اذ لا يذهب على ذي مسكة أن ليس مقصود المصنف بيان صحة تأويل دون صحة تأويل آخر اذ لا يتأق بين التأويلين كما سيجي في الكتاب وأيضا عموم حديث عدي لا ينافي التأويل الآخر وهو أن يكون الجوارح هي التي تجرح من الجراحة بل يوافقها أيضا فمافى الاستدلال بعمومه على صحة تأويل دون آخر فالظاهر أن مراد المصنف بقوله دل عليه ما روينا من حديث عدي انما هو الاستدلال على تناول مافى الآية الكل بحديث عدي بن حاتم فالعنى دل على تناول الكل ما روينا من حديث عدي وبينه بقوله واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد لكن بقي شيء في كلام المصنف وهو أن المدعى جواز الاصطيا بكل شيء علمته من ذئب من السباع وذئب مخلب من الطير فالمراد بالتناول في قوله في تناول الكل بعمومه انما هو تناول لكل مافى المدعى ولا يخفى أن حديث عدي لا يدل عليه لانه لا يتناول جوارح الطيور وانما يتناول جوارح السباع على تقدير أن يراد بالكل المذكور فيه كل ذي سبع دون النوع المعين المعروف (قوله لان ما تلونان من النص ينطق باشتراط التعليم والحديث به وبالارسال) أقول فيه نوع شبهة لان كون ما تلونان من الآية ناطقا بالتعليم وما رواه من الحديث ناطقا بالتعليم وبالارسال مما لا كلام فيه وأما كون ما تلونان من الآية ناطقا باشتراط التعليم وكون ما رواه من الحديث ناطقا باشتراط التعليم كما هو المدعى ههنا وباشتراط الارسال أيضا فليس نظاهر وانما يدل على الاشتراط المذكور بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا في الأدلة الشرعية كما عرف (قوله ولان آية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة والبازي متوحش متنفر فكانت الاجابة آية تعليمه وأما الكلب فهو ألوف يعتاد الانتهاب فكان آية تعليمه ترك ما لوفه وهو الاكل والاستلاب)

فيضرب ليتركه) أقول فان قيل وجوب ترك الاكل لصورة الكلب معلما انما هو لان آية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة فلا بد من ملاحظة الدليل الثاني في انعام الاول فيفوت استقلاله قلنا بل يثبت ذلك بقوله تعالى فكلوا مما أمسكن أي لم يأكل اذ يعلم منه أن ترك الاكل شرط في حل أكل الصيد فلا تمس الحاجة الى تلك الملاحظة وفيه بحث اذ دلالة فيه على كون الامساك شرطا للتعليم كما لا يخفى على المتأمل والاعمى في الطير

كافي مدة الخبار وفي بعض قصص الاخبار ولان الكثير هو الذي يقع اماره على العلم دون القليل  
 والجمع هو الكثير وادناه الثلاث فقد ربحها وعند أبي حنيفة على ما ذكر في الاصل لا يثبت التعليم  
 ما لم يغلب على ظن الصائده انه معلم ولا يقدر بالثلاث لان المقادير لا تعرف اجتهاد ابل نفاوسماعا  
 ولا سمع فينقوض الى رأي المتبلى به كما هو اصله في جنسها وعلى الرواية الاولى عنده يجعل ما اصطاده  
 ثالثا وعندهما لا يحل لانه انما يصير معلما بعد تمام الثلاث وقبل التعليم غير معلم فكان الثالث  
 صيد كلب جاهل وصار كالتصرف المباشر في سكوت المولى وله انه آية تعليمه عنده فكان هذا صيد  
 جارحة معلمة بخلاف تلك المسئلة لان الاذن اعلام ولا يتحقق دون علم العبد وذلك بعد المباشرة قال  
 (واذا ارسل كلبه المعلم او بازيه وذ كراسم الله تعالى عند ارساله فأخذ الصيد وجره فمات حل  
 أكله) لما روي من حديث عدي رضى الله عنه ولان الكلب أو البازي آله والذبح لا يحصل بمجرد الآلة  
 الا بالاستعمال وذلك فهمه بالارسال فنزل منزلة الرمي واحرار السكين فلا بد من التسمية عنده ولو تركه  
 ناسيا حل أيضا على ما بيناه وحرمة متروك التسمية عامدا في الذبائح ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية  
 ليتحقق الذكاة الاضطراري وهو الجرح في أي موضع كان من البدن بانساب ما وجد من الآلة اليه  
 بالاستعمال

قال صاحب النهاية ولكن هذا الفرق لا يتأق في الفهد والنمر فانه متوحش كالبازي ثم الحكم فيه  
 وفي الكلب سواء فالعتمد هو الاول كذا في المبسوط انتهى واقفى أثره صاحب الكفاية ومعرّاج  
 الدراية وزعم صاحب العناية انه ليس بوارد حيث قال قيل فيه نظر لان هذا الفرق لا يتأق في الفهد  
 والنمر فانه متوحش كالبازي ثم الحكم فيه وفي الكلب سواء فالعتمد هو الاول وليس بوارد لانه انما ذكره  
 فرقا بين الكلب والبازي لا غير وذلك صحيح واذا أريد الفرق عموما فالعتمد هو الاول الى هنا لفظه أقول  
 ما قاله عند زيبارد وتوجه كاسد لان اسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع كما ذكره المصنف فيما مر  
 آنفا والظاهر أن المراد بالكلب في المدعى ههنا هو المعنى العام لكل سبع لا الكلب المخصوص والايانم  
 أن يترك بيان حال تعليم سائر السباع بالكلية فالمراد في التعليل أيضا هو الفرق عموما والذي يفيد الفرق  
 عموما هو التعليل الاول دون الثاني فالعتمد هو الاول كما ذكر في عامة المعترات حتى المبسوط ثم ان بعض  
 الفضلاء بعد أن تشبه لما قاله صاحب العناية من الر كاة قال ولعل الاولى أن يجاب بأنها كانت  
 ذوات الناب كاه اجنسا واحدا وكان أكثر ما يستعمل منها في الصيد أو فاعم أن في طبع غيره الاف  
 أيضا على ما تراه في الذئب والاسد وغيرهما اذا ربي من صغره في البيت بخلاف جوارح الطير جعل  
 الكل في حكم واحد في التعليم يعني أدير حكم التعليل على جنس الكلب تيسيرا كما في نظائره فليتأمل  
 اه أقول ليس هذا أيضا بسديد اذ بعد ما تقر بأن الفهد والنمر مما لا يتأق فيه الاف بل هما متوحشان  
 كالبازي لا يكون جعل أنواع الكلب كلها في حكم واحد وادارة حكم التعليل على جنس الكلب من  
 باب التيسير بل يكون من باب التعسير والتشديد بل يلزم ان ذلك أن يجعل المتوحش على الالف وهو  
 غير ميسر لا محالة ثم أقول بقي شيء في التعليل الاول أيضا وهو أنه قد ذكر في عامة المعترات أن شمس  
 الأئمة السرخسي قال فاقلا عن شيخه شمس الأئمة الحلواني للفهد خصال ينبغي لكل عاقل أن يأخذ  
 ذلك منه وعدمها أنه لا يتعلم بالضرب ولكن يضرب الكلب بين يديه اذا أكل من الصيد فيتعلم بذلك  
 فقد ظهر منه أن يحمل بدن الفهد للضرب لا يجدي شيئا في حق تعليمه وقد كان مدار الفرق بين البازي  
 والكلب في التعليل الاول هو أن بدن البازي لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمله فيرد عليه أن  
 مجرد احتمال بدن الكلب للضرب لا يفيد المدعى في حق الفهد اذ هو غير مؤثر في حق تعليمه فتأمل

وقوله (وفي بعض قصص  
 الاخبار) قيل أراد به حكاية  
 موسى مع الخضر عليه ما  
 الصلاة والسلام حيث  
 قال في الكرة الثالثة هذا  
 فسراق بيني وبينك وقوله  
 ( كما هو أصله في جنسها )  
 أي أصل أبي حنيفة رحمه  
 الله في جنس المقادير نحو  
 حبس الغريم وحدث التقادم  
 وتقدر ما غلب في تزح ماه  
 البئر المعينة وقوله (وله  
 أنه آية تعليمه عنده) أي  
 أن ترك الأكل علامة تعليمه  
 عند الثالث لانه انما يحكم  
 بكونه معلما بطريق تعيين  
 امساك الثالث على صاحبه  
 واذا حكمنا أنه يسك على  
 صاحبه وقد أخذ بعد  
 ارسال صاحبه فجعل وقوله  
 (قضاها الرواية) يريد رواية  
 الزيات فانه قال لو قتل  
 الكلب أو البازي الصيد  
 من غير جرح لا يحل وأشار  
 في الاصل الى أنه يحل  
 والفتوى على ظاهر الرواية  
 (قال المصنف كافي مدة  
 الخبار) أقول لا ينتهض  
 هذا على مذهبهما

وقوله (في تاويل) يعنى غير ما أولناه أولا وهـ وقوله والجوارح الكواسب في تاويل وذلك ما يكون جار حقيقه بناه  
ومخبله فيحمل على الجارح الكاسب يعنى يجمع في الآية بين التأويلين لعدم التنافي بينهما وذلك لان الاصل أن النص اذا ورد  
وفيه اختلاف المعاني فان كان بينهما تنافى يحمل على أحدهما بدليل يوجب الترجيح وان لم يكن بينهما تنافى ثبت الجميع أخذا  
بالمتيقن كما في قوله تعالى ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن قيل أريد به الحمل وقيل الحيض والصحيح أنهم ما مراد ان لانه  
لاتنافية هنا وفيه نظر لان الجرح اما أن يكون مشتركين الكسب (١٧٥) والجرح الذي تحصل به الجراحة

أو يكون حقيقة في أحدهما  
بجازا في الآخر والمشارك  
لا عموم له والجمع بين الحقيقة  
والجواز عندنا لا يجوز  
بخلاف قوله تعالى ما خلق  
الله في أرحامهن فانه لفظ  
عام يتناول الجميع بالتواطؤ  
وقوله (وفيه) أى في  
الجرح الكاسب أخذ  
باليقين وقوله (رجوعا  
الى التأويل الاول) يعنى  
ما سبق من الكواسب  
وقوله (وجوابه ما قلنا)  
يعنى قوله لامنافاة بينهما  
وفيه أخذ باليقين

(قوله وفيه نظر) أقول  
سبق الى هذا النظر نظر  
الاتفاقى (قوله والجرح التي)  
أقول الظاهر أن يقال  
والجرح الذي (قوله والجمع  
بين الحقيقة والجواز  
لا يجوز عندنا الخ) أقول  
ويمكن أن يجاب عن هذا  
النظر بحمل قوله على  
الجرح الكاسب على الجواز  
اما على طريقة ذكر السبب  
وارادة المسبب فيكون

وفي ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ما يشرى الى اشتراط الجرح اذ هو من الجرح بمعنى الجراحة  
في تاويل فيحمل على الجارح الكاسب بناه ومخبله ولاتنافية وفيه أخذ باليقين وعن أبي يوسف أنه  
لا يشترط رجوعا الى التأويل الاول وجوابه ما قلنا قال (فإن كل منه الكلب أو الفهد لم يؤكل وإن كل  
منه البازى أكل) والفرق ما بيناه في دلالة التعليم وهو مؤيد بما روينا من حديث عدى رضى الله عنه

(قوله وفي ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ما يشرى الى اشتراط الجرح اذ هو من الجرح بمعنى  
الجراحة في تاويل فيحمل على الجارح الكاسب بناه ومخبله ولاتنافية وفيه أخذ باليقين) وذلك لان  
النص اذا ورد فيه اختلاف المعاني فان كان بينهما تنافى ثبت أحدهما بدليل يوجب ترجحه لا الجميع  
وان لم يكن بينهما تنافى ثبت الجميع أخذا بالمتيقن كما في قوله تعالى ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله  
في أرحامهن قيل أريد به الحمل وقيل الحيض والصحيح أنهم ما مراد ان لانه لاتنافية بين ما فكذا ههنا  
لاتنافية بين الكسب والجراحة كذا في عامة الشروح قال صاحب الغاية فأقول على ما قالوا يلزمه عموم  
المشترك في موضع الاثبات وهو فاسد انتهى وذكره صاحب العناية على وجه البسط والتوسيع حيث  
قال وفيه نظر لان الجرح اما أن يكون مشتركين الكسب والجرح الذي يحصل به الجراحة أو يكون  
حقيقة في أحدهما مجازا في الآخر والمشارك لا عموم له والجمع بين الحقيقة والجواز عندنا لا يجوز  
بخلاف قوله تعالى ما خلق الله في أرحامهن فانه لفظ عام يتناول الجميع بالتواطؤ الى هنا كلامه أقول  
يمكن الجواب عنه بأن مراد المصنف من قوله يحمل على الجارح الكاسب بناه ومخبله أنه يجمع في الاعتبار  
والعمل بين كلاً مما احتمل النص المذكور من التأويلين لعدم التنافي بينهما وفيه أخذ بالمتيقن اذ يوجد في  
الجموع كل واحد منهما ما فى من مآراده في النظم الشريف كان ما أخذوا في الاعتبار والعمل وليس مراده أن  
كلا التأويلين يرادان معا بلفظ النص المذكور حتى يلزم عموم المشترك في الاثبات أو الجمع بين الحقيقة  
والجواز وصاحب العناية لم يزل يصرح أن مرادهم هو الثاني قال في تفسير قول المصنف فيحمل على الجارح  
الكاسب يعنى يجمع في معنى الآية بين التأويلين وكان حق التفسير أن يقال يعنى يجمع في الاعتبار  
والعمل بين التأويلين كما ثبت عليه آنفاً وقال صاحب معراج الدرية ههنا فان قيل فيه جمع بين الحقيقة  
والجواز أو عموم المشترك لان الجوارح اما أن تكون حقيقة في الكواسب أو مجازا قلنا لا كذلك بل  
الجوارح أخص من الكواسب ولو كان المراد بالكواسب الجوارح لا يلزم ذلك انتهى أقول جوابه  
ليس بسد بلان كون الجوارح أخص من الكواسب لا يدفع لزوم المحذور المذكور في السؤال اذ لا شك  
أن مفهوم الاخص يعاير مفهوم الاعم والابلزم أن يكون الشيء أخص من نفسه وهو ظاهر البطلان  
ولاريد ان اللفظ الواحد لا يطلق على المعنيين المتغايرين سواء كان أحدهما أخص من الآخر لا  
الابتريق الاشتراك أو بطريق الحقيقة والجواز فيلزم أحد المحذورين المذكورين في السؤال قطعاً  
على تقدير ارادتهما معاً لفظ واحد (قوله وهو مؤيد بما روينا من حديث عدى) أقول في كلامه

المراد اشتراط الجرح والكسب أو على طريقة الاستعارة التبعية فيه بأن يشبه الحمل على الجرح المستلزم للكسب بالحمل على كلا  
المعنيين في استعار الثاني للاول ثم يشتق منه الفعل ولا يخفى عليه ذلك أو لولية الحمل على الجرح من الحمل على الكسب لانطواء الاول  
على الثاني بدون العكس ويحتمل أن يجوز المصنف الجمع بين معني المشترك في هذه الصورة كما يجوز في التقي على ما سبق  
في الوصايا وعمل هناك بعدم المنافاة أيضاً (قال المصنف وهو مؤيد بما روينا) أقول جعله مؤيداً للاجته أخرى لعدم وفاته  
بتمام المدعى

وفوه (وهو حجة على مالك والشافعي رحمه الله في قوله القديم في اباحة ما كل الكلب منه) يعني حديث عدى رضى الله عنه  
فان قيل روى أبو ثعلبة الخشني

(١٧٦)

منه وذلك دليل واضح  
لهمما أوجب بأنه خبر  
واحد لا يعارض قوله  
تعالى فكلاهما مسكن  
عليكم فان الامسالك عليهم  
أن لا يأكل منه وحين  
أكل منه دل على أنه مسك  
على نفسه يؤيده قوله عليه  
السلام في حديث عدى  
فان أكل منه فلاناً كل لانه  
انما أمسك على نفسه  
وقوله (على اختلاف  
الروايات كما بيناها ابتداء)  
أراد ما ذكر أنه يحل عنده  
ما اصطاده نالنا الخ وقوله  
(وأما الصيد التي أخذها  
من قبل) واضح وحاصل  
ذلك في المحرز الذي لم يؤكل  
أن أبا حنيفة يحكم بجهله  
مستندا

وهو حجة على مالك والشافعي في قوله القديم في اباحة ما كل الكلب منه (ولو أنه صاد صيداً ولم يأكل  
منها ثم أكل من صيد لا يؤكل هذا الصيد) لانه علامة الجهل ولا ما يصيده بعده حتى يصير معهما على  
اختلاف الروايات كما بيناها في الابتداء وأما الصيد التي أخذها من قبل فما أكل منها لا تظهر الحرمة  
فيه لانه عدم المحلية وما ليس محرز بأن كان في المغازة بأن لم يظفر صاحبه بعد تثبت الحرمة فيه بالاتفاق  
وما هو محرز في بيته يحرم عنده خ لافالهما

هـ ذار كانه لان ضمير هو في قوله وهو مؤيدان كان راجعاً الى الفرق كما هو الظاهر من أسلوب تحريره  
يرد عليه أن حديث عدى لا يفيد الفرق المذكور أصلاً فانه انما يدل على أن لا يؤكل ما كل منه  
الكلب ولا يدل على أن يؤكل ما كل منه البازي وافادة الفرق انما تكون بالدلالة عليهم ما معاوان كان  
راجعاً الى مضمون قوله فان كل منه الكلب أو الفهد لم يؤكل كان حق قوله وهو مؤيد بما روينا  
من حديث عدى أن يذ كر عقيب قوله فان كل منه الكلب أو الفهد لم يؤكل ولما وسط بينهما قوله  
وان أكل منه البازي أكل وقوله والفرق ما بيناه في دلالة التعليم كان الكلام قلنا كما لا يخفى (قوله  
وهو حجة على مالك والشافعي في قوله القديم في اباحة ما كل الكلب منه) فان قيل روى أبو ثعلبة  
الخشني رضى الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم قال له في صيد الكلب كل وان أكل منه وذلك دليل  
واضح لهمما أوجب بأنه خبر واحد لا يعارض قوله تعالى فكلاهما مسكن عليكم فان الامسالك عليهم  
أن لا يأكل منه وحين أكل منه دل على أنه مسك على نفسه يؤيده قوله عليه الصلاة والسلام في حديث  
عدى فان أكل منه فلاناً كل لانه انما أمسك على نفسه كذا في العناية أخذنا من النهاية أقول يرد على  
هذا الجواب أن قوله تعالى فكلاهما مسكن عليكم انما يدل على اباحة كل ما لم يأكل منه الكلب  
ولا يدل على عدم اباحته كل ما كل منه الا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بمعتبر عندنا كما عرف  
في علم الاصول فلم يتحقق التعارض بين ذلك الحديث وبين قوله تعالى فكلاهما مسكن عليكم حتى  
يلزم أن يترك العمل بالحديث لكونه خبر واحد لا يقال يحصل بهذا الجواب الزام الشافعي لان مفهوم  
المخالفة حجة عنده وهذا القدر كاف في صحة الجواب لانه لا يقول لا يحصل الزامه أيضاً لان من يقول بكون  
المفهوم حجة لا يشكر أن المنطوق أقوى منه فلا يتحقق حكم التعارض عنده أيضاً والحق عندي  
في الجواب عن أصل السؤال أن يقال حديث أبي ثعلبة معارض بحديث عدى وحديث عدى مرجح  
على حديث أبي ثعلبة لان حديثه يحل ما كل منه الكلب وحديث عدى يحرمه وقد عرف في  
أصول الفقه أن المحرم يرجح على المحلل عند التعارض فيجعل ناهية فوجب العمل بحديث عدى دون  
حديث أبي ثعلبة (قوله ولا ما يصيده بعده حتى يصير معهما على اختلاف الروايات كما بيناها في  
الابتداء) قال صاحب العناية أراد ما ذكر أنه يحل عنده ما اصطاده نالنا الخ أقول تفسير مراد المصنف  
بما ذكره هذا الشارح ليس بصحيح لان فيما ذكره المصنف بقوله يحل عنده ما اصطاده نالنا الخ  
روايتين لا غير رواية عدى حنيفة وهي حل ما اصطاده نالنا ورواية عدى بن يوسف ومحمد وهي عدم  
حل ذلك وقد قال المصنف ههنا على اختلاف الروايات كما بيناها بصيغة الجمع فكيف يتصور أن يكون  
مراده ما ذهب اليه الشارح المذكور فالصواب أن مراد المصنف بقوله ههنا على اختلاف الروايات  
كما بيناها في الابتداء وهو الإشارة الى ما ذكره فيما مر بقوله ثم شرط ترك الأكل ثلاثاً وهذا عندهما وهو  
رواية عن أبي حنيفة الى آخر ما ذكره في تلك المسئلة فحينئذ تتحقق الروايات وتنظم بصيغة الجمع كما

(قوله أوجب بأنه خبر  
واحد لا يعارض قوله تعالى  
فكلاهما مسكن عليكم  
فان الامسالك الخ) أقول  
فيه بحث فانه لا دلالة في  
الآية على النهي عن  
الأكل على تقدير انتفاء  
الامسالك ومفهوم  
المخالفة غير معتبر فإن  
المعارض والمنطوق أقوى  
عند المعتبرين للفهوم  
فلا يتحقق المعارضة  
أيضا (قوله أراد ما ذكر  
أنه يحل عنده ما اصطاده  
نالنا الخ) أقول فيه  
بحث بل الظاهر أن المراد بثبوت التعليم عنده عند غلبة ظن الصائده أنه معلوم وفي رواية أخرى موافقاً للمذهب ما يوجب بتركه  
الأكل ثلاث مرات

وهما يقولان بالاقصار على ما كل لان ما حرزه المالك حكم بايحه باجتهاد وقد حصل (١٧٧) المقصود به وهو الاحراز فلا ينقض

باجتهاد آخر مثله بعده  
والجواب ما قال وتبديل  
الاجتهاد قبيل حصول  
المقصود لان المقصود هو  
الاكل ومثل ذلك ينقض  
باجتهاد آخر كتبديل اجتهاد  
القاضي قبيل القضاء وما  
قال أبو حنيفة أقرب بال  
الاحتياط وعليه مبنى الحل  
والحرمة ولم يذكر ما ذاباع  
شيء من صيدوه المقدره  
والحكم فيه كالذي فيه  
الخلاف اذا تصادق البائع  
والمشتري على جهالة الكلب  
وقوله (ولو أن صقرا فر من  
صاحبه فكث حينئذ  
صاد) يعني بعد ما رجع  
الى صاحبه لم يؤكل وأما  
قبل الرجوع اليه فلا شبهة  
في حرمة ما صاده لا تنفاه  
الارسال ومسئلة الوثبة في  
الكتاب معلومة وطوبى  
بالفرق بين ما وثب فأخذ  
من صاحبه وأكل وبين  
ما كل بعد ما قتل فان  
الصيد كما خرج عن الصيدية  
بأخذ صاحبه جازان  
يخرج أيضا بقتله وأجيب  
بأنه اذا لم يتعرض بالاكل  
حتى أخذه صاحبه دل أنه  
كان ممسكا على صاحبه  
وانتهاسه منه ومن لحم آخر  
في مخللة صاحبه سواء وما  
اذا كل قبل الاخذ فقد  
كان ممسكا على نفسه  
(قال المصنف لان الحرمة  
لاتنسى) أقول فيه بحث

هما يقولان ان الاكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم لان الحرمة قد تنسى ولان فيما حرزه قد أمضى  
الحكم فيه بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله لان المقصود قد حصل بالاول بخلاف غير الحرز لانه  
ما حصل المقصود من كل وجه لبقائه صيدا من وجه لعدم الاحراز فرمنا احتياطا وله أنه آية جهله من  
الابتداء لان الحرمة لا ينسى أصلها فاذا أكل تبين أنه كان ترك الاكل للشيء للعلم وتبديل الاجتهاد  
قبيل حصول المقصود لانه بالا كل فصار كتبديل اجتهاد القاضي قبل القضاء (ولو أن صقرا فر من صاحبه  
فكث حينئذ ما دل على كل صيده) لانه ترك ما صار به عالما فيحكم بجهله كالكلب اذا أكل من الصيد  
(ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم يأكل منه أكل) لانه ممسك بالصيد عليه وهذا من غاية علمه حيث  
شرب ما لا يصلح لصاحبه وأمسك عليه ما يصلح له (ولو أخذ الصيد من المعلم ثم قطع منه قطعة وألقاها  
اليه فأكلها يؤكل ما بقي) لانه لم يبق صيدا قصارا اذا ألقى اليه طعاما غيره وكذا اذا وثب الكلب  
فأخذه منه وأكل منه لانه ما كل من الصيد والشرط ترك الأكل من الصيد قصارا كما اذا اقترب من  
شانه بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل أن يحزره المالك لانه بقيت فيه جهة الصيدية (ولو نرس الصيد  
فقطع منه بضعة فأكلها ثم أدرك الصيد فقتله ولم يأكل منه لم يؤكل) لانه صيد كلب جاهل حيث  
أكل من الصيد (ولو ألقى ما نرسه واتبع الصيد فقتله ولم يأكل منه وأخذه صاحبه ثم بنتلك البضعة  
فأكلها يؤكل الصيد) لانه لو أكل من نفس الصيد في هذه الحالة لم يضره فاذا أكل ما بان منه وهو لا يحل  
لصاحبه أولى بخلاف الوجه الاول لانه أكل في حالة الاضطراب فكان جاهلا بمسك نفسه ولان  
نرس البضعة قد يكون لياكها وقد يكون حيلة في الاضطراب ليضغف بقطع القطعة منه فيدركه فلا كل  
قبل الاخذ يدل على الوجه الاول وبعده على الوجه الثاني فلا يدل على جهله

لا يجزئ (قوله هما يقولان ان الاكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم لان الحرمة قد تنسى) أقول الظاهر  
مما ذكره بعد هذا بقوله ولان فيما حرزه المالك أن يكون المذكور هنادلا تاما له ما يرد عليه أنه لو تم لدل  
على أن لا تثبت الحرمة عندهما فيما كان غير محرز في المفاضة أيضا لجرى بان هذا الدليل في ذلك أيضا مع  
أنه تثبت الحرمة فيه بالاتفاق كما صرح به المصنف من قبل فتأمل (قوله وكذا اذا وثب الكلب فأخذه  
منه وأكل منه لانه ما كل من الصيد والشرط ترك الاكل من الصيد قصارا كما اذا اقترب من شانه) قال صاحب  
العناية وطوبى بالفرق بين ما وثب فأخذ من صاحبه وأكل وبين ما كل بعد ما قتل فان الصيد كما خرج  
عن الصيدية بأخذ صاحبه جازان يخرج أيضا بقتله وأجيب بأنه اذا لم يتعرض بالاكل حتى أخذه  
صاحبه دل أنه كان ممسكا على صاحبه وانتهاسه منه ومن لحم آخر في مخللة صاحبه سواء وما اذا أكل قبل  
الاخذ كان ممسكا على نفسه انتهى كلامه أقول هذا الجواب لا يدفع المطالبة المذكورة لان حاصلها تنقض  
ما ذكره المصنف في تعليل مسئلة الوثبة من أنه ما كل من الصيد بما اذا أكل بعد ما قتل فان ذلك التعليل  
متمش في صورة القتل أيضا اذا الصيد كما يخرج عن الصيدية بأخذ صاحبه يخرج أيضا بقتله فلم يتحقق  
الاكل من الصيد في صورتين معامع انهما مقرران في الحكم وحاصل الجواب المذكور بيان فرق  
بينهما من جهة أخرى غير ما ذكره المصنف في التعليل ولا يذهب عليك أن ذلك لا يدفع ورود المطالبة  
المذكورة على ما ذكره المصنف في التعليل ولقد أحسن صاحب النهاية ههنا في التقرير حيث قال  
فوجه الفرق بين هذا وبين ما اذا أكل الكلب من الصيد بعد أن قتله قبل أن يأخذ الصائد حيث لا يؤكل  
وفي هذه الصورة وهي ما كل منه بالوثبة بعد أخذ الصائد يؤكل وتعليل الكتاب ههنا بقوله لان ما كل  
من الصيد شامل للصورتين ومع ذلك افرقتا في الحكم والوجه فيه هو أن الفرق انما ينشأ بينهما من حيث  
وجود الامسك لصاحبه وعدم الامسك له فههنا أي في مسئلة الوثبة لما لم يأكل من الصيد الى أن أخذه  
صاحبه قد تم امسكه على صاحبه وهناك لما أكل من الصيد بعد قتله قبل أن يأخذه صاحبه علم انه انما

قال (وان أدرك المرسل الصيد حيا وجب عليه الخ) المرسل ان أدرك الصيد حيا فلا يخلوا ما أن تمكن من ذبحه أولا فان تمكن من ذبحه ولم يذبح حتى مات لم يؤكل سواء كانت الحياة فيه بينة أو خفية وان ذبح قبل حصول المقصود بالبدل ان المقصود بالبدل اباحة الاكل ولم يثبت قبل موته والقدر على الاصل قبل ذلك بطل البدل وان لم يتمكن من ذبحه لعدم الآلة أو ضيق الوقت فاما أن يكون فيه من الحياة فوق ما يكون في المذبح أولا فان كان لم يؤكل في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يؤكل وهو قول الشافعي رحمه الله لأنه لم يقدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل

(١٧٨)

قال (وان أدرك المرسل الصيد حيا وجب عليه أن يذكيه وان تركه تذكيته حتى مات لم يؤكل وكذا البازي والسهم) لأنه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل اذا المقصود هو الاباحة ولم يثبت قبل موته فطل حكم البدل وهذا اذا تمكن من ذبحه أما اذا وقع في يده ولم يتمكن من ذبحه وفده من الحياة فوق ما يكون في المذبح لم يؤكل في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يحل وهو قول الشافعي لأنه لم يقدر على الاصل فصارت رأى الماء ولم يقدر على الاستعمال ووجه الظاهر أنه قدر اعتبارا لأنه ثبت يده على المذبح وهو قائم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتباره أي الذبح اعتبار التمكن من الذبح لأنه لا يذبح من مده والناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في أمر الذبح فأدير الحكم على ما ذكرنا بخلاف ما اذا بقي فيه من الحياة مثل ما سبق في المذبح لانه ميت حكما الأثرى أنه لو وقع في الماء وهو ميت هذه الحالة لم يحرم كما اذا وقع وهو ميت والميت ليس بمذبح وفصل بعضهم فيها أنه ميت لا وهو وأنه ان لم يتمكن لفقد الآلة لم يؤكل وان لم يتمكن بضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافا للشافعي لأنه اذا وقع في يده لم يبق صيد افطل حكم ذكاه الاضطرار وهذا اذا كان يتوهم بقاؤه

الاستعمال ووجه ظاهر الرواية أنه ان لم يقدر حقيقة فقد قدر اعتبارا لأنه ثبت يده على المذبح وهو قائم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتباره أي الذبح اعتبار التمكن من الذبح لأنه لا يذبح من مده والناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في أمر الذبح فمنهم من يتمكن في ساعة ومنهم من لا يتمكن في أكثر وما كان كذلك لا يدار الحكم عليه لعدم انضباطه فأدير على ما ذكرناه من ثبوت اليد على المذبح وان لم تكن الحياة فيه فوق ما تكون في المذبح بل كانت بمقدار ما يكون فيه ولم يذبح حتى مات أكل لأنه ميت حكما الأثرى أنه لو وقع في الماء وهو ميت هذه الصفة لا يحرم كما اذا وقع وهو ميت والميت ليس بمذبح أي ليس يحل للذبح فلم

أمسكه لنفسه لا لصاحبه فخرج به من أن يكون مع ما انتهى فانه طعن في التعديل المذكور في الكتاب بشموله للصورتين مع اقتراحه ما في الحكم وبين وجه آخر فارقا بينهما وعدوه لكونه سالمعاين ورود المطالبة بالفرق بينهما ثم أقول التحقيق ان المطالبة بالفرق بين نيتك المستلتمين ساقطة عما ذكر في الكتاب أيضا لان المصنف تدارك دفعها بقوله بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل أن يحزره المالك لأنه بقيت فيه جهة الصيدية فان وجه بقاء الصيدية فيه على ما صرح به الشراح هو أن الصيد اسم للتوحش غير محرز فقد زال التوحش بالقتل وبقي عدم الاحراز قبل أن يحزره المالك فبقي شيء من آثار الصيد ولو ازمه يبقى حكم الصيدية فيه فظهر الفرق بين مسألة التوبة وبين ما اذا أكله بعد أن قتله قبل أن يأخذه الصائد تأمل ترشد (قوله وان أدرك المرسل الصيد حيا وجب عليه أن يذكيه وان تركه تذكيته حتى مات لم يؤكل وكذا البازي والسهم) اعلم ان قوله وان أدرك المرسل الى قوله حتى مات لم يؤكل عبارة القدوري في مختصره وقوله وكذا البازي والسهم زيادة من المصنف فأقول هذه الزيادة من المصنف ههنا أمر زائد مستغنى عنه جدا عندى أما قوله وكذا البازي فظاهر لان قول القدوري وان أدرك المرسل الصيد حيا نبت اول صيد الكلب وصيد البازي وليس فيه شيء يقتضى اختصاصه بالاول فلا حاجة الى ذكر قوله وكذا البازي بل لا وجه له وأما قوله والسهم فلان حكم مسألة السهم سيجي في باب الرمي مفصلا الأثرى الى قوله هناك واذا سمى الرجل عند الرمي أكل ما أصاب اذا خرج السهم فمات وان أدركه حيا ذكاه

أما ثبت يده على الذبح ليقام مقام التمكن من الذبح وفصل بعض المشايخ فيما اذا كانت الحياة فيه فوق ما تكون في المذبح فقال ان كان عدم التمكن لفقد الآلة لم يؤكل لأنه مفترط وان كان اضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافا للشافعي والحسن بن زياد ومحمد بن مقاتل قالوا لم يقدر على الاصل ولم يفترط فكان حلالا ولو قلنا واقع في يده وهو حي حقيقة وحكاه لم يبق صيد افطل حكم ذكاه الاضطرار فان قيل وضح المسئلة فيما تكون الحياة فيه فوق ما تكون في المذبح فكيف يتصور ضيق الوقت عن الذبح أجيب بان المقدار الذي يكون في المذبح بمنزلة عدم لكون الصيد في حكم الميت والزائد على ذلك قد لا يسع الذبح فكان عدم التمكن متصورا (وهذا) أي ما ذكرنا من إقامة ثبوت اليد مقام التمكن حتى لا يحل بدون الذكاه فيما اذا كان بقاؤه متوهمها (قوله أو خفية) أقول المراد بالحياة الخفية ههنا ما هو فوق حياة المذبح لاما هو مثلها أو دونها والا لا يجب الذكاه كما يجي

أما إذا شق الكلب المعلم بطنه وأخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه ولم يدركه حل لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما إذا وقعت شاة في الماء بعد ما ذبحت (وقيل) هو قول أبي بكر الرازي (هذا قولهما أما عند أبي حنيفة رحمه الله فلا يؤكل هذا أيضا لانه وقع في يده حيا فلا يحل الا بذكاة الاختيار رد الى المتردية) أي اعتبارهما (هذا الذي ذكرنا) انه لا يؤكل عنده إذا شق بطنه وأخرج ما فيه (إذا ترك الذكاة فاما اذا ذكاه فقد حل أكله عنده رحمه الله وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والذي بقى) أي شق الذئب بطنه وفيه حياة خفية أو بينة) إذا ذبح حل عنده (١٧٩) وعليه الفتوى لقوله تعالى

الاما ذكيتم استثناء مطلقا من غير فصل) وعند أبي يوسف لا بد من حياة بينة وهي أن يكون بحال يعيش مثله فأما إذا لم يكن كذلك فلا يحل أكله لانه لم يكن موته بالذبح وقال محمد لا بد من حياة بينة وهو أن يكون بحال يعيش فوق ما يعيش المذبوح فان كان كذلك حل أكله والافلا لانه لا يعتبر بهذه الحياة على ما قررناه) اشارة الى قوله لانه ميت حكما وقيل الى قوله لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر وقوله (ولو أدركه ولم يأخذه) يريد أن المسائل المتقدمة كانت فيما أخذ هذه الصائد وههنا أدركه ولم يأخذه وقوله (على ما ذكرناه) اشارة الى قوله لانه وقع في يده حيا قوله (وإذا أرسل كلبه المعلم على صيد) يعني صيدا معيننا (فأخذه غيره حل) يعني ما دام في وجهه ارساله وقوله (ولنأته) أي شرط التعيين

أما إذا شق بطنه وأخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه حل لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما إذا وقعت شاة في الماء بعد ما ذبحت وقيل هذا قولهما أما عند أبي حنيفة فلا يؤكل أيضا لانه وقع في يده حيا فلا يحل الا بذكاة الاختيار رد الى المتردية على ما ذكرناه ان شاء الله تعالى هذا الذي ذكرنا إذا ترك الذكاة فلو أنه ذكاه حل أكله عند أبي حنيفة وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والذي بقى الذئب بطنه وفيه حياة خفية أو بينة وعليه الفتوى لقوله تعالى الاما ذكيتم استثناء مطلقا من غير فصل وعند أبي يوسف إذا كان بحال لا يعيش مثله لا يحل لانه لم يكن موته بالذبح وقال محمد ان كان يعيش فوق ما يعيش المذبوح يحل والافلا لانه لا يعتبر بهذه الحياة على ما قررناه (ولو أدركه ولم يأخذه فان كان في وقت لو أخذه أمكنه ذبحه لم يؤكل) لانه صار في حكم المقدور عليه (وان كان لا يمكنه ذبحه أكل) لان اليد لم تثبت به والتمكن من الذبح لم يوجد (وان أدركه فذكاه حل له) لانه ان كان فيه حياة مستقرة فالذكاة وقعت موقعها بالاجماع وان لم يكن فيه حياة مستقرة فعند أبي حنيفة رحمه الله ذكاه الذبح على ما ذكرناه وقد وجد وعندهما لا يحتاج الى الذبح (وإذا أرسل كلبه المعلم على صيد وأخذ غيره حل) وقال مالك لا يحل لانه أخذ بغير ارسال اذا ارسل مختص بالمشاركة ولنأته شرط غير مفيد لان مقصوده حصول الصيد اذا لا يقدر على الوفاء به اذا لم يكن عليه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتباره (ولو أرسله على صيد كبير وسعى مرة واحدة حالة ارساله فلو قتل الكل يحل به هذه التسمية الواحدة) لان الذبح يقع بالارسال على ما بيناه وهذا شرط التسمية عنده والفعل واحد فكيفه تسمية واحدة بخلاف ذبح الشاتين بتسمية واحدة لان الثانية تصير مذبوحة بفعل غير الاول فلا بد من تسمية أخرى حتى لو أضحج احدهما فوق الاخرى وذبحهما معا مرة واحدة تحلان بتسمية واحدة (ومن أرسل فهدا فكم حتى يستمكن ثم أخذ الصيد فقتله يؤكل)

انتهى فلا حاجة الى بيانه ههنا (قوله وقال محمد ان كان يعيش فوق ما يعيش المذبوح يحل والافلا لانه لا يعتبر بهذه الحياة على ما قررناه) قال صاحب النهاية والكتابة أراد بقوله ما قررناه قوله لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر وقال صاحب الغاية والعناية أشار بذلك الى قوله لانه ميت حكما أقول الحق ما قاله الشارحان الاخيران لان قوله لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر تعليل لحكمه أكل ماشق بطنه وأخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه ولم يفرق أحد في تلك الصورة بين ما يعيش فوق ما يعيش المذبوح وبين ما لا يعيش فوق ذلك بل جعلوا كليهما ما بقي فيه اضطراب المذبوح وفيما نحن فيه فرق محمد بينهما وقوله لانه لا يعتبر بهذه الحياة تعليل لحكمه أحدهما وهو ما لا يعيش فوق ما يعيش المذبوح فكيف يتم أن يريد بقوله في ذيل هذا التعليل على ما قررناه ما يعيها مع اختلاف قوله لانه ميت حكما لانه تعليل لحل كل ما بقي فيه من الحياة مثل ما بقي في المذبوح لافوق ما بقي في المذبوح وما لا يبقى فيه من الحياة فوق ما بقي في المذبوح مما لا يعيش فوق ما يعيش المذبوح فتنظم الاشارة اليه ههنا بقوله على ما قررناه

(شرط غير مفيد لان مقصوده حصول الصيد) والجميع بالنسبة الى هذا المقصود سواء قيل قد يكون مقصوده صيدا معيننا أوجب بأنه متعذرا اذا لا يقدر الصائد أو الكلب على الوفاء بذلك حيث لا يمكن تعليمه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتباره وقوله (على ما بيناه) يعني في أوائل كتاب الذبائح حيث قال تسترط عند ارسال والرحى وقوله (ولهذا انشترط التسمية عنده) أي عند ارسال

وقوله ( فيغلب جانب الحرمه نصا ) أي بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم ما اجتمع الحلال والحرام الا وقد غلب الحرام الحلال وهما ثلاثة فصول أحدهما اشترك فيه الكلبان في الاخذ والجرح وفيه الحرمه لما رويناها والثاني ما اشترك فيه في الاخذ والجرح وفيه الكراهة ( ١٨٠ ) لان جهة الحل أرح لان المعلم تفرد بالجرح والثالث ما يشتر كافي

شي لكن الثاني أشد أي  
 جل على الاول حتى  
 اشتد على الصيد وفيه  
 الاباحه لان الثاني لم  
 يشارك الاول في شيء من  
 الصيد وانما أثر في الكلب  
 المرسل دون الصيد فكان  
 فعله تبع الفعل الاول لانه  
 بناء عليه فلا يضاف الاخذ  
 الى التبع قال ( واذا  
 أرسل المسلم الخ ) الاصل  
 في هذا أن الفعل يرفع  
 بالاقوى والمساوى دون  
 الأدنى فاذا أرسل المسلم  
 كلبه وزجره أي أغراه  
 الجوسى حلأ كله لعدم  
 اعتبار الزجر عند الارسال  
 لكون الزجر دون لبنائه  
 عليه ونوقض بالحرم اذا  
 زجر كلب حلال فانه يجب  
 عليه الجزاء وأجيب بأن  
 الجزاء في المحرم بدلالة النص  
 فانه أوجب عليه الجزاء  
 بما هو دونه وهو الدلالة  
 فوجب بالزجر بطريق  
 الاولى ( واذا أرسله مجوسى  
 فزجره مسلم فأنزجره  
 يؤكل كذلك ولهذا ) أي  
 ولان الزجر دون الارسال  
 ( لم يثبت به ) أي بالزجر  
 ( شبهة الحرمه ) يعنى في  
 الصورة الاولى مع أن  
 الحرمه أسرع ثبوتاً للعبة

لان مكته ذلك حيلة منه الصيد لا استراحة فلا يقطع الارسال ( وكذا الكلب اذا اعتاد عاده ولو أخذ  
 الكلب صيدا فقتله ثم أخذ آخر فقتله وقد أرسله صاحبه أكلا جميعا ) لان الارسال قائم لم ينقطع  
 وهو بمنزلة ما لورى سهم الى صيد فأصابه وأصاب آخر ( ولو قتل الاول جثم عليه طويلا من النهار  
 ثم مر به صيد آخر فقتله لا يؤكل الثاني ) لانتقطاع الارسال بعكسه اذ لم يكن ذلك حيلة منه للاخذ وانما  
 كان استراحة بخلاف ما تقدم ( ولو أرسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء ثم اتبع الصيد فأخذه وقتله  
 فانه يؤكل ) وهذا اذا لم يمكث زمانا طويلا للاستراحة وانما مكث ساعة لتكمن لما بيناه في الكلب  
 ( ولو أن بازيا معلما أخذ صيدا فقتله ولا يدري أرسله انسان أم لا لا يؤكل ) لوقوع الشك في الارسال  
 ولا تثبت الاباحه بدونه قال ( وان خنقه الكلب ولم يجرحه لم يؤكل ) لان الجرح شرط على ظاهر  
 الرواية على ما ذكرناه وهذا يدل على أنه لا يحل بالكسر وعن أبي حنيفة أنه اذا كسر عضوا فقتله لا بأس  
 بأكله لانه جراحة باطنه فهى كالجراحة الظاهرة وجه الاول أن المعتبر جرح ينقض سبب الانهارا لهم  
 ولا يحصل ذلك بالكسر فاشبه التخنيق قال ( وان شاركه كلب غير معلم أو كلب مجوسى أو كلب لم يذكر  
 اسم الله عليه بريديه عدم يؤكل ) لما روينا في حديث عدى رضى الله عنه ولانه اجتمع المبيع  
 والحرم فيغلب جهة الحرمه نصا أو احتياطا ( ولورده عليه الكلب الثاني ولم يجرحه معه ومات بجرح  
 الاول يكره أكله ) لوجود المشاركة في الاخذ وفقداه في الجرح وهذا بخلاف ما اذا رده المجوسى  
 بنفسه حيث لا يكره لان فعل المجوسى ليس من جنس فعل الكلب فلا تتحقق المشاركة وتتحقق بين فعلى  
 الكلبين لوجود المجانسة ( ولو لم يرد الكلب الثاني على الاول ولكنه أشد على الاول حتى اشتد على  
 الصيد فأخذه وقتله لا بأس بأكله ) لان فعل الثاني أثر في الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلبا  
 فكان تبع الفعل لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع بخلاف ما اذا كان رده عليه لانه لم يصر تبعا  
 فضاف اليهما قال ( واذا أرسل المسلم كلبه فزجره مجوسى فأنزجره فزجره فلا بأس بصيده ) والمراد بالزجر  
 الاغرام بالصباح عليه وبلا زجرا ظاهرا زيادة الطلب ووجهه أن الفعل يرفع بما هو فوقه أو مثله كافي نسخ  
 الآتى والزجر دون الارسال لكونه بناء عليه قال ( ولو أرسله مجوسى فزجره مسلم فأنزجره لم يؤكل )  
 لان الزجر دون الارسال ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمه فأولى أن لا يثبت به الحل وكل من لا تجوزد كانه  
 كالمزجر والمهرم وتارك التسمية عامدا في هذا بمنزلة المجوسى

تدبر نفهم ( قوله ووجهه أن الفعل يرفع بما هو فوقه أو مثله كافي نسخ الآتى والزجر دون الارسال  
 لكونه بناء عليه قال بعض الفضلاء لك أن تقول لاتمس الحاجة الى الرفع بل تكفى المشاركة في اثبات  
 الحرمه أو شبهها انتهى أقول ليس هذا وارد لان الارسال أصل والزجر تبع والتبع لا يعد مشاركة  
 للاصل في ترتيب الحكم وقد أشار اليه المصنف في تعليل المسئلة السابقة حيث قال لان فعل الثاني أثر  
 في الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلبا فكان تبع الفعل لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ  
 الى التبع انتهى ولئن سلم مشاركة الزجر للارسال فلان سلم كفاية مجرد المشاركة في اثبات الحرمه  
 أو شبهها بل لا بد من أن يكون الاصح وهو الزجر ههنا أقوى من السابق أو مساويا له حتى يرفع به السابق  
 واما اذا كان أدنى منه فلا تأثير له في الحكم وقد أشار اليه المصنف في تعليل المسئلة اللاحقة حيث  
 قال لان الزجر دون الارسال ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمه فأولى أن لا يثبت به الحل انتهى قال

الحرمه على الحل دائما فأولى أن لا يثبت به الحل يعنى بزجر المسلم ( وان  
 قال المصنف ووجهه أن الفعل يرفع بما هو فوقه أو مثله ) أقول لك أن تقول لاتمس الحاجة الى الرفع بل تكفى المشاركة في اثبات الحرمه  
 أو شبهها ( قوله ونوقض بالحرم اذا زجر كلب حلال فانه يجب عليه الجزاء ) أقول ولو لم يعتبر الزجر لم يجب الجزاء



وقوله (لان الزجر مثل الانقلاط) يعني من حيث ان كل واحد غير مشروط في حل الصيد بخلاف الارسال وقوله (لانه ان كان دونه) يعني ان الزجر ان كان دون الانقلاط من حيث كونه بناء عليه فهو فوقه من حيث كونه فعل المكلف فاستويا فصلح الزجر ناسخا وهو متأخر فيجعل ناسخا وقوله (وقده) أي جرحه جراحة ألتخنته وقوله (لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح) دليل المستله وهو يشير الى الجواب عما يقال الضربة الثانية التي قتل الكلب بها الصيد انما حصلت بعد الاتحان الذي أخرجه من الصيدية فكان الواجب أن لا يحل أكله لان الصيد بعد الاتحان ملحق (١٨١) بالدواجن فيحل بالذبح لا بضرب الكلب وجوابه أنه تعذر رفعه وما تعذر رفعه تقرر عقوه وقوله (بجرح الكلب الاول) يعني انه لا يؤثر لان الصيد بعد ان خرج عن الصيدية كانت ذكاته بعد الذبح في المذبح لا بجرح الكلب بجرح الكلب في مثله يوجب الحرمة ولما اجتمع فيه الموجب للحل والحرمة غلب الحرمة والله أعلم

(وان لم يرسله أحد فزجره مسلم فان زجر فأخذ الصيد فلا بأس بأكله) لان الزجر مثل الانقلاط لانه ان كان دونه من حيث انه بناء عليه فهو فوقه من حيث انه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا (ولو أرسل المسلم كلبه على صيد وسمى فأدركه فضره ووقده ثم ضربه بقتله كل وكذا إذا أرسل كلبين فوقه أحدهما ثم قتله الآخر كل) لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فيحل عفوا (ولو أرسل رجلان كل واحد منهما كلبا فوقه أحدهما وقتله الآخر كل) لما بينا (والملك الاول) لان الاول أخرجه عن حد الصيدية الا أن الارسال من الثاني حصل على الصيد والمعتبر في الاباحة والحرمة حالة الارسال فلم يحرم بخلاف ما اذا كان الارسال من الثاني بعد الخروج عن الصيدية بجرح الكلب الاول

**فصل في الرمي** (ومن سمع حساظنه حس صيد فرماه أو أرسل كلبا أو بازيا عليه فأصاب صيدا ثم تبين أنه حس صيد حل المصاب) أي صيد كان لانه قصد الاصطياد وعن أبي يوسف أنه خص من ذلك الخنزير لتغليظ التحريم ألا ترى أنه لا تثبت الاباحة في شيء منه بخلاف السباع لانه يؤثر في جلدتها وزفر خص منها ما لا يؤثر في لحمه لان الارسال فيه ليس للاباحة

**فصل في الرمي**

لما فرغ من بيان حكم الآلة الحيوانية شرع في بيان حكم الآلة الجمادية والحس الصوت الخفي (ومن سمع حساظنه حس صيد فرماه أو أرسل كلبه أو بازيه فأصاب صيدا) تطييا مشافان تبين أن المسموع حسه آدمي أو بقرا وشاة لم يحل الطيبي المصاب مثلا في قوله سم جميعا لانه أرسل الى غير صيد فلم يتعلق به حكم الاباحة وصار كأنه رمي الى آدمي عالمابه فأصاب صيدا فانه لا يؤثر كل (وان

في العناية وفوق المحرم اذا زجر كلب حلال فانه يجب عليه الجزاء وأجيب بان الجزاء في المحرم بدلالة النص فانه أوجب عليه الجزاء بما هو دونه وهو الدلالة فوجب بالزجر بطريق الاولى انتهى أقول لقائل أن يقول هذا الجواب لا يدفع النقض المذكور بل يقويه فانه اذا ثبت بدلالة النص وجوب الجزاء على المحرم اذا زجر كلب حلال عند ارساله تقررا أن ينتقض به الاصل الذي ذكره من عدم اعتبار الزجر عند الارسال لتكون الزجر دون الارسال ويمكن أن يقال المراد من الجواب المذكور أن الاصل الذي ذكره انما هو على موجب القياس وجوب الجزاء على المحرم في الصورة المذكورة انما ثبت بدلالة النص على خلاف القياس بناء على أن القياس يترك بالنص وهذا لا يقدر في كلية الاصل المذكور المبني على القياس تفكر (قوله وان لم يرسله أحد فزجره مسلم فان زجر فأخذ الصيد فلا بأس بأكله لان الزجر مثل الانقلاط) قال جمهور الشراح يعني من حيث ان كل واحد غير مشروط في حل الصيد بخلاف الارسال انتهى أقول ليس هذا الشرح بسديد عندى اذ لم يكن الكلام فيما سبق في كون الفعل الغير المشروط في حل الصيد مرفوعا بما هو مشروط في حله أو بما هو مثله بل كان الكلام في كون الفعل مرفوعا بما هو فوقه في القوة أو بما هو مثله فيها كما في نسخ الآتي فالوجه هنا أن يقال يعني أن الزجر مثل الانقلاط في القوة والضعف وتعليل المصنف آياه بقوله لانه ان كان دونه من حيث انه بناء عليه فهو فوقه من حيث انه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا عزلة الصريح فيما قلناه تبصر

**فصل في الرمي** لما فرغ من بيان حكم الآلة الحيوانية شرع في بيان حكم الآلة الجمادية

تبين أن المسموع حسه صيد حل المصاب أي صيد كان (المسموع حسه يعني سواء كان ما كوله اللحم أو لم يكن) لانه قصد الاصطياد وعن أبي يوسف أن المسموع حسه اذا ظهر خنزيرا لم يحل أكل الصيد المصاب لتغليظ التحريم ألا ترى أنه لا تثبت الاباحة في شيء منه بخلاف سائر السباع لانه أي الاصطياد (يؤثر في جلدتها وزفر خص منها) أي من جملة المسموع حسه (مالا يؤثر في لحمه لان الارسال فيه ليس للاباحة) فكان هو والآدمي سواء

**فصل في الرمي** (قال المصنف لان الارسال فيه ليس للاباحة) أقول الاظهر أن يقال لان الرمي لان الفصل لانه

(ووجه الظاهر أن اسم الاصطياد لا يختص بالآ كول) وما هو كذلك فلما كول وغيره بالنسبة إليه سواء فإذا قصد بفعله الاصطياد وقع الفعل اصطياداً إذ الاصطياد فعل مباح في نفسه يفيد اباحة المصاب بشرط قبوله إلا بآحة حتى لو لم يقبلها كما إذا كان خنزيراً لم تثبت الإباحة ولكن لا يخرج الفعل عن كونه اصطياداً مباحاً وإذا قبلها فإن كان مما يحل تناوله تثبت اباحته تناوله لغير السماع من البهائم والطيور وإن كان مما لا يحل تناوله تثبت اباحته جلده فثبت أن فعله وقع اصطياداً وإباحة التناول وغيره مما يتعلق بالهلال ليس يخرج له عن ذلك وإذا وقع اصطياداً كان كأنه رمى إلى صيد فأصاب غيره وقوله (وان تبين أنه حس آدمي) قدمناه آنفاً وقوله (لان الفعل ليس باصطياد) إذا لاصطياد عبارة عن تحصيل متوحش وعلى هذا فالداجن الذي يأوى البيوت أهلي والظبي الموثق أي المشدود بالوثاق بمنزلة أي بمنزلة الآدمي لما ينسأ أن الفعل ليس باصطياد ثم إذا جهل توحش المقصود برمييه يعتبر فيه الأصل وعلى هذا يخرج المسئلتان المذكورتان في الكتاب وقوله (وفي أخرى عنه لا يحل لأنه لا ذكاه فيهما) يشير إلى أن كون ما تبين حسه من الصيد من شرطه أن يكون حلأ كاه مشروطاً بالذبح حتى لو سمع حساً فظنه صيداً فرماه فأصاب (١٨٣)

ووجه الظاهر أن اسم الاصطياد لا يختص بالآ كول فوقع الفعل اصطياداً وهو فعل مباح في نفسه وإباحة التناول ترجع إلى المحل فثبت بقدر ما يقبله للحما وجلد أو فلا تثبت إذا لم يقبله وإذا وقع اصطياداً صار كأنه رمى إلى صيد فأصاب غيره (وان تبين أنه حس آدمي أو حيوان أهلي لا يحل المصاب) لان الفعل ليس باصطياد (والظبي الداجن الذي يأوى البيوت أهلي والظبي الموثق بمنزلة لما ينسأ (ولورمى إلى طائر فأصاب صيداً من الطائر ولا يدري وحشي هو أو غير وحشي حل الصيد) لان الظاهر فيه التوحش (ولورمى إلى بغيره فأصاب صيداً ولا يدري ناد هو أم لا يحل الصيد) لان الأصل فيه الاستئناس (ولورمى إلى سمكة أو جرادة فأصاب صيداً يحل في رواية عن أبي يوسف) لأنه صيد وفي أخرى عنه لا يحل لأنه لا ذكاه فيهما (ولورمى فأصاب السموع حسه وقد ظنه آدمياً فأذاه صيداً يحل) لأنه لا معتبر بظنه مع تعيينه (فإذا سمى الرجل عند رمي أكل ما أصاب إذا جرح السهم فإنت) لأنه ذابح بالرمي لسكون السهم آله فقتلته التسمية عنده وجميع البدن محل لهذا النوع من الذكاه ولا بد من الجرح ليحقق معنى الذكاه على ما بيناه قال (وان أدر كرهه حياد كاه) وقد بيناه بوجوهها والاختلاف فيها في الفصل الأول فلانعيده

ظبياً ثم تبين أن السموع حسه سمكة لم يؤكل الصيد ولو سمع حساً وظنه آدمياً فرماه فأصاب السموع حسه وهو صيد حل لأنه لا معتبر بظنه مع تعيين كونه صيداً فان قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين التي تقدمت وهي أن من سمع حساً وظنه صيداً فرماه فأصاب صيداً ثم تبين أنه حس آدمي أو حيوان أهلي لا يحل المصاب مع أنه لم يقصد رمي الآدمي وفي هذه المسئلة قصد رمي الآدمي ورمي الآدمي ليس باصطياد وقد حل المصاب والقياس أما شمول الحل أو شمول عدمه أو انعكاس الجواب في المسئلتين وذلك

وقدم وجه تقديم الأول (قوله والظبي الموثق بمنزلة) قال أكثر الشراح منهم صاحب العناية أي بمنزلة الآدمي أقول هذا التفسير ليس بجيد إذا تظاهر أن الظبي الموثق بمنزلة الحيوان الأهلي دون الآدمي إذ لا مناسبة بين الإنسان والحيوان بخلاف الحيوانات فان قلت المراد بكون الظبي الموثق بمنزلة الآدمي مجرد كونه غير صيد كالأدمي لا الاشتراك في جميع الأوصاف فلا محذور في جعله بمنزلة الآدمي قلت لو كان مراد المصنف هذا المعنى لقال والظبي الداجن الذي يأوى البيوت والظبي الموثق بمنزلة إذ لا فرق بينهما في مجرد كونهما غير صيد ولما فصل بينهما فقال والظبي الداجن الذي يأوى البيوت أهلي والظبي الموثق بمنزلة علم أن المراد ليس بمجرد أن لا يكون صيداً بل الاشتراك في بعض الأحوال أيضاً فالوجه في تفسير قول المصنف والظبي الموثق بمنزلة ما ذكره صاحب العناية حيث قال أي الظبي

أنه لما حل المصاب مع اقتران ظنه بأنه آدمي ففيما إذا اقترن ظنه بأنه صيداً ولو أنه لم يقع فعله اصطياداً نظر إلى قصده قال فلا يحل المصاب ههنا وحل هناك لذلك أوجب بأن الفرق ما أشار إليه بقوله لأنه لا معتبر بظنه مع تعيين كونه صيداً أو بيانه أن في المسئلة الأولى أصاب سهمه غير السموع حسه والسموع حسه ليس بصيد فكان فعله متوجهاً إلى غير الصيد نظراً إلى فعله الذي توجه للسموع حسه وهو ليس بصيد فلم يكن فعله اصطياداً وحل الصيد إنما يحصل بوجود فعل الاصطياد فلم يحل أكله لانعدام فعل الاصطياد وأما ما ههنا فسمه أصاب عين السموع حسه وعينه صيد فكان الفعل واقعاً على الصيد وهو الاصطياد بحقيقته فلما وجد الاصطياد بحقيقته لم يعتبر بظنه ذلك الخالف لفعله الذي هو اصطياد بحقيقته والظن إذا وقع مخالفاً لحقيقة فعله كان الظن لغواً فيحل أكل المصاب لو جرد فعل الاصطياد وقوله (على ما بيناه) يعني في فصل الجسوارح بقوله ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية الخ

(قوله والظبي الموثق أي المشدود بمنزلة أي بمنزلة الآدمي) أقول ولعل الأولى أي بمنزلة الأهلي (قوله نظر إلى فعله الذي توجه إلى السموع حسه وهو ليس بصيد) أقول فكان ظنه هنا أيضاً مخالفاً لحقيقة فعله فلا يعتبر الظن فلا يكون فعله صيداً

وقوله (فحامل) التحامل في المشى ان يتكلفه على مشقة واعياء يقال تحاملت في المشى وقوله (حتى اصابه ميتاً كل) قيل اذا وجدته وفيه جراحة سهمه لا غير واما اذا وجدته وفيه جراحة اخرى فليس له ان يأكله ترك الطلب أو لم يترك كما سيجي لانه ظهر لونه شيان أحدهما يوجب الحبل والاخر يوجب الحرمة فيغلب الموجب للحرمة وقال الشافعي يؤكل لانه ظهر لونه سبب وهو ما كان معناه من الرمي والحكم متى ظهر عقيب سبب يحال عليه كالجرح انسانا فلم يزل صاحب فراش حتى مات يجعل قاتلا فلما وجد فيه جرح غيره كان القتل منه وهو ما والموهوم في هذا كالتحقق لقوله صلى الله عليه وسلم لعل هوام الارض قتلتها فله حين اهدى رجل اليه عليه السلام صيدا فقال من أين لك هذا قال كنت رميته بالامس وكنت في طابه حتى حال بيني وبينه ظلمة الليل ثم وجدته اليوم ميتا وفيه مزر راق وهو الرمح الصغير فقال عليه الصلاة والسلام لا أدري لعل هوام الارض قتلتها الحديث وهو كما يدل على حرمة ذلك يدل على حرمة ما اذا قعد عن طلبه ثم وجدته ميتا وقوله (ولان احتمال الموت) دليل معقول على ذلك فان قيل هذا الاحتمال باق اذا كان في طلبه أيضا أجاب بقوله الا أنا أسقطنا اعتباره مادام في طلبه ضرورة ان الاصطيد لا يعرى عن ذلك ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لامكان الاحتراز عن توارى يكون بسبب عمله وقوله (والذي رويناه حجة على مالك في قوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت يحل) يعني وان رأى فيه أن يسهل واحتج على ذلك بأنه سمع أهل العلم كذلك وكانه بنى الأمر على الغالب لانه اذا بات عنه قعد عن طلبه غالباً ووجه كون ما رويناه حجة عليه انه كره أكل الصيد اذا غاب عن الرمي فان قيل ان كان ما روى عنه عليه السلام من كراهته أكل الصيد اذا غاب عن الرمي حجة عليه فقوله عليه الصلاة والسلام لعل هوام الارض قتلتها حجة على ما مر من قصته فانه عليه الصلاة والسلام قال لمن حال بينه وبين الصيد ظلمة الليل فالجواب أن الاصل أن خصوص السبب غير معتبر واعتبار قتل (١٨٣) الهوام عند الغيبة موجود فيكون حراما

(قوله كالجرح انسانا فلم يزل صاحب فراش حتى مات يجعل قاتلا) أقول لم يظهر فيما ذكره الموت سبب آخر غير الجرح بخلاف المسئلة المذكورة (قوله وهو كما يدل على حرمة ذلك الخ) أقول في دلالتيه على التحريم كلام ثم قوله على حرمة ذلك أي حرمة ما فيه جراحة أخرى (قوله لان

قال) واذا وقع السهم بالصيد فحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى اصابه ميتاً كل وان قعد عن طلبه ثم اصابه ميتاً يؤكل لما روى عن النبي عليه السلام انه كره أكل الصيد اذا غاب عن الرمي وقال لعل هوام الارض قتلتها ولان احتمال الموت بسبب آخر قائم فما ينبغي أن يحل أكله لان الموهوم في هذا كالتحقق لما روينا الا أنا أسقطنا اعتباره مادام في طلبه ضرورة ان لا يعرى الاصطيد عنه ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لامكان التعرز عن توارى يكون بسبب عمله والذي رويناه حجة على مالك في قوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت يحل فاذا بات ليلة لم يحل

المصيد بمنزلة الطير الداجن الذي يابى البيوت انتهى (قوله واذا وقع السهم بالصيد فحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى اصابه ميتاً كل وان قعد عن طلبه ثم اصابه ميتاً يؤكل) قال الزبلي في شرح الكتير وجعل فاضحان في فتاواه من شرط حل الصيد أن لا يتوارى عن بصره فقال لانه اذا غاب عن بصره بما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس رضي الله عنهما كل ما أصيبت ودع

الموهوم كالتحقق لما روينا) أقول فلا يكون هذا له المستقلا قال المصنف والذي رويناه حجة على مالك في قوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت يحل فاذا بات ليلة لا يحل) أقول وجعل فاضحان في فتاواه من شرط حل الصيد أن لا يتوارى عن بصره فقال لانه اذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس كل ما أصيبت ودع ما أعتت والاصنام ما رآه والاشجار ما توارى عنك وهذا نص على أن الصيد يحرم بالتوارى وان لم يقعد عن طلبه واليه أشار صاحب الهداية أيضا بقوله والذي رويناه حجة على مالك في قوله وان توارى عنه اذا لم يبت ليلة يحل فاذا بات لا يحل وهذا يشير الى أنه اذا توارى عنه لا يحل عندنا وان لم يقعد عن طلبه فيكون مناقضا لقوله في أول المسئلة واذا وقع الصيد بالسهم فحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى اصابه ميتاً كل وان قعد عن طلبه ثم اصابه ميتاً يؤكل فبني الامر على الطلب وعدمه لاعلى التوارى وعدمه وعلى هذا أكثر كتب فقه أصحابنا ولو حل ما ذكره على ما اذا قعد عن طلبه كان يستقيم ولم يتناقض ولكنه خلاف الظاهر كذا في شرح الزبلي أما نص عبارة فاضحان فهي والسابع أن لا يتوارى عن بصره ولا يقعد عن طلبه فيكون في طلبه ولا يشتغل بعمل آخر حتى يجده لانه اذا غاب عن بصره الخ انتهى ونحن نقول ليس فيه جعل عدم التوارى شرطا بخصوصه كما ترى وما يدل عليه تعليقه الذي ذكره من كونه شرطا بخصوصه فأمره سهل اذا المراد اذا غاب عن بصره وهو قاعد عن طلبه بقريته وضع المسئلة وأما اذا لم يقعد عن طلبه ضرورة فليستأمل وراجع النهاية فانه ذكر حديث ابن عباس رضي الله عنهما (قوله ووجه كون ما رويناه حجة عليه أنه كره أكل الصيد الخ) أقول فيه بحث (قوله فقوله صلى الله تعالى عليه وسلم لعل هوام الارض قتلتها حجة على ما مر) أقول فيه بحث لانه حجة عليه حيث أحله وان رأى فيه أن يسهل فان احتمال قتل الهوام مع أنه لا جراحة فيه اذا كان محرما فمافيه اذا وجدت الجراحة أولى أن يكون محرما والظاهر أن يقول فكرهته صلى الله عليه وسلم لصيد من حال بينه وبين صيده ظلمة الليل حجة له

وقوله (ولو وجد به جراحة) قدمناه والخلاف (١٨٤) فيه وقوله (لانه موهوم يمكن الاحتراز عنه) لان الصيد قد يتخلو عن رمي الغير فاعتبر

(ولو وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل) لانه موهوم يمكن الاحتراز عنه فاعتبر محرما بخلاف وهم الهوام والجواب في ارسال الكلب في هذا كالجواب في الرمي في جميع ما ذكرناه قال (واذا رمي صيدا فوق في الماء أو وقع على سطح أو جبل ثم تردى منه الى الارض لم يثوكل) لانه المتردية وهي حرام بالنص ولانه احتمال الموت بتغير الرمي اذا الماء مهلك وكذا السقوط من عال يؤيد ذلك قوله عليه السلام لعدي رضى الله عنه وان وقعت رميتك في الماء فلا تأكل فانك لا تدري ان الماء قتله أو سهمك (وان وقع على الارض ابتداء كل) لانه لا يمكن الاحتراز عنه وفي اعتباره سد باب الاصطياد بخلاف ما تقدم لانه يمكن التحرز عنه فصار الاصل أن سبب الحرمة والحل اذا اجتمعا وأمكن التحرز عما هو سبب الحرمة ترجح جهة الحرمة احتياطا وان كان مما لا يمكن التحرز عنه جرى وجوده بحجري عدمه لان التكليف بحسب الواسع فمما يمكن التحرز عنه اذا وقع على شجر أو حائط أو آجرة ثم وقع على الارض أو رماه وهو على جبل فتدري من موضع الى موضع حتى تردى الى الارض أو رماه فوق وقع على ربح منصوب أو على قصبة قائمة أو على حرف آجرة لاحتمال أن حده هذه الاشياء قتله ومما لا يمكن الاحتراز عنه اذا وقع على الارض كما ذكرناه أو على ما هو في معناه كجبل أو ظهر بيت أو لبنة موضوعة أو صخرة فاستقر عليها الان وقوعه عليه وعلى الارض سواء وذ كرفي المنتقى لو وقع على صخرة فانشق بطنه لم يثوكل لاحتمال الموت بسبب آخر وصحة الحماكم الشهيد وجعل المطلق المروي في الاصل على غير حالة الانشقاق وجعل شمس الأئمة السرخسي رحمه الله على ما أصابه حد الصخرة فانشق بطنه بذلك وجعل المروي في الاصل على أنه لم يصبه من الآجرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليه وذلك عفوه وهذا أصح وان كان الطير مائة فان كانت الجراحة لا تنفخ في الماء كل وان انقسمت لا يثوكل

ما أئمت والاصم ما رأيت والاعاء ما توارى عنك وهذا نص على أن الصيد يحرم بالتواري وان لم يقعد عن طلبه انتهى أقول ليس الأمر كما زعمه الزبلي فان الامام قاضيان لم يجعل في فتاواه من شرط حل الصيد عدم التواري عن بصره بخصوصه بل جعل من شرط ذلك أحد الأمرين عدم التواري عن بصره وعدم القعود عن طلبه حيث قال والسابع يعني الشرط السابع أن لا يتواري عن بصره أولا لا يقعد عن طلبه فيكون في طلبه ولا يشتغل بعمل آخر حتى يجده لانه اذا غاب عن بصره بما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس رضى الله عنهم ما كل ما أصميت ودع ما أئمت والاصم ما رأيت والاعاء ما توارى عنك انتهى ولا شك أن قوله والسابع أن لا يتواري عن بصره ولا يقعد عن طلبه نص على أن الصيد لا يحرم بمجرد التواري عن بصره اذا لم يقعد عن طلبه بل انما يحرم بالتواري عن بصره والقعود عن طلبه معا أو ما قوله لانه اذا غاب عن بصره بما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل فالظاهر أن المراد به أنه اذا غاب عن بصره وقعد عن طلبه بقرينة سياق كلامه وأما اذا لم يقعد عن طلبه فيعذر فيه للضرورة لعدم إمكان التحرز عن توارى الصيد عن بصر الرامي فكان في اعتبار عدم التواري مطلقا حرج عظيم والحرج مدفوع بالنص وقد أشار اليه المصنف بقوله الا أنا أسقطنا اعتباره مادام في طلبه ضرورة أن لا يعرى الاصطياد عنه ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لامكان التحرز عن توارى يكون بسبب عمله وذ كرفي الشروح والكافي انه صلى الله عليه وسلم مر باروا على جوار وحش عقير فتبادر أصحابه اليه فقال صلى الله عليه وسلم دعوه فسيأتي صاحبه فجاء رجل فقال هذه رميتي وأنا في طلبها وقد جعلت لك فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أبابكر فقسهما بين الرفاق انتهى (قوله وان وقع على الارض ابتداء كل) قال في العناية أخذ من النهاية يعني اذا لم يكن على الارض ما يقتله كجد الرمح والقصبة المنصوبة على ما سيجي انتهى أقول هذا التعميد مستغنى عنه بالكلية فهنا اذا تظاهر أن الوقوع على

محرما بخلاف وهم الهوام فان الاحتراز عنه غير يمكن لان الصيد لا بد أن يقع على الارض والارض لا يتخلو عنها فلا يحل محرما اذا لم يقعد عن الطلب قال (واذا رمي صيدا فوق في الماء) الخ) كلامه واضح وهو في المعنى مقيد بان لا يكون الجرح مهلكا في الحال على ما سيأتي قوله (وكذا السقوط من عال) وهو في بعض النسخ من علوه وهو لغة في الاول مضموما ومفتوحا ومكسورا وقوله (وان وقع على الارض ابتداء كل) يعني اذا لم يكن على الارض ما يقتله كجد الرمح والقصبة المنصوبة على ما سيجي (وقوله وذ كرفي المنتقى) يريد بيان ما وقع من الاختلاف بين رواية الاصل وهي قوله أو صخرة فاستقر عليها وبين رواية المنتقى وصحح الحماكم رواية المنتقى وجعل المطلق المروي في الاصل من قوله فاستقر عليها على غير حالة الانشقاق وجعل شمس الأئمة السرخسي روايه المنتقى على ما أصابه حد الصخرة فانشق بطنه لذلك وجعل المروي في الاصل على أنه لم يصبه من الآجرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليه وذلك عفوه كما اذا وقع على الارض وانشق بطنه

وفي الجملة قلنس في المسئلة وابتان وهذا أي ما فعله شمس الأئمة أصح لان المذكور في الاصل مطلق فيجوز على اطلاقه وجعله كما في غير حالة الانشقاق فيحوج الى الفرق بين الجبل والارض في الانشقاق فانه لو انشق بوقوعه على الارض أكل وقد ذكرناه في معناه

وقوله ( كما اذا وقع في الماء ) وقوله ( وما اصاب المعراض بعرضه ) المعراض سهم لاريش له يمضي عرضا فيصيب بعرضه لاجدود البندق طينة مسدورة يرمى بها وقوله ( اذا لم يخزق ) بالزاي المعجمة خزق المعراض ( ١٨٥ ) أي نفذ وباراء المهملة خطأ وقوله

( وكذلك ان جرحه ) يعني اذارماه بجرحه فان كان ثقيلاً وبه حدة فالوا لا يؤكل لاحتمال أن قتله بنفسه وان كان خفيفاً وبه حدة أو كل والمسروة حجر أبيض رقيق كالسكين يذبح به واللهم يستعمل عقبيه الا اذا كان المستثنى عز بزنادرا ايذانا بأنه بلغ في السدرة حد الشذوذ وقوله ( قيل لا يحل ) هو قول أبي القاسم الصفار ووجهه أن الدم النجس لم يسلب فلا يكون معنى الذبح وقيل يحل وهو قول أبي بكر الاسكاف لوجود الذكاة بين اللبنة واللحمين والدم قد يحتبس لغظته أو لضيق المنفذ وقوله ( وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه ) يريد به قول أبي القاسم الصفار فانه شرط سيلان الدم قال ( وان رمى صيد الخ ) اذا قطع بالرمي عضوا من الصيد أو كل الصيد لما بينا ان الرمي مع الجرح مبيح وقد وجد ولا يؤكل العضوان أمكن حياته بعد الابانة وان لم يمكن أو كلا وقال الشافعي وهو مذعب ابن أبي ليلى ان مات الصيد منه أو كل لانه مبان بذكاة الاضطراد وكل ما كان كذلك حل المبان

كما اذا وقع في الماء قال ( وما اصابه المعراض بعرضه لم يؤكل وان جرحه يؤكل ) لقوله عليه السلام فيه ما اصاب بجده فكل وما اصاب بعرضه فلانا كل ولانه لا يدمن الجرح ليحقق معنى الذكاة على ما قدمناه قال ( ولا يؤكل ما اصابته البندق فمات بها ) لانها تدق وتنكسر ولا تجرح فصار كالمعراض اذا لم يخزق وكذلك ان رماه بجرحه فكل وان جرحه قالوا تأويله اذا كان ثقيلاً وبه حدة لاحتمال أنه قتله بنفسه وان كان الجرح خفيفاً وبه حدة يحل لتعين الموت بالجرح ولو كان الجرح خفيفاً وجعله طويلاً كالسهم وبه حدة فانه يحل لانه يقتله بجرحه ولورماه بمروءة جديدة ولم تبضع بضعاً لا يحل لانه قتله ذكاً وكذا اذارماه بها فان رأسه أو قطع أو داحه لان العروق تنقطع بنقل الحجر كما تنقطع بالقطع فوق الشك أو لعلمه مات قبل قطع الاوداج ولورماه بعصاً أو بعود حتى قتله لا يحل لانه يقتله ثقباً لا جرحاً اللهم الا اذا كان له حدة يبضع بضعاً فحينئذ لا بأس به لانه بمنزلة السيف والرمح والاصل في هذه المسائل أن الموت اذا كان مضافاً الى الجرح يبقى كالمصيده لا اذا كان مضافاً الى الثقل بيقين كان حراماً وان وقع الشك ولا يدري مات بالجرح أو بالثقل كان حراماً احتياطاً وان رماه بسيف أو بسكين فأصابه بجرحه حل وان اصابه بقفا السكين أو بمقبض السيف لا يحل لانه قتله ذكاً والحديد وغيره فيه سواء ولورماه بجرحه ومات بالجرح ان كان الجرح مدمياً يحل بالاتفاق وان لم يكن مدمياً فكذلك عند بعض المتأخرين سواء كانت الجراحة صغيرة أو كبيرة لان الدم قد يحتبس بضيق المنفذ أو غلظ الدم وعند بعضهم يشترط الادماء لقوله عليه السلام ما أنهر الدم وأفرى الاوداج فكل شرط الانهار وعند بعضهم ان كانت كبيرة حل بدون الادماء ولو ذبح شاهة ولم يسلب منه الدم قبل التحل وقيل يحل ووجه القولين دخل فيما ذكرناه واذا اصاب السهم ظلف الصيد أو قرنه فان ادماء حل والافلا وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه قال ( واذا رمى صيداً فقطع عضواً منه أو كل الصيد ) لما بيناه ( ولا يؤكل العضو ) وقال الشافعي رحمه الله أكل ان مات الصيد منه لانه مبان بذكاة الاضطراد فيحل المبان

نحو حد الرمح والقصبه المنصوبة بليس بوقوع على الارض ولهذا جعل المصنف الاول قسماً للثاني فيما سيجي وهو حد الاول مما يمكن التحرز عنه والثاني مما لا يمكن التحرز عنه فلا يحتمل أن يتناول قوله ههنا وان وقع على الارض ابتداء ما وقع على نحو حد الرمح والقصبه المنصوبة حتى يحتاج الى أن يقال يعني اذا لم يكن على الارض ما يقتله كحد الرمح والقصبه المنصوبة على ماسيجي ( قوله وان لم يكن مدمياً فكذلك عند بعض المتأخرين سواء كانت الجراحة صغيرة أو كبيرة لان الدم قد يحتبس لضيق المنفذ أو غلظ الدم ) أقول رد على ظاهر هذا التعليل أنه قد تقرر في كتاب الذبائح أن المقصود بالذبح هو اخراج الدم النجس وان الجرح في أي موضع كان من البدن ذبح اضطراراً يصار اليه عند الجرح عن الذبح الاختياري وهو الجرح فيما بين اللبنة واللحمين وان في كل من الذبحين اخراج الدم الا ان الاختياري أعمل فيه من الاضطراري فكون الدم محتبساً لضيق المنفذ أو غلظ الدم لا يقتضي حل أو كل الجروح بالرمي بدون الادماء بل يقتضي حرمة بناء على عدم حصول المقصود بالذبح ويمكن الجواب بان معنى هذا التعليل أن الدم قد يحتبس لضيق المنفذ أو غلظ الدم فلا يمكن اخراجه ففي اعتبار الادماء جرح فاكنتي بما هو سببه في الغالب وهو الجرح فتأمل ( قوله وعند بعضهم يشترط الادماء لقوله صلى الله عليه وسلم ما أنهر الدم وأفرى الاوداج فكل شرط الانهار ) أقول لما منع أن يمنع دلالة الحديث المذكور على شرط الانهار بناء على عدم القول بفهوم المخالفة تدبر تفهم وطعن فيه صاحب الغاية

( ٣٤ - تكمله ثامن ) قال المصنف لقوله عليه الصلاة والسلام ما أنهر الدم وأفرى الاوداج فكل شرط الانهار الخ ) أقول قال الاتقاني وهذا ضعيف عندى لانه كما شرط الانهار شرط فري الاوداج أيضاً وفي ذكاة الاضطراد كما لا يشترط فري الاوداج فكذلك لا يشترط الانهار انتهى وفيه بحث اذا ملازمة بينهما وعدم اشتراط الاول في ذكاة الاضطراد بل لا بدليل في الثاني

(والمبان منه كما إذا بين الرأس بذكاة الاختيار) وذلك لان قطع أى عضو كان في ذكاة الاضطرار كقطع الرأس في ذكاة الاختيار والرأس يؤكل في ذكاة الاختيار فكذلك العضو والمبان في ذكاة الاضطرار (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام ما بين من الحى فهو ميت) ووجه الاستدلال انه ذكر الحى مطلقا والمطلق ينصرف الى الفرد الكامل والكامل هو الحى حقيقة وحكا والعضو المبان بهذه الصفة يعنى أي من الحى حقيقة وحكا ما حقيقة فليقيام الحياتية وأما حكا فلانه يتوهم حياته بعد ابانة هذا العضو ولهذا أى وليكونه حيا حكا اعتبره الشرع حتى لو وقع في الماء (١٨٦) وفيه حياة بهذه الصفة لم يؤكل لجواز أن يكون موته بوقوعه

في الماء وقوله (أبين بالذكاة) ذكره ليحيب عنه بقوله قلنا وتقرر برسلنا ان ما بين بالذكاة يؤكل ولكن لاذكاة ههنا لان هذا الفعل وهو ابانة العضو حال وقوعه ليس بذكاة لبقاء الروح في الباقي على وجه يمكن الحياة بعده اذ الفرض ذلك والجرح يعتبر ذكاة اذا مات منه أو يكون على وجه لا يمكن الحياة بعده وهذا الوجهه وفيه من الحياة فوق ما في المذبوح لا بد من ذبحه وعند زوال الروح وان كان ذكاة بالنسبة الى الصيد لكنه ليس بذكاة بالنسبة الى المبان لعدم تأثيره في موته لفقده الحياة فيه حينئذ فان قيل فليكن ذكاة المبان بتبعية الاكثر اذا مات من ذلك القطع أجاب بقوله ولا تبعية يعنى الأقل يتبع الاكثر اذ لم يتفصل عنه وههنا قد انفصل فزالت التبعية والاصل المذكور في الكتاب ظاهر وقوله

والمبان منه كما إذا بين الرأس بذكاة الاختيار بخلاف ما اذا لم يمت لانه ما بين بالذكاة ولنا قوله عليه السلام ما بين من الحى فهو ميت ذكر الحى مطلقا فينصرف الى الحى حقيقة وحكا والعضو المبان بهذه الصفة لان المبان منه حى حقيقة لقيام الحياة فيه وكذا حكا لانه يتوهم سلامته بعد هذه الجراحة ولهذا اعتبره الشرع حيا حتى لو وقع في الماء وفيه حياة بهذه الصفة يحرم وقوله أبين بالذكاة قلنا حال وقوعه لم يقع ذكاة لبقاء الروح في الباقي وعند زواله لا يظهر في المبان اعدام الحياة فيه ولا تبعية لزوالها بالانفصال فصار هذا الحرف هو الاصل لان المبان من الحى حقيقة وحكا لا يحل والمبان من الحى صورة لا حكا يحل وذلك بأن يبقى في المبان منه حياة بقدر ما يكون في المذبوح فانه حياة صورة لا حكا ولهذا لو وقع في الماء وبه هذا القدر من الحياة أو تردى من جبل أو سطح لا يحرم فتخرج عليه المسائل فنقول اذا قطع بدا أو رجلا أو فخذ أو ثلثه مما يلي القوائم أو أقل من نصف الرأس يحرم المبان ويحل المبان منه لانه يتوهم بقاء الحياة في الباقي (ولو قد نصفه أو قطعه أو نالنا والاكثر مما يلي العجز أو قطع نصف رأسه أو أكثر منه يحل المبان والمبان منه) لان المبان منه حى صورة لا حكا اذ لا يتوهم بقاء الحياة بعد هذا الجرح والحديث وان تناول السمك وما بين منه فهو ميت الا أن ميتته خلال بالحديث الذي روينا (ولو ضرب عنق شاة فأبان رأسها يحل لقطع الاوداج) ويكره هذا الصنيع لابلغاه النخاع وان ضرب به من قبل الفقاان مات قبل قطع الاوداج لا يحل وان لم يمت حتى قطع الاوداج حل ولو ضرب صيدا فقطع بدا أو رجلا ولم يمت ان كان يتوهم الالتئام والاندمال فاذا مات حل كله) لانه بمنزلة ساثر أجزائه وان كان لا يتوهم بأن يمتعلق بجملته حل ماسوا لوجود الابانة معنى والعمرة للعاني قال (ولا يؤكل صيد الجوسى والمرتد والوثني) لانهم ليسوا من أهل الذكاة على بيناه في الذبائح ولا بد منها في اباحة الصيد بخلاف النصراني واليهودى لانهم من أهل الذكاة اختيارا فكذا اضطرارا

بوجه آخر حيث قال وهو ذكاة ضعيف عنده لانه كما شرط النهار شرط فرى الاوداج أيضا وفي ذكاة الاضطرار لا يشترط فرى الاوداج فكذا لا يشترط النهار انتهى أقول ليس هذا بصديد لان عدم اشتراط فرى الاوداج في ذكاة الاضطرار للعجز عنه ولزوم الجرح في اشتراطه وهذا غير متحقق في النهار اذ لا يعجز عن الجرح بل يرب ثمان الجرح لا ينفك عن النهار في الغالب فلا جرح في اشتراط النهار على رأى ذلك البعض فافتقر (قوله ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ما بين من الحى فهو ميت ذكر الحى مطلقا فينصرف الى الحى حقيقة وحكا والعضو المبان بهذه الصفة) قال الشراح يعنى أنه ذكر الحى مطلقا والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل هو الحى حقيقة وحكا والعضو المبان بهذه الصفة أى أبين من الحى حقيقة وحكا أقول المقدمة القائلة ان المطلق ينصرف الى الكامل شائعة في السنة الفقهاء وكتب أصحابنا لكنها مخالفة في الظاهر لما تقر في أصول أئمتنا من أن حكم المطلق أن يجري على

(والاكثر مما يلي العجز) احتراز عما اذا كان الاكثر مما يلي الرأس فانه يؤكل الاكثر لا غير وهذا لان الاوداج قال من القلب الى الدماغ فان أبان الثلث مما يلي العجز لم يقع الفعل ذكاة لعدم قطع الاوداج وانما وقعت بموته والجزء مبان عند ذلك وأما اذا أبان الثلث مما يلي الرأس فقد وقع الذكاة بقطع الاوداج بنفسه وحينئذ لم يكن الجزء مبانا للباقي ظاهر وقوله (ولا يؤكل صيد الجوسى) مبناه ما تقدم أن غير أهل الكتاب من الكفار ليس بأهل الذكاة الاختيارية ولا بد منها في اباحة الصيد

(قوله وتقرر برسلنا الخ) أقول هذا التسليم لا يلزم أن يكون مسبوقا بالمنع ليرد أنه لا وجه له

قال (ومن رمى صيدا فأصابه ولم يتخذه الخ) اعلم أن الرجلين إذا رما صيدا فإذ انقسم إلى قسمين إما أن يرمياه معا أو متعاقبا والاول على  
 أوجه فانه إذا رماه معا فاما أن يصيب أحدهما أولا فان أصاب فاما أن يتخذه قبل اصابة الثاني أولا والثاني كذلك فانه إما أن  
 رماه الثاني قبل اصابة السهم الاول أو بعد فان كان الثاني فاما أن يتخذه الاول أو لم يتخذه والاول بوجوده والوجه الاول من الثاني  
 غير مذكور في الكتاب وأنا أذكر ذلك تكية للإفادة فان رماه معا أو أصابا معا فقتلاه فهو لهما جميعا وبؤ كل لان كل واحد منهما رمى الى  
 صيد مباح فيجوز تناوله اعتبارا بحاله الرمي فانه كان صيدا حال رميهما فوقع فعل كل واحد منهما ذكاة وأصاب الرميتهان معا فاستويا  
 في السببية وذلك يوجب المساواة في الملك وان رماه معا فأصابه سهم أحدهما أولا فأتخذه أي أضعفه وأخرجه عن حيز الامتناع ثم  
 أصاب سهم الآخر فقتله فهو للاول وحل أكله عندنا خلافا لزم وهو يعتبر حالة الاتصال والسهم الثاني أصابه وهو غير متمتع فصارت كالمو  
 رمى شاه ونحن نعتبر للحل حالة الارسال لان الاصابة بالحمل تبخه ولهذا تعين التسمية (١٨٧) حالة الارسال والارسال قد حصل

منهما والحمل صيد فلم يتعلق  
 بالثاني حذر للملك حالة  
 الاتصال لان الملك يتصل  
 بالحمل وسهم الاول أخرجه  
 عن حيز الامتناع فلكه  
 قبل أن يتصل به الثاني وان  
 لم يتخذه فهو للثاني وهو  
 ظاهر وان رماه الثاني بعد  
 رماه الاول قبل أن يصيب  
 سهمه وهو الاول من  
 القسم الثاني فلكه حكم  
 مالورمياه معا هو لهما  
 وحل أكله وأما المذكور  
 في الكتاب فقد أمعن  
 المصنف في بيانه ونشير الى  
 بعض ألفاظه ان خفي  
 فقوله (هذا) اشارة الى قوله  
 ولم يؤكل

قال (ومن رمى صيدا فأصابه ولم يتخذه ولم يخرج به عن حيز الامتناع فرماه آخر فقتله فهو للثاني ويؤ كل)  
 لانه هو الاخذ وقد قال عليه السلام الصيدين أخذ (وان كان الاول أتخذه فرماه الثاني فقتله  
 فهو للاول ولم يؤكل) لاحتمال الموت بالثاني وهو ليس بذكاة للقدره على ذكاة الاختيار بخلاف  
 الوجه الاول وهذا اذا كان الرمي الاول بحال يخومنه الصيد لانه حينئذ يكون المسوت مضافا الى الرمي  
 الثاني وأما اذا كان الاول بحال لا يسلم منه الصيد بان لا يبقى فيه من الحياة الا بقدر ما يبقى في المذبوح  
 كما اذا بان رأسه يحل لان الموت لا يضاف الى الرمي الثاني لان وجوده وعدمه بمنزلة وان كان الرمي الاول  
 بحال لا يعيش منه الصيد الا أنه بقي فيه من الحياة أكثر مما يكون بعد الذبح بان كان يعيش يوما أو دونه  
 فعلى قول أبي يوسف لا يجرم بالرمي الثاني لان هذا القدر من الحياة لا عبرة بها عنده وعند محمد يجرم  
 لان هذا القدر من الحياة معتبر عنده على ما عرف من مذهبه فصارت الجواب فيه والجواب فيما اذا كان  
 الاول بحال لا يسلم منه الصيد سواء فلا يحل قال (والثاني ضامن لقيمه للاول غير ما نقصته جراحته)  
 لانه بالرمي أتلف صيدا مملو كله لانه ملكه بالرمي المتخذه وهو منقوص بجراحته وقيمة المتلف تعتبر يوم  
 الاتلاف قال رضي الله عنه تأويله اذا علم أن القتل حصل بالثاني بان كان الاول بحال يجوز أن يسلم  
 الصيد منه والثاني بحال لا يسلم الصيد منه ليكون القتل كله مضافا الى الثاني وقد قتل حيوانا مملو كما  
 للاول منقوصا بالجراحة فلا يضمه كذا كما اذا قتل عبد امرىضا

اطلاقه كما أن المقيد بحري على تقيده فتأمل في التوفيق (قوله) قال رضي الله عنه تأويله اذا علم أن القتل  
 حصل بالثاني بان كان الاول بحال يجوز أن يسلم الصيد منه الخ) أقول لقائل أن يقول تأويل  
 المسئلة ههنا بما ذكره بعد أن أولها مرة فيما قبل بقوله وهذا اذا كان الرمي الاول بحال يخومنه  
 الصيدي مستدركالان مجموع التأويل من متعلق بمسئلة واحدة مذكورة في مختصر القدروري وهي  
 قوله وان كان الاول أتخذه فرماه الثاني فقتله لم يؤكل والثاني ضامن لقيمه للاول غير ما نقصته جراحته  
 انتهى فلما أول المصنف قوله لم يؤكل عما اذا كان الرمي الاول بحال يخومنه الصيد تعين أن يكون  
 أيضا قوله والثاني ضامن لقيمه للاول غير ما نقصته جراحته فيما اذا كان الرمي الاول بحال يخومنه  
 الصيد لان قوله والثاني ضامن لقيمه للاول فرع قوله لم يؤكل فما عو شرط في الاصل شرط في الفرع

(قوله) فان أصاب فاما أن  
 يتخذه قبل اصابة الثاني أولا  
 والثاني كذلك أقول يعني  
 اذا رميا متعاقبا قال  
 المصنف أما اذا كان الاول  
 بحال لا يسلم منه الصيد بان لا يبقى فيه من الحياة الا بقدر ما يبقى فان لم يبق فيه من الحياة الا بقدر  
 ما يبقى في المذبوح يحل الخ وان بقي فيه أكثر مما يبقى في المذبوح الخ فاما ما ذكره بقوله بان لا يبقى الخ تفصيل لقوله أما اذا كان الاول بحال  
 لا يسلم منه الصيد كما لا يخفى (قوله اعتبارا بحال الرمي) أقول اعتبارا بحاله الرمي هنا ليس لانه لو اعتبر حالة الاتصال لم يحل فانه في تلك  
 الحالة أيضا صيد مباح بل يكون المنظور عند الثلاثة ذلك لدليل ساقهم اليه كما يذكره (قوله) هو يعتبر حالة الاتصال) أقول يعني  
 الاتصال بالحمل (قوله) والحمل صيد) أقول الواو حالية (قوله) ولللك حالة الاتصال) أقول عطف على قوله للحل في قوله ونحن نعتبر للحل (قوله)  
 وسهم الاول أخرجه) أقول الواو حالية (قوله) وان لم يتخذه) أقول معطوف على قوله فأخذه أي أضعفه الخ (قوله) حكمه حكم مالور  
 رمياه معا هو لهما ما وحل أكله) أقول لانه ههنا من تفصيل فان ما ذكره اذا أصاب السهمان معا وأما اذا أصاب الثاني بعد اصابة الاول  
 فاما أن أتخذه الاول أو لم يتخذه

وقوله (وان علم الموت حصل من الجراحتين أو لا يدري قال في الزيادة الخ) بيان لحكم الضمان ولم يذكر حكم الحبل وحكمه انه لم يؤكل لان احدي الرمييتين تعلق بها حظرها والاخرى تعلق بها الاباحة وانما لم يذكر المصنف لانه يعلم من ضمان اللحم وانما كان حكم صورته الجهالة وهي أن لا يدري أن الموت حصل بأيهما كصورة العلم بذلك لان كل واحد من الجراحتين سبب للقتل ظاهرا فيضاف اليهما قيل كان لو احب أن يسقط عنه ضمان نقصان الجراحة لدخوله تحت ضمان نصف القيمة وهو فاسد لان ضمان نقصان الجراحة انما هو بسبب قبل سبب ضمان نصف

(١٨٨)

بسبب قبل سبب ضمان نصف

يعنى أن ما تقدم كان فيما اذا كان الرامى الثاني غير الرامى الاول وهذا فيما اذا رماه الاول ثانيا قوله (فالجواب في حكم الاباحة الخ) يعنى لاقى حكم الضمان لان الانسان لا يضمن ملك نفسه بفعله لنفسه والباقي واضح

كتاب الرهن

وجه مناسبة كتاب الرهن لكتاب الصيد من حيث كونهما مسبيين لتحصيل المال ومن محاسنه حصول النظر لجانب الدائن والمدينين وسببه ما ذكرنا غير مرة وشرط جوازها وتفسيره ومشروعيتها وحكمه مذکور في الكتاب وسند كره شيئا فشيئا أما تفسيره فمأذ كره

(قال المصنف وان علم أن الموت حصل من الجراحتين أو لا يدري) أقول هذا يوهم أن بين المستثنين فرقا أعنى بين ما اذا حصل

وان علم أن الموت يحصل من الجراحتين أو لا يدري قال في الزيادة يضمن الثاني ما نقصته جراحته ثم يضمنه نصف قيمته مجرورا بجراحتين ثم يضمن نصف قيمة لحمه أما الاول فلانه جرح حيوانا لمؤكلا كالغدير وقد نقصه فيضمن ما نقصه أولا وأما الثاني فلان الموت حصل بالجراحتين فيكون هو متلفا نصفه وهو مؤكول لغديره فيضمن نصف قيمته مجرورا بالجراحتين لان الاولى ما كانت بصنعه والثانية ضمنها مرة فلا يضمنها ثانيا وأما الثالث فلان بالرعى الاول صار بحال يحمل بذكاة الاختيار ولارعى الثاني فهذا بالرعى الثاني أفسد عليه نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن النصف الاخر لانه ضمنه مرة فدخل ضمان اللحم فيه وان كان رماه الاول ثانيا فالجواب في حكم الاباحة كالجواب فيما اذا كان الرامى غيره ويصير كما اذا رمى صيدا على قلة جبل فأنتخه ثم رماه ثانيا فأنزله لا يحمل لان الثاني محرم كذا هذا قال (ويجوز اصطياد ما يؤكل كل لحمه من الحيوان وما لا يؤكل) لا تطلق ما تلونا والصيد لا يختص بما كول اللحم قال قائلهم

صيد الملوک أراذب و تعالب \* واذار كبت فصیدی الابطال  
ولان صيده سبب للانتفاع بجملده أو شعره أو ريشه أو لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع

كتاب الرهن

أيضا واذا علم أن الرعى الاول كان بحال يتخوم منه الصيد علم أن القتل حصل بالرعى الثاني فلا حاجة الى التأويل الثاني ثم أقول في الجواب ان كون الرعى الاول بحال يتخوم منه الصيدا انما يقتضى أن لا يحصل القتل بالرعى الاول فقط ولا يقتضى أن يحصل القتل بالرعى الثاني وحده لجواز أن يحصل من اجتماع الرميين اذ قد يكون في حالة الاجتماع ما لا يكون في حالة الانفراد ومراد المصنف بالتأويل الثاني التقييد عما علم كون القتل حاصلًا بالرعى الثاني وحده والمقصود منه الاحتراز عما ذكره بقوله وان علم أن الموت حصل من الجراحتين أو لا يدري ولا يقيد التأويل الاول بهذا التقييد لان القيد الذي ذكره أولا أعم تحققا من القيد الذي ذكره ثانيا لتناوله صورة أن يحصل القتل من مجموع الرميين كما يتناول صورة أن يحصل بالرعى الثاني وحده وانما المقصود من التأويل الاول الاحتراز عما اذا كان الرعى الاول بحال لا يسلم منه الصيد بان لا يبقى فيه من الحياة الا بقدر ما يبقى في المذبوح وعما اذا كان الرعى الاول بحال لا يعيش منه الصيد الا أنه يبقى فيه من الحياة أكثر مما يكون بعد الذبح كما فصله من قبل فلا استدرال أصلا بل أصاب كل من التأويلين مجرا

كتاب الرهن

مناسبة كتاب الرهن لكتاب الصيد من حيث ان كل واحد من الرهن والاصطياد سبب لتحصيل المال

القتل بالثاني وحده أو يوهما وليس كذلك بل لا فرق بينهما لانه في الموضوعين يضمن الثاني جميع قيمته غير ما نقصته جراحة الاول الرهن الا أنه بين في المسئلة الاولى جميع الحاصل وفي الثانية بين طريق الضمان نقل ذلك عن قاضيان أى عدم الفرق بين المستثنين الى آخر ما ذكره الامام الزهلى فراجع (قال المصنف قال قائلهم صيد الملوک أراذب و تعالب \* واذار كبت فصیدی الابطال) أقول البيت لعنزة العيسى وهو جاهلي وهم كانوا يأكلون الشعاب وما هو شر منها فان كان استدلاله بمافى تحريم أكل الشعاب خلاف بين علماء المسلمين فقد ذهب الشافعي وغيره الى القول بجمله وان كان استدلاله بصيد الابطال فقتل الابطال لا يسمى صيدا الا بقربنة فهو مجاز وذلك بمنزلة تسمية الشجاع أسدا ولا يصلح الاستدلال به على أن الصيد لا يختص بما كول اللحم



(الرهن لغة حبس الشيء بأي سبب كان وفي الشرع جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفاءه منه) أي استيفاء الحق من الرهن بمعنى المرهون (كالديون) وهو احتراز عن ارتها من الخروج عن الرهن عن الحدود والقصاص وأما مشروعيته فبقوله تعالى فهران مقبوضة وهو جمع رهن كعباد في جمع عبود وباروي أنه صلى الله عليه وسلم اشترى (١٨٩) من يهودى طعاماً ورهنه درعه

وبالاجماع فان الامنة اجتمعت على جوازها من غير تكبير وبالمعقول وهو أنه عقد وثيقة بجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب وتقريره أن للدين طرفين طرف الوجوب وطرف الاستيفاء لانه يجب أولاً في الذمة ثم يستوفى المال بعد ذلك ثم الوثيقة لطرف الوجوب الذي يختص بالذمة وهي الكفالة جائزة فكذا الوثيقة التي تختص بالمال بل بطريق الاولى لان الاستيفاء هو المقصود والوجوب وسيلة اليه قال (الرهن ينعقد بالايجاب والقبول) ركن الرهن الايجاب وهو قول الراهن رهنك هذا المال بدين لك على وما أشبهه والقبول وهو قول المرتهن قبلت لانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول وعلى ذلك عامة المشايخ

الرهن لغة حبس الشيء بأي سبب كان وفي الشرع جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفاءه من الرهن كالديون وهو مشروع بقوله تعالى فهران مقبوضة وباروي أنه عليه السلام اشترى من يهودى طعاماً ورهنه به درعه وقد انعقد على ذلك الاجماع ولانه عقد وثيقة بجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب وهي الكفالة قال (الرهن ينعقد بالايجاب والقبول ويتم بالقبض)

كذا في الشروح أقول رد على ظاهر هذا التوجيه أن المناسبة المذكورة متحققة بين ما ذكر في كثير من الكتب السابقة واللاحقة فلا تكون مرحة لا يراد كتاب الرهن عقيب كتاب الصدد والحواب أن المراد أن هذه المناسبة مع ملاحظة المناسبات المذكورة في الكتب السابقة واللاحقة تقتضي إيراد كتاب الرهن عقيب كتاب الصدد والايجاب فبذلك المناسبات المذكورة مع تلك الملاحظة وقد نهت على هذه النسبة غير مرة في نظائر هذا المقام فلا تغفل ثم من محاسن الرهن حصول النظر لكل من جانبي الدائن والمدين كإفصل في النهاية ومعراج الدراية وسببه ما ذكر في سائر العاملات من تعلق البقاء المقصد بتعاطيه وأما تفسيره لغة وشريعة وركنه وشرط جوازه وشرط لزومه ودليل مشروعيته وحكمه فيجب على كل ذلك في الكتاب شيئاً أفسد صراحة أو إشارة فتنه له في موضعه ان شاء الله تعالى (قوله الرهن في اللغة حبس الشيء بأي سبب كان وفي الشرع جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفاءه من الرهن كالديون) قال بعض الفضلاء هذا تعريف الرهن التام والألازم والافني انعقاد الرهن لا يلزم الحبس بل ذلك بالقبض انتهى أقول ليس هذا بسديد إذ لا شك أنه يتحقق بانعقاد الرهن معنى جعل الشيء محبوساً بحق الأنا للعاقدا الرجوع عنه ما يقبض المرتهن الرهن فقبل القبض يوجد معنى الحبس ولكن لا يلزم ذلك إلا بعد القبض والمأخوذ من التعريف المذكور في الكتاب للرهن إنما هو نفس الحبس لا لزومه فيصدق هذا التعريف على الرهن قبل تمامه ولزومه أيضاً بالارباب ثم ان الامام التنسي لما قال في الكنز هو حبس شيء بحق يمكن استيفاءه منه كالدين قال الزبيلي في شرحه هذا حده في الشرع ثم قال وقوله كالدين إشارة إلى أن الرهن لا يجوز إلا بالدين لانه هو الحق الممكن استيفاءه من الرهن لعدم تعيينه انتهى أقول فيه نظر لان الظاهر المتبادر من الكاف في قوله كالدين أن يجوز الرهن بغير الدين أيضاً فان لم يكن في قوله كالدين إشارة إلى جواز الرهن بغير الدين أيضاً فلا أقل من أن لا يكون فيه إشارة إلى انحصار ما يجوز الرهن به في الدين فلا وجه لقول الزبيلي قوله كالدين إشارة إلى أن الرهن لا يجوز إلا بالدين (قوله الرهن ينعقد بالايجاب والقبول) قال في العناية ركن الرهن الايجاب وهو قول الراهن رهنك هذا المال بدين لك على وما أشبهه والقبول وهو قول المرتهن قبلت لانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول وعلى ذلك عامة المشايخ انتهى وأورد بعض الفضلاء على قوله لانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول بان قال هذا منقوض بعقد التبرعات وقال إلا أن يخص العقد في الصغرى بما سوى التبرع أقول ليس شيء من إرادته وتوجيهه مستقيم أما الاول فلان من يقول من المشايخ بأن انعقاد الرهن لا يكون إلا بجمع الايجاب والقبول يقول بأن الامر كذلك في سائر عقد التبرعات أيضاً واختلاف المشايخ في أن القبول هل هو ركن كالايجاب أم لا ليس يختص بعقد الرهن بل يتم سائر التبرعات أيضاً من العقود كالهبة والصدقة كما مر في أوائل كتاب الهبة فلا انتفاض بشيء على أصل من يقول من المشايخ بان القبول ركن في كل عقد وقبول القصد ركن في الرهن ينعقد بالايجاب والقبول

(قال المصنف وفي الشريعة جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفاءه من الرهن كالديون) أقول هذا تعريف الرهن التام أو اللازم والافني انعقاد الرهن لا يلزم الحبس بل ذلك بالقبض والكاف في قوله كالديون مقم ان كان الرهن بالاعيان المضمونة بأنفسها رهناً بالدين والاقبال اتمام وسبب التفصيل في الورق الآتي (قوله لانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول) أقول منقوض بعقد التبرعات إلا أن يخص العقد في الصغرى بما سوى التبرع وسبب تحقيقه من الشارح

(قائوا) أراد به شيخ الاسلام خواهرزاده (الركن الايجاب مجردة لانه عقد تبرع وكل ما هو كذلك يتم بالتبرع) فالرهن يتم بالتبرع أما أنه عقد تبرع فلان الرهن لم يستوجب بازاء ما أثبت للرتين من اليد شيأ عليه ولا نعى بالتبرع الا ذلك وأما أن كل ما هو كذلك يتم بالتبرع فكالهبة والصدقة وفيه نظر لانه استوجب عليه صيرورته مستوفيا لدينه عند الهلاك والجواب أن المراد بالاستيجاب ما يكون ابتداء والرهن ليس كذلك قوله (١٩٠) (والقبض شرط للزوم) كأنه تفسيره ان طول القدروري ويتم

بالقبض فيكون الرهن قبل القبض جائزا وبه يلزم وهو أيضا اختيار شيخ الاسلام وهو مخالف لرواية عامة الكتب قال محمد لا يجوز الرهن الامقبوضا وقال الحاكم الشهيد في الكافي لا يجوز الرهن غير مقبوض وقال الطحاوي في مختصره لا يجوز الرهن الامقبوضا مفرغا محوزا وقال الكرخي في مختصره قال أبو حنيفة وزفر وأبو يوسف ومحمد والحسن بن زياد لا يجوز الرهن الامقبوضا وقال مالك يلزم الرهن بنفس العقد لانه يختص بنفس المال من الجانبين فصار كالبيع ولانه عقد وثيقة فلا يكون القبض شرطا كالكفالة

(قال المصنف لانه عقد تبرع فيتم بالتبرع كالهبة) أقول في أول كتاب الهبة أنها تصح بالايجاب والقبول وعلله المصنف بأنه عقد والعقد انعقد بالايجاب والقبول فليتامل (قوله ما أثبت للرتين

قالوا الركن الايجاب مجردة لانه عقد تبرع فيتم بالتبرع كالهبة والصدقة والقبض شرط للزوم على ما بينه ان شاء الله تعالى وقال مالك يلزم بنفس العقد لانه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع ولانه عقد وثيقة فأشبهه الكفالة

وتعليل صاحب العناية اياه بقوله لانه عقد والعقد انعقد بالايجاب والقبول مبني على أصل هؤلاء المشايخ وأما قول سائر المشايخ فقد ذكره المصنف بقوله قالوا الركن الايجاب مجردة لانه عقد تبرع فيتم بالتبرع وأوضحه صاحب العناية في شرحه وأما الثاني فلانه لو خص العقد في الصغرى بما سوى التبرع صار المعنى لانه أي الرهن عقد غير تبرع وكل عقد غير تبرع انعقد بالايجاب والقبول ولا شك أن الصغرى تصير حينئذ كاذبة اذ لم يقل أحد بان عقد الرهن ليس بعقد تبرع بل أطبقت كلماتهم على أنه عقد تبرع فلا صحة للتخصيص بما سوى التبرع (قوله قالوا الركن الايجاب مجردة لانه عقد تبرع فيتم بالتبرع كالهبة والصدقة) قال صاحب العناية في حل هذا التعليل لانه عقد تبرع وكل ما هو كذلك يتم بالتبرع فالرهن يتم بالتبرع أما أنه عقد تبرع فلان الرهن لم يستوجب بازاء ما أثبت للرتين من اليد شيأ عليه ولا نعى بالتبرع الا ذلك وأما أن كل ما هو كذلك يتم بالتبرع فكالهبة والصدقة وقال فيه نظر لانه استوجب عليه صيرورته مستوفيا لدينه عند الهلاك والجواب أن المراد بالاستيجاب ما يكون ابتداء والرهن ليس كذلك انتهى أقول في الجواب بحث لان الرهن ان لم يستوجب شيأ على المرتين ابتداء فقد استوجب عليه شيأ في البقاء وهو صيرورة المرتين مستوفيا لدينه عند الهلاك فلم يكن الرهن عقد تبرع من كل وجه بل كان فيه معنى المعاوضة من وجه حيث صار المرتين مستوفيا لدينه عنده لانه الرهن في يده فينبغي أن لا يتم بالايجاب الرهن وحده بل لا بد أن يتوقف على قبول المرتين أيضا حتى يتم جعلنا ما مستوفيا لدينه حكما عند الهلاك كما هو مذهبنا على ما سيجي تفصيله فليتامل (قوله والقبض شرط للزوم على ما بينه) قال في العناية كأنه تفسيره لقول القدروري ويتم بالقبض فيكون الرهن قبل القبض جائزا وبه يلزم وهو أيضا اختيار شيخ الاسلام وهو مخالف لرواية عامة الكتب قال محمد لا يجوز الرهن الامقبوضا وقال الحاكم في الكافي لا يجوز الرهن غير مقبوض وقال الطحاوي في مختصره ولا يجوز الامقبوضا مفرغا محوزا وقال الكرخي في مختصره قال أبو حنيفة وزفر وأبو يوسف ومحمد والحسن بن زياد لا يجوز الرهن الامقبوضا الى هنا لفظ العناية وقد بعض الفضلاء دفع مخالفة ما في الكتاب لرواية عامة الكتب فقال سبق في كتاب الهبة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تجوز الهبة الامقبوضة والقبض ليس بشرط الجواز في الهبة فليكن هنا كذلك فليتامل انتهى أقول هذا قياس مع الفارق اذ قد دعت الضرورة هناك الى صرف نفي الجواز عن ظاهره اذ الجواز قبل القبض ثابت هناك بالاجماع فقلنا نفي الجواز بدون القبض في قوله عليه الصلاة والسلام لا تجوز الهبة الامقبوضة على نفي ثبوت حكم الهبة وهو الملك لله هو له وأما هنا فلا ضرورة ولا مجال للحمل على نفي ثبوت الملك للرتين بدون القبض وثبوته له بالقبض كما هو موجب للنفي والاستثناء اذ ليس حكم الرهن

من اليد شيأ عليه) أقول ضمير عليه راجع الى المرتين (قوله وفيه نظر لانه استوجب عليه صيرورته الخ) أقول ولما ضمير لانه راجع الى الرهن وضمير عليه وصيرورته راجعان الى المرتين (قوله وهو مخالف لرواية عامة الكتب) قال محمد لا يجوز الرهن الامقبوضا) أقول سبق في كتاب الهبة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تجوز الهبة الامقبوضة والقبض ليس بشرط الجواز في الهبة فليكن هنا كذلك فليتامل

(وانما تلونا) من قوله تعالى فهران مقبوضة والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء براديه الامر كما في قوله تعالى ومن كان مريضا  
 او على سفر فعده من ايام اخرى فليصم وكافي قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة أي فليجبر فيكون تقديره والله أعلم  
 وان كنتم على سفر ولم تجدوا كتابا فارهقوا وارتموا لكن ترك كونه معمولا به في حق ذلك حيث لم يجب الرهن على المديون ولا قبوله  
 على الدائن بالاجماع فوجب أن يعمل في شرطه وهو القبض وكافي قوله صلى الله عليه وسلم الخنطة بالخنطة مثلا بمثل بالنصب أي  
 بيعوا فلم يعمل الامر في نفس البيع لان البيع مباح فصرف الى شرطه وهو المماثلة في أموال الربا فكذا هذا وفيه بحث من أوجه  
 الاول ما قيل ان المصنف جعل الرهان مصدرا وهو جمع رهن والثاني انه يجوز أن يكون الامر لا باحة بقريضة الاجماع فينصرف  
 الى الرهن لا الى القبض والثالث ان القبض ان كان شرط الجواز وللزوم وسلم ذلك فقد ارتفع النزاع ولا حاجة الى الدليل والرابع  
 ان الآية مسترورة الظاهر لان ظاهرها يدل على أن الرهن انما يكون في السفر كما قال به مجاهد والضحاك وقد ترك ومتروك الظاهر  
 لا يصلح حجة والجواب عن الاول انه مما يقتضى منه العجب لانه جمع رهن والرهن مصدر جمعه كذلك واسناد مقبوضة الى ضمير  
 المصدر مجاز عقلي كما في سيل مغمم وعن الثاني أن الامر في الوجوب حقيقة كما عرف والاجماع لا يصلح قرينة للجواز لان المجاز هو اللفظ  
 المستعمل في غير ما وضع له بقريضة والاجماع لم يكن حال (١٩١) استعمال هذا اللفظ واعمال الحقيقة

في الرهن غير ممكن فصرف  
 الى القبض وعن الثالث  
 أن الدليل لازم مالك  
 رحمه الله حيث لا يجعله  
 شرط الزوم ولا الجواز  
 وذلك أن الله تعالى وصف  
 الرهن بالقبض كما وصف  
 التجارة بالتراضي والتراضي  
 وصف لازم في التجارة  
 فكذا القبض في الرهن  
 لا يقال هذا استدلال  
 بمفهوم الصفة وهو ليس  
 بصحيح اما لان ذلك مذهب  
 الجمهور من أصحابنا فيجوز  
 أن يكون المصنف قد  
 اختاره واما لان عدم

ولنا ما تلونا والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء براديه الامر ولانه عقد تبرع لما أن الرهن  
 لا يستوجب عقابته على المرتهن شيئا وللهذا لا يجبر عليه فلا بد من امضائه كما في الوصية وذلك  
 بالقبض  
 نبوت الملك للرهن بحال أصلا في نفي الجواز ههنا على ظاهره قوله (وانما تلونا والمصدر المقرون  
 بحرف الفاء في محل الجزاء براديه الامر) نظيره قوله تعالى فضر الرقاب أي فاضر بوهو وقوله تعالى  
 فتحرير رقبة مؤمنة أي فليجبرها وقوله تعالى فعده من ايام آخر بتقدير فصوص عدة من ايام أخرى  
 فليصم عدة من ايام آخر فكان المصدر فيما تلونا ههنا أيضا وهو قوله تعالى فهران مقبوضة بمعنى الامر  
 أي فارهقوا وارتموا ثم لما كان بمعنى الامر ولم يعمل بوجوب الامر الذي هو الوجوب والزموم في حق  
 نفس الرهن حيث لم يجب الرهن على المديون بالاجماع ووجب أن يعمل به في شرطه وهو القبض كما قلنا  
 في قوله عليه الصلاة والسلام الخنطة بالخنطة مثلا بمثل بالنصب أي بيعوا فلم يعمل الامر في نفس البيع  
 لان البيع مباح غير واجب فصرف الى شرطه وهو المماثلة في أموال الربا فكذا هنا هذا ما ذكر في  
 جملة الشروح في شرح هذا المقام ثم ان كثير من الشراح استشكلوا كلام المصنف ههنا فقال صاحب  
 النهاية في تسميته الرهان بالمصدر نظرا لان الرهان جمع رهن كالنعل والعال والجيل والحيال كذا في كتب  
 اللغة ولان قوله مقبوضة بالتأنيث دال على انه جمع وليس مصدر ولو جعل متمملا بتصحيف ما في الكتاب

الصحة انما يكون اذا لم تكن الصفة مقصودة وقد ذكرنا آنفا ان الوجوب انصرف اليها عن الرابع باننا نسلم أن متروك الظاهر بدليل ليس  
 بحجة لان النصوص المؤولة متروكة الظاهر وهي عامة الدلائل هذا ما سنخ في هذا الموضوع والله أعلم وقوله (ولانه عقد تبرع) دليل معقول  
 على اشتراط القبض وهو واضح

(قوله كافي قوله تعالى فن كان منكم مريضا او على سفر فعده من ايام آخر) أقول فان التقدير فصوص عدة (قوله الاول ما قيل)  
 أقول القائل هو الاتقاني والحاكي (قوله ولا حاجة الى الدليل) أقول كيف لا يحتاج الى الدليل وهي مسألة فرعية لا تسلم الاعن  
 دليلها من الكتاب أو السنة أو الاجماع أو القياس (قوله والجواب عن الاول انه مما يقتضى منه العجب لانه جمع رهن والرهن مصدر  
 جمعه كذلك) أقول فيه بحث فان الذي جمع على رهن هو الرهن بمعنى المرهون بدل عليه بتوصيفه بمقبوضة ومجازي الاستعمال أيضا  
 ولعل الاولى أن يقال التقدير فهران كافي قوله تعالى فعده من ايام آخر وذلك مراد المصنف ويؤيد ما ذكرناه ما قاله القاسمي في  
 تفسيره رهن ورهن كلاهما جمع رهن بمعنى مرهون انتهى وما قاله الامام عمر النسفي في تفسيره رهن ورهن وهو العين المقبوض  
 بالدين توثيقه وما قاله الشيخ النسفي أيضا في تفسيره ثم الرهن مصدر والمصدر قد تجعل أسماء ويزول عنها عمل النعل فاذا قال رهن  
 عندئذ يد رهن باليكن انتصابه انتصاب المصدر بل انتصاب المنعول به كما يقال رهن ز بدو باولما جعل اسمها جمع كما يجمع الامم من  
 ورهان انتهى وهكذا في التفسير الكبير

بقوله تقديره قرهن رهان مقبوضة فكان المصدر محذوفاً فجعل المحذوف بمنزلة الثابت فقال  
 والمصدر المقرون بحرف الفاء والرهان لما كان مصدراً على قول صاحب الكتاب كان ارادة  
 المرهون به جازة كالرهن براديه المرهون ثم أنت المرهون بتأويل السلعة أو العين فقبل مقبوضة  
 بالتأنيث كما يؤنث الصوت بتأويل الصيغة لكان وجهها بعد اذ في الاول ورود الالباس وفي الثاني  
 لا يبقى المصدر بحقيقته والله أعلم الى هنا لفظ النهاية وقال صاحب غايه البيان وقد سمي صاحب  
 الهداية الرهان مصدراً كما ترى وكذلك ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسيبي في شرح الكافي  
 ولنا فيه نظراً لانه خلاف ما ثبت في قوانين اللغة كالجهرة وديوان الادب وغيرهما لانهم قالوا الرهان  
 جمع رهن وجمع الرهن رهنون ورهان ورهنين بضمين والرهنه بمعنى الرهن أيضاً وجمعها رهاق  
 نعم الرهان يحكي مصدر من قولهم راهنه على كذا أي خاطره مراهنه ورهانان باب المفاعلة  
 وليكن ليس ذلك مما نحن فيه ولو كان المصدر هو المراد في الآية لم يحتج في صفة الرهان الى تاء  
 التأنيث فافهم الى هنا لفظه وقال صاحب الكفاية في تسميته الرهان بالمصدر نظراً لان الرهان جمع  
 رهن كالتعل والنعال والحبل والحبال وقوله مقبوضة بالتأنيث دال على أنه جمع وليس  
 مصدر وانما قال والمصدر المقرون لان تقديره والله أعلم قرهن رهان مقبوضة انتهى وقال صاحب  
 معراج الدراية وفي النهاية في تسميته الرهان بالمصدر نظراً لان الرهان جمع رهن كالتعل والنعال فكذا في  
 كتب اللغة وبدل عليه قوله مقبوضة بالتأنيث فدل أنه جمع لا مصدر وقال في الفوائد الشاهية يجوز  
 أن يكون الرهان مصدر من باب المفاعلة كالقتال والضرب ومقبوضة صفة لموصوف محذوف وهو  
 قرهان مرهونة مقبوضة وأنت المرهون بتأويل السلعة أو العين كما يؤنث الصوت بتأويل الصيغة ويجوز  
 أن يكون الرهان مصدر بمعنى المفعول وأنت المرهون لما ذكرنا ويجوز أن يكون الرهان قائماً مقام مصدر  
 محذوف وهو قرهن رهان مقبوضة فيكون مصدره تقديره الاتحقيقا الى هنا كلامه وأما صاحب العناية  
 فعندما استشكلوه أمرهنا وتوجب منه حيث قال قيل ان المصنف جعل الرهان مصدراً وهو جمع رهن  
 ثم قال والجواب عنه أنه ما يفتى منه العجب لانه جمع رهن والرهن مصدر جمعه كذلك واسناد مقبوضة  
 الى ضمير المصدر مجاز عقلي كما في سبل مفعم انتهى أقول منشأ مجازته هذه الغفول عماد كرفي كتب اللغة  
 وكتب التفسير لان كون الرهان جمع رهن أمر مقرر وأما كونه جمع رهن بمعنى المصدر فكلا بل  
 هو جمع رهن بمعنى المرهون قال في المغرب والرهن المرهون والجمع رهون ورهان ورهن وقال في  
 القاموس الرهن ما وضع عندك لينوب مناب ما أخذ منك والجمع رهان ورهون ورهن بضمين وقال  
 في الصحاح الرهن معروف والجمع رهان مثل جبل وحبال وقال في تفسير القاضي رهان ورهن كلاهما  
 جمع رهن بمعنى مرهون وكذلك في سائر التفاسير ثم ان كون اسناد مقبوضة الى ضمير رهان مجازاً عقلياً  
 خلاف الظاهر لا يضر اليه بلا ضرورة داعية اليه وهي منتزعة في الآية المزبورة اذ يصح المعنى ويحسن  
 جداً جعل الرهان على جمع الرهن بمعنى المرهون كما جعل عليه المفسرون ويكون الاسناد اذ ذلك  
 حقيقياً فمعنى العدول عنه وبناء استدلالتنا تلك الآية على ما هو خلاف الظاهر وخلاف ما عليه  
 قول المفسرين ثم ان تمثيله المجاز العقلي الذي ذهب اليه ههنا بسبل مفعم قبيح جداً فان المفعم اسم مفعول  
 اسناد الى الفاعل كما عرف في موضعه وليس مما أسند الى المصدر بخلاف ما نحن فيه على ما ذهب اليه  
 فالمناسب في التمثيل ههنا أن يقول كما في شعر شاعر على ما ذكر في كتب علم البلاغة ثم أقول التوجيهات  
 التي ذكرت في سائر الشروح لتصح ما في الكتاب كلها أيضاً بخلاف الظاهر وخلاف ما عليه جهور  
 المفسرين فالانصاف أن التمسك بعنقها لا يفيد القطع ولا الالتزام على الخصم ولكن الاقرب والاشبه من  
 بينهم أن يكون التقدير قرهن رهان مقبوضة على أن يكون المصدر المقرون بالفاء محذوفاً كما في قوله تعالى

قوله (ثم يكتفي فيه بالتخلية) يريد به ارفع المانع ووجه ظاهر الرواية واضح ووجه (لانه) أي قبض الرهن (قبض موجب للضمان ابتداء) لانه لم يكن مضمونا على الرهن قبل القبض حتى ينتقل الضمان منه الى المرتهن وكل قبض هذا شأنه لا يكتفي فيه بالتخلية كما في الغصب فان المصوب لا يصير مضمونا بدون النقل فكذلك المرهون وفيه نظر لان القبض بعقد التبضع لم يعهد موجب للضمان وبين التبضع والضمان منافاة ولا بد من الضمان في الرهن عند الهلاك فينتفي التبضع فلا ينعقد الرهن الا باليجاب والقبول وعلى ذلك رواية الكتب كالنتقي والمحيط وغيرهما (بخلاف الشراء) جواب عن قياس وجه الظاهر بان القبض في الشراء ناقلا للضمان من البائع الى المشتري لكون المبيع بعد العقد قبل التسليم الى المشتري مضمونا على البائع بالثمن وبالتسليم اليه ينتقل الضمان منه اليه فلم يكن مضمونا على القابض ابتداء وقوله (والاول) أي وجه الظاهر (أصح) لان الرهن توثيقا لجهة الاستيفاء وحقيقة الاستيفاء تثبت بالتخلية بان يحل الرهن بين المرتهن ودينه فكذلك جهته اذا لحقته أقوى من الجهة وما ثبت به (١٩٣) الاقوى يثبت به الادنى وأما الوصف

المدكور في وجه غير الظاهر وهو كون القبض في الشراء ناقلا للضمان وفي الرهن مثبته ابتداء فلا يكاديين وقوله (فاذا قبضه المرتهن الخ) قد ثبت أن القبض منصوص عليه وقد تقدم في الهبة أن المنصوص معني بشأنه وذلك يقتضي الكمال والكمال في القبض هو أن يكون الرهن محورا مفرغا متميزا فيجب ذلك وقوله محورا احتراز عن رهن التمر على رؤس النخل بدونها وقوله (مفرغا) احتراز عن عكسه وقوله (متميزا) احتراز عن الشيوع في الرهن فان قبضه المرتهن على هذا الوجه تم العقد وزم وان لم يقبضه فالرهن بالتخياريين التسليم وعدمه

ثم يكتفي فيه بالتخلية في ظاهر الرواية لانه قبض بحكم عقد مشروع فأشبهه قبض المبيع وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يثبت في المنقول الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب بخلاف الشراء لانه ناقلا للضمان من البائع الى المشتري وليس بموجب ابتداءه والاول أصح قال (واذا قبضه المرتهن محورا مفرغا متميزا تم العقد فيه) لوجود القبض بكما له فلزم العقد (وما لم يقبضه فالرهن بالتخياريين شاء سلمه وان شاع رجوع عن الرهن)

فعدة من أيام آخر فان التقدير فيه فصوص عدة من أيام آخر تأمل ترشد (قوله ثم يكتفي فيه بالتخلية في ظاهر الرواية لانه قبض بحكم عقد مشروع فأشبهه قبض المبيع) قال بعض الفضلاء هذا منقوض بصورة الصرف فانه لا بد فيه من القبض بالبراجم ولا يكتفي بالتخلية مع جريان الدليل الا أن يثبت رواية كفاية التخلية فيه وكونه مختارا المصنف انتهى أقول الجواب عن هذا النقص من فان التعديل المذكور على موجب القياس وزوم القبض في الصرف انما يثبت بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم يدا بيد كما تقر في محله والقياس بترك بالنص على ما عرف بخلاف ما نحن فيه فانه لم يرد فيه نص يقتضي حقيقة القبض وعدم كفاية التخلية فعملنا فيه بموجب القياس (قوله وعن أبي يوسف انه لا يثبت الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب) قال صاحب العناية فيه نظر لان القبض بعقد التبضع لم يعهد موجب للضمان وبين التبضع والضمان منافاة ولا بد من الضمان في الرهن عند الهلاك فينتفي التبضع انتهى أقول هذا النظر في غاية السقوط لان جهة التبضع في الرهن غير جهة الضمان فيه فان جهة التبضع فيه من حيث انه يجعل محبوسا في يد المرتهن بلا استيجاب شيء عليه بمقابلة ذلك وجهة الضمان فيه عند الهلاك من حيث انه يثبت فيه للمرتهن يد الاستيفاء من وجهه فيستقر عند الهلاك فيصير المرتهن بذلك مستوفيا لدينه كما استطاع على يسانه والمنافاة بين التبضع والضمان انما تلزم أن لو كان من جهة واحدة وليس فليس والعجب من صاحب العناية انه كيف خفي عليه هذا المعنى مع ظهوره مما سياتي في الكتاب من تفصيل دليلنا العقلي على مسئلة أنه اذا سلم الراهن المرهون الى المرتهن دخل في ضمانه (قوله فاذا قبضه المرتهن محورا مفرغا متميزا تم العقد فيه) قال صاحب

(٣٥ - تكمله ثامن) قال المصنف لانه قبض بحكم عقد مشروع فأشبهه قبض المبيع (أقول منقوض بصورة الصرف فانه لا بد فيه من القبض بالبراجم ولا يكتفي بالتخلية مع جريان الدليل الا أن يثبت رواية كفاية التخلية فيه وكونه مختارا المصنف) قوله لانه لم يكن مضمونا على الرهن قبل العقد أقول الاولى أن يقال قبل القبض (قوله وما ثبت به الاقوى يثبت به الادنى) أقول لم لا يجوز أن يحتاج الادنى لضعفه الى ما يقويه ويؤكد (قوله فلا يكاديين) أقول فيه بحث (قوله محورا احتراز عن رهن التمر على رؤس النخل بدونها) وقوله مفرغا احتراز عن عكسه وقوله متميزا احتراز عن الشيوع في الرهن) أقول قال صدر الشرية في شرحه للوقاية فقبض محورا أي مقسوما غير شائع مفرغا أي غير مشغول لحق الراهن حتى لا يجوز رهن الارض بدون النخل والشجرة بدون الثمر وادقها متاع الراهن بدون المتاع غير أي ان كان متصلا بحق الراهن خافقه كالرهن على الشجر يجب أن يعيز ويفصل عنه فالمفرغ والمميز متعلق بالحمل فيجب فراغه عما حل فيه وهو ليس بمرهون سواء كان اتصاله به خلقا أو مجاورته والمميز متعلق بالحاصل في المحل فيجب انفصاله عن محل غير مرهون اذا كان اتصاله به خلقا حتى لو كان اتصاله بالمجاورة لا يضر كرهن المتاع الذي في بيت الراهن انتهى فتأمل التباين بين التفسيرين

لما ذكرنا أن الزوم بالقبض هو الإستهفاء وهو المقصود ولا يحصل قبله أي قبل القبض فإذا قبضه المرتهن دخل في ضمانه وقال الشافعي هو أمانة في يده لا يسقط به إلا كشيء من الدين لقوله صلى الله عليه وسلم لا يغلّق الرهن قالها أي هذه الأمانة ثلاثا لصاحبه غنمه أي زوائده وعليه غرمه أي هلاكه قال ومعناه لا يصير أي الرهن مضمونا بالدين ولأن الرهن وثيقة بالدين ليزداده الصيانة فلو سقط الدين به لكان عاد على موضوعه بالنقض ولنا قوله صلى الله عليه وسلم للمرتهن بعد ما نطق فرس الرهن عنده ذهب حقل وحقه الدين فيكون ذاهبا لا يقال المراد به ذهب حقل من الامسالك أو من المطالبة برهن آخر لأن الأول مشاهد فلا فائدة في الاخبار عنه والثاني ليس يحق له ولأنه ذكر الحق في أول الحديث منكر أن رجلا رهن فرسا عند رجل يحق له عليه فنطق الفرس عند المرتهن فاخصمه إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال للمرتهن ذهب حقل فذكر الحق منكر أن أعاده معرفة وفي ذلك يكون الثاني عين الأول كذا في النهاية وفيه نظر لأن أحدهما كلام الراوي والآخر كلام النبي عليه السلام ومثل ذلك ليس من القاعدة المدكورة إلا إذا علم أن المنكر كان واقعا من المرتهن في حضرة النبي صلى الله عليه وسلم ولم يعلم ذلك وقوله عليه الصلاة والسلام إذا غنى الرهن فهو عفا عنه ومعناه على ما قالوا

(١٩٤)

لأدري كم كان قيمته والمرتهن كذلك قال يكون الرهن بما فيه حكي هذا التأويل عن أبي جعفر وقوله (مع اختلافهم في كيفية) يعني أنهم اتفقوا على أن الرهن مضمون لكنهم اختلفوا في كيفية وروى عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه مضمون بالقيمة وروى عن ابن عمرو بن مسعود أنهم ما قالوا الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين وهكذا روى عن علي رضي الله عنه في بعض الروايات وروى عن ابن عباس أنه مضمون بالدين واختلفوا في شرح هذا المقام قد ثبت أن القبض منصوص عليه وقد تقدم في الهبة أن المنصوص معتنى بشأنه وذلك يقتضي الكامل والكامل في القبض هو أن يكون الرهن محوza مفرعا متميزا فيجب ذلك انتهى أقول لقائل أن يقول هذا البسط والتقرير يقتضي أن لا يثبت القبض بالتخيلية في باب الرهن بل يجب أن يوضع المرتهن بيده حقيقة على المرهون إذا اشك أن الكامل في القبض هو الثاني وهذا خلاف ما تقر في ظاهر الرواية وخلاف ما هو المختار في عامة المعبرات (قوله لأن الرهن ينبي عن الحبس الدائم) قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة وقال قائلهم

العناية في شرح هذا المقام قد ثبت أن القبض منصوص عليه وقد تقدم في الهبة أن المنصوص معتنى بشأنه وذلك يقتضي الكامل والكامل في القبض هو أن يكون الرهن محوza مفرعا متميزا فيجب ذلك انتهى أقول لقائل أن يقول هذا البسط والتقرير يقتضي أن لا يثبت القبض بالتخيلية في باب الرهن بل يجب أن يوضع المرتهن بيده حقيقة على المرهون إذا اشك أن الكامل في القبض هو الثاني وهذا خلاف ما تقر في ظاهر الرواية وخلاف ما هو المختار في عامة المعبرات (قوله لأن الرهن ينبي عن الحبس الدائم) قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة وقال قائلهم

لأدري كم كان قيمته والمرتهن كذلك قال يكون الرهن بما فيه حكي هذا التأويل عن أبي جعفر وقوله (مع اختلافهم في كيفية) يعني أنهم اتفقوا على أن الرهن مضمون لكنهم اختلفوا في كيفية وروى عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه مضمون بالقيمة وروى عن ابن عمرو بن مسعود أنهم ما قالوا الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين وهكذا روى عن علي رضي الله عنه في بعض الروايات وروى عن ابن عباس أنه مضمون بالدين واختلفوا في شرح هذا المقام قد ثبت أن القبض منصوص عليه وقد تقدم في الهبة أن المنصوص معتنى بشأنه وذلك يقتضي الكامل والكامل في القبض هو أن يكون الرهن محوza مفرعا متميزا فيجب ذلك انتهى أقول لقائل أن يقول هذا البسط والتقرير يقتضي أن لا يثبت القبض بالتخيلية في باب الرهن بل يجب أن يوضع المرتهن بيده حقيقة على المرهون إذا اشك أن الكامل في القبض هو الثاني وهذا خلاف ما تقر في ظاهر الرواية وخلاف ما هو المختار في عامة المعبرات (قوله لأن الرهن ينبي عن الحبس الدائم) قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة وقال قائلهم

وفارقتك

هذا الوجه إجماع منهم على أنه مضمون قال قول بكونه

أمانة تحرق للإجماع والمراد بقوله عليه السلام لا يغلّق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي أي يصير مملوكا كذا ذكره الكرخي عن السلف كطاوس وأبراهيم وغيرهما وقال مالك رحمه الله وتفسير ذلك فيما يرى أن يرهن الرجل الرهن بالشيء وفي الرهن فضل عمار رهن به فيقول الرهن للمرتهن إن جئت بحقلك إلى أجل بسميه والأفان لك بما فيه فهذا لا يصح ولا يحل وهذا الذي ينبي عنه فان جاء صاحبك بما فيه بعد الأجل فهو له غنمه وعليه غرمه قال الطحاوي في شرح الآثار ذهبوا في تفسير قول سعيد بن المسيب يعني أن أبا حنيفة وأبا يوسف ومحمد إلى أن ذلك في البيع إذا بيع الرهن بمن فيه نقص عن الدين غرم الرهن ذلك النقص وأن يبيع بفضل عن الدين أخذ الرهن ذلك الفضل وقوله (ولأن الثابت للمرتهن بدلا استيفاء) دليل معقول على المطلوب وتقريره الثابت للمرتهن بدلا استيفاء ويدل الاستيفاء هو ملك اليد والحبس لأن الرهن لغنة ينبي عن الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة أي محبوسة وبوال ما كسبت من المعاصي وقال زهير

(قال المصنف وقوله عليه الصلاة والسلام إذا غنى الرهن فهو عفا عنه) أقول الباء للقبالة والمعاوضة

وفارقتك برهن لافسكالك له \* يوم الوداع فأسمى الرهن قد غلقا

أى ارتفعت المحبوبة قلبه يوم الوداع واحتبس قلبه عندها على وجه لا يمكن فسكالكه وليس فيه ضمان ولا هلاك كما ترى يدل على الحبس الدائم قيل الدوام انما فهم من قوله لافسكالك له لامن لفظ الرهن وأجيب بأنه لمادام وتأيد بنفي الفسكالك دل أنه ينبت عن الدوام اذ لو لم يكن موجبا لذلك لمادام بنفى ما يعترضه بل كان الدوام يثبت بانبيات ما يوجبها فثبت أن اللغة تدل على انباء الرهن عن الحبس الدائم والاحكام الشرعية تنعطف على الالفاظ على وفق الانباء فيكون لفظ الرهن في العقد الشرعي منبثا عن الحبس الدائم لانه المفهوم ولا مقتضى للعدول عنه ولنسكن هذه القضية عندك ولان الرهن وثيقة بجانب الاستيفاء ومعناه أن يكون الرهن موصلا اليه أى الى الاستيفاء وذلك أى كونه موصلا اليه ثابت بملك اليد والحبس ليقع الامن عن حدود الرهن مخافة حدود المرتهن الرهن ومعناه ان الحبس يفضى الى أداء الحق لان الراهن يخشى ان يحسد الدين أن يحسد المرتهن الرهن لان قيمة الرهن قد تكون أكثر من الدين وليكون عاجزا عن الانتفاع به فيحتاج الى ايفاء الاقل لتخلص الاكثر

(١٩٥)

أيضاً قضية تدل على اليد والحبس فتضم اليهما قوله (واذا كان كذلك) أى اذا ثبت أن الرهن يدل على اليد والحبس ثبت الاستيفاء من وجه لان الاستيفاء انما يكون باليد والرقبة وقد حصل بعضه وتقرر بالهلاك لانتفاء احتمال النقص فلولا يسقط الدين واستوفاه ثانياً أدى الى تكرار الاداء بالنسبة الى اليد وهوور بالخلاف ما اذا كان الرهن قائماً لانه ينتقض هذا الاستيفاء أى للدين بالحبس بالردعى الى الراهن فلا يتكرر الاداء فان قيل فاجعل الهلاك كالردعى نقض الاستيفاء فان الهلاك لم يتعين لتقرر الاستيفاء الأثرى أن المبيع اذا هلك

وفارقتك برهن لافسكالك له \* يوم الوداع فأسمى الرهن قد غلقا والاحكام الشرعية تنعطف على الالفاظ على وفق الانباء ولان الرهن وثيقة بجانب الاستيفاء وهو أن تكون موصلة اليه وذلك ثابت بملك اليد والحبس ليقع الامن عن الحدود مخافة حدود المرتهن الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع به فيحتاج الى قضاء الدين لحاجته أو لضجيره واذا كان كذلك يثبت الاستيفاء من وجه وقد تقررت بالهلاك فلواستوفاه ثانياً يؤدي الى الربا بخلاف حالة القيام لانه ينتقض هذا الاستيفاء بالردعى الى الراهن فلا يتكرر ولا وجه الى استيفاء الباقي بدون لانه لا يتصور

وفارقتك برهن لافسكالك له \* يوم الوداع فأسمى الرهن قد غلقا قال في العناية قيل الدوام انما فهم من قوله لافسكالك له لامن لفظ الرهن وأجيب بأنه لمادام وتأيد بنفى لفسكالك دل أنه ينبت عن الدوام اذ لو لم يكن موجبا لذلك لمادام بنفى ما يعترضه بل كان الدوام يثبت بانبيات ما يوجبها فثبت أن اللغة تدل على انباء الرهن عن الحبس الدائم انتهى أقول السؤال والجواب في الاصل لتناج الشريعة لكن الجواب ليس بنام عندي لان قوله اذ لو لم يكن موجبا لذلك لمادام بنفى ما يعترضه ممنوع فان ما يعترضه اذا كان مناقضا لدوامه يلزم من نفي ذلك دوامه سواء كان ما يوجب دوامه نفسه أو أمراً خارجاً عنه والاي لزم ارتفاع النقيضين معاً وما نحن فيه كذلك اذ لا شك أن فسكالك الرهن ينافي ويناقض دوامه فيلزم من نفيه تحقق دوامه وان كان دوامه مما يوجب نفسه بل كان بسبب خارج فلم يثبت في البيت المزبور انباء لفظ الرهن نفسه عن الحبس الدائم بل جاز أن يكون انفعال ذلك من نفي فسكالكه تدبر تفهم (قوله واذا كان كذلك يثبت الاستيفاء من وجه وقد تقررت بالهلاك فلواستوفاه ثانياً يؤدي الى الربا) يعنى اذا ثبت أن الرهن يدل على اليد والحبس ثبت الاستيفاء من وجه لان الاستيفاء انما يكون باليد والرقبة وقد حصل بعضه وتقرر بالهلاك لانتفاء احتمال النقص فلولا يسقط الدين واستوفاه ثانياً أدى الى تكرار الاداء بالنسبة الى اليد وهوور بما كذا في العناية وغيرها أقول اقائل أن يقول نعم لو استوفاه ثانياً أدى الى الربا ولكن اذا لم يستوفه ثانياً أصلاً

قبل التسليم فانه لا يقرر استيفاء الثمن بل ينقض الاستيفاء به أجيب بأن النقص انما يتحقق فيما يمكن رد العين الى المالك كالثمن فيما ذكرتم ولا يمكن ذلك في هلاك الرهن فان قيل فليستوف المرتهن الدين على وجه لا يؤدي الى الربا وهو أن يستوفي رقبة لا يدا أجاب بقوله ولا وجه الى استيفاء الباقي وهو ملك الرقبة بدون ما استوفاه من اليد لانه غير متصور

(قوله بل كان الدوام يثبت بانبيات ما يوجبها) أقول لا يخفى أن الرهن يدوم بادامة الراهن واذا قل زول الدوام ومعنى الانفكالك له ابقاؤه على الرهنية والاحتباس فلا يثبت دلالة لفظ الرهن وانباؤه عما ذكره من الحبس الدائم من البيت فليستأمل (قوله لان قيمة الرهن قد تكون الخ) أقول ليس هذا محل كلمة التقليل ولا ظهر أن يقول يكون أكثر من الدين في الاكثر لأن يحمل على التحقيق بجعل النادر معدوماً في الحكم (قوله لانه ينتقض هذا الاستيفاء أى للدين بالحبس بالردعى الى الراهن) أقول قوله بالردعى بقوله ينتقض (قوله فان الهلاك لم يتعين لتقرر الاستيفاء) أقول الهالك فيما نحن فيه هو ما يستوفي منه وفي التنوير ليس ذلك فكيف يتصور به ذلك أن تقول مال جوابه أيضاً فليستأمل

وقوله (والاستيفاء يقع بالمالية) جواب عما يقال لو كان بالرهن استيفاء لكان مال العين الدين أو بسببه لاسيما الى الاول لان الرهن ليس من جنس الدين واستيفاء الدين لا يكون الا من جنسه ولا الى الثاني لان الرهن ببديل الصرف والمسلم فيه جائز والاستيفاء بهمما غير جائز ووجه الجواب أنا مختار الاول وقوله ليس من جنس الدين قلنا ليس من جنسه من حيث الصورة أو بالمالية والاول مسلم وليس الاستيفاء من حيث الصورة بل هو من حيث الصورة أمانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حياته وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء ان اشتراه المرتهن لما تقدم في الهبة أن قبض الامانة لا ينوب عن قبض الضمان بخلاف العكس والثاني ممنوع فانه من جنس الدين مالية والاستيفاء يقع بها وقوله (وموجب العقد) جواب عما قال الشافعي رحمه الله الرهن وثيقة بالدين وبعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة والسقوط بالهلاك يصادما اقتضاه العقد ووجهه أن موجب العقد ثبوت بد الاستيفاء كذا كرنا وذلك يحقق الصيانة لاحالة وفراغ ذمة الراهن من ضروراته كما في الحوالة فانها واجب الدين في ذمة المحال عليه له صيانة حق الطالب وان كان فراغ ذمة المحيل من ضروراته فلا ينعدم به مقتضى العقد لان الاعتبار بالموضوعات الاصلية لا للموازم الضمنية ونوقض بنقض اجالي وهو أن المستأجر بعد الفسخ

(١٩٦)

والاستيفاء يقع بالمالية أما العين فأمانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حياته وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء اذا اشتراه المرتهن لان العين أمانة فلا تنوب عن قبض ضمان وموجب العقد ثبوت بد الاستيفاء وهذا يحقق الصيانة وان كان فراغ الذمة من ضروراته كما في الحوالة فالحاصل أن عندنا حكم الرهن بصيرورة الرهن محتسبا بدينه بانبات بد الاستيفاء عليه وعنده تعلق الدين بالعين استيفاء منه عينا بالبيع فيخرج على هذين الاصلين عدة من المسائل المختلف فيها بيننا وبينه عددنا ما في كفاية المنتهى جملة منها أن الراهن ممنوع عن الاسترداد لا لتفاد لانه يفوت موجه وهو الاحتباس على الدوام وعنده لا يمنع منه لانه لا ينافي موجه وهو تعيينه للبيع وسيأتيك البواقي في أثناء المسائل ان شاء الله تعالى قال (ولا يصح الرهن الا بدين مضمون) لان حكمه ثبوت بد الاستيفاء والاستيفاء يتلو الوجوب قال رضى الله عنه ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها فانه يصح الرهن بها ولا دين ويمكن أن يقال ان الواجب الاصل فيهما هو القيمة ورد العين مخلص على ما عليه أكثر المشايخ وهو دين

محبوس عند المستأجر بالاجرة المجعولة بمسئلة المرهون حتى اذ مات الاجر كان المستأجر أحق به من سائر الغرماء ثم اذا هلك لم يكن مضمونا وأجيب بأن يد المستأجر بعد فسخها ليست بيد استيفاء لان يد الاستيفاء هي التي كانت له قبل الفسخ وانما قبض العين المستأجرة لاستيفاء المنفعة لا لاستيفاء الاجرة من المالية فلذلك لم يصير مستوفيا بالهلاك في يده وأما اختصاصه به دون الغرماء فلانه كان محض وصا به قبل الفسخ لاستيفاء

يؤدي الى ضياع بعض حقه وهو استيفاء الرقبة والتأدي الى ضياع حق المسلم محذور شرعي أيضا الوجه في ترجيح اختيار هذا المحذور على اختيار محذور الرابا تأمل في الدفع (قوله ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها فانه يصح الرهن بها ولا دين) يعني برد على هذا اللفظ أى على لفظ القدوري وهو قوله ولا يصح الرهن الا بدين مضمون الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها أى الاشكال بصحة الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها وهي ما يجب مثله عندها كما ان كان مثله واقبته ان كان قيميا كالمغصوب والمتبوض على سوم الشراء ونحوهما فانه يصح الرهن بتلك الاعيان ولا دين فيها وأجاب

المنفعة وبعد الفسخ يبقى الاختصاص في حق استرداد الاجرة وقوله (فالحاصل الخ) واضح قال (ولا يصح الرهن الا بدين مضمون الخ) قيل ذكر مضمون لنا كيدلان كل دين مضمون وقيل هو احتراز عن دين سيجب كالورهن بالدرك وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع لان حكمه أى حكم الرهن ثبوت بد الاستيفاء كما تقدم والاستيفاء يتلو الوجوب وأما صحته بالدين الموعود فسيجيء الكلام فيه وقوله (ويدخل) أى يشكل على هذا اللفظ أى الذي يدل على الحصر صحة جواز الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها كالمغصوب والمتبوض على سوم الشراء وقيل قوله بانفسها احتراز عن غيرها والحاصل أن الرهن اما أن يكون بالدين أو بالعين والاول صحيح بكل حال والثاني اما أن يكون بدين مضمون أو لا والثاني غير صحيح كافي الودائع والحواري والمضاربات والشركات والاول اما أن تكون بنفسها وهو ما يجب عند هلاك المثل ان كان مثليا أو قيمته ان كان قيمياً ويكون مضمونا بغيرها وهو المضمون بغير المثل أو القيمة كالمبيع في يد البائع فانه مضمون بالثمن واذا ظهر ذلك فقوله ولا يصح الرهن الا بدين مضمون يشكل عليه الاعيان المضمونة بنفسها فان الرهن بها صحيح ولا دين ثمة وأجاب المصنف بقوله ويمكن أن يقال على ما اختاره بعض المشايخ ان الواجب الاصل فيهما هو القيمة ورد العين مخلص والقيمة دين

(قوله واستيفاء الدين لا يكون الا من جنسه) أقول يعني واستيفاء عين الدين (قوله لما تقدم في الهبة) أقول وفي أواخر الصلح أيضا



(ولهذا تصح الكفالة بها) أي بالعين المضمون بنفسه وقوله (ولئن كان لا يجب القيمة إلا بعد هلاك العين لكن عند الهلاك يجب بالقبض السابق ولهذا تعتبر قيمته يوم قبض الغاصب المغصوب من المالك فيكون رهنا بعد وجود سببه) جواب عما اختاره بعض آخر من المشايخ وتقريره ان سبب وجوبه قد انعقد فكان كالموجود فصح الرهن كما صحت (١٩٧) الكفالة واعتراض بأن صحة الكفالة

لا تستلزم صحة الرهن فانها تصح بدين سبب كما لو قال ماذا لك علي فلان فعلى دون الرهن

وأجيب بأن قوله ماذا لك إضافة للكفالة لا كفالة ويصح أن يقال قولك دون الرهن يريد به ديننا ما انعقد سبب وجوبه وأودينا انعقد ذلك فان كان الاول فليس

كلامنا فيه وان كان الثاني فهو ممنوع فانه عين ما نحن فيه وقوله (ولهذا) يجوز أن يكون توضيحا على كل من التخرين أم على الاول فتقريره ولكون

الموجب الاصل في القيمة لا تبطل الحوالة المقيدة بالعين المضمون بنفسه

بملا كما فلو حال على الغاصب فهلك المغصوب لم تبطل الحوالة لان الموجب الاصل لما كان القيمة كان هلاك العين كلا هلاك

لقيام القيمة في ذمته ورد العين كان مخلصا ولم يحصل وأما على الثاني فتقريره

ولكون سبب وجوب القيمة قد انعقد جعلت كالموجود فهلاك العين لا تبطل الحوالة بخلاف

الوديعة فان الحوالة عليها تبطل بها لانه لا وجوب هناك للقيمة ولا سبب للوجوب

ولهذا تصح الكفالة بها ولئن كان لا يجب الا بعد الهلاك ولكنه يجب عند الهلاك بالقبض السابق ولهذا تعتبر قيمته يوم القبض فيكون رهنا بعد وجود سبب وجوبه فيصح كافي الكفالة ولهذا لا تبطل الحوالة المقيدة به بملا كما بخلاف الوديعة

المصنف عن هذا الاشكال بقوله ويمكن أن يقال الى آخره كذا قاله الشراح قاطبة غير أن صاحب غاية البيان بعد أن وافق سائر الشراح في شرح هذا المحل على الوجه المذكور قال قلت لأرد على القدرى الاعتراض رأسا لانه لا ينفى صحة الرهن بالايمان المضمونة بانفسها بل صرح بصحته في شرحه لمختصر الكرخي وانما اقتصر ههنا على الدين لان الغالب في الرهن أن يكون بالدين واكتفى به ههنا اعتمادا على ما ذكره في موضع آخر الى هنا لفظه أقول لا ينبغي لمن له أدنى تمييز فضلا عن مثل ذلك الشارح أن يقول ان القدرى لم ينفى في مختصره صحة الرهن بالايمان المضمونة بانفسها بعد أن رأى ما في لفظه وهو قوله ولا يصح الرهن الا بالدين مضمون من أداة قصر الصحة على الرهن بالدين وهي النقي والاستثناء وانما يصح ما قاله الشارح المزبور أن لو كان لفظ القدرى في مختصره ويصح الرهن بالدين ولما كان لفظه فيه ولا يصح الرهن الا بالدين لم يبق له مجال وقوله بل صرح بصحته في شرحه لمختصر الكرخي لا يجدي شيئا في دفع الاشكال اوارد على لفظه في مختصره وقد تداركه المصنف بقوله ويدخل على هذا اللفظ وأما محل القصر الواقع في هذا المختصر على القصر الادعائي فمعزل عن مساعدة هذا الفن اياه فان مجرد تخصيص الشيء بالذم في الروايات الواقعة في هذا الفن يدل على نفي الحكم عما عداه كما صرحوا به قاطبة بدلالة أداة القصر على ذلك (قوله ولهذا تصح الكفالة بها) قال في العناية واعتراض بان صحة الكفالة بها لا تستلزم صحة الرهن فانها تصح بدين سبب كما لو قال ماذا لك علي فلان فعلى دون الرهن وأجيب بأن قوله ماذا لك إضافة للكفالة لا كفالة ويصح أن يقال قولك دون الرهن تريد به ديننا ما انعقد سبب وجوبه وأودينا انعقد ذلك فان كان الاول فليس كلامنا فيه وان كان الثاني فهو ممنوع فانه عين ما نحن فيه انتهى أقول الاعتراض والجواب لتاج الشريعة ولهما وجه صحة وأما قوله ويصح أن يقال الى آخره فن عند صاحب العناية نفسه يريد به الجواب عن الاعتراض المذكور بوجه آخر وليس له وجه صحة اذ المراد هو الاول قوله فليس كلامنا فيه ليس بشيء لان عدم كون كلامنا فيه لا يضر بغرض السائل بل يعينه فان مقصوده القصر في قول المصنف ولهذا تصح الكفالة بها بان صحة الكفالة لا تدل على صحة الرهن لان الكفالة تصح بدين سبب وجوبه ولا يصح الرهن بذلك بخلاف فيجوز أن تصح الكفالة بالعين المضمون بنفسه أيضا الذي كلامنا فيه ولا يصح الرهن به فلم يتم الاستدلال بصحة الكفالة به على صحة الرهن به ولا يخفى أن عدم كون كلامنا في الدين الذي لم ينعقد سبب وجوبه لا يدفع الاعتراض بهذا الوجه وانما دفعه ما أشار اليه تاج الشريعة من منع صحة الكفالة بدين سبب وجوبه وانما قوله ماذا لك علي فلان فعلى إضافة الكفالة الى ذلك الدين لا عقده كفالة به منجزة ومراد المصنف بالكفالة في قوله ولهذا تصح الكفالة به هي الكفالة المنجزة فتم الاستدلال (قوله ولهذا يعتبر قيمته يوم القبض) أقول هذا التنوير لا يتم الا على قول أبي يوسف فان المعبر عند أبي حنيفة قيمته يوم الخصومة وعند محمد قيمته يوم الانقطاع كما مر تفصيلا في صدر كتاب الغصب مع أن صحة الرهن بالايمان المضمونة بانفسها على قول أئمتنا جميعا فلا يتم التقرير بالا على قول أبي يوسف وليت شعري لم يتعرض

(قوله وان كان الثاني فهو ممنوع) أقول فيه بحث فان الكفالة بالاول صحيحة دون الرهن فتوجه السؤال الا أن يخص الكفالة المقيس أيضا عليها بما انعقد سبب وجوبه

قال (وهو مضمون بأقل من قيمته ومن الدين الخ) الرهن مضمون بالأقل أي بما هو الأقل من قيمته يوم القبض ومن الدين ووقع في بعض نسخ القدوري بأقل من قيمته ومن الدين وليس بصحيح لأن معنى المعرف واحد منهما ومعنى المنكر ثالث وكلامه واضح وقوله (بترادان الفضل) يعني أن الترادانما يكون من الجانبين وقوله (كافي حقيقة الاستيفاء) مثل ما إذا أوفاه ألف درهم في كيس وحقه في ألف فانه يصير ضامنا قدر الدين والزيادة على قدر الدين أمانة فكذا هذا وقوله (ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها) لاننا لو لم نجعل الزيادة مرهونة أدى إلى الشروع أو لعدم انفكاكها عنه وقوله (ولا ضرورة في حق الضمان) لان بقاء الرهن مع عدم الضمان يمكن بأن استعد الراهن الرهن من المرتهن فان الرهن باق ولا ضمان على المرتهن كما سيجيء وقوله (والمراد بالتراد فيما روى حالة البيع) يعني توفيقا بين حديثي على رضى الله عنه (١٩٨) فانه روى عنه المرتهن أمين في الفضل فيجب حمل الاول على حالة البيع

قال (وهو مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين فاذا هلك في يد المرتهن وقيمته والدين سواء صار المرتهن مستوفيا لدينه وان كانت قيمة الرهن أكثر فالفضل أمانة في يده) لان المضمون بقدر ما يقع به الاستيفاء وذلك بقدر الدين (وان كانت أقل سقط من الدين بقدره ورجع المرتهن بالفضل) لان الاستيفاء بقدر المالمية وقال زفر الرهن مضمون بالقيمة حتى لو هلك الرهن وقيمته يوم الرهن ألف وخمسمائة والدين ألف رجع الراهن على المرتهن بخمسمائة له حديث على رضى الله عنه قال بترادان الفضل في الرهن ولان الزيادة على الدين مرهونة لكونها محبوسة به فتكون مضمونة باعتبار بقدر الدين ومذهبنا مروى عن عمرو وعبد الله بن مسعود رضى الله عنهم ولان يد المرتهن من يد الاستيفاء فلا توجب الضمان الا بالقدر المستوفى كما في حقيقة الاستيفاء والزيادة مرهونة به ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها ولا ضرورة في حق الضمان والمراد بالتراد فيما روى حالة البيع فانه روى عنه أنه قال المرتهن أمين في الفضل قال (والمرتهن أن يطالب الراهن يدينه ويحبسه به) لان حقه باق بعد الرهن والرهن لزيادة الصيانة فلا تمنع به المطالبة والحبس جزاء الظلم فاذا ظهر مطلعه عند القاضي يحبس كما يبناه على التفصيل فيما تقدم (واذا طلب المرتهن دينه يؤثر باحضار الرهن) لان قبض الرهن قبض استيفاء فلا يجوز أن يقبض ماله مع قيامه بالاستيفاء لانه يتكرر الاستيفاء على اعتبار الهلاك في يد المرتهن وهو محتمل (وانما أحضره أمر الراهن بتسليم الدين اليه أولا) ليتعين حقه كما تبين في حق الراهن تحقيقا للتسوية كما في تسليم المبيع والثمن بمحض المبيع ثم يسلم الثمن أولا (وان طالبه بالدين في غير البلد الذي وقع العتق فيه ان كان الرهن مما لاجل له ولا مؤنة فكذلك الجواب) لان الاماكن كلها في حق التسليم كما كان واحدا فيما ليس له حل ومؤنة ولهذا لا يشترط بيان مكان الايقاع فيه في باب السلم بالاجماع (وان كان له حل ومؤنة يستوفى دينه ولا يكاف احضار الرهن) لان هذا نقل والواجب عليه التسليم بمعنى التخلي لا النقل من مكان الى مكان لانه يتضرر به زيادة الضرر ولم يلتزمه (ولو سلب الراهن العدل على بيع المرهون فباعه بنقدا ونسيئة جاز)

يعني اذا باع المرتهن الرهن باذن الراهن يرد ما زاد على الدين من ثمنه الى الراهن ولو كان الدين زائدا يرد الراهن زيادة الدين وقوله (كبيناه على التفصيل فيما تقدم) يعني في فصل الحبس من أدب القاضي وقوله (واذا طلب المرتهن دينه) واضح وقوله (تحقيقا للتسوية) قيل لان الرهن وان كان لاستيفاء الدين بحكم الوضع لكن فيه شبهة المبادلة فن حيث انه استيفاء لحقه قلنا بان قبض الدين لا يتوقف على احضار الرهن فلم يجب على المرتهن تسليمه وباعتبار شبهة المبادلة يتوقف قبض الدين على احضار الرهن عند وجوب تسليمه وقوله (لانه يتضرر بزيادة الضرر ولم يلتزمه) يعني المرتهن ولم يعتبر هناك احتمال تكرار الاستيفاء على اعتبار الهلاك لانه

لهذا احدث من الشراح (قوله وهو مضمون بأقل من قيمته ومن الدين) قال بعض الشراح وقع في بعض نسخ القدوري بأقل من قيمته ومن الدين وليس بصحيح لأن معنى المعرف واحد منهما ومعنى المنكر ثالث واعتبر هذا بقول الرجل مررت بأعلم من زيد وعمرو ويكون الاعلم غيرهما ولو قال مررت بالأعلم من زيد وعمرو يكون الاعلم واحدا منهما والمراد ههنا واحد من القيمة والدين وهو أقلهما الا أمر ثالث ثم ان تاج

لاطلاق

موهوم فلا يظهر في مقابلة ضرر متيقن وهو تأخر حق المرتهن بخلاف الفصل الاول

(قوله ووقع في بعض نسخ القدوري بأقل من قيمته ومن الدين وليس بصحيح لأن معنى المعرف واحد منهما ومعنى المنكر ثالث) أقول اذ تكوّن من حينئذ تفضيلية لوجوب استعمال الافعال بأحد الاشياء الثلاثة وتكون في المعرف للبيان لعدم جواز الجمع بين من وحرف التعريف وموضعه كتب النحو وفيه بحث اذ قد يحذف من من اللفظ وههنا أيضا كذلك والقريضة على الحذف شهرة المذهب فن الملقوفة للبيان كما فصله صدر الشريعة في شرح الوفاية ولمكان حرف التعريف ههنا (قوله يعني أن الترادانما يكون من الجانبين) أقول فيرجع كل منهما على صاحبه بالفضل عند الهلاك (قوله أو لعدم انفكاكها عنه) أقول معطوف على قوله لاننا لو لم نجعل الزيادة

وقوله (لاطلاق الامر) يشبه الى انه لو قيده بالنقد لا يصح بيعه نسيئة وقوله (لانه لا قدرة له على الاحضار) لان الرهن يبيع بأمر  
 الراهن فلم يبق له قدرة على احضاره وقوله (وكذا اذا أمر المرتهن) يعني لا يكلف احضار الرهن لانه أى الرهن صار ديناً بالبيع بأمر  
 الراهن فصار كأن الراهن رهنه وهو دين لانها باعها باذنه صار  
 كنه ما تنافسها الرهن وصار  
 (١٩٩)

لاطلاق الامر (فلو طالب المرتهن بالدين لا يكلف المرتهن احضار الرهن) لانه لا قدرة له على الاحضار  
 (وكذا اذا أمر المرتهن ببيعه فباعه ولم يقبض الثمن) لانه صار ديناً بالبيع بأمر الراهن فصار كأن الراهن  
 رهنه وهو دين (ولو قبضه يكلف احضاره) لقسام البدل مقام المبدل لان الذي يتولى قبض الثمن هو  
 المرتهن لانه هو العاقد فترجع الحقوق اليه وكما يكلف احضار الرهن لاستيفاء كل الدين يكلف لاستيفاء  
 نجم قد حل لاحتمال الهلاك ثم اذا قبض الثمن يؤمر باحضاره لاستيفاء الدين لقيامه مقام العين  
 الشريعة من الشرح بين وجه اختلاف المعنى بين المعروف والمنكر حيث قال والمعنى فيه أن كلمة من في  
 قوله الأقل منها التبعية والأقل يصلح بعضا اذا الأقل مع منها معرفة فان بخلاف أقل منهما  
 لان أقل نكرة وهما معرفة والمعرفة لا تناول النكرة انتهى كلامه أقول ليس هذا بسديد اذا لانسلم  
 ان المعرفة لا تناول النكرة تناول الكل للجزء كما هو مقتضى من التبعية نعم ان المعرفة والنكرة  
 لا يتحدان لان مدلول المعرفة شئ بعينه ومدلول النكرة شئ لا بعينه وهما متضادان فلا يتحدان وأما  
 كون المبهم بعضاً من المعين فلا استحالة فيه بل هو أمر شائع مستعمل الاترى الى قولنا واحد منهما  
 أو جزء منهما أو بعض منها ما يكون كذا فانه صحيح بلا ريب وشائع مستعمل مع أن كلمة واحد وجزء وبعض  
 نكرة وكلمة هما في منها معرفة ومن التبعية على أن الوجه المذكور للفرق بين أن يكون اسم التفضيل  
 معرفاً وبين أن يكون منكر التعمية شئ فيما اذا كان مدخول كلمة من معرفة ولا يتمشى فيما اذا كان  
 مدخولها نكرة اذ لا يلزم اذ ذلك تناول المعرفة للنكرة مثلاً لو كانت العبارة فيما نحن فيه أقل من  
 قيمة ودين لزم أن لا يكون فرق في المعنى بين تعريف الأقل وتنكيره وانس كذلك قطعاً وذكر بعض  
 الفضلاء وجه آخر للفرق بين المعروف والمنكر حيث قال اذ تكون من في المنكر تفضيلية لوجوب  
 استعمال الأقل بأحد الاشياء الثلاثة وتكون في المعروف للبيان لعدم جواز الجمع بين من وحرف التعريف  
 وموضعه كتب النحو ثم قال وفيه بحث اذ قد تحذف من من اللفظ وههنا أيضاً كذلك والقرينة على  
 الحذف شهرة المذهب انتهى أقول الحق في الفرق ما قاله ذلك البعض ويحتمس ساقط اذ قد تقرر في علم النحو  
 أنه لا يجوز استعمال اسم التفضيل بدون أحد الاشياء الثلاثة لأن يعلم المنضل عليه ويتعين كما في قوله  
 تعالى يعلم السهر وأخفى وقوله تعالى ولذ كرا لله أكبر وفيما نحن فيه لا يتعين المفضل عليه ولا يعلم على تقدير  
 أن ينكر اسم التفضيل ولم يجعل كلمة من تفضيلية وادعاء كونه معلوماً بقرينة شهرة المذهب غير مسموع  
 لانه الآن بصدد بيان المذهب في هذه المسئلة ولم يبين من قبل في موضع آخر فنأين حصلت الشهرة كيف  
 ولتحقق الشهرة في مستلثنا هذه بحيث جاز به ترك ما لا بد منه في استعمال صيغة التفضيل لاستغنى  
 عن ذكرها وبيانها ههنا بالكلية (ف قوله لانه صار ديناً بالبيع بأمر الراهن فصار كأن الراهن  
 رهنه وهو دين) قال بعض الفضلاء فيه بحث فان المقيس عليه وهو رهن الدين غير صحيح فكيف  
 يثبت الحكم في الفرع قياساً عليه انتهى أقول لا يخفى على الفطن أن مراد المصنف بتعليله المذكور ليس  
 اثبات حكم فيما نحن فيه بطريق القياس على رهن الدين حتى يتوجه البحث المذكور بل مراده  
 به بيان أن حكم الرهن يبق في الدين الذي صار خلفاً عن العين المبيع بأمر الراهن لان الاصل كان صالحاً  
 لان يكون رهنه فكذلك خلفه تبعاً وان لم يصلح الدين للرهنية أصالة فمك من شئ يثبت ضمناً وتبعاً ولا  
 يثبت أصالة وقصد افقوله فصار كأن الراهن رهنه وهو دين إشارة الى معنى الخلفية لا الى القياس وهذا

التمن رهنه بتراضيه ما  
 ابتداء لا يطرق انتقال  
 حكم الرهن الى الثمن الا ترى  
 أنه لو باع الرهن بأقل من  
 الدين لم يسقط من دين  
 المرتهن شئ فصار كأنه  
 رهنه ولم يسلم اليه بل وضعه  
 على يد عدل وقوله (الا  
 أن الذي يتولى قبض الثمن  
 هو المرتهن) استثناء  
 من قوله فصار كأن الراهن  
 رهنه وهو دين جواب  
 عما يقال لو كان الامر  
 كذلك لما كان للمرتهن  
 أن يقبض الثمن من  
 المشتري كالموكلان  
 الرهن في يد عدل لكن  
 له ذلك ووجه ما ذكر  
 أن ولاية القبض باعتبار  
 كونه عاقداً والحقوق ترجع  
 اليه وقوله (وكما يكلف  
 احضار الرهن لاستيفاء  
 الكل يكلف لاستيفاء نجم)  
 قيل اذا ادعى الراهن هلاك  
 الرهن وأما اذا لم يدع فلا  
 حاجة الى ذلك واليه أشار  
 بقوله لاحتمال الهلاك  
 وقوله (ثم اذا قبض الثمن)  
 يعني ان باع الرهن وقبض  
 الثمن فاذا قبضه وجب  
 احضاره لاستيفاء نجم  
 لقيامه مقام العين

(قال المصنف فصار كأن الراهن رهنه وهو دين) أقول فيه بحث فان المقيس عليه وهو رهن الدين غير صحيح فكيف يثبت الحكم في  
 الفرع قياساً عليه فليتأمل (قال المصنف لاستيفاء الدين) أقول يعني المنجم لثلا يلزم التكرار

وقوله (وهذا بخلاف ما اذا قتل) اشارة الى قوله وكذا اذا امر المرتهن ببيعه الى آخره فانه لا يجبر المرتهن على الاحضار بل يجبر الراهن على الاداء بدون احضار شئ بخلاف ما اذا قتل رجل عبد الرهن خطأ حتى قضى بالقيمة على عاقلته في ثلاث سنين فان الراهن لا يجبر على قضاء الدين حتى يحضر المرتهن كل القيمة لان القيمة خلف عن العين فلا يدمن احضار كلها كما لا يدمن احضار كل عين الرهن فان قيل لم لا تكون القيمة ههنا كالثمن ثمة وهي ليست في يد المرتهن فيجب الراهن على القضاء كما كان ثمة اجاب بقوله وما صارت قيمة بفعله حتى تنتقل اليها الرهنية فصار كالرهن في يد عدل بخلاف ما تقدم فان الرهن صار ديناً بقره فمكانه ما تفاسخا وجعل الثمن رهناً ابتداء كما مر فافتراق في النهاية جعل قوله وهذا اشارة الى قوله يكلف لاستيفاء نجم قد حل ووجهه هكذا أي في مسألة القتل لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر المرتهن كل القيمة وفما نحن فيه بخلافه حيث يكلف المرتهن باحضار الرهن عند كل نجم يؤديه الراهن من الدين وهو كما ترى متعسف وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لم يقبض شيئاً قال (وان كان الرهن في يده الخ) اذا كان الرهن في يد المرتهن فهو مخير بين أن يترك الراهن من يبعه وأن لا يمكن لان حكمه الجبس (٣٠٠) الدائم الى أن يقضى الدين على ما بيناه وذلك حقه فله اسقاطه وكلامه

واضح وقوله (فلوهلك) وهذا بخلاف ما اذا قتل رجل عبد الرهن خطأ حتى قضى بالقيمة على عاقلته في ثلاث سنين لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة لان القيمة خلف عن الرهن فلا يدمن احضار كلها كما لا يدمن احضار كل عين الرهن وما صارت قيمة بفعله وفيما تقدم صار ديناً بفعل الراهن فلهذا افتراقاً ولو وضع الرهن على يد العدل وأمر أن يودعه غيره ففعل ثم جاء المرتهن يطلب دينه لا يكلف احضار الرهن) لانه لم يؤتمن عليه حيث وضع على يده غيره فلم يكن تسليمه في قدرته (ولو وضعه العدل في يده من في عياله وغاب وطلب المرتهن دينه والذي في يده يقول أو دعني فلان ولا أدري لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين) لان احضار الرهن ليس على المرتهن لانه لم يقبض شيئاً (وكذلك اذا غاب العدل بالرهن ولا يدري أين هو) لما قلنا (ولو أن الذي أودعه العدل بحذر الرهن وقال هو مالي لم يرجع المرتهن على الراهن بشئ حتى يثبت كونه رهناً) لانه لما جحد الرهن فقد تولى المال والتوى على المرتهن فيتحقق استيفاء الدين ولا علك المطالبة به قال (وان كان الرهن في يده ليس عليه أن يمكنه من البيع حتى يقضيه الدين) لان حكمه الجبس الدائم الى أن يقضى الدين على ما بيناه (ولو قضاه البعض فله أن يجبس كل الرهن حتى يستوفى البقية) اعتباراً بجبس المبيع (فاذا قضاه الدين قيل له سلم الرهن اليه) لانه زال المانع من التسليم لوصول الحق الى مستحقه (فلوهلك قبل التسليم استرد الراهن ما قضاه) لانه صار مستوفياً عند الهلاك بالقبض السابق فكان الثاني استيفاءه بعد استيفاءه فيجب رده مع ظهوره لكل منأمل متقن قد صرح به أكثر الشراح حيث قالوا فان قيل لورهن الدائن ابتداء لا يصح لانه لا يكون محلاً للرهن قلنا نعم ولكن يبقى حكم الرهن في الدين لكونه بدلاً عن المعبوض وهو قد كان صالحاً لذلك فيثبت هذا الحكم في خلفه تبعاً لا المقصود انتهى (قوله فلوهلك قبل التسليم استرد الراهن ما قضاه) لانه صار مستوفياً عند الهلاك بالقبض السابق فكان الثاني استيفاءه بعد استيفاءه فيجب رده) قال في العناية وطوبى بالفرق بينه وبين ما اذا ارتهن عبداً ألف درهم وقبضه وقيمته مثل الدين ثم وهب المرتهن المال للراهن أو أراه ولم يرد عليه الرهن حتى هلك عنده من غير أن

واضح وقوله (فلوهلك) أي الرهن (قبل الرد استرد الراهن ما قضاه) لما ذكره في الكتاب وهو واضح وطوبى بالفرق بينه وبين ما اذا ارتهن عبداً ألف درهم وقبضه وقيمته مثل الدين ثم وهب المرتهن المال للراهن أو أراه ولم يرد عليه الرهن حتى هلك عنده من غير أن يمنعها اياه فانه لا ضمان عليه استحساناً وان ثبتت يد الاستيفاء للمرتهن بقبضه السابق وقد تقر بالهلاك فصورته مستوفياً بهلاك الرهن بعد الاداء بمنزلة استيفائه حقيقة وفي الاستيفاء حقيقة بعد الاداء يرد المستوفى فيجب أن يكون ههنا كذلك

(قوله وقوله وهذا بخلاف ما اذا قتل اشارة الى قوله وكذا) أقول ولعل الاولى أن يجعل اشارة الى بيع العدل وكذلك

أو المرتهن الرهن بأمر الراهن قال العلامة الكاكي اشارة الى قوله يكلف لاستيفاء نجم قد حل بخلاف مسألة القتل حيث لا يكلف المرتهن باحضار الرهن عند كل نجم يؤديه انتهى هكذا رأيت في شرح الكاكي فقيه بحث ظاهر حيث لا يطابق المشروح (قوله اجاب بقوله وما صارت قيمة بفعله حتى تنتقل اليها الرهنية) أقول لا يقال الاصول أن يقال حتى يجعل رهناً مكانه فانه لم يكن رهنية الثمن في المسئلة المتقدمة بطريق الانتقال كما حققه لان بين الثمن والقيمة فرقاً ولا يلزم من عدم الانتقال في الاول عدم الانتقال في الثاني (قوله وجعل الثمن رهناً) أقول الظاهر أن يقال وجعلها (قوله وفي النهاية جعل قوله وهذا اشارة الى قوله يكلف لاستيفاء نجم الى قوله وهو كما ترى متعسف) أقول لا يكلف المرتهن بالاحضار في مسألة القتل لعل لعدم قدرته قبل مضي ثلاث سنين ولا يجبر الراهن أيضاً على الايفاء وفما نحن فيه يكلف المرتهن فيجب الراهن اذا حضر ولعل مراد الامام السعفاقي هذا (قوله وطوبى بالفرق) أقول نقض اجمالى (قوله فانه لا ضمان عليه استحساناً) أقول تجب في المسئلة في اواخر كتاب الرهن

وأجيب بأن الرهن عقد استيفاء باليد والحبس كما تقدم وذلك الاستيفاء يتقرر بالهلاك مستند إلى وقت القبض فالقضاء بعد الهلاك استيفاء بعد استيفاء فيجب الرد وأما الإبراء فليس فيه استيفاء شئ يجب رده وانما هو اسقاط واسقاط الدين من ليس عليه لغو وقوله (على وجه الفسخ) احتراز عما اذاردته على وجه العارية فانه لا يبطل الرهن وقوله (لانه) أي الرهن (يبقى مضمونا مادام القبض والدين باقيا) الأثرى أنه لو رد الرهن سقط الضمان لفوات القبض وان كان الدين باقيا واذا أبرأه عن الدين سقط الضمان وان كان القبض باقيا لان العلة اذا كانت ذات وصفين بعدم الحكم بعدم أحدهما فان قيل فينبغي أن لا يبقى مضمونا بعد قبض الدين اذا هلك الرهن قبل التسليم وليس كذلك كما هو فكان الكلام متناقضا أجيب بأن بقاء احتمال الحبس (٢٠١) باحتمال استحسان المؤدى يوجب

بقاء الضمان وفيه نظر لان الاحتمال لا يوجب التحقيق لاسيما اذا لم ينشأ عن دليل وقوله (ولو هلك في يده) يعني اذا حبسه بعد التفاسخ فهلك سقط الدين اذا كان به وفاء بالدين لبقاء الرهن وقوله (وليس للمرتهن) معناه انتفاء جواز الانتفاع بالرهن والانتفاع

(وكذلك لو تفاسخ الرهن له حبسه ما لم يقبض الدين أو يبرئه ولا يبطل الرهن الا بالرد على الراهن على وجه الفسخ) لانه يبقى مضمونا ما بقي القبض والدين (ولو هلك في يده) سقط الدين اذا كان به وفاء بالدين لبقاء الرهن (وليس للمرتهن أن ينتفع بالرهن لا باستخدام ولا بسكنى ولا لئلا يأذن له المالك) لان له حق الحبس دون الانتفاع (وليس له أن يبيع الابتسليط من الراهن وليس له أن يؤجر ويعير) لانه ليس له ولاية الانتفاع بنفسه فلا يملك تسليط غيره عليه فان فعل كان متعديا ولا يبطل عقد الرهن بالتعدي قال

عن عهده اياه فانه لا ضمان علمه استحسانا وان ثبتت يد الاستيفاء للمرتهن بقضه السابق وقد تقرر بالهلاك قصير ورته مستوفى بيبطل الرهن بعد الإبراء عن علة حقيقة وفي الاستيفاء حقيقة بعد الإبراء برد المستوفى فيجب أن يكون ههنا كذلك وأجيب بأن الرهن عقد استيفاء باليد والحبس كما تقدم وذلك الاستيفاء يتقرر بالهلاك مستند إلى وقت القبض فالقضاء بعد الهلاك استيفاء بعد استيفاء فيجب الرد وأما الإبراء فليس فيه استيفاء شئ يجب رده وانما هو اسقاط واسقاط الدين من ليس عليه لغو وانتمى أقول في حاشية هذا الجواب خلل لان قوله واسقاط الدين من ليس عليه لغو ومن الكلام ههنا لان الإبراء في مادة النقض من الراهن ولا شك أن الراهن من عليه الدين فكان الإبراء فيها من عليه الدين فلم يكن لغو بل كان اسقاطا صحيحا فلا مساس لقوله واسقاط الدين من ليس عليه لغو عما نحن فيه فان قلت مراده أن يد الاستيفاء ثابتة للمرتهن بعقد الرهن وتقرر بالهلاك مستند إلى وقت القبض صار المرتهن بالهلاك مستوفى بدينه من وقت القبض فصار الاستيفاء مقسدا على الإبراء في الحكم فلم يكن الرهن مديونا وقت الإبراء لسقوط دينه بالقبض السابق فلم يكن الإبراء فيما نحن فيه اسقاط الدين من عليه من هذه الحثية فلماذا قال واسقاط الدين من ليس عليه لغو قلت لو كان لهذه الحثية اعتبار فيما نحن فيه من مادة النقض وكان الإبراء فيه لغوا بناء على ذلك لوجب فيه الضمان على المرتهن لثبوت الاستيفاء له بيده بقضه السابق وتقرره بالهلاك وكون الإبراء لغوا على الفرض مع أنه لا يجب عليه الضمان فيه وهو مدار النقض والمطالبة بالفرق بين مسألة الكتاب وبين ذلك فلا يتم الجواب فالحق في الجواب عن المطالبة المذكورة ما ذكره صاحب النهاية حيث قال قلت ان ضمان الرهن يثبت باعتبار القبض والدين جميعا لانه ضمان الاستيفاء فلا يتحقق ذلك الا باعتبار الدين وبالإبراء عن الدين انعدم أحد المعنيين وهو الدين والحكم الثابت بعلة ذات وصفين بنعدم انعدام أحدهما الأثرى أنه لو رد الرهن سقط الضمان لانعدام القبض مع بقاء الدين فكذا اذا أبرأ عن الدين بسقط الضمان لانعدام الدين مع بقاء القبض وهذا بخلاف لو استوفى الدين حقيقة لان هناك الدين لا يسقط بالاستيفاء بل يتقرر فان ما هو المقصود يحصل بالاستيفاء

به قوله (واذا أبرأه عن الدين) سقط الضمان وان كان القبض باقيا) أقول فيه بحث فانه ذكر قيل هذا الكلام أنه اذا هلك الرهن في يد المرتهن بعد الإبراء يكون الإبراء لغو الكون الدين مستوفى مستندا إلى القبض وليس معنى الضمان الا ذلك اكن التعويل على ما ذكره ههنا يدل عليه كلام المصنف في أواخر الكتاب (قوله) وكان الكلام متناقضا) أقول ولك أن تقول الدين باق بعد القضاء لكنه

(٢٦ - تكمله ثامن) لا يطالب به لعدم الفائدة وإلى ذلك أشار صاحب النهاية وسببى مما ذكره في آخر كتاب الرهن من الهداية ولهذا لم يعد شهادة من شهد بألف وقضى خمسمائة منها على ما هو في فصل الاختلاف في الشهادة فراجع (قوله) أجيب بأن بقاء احتمال الحبس باحتمال استحسان المؤدى يوجب بقاء الضمان) أقول اعتراف بعدم انعكاس العلة وذلك هو غرض القائل وجوابه تعميم الدين بجهته أيضا كما سبجى في آخر كتاب الرهن من المصنف (قوله معناه انتفاء جواز الانتفاع بالرهن والانتفاع به) أقول سبق من الشارحين تحطئة المصنف في هذا اللفظ في فصل كرى الأتجار ان قيل انما أنكروا فيه استعمال الانتفاع في معنى النفع لامطلاقنا لا مانع من أن يراد منه فيه المعنى الذى أريد منه ههنا

قال (ولرهن أن يحفظ الرهن بنفسه الخ) كلامه واضح والعبرة في العيال لساكنة لا لمتنفة الأتري أن المرأة إذا ارتهنت وسلمت الرهن إلى الزوج لم يضمن والابن الكبير الذي لا يكون في نفقته إذا ساكن الاب وخروج الاب عن المنزل وترك المنزل على الابن لم يضمن قال (وأجرة الراعي ونفقة الرهن على الراهن) فان أبي فالقاضي يأمر المرتهن بأن ينفق عليه فإذا قضى الدين فللمرتهن أن يجبس الرهن حتى يستوفي النفقة وان هلك الرهن بعد ذلك لا شيء على الراهن في قول زفر وقال أبو يوسف النفقة دين على الراهن (٢٠٢)

والاصل المذكور في الكتاب واضح وقوله (وكل ما كان لحفظه أو لردده إلى يد المرتهن) كجعل الأبق (أو لرد جزء منه) كسداواة الجراح وقوله (والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه) قال في شرح الطحاوي لو شرط الراهن للمرتهن شيئا على الحفظ لا يصح بخلاف الوديعة وقوله (اتعلقه بالعين) يعني بخلاف حق المرتهن فان حقه يتعلق بالرهن من حيث المالية لا من حيث العين والعين مقدم على المالية فكذلك ما يتعلق بالعين يقدم على ما يتعلق بالعين متعلقا بالعين كان استحقاقه كاستحقاق جزء من الأرض لتكون كل واحد منهما عيناً وورد عليه عقد الرهن فان وضع المسئلة فيما إذا ارتهن أرضاً عشريه مع شجر أو زرع فيها أخذ العشر والاستحقاق في جزء من الأرض يبطل الرهن لظهور الشيوع فيه فكذا في استحقاق العشر أجاب

(ولرهن أن يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذي في عياله) قال رضي الله عنه معناه أن يكون الولد في عياله أيضاً وهذا لان عينه أمانة في يده فصار كالوديعة (وان حفظه بغير من في عياله أو أودعه ضمن) وهل يضمن الثاني فهو على الخلاف وقد ينبا جميع ذلك بدلالة في الوديعة (وإذا تعدى المرتهن في الرهن ضمنه ضمان الغصب بجميع قيمته) لان الزيادة على مقدار الدين أمانة والامانات تضمن بالتعدى (ولورهنه خاتماً بخلقه في خصمه فهو ضامن) لانه متعد بالاستعمال لانه غير مأذون فيه وانما الأذن بالحفظ واليمنى واليسرى في ذلك سواء لان العادة فيه مختلفة (ولو جعله في بقية الاصابع كان رهناً بما فيه) لانه لا يلبس كذلك عادة فكان من باب الحفظ وكذا الطيلسان ان لبسه ليساهم عادة اذا ضمن وان وضعه على عاتقه لم يضمن (ولورهنه سيفين أو ثلاثة فتقلدها لم يضمن في الثلاثة وضمن في السيفين) لان العادة جرت بين الشجعان بتقلد السيفين في الحرب ولم تجر بتقلد الثلاثة وان لبس خاتماً فوق خاتم ان كان هو من تجمل بلبس خاتمين ضمن وان كان لا يتجمل بذلك فهو حافظ فلا يضمن قال (وأجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن على المرتهن وكذلك أجرة الحافظ وأجرة الراعي ونفقة الرهن على الراهن) والاصل أن ما يحتاج اليه لصحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن سواء كان في الرهن فضل أو لم يكن لان العين باق على ملكه وكذلك منافعه مما لو كفه فيكون اصلها وتبقيته عليه لما أنه مؤتمن بملكه كإبي الوديعة وذلك مثل النفقة في ما كفه ومشر به وأجرة الراعي في معناه لانه علف الحيوان ومن هذا الجنس كسوة الرقيق وأجرة طائر ولدا الرهن وسقي البستان وكري النهر وتلقيح نخله وجداه والقيام بعصالحه وكل ما كان لحفظه أو لردده إلى يد المرتهن أو لرد جزء منه فهو على المرتهن مثل أجرة الحافظ لان الامساك حقه والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه وكذلك أجرة البيت الذي يحفظ الرهن فيه وهذا في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أن كراء المأوى على الراهن بمنزلة النفقة لانه سعى في تبقيته ومن هذا القسم جعل الأبق فانه على المرتهن لانه محتاج الى اعادته بالاستيفاء التي كانت له ليرده فكانت مؤتمنة الرد فيلزمه وهذا اذا كانت قيمة الرهن والدين سواء وان كانت قيمة الرهن أكثر فعليه بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر الزيادة عليه لانه أمانة في يده والرد لعادة اليد وفي الزيادة يد المالك اذ هو كالمودع فيها فلهذا يكون على المالك وهذا بخلاف أجرة البيت الذي كراه فان كراهها تجب على المرتهن وان كان في قيمة الرهن فضل لان وجوب ذلك بسبب الحبس وحق الحبس في الكل ثابت له فاما العمل انما يلزمه لاجل الضمان فتمتد بقدر المضمون وسداواة الجراحة والقروح ومعالجة الامراض والفساد من الجنابة تنقسم على المضمون والامانة والخراج على الراهن خاصة لانهم من مؤن الملك والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن لانه ملقه بالعين ولا يبطل الرهن في الباقي لان وجوبه لا ينافي ملكه بخلاف الاستحقاق

وحصول المقصود بالنسبة ليقدره ويهبه واذا بقي الدين حكما في ضمان الرهن وبه سلك الرهن بصير مسدودا فبما تبين أنه استوفى مرتين فيلزمه رد أحدهما أو الأبراء فيسقط الدين فلا يبقى الضمان بعد انعدام أحد المعنيين الى هنا لفظ النهاية وسيجيء من المصنف في آخر كتاب الرهن ما يطابق

بقوله (ولا يبطل الرهن في الباقي لان وجوبه) أي وجوب العشر (لاننا في ملكه) في جميع ما رهنه الأتري أنه لو باعه جاز وما ولو أدى العشر من موضع آخر جاز فصح الرهن في الكل ثم خرج جزء معين فلم يتمكن الشيوع في الرهن لا مقارنا ولا طارثا بخلاف الاستحقاق (قال المصنف لانه علف الحيوان) أفول أي كعلف الحيوان من قبيل زيد أسد (قوله الأتري أنه لو باعه جاز) أفول يعني لو باع الجميع في غير الرهن جاز البيع قبل أداء العشر

لان الملك المستحق ملك الغير فلم يصح الرهن فيه - وكذا في ما وراءه لانه مشاع (قوله وما اداها احداهما مما وجب على صاحبه) يعني من  
 اجرة وغيرها (فهو متطوع) لانه قضى دين غيره بغير امره (وما انفق احدهما مما يجب على الآخر) فان كان بغير امر القاضى فكذلك  
 وان كان بأمره رجع عليه كأن صاحبه أمره به لعموم ولاية القاضى وقد قيل لانه مجرد أمر القاضى بالنفقة لا يصير ديناً على الراهن  
 مالم يجعله ديناً عليه بالتخصيص لان أمره ههنا ليس للالزام فانه لا يلزمه شئ منها بالاتفاق فيكون الامر بذلك متردداً بين الاتفاق حسبة  
 ودنيا فعمد الاطلاق يثبت الادنى وقوله (وهي فرع مسألة الحجر) (٢٠٣) فذهب أى حنيفة أن القاضى لا يلبى

على الحاضر وعندهما يلبى  
 عليه يعنى عند أبى يوسف  
 ويشهد لما نفذ حجر القاضى  
 على الحر كان نافذاً حال  
 غيبته وحضرته وعند أبى  
 حنيفة لو نفذ عليه أمر  
 القاضى حال حضوره  
 يصير محجوراً عليه وهو  
 لا يراه بخلاف حال غيبته  
 لان فيها ضرورة

وما اداها احداهما مما وجب على صاحبه فهو متطوع وما أنفق احدهما مما يجب على الآخر بأمر  
 القاضى رجع عليه كأن صاحبه أمره به لان ولاية القاضى عامة وعن أبى حنيفة أنه لا يرجع اذا  
 كان صاحبه حاضراً وان كان بأمر القاضى وقال أبو يوسف انه يرجع في الوجهين وهي فرع مسألة  
 الحجر والله أعلم  
 ﴿باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز﴾  
 قال (ولا يجوز رهن المشاع)

ذلك في الفرق بين تينك المستلثة من فمصر قال تاج الشريعة فان قلت ينبغي أن لا يبقى الرهن مضموناً بعد  
 قبض الدين اذا هلك الرهن قبل التسليم لان حكم الرهن لم يبق قلت بلى احتمال استحقاق الحطب لاحتمال  
 ان يستحق المؤدى وحينئذ يظهر أنه ما استوفى حقه فكان له استحقاق الحطب انتهى ورد صاحب  
 العناية هذا الجواب حيث قال بعد ذكر السؤال والجواب فيه نظراً لاحتمال لا يوجد التحقيق  
 لاسيما اذا لم ينشأ عن دليل انتهى أقول الحق في الجواب عن أصل السؤال أن يقال الدين لا يسقط بالقضاء  
 كما يسقط بالاراء لقيام الموجب وهو الزممة بل يبقى على حاله **واضح** لا يطلب به لتعذر الاستيفاء كما  
 صرح به المصنف في آخر كتاب الرهن أثناء الفرق بين مسألة ارء المرتهن الراهن عن الدين ومسألة استيفاء  
 المرتهن الرهن فاذا بقي الدين بعد قضاء مثله يبقى حكم الرهن أيضاً مالم يسلم الى الراهن فيبقى مضموناً بالهلاك  
 الى أن يسلم الى الراهن تأمل تقف انتهى والله الموفق للصواب

﴿باب ما يجوز ارتهانه  
 والارتهان به وما لا يجوز﴾  
 لما ذكر مقدمات مسائل  
 الرهن ذكر في هذا الباب  
 تفصيل ما يجوز ارتهانه  
 وما لا يجوز اذ التفصيل  
 انما يكون بعد الاجال  
 قال (ولا يجوز رهن  
 المشاع الخ) رهن المشاع  
 القابل للقسمة وغيره  
 فاسد يتعلق به الضمان  
 اذا قبض وفيه باطل  
 لا يتعلق به ذلك وليس  
 صحيح لان الباطل منه  
 هو فيما اذا لم يكن الرهن  
 مالا أو لم يكن المقابل  
 به مضموناً وما نحن فيه  
 ليس كذلك بناء على ان  
 القبض شرط تمام العقد لا شرط جواز

﴿باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز﴾  
 لما ذكر مقدمات مسائل الرهن ذكر في هذا الباب تفصيل ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز  
 اذ التفصيل انما يكون بعد الاجال (قوله ولا يجوز رهن المشاع) قال صاحب العناية رهن المشاع القابل  
 للقسمة وغيره فاسد بانه ملحق به الضمان اذا قبض وقيل باطل لا يتعلق به ذلك وليس صحيح لان الباطل  
 منه هو فيما اذا لم يكن الرهن مالا أو لم يكن المقابل به مضموناً وما نحن فيه ليس كذلك بناء على أن القبض  
 شرط تمام العقد لا شرط جواز له هنا لفظه أقول ان قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد  
 لا شرط جواز حشو ومفسد اذا الظاهر أنه على قوله وما نحن فيه ليس كذلك وليس صحيح اذ لا شك أن  
 ما نحن فيه وهو رهن المشاع ليس مما لم يكن الرهن مالا ولا مما لم يكن المقابل به مضموناً ونافان الشروع  
 لا ينافى المسألة قطعاً حتى يكون رهن المشاع مما لم يكن الرهن مالا وكذا الشروع في الرهن لا يقتضى أن  
 لا يكون المقابل به مضموناً بل يتصور فيما اذا كان المقابل به مضموناً أيضاً كما لا يخفى ثم لا شك أنه لا بناء  
 شئ من ذلك على كون القبض شرط تمام عقد الرهن لا شرط جواز بل ذلك أمر مقرر سواء كان القبض  
 شرط تمام عقد الرهن أو شرط جواز كما لا يخفى على ذى مسكة فلا وجه لجعل قوله بناء على أن

﴿باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز﴾  
 قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد أقول يعنى أن الحكم يكون الباطل منحصراً فيما ذكره بناء على أن القبض الخ فانه اذا  
 كان شرط الجواز لم يصح الحصر (قوله لا شرط جواز) أقول مخالف لما قدمت به

وقال الشافعي رحمه الله هو جائز ولم يذكره في الكتاب دليله الا لان أصل دليله ومعظمه قد علم في ضمن ذلك دليلنا على ما سيظهر ودليلنا موقوف على مقدمة هي أن العقود شرعت لأحكامها فإذا اتفق الحكم كان العقد غير معتبر وتقرير الوجه الأول من كلامه حكم الرهن ثبوت بد الاستيفاء على ما تناوله العقد لما بينا أنه وثيقة لجانب الاستيفاء وثبوت بد الاستيفاء فيما تناوله العقد وهو المشاع غير متصور لان البد ثبتت على معين والمرهون من المشاع غير معين والمعين غير المعين فتكون السند ثابتة على غير المرهون وفيه فوات حكمه وأدرج المصنف رحمه الله دليل (٢٠٤) الشافعي رحمه الله بين الوجهين وهو قوله وعند المشاع يقبل

وقال الشافعي يجوز ولنا فيه وجهان أحدهما يبنى على حكم الرهن فإنه عندنا ثبت بد الاستيفاء وهذا لا يتصور فيما تناوله العقد وهو المشاع وعند المشاع يقبل ما هو الحكم عنده وهو تعيينه كلامه حكم الرهن تعيينه للبيع والمشاع عين يجوز بيعه لحكم الرهن يجوز في المشاع وإذا كان الحكم متصورا كان العقد مقيدا وتقرير الثاني أن موجب الرهن أي موجب حكمه يعني لازمه هو الحبس الدائم لأنه لم يشرع الا مقبوضا بالنص وهو قوله تعالى فرهان مقبوضة أو بالنظر الى المقصود وهو الاستيثاق من الوجه الذي يبناه يعني ما مر من قوله وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع الى قضاء الدين لحاجته أو لضجره (وكل ذلك) أي كل ما مر من قوله لم يشرع الا مقبوضا بالنص أو بالنظر الى المقصود (يتعلق بالذوام) أما تعلقه بالذوام بالنظر الى المقصود فظاهر فإنه لو تمكن من الاسترداد ربما جحد الرهن والدين جميعا فيفوت الاستيثاق

القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه علة لقوله وما نحن فيه ليس كذلك وزعم بعض الفضلاء أن قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد الخ علة لقوله لان الباطل منه هو فيما اذا لم يكن الرهن مالا أو لم يكن المقابل به مضمونا حيث قال في بيان قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه يعني أن الحكم يكون الباطل منحصرا فيما ذكره بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه فإنه اذا كان شرط الجواز لم يصبح الحصر انتهى أقول ليس هذا أيضا بصحيح لانه مع كون الفصل بقوله وما نحن فيه ليس كذلك مما يباي جفا كونه بناء على أن القبض الى آخره علة لما قبل ذلك لا يصح بناء على أن الحكم يكون الباطل من الرهن منحصرا فيما ذكره من الصورتين على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه قوله فإنه اذا كان شرط الجواز لم يصبح الحصر ممنوعا فان مجرد انتفاء شرط الجواز لا يستلزم بطلان العقد بل يتصور انتفاء ذلك فيما اذا انتفى العقد بصفة الفساد أيضا وانما الذي يستلزم بطلان العقد انتفاء شرط الانعقاد وانما هو في عقد الرهن أن يكون الرهن مالا وأن يكون المقابل به مضمونا لا غير ويدل على ذلك كله ما ذكر في الذخيرة والمغني ونقل عنهما في النهاية وغيرها وهو أن الباطل من الرهن مالا يكون منعقدا أصلا كالباطل من البيوع والفساد منه ما يكون منعقدا لكن بوصف الفساد كالفساد من البيوع وشرط انعقاد الرهن أن يكون الرهن مالا والمقابل به مضمونا ففي كل موضع كان الرهن مالا والمقابل به مضمونا لأنه فقد بعض شرائط الجواز ينعقد الرهن لو جود شرط الانعقاد لكن بصفة الفساد لانعدام بعض شرط الجواز وفي كل موضع لم يكن الرهن مالا أو لم يكن المقابل به مضمونا لا ينعقد الرهن أصلا انتهى فتدبر (قوله والثاني أن موجب الرهن هو الحبس الدائم لأنه لم يشرع الا مقبوضا) أقول لقائل أن يقول ان أراد بقوله أنه لم يشرع الا مقبوضا أن عقد الرهن لم يجز الا مقبوضا يكون هذا القول منه مناقضا لما ذكره في صدر كتاب الرهن من أن القبض شرط لزوم الرهن لا شرط جوازه وان أراد بذلك أنه لم يلزم الا مقبوضا لا يتم التقريب اذ المدعى ههنا عدم جواز رهن المشاع لاعدم لزومه فتأمل في الدفع (قوله أو بالنظر الى المقصود منه وهو الاستيثاق من الوجه الذي يبناه) قال صاحب النهاية وهو قوله وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع الى قضاء الدين لحاجته أو لضجره انتهى واقفي أثره في هذا التفسير جماعة من الشراح منهم صاحب العناية حيث قال يعني ما مر من قوله وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع الى قضاء الدين لحاجته أو لضجره أقول علل

وأما بالنظر الى النص فلا نعلم ما وجب القبض ابتداء وجب بقائه لان ما يتعلق بالحمل فالابتداء والبقاء فيه سواء كالمحرمة في النكاح وقد علمت أن حكم الرهن عندنا ثبوت بد الاستيفاء وهو لا يكون الا بالقبض والقبض فيما نحن فيه يقتضي الذوام فكان دوام الحبس لازما بحكم الرهن وثبوت في المشاع والداعي الى هذا التوجيه تخلص الكلام عن التكرار فإنه قال أحدهما يبنى على حكم الرهن والثاني أن موجب الرهن فلو كان الموجب مفسرا بالحكم كما هو المذهب تكرر كلامه

وقوله وتقرير الوجه الأول من كلامه حكم الرهن ثبوت بد الاستيفاء الخ) أقول مقتضى ظاهر هذا التقرير بطلان رهن المشاع فتأمل فإنه يجوز أن يقال المراد حكم الرهن الصحيح ثبوت بد الاستيفاء



وقوله (ولا يفضى اليه) أى الى دوام الحبس من تمام الدليل يعنى ثبت أنه لا بد من الدوام ولا يفضى اليه الاستحقاق الحبس والاستحقاق  
 الحبس في المشاع لانه لا بد من المهايأة فكأنه يقول له رهنه تسلك يومادون يوم ولا تسلك في عدم استحقاقه للحبس سوى يوم فيفوت الدوام  
 الواجب تحققه (ولهذا) أى ولان الدوام يفوت في المشاع تساوى ما يحتمل القسمة وما لا يحتملها في الرهن بخلاف الهبة على ما ذكره  
 في الكتاب (وقوله ولا يجوز) أى الرهن (من شريكه) على الوجهين جميعا (٢٠٥) أما على الوجه الأول فإنه لا يقبل

حكمه وأما على الثاني  
 فلا تبه يفوت به دوام  
 الحبس كما تقدم بصورة  
 الشروع الطارئ أن يرهن  
 الجميع ثم يتفاسخ في البعض  
 أو أذن الراهن للعدل أن  
 يبيع الرهن كيف شاء فباع  
 نصفه وأنه يمنع بقاء الرهن  
 في رواية الاصل وكلامه  
 واضح قال (ولارهن ثمرة  
 على رؤس النخيل دون  
 النخيل) هذا معطوف على  
 قوله ولا يجوز رهن المشاع  
 وعلته فان الاصل  
 الجامع أن اتصال المرهون  
 بغير المرهون يمنع جواز  
 الرهن لانتهاء القبض في  
 المرهون وحده لا اختلاطه  
 بغيره وقوله (بخلاف  
 المتاع في الدار) يعنى اذا  
 رهن دارا مشغولة بأمتعة  
 الراهن لم يصح الرهن لانها  
 لما لم تكن تابعة للدار  
 بوجه لم تدخل في رهنها  
 من غير ذلك فانتفى القبض  
 الأثرى أنه لو باع الدار بكل  
 قليل وكثير هو فيها أو منها  
 لم تدخل الامتعة بخلاف  
 ما لو باع النخيل بكل قليل  
 وكثير هو فيها أو منها فإنه  
 تدخل الثمار فتدخل في

ولا يفضى اليه الاستحقاق الحبس ولو جوزه في المشاع يفوت الدوام لانه لا بد من المهايأة فيصير كما اذا  
 قال رهنه تسلك يوما وبومالا ولهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة وما لا يحتملها بخلاف الهبة حيث يجوز فيما  
 لا يحتمل القسمة لان المانع في الهبة غرامة القسمة وهو فيما يقسم أما حكم الهبة الملك والمشاع قبله  
 وههنا الحكم ثبوت بدالاستيفاء والمشاع لا يقبله وان كان لا يحتمل القسمة ولا يجوز زمن شريكه لانه  
 لا يقبل حكمه على الوجه الأول وعلى الوجه الثاني يسكن يوما بحكم الملك ويوما بحكم الرهن فيصير  
 كأنه رهن يوما وبومالا والشروع الطارئ يمنع بقاء الرهن في رواية الاصل وعن أبى يوسف انه لا يمنع لان  
 حكم البقاء أسهل من حكم الابتداء فاشبه الهبة وجه الأول أن الامتناع لعدم المحلية وما يرجع اليه  
 فالابتداء والبقاء سواء كالمحرمة في باب النكاح بخلاف الهبة لان المشاع يقبل حكمه وهو الملك واعتبار  
 القبض في الابتداء لئني الغرامة على ما بيناه ولا حاجة إلى اعتبارها في حالة البقاء ولهذا يصح الرجوع  
 في بعض الهبة ولا يجوز فسخ العقد في بعض الرهن قال (ولارهن ثمرة على رؤس النخيل دون النخيل  
 ولا زرع الارض دون الارض ولا رهن النخيل في الارض دونها) لان المرهون متصل بما ليس بمرهون  
 خلة فكان في معنى الشائع (وكذا اذا رهن الارض دون النخيل أو دون الزرع أو النخيل دون الثمر)  
 لان الاتصال يقوم بالطرفين فصار الاصل أن المرهون اذا كان متصلا بما ليس بمرهون لم يجز لانه لا يمكن  
 قبض المرهون وحده وعن أبى حنيفة أن رهن الارض بدون الشجر جائز لان الشجر اسم للنابت  
 فيكون استثناء الاشجار بمواضعها بخلاف ما اذا رهن الدار دون البناء لان البناء اسم للبنى فيصير رهنها  
 جميع الارض وهي مشغولة بملك الراهن (ولو رهن النخيل بمواضعها جاز) لان هذه مجاورة وهي لا تمنع  
 العدة (ولو كان فيه ثمرة يدخل في الرهن) لانه تابع لاتصاله به فيدخل تبعه ما تصحح العقد بخلاف  
 البيع لان بيع النخيل بدون الثمر جائز ولا ضرورة الى ادخاله من غير ذلك وبخلاف المتاع في الدار حيث  
 لا يدخل في رهن الدار من غير ذلك لانه ليس بتابع بوجه ما وكذا يدخل الزرع والرطبة في رهن الارض  
 ولا يدخل في البيع لما ذكرنا في الثمرة (وبدخل البناء والغرس في رهن الارض والدار والقريبة) لما  
 ذكرنا (ولو رهن الدار بما فيها جاز ولو استحق بعضه ان كان الباقي يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقي رهنها  
 بمحضته والابطال كله) لان الرهن جعل كأنه ما ورد الاعلى الباقي وينع التسليم كون الراهن أو متاعه  
 في الدار المرهونة وكذا متاعه في الوعاء المرهون وينع تسليم الدابة المرهونة الحمل عليها فلا يتم حتى  
 يلقى الحمل لانه شاغل لها بخلاف ما اذا رهن الحمل دونها حيث يكون رهنها تاما اذا دفعها اليه لان الدابة  
 مشغولة به فصار كما اذا رهن متاعا في دار أو في وعاء دون الدار والوعاء بخلاف ما اذا رهن سر جاعلى دابة أو  
 لحام في رأسها ودفع الدابة مع السرج والجام حيث لا يكون رهنها حتى ينزعه منها ثم يسلمه اليه لانه من  
 أنواع الدابة بمنزلة الثمرة للنخيل

المصنف فيما مر كون الرهن وثيقة لطالب الاستيفاء بعلمتين حيث قال يقع الامن من الخلود مخافة  
 بحدود المرتهن الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع الدائن لحاجته أو لضجيره انتهى فليت  
 شعري ما حمل هؤلاء الشراح على جملهم قول المصنف ههنا من الوجه الذي بيناه على العلة الثانية فقط

الرهن لاتصالها بخاقصة وقوله (ولو استحق بعضه) يعنى بعض الرهن بأن رهن دارا أو أرضا فاستحق بعضها فاما أن يكون الباقي  
 غير مشاع بأن كان المستحق جزءا من غير مشاع أو كان مشاعا فان كان الاول صح الرهن لانه تبين أن الرهن من الابتداء كان مابقي وهو  
 غير مشاع وكان جائزا وان كان الثاني تبين أن الرهن من الاول مشاع وهو مانع

(قال المصنف لان الشجر اسم للنابت) أقول يعنى اسم للنابت المخالط للارض اذا المشجرة هي المختلطة

وتوله (حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر) يعني قال المشايخ رجهم الله اذا رهن دابة عليهم الجاهم أو سرج دخل ذلك في الرهن من غير ذكر تبعا وقوله (ولا يصح الرهن بالامانات) قد تقدم ذكره وقوله (والرهن بالدرك باطل) قد تقدم غير مرة أن الدرك هو رجوع المشتري بالثمن على البائع عند استحقاق المبيع وصورة الرهن بذلك أن يبيع شيئا ويسلمه الى المشتري فيخاف المشتري أن يستحقه أحد فأتى المشتري بالبائع رهنا بالثمن لو استحقه أحد وهو باطل حتى لا يملك المرتهن حبس الرهن ان قبضه قبل الوجوب استحق المبيع أو لا وما الكفالة بذلك فهي جائزة والفرق ما ذكره في الكتاب وذكر في فائدة ضمان الدرك مع استحقاق رجوع المشتري على البائع عند استحقاق المبيع ضمن (٣٠٦) البائع دركه أو لانه اذا لم يضمن لا يقدر المشتري على الرجوع

حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر قال (ولا يصح الرهن بالامانات) كالودائع والعوارى والمضاربات (ومال الشركة) لان القبض في باب الرهن قبض مضمون فلا بد من ضمان ثابت يقع القبض مضمونا ويتحقق استيفاء الدين منه (وكذلك لا يصح بالايمان المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع) لان الضمان ليس بواجب فانه اذا هلك العين لم يضمن البائع شيئا لكنه يسقط الثمن وهو حق البائع فلا يصح الرهن فاما الايمان المضمونة بعينها وهو ان يكون مضمونا بالمثل أو بالقيمة عندها كما مثل المغصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العبد يصح الرهن بها لان الضمان متقرر فانه ان كان قائما وجب تسليمه وان كان هالكا تحب قيمته فكان رهنا بما هو مضمون فيصح قال (والرهن بالدرك باطل والكفالة بالدرك جائزة) والفرق أن الرهن للاستيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب، إضافة التمليك الى زمان في المستقبل لا يجوز أما الكفالة فلا التزام المطالبة والتزام الافعال يصح مضافا الى المال كما في الصوم والصلاة ولهذا تصح الكفالة بما ذاب له على فلان ولا يصح الرهن فلو قبضه قبل الوجوب فهلك عنده يملك أمانة لانه لا عقد حديث وقع باطلا بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو أن يقول رهنتك هذا لتقرضني ألف درهم وهلك في يد المرتهن حيث يملك باسمي من المال بمقابلته لان الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة

الاذا قضى القاضى ينتقض البيع وأما اذا ضمنه فانه يرجع عليه قضى للقاضى ينتقض البيع بينهما ولم يقض وهذا بناء على أن المبيع اذا استحق لم ينتقض البيع بينهما بدون رضا البائع أو قضاء القاضى لان احتمال اقامة البائع اليئنة على النتائج أو التلحق من جهة المستحق قائم أما اذا قضى القاضى ثبت العجز وانفسخ العقد وقوله (بخلاف الرهن بالدين الموعود) متصل بقوله يملك أمانة وصورته ما ذكر في الكتاب وقوله (لان الموعود) يعني من الدين جعل كالموجود باعتبار الحاجة فان الرجل يحتاج الى اسئمة قراض شئ وصاحب المال لا يعطيه قبل قبض الرهن فيجعل الدين الموعود موجودا احتياالا للجواز دفعا للحاجة عن المستقرض فان قيل فليجعل المعدوم

دون مجموع العلتين كما هو الظاهر أو على العلة الاولى لتقدمها في الذكرك هناك والمحب من صاحب العناية أنه قال في شرح قول المصنف وكل ذلك يتعلق بالدوام أى كل ما سمر من قوله الامقبوضا بالنص أو بالنظر الى المقصود ويتعلق بالدوام وقال أمانته لقمه بالدوام بالنظر الى المقصود فظاهر فانه لو تمكن من الاسترداد بعبء الرهن والدين جميعا فيقبوت الاستيثاق انتهى فقد جعل مدار الاستيثاق في البيان هو العلة الاولى على خلاف ما فسر به مراد المصنف فيما قبل تبصر (قوله بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو أن يقول رهنتك هذا لتقرضني ألف درهم وهلك في يد المرتهن حيث يملك باسمي من المال بمقابلته) قال في غاية البيان فيه تسامح لانه يملك بالاقبل من قيمته ومما سمي له من القرض الأثرى الى ما قال الامام الاسيبي في شرح الطحاوى ولو أخذ الرهن بشرط أن يقرضه كذا فهلك في يده قبل أن يقرضه هلك بالاقبل من قيمته ومما سمي له من القرض انتهى وقال تاج الشريعة في شرح قول المصنف حيث يملك باسمي من المال بمقابلته هذا اذا ساوى الرهن الدين قيمة وانما أطلق جريا على العادة اذا اظهر أن يساوى الرهن الدين انتهى واقفى أثره صاحب العناية أقول فيه قصور بين فان ما ذكر في الكتاب كما يمشى فيما اذا ساوى قيمة الرهن الدين الموعود وهو ما سمي له من القرض يمشى أيضا فيما اذا كانت قيمة الرهن أكثر من ذلك الدين فلا وجه لتخصيصه بصورة المساواة فالحق أن يقال في البيان

في الدرك موجودا الاشتراك في الحاجة أوجب بأن المعدوم يجعل موجودا اذا كان على ولانه شرف الوجود والظاهر من حال المسلم المجاوز وعده والدرك ليس كذلك لان الظاهر عدم الاستحقاق فان المسلم العاقل لا يقدم على بيع مال غيره

(قوله ان قبضه قبل الوجوب) أقول وذلك أى الوجوب بعد الحكم رد الثمن ينسخ البيع (قوله وذكر في فائدة ضمان الدرك) أقول هذه الفائدة ذكرها العلامة السكاكي محالا على فصول الاستروثني (قوله لان احتمال اقامة البائع اليئنة على النتائج والتلحق من جهة المستحق قائم) أما اذا قضى القاضى ثبت العجز وانفسخ العقد) أقول والاقترب احتمال اقامة المستحق البيع

وقوله (لانه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده) أي وجود الدين وللقبوض بجهة الشيء حكم ذلك الشيء كالمقبوض على سوم الشراء (فيعطى له) أي الذي قبض بجهة الرهن (حكم الرهن) حتى يهلك بما سمي من المال بمقابلته ويجب على المقرض ايفاء ما وعده وهذا إذا ساءى قيمة ما استقرضه وانما أطلق جريا على أن الظاهر الغالب في الرهن أن يساوى الدين فان قيل قياس هذا بالمقبوض على سوم الشراء غير صحيح لان الواجب فيه القيمة وفيما نحن فيه الموعود فالجواب أن التساوي بين المقيس والمقيس عليه في جميع الوجوه ليس بلازم واعتباره به من حيث انه يهلك مضمونا لأمانة وأما الفرق بينهما من حيث وجوب القيمة والموعود فباعتبار أن ضمان الرهن ضمان استيفاء الدين وحيث جعل الدين موجودا فيقدر بقدره وضمن المقبوض على سوم الشراء ضمان مبتدأ يجب بالهقد وليس للبائع على المشتري شيء قبل البيع فيجعل مضمونا بالقيمة عند تعذر الرجاء المسمى كضمان الغصب وقوله (فيضمنه) أي فيضمن المرتهن ما قبض رهنا عن الدين الموعود قال (ويصح الرهن برأس مال السلم الخ) قال زفر فرجه الله حكم الرهن الاستيفاء وهو واضح (وهذا) أي أخذ الرهن عن هذه الاشياء ليس باستيفاء لعدم المجانسة فكان استبدال الواجب الاستبدال فيما سدد وقتناه واستيفاء لوجود المجانسة من حيث المالية فان الاستيفاء في الرهن انما هو من حيث المالية وأما عين الرهن فهو أمانة عنده كماله كان الرهن عبدا فمات كان كفنه على الراهن والاعيان من حيث المالية (٣٠٧) جنس واحد فان قيل لو كان كذلك

لصح الاستبدال في رأس المال في الصرف والسلم لوجود المجانسة من حيث المالية فالجواب أن هذا غلط لانا انما اعتبرنا التجانس من حيث المالية في الرهن لقيام الدليل على كونه مضمونا من حيث المالية وعلى تعذر تلك العين لكونه أمانة وفي الاستبدال لا يكتفي بذلك لاحتياجه الى تلك العين أيضا وقوله (لقوات القبض حقيقة وحكما) أما حقيقة فظاهر وأما حكما فلان المرتهن انما

ولانه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء فيضمنه قال (ويصح الرهن برأس مال السلم وبثمن الصرف والمسلم فيه) وقال زفر لا يجوز لان حكمه الاستيفاء وهذا الاستبدال لعدم المجانسة وباب الاستبدال فيما سدد وقتناه أن المجانسة ثابتة في المالية فيتحقق الاستيفاء من حيث المال وهو المضمون على ما مر قال (والرهن بالمبيع باطل) لما بينا انه غير مضمون بنفسه (فان هلك ذهب بغير شيء) لانه لا اعتبار بالباطل فبقي قبضا بذنه (وان هلك الرهن بثمن الصرف ورأس مال السلم في مجلس العقد تم الصرف والسلم وصار المرتهن مستوفيا الدين حكما) لتحقق القبض حكما (وان افتقر فاقبل هلاك الرهن بطلا) لقوات القبض حقيقة وحكما (وان هلك الرهن بالمسلم فيه بطل السلم بهلاكه) ومعناه أنه يصير مستوفيا للمسلم فيه فلم يبق السلم (ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا برأس المال حتى يجسه) لانه بدله فصار كالمغصوب اذا هلك وبه رهن يكون رهنا بقيمته (ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالطعام المسلم فيه) لانه رهنه به وان كان محبوسا بغيره كن باع عبدا وسلم المبيع وأخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا بالمبيع له أن يجسه لاخذ المبيع لان الثمن بدله

هذا اذا ساءى قيمة الرهن مسمى له من القرض أو كانت قيمته أكثر من ذلك وأما اذا كانت قيمة الرهن أقل من ذلك فيملك بقيمة الرهن اذ قد تقرر فيما مر أن الرهن مضمون بالاقبل من قيمته ومن الدين ولكن المصنف ذكره هنا قوله حيث يهلك بما سمي له من القرض في صورة الاطلاق جريا

يصير قابضا بالهلاك وكان بعد انفراق وقوله (يكون ذلك رهنا برأس المال حتى يجسه) بالرفع لكون حتى بمعنى الفاء على ما عرف وقوله (لانه بدله) أي لان رأس المال بدل المسلم فيه وبدل الشيء يقوم مقامه كالرهن بالمغصوب اذا هلك فانه رهن بقيمته وهذا الذي ذكره جواب الاستحسان وفي القياس ليس له أن يجسه لان ذلك الرهن كان بالمسلم فيه وقد سقط ورأس المال دين آخر واجب بسبب آخر وهو القبض فلا يكون رهنا به كماله على آخر عشرة دراهم ودنانير فرهن بالدنانير رهنا ثم أراء المرتهن عن الدنانير فانه لا يكون رهنا بالدراهم والجواب أن الدراهم ليست بدلا من الدنانير بخلاف السلم وقوله (ولو هلك الرهن الخ) أي لو هلك الرهن في يد رب السلم بعد التفاسخ هلك بالطعام المسلم فيه حتى لم يبق لرب السلم مطالبة المسلم اليه بالطعام لانه رهن به وان كان محبوسا بغيره أي بغير المسلم فيه وهو رأس المال وقوله (هلك بالطعام) يشير الى أنه لم يهلك برأس المال فعلى المرتهن وهو رب السلم أن يعطى مثل الطعام الذي كان

قوله وهذا اذا ساءى قيمة ما استقرضه) أقول فيه بحث فانه اذا كان المسمى أقل من قيمته لهلك بما سمي أيضا (قوله وانما أطلق جريا على أن الظاهر الغالب) أقول ممنوع (قوله وضمن المقبوض على سوم الشراء ضمان مبتدأ محب بالعقد) أقول الاصول وضمن المبيع ضمان مبتدأ كما وقع في غيره من الشروح ثم في قوله يجب بالعقد بحث (قوله عند تعذر الرجاء المسمى) أقول لانه استيفاء المبيع وان وجد القبض بجهته (قوله حتى لم يبق لرب السلم مطالبة المسلم اليه) أقول فيه بحث فانه لم يبق ذلك بالتفاسخ قبل أن يهلك الرهن

على المسلم البهو بأخذ رأس المال لأن قبض الرهن صارت ماله مضمونة بطعام السلم وقد بقي حكم الرهن الى أن هلك فصار بهلاك  
 الرهن مستوفيا بطعام السلم ولو استوفاه حقيقة قبل الاقالة ثم تقبلا أو بعد الاقالة لزمه رد المستوفى واسترد رأس المال فكذلك  
 ههنا وهذا الاقالة في باب السلم لا تحتمل الفسخ بعد ثبوتها فهلاك الرهن لا يبطل الاقالة فان قيل فذمة رب السلم اشغلت بمالية  
 الرهن من الدراهم بقدر مالية الطعام وله على المسلم اليه دين من جنس مالية الرهن وهو رأس المال فوجب القصاص ولا يلزم على المسلم  
 البهو رد الطعام أحب باننا نسلم أن مالية الرهن ههنا من الدراهم فان تقدر بمالية الاشياء بالنقد وليس بحتم وانما جاء الشرع بتقديره  
 بهما يسيرا فلا يقتضى الحجر على التقدير بغيرها ولا يجعل الرهن بالطعام مع علمهما بأنه عقد استيفاء كان ذلك منهم ما تقدر بالمالية بالطعام  
 تحقيقا لغيره ما فكان الرهن من جنس الطعام بتقديره فعندها لا كه اشغلت الذمة بالطعام دون الدراهم فلا يكون ماعليه للمسلم البهو من  
 جنس ماله على المسلم اليه حتى يلتقيان فصايل يلزمه رد مثل الطعام المسلم فيه لانه استوفى المسلم فيه والاقالة متفرقة لما سر آفانها  
 لا تحتمل الفسخ وقوله (لما بينا) يريد به قوله لان الثمن بدله وقوله (وأدى عنه) أن يحبس (يعنى أى عنه ثم أراد فسخه للمشتري أن  
 يحبس العبد لاستيفاء الثمن لان العبد هناك بمنزلة الرهن عند المشتري لاستيفاء عنه من البائع فان هلك المشتري بعد الحبس في يده هلك  
 بقمته قال (ولا يجوز رهن الخمرية وله ذل الوطرات (٣٠٨) الخرو المدبر الخ) كلامه واضح وقوله (وقيام المانع في الباقي) يعنى حق

ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا وكذا لو اشترى عبدا اشراء فاسدا وأدى عنه له أن يحبس به المستوفى  
 الثمن ثم لو هلك المشتري في يد المشتري يهلك بقمته فكذا هذا قال (ولا يجوز رهن الخرو المدبر والمكاتب  
 وأم الولد) لان حكم الرهن ثبوت بالاستيفاء ولا يتحقق الاستيفاء من هؤلاء لعدم المالية في  
 الخرو وقيام المانع في الباقي ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس وكذا بالقصاص في النفس وما دونها  
 لتعذر الاستيفاء بخلاف ما اذا كانت الجنابة خطأ لان استيفاء الارش من الرهن ممكن (ولا يجوز الرهن  
 بالشفعة) لان المبيع غير مضمون على المشتري (ولا بالعبد الجاني والعبد المأذون المديون) لانه غير مضمون  
 على المولى فانه لو هلك لا يجب عليه شئ (ولا باجرة النأحة والمغنية حتى لو ضاع لم يكن مضمونا) لانه  
 لا يقابله شئ مضمون (ولا يجوز السلم أن يرهن خرا أو يرتنه من مسلم أو ذمي) لتعذر الايفاء والاستيفاء  
 في حق المسلم ثم الراهن اذا كان ذميا فالمرهون مضمون عليه للذمي كما اذا غصبه وان كان المرهون ذميا لم  
 يضمنه المسلم كما لا يضمنه بالغصب منه بخلاف ما اذا جرى ذلك فيما بينهم لانهم ائمان في حقهم أما الميتة  
 فليست بمال عندهم فلا يجوز رهنها وارتهانها فيما بينهم كما لا يجوز فيما بين المسلمين بمال (ولو اشترى  
 عبدا ورهن بئنه عبدا أو خالا أو شاة مذبوحة ثم ظهر العبد حرا أو اخلل خرا أو الشاة ميتة فالرهن مضمون  
 لانه رهنه بدين واجب ظاهرا

الخمرية وله ذل الوطرات  
 هذه التصرفات أبطلته  
 فاذا كانت مقارنته منعه  
 وقوله (ولا يجوز بالكفالة  
 بالنفس) لعنيين أحدهما  
 ما ذكره في الكتاب أن  
 استيفاء المكفول به من  
 الرهن غير ممكن والثاني أن  
 المكفول به غير مضمون  
 في نفسه فانه لو هلك لم يجب  
 شئ وهما جاربان في  
 القصاص في النفس وما دونه  
 وأما الورهن عن بدل الصلح  
 فهما فانه صحيح لان البدل  
 مضمون بنفسه بخلاف  
 ما اذا كانت الجنابة خطأ  
 لان استيفاء الارش من  
 الرهن ممكن ولو صلح عنها

على ما هو الظاهر الغالب من كون قيمة الرهن مساوية للدين أو أكثر من ذلك (قوله ولو هلك المرهون  
 يهلك بالثمن لما بينا) قال جهوور الشراح يريد به قوله لان الثمن بدله أقول ليس هذا بتفسير سيدي لان  
 كون الثمن بدل العبد المبيع لا يقتضى أن يكون هلاك المرهون بالثمن دون المبيع الا يرى أن رأس  
 على عين ثم رهن بهما رهننا لم يصح لانه غير مضمون فانه اذا هلك يفسخ الصلح فكان كالمبيع (وكذا  
 وقوله (ولا يجوز بالشفعة) صورته أن يطلب الشفيع الشفعة ويقضى القاضي بذلك فيقول للمشتري أعطني رهننا بالدار المشفوعة  
 وقوله (حتى لو ضاع) يعنى الرهن لم يكن مضمونا لانه لا يقابله شئ مضمون الا ترى أهمها الورقة الامر الى القاضي قبل الرهن فانه لا يأمر  
 المستأجر بتسليم الاجر وقوله (فالرهن مضمون) يعنى بالاقبل من قيمته ومن قيمة الرهن (لانه رهنه بدين واجب ظاهرا) الا ترى أن  
 البائع والمشتري لو اخصما الى القاضي قبل ظهور الخربة والاستحقاق فالقاضي يقضى بالثمن ووجوب الدين ظاهرا يكفي لصحة الرهن  
 ولو سرورته مضمونا

(قوله ولا يلزم على المسلم اليه رد الطعام) أقول قوله على المسلم اليه متعلق بقوله رد الطعام ثم أقول الصواب أن يقال ولا يلزم على رب السلم  
 رد الطعام اذا الكلام فيه كالأخفى (قوله وقوله لما بينا) يريد به قوله لان الثمن بدله) أقول بل يريد به قوله لانه رهن به وان كان محبوسا بغيره  
 (قال المصنف لان الاستيفاء من الارش ممكن) أقول تأمل في صححه وذلك بتقدير المضاف أى من رهن الارش ولو قال لان استيفاء  
 الارش من الرهن لكان بعد من التكاف (قوله والثاني أن المكفول غير مضمون به في نفسه الخ) أقول ولا يبعد أن يدعى انطواء  
 التعليل الاول على الثاني فان تعذر الاستيفاء يجوز أن يكون لعدم مضمونية ما يقابله اذا الاستيفاء تلو الوجوب على ما مر مرارا

وقوله (ثم ظهر أنه) أي العبد المقتول (حر) وقد هلك الرهن فانه يهلك بالاقبل من قيمته ومن قيمة الرهن وقوله (ثم تصادقا أن لادين فالرهن مضمون) يعني في ظاهر الرواية ووجهه ما ذكرنا أنه قبض بمال مضمون ظاهر افكان كالدين الثابت حقيقة وعن أبي يوسف رحمه الله خلافه يعني ليس عليه أن يرد شيئا لأنهما لم تصادقا أن لادين فقد تصادقا على عدم الضمان وتصادقهما محجة في حقهما والاستيفاء بدون الدين لا يتصور وقوله (وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه) يعني أن الرواية عن أبي يوسف محفوظة في مسألة

(٢٠٩)

الصلح عن انكار والمشايخ قالوا القياس يقتضي أن يكون حكم المسائل الباقية مسألة العبد والخيل والشاة كذلك وقوله (لابنه الصغير) احتراز عن الابن الكبير فانه لا يجوز للاب أن يرهن عبده بدين نفسه الا باذن الابن وقوله (لمائنا) اشارة الى قوله وهذا أنظر في حق الصبي فان هلك الرهن في يد المهرتهن هلك بما فيه ويضمن الابن والصغير قيمة الرهن اذا كانت مثل الدين وان كانت القيمة أكثر ضمنا مقدار الدين دون الزيادة لانها فيما مودع ولهما الولاية على ذلك وقوله (وعند أبي يوسف لا تقع المقاصة) بل يبقى دين الغريم على الاب كما كان ويصير للصغير الثمن على المشتري وقوله (واذا رهن الاب متاع ابنه الصغير) يريد بيان جواز أن يكون الاب رهننا ومهرتها بالنسبة الى مال واحد وهو أن يكون له دين

(وكذا اذا قتل عبدا ورهن بقيته رهنا ثم ظهر أنه حر) وهذا كله على ظاهر الرواية (وكذا اذا صالح على انكار ورهن بما صالح عليه رهنا ثم تصادقا أن لادين فالرهن مضمون) وعن أبي يوسف خلافه وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه قال (ويجوز للاب أن يرهن بدين عليه عبد الابن الصغير) لانه يملك الايداع وهذا أنظر في حق الصبي منه لان قيام المرتهن بحفظه أبلغ خيفة الغرامة (ولو هلك يهلك مضمونا والوديعة تملك أمانة والوصى بمنزلة الاب) في هذا الباب لمائنا وعن أبي يوسف وزفر أنه لا يجوز ذلك منه ما وهو القياس اعتبارا بحقيقة الايفاء ووجه الفرق على الظاهر وهو الاستحسان أن في حقيقة الايفاء ازالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال وفي هذا نصب حافظ للماله ناجز مع بقاءه كما فوض الفرق (واذا جاز الرهن يصير المرتهن مستويا دينه لو هلك في يده وبصير الاب) أو الوصي (موقيا له ويضمنه للصبي) لانه قضى دينه بماله وكذا لو سلب المرتهن على بيعه لانه لو كبل بالبيع وهما كما كانه قالوا أصل هذه المسئلة البيع فان الاب أو الوصي اذا باع مال الصبي من غير نفسه جاز وقوع المقاصة ويضمنه للصبي عندهما وعند أبي يوسف لا تقع المقاصة وكذا وكيل البائع بالبيع والرهن نظير البيع نظرا الى عاقبته من حيث وجوب الضمان (واذا رهن الاب متاع الصغير من نفسه أو من ابنه صغيرا أو عبده تاجر لادين عليه جاز) لان الاب لو فور شفته أنزل منزلة شخصين وأقيمت عبارته مقام عبارتين في هذا العقد كما في بيعه مال الصغير من نفسه فتولى طرفي العقد (ولو ارتهنه الوصي من نفسه أو من هذين أو رهن عينه من التيمم بحق التيمم عليه لم يجز)

المال في المسئلة الاولى كان بدل الطعام المسلم فيه مع أن هلاك الرهن بعد التفاسخ هناك كان بالبيع دون الثمن والصواب أن مراد المصنف بقوله لمائنا انما هو الاشارة الى قوله لانه رهنه به وان كان محبوسا بغيره يعني أن هلاك المرهون بما هو الاصل حين انعقاد الرهن وان كان المرهون محبوسا قبل الهلاك بغيره أيضا لقيامه مقامه وبهذا يتم كون المسئلة الثانية نظير المسئلة الاولى تأمل تفهم (قوله) وكذلك لو سلب المرتهن على بيعه قال صاحب الغاية أي كما أن الاب والوصي يضمنان للصبي اذا هلك عبده الذي رهناه عند المرتهن فكذلك يضمنان اذا سلب المرتهن على بيعه فباعه انتهى أقول ليس هذا بشرح صحيح اذ يابى عنه جدا قول المصنف في التعليل لانه لو كبل بالبيع وهما يملكه والصواب أن مراد المصنف ههنا هو أن الاب والوصي كما يجوز لهما أن يرهنا بدين عليه ما عبد الصغير كذلك يجوز لهما أن يسلبا المرتهن على بيع ذلك العبد فينتظم التعليل المذكور ويظهر وجه ترك المصنف قيد فباعه بعد قوله وكذلك لو سلب المرتهن على بيعه اذ لو كان مراده ما زعمه الشارح المزبور لكان ذلك القيد محتملا

(٢٧ - تكلمه ثامن)

على ابنه الصغير فيما أخذت سائر رهننا من متاعه فيكون رهننا من جهة ابنه ومهرتها لذاته وقوله (أو عبده تاجر لادين عليه) قيد بذلك لان الشبهة على ذلك التقدير أما اذا كان عليه دين فلا شك في جوازه وذلك لانه يجوز من الوصي فلا أن يجز - وضمن الاب أولى فلو رهن الوصي من عبده ولادين عليه لم يجز

(قال المصنف ما وعن أبي يوسف وزفر أنه لا يجوز ذلك منه ما وهو القياس) أقول فينبغي أن يكون هذا رواية تطاهرة عن زفر ولا يناسبه كلمة عن

وذلك لانا نجعل رهنه من عبده الذي لادين عليه في الموضوعين كرهنه من نفسه الا انه لو رهن الاب من نفسه جاز فكذا اذا رهن من عبده والوصى لو رهن من

نفسه لم يجز فكذا من عبده وهذا بناء على

لانه وكيل محض والواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن كما لا يتولاها ما في البيع وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة في حقه الخاقاله بالاب والرهن من ابنه الصغير وعبده التاجر الذي ليس عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه بخلاف ابنه الكبير وابيه وعبده الذي عليه دين لانه لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع اذا باع من هؤلاء لانه متمم فيه ولا تتم في الرهن لان له حكما واحدا (وان استدان الوصى لليتيم في كسوته وطعامه فرهن به متاعا لليتيم جاز) لان الاستدانة جائزة للحاجة والرهن يقع ابقاء للحق فيجوز (وكذلك لو اتجر لليتيم فارتهن اورهن) لان الاولى له التجارة ثميرا لمال اليتيم فلا يجسد بدان الارتهان والرهن لانه ابقاء واستيفاء (واذا رهن الاب متاع الصغير فأدرك الابن ومات الاب ليس للابن أن يرد حتى يقضى الدين) لوقوعه لازما من جانبه اذ تصرف الاب بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه (ولو كان الاب رهنه لنفسه فقضاء الابن يرجع به في مال الاب) لانه مضطرب فيه لحاجته الى احياء ماله كما فأسببه مع الرهن (وكذا اذا هلك قبل أن يفتكه) لان الاب يصير قاضيا دينه بماله فله أن يرجع عليه (ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز) لاشتماله على امرين جائزين

لا بد منه بل كان عليه أن يزيد على ذلك القيد شيئا آخر وهو أن يقول وأخذت منه لنفسه بدل دينه على الراهن اذ لو جعل غنمه رهنا موضع عينه ولم يتلفه لا يضمنان شيئا للصبي لانهم ماعدا كان رهن مال الصبي بدين عاينهما وبما كان التوكيل ببيع ماله فمن أين يلزمهما الضمان بمجرد تسليطهما المرتهن على بيعه وبيع المرتهن اياه اذ لم يتلف المرتهن ثمنه بل حفظه بدل المبيع (قوله وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة في حقه الخاقاله بالاب) قلت قوله الخاقاله بالاب على الذي دون النفي تأمل تقف (قوله ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز لاشتماله على امرين جائزين) قال صاحب العناية يريد به رهن الاب والوصى متاع الصغير بدين على نفسه ورهنه ما دللنا على الصغير وعلى هذا المعنى رأى جمهور الشراح ههنا أقول فيه بعد عما يحمله كلام المصنف فان الذي ذكره المصنف فيما قبل انما هو رهن الاب متاع الصغير بدين على نفسه أو بدين على الصغير دون رهن الوصى اياه فالظاهر أن الضمير في قوله ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير راجع الى الاب فقط فدرج رهن الوصى أيضا في بيان مراد المصنف ههنا لانه لا يناسب سياق كلامه وأيضا قال المصنف فيما بعد وكذلك الوصى وكذلك الجد اب الاب اذا لم يكن الاب أو وصى الاب ولا يخفى أن هذا العطف والتشبيه يقتضي أن يكون قوله ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير مخصوصا بالاب فدرج الوصى في مضمونه لا يناسب لحاق كلامه فالخفي في شرح هذا المقام ما ذكره صاحب العناية حيث قال أرادهم ما رهن الاب متاع الصغير بدين نفسه وبدين على الصغير انتهى ثم قال صاحب العناية في بيان وجه قول المصنف لاشتماله على امرين جائزين وذلك لانه لما ملك أن يرهن بدين كل واحد منهم ما على الانفرد ملك بدينه ما لان كل ما جاز أن يثبت لكل واحد من أجزاء المركب جاز أن يثبت لكل دون العكس انتهى أقول في هذه الكلية منع ظاهر الا يرى أن انسانا أو فرسا يطبق تحمل كل واحد من أجزاء البيت المركب من الاجزاء والاشجار مثلا ولا يطبق تحمل الكل قطعاً وان رجلا شجاعا يطبق مقابلة كل واحد من آحاد العسكر على الانفرد ولا يطبق مقابلة مجموع العسكر

أن يبيع الاب مال ولده من نفسه جائز وان لم يكن في ذلك منفعة ظاهرة بأن يباع بمثل القيمة من نفسه فكذا جاز رهنه وان كان الرهن يصير مضمونا بالقيمة وأما بيع الوصى من نفسه فلا يجوز عندهم جميعا بمثل القيمة فكذا رهنه من نفسه على ما ذكره في الكتاب وهو واضح فالضمير في قوله من ابنه الصغير وابنه الكبير وعبده للوصى وقوله (لان له حكما واحدا) يريد كونه مضمونا بالاقبال من القيمة والدين سواء رهنه عند هؤلاء وعند اجنبي وقوله (واذا رهن الاب متاع الصغير) يعني سواء كان لنفسه أو للصغير وقوله (ومات الاب) قيد اتفاق لانه لو كان حيا كان الحكم كذلك ثم اذا قضى الابن دين المرتهن فان كان الرهن لنفسه فذلك وان كان لوالده فله أن يرجع في مال والده لانه مضطرب فيه على ما ذكر في الكتاب وقوله (لاشتماله على امرين جائزين) يريد به رهن الاب والوصى متاع الصغير

(قوله لادين عليه في الموضوعين) أقول يعني الاب والوصى (قوله وان كان الرهن يصير مضمونا بالقيمة) أقول بل باقل من الدين والقيمة فان لا يقال بقي كلامه على الاعمال الاغلب وهو مساواة الدين الرهن لانه ممنوع كما سبق (قوله فان كان الرهن لنفسه) أقول أي لمصلحة نفسه

فان لا يقال بقي كلامه على الاعمال الاغلب وهو مساواة الدين الرهن لانه ممنوع كما سبق (قوله فان كان الرهن لنفسه) أقول أي لمصلحة نفسه

بدن على نفسه ورهنا  
 ذلك بدن على الصغير وذلك  
 لانه لما ملك أن يرهن بدن  
 كل واحد منهم ما على  
 الانفراد ملك بدنه ما لان  
 كل ما جاز أن يثبت لكل  
 واحد من أجزاء المركب  
 جاز أن يثبت لكل دون  
 العكس وقوله (كفعله  
 بنفسه) أي كفعل اليتيم  
 فيه هذا) يعني لو كان اليتيم  
 بالغافرهن متاعه بنفسه  
 ثم استعاره من المرتهن  
 فهلك في يده لم يسقط الدين  
 لان عند هلاك الرهن  
 يصير المرتهن مستوفيا  
 ولا يمكن أن يجعل صاحب  
 الدين مستوفيا لدينه باعتبار  
 يد السديون واذالم يسقط  
 الدين بهلاكه يرجع  
 المرتهن على الوصي بالدين  
 كما كان يرجع به قبل الرهن  
 ويرجع به الوصي على اليتيم  
 وقد ضاعت العين  
 من مال اليتيم لانه اذا  
 استعاره لحاجة اليتيم  
 وقوله (يضمنه لحق المرتهن)  
 يعني قدر الدين ولا يضمنه  
 لحق الصغير يعني قدر الزيادة  
 على الدين  
 (قوله جاز أن يثبت لكل)  
 أقول اذالم يمنع مانع كافي  
 الجمع بين الاختين وسائر  
 ما لا يجوز الجمع بينهما  
 (قوله دون العكس) أقول  
 كما في الوكيلين والوصيين  
 لا يجوز التصرف لكل واحد  
 ولهذا يضمنه

(فان هلك ضمن الاب حصته من ذلك للولد) لا يفائه دينه من ماله بهذا المقدار وكذلك  
 الوصي وكذلك الجد اب الاب اذ لم يكن الاب أو وصى الاب (ولو رهن الوصي متاعا لليتيم  
 في دين استدانه عليه وقبض المرتهن ثم استعاره الوصي لحاجة اليتيم فضاغ في يد الوصي فانه خرج  
 من الرهن وهلك من مال اليتيم) لان فعل الوصي كفعله بنفسه بعد البلوغ لانه استعاره لحاجة  
 الصبي والحكم فيه هذا على ما تبينه ان شاء الله تعالى (والمال دين على الوصي) معناه هو  
 المطالب به (ثم يرجع بذلك على الصبي) لانه غير متعد في هذه الاستعارة اذ هي لحاجة الصبي  
 (ولو استعاره لحاجة نفسه ضمنه للصبي) لانه متعد اذ ليس له ولاية الاستعمال في حاجة نفسه  
 (ولو غصبه الوصي بعد ما رهنه فاستعمله لحاجة نفسه حتى هلك عنده فالوصي ضامن لقيمته) لانه متعد  
 في حق المرتهن بالغصب والاستعمال وفي حق الصبي بالاستعمال في حاجة نفسه فيقضى به الدين  
 ان كان قد حبل (فان كان قيمته مثل الدين آذاه الى المرتهن ولا يرجع على اليتيم) لانه وجب لليتيم عليه  
 مثل ما وجب له على اليتيم فالتقيافاصا (وان كانت قيمته أقل) من الدين (أدى قدر القيمة الى  
 المرتهن وأدى الزيادة من مال اليتيم) لان المضمون عليه قدر القيمة لا غير (وان كانت قيمة الرهن  
 أكثر من الدين أدى قدر الدين من القيمة الى المرتهن والفضل لليتيم وان كان لم يحل الدين فالقيمة رهن)  
 لانه ضامن للمرتهن بتقويت حقه المحترم فتكون رهنا عنده ثم اذا حل الاجل كان الجواب على التفصيل  
 الذي فصلناه (ولو أنه غصبه واستعمله لحاجة الصغير حتى هلك في يده يضمنه لحق المرتهن ولا يضمنه  
 لحق الصغير) لان استعماله لحاجة الصغير ليس بتعد وكذا الاخذ لانه ولاية اخذ مال اليتيم ولهذا  
 قال في كتاب الاقرار اذا أقر الاب أو الوصي بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء لانه لا يتصور غصبه لما أن  
 له ولاية الاخذ

معا وهذا في الامور الخارجية وأما في الاحكام الشرعية فكما أنه يجوز لرجل أن يجمع كل واحدة  
 من الاختين منفردة عن الاخرى بملك نكاح أو بملك يمين ولا يجوز له أن يجمعهما معاً في الجماع بشئ من  
 ذنبك السبعين ولعل سائر الشراح وصاحب الكافي تبهوا لعدم صحة الكلية فقالوا في البيان  
 والتعليل وذلك لانه لما ملك أن يرهن بدن كل واحد منهم ما على الانفراد فكذلك بدنهما ولم يزيدوا على  
 هذا المقدار شيئاً لكن لا يخفى على الفطن المتأمل أن تعليلهم المسد كور بدون تلك الكلية لا يفيد  
 الشفاء في اثبات المدعى هنا ثم ان بعض الفضلاء لما تنبه لاختلال الكلية الواقعة في كلام صاحب  
 العناية قصد الاصلاح حيث قيد قوله لان كل ما جاز أن يثبت لكل واحد من أجزاء المركب جاز أن  
 يثبت لكل بان قال اذالم يمنع مانع كافي الجمع بين الاختين وسائر ما لا يجوز الجمع بينهما أقول هذا  
 التقييد يحصل بالمقام أما اوله فلان التعليل المسد كور لا يتم اثباتاً للمدعى حينئذ فان عدم تحقق المانع  
 فيما نحن فيه اول المسئلة اذ لو كان يدين في نفسه لما احتج الى ذكر جوارز رهن الاب متاع الصغير بدنه  
 على نفسه وبدنه على الصغير بعد أن ذكر فيما قبل جوارز رهنه اياه بكل واحد منهما وأما ثانياً فلانه  
 لا يتم حينئذ قول صاحب العناية دون العكس فان ما يثبت لكل يجوز أن يثبت للجزء اذالم يمنع عنه مانع  
 سيما في الامور الهينة (قوله وهذا قال في كتاب الاقرار اذا أقر الاب أو الوصي بغصب مال الصغير  
 لا يلزمه شيء لانه لا يتصور غصبه لما أن له ولاية الاخذ) وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال لم لا يكون

لا يجوز التصرف لكل واحد (قال المصنف لما أن له ولاية الاخذ) أقول لم لا يكون اقرار بالاستعمال في حاجته فانه متعد فيه  
 ولهذا يضمنه

وقوله (ياخذ به دينه) أي يأخذ المرتهن ما ضمنه الوصي بمقابلة دينه فصله عما قبله للاستئناف وقوله (لما ذكرنا) إشارة إلى قوله  
 لأنه ليس بتعديل هو عامل له (قال ويجوز رهن الدراهم والدنانير) قد علمت أن كل ما يمكن الاستيفاء منه جاز أن يرهن بدين مضمون  
 والدراهم والدنانير على هذه الصفة فيجوز رهنها فان رهنها بدينها هلكت هلكت بمثلها من الدين وان اختلفا في الجودة ولا معتبر  
 بالجودة لسقوطها عند المقابلة بحسنها عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يضمن القيمة من خلاف جنسه ويكون رهنها مكانه وأتى برواية  
 الجامع الصغير لا احتياجها إلى تفصيل ذكره وقوله (فهو بما فيه) يعني فذلك الرهن يباع بمقابلة الدين كله وقوله (في الوجهين)  
 يريد به ما يكون قيمته مثل وزنه (٢١٢) أو أكثر على ما ذكره في الكتاب وقوله (على الخلاف المذكور)

فإذا هلك في يده بضمنه للمرتهن بأخذه بدينه ان كان قد حمل ورجع الوصي على الصغير لأنه ليس  
 بتعديل هو عامل له وان كان لم يحمل يكون رهنها عند المرتهن ثم إذا حل الدين يأخذ دينه منه ويرجع  
 الوصي على الصبي بذلك لما ذكرنا قال (ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل والموزون) لأنه  
 يتحقق الاستيفاء منه فكان محلا للرهن (فان رهنها بجنسها هلكت هلكت بمثلها من الدين وان  
 اختلفا في الجودة) لأنه لا معتبر بالجودة عند المقابلة بجنسها وهذا عند أبي حنيفة لأن عنده يصير  
 مستوفيا باعتبار الوزن دون القيمة وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه ويكون رهنها مكانه (وفي  
 الجامع الصغير فان رهن ابريق فضة وزنه عشرة وعشرون فضاء فهو بما فيه) قال رضى الله عنه معناه أن  
 تكون قيمته مثل وزنه أو أكثر هذا الجواب في الوجهين بالاتفاق لأن الاستيفاء عنده باعتبار الوزن  
 وعندهما باعتبار القيمة وهي مثل الدين في الأول وزيادة عليه في الثاني فيصير بقدر الدين مستوفيا (فان  
 كانت قيمته أقل من الدين فهو على الخلاف) المذكور له ما نه لا وجه إلى الاستيفاء بالوزن لمافيه من  
 الضرر بالمرتهن ولا إلى اعتبار القيمة لأنه يؤدي إلى الربا فصرنا إلى التضمن بخلاف الجنس لينتقض  
 القبض ويجعل مكانه ثم يملك له أن الجودة ساقطة العبارة في الاموال الروية عند المقابلة بجنسها  
 واستيفاء الجيد بالردي جائز كما إذا تجوز به وقد حصل الاستيفاء بالاجماع ولهذا يحتاج إلى نقضه ولا يمكن  
 نقضه بإيجاب الضمان لأنه لا بد له من مطالب ومطالب وكذا الانسان لا يضمن ملك نفسه وبمقتضى  
 التضمن يتعذر النقص

يعنى عند أبي حنيفة  
 رحمه الله يهلك بالدين  
 وعندهما يضمن القيمة من  
 خلاف جنسه وقوله  
 (ثم يملكه) يعنى الرهن  
 يملك الرهن الذي جعل  
 مكان الرهن الأول  
 وقوله (واستيفاء الجيد  
 بالردي جائز) قال في  
 النهاية هكذا وقع في النسخ  
 ولكن الأصح أن يقال  
 واستيفاء الردي بالجيد  
 جائز وإنما قلنا ان هذا  
 أصح لوجهين أحدهما أن  
 الاستدلال بقوله كما إذا  
 تجوز به أي في بدل الصرف  
 والسلم يؤذن أن الأصح  
 أن يقال واستيفاء الردي  
 بالجيد لأن التجوز إنما  
 يستعمل فيما إذا أخذ الردي  
 مكان الجيد ولأن جواز  
 استيفاء الجيد بالردي  
 لا شبهة لاحد فيه فلا يحتاج  
 إلى الاستدلال بشئ آخر  
 والثاني الاستدلال بوضع  
 المسئلة فان وضع المسئلة

أقرارا بالاستعمال في حاجته فإنه متعدية ولهذا يضمنه انتهى أقول ليس ذلك بشئ فان الاستعمال  
 في حاجة نفسه ليس بداخل في حقيقة الغصب ولا أمر لازم له إذ الغصب في اللغة أخذ الشئ من الغير  
 على سبيل التغلب وفي الشريعة أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده كما مر ذلك  
 كله في صدر كتاب الغصب ولا شك في عدم دخول الاستعمال في حاجة نفسه في شئ من معني الغصب  
 ولا في عدم لزومه لشيء منهما فكيف يكون الاقصر بالغصب اقرارا بالاستعمال في حاجته (قوله وفي  
 الجامع الصغير فان رهن ابريق فضة وزنه عشرة وعشرون فضاء فهو بما فيه) قال في العناية وأتى برواية  
 الجامع الصغير لا احتياجها إلى تفصيل ذكره انتهى وقال بعض الفضلاء طعننا فيه لا يخفى أن رواية  
 القدوري أيضا محتاجة إلى التفصيل انتهى أقول هذا كلام لغو ولا يخفى أن رواية القدوري ليست  
 بمحتاجة إلى تفصيل كثير مثل ما محتاج اليه رواية الجامع الصغير وليس مراد صاحب العناية أن  
 رواية الجامع الصغير محتاجة إلى تفصيل ما حتى يقال ان رواية القدوري أيضا محتاجة إلى ذلك بل مراده

فيما إذا استوفى المرتهن بعشرته قيمة ابريق هي أقل من العشرة لردائه فكان المرتهن مستوفيا للردي بمقابله وقيل  
 جيده وأرى أن ما في النسخ حق ويقيد ما يرويه صاحب النهاية رحمه الله فليأمل وقوله (وقد حصل الاستيفاء بالاجماع) لما عرف أن  
 يقض الرهن بثبت الاستيفاء ولا ينتقض الأبارد والفرض عدمه ولا يمكن نقضه بإيجاب الضمان لأنه لا بد له من مطالب وهو ما أن  
 يكون الرهن أو المرتهن لا سبيل إلى الأول لكونه متعنتا لطلبه ما يضره ولا المرتهن لأنه مطالب فلا يكون مطالباً ولا يلزم تضمين  
 الانسان ملك نفسه لنفسه وإذا لم يمكن نقضه تعذر التضمين

(قوله الدراهم والدنانير) أقول والمكيل والموزون كذلك وإنما لم يذكر الدرهم والدنانير (قوله وأتى برواية الجامع  
 الصغير لا احتياجها إلى تفصيل ذكره) أقول لا يخفى أن رواية القدوري أيضا محتاجة إلى التفصيل



وقوله (قبيل وهذه فربعة ما اذا الخ) انما يتصور جعلها فربعة تلك بناء على ما روى عيسى بن ابيان رجه الله ان محمد امع ابي يوسف رجهما الله في تلك المسئلة واما على الرواية المشهورة فلا يتصور لان محمد افيها مع ابي حنيفة رجه الله وفي هذه مع ابي يوسف رجه الله وقوله (والفرق لمحمد) يعني على تقدير ان تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة انه اى رب الدين قبض الزئوف ليستوفى حقه من عينها اى ان يكون عينها مقام ما عليه من الدين والزئافة لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك ولرهن قبض الرهن ليستوفى دينه من محل آخر فكان قابلا لردده بالضمان واخذ مثل حقه فينتقض القبض ووجه البناء ما قبل ان الزئيف مقبوض للاستيفاء فيكون بمنزلة المقبوض لحقيقة الاستيفاء وهنالك المستوفى اذا تعذر رده بالهلاك يسقط حقه ولا يرجع بشئ عند ابي حنيفة لمكان الجوده فكذلك في الرهن وعندهما هنالك يضمن مثل المستوفى ويقام رد المنزل مقام رد العين لمراعاة حقه في الجوده فكذلك في الرهن قال شيخ الاسلام رجه الله في مبسوطه ولكن جعله هذه المسئلة مبتدأه اولى لانه وجددها للمرتن الرضا بالاستيفاء من الرهن عند الهلاك لعلمه ان بالهلاك يصير مستوفيا دينه باعتبار الوزن ولم يوجد حقه وقوله (ولو انكسر الابريق) كان الكلام فيما مر من حيث هلاك الرهن وهنما من حيث انكساره ولو انكسر الابريق وكانت قيمته مثل وزنه قال ابو حنيفة واى يوسف رجهما الله لا يجبر الراهن على الفسك لانه ان اجبر عليه فاما ان يكون

(٢١٣)

مع ذهاب شئ من الدين او مع كاله وهو نقصان من جهة الرهن لا وجه الى الاول لانه اى المرتهن بصير قاضيا دينه بالجوده على الانفراد فانه لم ينقص من الدين الا في مقابلة ما فات من جوده الابريق بالكسر وذلك ربا والى الثانى لما فيه من الاضرار بالراهن لان المرتهن قبض الرهن سلمه عن العيب وبالكسر صار عيبا فيصير اليه حقه ناقصا اذا لم يسقط شئ من دينه وذلك ضرر به لاحتماله خفيه بين ان يفسكه بما فيه اى بالدين

وقيل هذه فربعة ما اذا استوفى الزئوف مكان الجياد فهلكت ثم علم بالزئافة تمنع الاستيفاء وهو معروف غير ان البناء لا يصح على ما هو المشهور لان محمد افيها مع ابي حنيفة وفي هذا مع ابي يوسف والفرق لمحمد انه قبض الزئوف ليستوفى من عينها والزئافة لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك وقبض الرهن ليستوفى من محل آخر فلا بد من نقض القبض وقد امكن عنده بالتضمين ولو انكسر الابريق في الوجه الاول وهو ما اذا كانت قيمته مثل وزنه عند ابي حنيفة واى يوسف لا يجبر على الفسك لانه لا وجه الى ان يذهب شئ من الدين لانه بصير قاضيا دينه بالجوده على الانفراد ولا الى ان يفسكه مع النقصان لما فيه من الضرر بخبرناه ان شاء افسكه بما فيه وان شاء ضمنه قيمته من جنسه او خلاف جنسه وتكون رهنا عند المرتهن والمكسور للمرتهن بالضمان وعند محمد ان شاء افسكه ناقصا وان شاء جعله بالدين اعتبار الحالة لانكسار بحالة الهلاك وهذا لانه لما تعذر الفسك مجانا صار بمنزلة الهلاك وفي الهلاك الحقيقي مضمون بالدين بالاجماع فكذلك فيما هو في معناه قلنا الاستيفاء عند الهلاك بالمالية وطريقه ان يكون مضمونا بالقيمة ثم تقع المقاصة وفي جعله بالدين اغلاق الرهن وهو حكم جاهلي فكان التضمين بالقيمة اولى

ان رواية الجامع الصغير محتاجة الى تفصيل كثير زائد على ما احتاج اليه رواية القدرى كما انه المصنف في مقدار عام جاني الورقة وقد اشار اليه صاحب العناية بقوله الى تفصيل ذكره فلغما قاله ذلك البعض كلابيخي (قوله والفرق لمحمد رجه الله) قال صاحب النهاية اى على تقدير ان تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة واقفى اثره في هذا التفسير جماعة من الشراح منهم صاحب العناية

الذى في المكسور وهو جميع الدين وبين ان يضمن المرتهن قيمته من جنسه او خلاف جنسه مصوغا فتكون رهنا عند المرتهن ويملك المكسور بالضمان وقال محمد ان شاء افسكه ناقصا وان شاء جعله بالدين اعتبار الحالة لانكسار بحالة الهلاك وهذا لانه لما تعذر الفسك مجانا يعني لما تقدم انه لا وجه الى ان يذهب شئ من الدين ولا ان يفسكه مع النقصان بقى ان يفسكه مجانا وهو متعذر فصار بمنزلة الهلاك في تعذر الفسك وفي الحقيقي من الهلاك مضمون بالدين بالاجماع فكذلك فيما هو في معناه قلنا الاستيفاء عند هلاك الرهن استيفا بالمالية وكل ما هو استيفاء عند الهلاك بالمالية فطره ان يكون مضمونا بالقيمة لقوات عينه ثم تقع المقاصة بين الدينين وهو مشروع وفي جعله مضمونا بالدين اغلاق الرهن وهو الاحتباس الكلي بان يصير الرهن مملوكا للمرتهن وهو حكم جاهلي فكان التضمين بالقيمة اولى

(قال المصنف وقيل هذه فربعة ما اذا استوفى الزئوف مكان الجياد الخ) أقول فان قلت لا اولى به لتكون هذه فرعة تلك دون العكس بل الظاهر ان كليهما فرعا اصل واحد قلت بين كيفية الفرع في الشروح فراجعها (قوله يعني على تقدير ان تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة) أقول فيه بحث اذ ينهدم حيث بدأ البناء يعني بناء على قول محمد كلابيخي على اولى النهى الا ان يقال المراد كونها بناء عليها على قول ابي حنيفة واى يوسف (قوله وعندهما) أقول على رواية عيسى بن ابيان (قوله لعلمه بان الهلاك) أقول هذا العلم بعد تقرير المسئلة والكلام فيه (قوله فاما ان يكون مع ذهاب شئ من الدين او مع كاله) أقول يعني اومع كمال الدين

وفي عبارته تسامح والحق فكان التضمين بالقيمة واجبا أو صوابا أو الصحيح أو ماشا كل ذلك وقوله (وفي الوجه الثالث وهو ما إذا كانت قيمته أقل من وزنه) بأن يكون الوزن عشرة كالدين وقيمته ثمانية لوجود عشرة فيه بضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه احترازا عن الر بأوردية من جنسه ويكون المضمون رهنا عنده إلى أن يحل الاجل ويكون المكسور له وهذا بالاتفاق وأما عندهما فظاهر كما إذا كانت قيمته مثل وزنه في حالة الانكسار على ما مر وكذا عند محمد رحمه الله لانه يعتبر الانكسار بالهلاك والهلاك عنده بالقيمة يعني في هذا الفصل وهو ما إذا كانت قيمة الأبريق أقل من وزنه لا بالدين فكذا الانكسار وانما قدم الوجه الثالث على الثاني لاحتياج الثاني إلى زيادة بيان فيه طول وفي الوجه الثاني وهو ما إذا كان وزنه عشرة كالدين وقيمته أكثر من وزنه اثني عشر لجودة وصناعة فيه عند أبي حنيفة رحمه الله بضمن جميع قيمته ويكون رهنا عنده وعند أبي يوسف رحمه الله بضمن خمسة أسداس قيمته وملك خمسة أسداس الأبريق ويفرز سدسه حذرا (٢١٤) عن طريق الشيعيوع فان الطارئ منه فيه كالمقارن كما تقدم وعند

محمد رحمه الله أن النقص بالانكسار ان كان درهما أو درهماين يجبر الراهن على الفكاك بقضاء جميع الدين وان كان أكثر من ذلك يجبر الراهن بين أن يجعل الرهن المرتهن بدينه وبين أن يسترده بقضاء جميع الدين ووجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن العبرة في الاموال الربوية للوزن لا للجودة والرداءة فان كان الرهن باعتبار الوزن كانه مضمونا كما إذا كان وزن الرهن مثل وزن الدين جعل الرهن كانه مضمونا من حيث القيمة وان كان بعضه مضمونا كما إذا كان وزن الرهن أكثر من وزن الدين فبعضه مضمون وهو مقدار الدين لا الزائد عليه وتنقسم

وفي الوجه الثالث وهو ما إذا كانت قيمته أقل من وزنه ثمانية بضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه أو رديشا من جنسه وتكون رهنا عنده وهذا بالاتفاق أما عندهما فظاهر وكذلك عند محمد لانه يعتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك والهلاك عنده بالقيمة وفي الوجه الثاني وهو ما إذا كانت قيمته أكثر من وزنه اثني عشر عند أبي حنيفة بضمن جميع قيمته وتكون رهنا عنده لان العبرة للوزن عنده للجودة والرداءة فان كان باعتبار الوزن كله مضمونا يجعل كله مضمونا وان كان بعضه فبعضه وهذا لان الجودة تابعة للذات ومتى صار الاصل مضمونا استحتم أن يكون التابع أمانة وعند أبي يوسف بضمن خمسة أسداس قيمته ويكون خمسة أسداس الأبريق له بالضمان وسدسه يفرض حتى لا يبقى الرهن شائعا ويكون مع قيمته خمسة أسداس المكسور رهنا عنده تعتبر الجودة والرداءة وتجعل زيادة القيمة كزيادة الوزن كأن وزنه اثنا عشر وهذا لان الجودة متقومة في ذاتها حتى تعتبر عند المقابلة

أقول لم أدرك كيف ذهبوا إلى هذا الشرح مع ظهور بطلانه إذ قد صرح المصنف بان بناء هذه المسئلة على تلك المسئلة لا يصح على الرواية المشهورة في تلك المسئلة لان محمد أفهام مع أبي حنيفة وفي هذه المسئلة مع أبي يوسف وذكر الشراح أن بناء هذه على تلك انما يتصور على ما روى عيسى بن أبان أن محمد مع أبي يوسف في تلك المسئلة ولا يخفى أن الفرق لمحمد بين المسئلتين انما يتصور على الرواية المشهورة في تلك المسئلة دون رواية عيسى بن أبان فيها فان قول محمد واحد في المسئلتين على روايته فالفرق لمحمد بينا في البناء قطعاً والصواب في شرح هذا المحل أن يقال أي على تقدير أن لا تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة كما هو مقتضى الرواية المشهورة فيهما بل كانت مسألة مبتدأة كما هو الاصح كاذ كره شيخ الاسلام في مبسوطه ونقل عنه عامة الشراح ههنا ويفصح عما ذكرنا فحري صاحب الكافي في هذا المقام حيث قال وقيل هذه المسئلة فرع ما إذا استوفى الزوف مكان الجياد وهو لا يعلم به وهلك الزوف عنده ثم علم بالزيادة فانه سقط دينه ولا شيء عليه في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف بضمن مثل ما قبض وأخذ مثل حقه وقول محمد أولاً كقول أبي حنيفة وآخر كقول أبي يوسف كذا ذكره عيسى بن أبان والاصح أن هذه مسألة مبتدأة لان محمد مع أبي حنيفة في تلك المسئلة في المشهور ومع أبي يوسف في هذه

الجودة على المضمون والامانة قصة المضمون مضمونة وغيرها أمانة وهذا لان الجودة تابعة للذات ومتى صار الاصل مضمونا استحتم أن يكون التابع أمانة وفي مسئلتنا كان كله مضمونا من حيث الوزن لان الفرض أن وزن الرهن مثل وزن الدين فيكون كله مضمونا من حيث القيمة لئلا يكون حكم البيع مخالفا لحكم الاصل والفرق بين هذا وبين حالة الهلاك أن حالة الهلاك حالة استيفاء فبقع الفضل أمانة وهذه الحالة ليست كذلك عنده بل هي بمنزلة الغصب في كونها على خلاف رضا الراهن فيكون مضمونا بالقيمة كالمغصوب لكن بخلاف جنسه ووجه قول أبي يوسف رحمه الله أن الضمان والامانة يتسبب في الوزن والجودة لان الجودة متقومة في ذاتها لئلا اعتبارها عند المقابلة

(قوله وفي عبارته تسامح والحق فكان التضمين بالقيمة واجبا أو صوابا أو الصحيح أو ماشا كل ذلك) أقول فيه بحث (قوله احترازا عن الرب الخ) أقول فيه بحث بل التقيد بالجدد للإيدان بأنه لا يلزم الربا في خلاف الجنس وان ضمن بالجدد فليتامل فان مراده تعليل تقييد ضمان الجيد بكونه خلاف جنسه فان المرتهن يملك عشرة دراهم لضمانه ثمانية ان ضمن قيمته جيدا من جنسه

(بمخلاف جنسها وفي تصرف المريض) فانه اذا باع قلبا وزنه عشرة و قيمته عشرون بعشرة لم يسلم للمشتري ويعتبر خروجه من الثلث واهدارها عند المقابلة بالجنس ثابت بالنص لان كونها هدر في ذاتها فكانت زيادة القيمة بالجودة كل زيادة في الوزن فامكن اعتبارها و يصير خمسة أسداس الارباق مضمون الجودته وصنفته وسدسه أمانة فالتغير بالانكسار فيما هو أمانة لا يعتبر وفيما هو مضمون يعتبر وحالة الانكسار ليست بحالة الاستيفاء عنده أيضا فيضمن قيمة خمسة أسداسه من خلاف جنسه ووجه قول محمد رحمه الله أن الوزن مضمون والجودة أمانة للنسبة لأن الجودة تابعة للوزن (٢١٥) لاتنفصل عنه وصفة الامانة

في المرهون كذلك فيجعل الاصل في مقابلة الاصل والتبع بمقابلة التبع واذا ظهر ذلك فان زاد النقصان على الدرهمين وقع النقصان في المضمون وهو العشرة بالانكسار والانكسار عنده كالهلاك وفي هذا الفصل عند الهلاك يصير مستوفيا دينه فكذلك عند الانكسار يكون مضمونا بالدين ويتخير الراهن كما ذكرنا وان لم يزد على الدرهمين وقع النقصان في الامانة والرهن والمضمون باق على حاله فيجبر الراهن على الفكاك كقولهم ينقص منه شئ واعلم أن الدرهم والدرهمين ليسا بمجذواصل في ذلك وانما الفاصل نقصان مقدار الصناعة كائنا ما كان وانما وقع الدرهمان ههنا باعتبار أن الزيادة في المسئلة مفروضة بذلك قال (ومن باع عبدا على أن يرهقه المشتري شيئا بعينه الخ) كلامه واضح وقوله (لم

بمخلاف جنسها وفي تصرف المريض وان كانت لا تعتبر عند المقابلة بجنسها معا فامكن اعتبارها وفي بيان قول محمد نفع طول يعرف في موضعه من المسوط والزيادات مع جميع شعبها قال (ومن باع عبدا على أن يرهقه المشتري شيئا بعينه جاز استحسانا) والقياس أن لا يجوز وعلى هذا القياس والاستحسان اذا باع شيئا على أن يعطيه كفيلا معينا حاضرا في المجلس فقبل وجه القياس أنه صفقة في صفقة وهو منهي عنه ولانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما ومثله يفسد البيع وجه الاستحسان أنه شرط ملائم للعقد لان الكفالة والرهن للاستيناق وانه بلائم الوجوب فاذا كان الكفيل حاضرا في المجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى وهو ملائم فصح العقد واذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا وكان الكفيل غائبا حتى اقرت قالم يبق المعنى الكفالة والرهن الجهالة فبق الاعتبار لعينه فيفسد ولو كان غائبا حضر في المجلس وقبل صح (ولو امتنع المشتري عن تسليم الرهن لم يجبر عليه) وقال زفر يجبر لان الرهن اذا شرط في البيع صار حقا من حقوقه كالو كالة المشروطة في الرهن فيلزمه بلزومه ونحن نقول الرهن عقد تبرع من جانب الراهن على ما بيناه ولا يجبر على التبرعات (ولكن البائع بالخيار ان شاء رضى بترك الرهن وان شاء فسخ البيع) لانه وصف مرغوب فيسه ومارضى الابن فيتخير بفواته (الآن يدفع المشتري الثمن حالا) لحصول المقصود (أو يدفع قيمة الرهن رهنا) لان بد الاستيفاء ثبتت على المعنى وهو القيمة

المسئلة والفرق لمحمد أنه قبض الزئوف الى آخر كلامه تبصر (قوله فاذا كان الكفيل حاضرا بالمجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى) قال صاحب الكفاية أي معنى الشرط وهو الملاعبة أقول ليس هذا بسديدا لا يساعده تحرير المصنف قطعا فانه قال بعد قوله اعتبرنا فيه المعنى وهو ملائم فيصير معنى كلام المصنف على ما ذكره الشارح المذكور وهو أي معنى الشرط الذي هو الملاعبة ملائم ولا حاصل له كما لا يخفى فالحق أن مراد المصنف اعتبرنا فيه المعنى أي معنى الشرط الذي هو الاستيناق وهو أي هذا المعنى الذي هو الاستيناق ملائم أي ملائم للعقد لكونه مؤكدا موجب للعقد وهذا المعنى صحيح مطابق لقوله في وجه الاستحسان انه شرط ملائم للعقد لان الكفالة والرهن للاستيناق وانه ملائم للوجوب (قوله واذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا أو كان الكفيل غائبا حتى اقرت قالم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة) أقول فيه شئ وهو أن التعليل بقوله الجهالة فاصر عن افادة تمام المدعى فانه اغما يمتشي فيما اذا لم يكن الرهن والكفيل معينا لا فيما اذا كان الكفيل غائبا اذ الغيبة لا تقتضي الجهالة لجواز أن يكون معلوما معينا ولا يكون حاضرا في المجلس بل هو المراد بقوله أو كان الكفيل غائبا حيث جعله قسما لكون الرهن والكفيل غير معين اللهم إلا أن يقال ان الجهالة المذكورة في التعليل تعم الجهالة من حيث الذات والجهالة من حيث المكان وان الجهالة الثانية تتحقق فيما اذا كان

يبقى معنى الكفالة والرهن للجهالة) يعني أن جواز العقد استحسانا مع وجود الشرط انما كان بالنظر الى معناه واذا كان الرهن غير معين والكفيل غائبا فمعناه وهو الاستيناق لان المشتري ربما أتى بشئ يساوي عشر حقه أو يعطى كفيلا غير ملي وليس في ذلك من التوثق شئ فبقى الاعتبار اربعين الشرط فيفسد العقد

(قوله بمخلاف جنسها) أقول لثلا يلزم الربا فانه اذا ضمن بجنسه يملك المرتهن عشرة دراهم بمقابلة اثني عشر (قوله فيضمن قيمته خمسة أسداسه من خلاف جنسه) أقول حذر عن الربا

وقوله (ومن اشترى ثوباً بدراهم فقال البائع أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن) قيل يريد به ثوباً غير المشتري والصواب أنه وغيره سواء ولو قال أمسكه بدينك أو قال أمسكته هنا حتى أعطيك ثمنك فهو رهن بلا خلاف وقوله (علم أن مراده الرهن) لأن حكم الرهن هو الحبس الدائم الى وقت الفسك فإذا صرح بهذا علم أن مراده الرهن

**فصل** وجه الفصل كون الرهن متعدداً ولاخفاء في تأخر التعدد عن الافراد قوله (وصار كالبيع

قال (ومن اشترى ثوباً بدراهم فقال للبائع أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن فالثوب رهن) لأنه أتى بما ينبئ عن معنى الرهن وهو الحبس الى وقت الاعطاء والعبرة في العقود للعاني حتى كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة في ضد ذلك كفالة وقال زفر لا يكون رهنًا ومثله عن أبي يوسف لأن قوله أمسك يحتمل الرهن ويحتمل الايداع والثاني اقلهما فيمضي بثبوته بخلاف ما اذا قال أمسكه بدينك أو بمالك لأنه لما قبله بالدين فقد عين جهة الرهن قلنا لما مرده الى الاعطاء علم أن مراده الرهن

**فصل** \* ومن رهن عبدين بألف ففرض حصصاً أحدهما لم يكن له أن يقبضه حتى يؤدي باقي الدين) وحصصاً كل واحد منهما ما يخصه اذا قسم الدين على قيمتهما وهذا لأن الرهن محبوس بكل الدين فيكون محبوساً بكل جزء من أجزائه مباحة في حله على قضاء الدين وصار كالبيع في يد البائع فان سمي لكل واحد من أعيان الرهن شيئاً من المال الذي رهنه به فكذلك الجواب في رواية الاصل وفي الزيادات له أن يقبضه اذا أدى ماسمى له وجه الاول أن العقد متحد لا يتفرق بتفرق التسمية كما في المبيع وجه الثاني أنه لا حاجة الى الاتحاد لان أحد العقدين لا يصير مشروطاً في الآخر الا يرى أنه لو قبل الرهن في أحدهما جاز

الكفيل غائباً لكن فيه ما فيه تأمل ثم ان صاحب العناية قال في شرح هذا المقام يعني أن جواز العقد استحسناً مانع وجود الشرط انما كان باعتبار النظر الى معناه واذا كان الرهن غير معين والكفيل غائباً فمفهومه وهو الاستيناف لأن المشتري ربما أتى بشئ يساوي عشر حقه أو يعطى كفيلاً غير ملىء وليس في ذلك من التوثيق شئ فبقى الاعتبار لعين الشرط فيفسد العقد انتهى أقول وفيه قصور أما أولاً فلأنه ترك ذكر كون الكفيل غير معين في تصوير المدعى حيث قال واذا كان الرهن غير معين والكفيل غائباً فمفهومه مع أن كون الكفيل غير معين داخل أيضاً في مسألة الكتاب وأما ثانياً فلأن قوله في التعليل أو يعطى كفيلاً غير ملىء ولا يفيد ما سبق له وهو قوله في المدعى والكفيل غائباً لئلا يكره أن يفتى غيبته الكفيل عن المجلس لا تقتضي عدم تعيينه فيجوز أن يعين المشتري الكفيلة رجلاً مدياً غائباً عن المجلس فكيف يقدر على أن يعطى كفيلاً غير ملىء بعد أن عين الملىء الكفيلة والحق في تعليل فوات المعنى عند كون الكفيل غائباً أن يقال لجواز أن لا يقبل الكفيلة عند حضوره ولعل المصنف ترك تعليل هذه الصورة بناء على ظهوره وانفهامه من قوله ولو كان غائباً فخصر في المجلس وقبل صح تدبر

**فصل** قال في العناية أخذاً من النهاية وجه الفصل كون الرهن متعدداً ولاخفاء في تأخر التعدد عن الافراد انتهى أقول لا يذهب عليك أن هذا الوجه انما يتم بالنظر الى المسئلة الاولى من هذا الفصل دون المسائل الباقية منه اذ لا تعدد في الرهن في شئ منها وانما التعدد في المرتهن في بعض منها وفي الراهن في بعض آخر منها فالاولى أن يقال وجه الفصل كون الرهن أو المرتهن أو الراهن متعدداً كما أشار اليه في غاية البيان فحينئذ ينظم وجه الفصل جميع المسائل المذكورة في هذا الفصل كما ترى (قوله الا يرى أنه لو قبل الرهن في أحدهما جاز) قال صاحب النهاية والعناية وحاصله أن الصفقة

في يد البائع) في أن المشتري اذا أدى حصصاً أحدهما من الثمن في البيع لا يتمكن من أخذه حتى يؤدي باقي الثمن فاذا سمي لكل واحد من أعيان الرهن شيئاً كالورهن عبدين بألف كل عبده بمئة مائة ثم قضاة خمسمائة فكذلك الجواب في رواية الاصل وفي الزيادات له أن يقبض اذا أدى ماسمى له وجه كل واحد منهما ما ذكر في الكتاب وقوله (الا يرى) توضيح لذلك فإنه لما تمكن المرتهن من تفريق القبول في الاتسداء وجب أن يتمكن الراهن من تفريق القبض في الانتهاء وحاصله أن الصفقة تنفرد في باب الرهن بتفرق التسمية فكانه رهن كل عبده بقدره على حدة بخلاف البيع فانها لا تتفرق فيه بتفرق التسمية بدليل أنه لو باعه عبدين بألف كل واحد منهما بمئة مائة فقبل المشتري العقد في أحدهما دون الآخر لم يجز كما في حالة الاجال وهذا لأن البيع عقد تسليم

والهلاك قبل القبض بطله فعد ما تقدمه بعض الثمن لو تمكن من قبض بعض العقود عليه أدى الى تفريق الصفقة قبل التمام بأن يهلك ما بقى فيفسخ البيع فيه بخلاف الرهن فإنه بالهلاك ينتهي حكم الرهن لحصول المقصود به

**فصل** \* ومن رهن عبدين (قوله وجه الفصل كون الرهن متعدداً) أقول أو الراهن أو المرتهن (قوله وهذا لأن البيع الخ) أقول قوله وهذا أي وجه الفرق بين البيع والرهن حيث لا يتمكن المشتري من قبض حصص الثمن بتفرد في الاول ويمكن الراهن بإداء حصصاً أحد الرهنيين من استرداده بأنه لا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام في الرهن على تقدير اتحادها بخلاف البيع فلا حاجة الى الاتحاد فيه

تتفرق في باب الرهن بتفرق التسمية فكانه رهن كل عبد بعد عقد على حدة بخلاف البيع فانها لا تتفرق فيه بتفرق التسمية بدليل أنه لو باعه عبدين بألف كل واحد منهما بمائة فقبل المشتري العقد في أحدهما دون الآخر لم يحز كافي حالة الاجمال وهذا لان البيع عقد عليك والهلاك قبل القبض يبطله فبعد ما نقد بعض الثمن لو عسكن من قبض بعض المعقود عليه أدى الى تفرق الصفقة قبل التمام بأن يهلك ما بقي فينفسخ البيع فيه بخلاف الرهن فإنه بالهلاك ينتهي حكم الرهن لحصول المقصود كما أن بالافتكاك ينتهي حكم الرهن ولو عسكن من استرداد البعض عند قضاء بعض الدين لم يؤد ذلك الى تفرق الصفقة لان أكثر ما فيه أن يهلك ما بقي فينتهي حكم الرهن فيه انتهى أقول فيه بحث وهو أن حاصل كلامهما الاستدلال على أن الصفقة تتفرق في باب الرهن بتفرق التسمية ولا تتفرق في باب البيع بذلك بدليلين أحدهما إلى وهو أنه لو رهن عبدين بألف وسمى لكل واحد منهما شيئاً من الألف فقبل المرتهن الرهن في أحدهما دون الآخر جاز وان باعهما بألف وسمى لكل واحد منهما شيئاً من الألف فقبل المشتري العقد في أحدهما دون الآخر لم يحز وثانيهما إلى وهو ما ذكره بقولهما وهذا لان البيع عقد عليك الخ والاول منهما سالم والثاني منظور فيه عندى اذ لا شك أن المحذور تفرق الصفقة الواحدة دون تفرق الصفقة المتفرقة في الاصل وأن الكلام هنا في اثبات أن الصفقة تتفرق بتفرق التسمية في باب الرهن ولا تتفرق بذلك في باب البيع فالتأدى الى تفرق الصفقة في باب البيع على تقدير أن يتمكن المشتري من قبض بعض المعقود عليه بعد ما نقد بعض الثمن انما يكون محذورا عند ثبوت عدم تفرق الصفقة بتفرق التسمية في باب البيع ولم يثبت بعد بل هو اول من قصد اثباته هما بقولهما وهذا لان البيع عقد عليك الخ فإثباته الدليل عليه مصادرة على المطلوب فالوجه الظاهر في لية الفرق بين بابي الرهن والبيع في تفرق أحدهما بتفرق التسمية دون الآخر ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وانما اقرت فالان ضم الرديء الى الجسد متعارف في البيع غير متعارف في الرهن فلو تفرق البيع بتفرق التسمية كان للمشتري أن يقبل في أحدهما فيقبل الجيد فيضرر به البائع ولو تفرق الرهن بتفرق التسمية لم يضرر به الراهن ولان في البيع اذا جمع بينهما لو تفرقت الصفقة نصير الثانية شرطاً في الاولى وهو شرط فاسد والبيع يفسد به أما الرهن فلا يفسد بالشرط الفاسد لانه تبرع كالهبة انتهى ثم قال صاحب النهاية والعناية فان قيل هذا في حالة الاجمال موجود قلنا نعم ولكن حصة كل عبد من الدين فيها غير معلوم بيقين فرجما كان أحد العبدين أكثر قيمة مثل أن يساوى أحدهما ألفاً والآخر ألفين ورهنهما بثلاثة آلاف أحدهما بألف والآخر بألفين ولم يبين هذا من ذلك وأراد الراهن فكالك الذي قيمته ألفان فأدى ألفا وهو يقول هذا الذي رهنه بألف والمرتهن يقول بل هو رهن بألفين فكان ذلك جهالة تفضي الى المنازعة فأما عند التفصيل حصة كل عبد معلومة بالتسمية لاجهالة هناك تفضي الى المنازعة فلهذا يمكن فكالك البعض بقضاء بعض الدين انتهى أقول في الجواب بحث أما ولا فلانه لم يجعل قيمة كل واحد من العبدين فيصلا في قطع المنازعة في حالة الاجمال ولولا ذلك لما كان في قول المصنف في صدره مسألة الاجمال وحصة كل واحد ما يخصه اذا قسم الدين على قيمتهما فائدة وأما ثانياً فلانه اذا كان العبدان متساويين في القيمة لا يوجد هناك جهالة تفضي الى المنازعة مع أن جواب مسألة الاجمال نعم هذه الصورة أيضاً فالاولى في دفع النقض بحالة الاجمال أن يقال لان تفرق الصفقة انما يتصور فرجما اذا كان في كلام العاقبة ما يتحمله كافي حالة التفصيل فان تفرق التسمية فيها تتحمل تفرق الصفقة بخلاف حالة الاجمال اذ لم يوجد فيه شيء يتحمله فاذا تعين الحمل فيها على تفرق الصفقة فيها وان لم يلزم التأدى الى تفرق الصفقة قبل تمامها في باب الرهن على تقدير أن يحمل عليه في حالة الاجمال أيضاً تأمل

كما أن بالافتكاك ينتهي حكم الرهن فلو عسكن من استرداد البعض عند قضاء بعض الدين لم يؤد ذلك الى تفرق الصفقة لان أكثر ما فيه أن يهلك ما بقي فينتهي حكم الرهن فيه فان قيل هذا في حالة الاجمال موجود قلنا نعم ولكن حصة كل عبد من الدين فيها غير معلوم بيقين فرجما كان أحد العبدين أكثر قيمة مثل أن يساوى أحدهما ألفاً والآخر ألفين ورهنهما بثلاثة آلاف أحدهما بألف والآخر بألفين ولم يبين هذا من ذلك وأراد الراهن فكالك الذي قيمته ألفان فأدى ألفا وهو يقول هذا الذي رهنته بألف والمرتهن يقول بل هذا رهن بألفين فكان ذلك جهالة تفضي الى المنازعة فأما عند التفصيل حصة كل عبد معلومة بالتسمية لاجهالة هناك تفضي الى المنازعة فلهذا يمكن فكالك البعض بقضاء بعض

الدين

(قوله فإنه بالهلاك ينتهي) أقول أي بالهلاك في يد المرتهن (قوله فلو عسكن من استرداد) أقول أي فلو عسكن الراهن

قال (فان رهن عينا واحدة عند رجلين الخ) صورة المسئلة ظاهرة ولم تعرض لكونها ما شر يكين في الدين أو غيره ولا لكون الدينين من جنس واحد أو من جنسين مختلفين بأن يكون دين أحدهما راهم ودين الآخر نائير لان الكل في ذلك سواء وقوله (لان الرهن أضيف الى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوخ فيه) قيل هو منقوض بما اذا باع من رجلين أو وهب من رجلين على قول أبي يوسف ومحمد رهما الله فان العقد فيهما أضيف الى جميع العين في صفقة واحدة وفيه الشيوخ حتى كان المبيع والموهوب بينهما نصفين كالونص على المناصفة والجواب أن (٢١٨) اضافة العقد الى اثنين توجب الشيوخ فيما يكون العقد مفيد للملك كالهبة

والبيع فان العين الواحدة لا يمكن أن تكون مملوكة لشخصين على الكمال فتجعل شائعة تقسم عليها للجواز والرهن غير مفيد للملك وانما يفيد الاحتباس ويجوز أن تكون العين الواحدة محتبسة لحقين على الكمال فيمنع الشيوخ فيه تحرر بالجواز لكون القبض لا بد منه في الرهن والشيوخ يمنع عنه وهذا هو الجواب لأبي حنيفة رضي الله عنه في جعل ذلك شائعا مانعا عن الهبة دون الرهن وقد تقدم وقوله (فكل واحد منهما في نوبته كالعديل في حق الآخر) يشير الى أن ارتهان كل واحد منهما باق ما لم يصل الرهن الى الراهن وقوله (لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق) اعترض عليه

(قوله لكون القبض لا بد منه في الرهن والشيوخ يمنع عنه الخ) أقول وكذلك في الهبة فلم يحصل الجواب على قولهما وكان

قال (فان رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز وجميعها رهن عند كل واحد منهما) لان الرهن أضيف الى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوخ فيه وموجبه صيرورته محتبسا بالدين وهذا مما لا يقبل الوصف بالتجزى فصار محبوسا بكل واحد منها وهذا بخلاف الهبة من رجلين حيث لا تجوز عند أبي حنيفة (فان تهايا فكل واحد منهما في نوبته كالعديل في حق الآخر) قال (والمضمون على كل واحد منهما حصته من الدين) لان عند الهبة لا يصير كل واحد منهما مستوفيا حصته اذا الاستيفاء مما يتجزأ قال (فان أعطى أحدهما دينه كان كله رهننا في يد الآخر) لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق

(قوله فان رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز وجميعها رهن عند كل واحد منهما لان الرهن أضيف الى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوخ فيه) قال صاحب العناية أخذ من النهاية قيل هو منقوض بما اذا باع من رجلين أو وهب من رجلين على قول أبي يوسف ومحمد فان العقد فيهما أضيف الى جميع العين في صفقة واحدة وفيه الشيوخ حتى كان المبيع والموهوب بينهما نصفين كالونص على المناصفة والجواب ان اضافة العقد الى اثنين توجب الشيوخ فيما يكون العقد مفيدا للملك كالهبة والبيع فان العين الواحدة لا يمكن أن تكون مملوكة لشخصين على الكمال فتجعل شائعة تقسم عليها للجواز والرهن غير مفيد للملك وانما يفيد الاحتباس ويجوز أن تكون العين الواحدة محتبسة لحقين على الكمال فيمنع الشيوخ فيه تحرر بالجواز لكون القبض لا بد منه في الرهن والشيوخ يمنع عنه الى هنا كلامه أقول هذا السؤال والجواب على التقرير بالمدكور ليسا بصححين في حق الهبة إذ لا فرق على قول أبي يوسف ومحمد بين الرهن والهبة في عدم تحقق الشيوخ في شيء من صورتي رهن عين واحدة عند رجلين وهبتهما معا وانما الفرق بينهما على قول أبي حنيفة الأيرى الى ما مر في كتاب الهبة من انه اذا وهب اثنان من واحد دارا جاز لانهما مسلما حاجلة وهو قد قبضها جلة فلا شيوخ وان وهب واحد من اثنين لا يجوز عند أبي حنيفة وقال يصح لان هذه أشبهت الجملة منهما اذا التملك واحد فلا يتحقق الشيوخ كالجواز من رجلين وله أن هذا هبة النصف من كل واحد ولهذا كانت فيما لا ينقسم فقبل أحدهما صح لان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التملك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوخ بخلاف الرهن لان حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما كالا ولهذا الوفضى دين احدهما لا يسترد شيئا من الرهن انتهى فلامعنى انقض ما نحن فيه بالهبة على قول أبي يوسف ومحمد أصلا ولا للجواب عنه على قوله بما ذكر في الجواب المذكور من الفرق كالأجنبي (قوله وان أعطى أحدهما دينه كان كله رهننا في يد الآخر لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق) قال في العناية أخذ من النهاية اعترض عليه بان المرتهن الذي استوفى حقه انتهى مقصوده من الرهن وهو كونه وسيلة الى الاستيفاء الحقيقي بالاستيفاء فينبغي أن يكون الرهن في

المراد ذلك (قال المصنف فان تهايا فكل واحد منهما في نوبته كالعديل في حق الآخر) أقول هذا إذا كان مما يتجزأ فظاهر وان كان مما يتجزأ أو جب أن يحبس كل واحد منهما النصف فان دفع أحدهما كله الى الآخر وجب أن يضمن الدافع عند أبي حنيفة خلافا لهما وأصل المسئلة الوديعية فيما اذا أودع رجل عند رجلين شيئا يقبل القسمة فدفع أحدهما كله الى الآخر قيل الدافع يضمن عنده خلافا لهما كذا في شرح الزبلي وقد نص عليه المصنف في كتاب الوديعية حيث قال وكذا الجواب في المرتهنين

بأن المرتهن الذي استوفى حقه انتهى مقصوده من الرهن وهو كونه وسيلة إلى الاستيفاء الحقيقي بالاستيفاء فينبغي أن يكون الرهن في يد الآخر من كل وجه من غير نيابة عن صاحبه وذلك يقتضي أن لا يسترد الراهن ما قبضه إلى الأول من الدين عند الهلاك لكنه يسترده وأجيب بأن ارتهان كل واحد منهما باق ما لم يصل الرهن إلى الراهن كما ذكرنا فكان كل واحد منهما مستوفياً دينه من نصف مالية الرهن فان قبضه وفاء بدينه ما فتمين أن القابض استوفى حقه مرتين فعليه رد ما قبضه ثانياً قال (وان رهن رجلان بدين عليهما راجلارهنالخ) هذه عكس المسئلة التي تقدمت وهي واضحة ومن شعبها ما اذا كان في يد رجل ادعاه رجل انه رهنه عبده بدين له عليه وقبضه وأقام على ذلك بينة وادعاه آخر كذلك وهو أحد الوجوه فيها وجعلها العبد اما أن يكون في أيديهما أو لافي يدا واحد أو في يدا أحدهما فان كان في يدا أحدهما فهو أولى به لان تمكنه من القبض دليل سبق عقده كافي الشراء وقد تقدم الآن يقيم الآخر بينة انه الاول فانه صريح

(٢١٩)

وان لم يكن في يدا واحد منهما فهو المذكور في الكتاب أولاً وكلامه فيه واضح وان كان في أيديهما فان علم الاول منهما فهو أولى وان لم يعلم فهو مسئلة الكتاب على ما ذكر فيهما من القياس والاستحسان قال محمد رحمه الله في الاصل وبه أي بالقياس نأخذ ووجهه ما ذكر في الكتاب والفرق بينه وبين الرهن من رجلين أن حق كل واحد منهما ثمة يثبت في جميع الرهن حتى اذا قضى دين أحدهما فهو رهن كما عند الآخر حتى يقضى دينه لوجود الرضا من كل واحد منهما بثبوت حق صاحبه في الحبس معه وههنا كل واحد منهما غير راض بذلك وقد أشار المصنف رحمه

وعلى هذا حبس المبيع اذا أدى أحد المشتريين حصته من الثمن قال (وان رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنًا واحداً فهو جائز والرهن رهن بكل الدين والمرتهن أن يسكه حتى يستوفي جميع الدين) لان قبض الرهن يحصل في السك من غير شيوخ (فان أقام الرجلان كل واحد منهما البينة على رجل أنه رهنه عبده الذي في يده وقبضه فهو باطل) لان كل واحد منهما أثبت بينته أنه رهنه كل العبد ولا روجه إلى القضاء لكل واحد منهما بالكل لان العبد الواحد يستحيل أن يكون كاه رهنًا لهذا وكاه رهنًا لذلك في حالة واحدة ولا إلى القضاء بكله لو احدهما لعدم الاولوية ولا إلى القضاء لكل واحد منهما بالنصف لانه يؤدي إلى الشيوخ فتعذر العمل بهما وتعين التهازل ولا يقال انه يكون رهنًا لهما كأنهما ارتهنانهما معا اذا جهل التاريخ ينجبهما وجعل في كتاب الشهادات هذا وجه الاستحسان لانا نقول هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة لان كلامهما أثبت بينته حسبما

يد الآخر من كل وجه من غير نيابة عن صاحبه وذلك يقتضي أن لا يسترد الراهن ما قبضه إلى الاول من الدين عند الهلاك ~~يكن~~ يسترده وأجيب بأن ارتهان كل واحد منهما باق ما لم يصل الرهن إلى الراهن كما ذكرنا فكان كل واحد منهما مستوفياً دينه من نصف مالية الرهن فان قبضه وفاء بدينه ما فتمين أن القابض استوفى حقه مرتين فعليه رد ما قبضه ثانياً انتهى أقول هذا الجواب غير شاف في دفع الاعتراض المذكور لان السائل بسط مقدمة وهي أن المرتهن الذي استوفى حقه من الرهن انتهى مقصوده من الرهن وهو كونه وسيلة إلى الاستيفاء الحقيقي ففرع عليه اقله فينبغي أن يكون الرهن في يد الآخر من كل وجه ولا يخفى عليك أن تلك المقدمة صادقة وانها تقتضي أن لا يكون ارتهان الذي استوفى حقه باقياً بعد استيفاء حقه لان مقصوده من الرهن قد انتهى باستيفاء حقه فما وجه بقاء ارتهان بعدة وبالجملة بقاء ارتهان كل واحد منهما ما لم يصل الرهن إلى الراهن غير مسلم عند السائل بل هو يقول لامعنى ببقاء ذلك بعد استيفاء أحدهما حقه اذا كان الرهن في يد الآخر ويستند في ذلك إلى المقدمة التي بسطها في أول كلامه فلا يشفيها الجواب المذكور (قوله فان أقام الرجلان كل واحد منهما البينة أنه رهنه عبده الذي في يده وقبضه فهو باطل) قال صاحب العناية وهو

الله إلى هذا في الوجه الأول بقوله لانا نقول هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة الخ وباقى كلامه واضح والله تعالى أعلم

(قال المصنف لانه يؤدي إلى الشيوخ فتعذر العمل بهما وتعين التهازل) أقول هذا اذا لم يورثا فان أرخا كان صاحب التاريخ الأقدم أولى لانه أثبتته في وقت لا ينازعه فيه أحد وكذا اذا كان الرهن في يدا أحدهما كان صاحب اليد أولى لأن تمكنه على القبض دليل على سبقه كدعوى نكاح امرأة أو شراء عين من واحد كذا في شرح الزيلعي واذا أرخ أحدهما ففيه تفصيل مذكور في غاية البيان (قوله هذه عكس المسئلة المتقدمة وهي واضحة ومن شعبها) أقول الضمير في شعبها راجع إلى المسئلة (قوله وهو أحد الوجوه) أقول أي كونه في يد رجل (قوله وجعلها العبد اما أن يكون في أيديهما أو لافي يدا أحدهما) أقول لا فرق بين أن يكون في أيديهما وأن لا يكون في يدا واحد منهما فانه لا تقبل البينة في حال حياة الراهن على المختار وتقبل بعدها (قوله وان كان في أيديهما فان علم الأول منهما فهو أولى الخ) أقول وهذا التفصيل لا بد منه في المسئلة الاولى فان كونها مسئلة الكتاب على تقدير جهل التاريخ (قوله قال محمد في الأصل وبه أي بالقياس نأخذ) أقول يعني في المسئلة الاولى (قوله لوجود الرضا من كل واحد منهما) أقول تعليل لقوله يثبت في جميع الرهن

﴿ باب الرهن بوضع على يد العدل ﴾

لمافرغ من الاحكام الراجعة الى نفس الراهن والمرتهن ذكرا يرجع الى نائبهما وهو العدل لان حكم النائب يقف وحكم الاصل والمراد بالعدل ههنا من رضى الراهن (٢٢٠) والمرتهن بوضع الرهن في يده ورضيا يبيعه الرهن

عند حلول الاجل وهو وكيل الراهن يبيعه لكنه يخالف المفرد في مسائل ذكرها في النهاية عن شيخ الاسلام والتمرتاثنى رجهما الله قال (واذا اتفقا على وضع الرهن على يد عدل الخ) كلامه واضح وقوله (ذ كرقوله في بعض النسخ) اشارة الى أن في بعضها ليس كذلك فانه ذكر في المبسوطين وشرح الاقطع ابن أبي ليلى بدل مالك وكأنه شك في هذه الرواية عن مالك فان القبض ليس بشرط عنده كما مر في أول هذا الكتاب فان ثبت ذلك عنده كان عنده روايتان وقوله (ولهذا يرجع العدل عليه) أي على الراهن عند الاستحقاق يعني اذا هلك الرهن في يد العدل ثم استحق وضمن العدل قيمته يرجع على الراهن بما ضمن ولو لم تكن يده يد الراهن لما رجح وهو كالمودع اذا ضمن قيمة الوديعة بعد الهلاك بالاستحقاق فانه يرجع على المودع لان يده يد مودعه وقوله (ولنا) ظاهر

يكون وسيلة الى مثله في الاستيفاء وبهذا القضاء ثبت حبس يكون وسيلة الى شطره في الاستيفاء وليس هذا عملا على وفق الحجة وما ذكرناه وان كان قياسا لكن محمدا أخذ به لقوته واذا وقع باطلا فلا يهلك يهلك امانة لان الباطل لا يحكمه قال (ولو مات الراهن والعبد في أيديهما فأقام كل واحد منهما المينة على ما وصفنا كان في يد كل واحد منهما نصفه رهنا يبيعه بحقه استحسانا) وهو قول أبي حنيفة ويحمد في القياس هذا باطل وهو قول أبي يوسف لان الحبس للاستيفاء محكم أصلي لعقد الرهن فيكون القضاء به قضاء بعقد الرهن وانه باطل للشروع في حالة الحياة وجه الاستحسان أن العقد لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه وحكمه في حالة الحياة الحبس والشروع يضره وبعد الممات الاستيفاء بالبيع في الدين والشروع لا يضره وصار كما اذا ادعى الرجلان نكاح امرأة أو ادعت أختان النكاح على رجل وأقاموا المينة تم اترت في حالة الحياة ويقضى بالميراث بينهم بعد الممات لانه يقبل الانقسام والله أعلم

﴿ باب الرهن بوضع على يد العدل ﴾

قال (واذا اتفقا على وضع الرهن على يد العدل جاز وقال مالك لا يجوز) ذ كرقوله في بعض النسخ لان يد العدل يد المالك ولهذا يرجع العدل عليه عند الاستحقاق فانه عدم القبض ولنا أن يده على الصورة يد المالك في الحفظ اذ العين امانة وفي حق المالية يد المرتهن لان يده يضمنان والمضمون هو المالية فنزل منزلة الشخصين تحقيقا لما قصداه من الرهن

احد الوجوه في هذه المسئلة وجها ما أن العبد اما أن يكون في أيديهما أولا في يد واحد أو في يد أحدهما فان كان في يد أحدهما فهو أولى به لان تمكنه من القبض دليل سبق عقده كما في الشراء وقد تقدم الآن ان يقيم الآخر مينة أنه الاول فانه صريح في السبق وهو يفوق الدلالة وان لم يكن في يد واحد منهم ما فهو المذكور في الكتاب أولا وكلامه فيه واضح وان كان في أيديهما فان علم الاول منهما فهو أولى وان لم يعلم فهو مسئلة الكتاب على ما ذكر فيهما من القياس والاستحسان قال محمد في الاصل وبه أي بالقياس تأخذ ووجهه ما ذكر في الكتاب انتهى أقول في تحرير المذكور فوع اختلال واضطراب فانه ذ كر التفصيل في الشق الثالث بقوله فان علم الاول منهما الخ وترك هذا التفصيل في الشق الثاني وهو ما لم يكن في يد واحد منهما مع أن هذا التفصيل مما لا بد منه في ذلك الشق أيضا وأيضا ان أراد بمسئلة الكتاب في قوله وان لم يعلم فهو مسئلة الكتاب قول المصنف وان أقام الرجلان كل واحد منهما المينة يلزم التنافي بينه وبين قوله فيما قبل وان لم يكن في يد أحدهما فهو المذكور في الكتاب أولا وان أراد به أقول المصنف ولو مات الراهن والعبد في أيديهما كما هو الظاهر لم يتم قوله بعده قال محمد في الاصل وبه أي بالقياس تأخذ فان محمد انما يأخذ بالقياس في المسئلة الاولى لافي المسئلة الثانية فكان حق قوله المزبور أن يذ كر متصلا ببيان المسئلة الاولى كما لا يخفى

﴿ باب الرهن بوضع على يد العدل ﴾

لمافرغ من الاحكام الراجعة الى نفس الراهن والمرتهن ذ كرقوله في هذا الباب الاحكام الراجعة الى نائبهما وهو العدل لما أن حكم النائب يقف وحكم الاصل ثم ان المراد بالعدل ههنا من رضى الراهن والمرتهن

وانما

﴿ باب الرهن بوضع على يد عدل ﴾

(قوله ورضيا يبيعه الرهن عند حلول الاجل) أقول الرضا يبيعه الرهن عند حلول الاجل ليس بلازم في العدل فالاولى أن يقال سوا رضيا يبيعه الرهن أم لا قال الاتقاني قال الخا كم الشهيد في الكافي وليس للعدل بيع الرهن ما لم يسلط عليه لأنه مأثور بالحفظ فحسب انتهى (قوله وهو وكيل الراهن يبيعه) أقول غير مسلم كليا



وقوله (لانه نائب عنه في حفظ العين كالمودع) يشير الى دفع ماعسى أن يقال كما أنه نائب عن الراهن فهو نائب عن المرتهن في حق المالية والضمان انما يكون من حيث المالية فلم لا يرجع عليه وذلك لان العدل يضمن للمستحق ضمان الغصب والغصب انما يتحقق بالنقل والتحويل وذلك يتعلق بالعين دون المالية على أنه سؤال ساقط لان الخصم ليس بقائل به فان قيل القبض شرط ولم يوجد من المرتهن حقيقة وهو ظاهر ولا حكا لان ذلك اما أن يكون من حيث أمره بذلك وذلك غير صحيح لان الامر انما يصح اذا لاقى حقه مستحقا لا أمره وبعقد الرهن لم يصرف القبض حقه حتى كان للراهن أن ينعيه منه واما أن يكون من حيث موافقة الراهن اياه في الوضع على يد العدل

(٢٢١)

ولا تأثير لذلك لانهما لو انفق على قبض الراهن لم يتم فكذلك لو انفق على قبض العدل فالجواب أنه قابض من حيث أمره العدل بالقبض وهو حق مستحق له بعقد الرهن وتمكنه من المنع لا يدل على انتفاء حقه لانه فسخ للعقد والراهن يتفرده لكونه غير لازم والقبض حقه مادام العقد باقيا وقوله

وانما يرجع العدل على المالك في الاستحقاق لانه نائب عنه في حفظ العين كالمودع قال (وليس للمرتهن وللراهن أن يأخذ منه) لتعلق حق الراهن في الحفظ بيده وأمانته وتعلق حق المرتهن به استيفاء فلا علة أحدهما بطلان حق الآخر (فالوهلك في يده هلك في ضمان المرتهن) لان يده في حق المالية يد المرتهن وهي المضمونة (ولو دفع العدل الى الراهن أو المرتهن ضمن) لانه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن في حق المالية وأحدهما أجنب عن الآخر والمودع يضمن بالدفع الى الاجنبى (واذا ضمن العدل قيمة الرهن بعد ما دفع الى أحدهما او قد استلمه المدفوع اليه أو هلك في يده لا يقدر أن يجعل القيمة رهنا في يده) لانه يصير قاضيا ومقتضيا وبينهما تناف لكن يتفقان على أن يأخذاهما منه ويجعلاهما رهنا عنده أو عند غيره ولو تعذر اجتماعهما يرفع أحدهما الى القاضى ليفعل كذلك ولو فعل ذلك ثم قضى الراهن الدين وقد ضمن العدل القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة لو وصول المرهون الى الراهن ووصول الدين الى المرتهن ولا يجتمع البذل والمبذل في ملك واحد (وان كان ضمنها بالدفع الى المرتهن فالراهن يأخذ القيمة منه)

(لا يقدر أن يجعل القيمة) أى العدل لا يقدر أن يفعل ذلك لما ذكره وقوله (ولو تعذر اجتماعهما يرفع) قال في النهاية أى يرفع العدل أحدهما الى القاضى وفي بعض الشروح يرفع الامر الى القاضى أحدهما اما الراهن أو المرتهن وهو أظهر (ولو فعل ذلك) أى جعل القيمة في يد العدل رهنا ثم قضى الراهن الدين والحال أن العدل

وضع الرهن في يده وزاد عليه صاحبا النهاية والعناية قيما آخر حيث فالأورض ما يبيعه الرهن عند حلول الاجل أقول لعل هذه الزيادة منه ما بناء على ما هو الجارى بين الناس فيما هو الغالب والافرضاهما يبيعه الرهن عند حلول الاجل ليس باهر لازم في معنى العدل وعن هذا قال الحاكم الشهيد في الكافي ليس للعدل بيع الرهن ما لم يسلط عليه لانه أمور بالحفظ فحسب انتهى (قوله وانما يرجع العدل على المالك في الاستحقاق لانه نائب عنه في حفظ العين كالمودع) قال صاحب العناية يشير الى دفع ماعسى أن يقال كما أنه نائب عن الراهن فهو نائب عن المرتهن في حق المالية والضمان انما يكون من حيث المالية فلم لا يرجع عليه وذلك لان العدل يضمن للمستحق ضمان الغصب والغصب انما يتحقق بالنقل والتحويل وذلك يتعلق بالعين دون المالية على أنه سؤال ساقط لان الخصم ليس بقائل به انتهى كلامه أقول هذه العلاوة التي زادها الشارح المذكور من عند نفسه ليست بشئ فان عدم قول الخصم بذلك لا يقتضى سقوط السؤال المتجه على أصلنا فلا يلزم أن يكون توجه السؤال من قبيل الخصم وعن هذا تراهم يقولون ليس للسائل مذهب ولو سلم ذلك فالخصم أن يورد السؤال المذكور علينا بطريق الاضام بما هو مسلم عندنا لا بطريق التحقيق بما هو مقرر عنده فالجواب الحق عنه ما أشار اليه المصنف لا غير (قوله ولو فعل ذلك) قال في النهاية والعناية أى جعل القيمة في يد العدل رهنا وقال بعض الفضلاء فيه بحث بل المراد اذا جعلت القيمة رهنا برأيهما أو برأى القاضى عند العدل

ضمن القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة أى للعدل لان كل ذى حق وصل الى حقه الراهن الى الرهن والمرتهن الى الدين فلو أخذها أحدهما جتمع البذل والمبذل في ملك شخص واحد فان القيمة بدل الرهن من حيث العين في حق الراهن وبه من حيث المالية في حق المرتهن وان كان ضمنها بالدفع الى المرتهن فالراهن يأخذ القيمة منه

(قوله على أنه سؤال ساقط لأن الخصم ليس بقائل به) أقول فيه بحث (قوله قال في النهاية أى يرفع العدل أحدهما الى القاضى الى قوله وهو الاظهر) أقول قال الاتقانى وذلك ليس بشئ لأن العدل هو الضامن للقيمة فبعيد أن يرفع الضامن لطالبة نفسه الخصم الى القاضى انتهى وفيه بحث (قوله ولو فعل ذلك أى جعل القيمة في يد العدل رهنا) أقول وفيه بحث بل المراد اذا جعلت القيمة رهنا برأيهما أو برأى القاضى عند العدل الاول أو عند غيره كما ذكره العلامة الزيلعي

لان العين لو كان قائما في يده اخذه اذا أدى الدين فكذلك ما يقوم مقامه ولا جمع فيه بين البديل والمبدل وهل يرجع العدل بعد ذلك على المرتهن ينظر ان كان العدل دفعه على وجه العارية أو الوديعة وهلك في يد المرتهن لا يرجع وان استهلك يرجع عليه لان العدل باء الضمان ملكه وتبين أنه أعار وأودع ملك نفسه فان هلك في يده لم يضمن وان استهلكه ضمن وان كان العدل دفعه الى المرتهن رهنا بأن قال هذا رهنا فخذ بحقوقك واحبس به دينك رجوع العدل عليه بقيمته استهلكه المرتهن أو هلك عنده لانه دفع اليه على وجه الضمان وقوله (واذا وكل الراهن المرتهن) كلامه واضح وقوله (فليس للراهن أن يعزل الوكيل) يعني بدون رضا المرتهن وقوله (الأتري أنه) أي أن (٢٢٢) عقد الوكالة (لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم أصله) أي عقد الرهن وقوله (لانه)

أي عقد الوكالة (لازم بأصله فكذلك بوصفه) وهو الاطلاق لما ذكرنا أنه صار حقا من حقوقه وقوله (لان العقد) أي عقد الرهن (لا يبطل بموتهما ولا بموت أحدهما فيبقى بحقوقه) التي هي الحبس والاستيفاء والوكالة (وأوصافه) التي هي اللزوم وجبر الوكيل وحق بيع ولد الرهن وحق صرف الدراهم بالدنانير كذا في النهاية وقوله (واذا مات الوكيل انتقضت الوكالة) يعني والرهن باق كما كان لان الرهن لو كان في يد المرتهن فمات لم يبطل العقد به فلان لا يبطل بموت العدل أولى وقوله (والأثر يجري فيما) أي لا فيما عليه الأتري أن الميت اذا كان عليه دين لا يجب على ورثة الميت قضاؤه وان كان له دين على غيره ورثه وقوله (أجبر على بيعه) يعني بحبس أياما حتى يبيعه فان بلغ بعد ما حبسه أياما ذكر في الزيادات أن القاضي يبيع عليه وهو على قوله ما ظاهر وأما على قول أبي حنيفة

لان العين لو كانت قائمة في يده بأخذها اذا أدى الدين فكذلك بأخذها مقام مقامها ولا جمع فيه بين البديل والمبدل قال (واذا وكل الراهن المرتهن أو العدل أو غيره ما يبيع الرهن عند حلول الدين فالوكالة جائزة) لانه لو كبل ببيع ماله (وان شرطت في عقد الرهن فليس للراهن أن يعزل الوكيل وان عزله لم يعزل) لانها المشرطت في ضمن عقد الرهن صار وصفا من أوصافه وحقا من حقوقه الأتري أنه لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم أصله ولانه تعلق به حق المرتهن وفي العزل اتوا حقه وصار كالو كبل بالخصوصية يطلب المدعي (ولو وكله بالبيع مطلقا حتى ملك البيع بالنقد والتسيئة ثم نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيته) لانه لازم بأصله فكذلك بوصفه لما ذكرنا وكذا اذا عزله المرتهن لا يعزل لانه لم يوكله وإنما وكله غيره (وان مات الراهن لم يعزل) لان الرهن لا يبطل بموته ولانه لو بطل انما يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم قال (ولو كبل أن يبيعه بغير محض من الورثة كما يبيعه في حال حياته بغير محض منه وان مات المرتهن فالو كبل على وكالته) لان العقد لا يبطل بموتها ولا بموت أحدهما فيبقى بحقوقه وأوصافه (وان مات الوكيل انتقضت الوكالة ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه) لان الوكالة لا يجري فيها الأثر ولان الموكل رضى برأيه لا برأى غيره وعن أبي يوسف ان وصى الوكيل بملك يبيعه لان الوكالة لازمه فيما ملكه الوصى كالمضارب اذا مات به ما صار رأس المال أعيانا ملك وصى المضارب يبيعها لما أنه لازم بعد ما صار أعيانا قلنا التوكيل حق لازم لكن عليه والأثر يجري فيما له بخلاف المضاربة لانها حق المضارب (وليس للمرتهن أن يبيعه الا برضا الراهن) لانه ملكه وما رضى يبيعه (وليس للراهن أن يبيعه الا برضا المرتهن) لان المرتهن أحق بمالته من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع قال (فان حل الاجل وأبى الوكيل الذي في يده الرهن أن يبيعه والراهن غائب أجبر على بيعه) لما ذكرنا من الوجهين في لزومه (وكذلك الرجل يوكل غيره بالخصوصية وغاب الموكل فأبى أن يخاصم أجبر على الخصومة) الوجه الثاني وهو أن فيه اتوا الحق بخلاف الوكيل بالبيع لان الموكل يبيع بنفسه فلا يتوى حقه أما المدعي لا يقدر على الدعوى والمرتهن لا يملك بيعه بنفسه فالو كبل يوكل مشروطا في عقد الرهن وانما شرط بعده قيل لا يجبر اعتبارا بالوجه الأول وقيل يجبر رجوعا الى الوجه الثاني وهذا أصح وعن أبي يوسف رحمه الله أن الجواب في الفصلين واحد ويؤيده اطلاق الجواب في الجامع الصغير وفي الاصل (واذا باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن والتمن قائم مقامه فكان رهنا وان لم يقبض بعد) لقيامه مقامه ما كان مقبوضا

الأول أو عند غيره كما ذكره العلامة الزيلعي انتهى أقول ان كان وجهه بجمعه عدم تحقق العموم فيما ذكر في النهاية والعناية لما جعلت القيمة رهنا برأيه ما أبى رأى الراهن والمرتهن مع أن الحكم فيه أيضا

وإذا

كرفي الزيادات أن القاضي يبيع عليه وهو على قوله ما ظاهر وأما على قول أبي حنيفة

رضى الله عنه فقد اختلف المشايخ رجعهم الله فيه قال بعضهم لا يبيع قياسا على مال المدون وقال آخرون يبيعه لان جهة البيع تعينت وقوله (لما ذكرنا من الوجهين) أحدهما أنه وصف من أوصافه والآخر أن فيه اتوا حقه وقوله (فيل لا يجبر اعتبارا بالوجه الأول) ذكر في المبسوط أنه ظاهر الرواية وقوله (ان الجواب في الفصلين) أي فيما كان مشروطا في الرهن وفيما لا يكون كذلك (واحد) أي يجبر فيما ويؤيده اطلاق الجواب في الجامع الصغير (حيث قال فيه اذا أتى الوكيل بغير من غير فصل بين أن يكون مشروطا في العقد أو لم يكن وكذلك ذكر في الاصل مطلقا وقوله (فقد خرج من الرهن) لانه صار ملكا للشرى وملكه لا يكون رهنا

(وإذا توى كان مال المرتهن) بنصب مال على ما صح صاحب النهاية وفي بعض النسخ من مال المرتهن وقوله (وغرم القاتل قيمته) يعني تكون القيمة رهنا مقام العبد المقبول لان المالك وهو المولى يستحقه أي هذا الضمان من حيث المالة وان كان مقابلا بالمعنى حتى لا يزداد على دية الحر (فأخذ حكم ضمان المال في حق المستحق) وهو المولى فيبقى عقد الرهن وقوله (وليس له أن يضمن غيره) أي ليس للعدل أن يضمن المرتهن غير الثمن الذي أعطاه وكلامه مكشوف بكشفه وإيضاحه شكر الله سبحانه وسوى ألفاظ (٣٣٣) وضمائر ونفوسها زيادة إيضاح

فأقول (وصح الاقتضاء) أي صح قبض المرتهن الثمن بمقابله دينه وقوله (وان ضمن البائع) أي العدل وقوله (فلا يرجع المرتهن عليه) أي على الراهن بشئ وقوله (فإذا تبين أنه ملكه) أي ملك العدل وقوله (لم يكن راضيا به) أي بأداء الثمن الى المرتهن وقوله (فله) أي للعدل وقوله (بطل الاقتضاء) أي بطل قبض المرتهن وقوله (انما أداء) أي انما أدى المشتري الثمن الى العدل ليسل المشتري المبيع ولم يسلم وقوله (رجع على الراهن بالقيمة) أي بالثمن وقوله (لان المقبوض سلم له) أي لان الثمن المقبوض من العدل سلم للمرتهن وقوله (وان شاء العدل رجوع على المرتهن) أي وان شاء العدل رجوع على المرتهن بالثمن الذي أداء اليه وقوله (فيرجع به) أي فيرجع المرتهن بحقه الذي هو دينه على الراهن وقوله (لا يرجع به على المقتضى) أي على القابض وقوله (فيكون البيع لحقه) فإذا وقع البيع لحقه وسلم له جاز أن يلزمه

وإذا توى كان مال المرتهن لبقاء عقد الرهن في الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون وكذلك إذا قتل العبد الرهن وغرم القاتل قيمته لان المالك يستحقه من حيث المالة وان كان بدل الدية أخذ حكم ضمان المال في حق المستحق فيبقى عقد الرهن وكذلك لو قتلته بعد دفعه لانه قائم مقام الاول لحاودما قال (وان باع العدل الرهن فأوفى المرتهن الثمن ثم استحق الرهن فضمنه العدل كان بالخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته وان شاء ضمن المرتهن الثمن الذي أعطاه وليس له أن يضمنه غيره) وكشف هذا أن المرهون المبيع إذا استحق اما أن يكون هالكا أو قائما في الوجه الاول المستحق بالخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته لانه غاصب في حقه وان شاء ضمن العدل لانه متعدي في حقه بالمبيع والتسليم فان ضمن البائع نفذ البيع وصح الاقتضاء لانه ما ذكراه الضمان فتمتت به أمره ببيع ملك نفسه وان ضمن البائع ينفذ البيع أيضا لانه ملكه بأداء الضمان فتمتت به أمره ببيع ملك نفسه وان فالعدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ونفذ البيع وصح الاقتضاء فلا يرجع المرتهن عليه بشئ من دينه وان شاء رجع على المرتهن بالثمن لانه تبين أنه أخذ الثمن بغير حق لانه ملك العبد بأداء الضمان ونفذ به عليه فصار الثمن له وانما أداء اليه على حساب أنه ملك الراهن فإذا تبين أنه ملكه لم يكن راضيا به لانه أن يرجع به عليه وإذا رجع بطل الاقتضاء فيرجع المرتهن على الراهن بدينه وفي الوجه الثاني وهو أن يكون قائما في يد المشتري فله مستحق أن يأخذه من يده لانه وجد عين ماله ثم لشترى أن يرجع على العدل بالثمن لانه العاقبة تعلق به حقوق العقد وهذا من حقوقه حيث وجب بالمبيع وانما أداء ليس له المبيع ولم يسلم ثم العدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه هو الذي أدخله في هذه العهدة فيجب عليه تحليصه وإذا رجع عليه صح قبض المرتهن لان المقبوض سلم له وان شاء رجع على المرتهن لانه إذا انتقض العقد بطل الثمن وقد قبضه مما يجب نقض قبضه ضرورة وإذا رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه في الدين كما كان فيرجع به على الراهن ولو أن المشتري سلم الثمن الى المرتهن لم يرجع على العدل لانه في البيع عامل للراهن وانما يرجع عليه إذا قبض ولم يقبض فيبقى الضمان على الموكل ولو كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط في العقد فالحق للعدل من العهدة يرجع به على الراهن قبض الثمن المرتهن أم لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا رجوع كإلى الوكالة المفردة عن الرهن إذا باع الوكيل ودفع الثمن الى من أمره الموكل ثم لحقه عهدة لا يرجع به على المقتضى بخلاف الوكالة المشروطة في العقد لانه تعلق به حق المرتهن فيكون البيع لحقه قال رضي الله عنه هكذا ذكر الكرخي وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع أي الوكيل الذي لم تكن وكالته مشروطة في العقد حيث فرق بين الوكيل المشروطة في العقد وبين الوكيل التي بعد العقد فقال في الوكيل الذي كانت وكالته بعد عقد الرهن يرجع الوكيل بالعهد على الراهن

قال المصنف ثم استحق الرهن فضمنه العدل كان العدل بالخيار الى قوله (وليس له أن يضمن غيره) أقول والظاهر أن يكون له مستحق خيار تضمين المشتري أيضا لانه متعدي بالأخذ والتسليم يمكن لم يذكروا

كذلك فهو ممنوع لانه انما لا يتحقق العموم لذلك بل يختص بما جعلت القيمة رهنا برأي القاضى لو كان لفظ جعل في عبارة النهاية والعناية والفظ فعل في عبارة الكتاب مبنيا للفاعل وكان الضمير المستتر فيه الضمان وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع أي الوكيل الذي لم تكن وكالته مشروطة في العقد حيث فرق بين الوكيل المشروطة في العقد وبين الوكيل التي بعد العقد فقال في الوكيل الذي كانت وكالته بعد عقد الرهن يرجع الوكيل بالعهد على الراهن

لا على المرتهن لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن (وقوله متعد في حقه بالتسليم أو بالقبض) يعنى الراهن بالتسليم والمرتهن بالقبض فكان كالتصايب وغاصب الغاصب وقوله (فلانه انتقض اقتضائه) أى قبضه لان الرهن لم يكن ملك الراهن حتى يكون بهلا كما مستوفيا وقوله (طعن أبى خازم) يعنى هذا السؤال طعن به أبو خازم بالخاء المجمة على محمد بن الحسن رحمه الله وأبو خازم هو عبد الحميد بن عبد العزيز القاضى الخنفي ببغداد وقوله (والغرور بالتسليم كاذ كرناه) يعنى بقوله لان كل واحد منهما متعد في حقه بالتسليم وقوله (أو بالانتقال من المرتهن اليه) أى الى الراهن (كأنه وكيل عنه) أى كان المرتهن وكيل عن الراهن من حيث انتقال الملك منه اليه كانتقال الملك من الوكيل الى الموكل (والملك بكل ذلك) أى بكل واحد من التسليم والانتقال (متأخر عن عقد الرهن) أما بالتسليم فظاهر لان التسليم كان بعد العقد فتبين أنه رهن غير ملكه وأما بالانتقال فسلان المرتهن غاصب في حق المستحق فاذا ضمن ملك المضمون ولكن لما كان قرار الضمان على الراهن انتقل اليه فيملكه من جهة المرتهن والمرتهن ملكه من حين القبض لانه صار غاصبا في ملك الراهن (٢٢٤) بعد ذلك من جهته فيكون ملك الراهن متأخر عن عقد الرهن فكانه

رهن غير ملكه ولا يشكل اذا استحق رأس مال المضاربة وضمنه المضارب فانه يرجع على رب المال والمضاربة نافذة وان كان الملك متأخرا عن عقد المضاربة لما ذكرتم أن الرجوع بالغرور والغرور بالتسليم أو بالانتقال من المرتهن اليه وكل ذلك متأخر عن العقد لان المضاربة عقد غير لازم وكل ما هو كذلك فله واما حكم الابتداء وقد تقدم فصار كأنه أنشأ العقد بعد الرجوع فيمتددر بخلاف الرهن فانه عقد لازم ليس لدوامه حكم الابتداء وقوله (بخلاف الوجه الاول) يعنى ما اذا ضمن المستحق الراهن لان المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند الملك اليه فتبين أنه رهن ملك نفسه وقد طوينا الكلام في كفاية المنتهى

﴿باب التصرف في الرهن والحناية عليه وجنابته على غيره﴾

قال (واذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن فالبيع موقوف)

راجعا الى القاضى وأما اذا كان مبنيا لانه هول وكان لفظ القيمة في عبارة النهاية والعناية قائما مقام الفاعل فيتحمل العموم للصورتين معا كالألحقي على الفطن وان كان وجهه بحسب عدم تحقق العموم فيما ذكر في النهاية والعناية لما جعلت القيمة رهنا في بدغير العدل الاول فأمره هين فانه لما كان عدم التفاوت بين أن جعلت القيمة بعد الضمان رهنا في بد العدل الاول وبين أن جعلت رهنا في بد غيره ظاهر الكنى بد كر الاول روما للاختصار

﴿باب التصرف في الرهن والحناية عليه وجنابته على غيره﴾

لما كان التصرف في الرهن والحناية عليه وجنابته على غيره متأخر اطباعا عن كونه رهنا آخره وضعها ليوافق الوضع الطبع (قوله) واذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن فالبيع موقوف (اختلفت عبارة

القبض السابق على الرهن فيستند الملك اليه وتبين أنه رهن ملك نفسه وقوله (وقد طوينا الكلام في كفاية تتعلق المنتهى) قبيل مراده مسألة المضاربة والفرق بينهما وبين مسألة الرهن وقيل يتمثل أن يكون ما لو كان الرهن عبدا فبقى وضمن المستحق المرتهن قيمته ورجع المرتهن على الراهن بتلك القيمة وبالدين ثم ظهر العبد فانه للراهن لقرار الضمان عليه ولا يكون رهنا لانه لما استحق بطل الرهن لما قلنا ان الملك يقع للراهن فيه من وقت التسليم بحكم الرهن وعقد الرهن كان سابقا على ذلك

﴿باب التصرف في الرهن والحناية عليه وجنابته على غيره﴾

التصرف في الرهن والحناية عليه وجنابته على غيره انما تكون بعد كونه رهنا فكان متأخر اطباعا آخره وضعها (الرهن الخ) اذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن سواء علم بالبيع ولم يأذن أو لم يعلم به فقد اختلف عبارة محمد رحمه الله فيه في موضع قال يبيع الرهون فاسد وفي موضع قال جائز والصحيح أنه جائز موقوف

(قوله لان المضاربة عقد غير لازم) أقول تعليل لقوله ولا يشكل اذا استحق رأس مال المضاربة

وقوله فاسد محمول على ما يجوز فان القاضي يفسده اذا خوصم اليه فيه وطلب المشتري التسليم وقوله جائز محمول على ما اذا آجازه وسلمه ذلك لان من تصرف في مال له تعلق به حق الغير جائز موقوفاً كن أوصى بجميع ماله تقف على اجازة الورثة فيما زاد على الثلث فان آجاز المرتهن تم العقد لزوال المانع باسقاط حقه راضياً وكذا وقضاه الراهن دينه فان آجاز ينتقل حقه الى بدله لما ذكر في الكتاب وقوله (هو الصحيح) احتراز عاروى عن أبي يوسف (٢٢٥) رحمه الله أنه ان شرط عند

الاجازة أن يكون الثمن رهنا كان رهنا والا فلا لان الراهن ملك الثمن بنفوذ البيع باجازه المرتهن بسبب جديد فلا يصير رهنا من غير شرط وان فسخته ففي الانسناخ روايتان كما ذكره في الكتاب وقوله (وولاية الفسخ الى القاضي لا اليه) أي لالى المرتهن لان هذا الفسخ لقطع المنازعة وهو الى القاضي وقوله (لما ذكرنا) يعنى لفوات القدرة على التسليم قوله (ولو باعه الراهن الخ) يعنى لو باع الراهن الرهن ولم يجزه المرتهن ثم باعه بيعاً ثانياً فالثاني موقوف كالاول لان الموقوف لا يمنع عن التوقف فلو آجاز المرتهن البيع الثاني آجاز الثاني كالاول ولو آجاز الاول آجاز الاول وهذا لان حق المرتهن يتعلق بالثمن ألا ترى أنه قد يرهن لبيع فأيم ما آجازه المرتهن وسلمه اليه نفذ وأخذ الثمن ويكون رهنا عنده وانما خص اجازة البيع الثاني

لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على اجازته وان كان الراهن يتصرف في ملكه كن أوصى بجميع ماله تقف على اجازة الورثة فيما زاد على الثلث لتعلق حقه بهم به (فان آجاز المرتهن - آجاز) لان التوقف لحقه وقد رضى بسقوطه (وان قضاه الراهن دينه آجازاً ايضاً) لانه زال المانع من النفوذ والمقتضى موجود وهو التصرف الصادر من الاهل في المحل (واذا نفذ البيع باجازه المرتهن ينتقل حقه الى بدله هو الصحيح) لان حقه تعلق بالمالية والبديل له حكم البديل فصار كالعبد المديون المأذون اذا بيع رضا الغرماء ينتقل حقههم الى البديل لانهم رضوا بالانتقال دون السقوط رأساً فكذا هذا (وان لم يجز المرتهن البيع وفسخته انسخ في روايته حتى لو افتك الراهن الرهن لاسبيل للمشتري عليه) لان الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك له أن يجيز وله أن يفسخ (وفي أصح الروايتين لا يفسخ بفسخه) لانه لو ثبت حق الفسخ له انما يثبت ضرورة صيانة حقه وحقه في الحبس لا يبطل بانعقاده هذا العقد ففي موقوف فان شاء المشتري صرح حتى يفتك الراهن الرهن اذ العجز على شرف الزوال وان شاء رفع الامر الى القاضي والقاضي أن يفسخ لفوات القدرة على التسليم وولاية الفسخ الى القاضي لا اليه وصار كما اذا أبق العبد المشتري قبل القبض فإنه يتخير المشتري لما ذكرنا كذلك هذا (ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه بيعاً ثانياً من غيره قبل أن يجيزه المرتهن فالثاني موقوف ايضاً على اجازته) لان الاول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثاني فلو آجاز المرتهن البيع الثاني آجاز الثاني (ولو باع الراهن ثم أجزأ أو وهب أو رهن من غيره وآجاز المرتهن هذه العقود آجاز البيع الاول)

محمد فيه في موضع قال بيع المرهون فاسد وفي موضع قال جائز والصحيح انه جائز موقوف وقوله فاسد محمول على ما لم يجز فان القاضي يفسده اذا خوصم اليه وطلب المشتري التسليم وقوله جائز محمول على ما اذا آجازه وسلمه كذا في العناية وغيرهما من الشروح قال بعض الفضلاء ويجوز أن يقال قوله فاسد محمول على المبالغة في التشبيه فإنه كالفاسد في عدم ترتب الحكم في الفعل أو أنه مجاز على سبيل المشاركة فإنه على شرف أن يفسد اذا لم يجزه انتهى أقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن هذين التأولين ليسا بتأويل فقهي بل هما من قبيل التأويل اللغوي الذي فيه نوع الغاير وتسمية فلا يناسب أصحاب هذا الفن سيما في موضع الكشف والبيان (قوله لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على اجازته وان كان الراهن يتصرف في ملكه) أقول في تمام هذا القدر من التعليل نظر فإنه ينتقض عما اذا أعتق الراهن عبداً الرهن فإنه ينفذ عتقه كما سيأتي في الكتاب مع جريان هذا التعليل هناك أيضاً فالوجه في التعليل ههنا أن يقال لانعدام القدرة على التسليم لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على اجازته ألا ترى أن المصنف انما فصل بين هذه المسئلة ومسئلة الاعتراف بانعدام القدرة على التسليم حيث قال في آخر تعليل المسئلة مسئلة الاعتراف من قبل أصحابنا وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام

(٢٩ - تكملة ثامن) لبيان الفرق بينه وبين العقود الباقية المذكورة فإنه باجازتها

يصح العقد الاول وهو البيع ولم تصح هي وباجازة البيع الثاني لا يصح البيع الاول وان كان سابقاً و يصح هو

(قوله وقوله فاسد محمول على ما لم يجز) أقول ويجوز أن يقال قوله فاسد محمول على المبالغة في التشبيه فإنه كالفاسد في عدم ترتب الحكم في الفعل أو أنه مجاز على سبيل المشاركة فإنه على شرف أن يفسد اذا لم يجزه وقوله جائز محمول على أنه ليس بفاسد ولا باطل في

والفرق ما ذكره في الكتاب والاصل في ذلك أن من تعلق حقه بشئ وتبدل باجزائه الى غيره فان كان البدل عما تعلق به حقه  
تعلق به حقه وان كان عن غيره لم يتعلق فعلى هذا اذا باع الراهن الرهن ثانياً وأجازته المرتهن كان الثمن رهناً عنده فكان ذا حظ من  
العقد الثاني لتعلق حقه بيده فيصح تعيينه واذا أجر بعد البيع أو رهن وسلم أو وهب وسلم وأجاز هذه العقود جاز البيع الاول  
وسواءً أو لا وقوعه قبلها لان هذه العقود بعضها لا بدل فيه كافي الهبة والرهن وبعضها وان كان فيه بدل لكن ليس عما تعلق به حقه  
كافي الاجارة فانه فيما يدل عن المنفعة وحقه في مال الهبة العين دون المنفعة واذا لم يكن له منها حظ لم يصح تعيينه وكانت اجازته اسقاطاً  
لحقه فنقد البيع الاول وسكت المصنف رحمه الله عن اشتراط التسليم في الرهن والهبة اعتماداً على كونه معلوماً قال (ولو أعتق  
الراهن عبد الرهن نفذت عقده الخ) اذا أعتق الراهن عبده المرهون نفذت عقده موسراً كان أو معسراً وللشافعي رحمه الله أقوال شمول  
التفويض ودمه والفصل بين الموسر والمعسر قال في المعسر في تنفيذه ابطال حق المرتهن - من فلا يجوز كالبيع بل أولى لانه أسرع  
نفوذاً من العتق حيث جاز من المكاتب (٢٣٦) دون العتق ولنا أنه مخاطب أعتق ملك نفسه وكل من فعل

والفرق أن المرتهن ذو حظ من البيع الثاني لانه يتعلق حقه بيده فيصح تعيينه لتعلق فائده به  
أما الحق له في هذه العقود لانه لا بدل في الهبة والرهن والذي في الاجارة بدل المنفعة لا بدل العين وحقه  
في مال الهبة لا في المنفعة فكانت اجازته اسقاطاً لحقه فزال المانع فنقد البيع الاول فوضح الفرق  
قال (ولو أعتق الراهن عبد الرهن نفذت عقده) وفي بعض أقوال الشافعي لا ينفذ اذا كان المعتق معسراً  
لان في تنفيذه ابطال حق المرتهن فأشبهه البيع بخلاف ما اذا كان موسراً حيث ينفذ على بعض  
أقواله لانه لا يبطل حقه معنى بالتضمن وبخلاف اعتناق المستأجر لان الاجارة تبقى مدتھا اذا  
الحر يقبلها أما لا يقبل الرهن فلا يبقى ولنا أنه مخاطب أعتق ملك نفسه فلا يعلو تصرفه بعدم اذن  
المرتهن - من كما اذا أعتق العبد المشتري قبل القبض أو أعتق الابن أو الموصوب ولا خفاء في قيام  
ملك الرقبة لقيام المقضى وعارض الرهن لا يبي عن زواله ثم اذا زال ملكه في الرقبة باعتاقه بزول ملك  
المرتهن - من في اليد بناء عليه كاعتناق العبد المشتري بل أولى لان ملك الرقبة أقوى من ملك اليد  
فلما يمنع الاعلى لا يمنع الادنى بالطريق الاولى وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانه عدم القدرة على  
التسليم واعتناق الوارث العبد الموصى برقبته لا يعلو بل يؤخر الى أداء السعاية عند أبي حنيفة

القدرة على التسليم ندر (قوله وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانه عدم القدرة على التسليم) لان يد  
المرتهن مانعة عن التسليم والبيع كما يقتصر الى الملك يقتصر الى القدرة على التسليم ولهذا لا ينفذ بيع  
الابن والمستأجر والاعتناق لا يقتصر اليه ابدليل نفاذ اعتناق الابن كذا في الكافي وغيره واعتراض عليه  
صاحب التسهيل حيث قال أقول هذا يلزم أن يفسد بيع الرهن ولا يتوقف و بينهما فرق اذا فاسد  
ملك بالقبض دون الموقوف ألا يرى أن المبيع بالبيع النضولي لا يملك بالقبض وهو موقوف لا فاسد  
انتهى أقول هذا الاعتراض ظاهر السقوط لانه انما يلزم أن يفسد بيع الرهن ولا يتوقف أن لو اتنى  
القدرة على تسليمه بالكتابة والمنق في بيع الرهن انما هو القدرة على تسليمه بدون اجازة المرتهن أو قضاء

ما تقدم وشئ من ذلك لا يزول ملك العين فيمضي العين على ما كان على ملك الراهن واذا كان باقياً على ملكه وقد  
أزاله بالاعتناق صح وبزول ملك المرتهن في اليد بناء عليه كما اذا أعتق أحد الشرى يكن نصيبه لان ملك الرقبة أقوى من ملك اليد  
فلما يمنع الاعلى وهو حقة الملك للشرى بل عن صحة العتق فلان لا يمنع الادنى وهو يد المرتهن أولى فان قيل ليس المانع مختصراً  
فيما يزول الملك بل مجرد تعلق الحق مانع ولهذا مانع النفاذ في البيع والهبة اجاب بقوله وامتناع النفاذ ومعناه أن حق المرتهن  
انما يصلح مانعاً في البيع والهبة لانه عدم قدرة العاقد على التسليم المشروط بصحة العقدين وليس ذلك بوجوده في الاعتناق فلا يصلح  
مانعاً وقوله (واعتاق الوارث) جواب عما تسلب به الشافعي رحمه الله في بعض المواضع وادعى أن اعتاقه لغو وصورته مريض  
أوصى برقبة عبده لشخص ولا مال له غيره ثم مات وأعتق الوارث العبد لم ينفذ الموصى له فكذا يجب أن يكون في الرهن ووجهه  
أن ذلك لا يعلو بل يؤخر الى أداء السعاية عند أبي حنيفة رحمه الله وأما عندهما فلا اشكال لانه يعتق في الحال

(قوله اجاب بقوله وامتناع النفاذ الى قوله وليس ذلك بوجوده في الاعتناق فلا يصلح مانعاً) أقول وأيضاً الاعتناق لا يقبل الرد والفسخ  
فكذا التوقف بخلافه ما قيل تأمل

ذلك صح كما اذا أعتق العبد  
المشتري قبل القبض أو  
الابن أو الموصوب فانها  
تسلك المرهون في فوات  
يد المالك وفي انتفاء القدرة  
على التسليم ان باع فكان  
المقتضى متحققاً والمانع  
متفقاً فثبت الحكم  
أما تحقق المقضى فلا أنه  
تصرف صدر عن أهله  
ولا نزاع فيه مضاف الى  
محله لانه لا خفاء في قيام  
ملك الرقبة لقيام مقضيه  
وهو السبب الموجب لتمسكه  
قبل الرهن وأما انتفاء  
المانع فلان عارض النهي  
لا يبي عن زواله لان موجب  
عقد الرهن اما ثبتت  
الاستيفاء للمرتهن كما هو  
عندنا أو هو حق البيع كما  
هو مذهب الخصم على

وقوله (واذا نفذ الاعناق) راجع الى أول الكلام يعني فاذا ثبت تحقق المقضى وانتفاء المانع نفذ الاعناق واذا نفذ الاعناق بطل الرهن لقوات محله وما بعده ظاهر وقوله (الا اذا كان بخلاف جنس حقه) يعني الا اذا كان الحاصل من

السعاية بخلاف جنس حق المرتهن فانه لا يقضى به دينه بل يبدل به جنس حقه ويقضى به دينه وقوله (لانه لما نعدر الوصول) دليل وجوب السعاية على العبد وقوله (تذكره) يعني في هذا الباب في مسألة استيلاء الامة المرهونة وقوله (وعندهما التكميل) يعني وان عتق عندهما لكن في عتقه نقصان لكونه مطلوباً بالسعاية فاذا اداها كل العتق وقوله الا رواية عن أبي يوسف رحمه الله فان المبيع محبوس في يد البائع كالرهن في يد المرتهن وقوله (والمرتهن يتقلب حقه ملكاً) يعني أن الرهن اذا ملك في يده كان مالكا من حيث المالسة وباقى كلامه واضح قال (ولودره الراهن صح تدبيره الخ) الراهن اذا بر الرهن صح تدبيره بالاتفاق اما عندنا فظاهر لانه يوجب حق العتق وحقيقته لم تمنع حقه أولى وأما عنده أي عند الشافعي رحمه الله فلا تارة لا يمنع البيع فلا يبطل حق المرتهن وقوله (واذا صح) يعني التدبير والاستيلاء (خرجا) أي المدبر وأم الولد يعني عندنا

واذا نفذ الاعناق بطل الرهن لقوات محله (ثم) بعد ذلك (ان كان الراهن موسراً والدين حالاً طوبى بأداء الدين) لانه لو طوبى بأداء القيمة تقع المناصاة بقدر الدين فلا فائدة فيه (وان كان الدين مؤجلاً أخذت منه قيمة العبد وجعلت رهنًا مكانه حتى يحل الدين لان سبب الضمان متحقق وفي التضمين فائدة فاذا حل الدين اقتضاء بحقه اذا كان من جنس حقه ورد الفضل (وان كان معسرًا سعى العبد في قيمته وقضى به الدين الا اذا كان بخلاف جنس حقه) لانه لما تعذر الوصول الى عين حقه من جهة المعتق يرجع الى من ينتفع بعقده وهو العبد لان الخراج بالضمان قال رضى الله عنه وتأويله اذا كانت القيمة أقل من الدين أما اذا كان الدين أقل نذكره ان شاء الله تعالى (ثم يرجع بما سعى على مولاه اذا أيسر) لانه قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع فيرجع عليه بما تحمل عنه بخلاف المستسعى في الاعناق لانه يؤدي ضمانا عليه لانه ما سعى لتحصيل العتق عنده وعندهما التكميل وهما يسعي في ضمان على غيره بعد تمام اعناقه فصار كغير الرهن ثم أبو حنيفة أوجب السعاية في المستسعى المشترك في حالي البسار والاعسار وفي العبد المرهون بشرط الاعسار لان الثابت للمرتهن حق الملك وأنه أدنى من حقيقته الثابتة للشرى الساكت فوجب السعاية هنا في حالة واحدة اظهار النقصان رتبته بخلاف المشتري قبل القبض اذا عتقه المشتري حيث لا يسعى للبائع الا رواية عن أبي يوسف والمرهون يسعى لان حق البائع في الحبس أضعف لان البائع لا يملكه في الآخرة ولا يستوفي من عينه وكذلك يبطل حقه في الحبس بالا عارة من المشتري والمرتهن يتقلب حقه ملكاً ولا يبطل حقه بالا عارة من الراهن حتى يمكن الاسترداد فلما أوجبنا السعاية فيهما السوينا بين الحقين وذلك لا يجوز (ولو أقر المولى برهن عبده) بأن قال (له رهنك عند فلان وكذب العبد ثم عتقه تجب السعاية) عندنا خلافاً لفر هو يعتبره باقراره بعد العتق ونحن نقول أقر بتعلق الحق في حال عتق التعليق فيه لقام ملكه فيصح بخلاف ما بعد العتق لانهمال انقطاع الولاية قال (ولودره الراهن صح تدبيره بالاتفاق) اما عندنا فظاهر وكذا عنده لان التدبير لا يمنع البيع على أصله (ولو كانت أمة فاستولدها الراهن صح الاستيلاء بالاتفاق) لانه يصبح أدنى الحقين وهو مال الاب في جارية الابن فيصح بالأعلى (واذا صح ما من الرهن) لبطان المحلية اذا أصبح استيفاء الدين منهما (فان كان الراهن موسراً ضمن قيمتها) على التفصيل الذي ذكرناه في الاعناق (وان كان معسراً استسعى المرتهن المدبر وأم الولد في جميع الدين) لان كسبهما مال المولى بخلاف المعتق حيث يسعى في الأقل من الدين ومن القيمة لان كسبه حقه والمحبس عنده ليس الا قدر القيمة فلا يزد عليه وحق المرتهن بقدر الدين فلا تارة الزيادة ولا يرجعان بما يؤدى ان على المولى بعد يساره لانهما أدباه من مال المولى والمعتق يرجع لانه أدى ملكه عنه وهو مضطر على ما مر وقيل الدين اذا كان مؤجلاً يسعى المدبر في قيمته فمنا لانه عوض الرهن حتى يحبس مكانه فيقدر بقدر العوض بخلاف ما اذا كان حالاً لانه يقضى به الدين ولو عتق الراهن المدبر وقد قضى عليه بالسعاية أو لم يقض لم يسع الا بقدر القيمة لان كسبه بعد العتق ملكه وما أداه قبل العتق لا يرجع به على مولاه لانه أداه من مال المولى قال (وكذلك لو استهلك الراهن الرهن) لانه حق محترم مضمون عليه بالاتلاف والضمان رهن في يد

الراهن دينه لا القسرة على تسليمه أصلاً فيتوقف على اجازة المرتهن أو قضاء الراهن دينه اذ واحد منهما تحصل القسرة على التسليم فينفذ البيع كافي البيع الفضولي (قوله وكذلك لو استهلك الراهن الرهن) قال صاحب النهاية وهو معطوف على قوله فان كان موسراً ضمن قيمتها واقتنى أثره صاحب معراج الدرابة وصاحب العناية أقول شرح هذا المقام بهذا الوجه خروج عن سنن الصواب لان قوله وكذلك

وأما عنده فان المدبر لا يخرج منه لقبوله حكم الرهن كما مر آنفاً وكلامه واضح وقوله (وكذلك لو استهلك الراهن الرهن) معطوف على قوله فان كان موسراً ضمن قيمتها

وقوله والواجب على هذا المستهلك يعني الاجنبي وقيد بذلك احتراز عن استهلاك المرتهن فإنه يجب عليه قيمته يوم قبض لا يوم هلك كما  
 سيجيء وقوله (كانت هلكت بأفة سماوية) يعني تكون الزيادة مضمونة على المرتهن وقوله (والمعتبر في ضمان الرهن) تعليل ذلك قيل  
 عليه النقصان انما هو بتراجع السعر وانه لا يسقط من الدين شياً وأوجب بان العين قد تغيرت فكانت بمثابة لو كانت باقية ترجع الى  
 ما كانت عليه فبالهلاك فانت تلك (٢٣٨) الصلاحية وقد ثبت في ابتداء القبض ضمان تلك القيمة فسقط قدر النقصان من العين

عند القتل بخلاف ما اذا لم  
 تتغير العين وقد تراجع  
 السعر لان العين التي  
 قبضها بحالها من غير  
 تفاوت فلا يسقط شيء من  
 الدين وقوله (وان نقصت  
 عن الدين بتراجع السعر)  
 اشارة الى هذا السؤال  
 والجواب وقوله (واذا  
 أعار المرتهن الرهن للراهن)  
 فيه تسامح لان الاعارة تملك  
 المنافع بغير عوض  
 والمرتهن لا يملكها فكيف  
 يملكها غيره ولكن لما  
 عومل معاملة الاعارة من  
 عدم الضمان وتمكن  
 استرداد المعبر اطلاق الاعارة  
 وقوله (لنفاة بين يد العارية  
 ويد الرهن) لان قبض الرهن  
 يوجب الضمان وقبض  
 العارية لا يوجبها وفي ايجاب  
 الضمان على المرتهن بعد  
 الاعارة يلزم الجمع بينهما  
 وهو متنع وذلك لان الضمان  
 لا يجب اذا كان يد  
 المرتهن بعد الاعارة يد  
 المرتهن وبه اذناك يد  
 عارية وفي ذلك جمع بينهما  
 لاحالة فاعتبرنا يد الراهن  
 يد الرهن للزوم عقد الرهن  
 (قال المصنف فهو مضمون  
 بالقبض السابق لا بتراجع  
 السعر) أقول هذا مشكل لان النقصان بتراجع السعر اذا لم يكن مضموناً عليه ولا معتبراً فكيف يسقط من الدين خمسمائة الرهن  
 سوى ما ضمن بالاتلاف وكيف يكون ما انتقص به كالهالك حتى يسقط الدين بقدره وهو لم ينتقص الا بتراجع السعر وهو لا يعتبر فوجب  
 أن لا يسقط بمقابلته شيء من الدين كذا في شرح الزيلعي ومن تأمل حق التأمل في كلام المصنف لعلمه بلوحه انتفاع هذا الاشكال

المرتهن اقيامه مقام العين (فان استهلكه أجنبي فالمرتهن هو الخصم في تضمينه فبأخذ القيمة وتكون  
 رهناً في يده) لانه أحق بعين الرهن حال قيامه فكذا في استرداد ما قام مقامه والواجب على هذا المستهلك  
 قيمته يوم هلك فان كانت قيمته يوم استهلكه خمسمائة ويوم رهن ألفا غرم خمسمائة وكانت رهناً وسقط من  
 الدين خمسمائة فصار الحكم في الخمسمائة الزيادة كأنها هلكت بأفة سماوية والمعتبر في ضمان الرهن القيمة  
 يوم القبض لا يوم الفسك لان القبض السابق مضمون عليه لانه قبض استيفاء لانه بتقرر وعند الهلاك  
 (ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل غرم القيمة) لانه أتلف ملك الغير (وكانت رهناً في يده حتى  
 يحل الدين) لان الضمان بدل العين فأخذ حكمه (واذا حل الدين وهو على صفة القيمة استوفى  
 المرتهن منها قدر حقه) لانه جنس حقه (ثم ان كان فيه فضل برده على الراهن) لانه بدل ملكه وقد  
 فرغ عن حق المرتهن (وان نقصت عن الدين بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن  
 ألفاً ووجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة) لان ما انتقص كالهالك وسقط الدين  
 بقدره وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقي  
 بالاتلاف وهو قيمته يوم أتلف قال (واذا أعار المرتهن الرهن للراهن ليخدمه أو ليعمل له عملاً فقبضه  
 خرج من ضمان المرتهن) لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن (فان هلك في يد الراهن هلك بغير شيء)  
 لغوات القبض المضمون (وللمرتهن أن يسترجعه الى يده) لان عقد الرهن باق الا في حكم الضمان في  
 الحال ألا ترى أنه لو هلك الراهن قبل أن يرده على المرتهن كان المرتهن أحق به من سائر الغرماء وهذا لان يد  
 العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن على كل حال ألا ترى أن حكم الرهن ثابت في ولد  
 لو استهلك الراهن الرهن لفظ القدروري في مختصره وهو مذكور في البداية أيضاً وقوله فان كان موسراً  
 ضمن قيمته ليس بلفظ القدروري في مختصره وليس بمذكور في البداية أصلاً بل هو من المسائل التي  
 ذكرها المصنف في الهداية تفرعاً على مسألة مختصر القدروري وهي من قوله ولو أقر المولى برهن عبده  
 الى هنا فكيف يصح جعل لفظ أحد الشيخين في أحد الكتابين معطوفاً على لفظ شيخ آخر في كتابه  
 آخر وكيف يمكن عطف عبارة المتن وهو البداية على عبارة الشرح وهو الهداية مع تقدم تحقق عبارة  
 المتن على تحقق عبارة الشرح فالصواب أن يجعل قوله المذكور معطوفاً على قوله فيما مر فان كان  
 الدين حالاً طول بأداء الدين وان كان مؤجلاً أخذ منه قيمة العبد وجعلت رهناً ما كانه حتى يحل  
 الدين لانه أيضاً لفظ القدروري في مختصره ومذكور في البداية أيضاً فيتم ويحسن عطف أحدهما  
 على الآخر وترتيب عبارة مختصر القدروري والبدية هكذا فان أعتق الراهن عبداً الرهن نفسه عتقه  
 فان كان الدين حالاً طول بأداء الدين وان كان مؤجلاً أخذ منه قيمة العبد وجعلت رهناً ما كانه حتى  
 يحل الدين وان كان الراهن معسراً سعى العبد في قيمته وقضى الدين وكذلك لو استهلك الراهن الرهن  
 انتهى فتأمل في هذا الترتيب تكن الحاکم القيسل (قوله وان نقصت عن الدين بتراجع السعر  
 الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن ألفاً ووجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة  
 لان ما انتقص كالهالك وسقط الدين بقدره وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق  
 لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقي بالاتلاف وهو قيمته يوم أتلف) قال الزيلعي بعد أن ذكر هذا

المرتهن اقيامه مقام العين (فان استهلكه أجنبي فالمرتهن هو الخصم في تضمينه فبأخذ القيمة وتكون  
 رهناً في يده) لانه أحق بعين الرهن حال قيامه فكذا في استرداد ما قام مقامه والواجب على هذا المستهلك  
 قيمته يوم هلك فان كانت قيمته يوم استهلكه خمسمائة ويوم رهن ألفاً غرم خمسمائة وكانت رهناً وسقط من  
 الدين خمسمائة فصار الحكم في الخمسمائة الزيادة كأنها هلكت بأفة سماوية والمعتبر في ضمان الرهن القيمة  
 يوم القبض لا يوم الفسك لان القبض السابق مضمون عليه لانه قبض استيفاء لانه بتقرر وعند الهلاك  
 (ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل غرم القيمة) لانه أتلف ملك الغير (وكانت رهناً في يده حتى  
 يحل الدين) لان الضمان بدل العين فأخذ حكمه (واذا حل الدين وهو على صفة القيمة استوفى  
 المرتهن منها قدر حقه) لانه جنس حقه (ثم ان كان فيه فضل برده على الراهن) لانه بدل ملكه وقد  
 فرغ عن حق المرتهن (وان نقصت عن الدين بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن  
 ألفاً ووجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة) لان ما انتقص كالهالك وسقط الدين  
 بقدره وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقي  
 بالاتلاف وهو قيمته يوم أتلف قال (واذا أعار المرتهن الرهن للراهن ليخدمه أو ليعمل له عملاً فقبضه  
 خرج من ضمان المرتهن) لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن (فان هلك في يد الراهن هلك بغير شيء)  
 لغوات القبض المضمون (وللمرتهن أن يسترجعه الى يده) لان عقد الرهن باق الا في حكم الضمان في  
 الحال ألا ترى أنه لو هلك الراهن قبل أن يرده على المرتهن كان المرتهن أحق به من سائر الغرماء وهذا لان يد  
 العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن على كل حال ألا ترى أن حكم الرهن ثابت في ولد  
 لو استهلك الراهن الرهن لفظ القدروري في مختصره وهو مذكور في البداية أيضاً وقوله فان كان موسراً  
 ضمن قيمته ليس بلفظ القدروري في مختصره وليس بمذكور في البداية أصلاً بل هو من المسائل التي  
 ذكرها المصنف في الهداية تفرعاً على مسألة مختصر القدروري وهي من قوله ولو أقر المولى برهن عبده  
 الى هنا فكيف يصح جعل لفظ أحد الشيخين في أحد الكتابين معطوفاً على لفظ شيخ آخر في كتابه  
 آخر وكيف يمكن عطف عبارة المتن وهو البداية على عبارة الشرح وهو الهداية مع تقدم تحقق عبارة  
 المتن على تحقق عبارة الشرح فالصواب أن يجعل قوله المذكور معطوفاً على قوله فيما مر فان كان  
 الدين حالاً طول بأداء الدين وان كان مؤجلاً أخذ منه قيمة العبد وجعلت رهناً ما كانه حتى يحل  
 الدين لانه أيضاً لفظ القدروري في مختصره ومذكور في البداية أيضاً فيتم ويحسن عطف أحدهما  
 على الآخر وترتيب عبارة مختصر القدروري والبدية هكذا فان أعتق الراهن عبداً الرهن نفسه عتقه  
 فان كان الدين حالاً طول بأداء الدين وان كان مؤجلاً أخذ منه قيمة العبد وجعلت رهناً ما كانه حتى  
 يحل الدين وان كان الراهن معسراً سعى العبد في قيمته وقضى الدين وكذلك لو استهلك الراهن الرهن  
 انتهى فتأمل في هذا الترتيب تكن الحاکم القيسل (قوله وان نقصت عن الدين بتراجع السعر  
 الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن ألفاً ووجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة  
 لان ما انتقص كالهالك وسقط الدين بقدره وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق  
 لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقي بالاتلاف وهو قيمته يوم أتلف) قال الزيلعي بعد أن ذكر هذا



وأزلنا الضمان لقوات القبض الموجب له وهو محسوس لا يرد ولو أجازنا فكذلك الرهن عن كونه مضمونا في الجملة كما في ولد الرهن وكلامه واضح في غاية التحقيق شكر الله سبحانه وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله لنا فإنه بين يد العارية وبد الرهن وقوله (وهذا) أي ما ذكرنا من اعارة أحدهما باذن الآخر أجنبيا (بمخلاف الاجارة والبيع والهبة من أجنبي) وبجمله هذه التصرفات ستة العارية والوديعة والرهن والاجارة والبيع والهبة فالعارية توجب سقوط الضمان سواء كان المستعير هو الراهن أو المرتهن من اذاهلك حالة الاستعمال أو أجنبيا ولا يرفع عقد الرهن وحكم الوديعة حكم العارية والرهن (٢٢٩) يبطل عقد الرهن وأما الاجارة

فالمستأجر ان كان هو الراهن فهي باطله وكانت بمنزلة مالو أعار منه أو أودع عنده فلا أن يسترده وان كان هو المرتهن وجدد القبض للاجارة أو أجنبيا بمباشرة أحدهما العقد باذن الآخر بطل الرهن والاجارة للراهن وولاية القبض للعاقدة ولا يعود رهنها الا بالاستئذان وأما البيع والهبة فان العقد يبطل بهما اذا كانا من المرتهن أو أجنبي بمباشرة أحدهما باذن الآخر وأما من الرهن فلا يتصور (وقوله لما يننا) يعني في صورة العارية ثم لو اختلفا في وقت الهلاك فالقول للمرتهن والبينة للراهن قال (ومن استعار من غيره ثم بالرخ) ومن استعارت بالرهنة فالعبراما أن يطلق في ذلك أو يقيد بشئ فان كان الاول فخارهنه المستعير به من قليل وكثير جائز عملا بالاطلاق وكان ذلك تبرعا من المعير باثبات ملك اليد فيعتبر باثبات ملك العين

الرهن وان لم يكن مضمونا بالهلاك واذ ابقى عقد الرهن فاذا أخذ عا د الضمان لانه عا د القبض في عقد الرهن فيعود بصفته (وكذلك لو اعاره أحدهما أجنبيا باذن الآخر سقط حكم الضمان) لما قلنا (ولكل واحد منهما أن يرد رهننا كما كان) لان لكل واحد منهما حقا محترما فيه وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من أجنبي اذا باشرها أحدهما باذن الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود الا بعد مقدمتها (ولو مات الراهن قبل الرد إلى المرتهن يكون المرتهن أسوة للغرماء) لانه تعلق بالرهن حق لازم لهذه التصرفات فيبطل به حكم الرهن أما بالعارية لم يتعلق به حق لازم فافترا (واذا استعار المرتهن الرهن من الراهن ليعمل به فهلك قبل أن يأخذ في العمل هلك على ضمان الراهن) لبقاء يد الرهن (وكذا اذا هلك بعد الفراغ من العمل) لارتفاع يد العارية (ولو هلك في حالة العمل هلك بغير ضمان) لثبوت يد العارية بالاستعمال وهي مخالفة ليد الرهن فان تبنى الضمان (وكذا اذا أذن الراهن للمرتهن بالاستعمال) لما يننا (ومن استعار من غيره ثم بالرهنة فخارهنه به من قليل أو كثير فهو جائز) لانه متبرع باثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع باثبات ملك العين واليد وهو قضاء الدين

بعينه في شرح الكنز كذا ذكره صاحب الهداية وغيره وهذا مشكل فان النقصان بتراجع السعر اذا لم يكن مضمونا عليه ولا متبرعا كيف يسقط من الدين خمسمائة سوى ما ضمن بالاتلاف وكيف يكون ما انتقص به كالهالك حتى يسقط الدين بقصدته وهو لم ينتقص الا بتراجع السعر وهو لا يعتبر فوجب أن لا يسقط بمقابلته شئ من الدين انتهى أقول ليس استشكله بشئ فإنه يصح بقبول صاحب الهداية وغيره وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر اذ لا شك أن القبض السابق مضمون عليه لانه قبض استيفاء فبالهلاك يتقرر الضمان ولما كان الاعتبار قيمته يوم القبض ألفا ثم انتقصت منها خمسمائة بتراجع السعر سقط عن الدين لانه محالة مقدار تمام الالف خمسمائة منه بالاتلاف وخمسمائة منه بقبضه السابق حيث كانت قيمته يوم القبض ألفا تاما ولا تأثر في سقوط شئ منه لتراجع السعر أصلا وهذا مع ظهوره من عبارة الهداية وغيرها كيف خفي على مثل ذلك الفاضل (قوله) وكذلك لو اعاره أحدهما أجنبيا باذن الآخر سقط حكم الضمان لما قلنا) يشير بقوله لما قلنا إلى قوله لنا فإنه بين يد العارية وبد الرهن قال بعض الفضلاء فيه أنه اذا وضع في يد العدل لا يسقط الضمان مع المناقاة بين يدي الأبداع والرهن أقول الفرق بين الاعارة وبين الوضع في يد العدل المذكور في شرح تاج الشريعة وفي الكفاية مفصلا مستوفى فكانه لم يرها في شأن فليراجعهما (قوله) وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من أجنبي اذا باشرها أحدهما باذن الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود الا بعد مقدمتها) قال الشراح وحكم الوديعة حكم العارية وحكم الرهن حكم الاجارة انتهى وأورد بعض الفضلاء على قولهم وحكم الوديعة حكم العارية بان قال اذا كان الأبداع من أجنبي ينبغي أن لا يسقط الضمان لانه العدل انتهى أقول ليس الامر كما زعمه لان العدل من رضا بوضع الرهن في

واليد جعابان استأذن أن يقضى دينه عليه بماله فان قيل اعتبار غير صحيح لجواز أن يكون صحة ذلك لاجتماع العين واليد فيه فالجواب أن الاتصال غير مانع لعدم استلزام أحدهما الآخر

(قال المصنف سقط حكم الضمان لما قلنا) أقول فيه أنه اذا وضع في يد العدل لا يسقط الضمان مع المناقاة بين يدي الأبداع والرهن فتأمل فإنه ممنوع (قوله) وحكم الوديعة حكم العارية) أقول اذا كان الأبداع من أجنبي ينبغي أن لا يسقط الضمان لانه العدل

فانه يجوز أن ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتاً كالضبي فانه ثبت له ملك العين دون اليد وزوالاً كالبايع بشرط التحيل فانه يزول ملك اليد دون ملك العين وإذا كان كذلك جاز أن يثبت للمرتهن ملك اليد دون العين قوله (لان الجهالة فيها لا تنفي الى المنازعة) يعني المنازعة المانعة من التسليم والتسلم فانها هي المفصلة للعقد فصارت كما إذا أعارت أو باءت أو أطلق وان كان الثاني سواء كان التقيد بالتقدير أو الجنس أو المرتهن أو البلد ضمن القيمة بالخالفه لصيرورته فاصابا بالتصرف بغير اذنه فان كان التقيد بالتقدير هي الزيادة عليه لفوات الغرض فان غرضه الاحتباس بما تيسر أدؤه ان احتاج الى فكها كه وهو أقل المالمين فالزيادة زيادة ضرورية بقى النقصان لان غرضه أن يستوفي أكثر المالمين ان هلك الرهن عند المرتهن فان الراهن يرد عليه مثل ما تم الاستيفاء به بالهلاك ويقوت ذلك اذا رهن بالاقبل وكلامه ظاهر وقوله (٢٣٠) (ووجب مثله) أي مثل ما تم الاستيفاء به بالهلاك وهو مقدار الدين المسمى لا مثل

قيمة الثوب ان كانت أكثر لان الزيادة على قدر الدين عند الهلاك أمانة فيما نحن فيه وهو ما اذا وافق المستعير المعير فيما شرطه وقوله (على ما بيناه) يعني قوله لانه صار قاضياً بدينه عماله وكذلك قوله لما بيناه إشارة اليه وقوله (أن يفتكه جبراً عن الراهن) قيل معناه من غير رضاه وليس بظاهر وقيل نيابة ولعله من الجبران يعني جبراً فان لمات عن الراهن من القضاء بنفسه

ويجوز أن ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتاً للمرتهن كما ينفصل زوالاً في حق البايع والاطلاق واجب الاعتبار خصوصاً في الاعارة لان الجهالة فيها لا تنفي الى المنازعة (ولو عين قدر الايجوز للمستعير أن يرهنه بأكثر منه ولا بأقل منه) لان التقيد مفيد وهو ينفي الزيادة لان غرضه الاحتباس بما تيسر أدؤه وينفي النقصان أيضاً لان غرضه أن يصير مستوفياً للأكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع به عليه (وكذلك التقيد بالجنس وبالمرتهن وبالبلد) لان كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالإضافة الى البعض وتفاوت الأشخاص في الامانة والحفظ (فإذا خالف كان ضامناً ثم ان شاء المعير ضمن المستعير ويتم عقد الرهن فيما بينه وبين المرتهن) لانه ملكه باءه الضمان فبين أنه رهن ملك نفسه (وان شاء ضمن المرتهن ويرجع المرتهن بما ضمن وبالدين على الراهن) وقد بيناه في الاستحقاق (وان وافق) بأن رهنه بمقدار ما أمر به (ان كانت قيمته مثل الدين أو أكثر فهلك عند المرتهن يطل المالك عن الراهن) لتام الاستيفاء بالهلاك (ووجب مثله لرب الثوب على الراهن) لانه صار قاضياً بدينه عماله بهذا القدر وهو الموجب للرجوع دون القبض بذاته لانه رضاه وكذلك ان أصابه عيب ذهب من الدين بحسابه ووجب مثله لرب الثوب على الراهن على ما بيناه (وان كانت قيمته أقل من الدين ذهب بقدر القيمة وعلى الراهن بقية دينه للمرتهن) لانه لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته وعلى الراهن لصاحب الثوب ما صار به موقفاً لما بيناه (ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه جبراً عن الراهن لم يكن للمرتهن اذا قضى دينه أن يمتنع) لانه غير متبرع حيث يخلص ملكه

(قوله فانه يجوز أن ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتاً الخ) أقول فيه بحث فان قول المصنف للمرتهن يدل على أن المراد بانفصال ملك اليد عن ملك العين ثبوتاً ثبوت ملك اليد لشخص دون ملك العين فشرحه لا يطابق المشروح والمراد بالانفصال زوالاً

يده ابتداء وكلام الشراح هنا فيما إذا أودع أحدهما الرهن باذن الآخر بعد أن قبضه المرتهن بنفسه ثم ان الفرق بينهما أن في صورة الأيداع بعد قبض المرتهن بنفسه ينتقض قبضه السابق بالأيداع للنافاة بين يد الوديعه ويد الرهن لكون احدهما موجبة للضمان دون الاخرى كما ذكر في المناقاة بين يدى العارية والرهن وأما في صورة الوضع في يد العدل ابتداء فيقوم بديل العدل في قبض الرهن مقام يد المرتهن في حق المالبة فيصير الرهن مضموناً على المرتهن من هذه الحثيثة كما بين في بابيه ولم يوجد شيء آخر يقتضي انتقاض هذا القبض فبقى الضمان على حاله (قوله ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه جبراً عن الراهن لم يكن للمرتهن اذا قضى دينه أن يمتنع) اعلم أن قوله جبراً عن الراهن في أثناء هذه المسئلة من مغلطات هذا الكتاب وكان لفظ محمد بديل هذا في هذه المسئلة حين أعسر الراهن كما ذكره

أن يبقى ملك اليد وزول ملك العين كما لا يخفى (قال المصنف ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه جبراً عن الراهن) ولهذا أقول تصحيف عن قوله حين أعسر لان صاحب الهداية أخذ هذا من المبسوط وفي المبسوط حين أعسر قال نفي الاسلام البرذوي ذكر أنه حين أعسر الراهن لان المعنى لا يستقيم لان المعير يفتك جبراً من المرتهن لامن الراهن لان الرهن ليس في يد الراهن وانما هو في يد المرتهن ولكن يفتكه المعير حين أعسر الراهن ولعله وقع من الكاتب أو صحفه القارئ كما سمع نقله من خط مولانا ياس قال في الكفاية فأراد المعير أن يفتكه نيابة عن الراهن جبراً عن المرتهن انتهى وقال أكمل الدين افتكه جبراً عن الراهن قيل معناه من غير رضاه وليس بظاهر وقيل نيابة واهله من الجبران يعني جبراً للمافات عن الراهن من القضاء بنفسه انتهى والأصوب أن عن ههنا للدلية كما في قوله تعالى لا تخزى نفس عن نفس شيئاً وفي قوله عليه الصلاة والسلام صومى عن أمك فلا تخزى المعنى حينئذ جبراً على المرتهن بدل الراهن والبديلية بين الراهن والمعير

وقوله (ولهذا يرجع على الراهن بما أدى) قال في النهاية ليس مجرى على اطلاقه بل معناه يرجع على الراهن بما أدى اذا كان ما اداءه بقدر القيمة لا ما كان أكثر منها يعني ان كان قيمة الرهن أنفأ ورهنه بألفين فافتكه المعير بألفين ليس له أن يرجع بما زاد على قيمته لانه لو هلك الرهن لم يضمن الراهن للمعير أكثر من ذلك وليس بوارد على المصنف رحمه الله لانه وضع المسئلة فيما اذا كانت القيمة مثل الدين وقوله (على ما بينا) اشارة الى قوله لانه صار قاضيا دينه عماله (ولو اختلفا في ذلك) أي في كون الهلاك حال الرهن أو غيره فقال المعير هلك حال الرهن وقال المستعير هلك قبل الرهن أو بعد الافتكالك فالقول قول الراهن لما ذكر والبينة بينة المعير لانه يدعي عليه الضمان فان قيل اذا ادعى الراهن الهلاك بعد الفسكالك فقد أقر بسبب وجوب الضمان وهو رهنه (٢٣١) الثوب بدينه ثم ادعى ما ينسخه

وهو الفسكالك فلا بد له من حجة كما اذا ادعى الغاصب رد المغصوب أجيب بأن الموجب للضمان فراغ ذمته عن الدين بمالية الرهن ولم يقر بذلك وقوله (ولو اختلفا) هكذا في نسخة قراه في على الشيخ رحمه الله وقد وقع في النسخ كما لو اختلفا قال في النهاية وغيره من الشروح ليس بصحيح والصواب بالاولان في لفظ كما يختلف الغرض اذ في الاول القول للراهن وهو المستعير وفي الثاني للمعير فكيف يصح التشبيه وقوله (في انكار أصله) يريد عقد العارية

ولهذا يرجع على الراهن بما أدى المعير فاجبر المرتهن على الدفع (بخلاف الاجنبي اذا قضى الدين) لانه متبرع اذ هو لا يسمى في تخليص ملكه ولا في تفرغ ذمته فكان اللطال أن لا يقبله (ولو هلك الثوب العارية عند الراهن قبل أن يرهنه أو بعد ما افتكه فلا ضمان عليه) لانه لا يصح رفاضا ما هذا وهو الموجب على ما بينا (ولو اختلفا في ذلك فالقول للراهن) لانه ينكر الايقاع بدعواه الهلاك في هاتين الحالتين (كلواختلفا في مقدار ما أمره بالرهن به فالقول للمعير) لان القول قوله في انكار أصله فكذا في انكار ووصفه (ولو رهنه المستعير بدين موعود وهو أن يرهنه به لقرضه كذا فهلك في يد المرتهن قبل الاقراض والمسعى والقيمة سواء يضمن قدر الموعود المسعى) لما بينا أنه كالوجود ويرجع المعير على الراهن بمنه لان سلامة مالية الرهن باسبب تيفائه من المرتهن كسلامته ببراءة ذمته عنه (ولو كانت العارية عبدا فاعتقه المعير جاز) لقيام ملك الرقبة (ثم المرتهن بالخيار ان شاء يرجع بالدين على الراهن) لانه لم يستوفه

شمس الأئمة السرخسي وغير الاسلام البرزوي وقد نبه عليه تاج الشريعة وصاحب الكفاية وعن هذا قال بعضهم لعل قول المصنف جبراً عن الراهن تحكيف وقع من الكاتب أو القارئ وقال صاحب معراج الدراية معنى قوله جبراً عن الراهن بغير رضاه وبواقفه تقر بصاحب الكفاية هذه المسئلة حيث قال ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه جبراً بغير رضا الراهن ليس للمرتهن أن يتنعم اذا قضى دينه وقال صاحب الكفاية معنى قوله فأراد المعير أن يفتكه جبراً عن الراهن أراد أن يفتكه نيابة عن الراهن جبراً عن المرتهن وقال صاحب العناية قوله افتكه جبراً عن الراهن قيل معناه من غير رضاه وليس بظاهر وقيل نيابة واعلم من الجبران يعني جبراً بالمسافات عن الراهن من القضاء بنفسه انتهى أقول فيه كلام أما أولاً فلان ما اختاره من المعنى لا يتشبه فيما اذا أراد المعير أن يفتكه قبل حلول أجل دين الراهن اذ لم يفت عن الراهن اذ ذلك القضاء بنفسه لعدم مجيئه أو انه حتى يكون افتكالك المعير الرهن هناك بقضاء دين الراهن جبراً بالمسافات عنه من القضاء بنفسه مع أن تلك الصورة أيضاً داخله في جواب هذه المسئلة كما لا يخفى وأما ثانياً فلان لم يسم في الخبر بنية جبر عنه سواء كان من الجبر بمعنى القهر أو من الجبر بمعنى الجبران ومحل الاغلاق في تركيب المصنف انما هو كلمة عن الداخلة على الراهن لا كون الجبر بمعنى القهر اذ هو متحقق في مسئلة النظر الى المرتهن وعلى المعنى الذي اختاره لا يظهر لكامة عن متعلق الآن يصار الى تقدير المسافات جبراً وجعل كلمة عن متعلقة بلفظ فات المندرج في ذلك ولا يخفى بعده جدا فكيف يرتكب مع حصول المقصود منه بتقدير متعلق بكلمة عن لفظ نيابة وحده كما فعله صاحب الكفاية (قوله ولهذا يرجع على الراهن بما أدى) قال صاحب النهاية وههنا قيد لازم ذكره فان قوله

(قوله قال في النهاية ليس مجرى على اطلاقه الى قوله) وليس بوارد على المصنف) أقول قال الامام الزهبي بعد ما نقل كلام النهاية وهذا مشكل لان تخليص الرهن لا يحصل بايقاعه بعض الدين فكان مضطراً وباعتبار الاضطرار ثبت حق الرجوع

فكيف يتنعم الرجوع مع بقاء الاضطرار وهذا الان غرضه تخليصه لينتفع به ولا يحصل ذلك الا باداء الدين كما اذا لمرتهن أن يجسه حتى يستوفى الكل على ما عرف في موضعه انتهى وقد سنخ لي هذا الاشكال قبل رؤيتي كلامه في هذا المحل وجوابه مذكور في الكفاية والدراية فراجعهما من عبارة الكفاية والسكاكي فان قيل هو لا يتوصل الى تخليص ملكه الا بايقاع جميع الدين فلم يكن متبرعاً قلت الضمان انما وجب على المستعير باعتبار ايقاع الدين من ملكه فكان الرجوع عليه باعتبار ما يتحقق به الايقاع انتهى فتأمل فان للكلام محالا (قوله فكيف يصح التشبيه) أقول يجوز أن يكون جهة التشبيه كون القول للمرتهن ثم رأيت في الكفاية الآن يقال التشبيه في الانكار من غير نظر الى كون المنكر معيراً أو مستعيراً

واسترداد القيمة كاسترداد العين ولو استرد العين ثم امتد في دينه من الراهن وجب عليه رد العين فكذلك رد قيمته وقوله (ولو استعار عبدا أو دابة ليرهنه فاستخدم العبد أو ركب الدابة قبل أن يرهنها ثم قضى المال فلم يقضه ما حتى هلك عند المرتهن فلا ضمان على الراهن) لانه قد برئ من الضمان حين رهنه بما فانه كان أميناً خاف ثم عاد الى الوفاق (وكذا اذا اقتسك الرهن ثم ركب الدابة أو استخدم العبد فلم يعطب ثم عطب بعد ذلك من غير صنع لا يضمن) لانه بعد الفكك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير لانها حكم الاستعارة بالفكك وقد عاد الى الوفاق فيبرأ عن الضمان وهذا بخلاف المستعير لان يده بنفسه فلا يدمن الوصول الى يد المالك أما المستعير في الرهن فيحصل مقصود الامر وهو الرجوع عليه عند الهلاك وتحقق الاستيفاء قال (وجناية الراهن على الرهن مضمونه) لانه تغويت حق لازم محترم وتعلق مثله بالمال يجعل المالك كالأجنبي في حق الضمان كتعلق حق الورثة بحال المرخص مرض الموت يمنع نفاذ نبرسه فيما وراء الثلث والعبد الموصى بخدمته اذا أتلفه الورثة ضمنوا قيمته

يرجع على الراهن عما أدى غير مجرى على اطلاقه بل معناه يرجع على الراهن بما أدى اذا كان ما أداء بقدر الدين لا بأكثر منه من قيمة الثوب لانه ذكر في الايضاح وقتاوى فاضحان فان عجز الراهن عن الافتكك فافتكك المالك يرجع بقدر ما يملك الدين به ولا يرجع بأكثر من ذلك بيانه اذا كانت قيمة الرهن أقل فاهونه بالفين فافتكك المالك بالفين يرجع بقدر ما يملك الدين به وهو الالف ولا يرجع بأكثر من ألف لانه لو هلك الرهن لم يضمن الراهن للعير أكثر من ذلك فكذلك اذا اقتكك كان منبرعا بالزيادة انتهى واقفى أثره صاحب الكفاية ومعراج الدراية وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية بعبارة نفسه وليس يورد على المصنف لانه وضع المسئلة فيما اذا كانت القيمة مثل الدين انتهى أقول فيه نظر لان قول المصنف ولهذا يرجع على الراهن بما أدى من مقدمات دليل هذه المسئلة لانفس هذه المسئلة ولا يخفى أن مقدمات الدليل لا يجب أن توافق المدعى في الخصوص والعموم ولا في التقييد والاطلاق الا يرى أن كلية الكبرى شرط في أشهر الاقيسة وأقواها وان كان المدعى جزئياً فأن أين يلزم من تقييد وضع المسئلة تقييد مقدمات دليلها ايضاحي يستغنى عن تقييد هاتيك المقدمه بما ذكره صاحب النهاية وغيره ثم ان الزيلعي قال في التبيين وذكر في النهاية انه اذا اقتكك بأكثر من قيمته بأن كان الدين المرهون به أكثر لا يرجع بالزائد على قيمته وهذا مشكل لان تخليص الرهن لا يحصل بايفاء بعض الدين فكان مضطراو باعتبار الاضطرار ثبت له حق الرجوع فكيف يمنع الرجوع مع بقاء الاضطرار وهذا لان غرضه تخليصه لينتفع به ولا يحصل ذلك الا بأداء الدين كله اذ المرتهن أن يجسه حتى يستوفي الكل على ما عرف في موضعه انتهى أقول في كلامه هذه انواع غريبة لان صاحب النهاية قد ذكر حاصل استشكله بطريق السؤال وأجاب عنه حيث قال فان قيل هو لا يتوصل الى تحصيل ملكه الا بايفاء جميع الدين فلم يكن متبرعا قلنا الضمان انما وجب على المستعير باعتبار ايفاء الدين من ملكه فكان الرجوع اليه بقدر ما يحقق به الا بانه انتهى وقد تبعه في ذكره هذا السؤال والجواب صاحب الكفاية ومعراج الدراية فان كان الجواب المذكور مريضاً عند الزيلعي ايضاً فلا معنى لاستشكله كلام صاحب النهاية بعد أن رأى السؤال والجواب مسطورين في النهاية على الاتصال بما استشكله وان لم يكن الجواب المذكور مريضاً عنده كان عليه أن يبين محل فساده ولا ينبغي أن يعد السؤال المذكور فيها شككاً لان عند نفسه (قوله وان شاء ضمن المعير قيمته لان الحق قد تعلق برقبته برضاه وقد أتلفه بالاعتاق) أقول كان الحق في التعليل أن يقال لان الحق تعلق بعاليته وقد رأتها بالاعتاق اذ لا شك أن المراد بالحق المذكور في التعليل انما هو حق المرتهن وحقه متعلق بعاليته وقد رأتها بالاعتاق

(وان شاء ضمن المعير قيمته) لان الحق قد تعلق برقبته برضاه وقد رأتها بالاعتاق (وتكون رهنا عنده الى أن يقبض دينه فيردها الى المعير) لان استرداد القيمة كاسترداد العين (ولو استعار عبدا أو دابة ليرهنه فاستخدم العبد أو ركب الدابة قبل أن يرهنها ثم قضى المال فلم يقضه ما حتى هلك عند المرتهن فلا ضمان على الراهن) لانه قد برئ من الضمان حين رهنه بما فانه كان أميناً خاف ثم عاد الى الوفاق (وكذا اذا اقتسك الرهن ثم ركب الدابة أو استخدم العبد فلم يعطب ثم عطب بعد ذلك من غير صنع لا يضمن) لانه بعد الفكك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير لانها حكم الاستعارة بالفكك وقد عاد الى الوفاق فيبرأ عن الضمان وهذا بخلاف المستعير لان يده بنفسه فلا يدمن الوصول الى يد المالك أما المستعير في الرهن فيحصل مقصود الامر وهو الرجوع عليه عند الهلاك وتحقق الاستيفاء قال (وجناية الراهن على الرهن مضمونه) لانه تغويت حق لازم محترم وتعلق مثله بالمال يجعل المالك كالأجنبي في حق الضمان كتعلق حق الورثة بحال المرخص مرض الموت يمنع نفاذ نبرسه فيما وراء الثلث والعبد الموصى بخدمته اذا أتلفه الورثة ضمنوا قيمته

يرجع على الراهن بما أدى غير مجرى على اطلاقه بل معناه يرجع على الراهن بما أدى اذا كان ما أداء بقدر الدين لا بأكثر منه من قيمة الثوب لانه ذكر في الايضاح وقتاوى فاضحان فان عجز الراهن عن الافتكك فافتكك المالك يرجع بقدر ما يملك الدين به ولا يرجع بأكثر من ذلك بيانه اذا كانت قيمة الرهن أقل فاهونه بالفين فافتكك المالك بالفين يرجع بقدر ما يملك الدين به وهو الالف ولا يرجع بأكثر من ألف لانه لو هلك الرهن لم يضمن الراهن للعير أكثر من ذلك فكذلك اذا اقتكك كان منبرعا بالزيادة انتهى واقفى أثره صاحب الكفاية ومعراج الدراية وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية بعبارة نفسه وليس يورد على المصنف لانه وضع المسئلة فيما اذا كانت القيمة مثل الدين انتهى أقول فيه نظر لان قول المصنف ولهذا يرجع على الراهن بما أدى من مقدمات دليل هذه المسئلة لانفس هذه المسئلة ولا يخفى أن مقدمات الدليل لا يجب أن توافق المدعى في الخصوص والعموم ولا في التقييد والاطلاق الا يرى أن كلية الكبرى شرط في أشهر الاقيسة وأقواها وان كان المدعى جزئياً فأن أين يلزم من تقييد وضع المسئلة تقييد مقدمات دليلها ايضاحي يستغنى عن تقييد هاتيك المقدمه بما ذكره صاحب النهاية وغيره ثم ان الزيلعي قال في التبيين وذكر في النهاية انه اذا اقتكك بأكثر من قيمته بأن كان الدين المرهون به أكثر لا يرجع بالزائد على قيمته وهذا مشكل لان تخليص الرهن لا يحصل بايفاء بعض الدين فكان مضطراو باعتبار الاضطرار ثبت له حق الرجوع فكيف يمنع الرجوع مع بقاء الاضطرار وهذا لان غرضه تخليصه لينتفع به ولا يحصل ذلك الا بأداء الدين كله اذ المرتهن أن يجسه حتى يستوفي الكل على ما عرف في موضعه انتهى أقول في كلامه هذه انواع غريبة لان صاحب النهاية قد ذكر حاصل استشكله بطريق السؤال وأجاب عنه حيث قال فان قيل هو لا يتوصل الى تحصيل ملكه الا بايفاء جميع الدين فلم يكن متبرعا قلنا الضمان انما وجب على المستعير باعتبار ايفاء الدين من ملكه فكان الرجوع اليه بقدر ما يحقق به الا بانه انتهى وقد تبعه في ذكره هذا السؤال والجواب صاحب الكفاية ومعراج الدراية فان كان الجواب المذكور مريضاً عند الزيلعي ايضاً فلا معنى لاستشكله كلام صاحب النهاية بعد أن رأى السؤال والجواب مسطورين في النهاية على الاتصال بما استشكله وان لم يكن الجواب المذكور مريضاً عنده كان عليه أن يبين محل فساده ولا ينبغي أن يعد السؤال المذكور فيها شككاً لان عند نفسه (قوله وان شاء ضمن المعير قيمته لان الحق قد تعلق برقبته برضاه وقد أتلفه بالاعتاق) أقول كان الحق في التعليل أن يقال لان الحق تعلق بعاليته وقد رأتها بالاعتاق اذ لا شك أن المراد بالحق المذكور في التعليل انما هو حق المرتهن وحقه متعلق بعاليته وقد رأتها بالاعتاق

المسئلة قال (وجناية الراهن على الرهن مضمونه) معناه واضح وعنى باللازم ما لا يقدر على اسقاطه بانفراد وبالمحترم ليشتري

هو أن يكون غيره ممنوعاً عن إبطاله وقوله (والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال) يعني أن تكون الجناية في النفس أو مادونها خطأ أما ما يوجب القصاص فهو معتبر بالإجماع وقوله (أما الوفاقية) يعني أما وجه المسئلة التي اتفقوا في حكمها وهي أن جناية الرهن على الراهن هدر (فلأنها جناية المملوك على المالك) فيما يوجب المال بل دليل أنه إذا مات وحب الكفن على مولاه وكل ما كان كذلك فهو هدر لأنه لو جنى على غيره وجب على مولاه من ماله فإذا جنى عليه شيء لكان واجباً عليه وذلك باطل ونوقض بالمغصوب إذا جنى على مال الكه المغصوب منه فأنها توجب الضمان وأجاب المصنف رحمه الله عما في الكتاب بخلاف الجناية الموحدة للقصاص فإن المستحق بهادسه والمولى أجنى عنه بوضوحه أن أقرار المولى عليه بالجناية الموحدة للقصاص غير صحيح وبالموجبة للمال صحيح وأقرار العبد على عكس ذلك ولهما في الخلافة أن الجناية

(٢٣٣)

غير مالك العين وحصولها على غير المالك يوجب الضمان كما لو حصلت على أجنى آخر فإن قيل ماليته محتسبة دينه فلا فائدة في إيجاب الضمان أجب بقوله (وفي الاعتبار فائدة وهو دفع العبد إليه بالجناية فتعتبر) وإن كان يسقط حقه في الدين فإن إبقائه رهناً وجعله بالدين لا يثبت له ملك العين وربما يكون له غرض في ملك العين فيحصل له باعتبار الجناية وإن لم يكن له غرض في ذلك يترك طلب الجناية ويستبقه رهناً كما كان وقوله (ودفعاه) فيه تسامح لأن المرتهن لا يدفع العبد إلى نفسه ومخلصه المشاكلة فإنه وإن كان قابلاً ذكره بلفظ الدافع لوقوعه في صحته أو التغلب سماء دافعاً وشاه (وله أن

ليشترى به عبدي يقوم مقامه قال (وجناية المرتهن عليه تسقط من دينه بقدرها) ومعناه أن يكون الضمان على صفة الدين وهذا لأن العين ملك المالك وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه للمالك قال (وجناية الرهن على الراهن والمرتهن وعلى مالهما هدر) وهذا عند أبي حنيفة وقال الجنايته على المرتهن معتبرة والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال أما الوفاقية فلأنها جناية المملوك على المالك ألا ترى أنه لو مات كان الكفن عليه بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه لأن المالك عند أداء الضمان يثبت للغاصب مستنداً حتى يكون الكفن عليه فكانت جناية على غير المالك فاعتبرت ولهما في الخلافة أن الجناية حصلت على غير مال الكه وفي الاعتبار فائدة وهو دفع العبد إليه بالجناية فتعتبر ثم إن شاء الراهن والمرتهن أبطل الرهن ودفعاه بالجناية إلى المرتهن وإن قال المرتهن لا أطلب الجناية فهو رهن على حاله وله أن هذه الجناية لو اعتبرنا المرتهن كان عليه التطهير من الجناية لأنها حصلت في ضمانه فلا يفسد وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه وجنايته على مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق إذا كانت قيمته والدين سواء لأنه لا فائدة في اعتبارها لأنه لا يملك العبد وهو الفائدة وإن كانت القيمة أكثر من الدين فعن أبي حنيفة أنه يعتبر بقدر الأمانة لأن الفضل ليس في ضمانه فأشبهه جناية العبد الوديعة على المستودع وعنه أنها لا تعتبر لأن حكم الرهن وهو الحبس فيه ثابت فصار كالمضمون

كما مر غير مرة (قوله أما الوفاقية فلأنها جناية المملوك على المالك) قال صاحب النهاية في شرح هذا المحل أي أما وجه المسئلة التي اتفقوا في حكمها وهي أن جناية الرهن على الراهن هدر فلأنها جناية المملوك على المالك واتفق أثره صاحب العناية أقول لا وجه عندى لأحكام لفظ الوجه في تفسير مراد المصنف بقوله المذكور إذ يصير المعنى حينئذ أما وجه المسئلة الوفاقية أي علمتها فلهذه العلة المذكورة في الكتاب لأن المصنف قد أدخل اللام على الخبر كما ترى في قول المعنى إلى أن علة هذه المسئلة لهذه العلة فيلزم أن يكون المذكور في الكتاب علة العلة لأنه لا يملك نفسه المسئلة وهو فلسد قطعاً (قوله ثم إن شاء الراهن والمرتهن أبطل الرهن ودفعاه بالجناية إلى المرتهن) قال صاحب العناية قوله ودفعاه فيه تسامح لأن المرتهن لا يدفع العبد إلى نفسه ومخلصه المشاكلة فإنه وإن كان قابلاً ذكره بلفظ الدافع

(٣٠ - تكمله ثامن)

هذه الجناية لو اعتبرنا المرتهن كان التطهير عليه لأنها حصلت في ضمانه (لكونه مخاطباً بالدفع أو الفداء كالراهن في حكم الدفع أو الفداء له وعليه في حق شيء واحد بسبب واحد ولا فائدة في ذلك وقوله (وإن كانت القيمة أكثر من الدين) بأن كان العين والدين أفلوا أو تلف متاع المرتهن فقال للراهن أمان تقضى نصف دينه أو يباع عليك العبد فإن امتنع عن القضاء يبيع العبد ويستوفى المرتهن من ثمنه تمام قيمة المتاع فإن بقي شيء من الثمن أخذ الراهن نصفه والمرتهن نصفه لأنه يبدل عبداً نصفه أمانة ونصفه مضمون ويبدل الأمانة للراهن ويبدل المضمون للمرتهن وإن قضى النصف زال الدين وبقي العبد رهناً بحاله وهذا وجه ظاهر الرواية ووجه غيره ما ذكره في الكتاب وهو واضح

(قوله وربما يكون له غرض في ملك العين فيحصل له) أقول يعني يحصل الغرض (قوله ومخلصه المشاكلة الخ) أقول فيه بحث يظهر على من علم المشاكلة (قوله أماناً أن يقضى نصف دينه) أقول بقدر الأمانة (قوله وهذا وجه ظاهر الرواية) أقول ولكن كلمة عن تأني عن كونه الرواية الظاهرة

وقوله (وهذا) أي ما ذكرنا من كون الجناية على الراهن والمرتهن هدرًا (بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن أو ابن المرتهن) لان الاملاك بين الاب والابن حقيقة متباينة فصار كالجناية على الاجنبي قال (ومن رهن عبدا ساوي ألفا بألف) نقصان القيمة بتراجع السعر بعدما قبض الرهن ليس بمعتبر فلا يوجب سقوط الدين ولهذا لو نقص به وهو باق على حاله فالراهن يطالب بجميع الدين عند رد المرتهن الرهن الى الراهن وقوله (حتى لا يتردد على دية الحر) نتيجة قوله كان مقابلا بالدم وقوله (لان المولى استحققه) دليل قوله لانه بدل المائة في حق المستحق وقوله (أو نقول) دليل آخر أي لا يمكن أن يجعل المرتهن مستوفيا لالف الدين بالمائة التي غرمها الحر بقتل الرهن وجعلت رهنًا ما كان لانه يؤدي الى الربا فيصير مستوفيا المائة وبقي تسعائة في العين فاذا هلك يصير مستوفيا تسعائة بالهلاك والباقي ظاهر (٢٣٤) واعلم أن صور المسائل ههنا ثلاث تراجع قيمة الرهن من ألف

الى مائة مع قيام عينه بحاله وقتل حر العبد الذي قيمته مائة بعد التراجع وضمن قيمته مائة وقتل عبد العبد المرهون ودفعه به أو قول العلماء فيها أيضا ثلاثة أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجهما الله فحكم الصورة الاولى والثالثة واحد وهو أن الراهن يفتكها بجميع الدين بلا خيار وقول محمد رجه الله في الاولى كقولهما وفي الثالثة أن الراهن بالخيار بين أن يأخذ الرهن بجميع الدين كالاولى وبين أن يسلمه الى المرتهن بحاله كالثانية على ما ذكره وقول زفر رجه الله ان حكم الصورة الاولى والثالثة واحد في أن الراهن يفتكها بالمائة ويسقط عنه التسعائة قياسا على

وهذا بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن أو ابن المرتهن لان الاملاك حقيقة متباينة فصار كالجناية على الاجنبي قال (ومن رهن عبدا ساوي ألفا بألف الى أجل فنقص في السعر فوجعت قيمته الى مائة ثم قتلها رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الاجل فان المرتهن يقبض المائة قضاء عن حقه ولا يرجع على الراهن بشئ) وأصله أن النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا خلافا لزر هو يقول ان المائة قد انتقصت فأشبهه انتقص العين ولنا أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس وذلك لا يعتبر في البيع حتى لا يثبت به الخيار ولا في العصب حتى لا يجب الضمان بخلاف نقصان العين لان بقوات جز منه بتقرر الاستيفاء فيه اذا اعيد الاستيفاء واذا لم يسقط شئ من الدين بنقصان السعر بقي مرهونا بكل الدين فاذا قتلته خر غرم قيمته مائة لانه تعتبر قيمته يوم الاتلاف في ضمان الاتلاف لان الخيار بقدر الفاتت وأخذ المرتهن لانه بدل المائة في حق المستحق وان كان مقابلا بالدم على أصلنا حتى لا يتردد على دية الحر لان المولى استحققه بسبب المائة وحق المرتهن متعلق بالمائة فكذا فيما قام مقامه ثم لا يرجع على الراهن بشئ لان بدل الرهن بد الاستيفاء من الابتداء وبالهلاك بتقرر قيمته كانت في الابتداء ألقا فيصير مستوفيا لكل من الابتداء أو نقول لا يمكن أن يجعل مستوفيا لالف بمائة لانه يؤدي الى الربا فيصير مستوفيا المائة وبقي تسعائة في العين فاذا هلك يصير مستوفيا تسعائة بالهلاك بخلاف ما إذا مات من غير قتل أحد لانه يصير مستوفيا لكل بالعبد لانه لا يؤدي الى الربا قال (وان كان أمره الراهن أن يبعه فباعه بمائة وقبض المائة قضاء عن حقه فيرجع بتسعائة) لانه لما باعه باذن الراهن صار كأن الراهن استرده وباعه بنفسه ولو كان كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين الا بقدر ما استوفى وكذا هذا قال (وان قتل عبد قيمته مائة فدفع مكانه افتكه بجميع الدين) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء سلم العبد المدفوع الى المرتهن بحاله وقال زفر يصير رهنًا بمائة له أن يد الرهن بد استيفاء وقد تقرر بالهلاك الا أنه أخاف بد لا بقدر العشر فيبقى الدين بقدره ولا يحجبنا على زفر أن العبد الثاني قائم مقام الاول

لوقوعه في صحبته أو التغلب سماه دافعا ونهائيا انتهى أقول لاصحة لتوجيه المشاكلة ههنا لان المشاكلة ذكرا شئ بلفظ غيره لوقوعه في صحبته وهذا لا يتصور الا اذا تكرر ذكر لفظ وأريد به في المرة الاولى أصل معناه وفي الاخرى غير ذلك كما في قوله تعالى حكاية تعلم ما في نفسي ولا أعلم ما في نفسك وفيما نحن

الصورة الثانية فان حكمها أن التسعائة ساقطة عن الراهن بالاتفاق والمرتهن تلك المائة التي ضمنها الحر عند حلول الاجل ووجوه هذه الاقوال مذكورة في الكتاب

(قال المصنف وأصله أن النقصان من حيث السعر) أقول أي أصل خبر هذه المسئلة لا أصل هذه المسئلة فانه ليس فيه خلاف زفر ولك أن تقول الاتفاقي في جواب المسئلة لا ينافي الاختلاف في التخريج (قال المصنف لانه بدل المائة) أقول أي القيمة وانما ذكر الضمير تباين ويل الموجب أو باعتبار الخبر (قوله وقوله أو نقول لا يمكن أن يجعل مستوفيا لدليل آخر) أقول فيه بحث (قوله فاذا هلك يصير مستوفيا) أقول الغاء للتعقيب الذكرى والا فالهلاك مقدم (قال المصنف وان قتل عبد قيمته مائة) أقول أي قتل العبد الذي قيمته ألف ولم يتراجع سعره لئلا يلزم التكرار

وقوله (لحاودما) يعنى صورته ومعنى أما صورة قطاهر وأما معنى فسلان القاتل كالمقتول في الأدمية والشرع اعتبره جزأ من حيث الأدمية دون المالملة الأثرى الى استوائهما في حق القصاص فكذا في حق الدفع أيضا وقوله (لما ذكرنا) إشارة الى قوله ولنا أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس الخ وقوله (كلبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب في يد الغاصب) يعنى اذا قتلها معبد ودفع مكانها فان المشتري يتخير بين أن يأخذ بكل الثمن وبين أن يفسخ (٢٣٥) البيع لتغير المبيع وفي الغصب يتخير

المغصوب منه بين أن يأخذ المدفوع مكانه وبين أن يطالب الغاصب بقيمة المقتول وقوله (وأنه منسوخ) يعنى بقوله عليه الصلاة والسلام لا يغلط الرهن ثلاثا وقوله (ولو كان العبد تراجع سعره الى قوله فهو على هذا الخلاف) قيل في بعض الشروح هذا تكرار لاحتمال لان وضع المسئلة في الفصل الثالث يعنى ما عبرنا عنه ههنا بالصورة الثالثة فيما اذا تراجع سعر الرهن الى مائة فقتله عبيد قيمته مائة فدفع به وقد ذكر الخلاف فيه فلا حاجة الى أن يقول بعد ذلك فيه يعنيه فهو على هذا الخلاف وكذلك صاحب النهاية جعل الصورة الثالثة فيما اذا تراجع السعر ولكنه لم يتعرض لوقوع التكرار وهو لازم أيضا عليه وذلك سوء ظن بمثل صاحب الهداية الذي حاز قصبات السبق في مضمار التحقيق وانما الصورة الثالثة في عدم تراجع السعر كما فعله صاحب العناية وانما تساعد جعلها في تراجع السعر أيضا كما فعله صاحب النهاية وصاحب معراج الدرابة وصاحب الغاية أو جعلها فيما هو أعم من تراجع السعر ومن عدم تراجعها فان نص عبارة البداية على وفق ما في الجامع الصغير هكذا ومن رهن عبيدا يساوى ألفا بالف الى أجل فنقص في السعر ورجعت قيمته الى مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الاجل فان المرتهن يقبض المائة قضا من حقه ولا يرجع على الراهن بشئ وان كان أمره الراهن ببيعته

لحاودما ولو كان الاول قائما وانقص السعر لا يسقط شئ من الدين عندنا لما ذكرنا فكذلك اذا قام المدفوع مكانه ولحمد في الخيار أن المرهون تغير في ضمان المرتهن فيخبر الراهن كلبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب اذا قتل في يد الغاصب يتخير المشتري والمغصوب منه كذا هذا ولهما أن التغير لم يظهر في نفس العبد لقيام الثاني مقام الاول لحاودما كما ذكرناه مع زفر وعين الرهن أمانة عندنا فلا يجوز عليك منه بغير رضاه ولان جعل الرهن بالدين حكم جاهلي وانه منسوخ بخلاف البيع لان الخيار فيه حكمه الفسخ وهو مشروع وبخلاف الغصب لان تملكه باء الضمان مشروع ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتل عبيدا يساوي مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف (واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمن الجناية على المرتهن وليس له أن يدفع) لانه لا يملك التملك (ولو فدى طهر المحل فبقي الدين على حاله ولا يرجع على الراهن بشئ من الفداء) لان الجناية حصلت في ضمانه فكان عليه اصلاحها (ولو أوى المرتهن أن يفسد قيل للراهن ادفع العبد وأفده بالدية) لان الملك في الرقبة قائم له وانما الى المرتهن الفداء لقيام حقه (فاذا امتنع عن الفداء يطالب الراهن بحكم الجناية ومن حكمها التخير) بين الدفع والفداء (فان اختار الدفع سقط الدين) لانه استحق لمعنى في ضمان المرتهن فصار كالمهلك (وكذلك ان فدى)

فيه لم يتكرر بل وقع مرة واحدة بصيغة التثنية فسيببه التغليب لا غير كما لا يخفى (قوله ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتل عبيدا يساوي مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف) قال صاحب غاية البيان وهذا تكرار لاحتمال لان وضع المسئلة في الفصل الثالث فيما اذا تراجع سعر الرهن الى مائة فقتله عبيد قيمته مائة فدفع به وقد ذكر الخلاف فيه فلا حاجة الى أن يقول بعد ذلك فيه يعنيه فهو على هذا الخلاف انتهى وقال صاحب العناية قيل في بعض الشروح وهذا تكرار لاحتمال لان وضع المسئلة في الفصل الثالث يعنى ما عبرنا عنه ههنا بالصورة الثالثة فيما اذا تراجع سعر الرهن الى مائة فقتله عبيد قيمته مائة فدفع به وقد ذكر الخلاف فلا حاجة الى أن يقول بعد ذلك فيه يعنيه فهو على هذا الخلاف وكذلك صاحب النهاية جعل الصورة الثالثة فيما اذا تراجع السعر ولكنه لم يتعرض لوقوع التكرار وهو لازم أيضا عليه وذلك سوء ظن بمثل صاحب الهداية الذي حاز قصبات السبق في مضمار التحقيق وانما الصورة الثالثة في عدم تراجع السعر كما ذكرناه وهذه المسئلة في صورة التراجع ولا تكرر رغبة الى هنا لفظ العناية أقول ما مر في بيان صور المسائل الثلاث انما هو عبارة البداية المأخوذة من الجامع الصغير والانصاف أنها لا تساعد جعل الصورة الثالثة في عدم تراجع السعر كما فعله صاحب العناية وصاحب الكفاية وانما تساعد جعلها في تراجع السعر أيضا كما فعله صاحب النهاية وصاحب معراج الدرابة وصاحب الغاية أو جعلها فيما هو أعم من تراجع السعر ومن عدم تراجعها فان نص عبارة البداية على وفق ما في الجامع الصغير هكذا ومن رهن عبيدا يساوي ألفا بالف الى أجل فنقص في السعر ورجعت قيمته الى مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الاجل فان المرتهن يقبض المائة قضا من حقه ولا يرجع على الراهن بشئ وان كان أمره الراهن ببيعته

التراجع ولا تكرر رغبة (واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمن الجناية على المرتهن) يعنى اذا كانت القيمة والدين سواء أما اذا كانت القيمة أكثر فسيأتي وانما كانت الجناية عليه لان العبد في ضمانه

(قوله قيل في بعض الشروح) أقول القاتل هو الاتقاني (قوله وكذلك صاحب النهاية جعل الصورة الثالثة فيما اذا لم يتراجع السعر) أقول وكذلك جعل الكافي في معراج الدرابة وأما صاحب الكفاية فانه مشى على طريق الشيخ الشارح

وقوله (لان العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن) يعني واذا كان على المرتهن وقد آذاه الراهن وجب له على المرتهن مثل ما أدى الى ولي الجناية وللمرتهن على الراهن دين فالتبعا فاصافين سلم الرهن للراهن ولا يكون متبرعا في أداء الفداء لانه يسعي في تخليص ملكه كعبر الراهن وقوله (وحق ولي الجناية) بالجزم معطوف على دين المرتهن يعني أن دين العبد مقدم على دين المرتهن وعلى حق ولي الجناية أيضا حتى لو جنى العبد المدون دفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء على ما يأتي في الديات وقوله (لتقدمه على حق المولى) أي لتقدم دين العبد على حق المولى واذا كان مقدا على حق المولى كان مقدا على حق من يقوم مقامه وهو المرتهن وولي الجناية فان المرتهن يقوم مقام المولى في المالية وولي الجناية في ملك العين

(قال المصنف لان دين العبد مقدم على (٣٣٦) دين المرتهن وحق ولي الجناية الخ) أقول قال الاتصافي قوله وحق ولي الجناية

لان العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وهو الفداء بخلاف ولد الرهن اذا قتل انسانا أو استهلك ما لا حيث يخاطب الراهن بالدفع أو الفداء في الابتداء لانه غير مضمون على المرتهن فان دفع خرج من الرهن ولم يسقط شيء من الدين كما لو هلك في الابتداء وان قدى فهو رهن مع أمه على حالهما (ولو استهلك العبد المرهون ما لا يستغفر رقبته فان أدى المرتهن الدين الذي لزم العبد فدينه على حاله كما في الفداء وان أي قيل للراهن بعنه في الدين الآن يختار أن يؤدي عنه فان أدى بطل دين المرتهن) كما ذكرنا في الفداء (وان لم يؤدي يبيع العبد فيه بأخذ صاحب دين العبدية) لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولي الجناية لتقدمه على حق المولى

بالنصب أو بالرفع عطا على لفظ دين العبد أو محله معناه أن دين العبد مقدم على دين المرتهن وكذا حق ولي الجناية أيضا مقدم على حق المرتهن لان كل واحد منهما مقدم على حق المولى - لأن يقدم على حق المرتهن أولى لان حق المالك أقوى ويدل على هذا التقرير تصريح القدوري بذلك في شرحه وقدمرنا أيضا تحقيقه أن المصنف ذكر جناية العبد المرهون أو لا وتقدمه على حق المرتهن عند قوله واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمن الجناية على المرتهن ثم ذكر دين العبد ثانيا وتقدمه على حق المرتهن عند قوله ولو استهلك العبد المرهون ما لا وهذا كله يدل على أن

فباعه عبائة قض المائة قضاء من حقه ورجع بتسعمائة فان قتله عبدا قيمته مائة فدفع اليه مكانه فتمسكه بجميع الدين وقال محمد رحمه الله هو بالخيار ان شاء افتك بجميع الدين وان شاء سلم العبد المدفوع الى المرتهن انتهى ولا يخفى عليك أن قوله فان قتله عبدا الخ عطف على قوله ثم قتله رجل وان الظاهر المتبادر أن ضمير قتله في المعطوف راجع الى ما رجع اليه ضمير قتله في المعطوف عليه ولا شك أن الضمير في المعطوف عليه راجع الى العبد المرهون الذي نقص في السعة فكذا الضمير الذي في المعطوف كما ذهب اليه أصحاب النهاية ومعراج الدراية وغاية البيان وان أخرج الضمير في المعطوف عما هو الظاهر المتبادر من رجوعه الى ما رجع اليه ضمير المعطوف عليه فلا أقل من ارجاعه الى مطلق العبد المرهون المذكور في ضمن العبد المرهون المقيد بنقصان سعره في المعطوف عليه وعلى كالا التقديرين لا يخلو ما ذكره المصنف ههنا بقوله ولو كان تراجع سعره الخ عن شأبة التكرار واما ارجاع الضمير في المعطوف الى العبد المرهون المقيد بعدم تراجع السعر فما لا تساعده العبارة المذكورة قطعاً على مقتضى العربية فلا وجه للصير اليه تبصر ترشد (قوله لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولي الجناية لتقدمه على حق المولى) قال صاحب النهاية قوله وحق ولي الجناية بالجرأى دين العبد مقدم على دين المرتهن ومقدم على حق ولي الجناية أيضا حتى انه لو جنى وعليه دين يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء على ما يأتي في جناية المملوك في الديات وقوله لتقدمه على حق المولى أي لتقدم حق العبد على حق المولى فاذا كان مقدا على حق المولى يكون مقدا على حق من يقوم مقامه وهو المرتهن وولي الجناية

مراد المصنف ما ذكرنا وقال بعضهم في شرحه قوله وحق ولي بالجرأى دين العبد مقدم على دين المرتهن ومقدم أيضا على حق (فان ولي الجناية حتى لو جنى وعليه دين يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فأقول هذا في غاية الضعف لان المسئلة التي استشهد بها تدفع كلامه لانه قال ودين العبد مقدم على حق ولي الجناية وفي المسئلة تقدم حق ولي الجناية ثم رتب عليه حق الغرماء وانه مناقضة لا محالة انتهى ونحن نقول فيه بحث فانه تأخير ضرورة لكنه تقديم معني حيث لم يبق في يد ولي الجناية شيء كما لا يخفى (قوله وقوله وحق ولي الجناية بالجر معطوف على دين المرتهن) أقول ولعل النصب أولى عطا على دين العبد أي حق ولي الجناية مقدم على دين المرتهن وانما قلنا ذلك أولى لعدم ظهور دلالة قوله لتقدمه على حق المولى (قال المصنف لتقدمه على حق المولى) أقول في دلالة على التقدم على حق ولي الجناية بحث فانه كما يقال للمولى في الاستهلاك أو أود المال كذلك يقال في الجناية ادفع أو أود (قوله فان المرتهن يقوم مقام المولى في المالية) أقول وكذلك صاحب دين العبد قائم مقامه في المالية حيث يباع ويعطى ثمنه فلا يظهر بذلك التقدم خصوصا على حق ولي الجناية بل عكسه أظهر لان المولى يخاطب فيه بدفع عين العبد وعلبك بامعان النظر



(فان فضل شيء ودين غير العبد مثل دين المرتهن أو أكثر فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن) لان الرقبة استحققت لعني هو في ضمان المرتهن فأشبه الهلاك (وان كان دين العبد أقل سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد وما فضل من دين العبد يبقى رهنا كما كان ثم ان كان دين المرتهن قد دخل أخذه) لانه من جنس حقه (وان كان لم يحل أمسكه حتى يحل وان كان ممن العبد لا يبقى بدين الغريم أخذ الثمن ولم يرجع بما بقي على أحد حتى يعق العبد) لان الحق في دين الاستهلاك يتعلق برقبته وقد استوفيت في تأخر الى ما بعد العتق (ثم اذا أذى بعده لا يرجع على أحد) لانه وجب عليه بفعله (وان كانت قيمة العبد ألفين وهو رهن بألف وقد جنى العبد يقال لهما اذياه) لان النصف منه مضمون والنصف أمانة والفسد في المضمون على المرتهن وفي الامانة على الراهن فان أجمع على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن والدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتهن لما بيننا وانما منه الرضا به (فان تشا حاق القول لمن قال أنا أفدى رهنا كان أو مرتهنا) أما المرتهن فلانه ليس في الفداء ابطال حق الراهن وفي الدفع الذي يختاره الراهن ابطال المرتهن وكذا في جنابة ولد الرهن اذا قال المرتهن أنا أفدى له ذلك وان كان المالك يختار الدفع لانه ان لم يكن مضمونا فهو محبوس بدينه وله في الفداء غرض صحيح ولا ضرر على الراهن فكان له أن يفدى وأما الراهن فلانه ليس للمرتهن ولاية الدفع لما بيننا فكيف يختاره (ويكون المرتهن في الفداء متطوعا في حصة الامانة حتى لا يرجع على الراهن) لانه يمكنه أن لا يختاره فيخاطب الراهن فلما التزمه والحالة هذه كان متبرعا وهدا على ما روى عن أبي حنيفة رجه الله انه لا يرجع مع الحضور وسنين القولين ان شاء الله تعالى (ولو أوى المرتهن أن يفدى وفسداه الراهن فانه يحسب على المرتهن نصف الفداء من دينه)

وقوله (المائنا) اشارة الى قوله لأنه لأملك التملك وقوله (فان تشا) بأن اختار الراهن الفداء والمرتهن الدفع أو بالعكس فالمعتبر هو الفداء وذكروا جانب المرتهن اذا اختار الفداء والمرتهن الدفع أو بالعكس فالمعتبر هو الفداء وذكروا جانب المرتهن اذا اختار الفداء ثم ذكر جانب الراهن اذا اختار ذلك بعد ذكره جنابة ولد الرهن

( قال المصنف فان أجمع على الدفع دفعنا) أقول فيلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز في قوله دفعنا ولا يقال المراد رضا بالدفع بطريق عموم المجاز لانه لا يكون مسببا عن الاجماع على الدفع والمخلص التغليب

لان المرتهن يقوم مقام المولى في المالمية وولى الجنابة يقوم مقام المولى في ملك العين الى هنا كلامه واقفني أثره في هذا البيان جماعة من الشراح منهم صاحب العناية وقال صاحب الغاية قوله وحق ولى الجنابة بالنصب أو بالرفع عطف على لفظ دين العبد أو محله معناه أن دين العبد مقدم على دين المرتهن وكذا حق ولى الجنابة أيضا مقدم على دين المرتهن لان كل واحد منهما مقدم على حق المولى فلان يقدم على حق المرتهن أولى لان حق المالك أقوى ويدل على هذا التقرير تصريح القدرى بذلك في شرحه وقد مرنا نفا تحقيقه أن المصنف ذكر جنابة العبد المرهون أو لا وتقدمه على حق المرتهن عند قوله واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمن الجنابة على المرتهن ثم ذكر دين العبد ثانيا وتقدمه على حق المرتهن عند قوله ولو استهلك العبد المرهون مالا وهذا كله يدل على أن مراد المصنف ما ذكرنا وقال بعضهم في شرحه قوله وحق ولى بالحرى دين العبد مقدم على دين المرتهن ومقدم أيضا على حق ولى الجنابة حتى لو جنى وعليه دين يدفع الى ولى الجنابة ثم يباع للغرماء فأقول هذا في غاية الضعف لان المسئلة التي استشهد بها تدفع كلامه لانه قال دين العبد مقدم على حق ولى الجنابة وفي المسئلة قدم حق ولى الجنابة ثم رتب عليه حق الغرماء وأنه مناقضة لاحتمالها الى هنا لفظ الغاية أقول لا تدافع بين كلام هؤلاء الشراح وبين المسئلة التي استشهدوا بها اذا استنبه على النطن تحقق تقديم حق الغرماء حقيقة على حق ولى الجنابة في تلك المسئلة فانه وان دفع العبد الجاني أو والى ولى الجنابة الا أنه لم يبق في يده بل يبيع ودفع ثمنه الى الغرماء وقد نبه عليه صاحب الكفاية حيث قال لانه وان دفع الى ولى الجنابة أو لا لكن اذا بيع لم يبق للدفع أثر فعمل أن الدين كان مقدا حقيقة انتهى (قوله فان فضل شيء الخ) أقول فيه شيء وهو أن الظاهر من أسلوب تحرير الكتاب أن يكون قوله فان فضل شيء الخ من متفرعات المسئلة السابقة وهي قوله ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته ولا يذهب على ذى مسكة أن المال المستهلك اذا استغرق رقبة العبد لا يتصور أن يفضل على دين الغريم شيء من ثمن العبد الذي يبيع فيلزم

وقوله (لان سقوط الدين أمر لازم فدى أو دفع) يعني أن الراهن إذا خوطب فلا بد له من أحدهما وأيهما كان سقط الدين فلم يجعل  
الراهن في الفداء بقدر الدين متطوعا وقوله (وان كان غائبا) ذكر في الاسرار أن المراد به الغيبة النقطعة قوله (وهذا قول أبي حنيفة  
رحمه الله) وما بعده هو الموعود بقوله وسنين القولين وما بعده واضح الخ

﴿فصل﴾ هذا الفصل كالمسائل المتفرقة التي تذكري في أواخر الكتب (ومن رهن عصيرا قيمته عشرة بعشرة ثم صار خيلا ولم ينقص  
مقداره فهو رهن بعشرة) وان نقص سقط من الدين بقدره ولا معتبر بنقصان القيمة لان الفائت مجرد وصف وبفواته في المكيل والموزون  
لا يسقط شيء من الدين عندهم وانما يتخير الراهن بين أن يفتكه ناقصا بجميع الدين وبين أن يضمن قيمته ويجعله رهنا عنده عند أبي  
حنيفة وأبي يوسف وعند  
(٢٣٨) محمد بن أن يفتكه ناقصا وبين أن يجعله بالدين كما في القلب

إذا انكسر فقوله يساوي  
عشرة وقع اتفاقا

(قال المصنف وهذا قول  
أبي حنيفة رحمه الله)  
أقول قال الامام الزبيدي  
وعن زفر عن أبي حنيفة  
رحمه الله على عكسه أن  
الراهن إذا كان حاضرا  
فالمرتهن لا يكون متطوعا  
في الفداء وان كان غائبا  
كان متطوعا فيه ووجهه  
أن المجني عليه لا يخاطب  
المرتهن حال غيبة الراهن  
لانه ليس بمالك ولا يقدر  
على الدفع ولا يتمكن من  
أخذ العدم منه ما يحضر  
الراهن فلا حاجة له الى  
الفداء فإذا فداءه من غير  
حاجة اليه كان متطوعا  
وأما في حالة حضرته فالمجني  
عليه يخاطبها بالدفع  
والفداء فلا يتوصل  
المرتهن الى استدامته  
الابال فداءه فكان مضطرا

لان سقوط الدين أمر لازم فدى أو دفع فلم يجعل الراهن في الفداء متطوعا ثم ينظر ان كان نصف  
الفداء مثل الدين أو أكثر بطل الدين وان كان أقل سقط من الدين بقدر نصف الفداء وكان العبد  
رهنا عما بقي لان الفداء في نصف كان عليه فإذا أذاه الراهن وهو ليس بمطوع كان له الرجوع عليه  
فيصير قاصا بدينه كأنه أوفى نصفه فيبقى العبد رهنا بما بقي (ولو كان المرتهن فدى والراهن حاضر  
فهو متطوع وان كان غائبا لم يكن متطوعا) وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد  
والحسن وزفر وجههم الله المرتهن متطوع في الوجهين لانه فدى ملك غيره بغير أمره فأشبه الاجنبي  
وله أنه إذا كان الراهن حاضرا أمكنه مخاطبته فإذا فاداه المرتهن فقد تبرع كالأجنبي فأما إذا كان  
الراهن غائبا تذر مخاطبته والمرتهن يحتاج الى اصلاح المضمون ولا يمكنه ذلك الا باصلاح الامانة  
فلا يكون متبرعا قال (واذا مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين) لان الوصي قائم مقامه  
ولو بولي الموصي حيا بنفسه كان له ولاية البيع باذن المرتهن فكذا لو وصيه (وان لم يكن له وصي  
نصب القاضي له وصيا وأمره يبيعه) لان القاضي نصب ناظر لحقوق المسلمين اذا عجزوا عن النظر  
لانفسهم والنظر في نصب الوصي ليؤدي ما عليه لغيره ويستوفي ماله من غيره (وان كان على الميت دين  
فرهن الوصي بعض التركة عند غريم من غرمائه لم يجز ولا آخرين أن يردوه) لانه أثر بعض الغرماء  
بالإبقاء الحكمي فأشبه الاشارة بالإبقاء الحقيقي (فان قضى دينهم قبل أن يردوه جاز) لزوال المانع  
بوصول حقهم اليهم (ولو لم يكن لبيت غريم أخرج الرهن) اعتبارا بالإبقاء الحقيقي (ويبيع في دينه)  
لانه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده (واذا ارتهن الوصي بدين لبيت على رجل جاز) لانه استيفاء  
وهو عليك قال رضي الله عنه وفي رهن الوصي تفصيلات تذكرها في كتاب الوصايا ان شاء الله تعالى  
﴿فصل﴾ قال (ومن رهن عصيرا بعشرة قيمته عشرة فتخمر ثم صار خيلا يساوي عشرة فهو رهن  
بعشرة)

أن لا ينتظم المعنى اللهم الآن يكون قوله فان فضل شيء الخ مسألة مبيانية للسئلة الاولى مقابلتها  
لا متفرعة عليها ويكون الفاء في قوله فان فضل لمجرد الترتيب الذي كما تستعمل الفاء في هذا المعنى  
أيضا على ما عرف في علم الادب تأمل  
﴿فصل﴾ هذا الفصل بمنزلة المسائل المتفرقة المذكورة في أواخر الكتب فلذلك أحزه استندرا كما لمافات

اليه فلا يكون متطوعا كغير الراهن وصاحب العلو إذا أتى السفلى ثم بنى عليه علوه انتهى ولا يخفى أن هذا الوجه لان  
يرد اعتراضا على ظاهر الرواية ولا يخفى ان خلاص عنه عن الاشكال

﴿فصل﴾ ومن رهن عصيرا (قال المصنف ومن رهن عصيرا بعشرة وقيمته عشرة فتخمر ثم صار خيلا يساوي عشرة الخ) اقول قال  
الزبيدي يشير الى أن المعترف به في الزيادة والنقصان القيمة وليس كذلك بل المعترف به القدر لان العصور والخلل من المقدرات لانه امام مكيل  
أو موزون وفيها نقصان القيمة لا يوجب سقوط شيء من الدين كما في انكسار القلب وانما يوجب الخيار على ما ذكرنا لان الغائب  
فيه مجرد الوصف وفوات شيء من الوصف في المكيل والموزون لا يوجب سقوط شيء من الدين باجتماع الصحابة فيكون الحكم فيه انه ان  
نقص شيء من القدر سقط بقدره من الدين والافلات انتهى فكان الاصول أن يقول بدل قوله يساوي عشرة الخ والقدر ارباق  
على حاله

وقوله (لان ما يكون محلا للبيع) يعني أن الرهن كالبيع في الاحتياج الى المحل فيعتبر محله وجزءه والجزء لا يصلح محلا للبيع ابتداءً ويصلح بقاء حتى ان من اشترى عصيراً فتمخر قبل القبض لم يبطل عقده فكذلك في الرهن ولقائل أن يقول ما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء فبإل هذا يختلف عن ذلك الاصل ويمكن أن يجاب عنه بأنه كذلك فيما يكون المحل باقياً وهنأ يتبدل المحل حكماً بتبدل الوصف فلذلك تختلف عن ذلك الاصل واعلم أن العصري المرهون اذا تمخر فاما أن يكون الراهن والمرتهن مسلمين أو كافرين أو يكون الراهن وحده مسلماً أو بالعكس فان كانا كافرين فالرهن بماله تخلل أو لم يتخلل وفي الاقسام الباقية ان يتخلل فكذلك واليه يلوح اطلاق المصنف رحمه الله حيث قال ثم صار خلا يعني بنفسه وان لم يتخلل بنفسه فهل للمرتهن أن يتخلله أو لانيه تفصيل ان كانا مسلمين أو كان الراهن مسلماً جاز تخليله لان المالية وان تلفت بالتخمر بحيث لا يضمن وذلك يسقط الدين لكن اعادتها ممكنة بالتخلل فصار كخصايص الرهن من الجنابة والمرتهن ذلك واذا جاز ذلك في المسلمين والخمر ليست محمل بالنسبة اليهم فلا يجوز في المرتهن الكافر أو لانيها محمل بالنسبة اليه وأما اذا كان الراهن كافراً فله أن يأخذ الرهن والدين على حاله لان صفة الخمر لا تعدم المالية في حقه فليس للمرتهن السلم تخليله فان تخللها ضمن قيمتها يوم خللها لانه صار غاصباً بما صنع كولو غصب خمر ذمى فخللها فخلل له وتوقع المقاصة ان كان الدين من جنس القيمة ويرجع بالزيادة ان نقصت قيمتها يوم التخليل من دينه وقوله (فهو رهن بدرهم) يعني ان كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهما وأما اذا كانت قيمته يومئذ درهمين فهو رهن بدرهمين ويعرف ذلك بأن ينظر الى قيمة الشاة حية ومسلوخة فان كانت قيمتها خمسة عشرة وقيمتها مسلوخة تسعة كانت قيمة الجلد يوم الارتهان درهما وان كانت قيمتها مسلوخة ثمانية كانت درهمين هذا اذا كانت القيمة مثل الدين فان كانت أكثر وأقل فهي مذكورة في النهاية

(٢٣٩)

قال (وعناء الرهن للراهن الخ)  
 الاصل ان الاوصاف  
 القارة في الامهات تسرى الى  
 الاولاد اذا كانت سالحة  
 لاحكامها والرهن منها لكونه  
 حقاً لازماً اذا لازم هو القار  
 والقار ما يكون ثابتاً في  
 جملة الام ولا ينفرد من عليه  
 بابطال حكمه ككونها حرة  
 وقنة ومبيعة ومكاتبه  
 ومدبرة وانما فسرنا بذلك

لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن اذا التحلية بالمالية فيهما والخمر وان لم يكن محلا للبيع ابتداءً فهو محمل له بقاء حتى ان من اشترى عصيراً فتمخر قبل القبض يبقى العقد الا أنه يتخبر في البيع لتغير وصف المبيع بمنزلة ما اذا تعيب (ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فديبع جلدتها فصار يساوي درهما فهو رهن بدرهم) لان الرهن يتقرر بالهلاك فاذا حي بعض المحل يعود حكمه بقدره بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فديبع جلدتها حيث لا يعود البيع لان البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض والمنتقض لا يعود أما الرهن يتقرر بالهلاك على ما بيناه ومن مشايخنا من يمنع مسألة البيع ويقول يعود البيع قال (وعناء الرهن للراهن وهو مثل الولد

فيماسبق (قوله لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن اذا التحلية بالمالية فيهما والخمر وان لم يكن محلا للبيع ابتداءً فهو محمل له بقاء) أقول لقائل أن يقول لو كان مداره مسئلتنا المذكورة على هذا القدر من

لثلاث ترد كقالة الحرة فانها ما تسرى الى الاولاد والذكاة بعد كمال الحول كذلك فانها ما يثبتان في ذمة الكفيل والمالك لافي عين الامهات ولثلايررد ولد الجنانية فان من عليه يتفرد بالابطال باختيار القداء وانما قيدنا الاولاد بصلاحيتهن الاحكام الاوصاف لثلايررد ولد المغصوبة والمستأجرة والمنكوحه والموصى بخدمتها لان الاولاد حين الولادة لم تصلح لاحكام هذه الاوصاف أما في غير الغصب فظاهر

قال المصنف لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن) أقول منقوض بالشائع والجواب أن فيه مانعاً (قوله ويمكن أن يجاب عنه بأنه كذلك فيما يكون المحل باقياً) أقول فيه بحث لان مال ما ذكره أن يكون السالب لقابلية التحلية وهو يتبدل وصف العصرية الى التجرية معها الها والاولى أن يجاب بان الخمر قابل لحكم البيع وهو الملك ابتداءً وبقاءً كما اذا كان مسلم عصيراً فتمخر فانه لا يخرج به عن ملكه فاذا مات يرثه قريبه المسلم فيثبت له الملك ابتداءً وبقاءً والعقود شرعت لاحكامها وانما لم يكن محلا للعقد ابتداءً للنهي عن الاقتراب والاعتراض ولو لا بوجده ذلك في البقاء فليتأمل (قوله وان الخمر ليست محمل) أقول للرهن ابتداءً (قوله لانها محمل بالنسبة اليه) أقول نعم الا أنه ليس كتخليص الرهن من الجنابة بالنسبة اليه لكن لا غرو فان كونه كذلك بالنسبة الى الراهن كاف (قوله وانما فسرنا الخ) أقول أي لازم (قوله فانها ما يثبتان في ذمة الكفيل والمالك لافي عين الامهات) أقول هذا تعليل لقوله لثلايررد الخ يعني لافي جملتها أي في جملة الكفيل والام التي ثبت حق الزكاة فيها وفيه تأمل فان كونها ما لا يثبت فيه حق الزكاة وصف ثابت بجملتها ثم أقول ولك أن تقول يخرج الجواب عن ولد المستأجرة والموصى بخدمتها بانها ما لا يثبتان في عين الامهات لكون كل منهما ما عقدت على المنفعة (قوله ولثلايررد ولد الجنانية فان من عليه الخ) أقول لفظه من عبارة عن المولى (قوله يتفرد بالابطال) أقول أي بابطال الجنابة عن الام بالتزامها في ذمته باختيار القداء (قوله باختيار القداء) أقول فعلى هذا لو كانت وصفاً ظاهراً لا يرد نقض عدم ثبوتها للام

وأما في الغصب فلان الضمان به يعتمد قبضاً مقصوداً بغير حق ولم يتحقق في الولد وإذا ظهر هذا علم أن نماء الرهن كالبن والثمر والصوف والولد الراهن لأنه متولد من ملكه ويكون رهناً مع الأصل لأنه تبع له ففي الأصل وصفان لازمات الملك وكونه رهناً فيسرى إلى الولد فان هلك الولد هلك بغير شيء لأن الاتباع لا يقطع لهما مما يقابل بالأصل اذ لم تكن مقصودة لانها لم تدخل تحت العقد مقصوداً اذ اللفظ لم يتناولها وان هلك الأصل (٢٤٠) وبقي النماء افتسكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم

والثمر واللبن والصوف) لأنه متولد من ملكه ويكون رهناً مع الأصل لأنه تبع له والرهن حق لازم فيسرى إليه (فان هلك هلك بغير شيء) لان الاتباع لا يقطع لهما مما يقابل بالأصل لانها لم تدخل تحت العقد مقصوداً اذ اللفظ لا يتناولها (وان هلك الأصل وبقي النماء افتسكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض وقيمة النماء يوم الفكالك) لان الرهن يصير مضموناً بالقبض والزيادة تصير مقصودة بالفكالك اذ بقي الى وقته والتبع يقابل به شيء اذا صار مقصوداً كولد المبيع فما أصاب الأصل يسقط من الدين لأنه يقابل به الأصل مقصوداً وما أصاب النماء افتسكه الراهن لما ذكرنا وصور المسائل على هذا الأصل تخرج وقد ذكرنا بعضها في كفاية المنتهى وتامه في الجامع والزيادات (ولو رهن شاة بعشرة وقيمة عشرة وقال الراهن للرتهن احلب الشاة فاحلبت فهو لك حلال فحلب وشرب فلا ضمان عليه في شيء من ذلك) أما الاباحة فيصح تعليقها بالشرط وانظر لانها اطلاق وليس بتعليق فتصح مع الخطر (ولا يسقط شيء من الدين) لأنه أنلفه بأذن المالك (فان لم يفتك الشاة حتى ماتت في يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذي شرب وعلى قيمة الشاة فما أصاب الشاة سقط وما أصاب اللبن أخذ هذه المرتهن من الراهن) لان الدين تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن والفعل حصل بتسليط من قبله فصارت الرهن أخذته وأنلفه فكان مضموناً عليه فيكون له حصته من الدين فيبقى بحصته وكذلك ولد الشاة اذا أذن له الراهن في أكله وكذلك جميع النماء الذي يحدث على هذا القياس

القبض لأنه مضمون بالقبض كما تقدم وقيمة النماء يوم الفكالك لأنه انما صار مضموناً به ولو هلك قبله هلك مجاناً والتبع يقابل به شيء اذا صار مقصوداً كولد المبيع فانه يكون له حصة من الثمن اذا صار مقصوداً بالقبض والزيادة ههنا صارت مقصودة بالفكالك فيخصه شيء من الدين فما أصاب الأصل يسقط من الدين بقدره لأنه يقابل به الأصل مقصوداً وما أصاب النماء افتسكه الراهن به وقوله (وصور المسائل على هذا الأصل) يعني ما ذكرنا من قسمة الدين على قيمتهما يوم القبض والفكالك (تخرج) وفي ذلك كثرة وتطويل فأعرض عنها وتابعناه في ذلك وقوله (فيصح تعليقها بالشرط) يريد بالشرط قوله فاحلبت فان كلمة ما تضمنت معنى الشرط ولهذا دخل الفاء في خبرها وقوله (لأنه أنلفه بأذن المالك) فيه إشارة الى أنه لو أنلف بغير إذنه ضمن وكانت القيمة رهناً مع الشاة وكذا الوفاة الراهن ذلك بدون اجازة المرتهن

التعليل لما ظهر فائدة قوله ثم صار خلاف في وضع المسئلة بل كان يكفي أن يقال ومن رهن عصيراً بعشرة فتخمر فهو رهن بعشرة لكفاية التعليل المذكور بعينه في اثبات هذا المعنى العام فتأمل قال صاحب العناية ولقائل أن يقول ما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء فبال هذا الخلف عن ذلك الأصل قال ويمكن أن يجاب عنه بأنه كذلك فيما يكون المحل باقياً وههنا يتبدل المحل حكماً بتبدل الوصف فذلك الخلف عن ذلك الأصل انتهى أقول في الجواب بحث اذ لقائل أن يعودو بقوله لو كان يتبدل المحل ههنا يتبدل الوصف كان ينبغي أن يبطل العقد فيما اذا اشترى عصيراً فتخمر قبل القبض اذ على تقدير تبدل المحل يلزم أن يكون المبيع هالكاً قبل القبض في هاتيك الصورة وقد قالوا في المسئلة الآتية ان المبيع ينتقض بالهلاك قبل القبض وان المنتقض لا يعود مع أنه ذكر في الكتاب أن من اشترى عصيراً فتخمر قبل القبض يبقى العقد الأنة يتخمر في البيع فان قيل هذا التبدل ليس بتبدل حقيقي بل هو تبدل حكيم كما صرح به صاحب العناية والذي يستلزم كون المبيع هالكاً انما هو التبدل الحقيقي دون الحكمي قلنا فلقائل أن يقول ما بال هذا التبدل الحكمي كان له تأثير في الخلف عن ذلك الأصل المقرر ولم يكن له تأثير في كون المبيع هالكاً وما الفارق بينهما وبالجملة للكلام مجال في كل حال وأورد بعض الفضلاء على الجواب المزبور بوجه آخر حيث قال فيه بحث لان مال ما ذكره أن يكون السالب لقابلية المحلية وهو تبدل وصف العصرية الى الخيرية مع محالها وقال الولد ان يجب ان المرهون يقابل الحكم المبيع وهو الملك ابتداء وبقاء كما اذا كان لمسلم عصيراً فتخمر فانه لا يخرج به عن ملكه فاذا مات ورثه

قال

رقوله وأما في الغصب فلان الضمان به يعتمد قبضاً مقصوداً بغير حق (أقول واذا انعدم سبب الغصب وهو القبض مقصوداً انعدم حكمه لاحالة) وقوله وقيمة النماء يوم الفكالك لأنه انما صار مضموناً به (أقول الضمير في به راجع الى الفكالك) (قوله اذا صار مقصوداً بالقبض) أقول اذا مات الام

قال (وتجوز الزيادة في الرهن الخ) الزيادة في الرهن مثل أن يرهن ثوباً بعشرة يساوي عشرة ثم زيد الرهن ثوباً آخر ليكون مع الأول رهناً بالعشرة جاز عند علمائنا رحمه الله والزيادة على الدين (٢٤١) لا تجوز عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي

قال (وتجوز الزيادة في الرهن ولا تجوز في الدين) عند أبي حنيفة ومحمد ولا يصير الرهن رهناً لها وقال أبو يوسف تجوز الزيادة في الدين أيضاً وقال زفر والشافعي لا تجوز فيهما والخلاف معهما في الرهن والثمن والمثمن والمهر والمنكوحه سواء وقد ذكرناه في البيوع ولا يبي يوسف في الخلافية الأخرى أن الدين في باب الرهن كالثمن في البيع والرهن كالثمن فجوز الزيادة فيهما كما في البيع والجامع بينهما الالتحاق بأصل العقد للعاجحة والامكان ولهما وهو القياس أن الزيادة في الدين توجب الشئوع في الرهن وهو غير مشروع عندنا والزيادة في الرهن توجب الشئوع في الدين وهو غير مانع من صحة الرهن الأخرى أنه لو رهن عبداً بمائة من الدين جاز وإن كان الدين ألفاً وهذا شئوع في الدين والالتحاق بأصل العقد غير ممكن في طرف الدين لأنه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن وكذا يبقى بعد انقضاءه والالتحاق بأصل العقد في بدلي العقد بخلاف البيع لأن الثمن بدل يجب بالعقد ثم إذا صححت الزيادة في الرهن

يوسف وقال زفر والشافعي لا تجوز الزيادة فيهما جميعاً والخلاف معهما في الرهن والثمن والمثمن والمهر والمنكوحه وهو أن زوج المولى أمته من رجل بالف ثم زوج أمته أخرى بذلك الألف وقبل الزوج يصح العقدان ويقسم الألف عليهما وذكروا في الأسرار وطريقة البرعزى وغير ذلك أن ذلك لم يصح ونقل عن حميد الدين الضرير رحمه الله أنه قال يجوز أن يكون مرادهم من قولهم لا تجوز الزيادة في المنكوحه أن يقول المولى زدتك أمة أخرى بذلك المهر أما لو قال زوجتك هذه الأمة الأخرى بذلك المهر لزم أن يصح وقوله (الأخرى أنه لو رهن عبداً بمائة) يعني من الدين الذي هو ألف فيكون بنصف الدين كان جائزاً ولو رهن ثوباً بعشرين نصفه بعشرة ونصفه بعشرة يصح وقوله (والالتحاق بأصل العقد) أفساد للجامع الذي ذكره أبو يوسف رحمه الله وهو واضح وحاصله أن الالتحاق بأصل العقد إنما يتصور إذا كانت الزيادة في المعقود عليه أو المعقود به والزيادة في الدين ليست

قريبه المسلم فيثبت له الملك ابتداءً وبقاءً والعقد شرعت لأحكامها وأعمالها يمكن محلاً للعقد ابتداءً للنهي عن الاقتراب والاعتزاز ولا يوجد ذلك في البقاء فليتأمل انتهى إلى هنا كلامه أقول جوابه الذي عده أولى ليس بشئ لأن مورد السؤال الذي ذكره صاحب العناية بقوله ولقائل أن يقول الخ إنما هو قولهم في تعليل هذه المسئلة أن ما يكون محلاً للبيع يكون محلاً للرهن والخمران لم يكن محلاً للبيع ابتداءً فهو محمل له بقاء حيث ورد عليه أن ما يرجع إلى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء فإمعن في كون الخمر محلاً للبيع في البقاء دون الابتداء ولا شك أن القول بأن الخمر قابل لحكم البيع وهو الملك ابتداءً وبقاءً لا يدفع السؤال المنزور المذكور على قولهم في التعليل المذكور أن الخمران لم يكن محلاً للبيع ابتداءً فهو محمل له بقاءً يكون ما له تغيير تعليلهم المذكور إلى أن يقال إن ما يكون محلاً للبيع يكون محلاً للرهن والخمر قابل لحكم البيع ابتداءً وبقاءً فكذلك في الرهن وهذا مع كونه عدولاً عن تعليلهم المرضي عندهم ليس بصحيح في نفسه إذ لا ريب أن ما يكون محلاً للبيع وهو ملك العين لا يكون محلاً للرهن فإن حكم الرهن إنما هو بثبوت يداً الاستيفاء والخمس للترهن لا غير كما تقرر فيما مر (قوله ولهما وهو القياس أن الزيادة في الدين توجب الشئوع في الرهن الخ) أقول لقائل أن يقول لا فائدة لقوله وهو القياس في أننا ذكر دليله ما لأن دليل أبي يوسف أيضاً هو القياس كما أفصح عنه تقرر بالمصنف إياه حيث قال إن الدين في باب الرهن كالثمن في البيع والرهن كالثمن ثم قال والجامع بينهما الالتحاق بأصل العقد للعاجحة والامكان وعن هذا ترك صاحب الكافي القيد المذكور أعني قوله وهو القياس في أثناء تقرر دليلهما والجواب أنه ليس مراد المصنف ههنا بقوله وهو القياس الاحتراز عن أصل أبي يوسف في هذه المسئلة التي هي الخلافية الأخرى وهي مسئلة الزيادة في الدين بل مراده بذلك هو الاحتراز عن أصل أئمتنا الثلاثة في الخلافية الأولى وهي مسئلة الزيادة في الرهن فإن أصلهم فيها هو الاستحسان كما صرح به في النهاية وغيرها والساعت على تقيد المصنف ههنا بهذا الاحتراز هو أنها لم تكن دليل أبي يوسف في الخلافية الأخرى هو القياس كما أفصح عنه تقرر ما زان يتوهم أن دليله ما في هذه المسئلة هو الاستحسان لكونه ما في خلافية ههنا فثبت على أن أصلهما أيضاً هو القياس في هذه المسئلة وإنما الاستحسان أصلهم في الخلافية الأولى (قوله والالتحاق بأصل العقد غير ممكن في طرف الدين لأنه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن) أقول لقائل أن يقول سبق وجوبه على الرهن البتة ممنوع لجواز أن

(٣١ - تكمله ثامن) قال المصنف وتجوز الزيادة في الرهن ولا تجوز في الدين) أقول معناه لا يكون الرهن رهناً بالزيادة لأن نفس زيادة الدين على الدين غير صحيحة لأن الاستدانة بعد الاستدانة قبل قضاء الدين الأول جائزاً جاعاً (قال المصنف وقد ذكرناه في البيوع) أقول المذكور فيه خلافاً في زيادة الثمن وحطه لا غير (قوله أن يقول المولى زدتك أمة أخرى) أقول فإنه ليس فيه لفظ التزويج

في شيء من ذلك أما أنه غير معقود عليه فظاهر وأما أنه ليس بمعقود به فلو جوبه بسببه قبل عقد الرهن بخلاف الرهن فإنه معقود عليه لأنه لم يكن محبوسا قبل عقد الرهن ولا يبقى بعده وقوله (وتسمى هذه زيادة قصدية) يعني بخلاف نكاح الرهن فإنه ليس زيادة قصدية بل ضمنية ولهذا اختلفا حكما وقوله (واذ اولت المرهونة ولدا) يعني اذا رهن جارية بالف تساوى ألفا فولدت ولدا يساوى ألفا فقال الراهن زدتك هذا العبد مع الولد رهنا وهو أيضا يساوى ألفا جاز العقد ويكون العبد رهنا مع الولد دون الام فينظر الى قيمة الولد يوم الفكاك والى قيمة الام يوم العقد فما أصاب الولد قسم على قيمته يوم الفكاك وقيمة العبد يوم قبضه لأنه دخل في ضمانه بالقبض فان مات الولد بعد الزيادة بطلت لأنه اذا هلك خرج من العقد وصار كأن لم يكن فبطل الحكم في الزيادة ولو قال الراهن زدتك هذا العبد مع الام (٣٤٣) قسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض

وتسمى هذه زيادة قصدية يقسم الدين على قيمة الاول يوم القبض وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خمسمائة وقيمة الاول يوم القبض ألفا والدين ألفا يقسم الدين أنسلا في الزيادة ثلث الدين وفي الاصل ثلثا الدين اعتبارا بقيمتهم ما في وقتي الاعتبار وهذا ان الضمان في كل واحد منهما يثبت بالقبض فتعتبر قيمة كل واحد منهما وقت القبض (واذ اولت المرهونة ولدا) ان الراهن زاد مع الولد عبدا وقيمة كل واحد ألف فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم ما في الولد عليه وعلى العمد الزيادة) لأنه جعله زيادة مع الولد دون الام (ولو كانت الزيادة مع الام يقسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض فما أصاب الام قسم عليها وعلى ولدها) لان الزيادة دخلت على الام قال (فان رهن عبدا يساوى ألفا بألف ثم أعطاه عبدا آخر قيمته ألف رهنا مسكان الاول فالاول رهن حتى يرد الى الراهن والمسترين في الآخر أمين حتى يجعله مسكان الاول) لان الاول انما دخل في ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان الا بنقض القبض مادام الدين باقيا واذا بقي الاول في ضمانه لا يدخل الثاني في ضمانه لانهم مارضا بدخول أحدهما فيه لا بدخولهما فاذا رد الاول دخل الثاني في ضمانه ثم قيل يشترط تجديد القبض لأن رد المرتهن على الثاني بدأمانة ويد الرهن بد استيفاء وضمن فلا ينوب عنه كمن له على آخر جيات فاستوفى زيوفا ظنها جيات ثم علم بالزيادة وطالبه بالجيات وأخذها فان الجيات امانة في يده ما لم يرد الزيوفا ويجدد القبض وقيل لا يشترط لان الرهن تبرع كالهبة على ما بيناه من قبل وقبض الامانة ينوب عن قبض الهبة ولان الرهن عينه امانة والقبض برد على العين فينوب قبض الامانة عن قبض العين (ولو أربأ المرتهن الراهن عن الدين أو وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن بهلك بغير شيء استحسانا) خلافا لفرلان الرهن مضمون بالدين أو بجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالابراء والهبة يكون الدين الذي يزيد يتاحد باحدا مما عوجب متأخر عن عقد الرهن من الاستقراض وغيره والحواب أن الكلام في الالتحاق باصل العقد فالدين وان كان متأخرا عن أصل عقد الرهن الا أنه يثبت بالالتحاق باصل العقد تسمية جديدة فتصير كالرهن الابتدائي ولا شك أن زمان وجوب الدين الجديد مقدم على زمان التحاقه بالأصل فان الالتحاق فرع التحقق فلهذا حكم بسبق وجوبه على الرهن البتة تأمل تفهم

فما أصاب الام قسم عليها وعلى ولدها لان الزيادة دخلت على الام فصارت كأنها كانت في أصل العقد فيكون الولد دخلا في حصة الام خاصة فان ماتت الام بعد الزيادة ذهب ما كان فيها وبقي الولد والزيادة نكاح فيها لان هلاك الام لا يوجب سقوط الضمان بل يقرره فلا يبطل الحكم في الزيادة ولو مات الولد بعد الزيادة ذهب بغير شيء وكان العقد في الام ولا ولد معها قال (فان رهن عبدا يساوى ألفا الخ) كلامه واضح وقوله (على ما بيناه من قبل) يعني في صدر كتاب الرهن في تعليقه ان تمام الرهن بالقبض وقوله (خلافا لفرلان رحمه الله) هو يقول ان الضمان في

باب الرهن انما يجب باعتبار القبض وهو قائم فكان ما بعد الابراء وما قبله سواء ولهذا كان مضمونا ولا بعد الاستيفاء وان لم يبق الدين بعده ولنا ما ذكر في الكتاب أن الرهن مضمون بالدين أو بجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالابراء أي بسببه

(قوله وأمانه ليس بمعقود به فلو جوبه) أقول الأصوب أن يقول أما أنها ليست في المعقود عليه فظاهر وأما أنها ليست بالمعقود به فلان الدين واجب بسببه قبل عقد الرهن وانما قلنا ان الأصوب ذلك لان ظاهر تقديره يدل على ان المقصود بالثني كون الزيادة مقصورا عليها وبها وليس كذلك اظهروا أنها ليست واجبة قبل عقد الرهن فلما تأمل وتوجيه ما ذكره المصنف ارجاع الضمير الى المخلق به المعلوم من سياق الكلام (قوله فان مات الولد بعد الزيادة) أقول قبل الفكاك (قوله وان لم يبق الدين بالابراء) أقول لفظ الابراء ليس في محله كما لا يخفى (قوله أول توهم الوجوب الخ) أقول فيه بحث وفي بعض النسخ عند توهم الوجود وهو الصحيح

ولاجهته لسقوطه فلم يبق الرهن مضمونا بالدين فان قيل سقوط الدين لا يوجب سقوط الضمان فانه اذا طلبه الراهن ومنع المرتهن بعد الابراء فانه يضمن وقد سقط الدين اجاب بقوله الا اذا احدث منعا لانه يصير به خاصا بالانتفاء ولا يمتنع والجواب عن صورة الاستيفاء ما ذكره على وجه الفرق بقوله ان الابراء يسقط الدين أصلا كما ذكرنا بالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب وهو العقد الذي لزم الدين به الا انه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبته مثله فيفضي الى الدور وقوله (فاما هو) يعني تعذر الاستيفاء فاما الدين فهو قائم في نفسه وهو تكرر التوكيد (فاذا هلك) يعني الرهن بتقرر الاستيفاء الاول وهو الحكمي فانتقض الاستيفاء الثاني وهو الحقيقي لثلاث تكرر الاستيفاء وقوله (وكذا اذا اشترى) معطوف على قوله ولو استوفى وقوله (لانه) أي لان كل واحد من الشراء والصلح على عين استيفاء فيجب عليه رد الرهن ان كان

(٢٤٣)

الرد وقوله (لانه) يعني البراءة بطريق الاداء اشارة الى الجواب عما يقال نمة المحيل تبرأ بالحالة عما عليه فكان ينبغي أن يكون بمعنى الابراء فيها كما أمانة ووجه ذلك ما أشار اليه أن الحوالة وان كانت ابراء لكنها طريق الاداء دون الاسقاط (لانه يزول به) أي بعقد الحوالة الخ وقوله (لانه) يعني المحال عليه (بمثلة الوكيل) عن المحيل بقضاء الدين وقوله (وكذلك لو تصادقا على أن لا دين ثم هلك الرهن الخ) اختيار بعض المشايخ اخذوا المصنف ومنهم من قال اذا كان التصديق بعد هلاك الرهن والدين كان واجبا ظاهرا فهو كذلك فان وجوبه ظاهرا يكفي لضمان الرهن فكان مستوفيا فاما اذا كان قبله هلك أمانة

ولاجهته لسقوطه الا اذا احدث منعا لانه يصير به خاصا بالذم بقوله ولاية المنع (وكذا اذا اذرت هنت المرأة رهنا بالصداق فأبرأته أو وهبته أو ارتدت والعياذ بالله قبل الدخول أو اختلفت منه على صداقها ثم هلك الرهن في يدها بهلك بغير شيء في هذا كله ولم تضمن شيئا) لسقوط الدين كما في الابراء ولو استوفى المرتهن الدين بابقاء الراهن أو بابقاء متطوع ثم هلك الرهن في يده بهلك بالدين ويجب عليه رد ما استوفى الى ما استوفى منه وهو من عليه أو المتطوع بخلاف الابراء ووجه الفرق أن الابراء يسقط الدين أصلا كما ذكرنا بالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب الا انه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبته مثله فاما هو في نفسه فقائم فاذا هلك بتقرر الاستيفاء الاول فانتقض الاستيفاء الثاني (وكذا اذا اشترى بالدين عينا أو صلح عنه على عين) لانه استيفاء (وكذلك اذا حال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة ويهلك بالدين) لانه في معنى البراءة بطريق الاداء لانه يزول به عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه أو ما يرجع عليه به ان لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين لانه بمنزلة الوكيل (وكذا لو تصادقا على أن لا دين ثم هلك الرهن بهلك بالدين)

(قوله ووجه الفرق أن الابراء يسقط الدين أصلا كما ذكرناه بالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب الا انه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبته مثله فاذا هلك بتقرر الاستيفاء الاول فانتقض الاستيفاء الثاني) المراد بالاستيفاء الاول هو الاستيفاء الحكمي وبالأستيفاء الثاني هو الاستيفاء الحقيقي كذا في عامة الشروح أقول ههنا نوع اشكال وهو أن الاستيفاء الحكمي الذي ثبت للمرتهن بقبض الرهن اما أن ينتقض باستيفائه الدين حقيقة بابقاء الراهن أو بابقاء متطوع قبل هلاك الرهن أو لم ينتقض بل بقي على حاله فان انتقض لم يتم قوله فاذا هلك بتقرر الاستيفاء الاول اذ قد تقرر عندهم أن المنتقض لا يعود وقد مر في الكتاب غير مرة وان لم ينتقض بل بقي على حاله يلزم أن يتكرر الاستيفاء عند استيفائه الدين بابقاء الراهن أو بابقاء متطوع وتكرره مؤداه الى الباطل كما مر أيضا غير مرة ويمكن أن يجاب عنه بأنه غير منتقض بل باق على حاله ولكنه في قوة الزوال والانتقاض برد المرتهن الرهن على الراهن سيما اذا وجب الرد عليه عند تحقق الاستيفاء الحقيقي كما فيما نحن فيه فكان الاستيفاء لم يتكرر عند الاستيفاء الحقيقي ما لم يتقرر الاستيفاء الحكمي بهلاك الرهن في يد المرتهن فلم يحصل فاسد هذا غاية ما يمكن في التقصي عن ذلك الاشكال وان كان لا يخلو عن نوع تكلف

لان تصادقهما ينتفي الدين من الاصل وضمان الرهن لا يبقى بدون الدين

(قوله يسقط الدين أصلا كما ذكرنا) أقول أيضا (قوله وبالأستيفاء لا يسقط) أقول يعني لا يسقط الدين (قوله لقيام الموجب) أقول يعني الموجب للدين (قوله أو قيمته ان هلك في يده قبل الرد) أقول ولا ينتقض الشراء والصلح (قال المصنف وكذا لو تصادقا على أن لا دين) أقول قال الزيلعي قال في الكافي ذكر شمس الأئمة السرخسي في المبسوط اذا تصادقا أن لا دين بقي ضمان الراهن اذا كان تصادقهما بعد هلاك الرهن لان الدين كان واجبا ظاهرا حين هلك الرهن ووجوب الدين ظاهرا يكفي لضمان الرهن وأما اذا تصادقا على أن لا دين والرهن قائم ثم هلك بهلك أمانة لانه تصادقهما ينتفي الدين من الاصل وضمان الرهن لا يبقى بدون الدين وذكر الاستيعاب أي أنها اذا تصادقا قبل الهلاك ثم هلك الرهن اختلف مشايخنا فيه والصواب ليهلك مضمونا انتهى واختيار المصنف هلا كما مضمونا في صورتين كما لا يخفى

ووجه مختار للمصنف ما ذكره من توهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه يعني بعد التصديق على عدمه لجواز أن يتذكر أو وجوبه بعد التصديق على انتفائه فتكون الجهة باقية وضمن الرهن متحقق بتوهم الوجوب وقوله (بخلاف الإبراء) راجع إلى قوله ولو استوفى وذلك لأنه من ثمة إلى ههنا نقوض على جواب الاستحسان في صورة الإبراء والاولى أن يرجع إلى قوله فتكون الجهة باقية

﴿ كتاب الجنایات ﴾

ذكر الجنایات عقب الرهن لان (٢٤٤) الرهن لصيانة المال وحكم الجنایة لصيانة النفس والمال وسيلة للنفس

فكان مقدما عليها ومحاسن أجزئتها محاسن الحدود والجنایة في اللغة اسم لما يكتسب من الشرسمية بالمصدر من جنى عليه شرا وهو عام الأنة في الشرع خص بفعل محرم شرعا حل بالنفوس والاطراف والاول يسمى قتلا وهو فعل من العباد تزول به الحياة والثاني يسمى قطعاً وجرحاً وسببها سبب الحدود وشرطها كون المجل حيواناً قال (القتل على خمسة أوجه) القتل الذي يتعلق به حكم من قصاص ودية وكفارة وحرمان ارتن خمسة أوجه وذلك لان اقداسه تقر بنا فوجدنا ما يتعلق به شيء من الاحكام المذكورة

لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه فتكون الجهة باقية بخلاف الإبراء والله أعلم

﴿ كتاب الجنایات ﴾

قال (القتل على خمسة أوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما أجرى مجرى الخطأ والقتل بسبب)

(قوله بخلاف الإبراء) قال صاحب العناية قوله بخلاف الإبراء راجع إلى قوله ولو استوفى وذلك لأنه من ثمة إلى ههنا نقوض على جواب الاستحسان في صورة الإبراء وقال والاولى أن يرجع إلى قوله فتكون الجهة باقية انتهى أقول لا مساغ عندي لان يكون قوله ههنا بخلاف الإبراء راجع إلى قوله ولو استوفى لان المصنف قال بعد ذكر مسألة استيفاء المترهن الدين فيما مر بخلاف الإبراء وبين وجه الفرق بين الإبراء والاستيفاء مستوفى فلو كان قوله ههنا بخلاف الإبراء راجعاً إلى قوله ولو استوفى لتكرر الخطأ في كلامه وطاشه عن ارتكاب مثل ذلك

﴿ كتاب الجنایات ﴾

أورد الجنایات عقب الرهن لان كل واحد منهما للوقاية والصيانة فان الرهن وثيقة لصيانة المال وحكم الجنایة لصيانة النفس الأبرى إلى قوله تعالى ولكم في القصاص حكمة ولما كان المال وسيلة لبقاء النفس قدم الرهن على الجنایات بناء على تقدم الوسائل على المقاصد كذا في أكثر الشروح قال في غاية البيان ولكن قدم الرهن لانه مشروع بالكتاب والسنة بخلاف الجنایة فانها محظورة لانها عبارة عماليس للانسان فعلمه انتهى أقول ليس هذا بشيء لان المقصود بالبيان في كتاب الجنایات انما هو أحكام الجنایات دون أنفسها ولاشك أن أحكامها مشروعة ثابتة بالكتاب والسنة أيضاً فلامعنى لتأخيرها من هذه الحيفية ثم ان الجنایة في اللغة اسم لما تجنيه من شر تكسبه وهي في الاصل مصدر جنى عليه شرا جنابة وهو عام في كل ما يقع ويسوء الا أنه في الشرع خص بفعل محرم حل بالنفوس والاطراف والاول يسمى قتلا وهو فعل من العباد تزول به الحياة والثاني يسمى قطعاً وجرحاً هذا زبدة ما في الكتاب والشروح (قوله القتل على خمسة أوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما أجرى مجرى الخطأ والقتل بسبب) قال صاحب النهاية وجه الانحصار في هذه الخمسة هو أن القتل اذا صدر عن انسان لا يخلو اما أن حصل بسلاح أو بغير سلاح فان حصل بسلاح فلا يخلو اما أن يكون به قصد القتل أم لا فان كان فهو عمد وان لم يكن فهو خطأ وان لم يكن بسلاح فلا يخلو اما أن يكون معه قصد التأديب والضرب أم لا فان كان فهو شبه العمد وان لم يكن فلا يخلو اما أن يكون جارياً مجرى الخطأ أم لا فان كان فهو هو وان لم يكن فهو القتل بسبب وهذا الانحصار يعرف أيضاً بتفسير كل واحد منها انتهى أقول فيه خلل أما أولاً فلانه جعل القتل الخطأ مخصوصاً بما حصل بسلاح وليس كذلك اذ لا شك أن القتل الخطأ كما يكون بسلاح يكون أيضاً بما ليس بسلاح كالحجر العظيم والخشبة العظيمة وأما ثانياً فلان قوله فان كان هو هو يشبه تفسير الشيء بنفسه وأما ثالثاً فلان قوله وان لم يكن جارياً مجرى الخطأ فهو

(قوله يعني بعد التصديق على عدمه لجواز أن يتذكر وجوبه بعد التصديق على انتفائه) أقول فيه نظر فان الاحتمال الذي لم ينشأ عن دليل لا بد لا اعتبره في مثل ما نحن فيه من دليل (قوله وقوله بخلاف الإبراء)

أقول قال الاتصفي قوله بخلاف الإبراء يتصل بقوله يهلك الدين والله أعلم

﴿ كتاب الجنایات ﴾

(قوله والجنابة في اللغة اسم لما يكتسب من الشر) أقول الفقه يبحث عن أفعال المكلفين فلو أريد المعنى المصدرى بالجنابة لكان أنسب وجهها بجمع الطهارات

والمراد



كان به قصد القتل أو لافان  
كان فهو العمد وان لم  
يكن فهو الخطأ وان لم يكن  
بسلاح فلا يخلو اما أن  
كان معه قصد التأديب  
والضرب أو لافان كان فهو  
شبه العمد وان لم يكن فلا  
يخلو اما أن كان جارياً  
بمجرى الخطأ أم لافان كان  
فهو وهو وان لم يكن فهو  
القتل بالسبب وبهذا  
الاختصاص تعرف أيضاً  
تفسير كل واحد منها  
وضعه وركا كته ظاهراً  
وقوله (أو ما جرى مجرى  
السلاح) يعني في تفریق  
الاجزاء كالمعد من الخشب  
وأليطة القصب وهي قشره  
وقد تقدم

والمراد بيان قتل تتعلق به الاحكام قال (فالعمد ما تعدض به بسلاح أو ما جرى مجرى السلاح كالمعد  
من الخشب وأليطة القصب والمروة المحددة والنار)

القتل بسبب ليس بتام لان ما لا يكون جارياً بمجرى الخطأ لا يلزم أن يكون القتل بسبب البتة بل يجوز  
أن يكون القتل بخطأ محض أيضاً فلا يتم الحصر في القتل بسبب ولما تنبه صاحب العناية لما في  
وجه الحصر الذي ذكره صاحب النهاية من القصور قال في بيان قول المصنف القتل على خمسة أوجه  
وذلك أن أقدا استقر بنا فوجدنا ما يتعلق به شيء من الاحكام المذكورة أحد هؤلاء الأوجه المذكورة  
ونقل ما ذكره صاحب النهاية من وجه الحصر فقال وضعفه وركا كته ظاهراً من غير تفصيل  
وبيان (قوله والمراد بيان قتل تتعلق به الاحكام) قال بجمهور الشراح انما يفيد به لان أنواع القتل من  
حيث هو قتل من غير نظر الى ضمان القتل وعدم ضمانه أكثر من خمسة كقتل المرتد والقتل قصاصاً  
والقتل رجماً والقتل بقطع الطريق وقتل الحربى حتى قال بعضهم وتطير هذا ما قاله محمد في كتاب  
الايان الايمان ثلاثة ولم يرد به جنس الايمان لانها أكثر من ثلاثة يمين بالله ويمين بالطلاق ويمين  
بالعتاق والحج والعمرة وانما أراد بذلك الايمان بالله تعالى انتهى أقول فيما فالوا نظر اذا الظاهر أن شيئاً  
من أنواع القتل لا يخرج من الأوجه الخمسة المذكورة في الكتاب بل يدخل كل من ذلك في واحد من  
تلك الأوجه فان ما ذكره من قتل المرتد وقتل الحربى والقتل قصاصاً أو رجماً أو قطع الطريق  
يكون قتل عمدان نعمد القاتل ضرب المقتول بسلاح أو ما جرى مجرى السلاح ويكون شبه عمدان  
تعدض به بما ليس بسلاح ولما جرى مجرى السلاح ويكون خطأ أن لم يكن بطريق التعديل  
كان بطريق الخطأ الى غير ذلك من الأوجه المذكورة وانما تكون تلك الأنواع المباحة من القتل  
خارجة من الاحكام المذكورة لهذه الأوجه الخمسة لان نفس هذه الأوجه الخمسة فلامعنى  
للقول بأن أنواع القتل أكثر من خمسة فان قلت كيف يتصور خروج تلك الأنواع من الاحكام  
المذكورة للأوجه الخمسة للقتل لان نفس هذه الأوجه وحكم الشيء ما يترتب عليه ويلزمه قلت قد  
يكون ترتب الحكم على شيء مشروطاً بشروط الأبرى أنهم جعلوا وجوب القود من أحكام القتل  
العمد مع أن له شرائط كثيرة منها كون القاتل عاقلاً بالغاً لا يجب القود على المجنون والصبي أصلاً  
ومنها أن لا يكون المقتول جزء القاتل حتى لو قتل الاب ولده عمد لا يجب عليه القصاص وكذلك لو قتل  
الام ولدها وكذا الجد والجدة ومنها أن لا يكون المقتول ملك القاتل حتى لا يقتل المولى بعبده ومنها  
كون المقتول معصوم الدم مطلقاً فلا يقتل مسلم ولا ذمى بالكافر الحربى ولا المرتد لعدم العصمة أصلاً  
ولا بالمستأمن في ظاهر الرواية لان عصمته ما ثبتت مطلقة بل مؤقتة الى غاية مقامه في دار الاسلام صرح  
بذلك كله في عامة المعبريات فكذا كون القتل بغير حق شرط الترتيب كل من الاحكام المذكورة للأوجه  
الخمس من القتل وليس شيء مما ذكره من الأنواع المباحة للقتل بغير حق بل كلها بحق فدخلها في  
نفس أوجه القتل دون الاحكام المذكورة لها بناء على انتفاء شرط تلك الاحكام وهو كون القتل  
معصوم الدم وكون القتل بغير حق لا يقدح في شيء فالأظهر أن مراد المصنف بقوله والمراد بيان قتل  
تتعلق به الاحكام هو التنبيه على أن المقصود بالبيان في كتاب الجنائيات انما هو أحوال القتل بغير حق اذ  
هو الذي يكون من الجنائيات ويترتب عليه أحكامها دون أحوال مطلق القتل وان كان الأوجه الخمسة  
المذكورة تتناول كل ذلك (قوله فالعمد ما تعدض به بسلاح أو ما جرى مجرى السلاح) قال بعض  
الفضلاء في تفسير قوله ضرب به أى ضرب المقتول وقال فيخرج العمد فيما دون النفس انتهى أقول يرد  
عليه النقض بمسألة ذكرت في المحيط نقلاً عن المنتقى وهي أنه اذا تعدد أن يضرب بدرجة فأصاب  
دون النفس (قال المصنف والنار) أقول ينبغي أن يكون من قبيل علمتها بتبنا وما بارداً اذا الواقع في صورة النار هو الالتصاف فيها بالضرب بها

(قوله لا يخلو اما أن حصل  
بسلاح) أقول أو ما جرى  
مجراه (قوله وان لم يكن  
فهو الخطأ) أقول قد يكون  
القتل الخطأ بغير سلاح كما  
اذرى صيداً بمجر أو خشبة  
فأصاب رجلاً فقتله (قوله  
فان كان فهو شبه العمد)  
أقول شبه العمد لا يلزم أن  
يكون على قصد التأديب  
بل قد يكون على قصد  
القتل وجوابه أن ذلك  
بالنظر الى الآلة (قوله فان  
كان فهو هو) أقول هذا  
تعريف الشيء بنفسه ظاهراً  
(قال المصنف فالعمد ما تعدض  
ضربه) أقول أى ضرب  
المقتول فيخرج العمد فيما

لان العمد هو القصد ولا يوقف عليه الا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متمماد فيه عند ذلك (وموجب ذلك المأثم) لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا جزاؤه جهنم الآبية وقد نطق به غير واحد من السنة وعليه انعقد اجماع الامة

عنت ذلك الرجل فأبان رأسه وقتله فهو عمد وفيه القود وان أصاب عنت غيره فهو خطأ وجه الورد أنه لم يتمد في الصورة الاولى ضرب المقتول بل تعد ضرب يده مع أنه جعل ضربه القتل العمد وأجرى عليه حكم قتل النفس وهو القود تامل (قوله لان العمد هو القصد ولا يوقف عليه الا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متمماد فيه عند ذلك) أقول فيه بحث وهو أن هذا القدر من التعليل يشكل بما اذا استعمل الآلة القاتلة في القتل الخطأ كما اذرى شخصاً بسهم أو ضربه بسيف يظنه صيدا فإذا هو آدمي أو يظنه حربياً فإذا هو مسلم وهذا من نوع الخطأ في القصد وكما اذرى غرضاً بالآلة قاتلة فأصاب آدمياً وهذا من نوع الخطأ في الفعل فان استعمال الآلة القاتلة الذي جعل دليلاً على القصد قد تحقق هناك أيضاً مع أنه ليس بعمد بل هو خطأ محض على ما نصوص عليه قاطبة فان قلت المراد باستعمال الآلة القاتلة في التعليل المذكور استعمالها لضرب المقتول لاستعمالها مطلقاً ففيم اذرى غرضاً فأصاب آدمياً يمكن استعمالها لضرب الآدمي بل كان لغرض آخر قلت هذا التأويل إنما يفيد في نوع الخطأ في الفعل دون نوع الخطأ في القصد فان استعمالها فيه أيضاً لضرب المقتول لكن الخطأ في وصف المقتول فان قلت المراد استعمالها لضرب المقتول من حيث هو آدمي لاستعمالها لضربه مطلقاً وفي نوع الخطأ في القصد لم تتحقق الحيثية المذكورة قلت كون الاستعمال من هذه الحيثية أمر مضمهر راجع الى النية والقصد فلا يوقف عليه كما لا يوقف على العمد فلا بد من دليل آخر خارجي لم يذ كر في التعليل المزبور ثم انه لو كان مدار كون القتل عمداً مجرد استعمال الآلة القاتلة كما هو الظاهر من التعليل المزبور لما كان لقول صاحب الوقاية وكثير من أصحاب المتون القتل العمد ضرب به بما يفرق الاجزاء كسلاح ومحمد من خشب أو حجر أو ليطه أو نار وجه اذ يلزم اذ ذلك أن يكون قيداً صديداً اذا تبادل لغو العدم الوقوف عليه بالغرض الا باستعمال الآلة القاتلة وهو ضرب به بما يفرق الاجزاء فيكون ذلك كرهه بل لما كان لقيد تعدد في الكتاب أيضاً في قوله فالعمد ما تعدد ضرب به وجه بل كان ينبغي أن يقال فالعمد ما ضرب به بسلاح أو ما أجرى مجرى السلاح فتدبر (قوله وموجب ذلك المأثم لقوله تعالى ومن يقتل مؤمناً متعمداً جزاؤه جهنم خالد فيها الآبية) أقول لقائل أن يقول الدليل خاص والمدعى عام لان ايجاب القتل العمد المأثم والقود يعم المسلم والذي لم يسمي من أن المسلم بقاد بالذمي عندنا ولا شك أن وجوب القود لا ينفك عن لزوم المأثم والآبية المذكورة مخصوصة بقتل المؤمن اللهم الا أن يقال الآبية المذكورة وان أفادت المأثم في قتل المؤمن عمداً فقط بعبارتها لأنها تفيد المأثم في قتل الذي عمداً أيضاً بدلالة البناء على ثبوت المساواة في العصمة بين المسلم والذي نظر الى التكليف أو الدار كما سيأتي تفصيله فان قيل بقي خصوص الدليل مع عموم المدعى من جهة أخرى وهي أن المذهب عند أهل السنة والجماعة أن المؤمن لا يخلد في النار وان ارتكب كبيرة ولم يتب فالظاهر أن المراد بمن يقتل في الآبية المذكورة هو المستحل بدلالة خالد فيها فكان القتل بدون الاستحلال خارجاً عن مدلول الآبية فلنا لانسلم ظهور كون المراد بمن يقتل في الآبية المذكورة هو المستحل لجواز أن يكون المراد بالخلود المذكور فيها هو المكث الطويل كما ذكر في التفاسير فلا ينافي التعميم مذهب أهل السنة والجماعة ولئن سلم كون المراد بذلك هو المستحل كما ذكر في الكتب الكلامية وفي التفاسير أيضاً فالآبية دالة على عظم تلك الجنابة وتحقق المأثم في قتل المؤمن عمداً بدون الاستحلال أيضاً

وقوله (وقد نطق به غير واحد من السنة) منهما ما قال عليه الصلاة والسلام في خطبته بعرفات ألا ان دماءكم ونفوسكم محرمة عليكم كحرمة يومى هذا في شهري هذا في مقامى هذا ومنها قوله صلى الله عليه وسلم لزوال الدنيا أهون على الله من قتل امرئ مسلم

(قال المصنف وموجب ذلك المأثم) أقول قال الاتقاني قال قاضيان في فتاواه وفي ظاهراً الرواية في الحديد وما يشبه الحديد كالنحاس وغيره لا يشترط الجرح لوجوب القصاص وقال في الاجناس ذكر في الشروط الكبير لابي جعفر الطحاوى انه لا قصاص في العمود من الحديد لانه لا يجرحه انتهى وسيجي من المصنف في الباب الذي يليه أن الاصح رواية الطحاوى (قال المصنف لقوله تعالى ومن يقتل مؤمناً متعمداً الآبية) أقول لا يقال ذلك في المستحل كما ذكر في الكتب الكلامية لانه لو لم يكن حراماً لم يكن حال مستحله كذلك والحرام موجب المأثم

وقوله (واقود) يعنى القصاص معطوف على قوله المأثم أى موجب القتل العمد الاثم فى الآخرة والقصاص فى الدنيا لقوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر الآية وهو بظاهره لم يفصل بين العمد والخطا لكنه تقيد بوصف العمدية بقوله صلى الله عليه وسلم العمد قود أى موجب الحديث مشهور ولان الجنابة بها أى بالعمدية تتكامل وقوله (لا شرع لها دون ذلك) أى لا شرعية للعقوبة المنتهية بدون العمدية وتقر برحمة أن العمدية تتكامل بها الجنابة وكل ما تتكامل به الجنابة كانت حكمة الزجر عليها أكمل وقوله (والعقوبة المنتهية الخ) حجة أخرى وتقررها القود عقوبة منتهية والعقوبة المنتهية لا شرع لها دون العمدية وذلك ظاهر وقوله (ثم هو) يعنى القود وقوله (وهذا لانه تعين مدفعاله لانه) يعنى لان القاتل فى الامتناع من أداء الدية بعدما استحققت نفسه قصاصا بسنة ويلقى نفسه فى التهلكة فيجبر عليه ويمنع عنه شرعا (ولنا ما تلونا) من قوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى ووجه التمسك به أن الله تعالى ذكر فى الخطا الدية فتعين أن يكون القصاص المذكور فيه فيما هو ضد الخطا وهو العمد ولما تعين بالمد لا يعدل عنه الا لما لم الزيادة على النص بالرأى ووجه التمسك بالسنة أن الاف (٢٤٧) واللام فى قوله العمد قود للجنس اذا لا

مهود ينصرف اليه فقيه  
تتصيص على أن حكم  
جنس العمد ذلك فن عدل  
عنه الى غيره زاد على النص  
أثر ابن عباس رضى الله  
عنه فى قوله العمد قود  
لامال فيسه الى ذلك

قال (واقود) لقوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى الآية تقيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود أى موجب ولان الجنابة بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المنتهية لا شرع لها دون ذلك قال (الأن يعفو والولياء أو يصلحوا) لان الحق لهم ثم هو واجب علينا وليس للولى أخذ الدية الا برضا القاتل وهو أحد قولى الشافعى الا أن له حق العدول الى المال من غير مرضاة القاتل لانه تعين مدفعاله لانه فيجوز بدون رضاه وفى قول الواجب أحدهما لا يعنه ويتعين باختياره لان حق العمد شرع جابر وفى كل واحد فوج جبر فيتخير ولنا ما تلونا من الكتاب وروينا من السنة

واللام الزم من استخاله الخلود فى النار (قوله واقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى الآية تقيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود أى موجب) يعنى أن ظاهر الآية يوجب القود بالقصاص أينما وجد القتل ولا يفصل بين العمد والخطا الآية تقيد بوصف العمدية بالحديث المشهور الذى تلقته الامة بالقبول وهو قوله عليه السلام العمد قود أى موجب قود كذا فى النروح قال صاحب الكفاية بعد ذلك لا يقال ان قوله عليه السلام العمد قود لا يوجب التقيد لانه تخصيص بالذكر فلا يدل على نفي ما عداه لانا نقول لولم يوجب هذا الخبر تقيد الآية لم يكن القود موجب العمد فقط فلا يكون لذكر لفظ العمد فائدة انتهى أقول سؤاله ظاهر الورود ينبغى أن يحظر ببال كل ذى فطرة سلمية ولكن لم أر أحدا سواه حرم ذلك وأما جوابه فنظور فيه عندى لجواز أن يكون سئل النبي عليه السلام عن حكم العمد فقط بان كانت الحادثة قتل العمد فصار قوله عليه السلام العمد قود جوابا عن سؤالهم ففائدة ذكر لفظ العمد حينئذ تطبيق الجواب للسؤال ومع هذا الاحتمال كيف يتعين تقيد كتاب الله تعالى بالحديث المذكور فتذكر (قوله ولان الجنابة بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المنتهية لا شرع لها دون ذلك) أقول جعل صاحب العناية قوله ولان الجنابة بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر حجة تامة ووجهه لانه قوله والعقوبة المنتهية لا شرع لها دون ذلك حجة أخرى فقال فى تقرير الاولى وتقر برحمة أن العمدية تتكامل بها الجنابة وكل ما كان يتكامل به الجنابة كانت حكمة الزجر عليها أكمل

(قال المصنف واقود)  
أقول بفتح الواو أى القصاص  
ويسمى قود لانهم بقودون  
الجنابى بحبل أو غيره قاله  
الازهرى (قوله ولكنه تقيد  
بوصف العمدية بقوله عليه  
الصلاة والسلام الخ)  
أقول فيه بحث فان الاطلاق  
والتقيد اذا دخل على  
السبب نحو أدوا صدقة  
الفطر عن كل حر وعبد  
وأدوا عن كل حر وعبد من  
المؤمنين لم يحمل المطلق  
على المقيد عندنا بل يجب

المعمل بكل منهما اذا تنافى فى الاسباب على ما فصل فى كتب الاصول فكيف يتقيد القتل المذكور فى الآية بوصف العمدية بالحديث ولعل الاولى أن يقال غير العمد من القتل قاصر فى كونه قتلانا فلا يتناول المطلق لانه ينصرف الى الكامل وموضعه الاصول أيضا (قوله والعقوبة المنتهية حجة أخرى) أقول فيه بحث (قال المصنف الا أن له حق العدول الى المال من غير مرضاة القاتل) أقول يجوز العدول الى المال من غير مرضاة القاتل مراعاة لحق من له القصاص عندنا أيضا كما ذكره صاحب الكفاية فى مسألة قتل المكاتب الذى لم يترك وفاءه فى الباب الذى بلى هذا ولا يرد نقضا علينا لما نشير الى دفع ذلك النقض فيما سيجى فى باب ما يوجب القصاص فى مسألة قتل المكاتب (قال المصنف ولنا ما تلونا من الكتاب من قوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى) أقول قال القاضى فى تفسيره احتج الحنفية به على أن مقتضى العمد القود وحده وهو ضعيف اذا الواجب على التخيير يصدق عليه أنه واجب وكتب ولذلك قيل التخيير بين الواجب وغيره ليس نمتخا لوجوبه انتهى والمذهب عند الحنفية أنه نسخ وموضع بيانه أصول الفقه

ووجه المعقول أن المال لا يصلح موجبا في القتل لعدم المماثلة لأن الأذى مالم يمتدل والمال مملوك مبتذل فإني يتماثلان بخلاف  
 القصاص فإنه يصلح موجبا للماتل وفيه زيادة حكمة وهي مصلحة الأحياء زجر الغير عن وقوعه فيه وجبر اللورثة فيتعين فإن قيل  
 فكيف صلح موجبا في الخطأ والفات في العمد أجاب بقوله وفي الخطأ وجوب المال ضرورة صون الدم عن الأهدار  
 فإنه لما يمكن الاقتصاص فيه هدر الدم لولم يجب المال والأذى مكترم لا يجب إهدار دمه على أن ذلك ثابت بالنص على خلاف القياس  
 والعمد ليس في معناه حتى يلحق به وقوله (ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد أخذ المال) جواب عن قوله لأنه تعين مدفعا للهلاك وذلك  
 لجواز أن يأخذ الولي المال من القاتل بدون رضاه ثم يقتله قبل هذا الوهم موجود فيما إذا أخذ المال صلحا وقد جاز وأجيب بأن في الصلح  
 المرأضة والقتل بعده ظاهر العدم وعروض بقوله صلى الله عليه وسلم من قتل له قتيلا فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا وإن أحبوا  
 أخذوا الدية وبأن الشرع أوجب القصاص لمعنى الانتقام وتشني صدور الأولاد بخلاف القياس فإن الجماعة تقتل بواحد والقياس  
 لا يقتضيه فكان معنى النظر للولي (٢٤٨) وذلك يتمكن من القصاص وأخذ الدية والجواب أن الحديث خبر واحد فلا يعارض

ولأن المال لا يصلح موجبا لعدم المماثلة والقصاص يصلح للماتل وفيه مصلحة الأحياء زجر أو جبراً فيتعين  
 وفي الخطأ وجوب المال ضرورة صون الدم عن الأهدار ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد أخذ المال فلا  
 يتعين مدفعاً للهلاك

وقال في تقرير الأخرى وتقريرها القود عقوبة متناهية والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون العمدية  
 وذلك ظاهر انتهى أقول ليس ذلك بسد بلان صحة الحكم بان العقوبة المتناهية لا شرع لها دون العمدية  
 موقوفة على كون الآية المذكورة مقيدة بوصف العمدية إذ لو كانت باقية على إطلاقها لتناولت العمد  
 وشبهه والخطأ فلزم أن يكون القصاص الذي هو عقوبة كاملة مشروعا دون العمدية أيضا بمقتضى  
 الإطلاقها وكون الآية المذكورة مقيدة بوصف العمدية هو المدعى ههنا فعلى تقدير أن يكون قوله والعقوبة  
 المتناهية لا شرع لها دون ذلك حجة أخرى يلزم المصادرة على المطالب وأيضا يلزم حينئذ أن لا يفيد  
 المدعى ما جعله حجة أولى لأن نتيجتها على مقتضى تقريره أن العمدية كانت حكمة الزجر عليها أكمل  
 ولا يلزم منها أن لا تحقق حكمة الزجر في غير العمد أصلا فيجوز أن يجب القصاص في غير العمد أيضا  
 زجر عنه فلا يتم المطالب فالصواب أن قوله والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك من تمة ما قبله  
 والمجموع حجة واحدة وإن لفظ ذلك في قوله لا شرع لها دون ذلك إشارة إلى تكامل الجنابة كما ذهب  
 إليه كثير من الشراح أو إلى توفر حكمة الزجر كما هو الأطهر والأقرب إلى العمدية كما زعمه صاحب  
 العناية فيفيد مجموع المقدمات أن القود الذي هو عقوبة متناهية لا يجب في غير العمد كما لا يخفى على  
 ذي مسكة ثم أقول بقي في كلام المصنف ههنا شيء وهو أنه قد تقررت في كتب الأصول أن مرجع الأدلة  
 العقلية المذكورة في علم الفقه بأسرها إلى القياس وهذا صحيح والنحوار الأدلة الشرعية في أربعة  
 وهي الكتاب والسنة وإجماع الأمة والقياس فقول المصنف ههنا ولأن الجنابة بها تكامل الخ  
 راجع إلى القياس وتقييد الكتاب بالقياس نسخ لا إطلاق الكتاب بالقياس وهو غير جائز كما  
 عرف في علم الأصول فليتأمل (قوله ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد أخذ المال فلا يتعين مدفعاً للهلاك)

الكتاب والسنة المشهورة  
 على ما ذكرنا وأن القصاص  
 لمعنى النظر للولي على وجه  
 خاص وهو الانتقام وتشني  
 الصدور فإنه شرع زجراً  
 عما كان عليه أهل الجاهلية  
 من إفناء قبيلة بواحد لا أنهم  
 كانوا يأخذون أموالاً كثيرة  
 عند قتل واحد منهم بل  
 القاتل وأهله لوبدوا ما ملكوه

(قوله جواب عن قوله لأنه  
 تعين مدفعاً للهلاك) أقول  
 فيه أنه مدفع للهلاك  
 الشرعي بلا شبهة وذلك يكفي  
 لغرض الشافعي لأن المراد  
 هو كونه مدفعاً شرعياً  
 للهلاك الشرعي والقتل  
 المستحق فإن القاتل يكون  
 محقون الدم بعده إذا قتله  
 أحد الولي أو غيره يقتص  
 فليتأمل (قوله وذلك لجواز

أن يأخذ الولي المال من القاتل بدون رضاه) أقول ضمير رضاه راجع إلى الولي (قوله قبل هذا الوهم موجود فيما إذا أخذ المال صلحا ولا  
 وقد جاز) أقول جواز الصلح عن دم العمد يثبت بالنص كما تقدم في كتاب الصلح مع أن ما ذكره كلام على السنديا لا يفيد شيئاً (قوله وأجيب بأن  
 في الصلح المرأضة والقتل بعده ظاهر العدم) أقول فيه بحث لأن رضا القاتل لا يفيد ورضا الولي موجود في محل النزاع والولي أن يكتبني في  
 الجواب بقوله إن في الصلح المرأضة إذ لا مانع من الأخذ فيه بعدما وجد رضا القاتل بخلاف ما نحن فيه (قوله والجواب أن الحديث خبر  
 واحد فلا يعارض الكتاب والسنة المشهورة على ما ذكرنا) أقول على أنه يجوز أن يكون المراد ثبوت الخيار عند إعطاء القاتل الدية  
 وتخييره لا ينافي في رضا الآخر في غير الواجب وهذا كما يقال للداش خذ دينك إن شئت دراهم وإن شئت دنائير وإن شئت عروضا ومعلوم  
 أنه لا يأخذ غير حقه إلا برضا المدين كذا في شرح الزيلعي وإنما لم يلتفت الشارح لهذا الجواب لأنه لا يرد عليه لزوم عدم تعين  
 القصاص لموجبة العمد حيث خبر الولي بين القتل وأخذ الدية غايته أن يكون أخذ الدية برضا القاتل وعدم إفادته الشافعي لا يفيدنا  
 فإن مطلوبنا تعين القصاص لموجبه تامل (قوله فإنه شرع زجر عما كان عليه أهل الجاهلية) أقول فيه بحث

ولا كفارة فيه عندنا وعند الشافعي رحمه الله يجب لان الحاجة الى التكفير في العمد أمس منها اليه في الخطا فكان أدعى الى ايجابها ولنا أنه كبيرة محضه وفي الكفارة معنى العبادة فلا تناط بمثلها

يعني لا يتيقن بعدم قصد الولي لقتل القاتل بعدما أخذ الدية لجواز أن يأخذها الولي من القاتل بدون رضاه ثم يقتله وهذا جواب عن قول الشافعي لأنه تعين مدفع الهلاك كذا في الشروح أقول الخصم أن يقول لاشك أنه تعين مدفع الهلاك شرعا فان القاتل يصير محقون الدم بعده حتى لو قتل الولي بعده يقتص منه وكونه مدفع الهلاك شرعا يكفي لاخذ الدية من القاتل بدون رضاه اذا الظاهر أن القاتل لا يختار الهلاك المقرر عند تحقق الخلاص عنه شرعا بأداء المال بمجرد احتمال الهلاك عقلا بعد أداء ذلك أيضا فلو اختاره القاتل وامتنع عن أداء المال بعد ذلك سفها أو الفاء لنفسه في التملكة فينبغي أن يحجز عليه ثم أقول لعل الأولى في الجواب عن قول الشافعي لأنه تعين مدفع الهلاك أن يقال هذا تعديل في مقابلة النص من الكتاب والسنة وهو لا يجوز كما تقرر في علم الأصول قال في العناية أخذا من النهاية قيل هذا الوهم موجود فيما إذا أخذ المال صلحا وقد جاز وأجيب بأن في الصلح المراداة والقتل بعده ظاهر العدم انتهى وقال بعض الفضلاء فيه بحث لأن رضا القاتل لا يفيد ورضا الولي موجود في محل النزاع والأولى أن يكتبني في الجواب بقوله ان في الصلح المراداة اذا مانع من الاخذ فيه بعدما وجد رضا القاتل بخلاف ما نحن فيه انتهى أقول بحسنه ساقط لان قوله لان رضا القاتل لا يفيد غير مسلم فان رضاه اذا اجتمع مع رضا الولي يفيد أمر اذا تداعى رضا الولي وحده فان التصالح والتوافق من الجانبين يقطع مادة العداوة والبغض عادة وعن هذا قال الله تبارك وتعالى والصلح خير بخلاف رضا الولي وحده فان الانسان كثير ما يندم على فعل نفسه وحده فيرجع عنه فتم قول المحيب والقتل بعده ظاهر العدم وقد كان صاحب النهاية أشار الى ما قلنا حيث قال في بسط الجواب المذكور قلت لا كذلك لانهما لما تصالحا برضاهما على المال كان وهم قصد القتل مندفع الان للراضى والتصالح تأثير في دفع الشر قال الله تعالى والصلح خير ولما ورد الخبر اتى الشر لا محالة للتضاد بين ما انتهى ثم قال في العناية وعورض بقوله عليه السلام من قتل له قتيلا فاهله بين خيرتين ان أحبوا اقتتلوا وان أحبوا أخذوا الدية وبان الشرع أوجب القصاص لمعنى الانتقام وتشفي صدور الأولياء بخلاف القياس فان الجماعة تقتل الواحد والقياس لا يقتضيه فكان لمعنى النظر للولي وذلك بتمكنه من القصاص وأخذ الدية والجواب أن الحديث خبر واحد فلا يعارض الكتاب والسنة المشهورة على ما ذكرنا وان القصاص لمعنى النظر للولي على وجه خاص وهو الانتقام وتشفي الصدور فانه شرع جرا عما كان عليه أهل الجاهلية من افناء قبيلة أو احد لانهم كانوا يأخذون أموالا كثيرة عند قتل واحد منهم بل القاتل وأهله لو بذلوا ما لمكروه وأمثاله ماضى به أولياء المقتول فكان ايجاب المال في مقابلة القتل العمد تضييع حكمة القصاص انتهى أقول فيه نظر ان الخصم أن يقول انما يكون ايجاب المال في مقابلة القتل العمد تضييع حكمة القصاص أن لو كان ايجابه في مقابلته على وجه التعمين وأما اذا كان ذلك لا على وجه التعمين بل على وجه تخيير الولي بين أخذ المال وبين القصاص كما هو المذهب عند الخصم فلا تضييع لحكمة القصاص إذ للولي حينئذ القدرة على الانتقام وتشفي الصدور باختيار القصاص فاذا لم يختره بل اختار المال كان تاركالا انتقام باختياره فكان كما اذا عفا أو صالح في اسقاط ما قدر عليه من حقه (قوله ولنا أنه كبيرة محضه وفي الكفارة معنى العبادة فلا تناط بمثلها) قال تاج الشريعة فان قلت بشكل بكفارة قتل صيد الحرم فانه كبيرة محضه ومع هذا يجب فيه الكفارة قلت هو جنابة على المحل ولهذا واشترك حلالان في قتل صيد الحرم يلزم جزاء واحد ولو كان جنابة الفعل لوجب جزاء ان والجنابة على المحل يستوى فيه العمد والخطأ انتهى أقول في الجواب بحث أما أولافلانه لا يدفع السؤال المذكور لان مورد مضمون الدليل المزبور وهو أن الكفارة لا تناط بما هو

وأمثاله ماضى به أولياء المقتول فكان ايجاب المال في مقابلة القتل العمد تضييع حكمة القصاص واذا ثبت أن الاصل هو القصاص لم يجز المصير الى غيره بغير ضرورة مثل أن يعفو أحد الأولياء فانه تعذر الاستيفاء حينئذ وأن يكون محل القصاص ناقصا بان تكون يد قاطع اليد أقل اصعبا وأمثال ذلك وقوله (ولا كفارة فيه عندنا) أى في القتل العمد سواء وجب فيه القصاص أو لم يجب كالأب اذا قتل ابنه عمد او عند الشافعي رحمه الله يجب لان الحاجة الى التكفير في العمد أمس منها اليه في الخطا لانها ستر الذنب والذنب في العمد أعظم (ولنا أنه كبيرة محضه) وما هو كذلك لا يكون سببا لما فيه معنى العبادة والكفارة فيها ذلك وموضع أصول الفقه

وقوله (ولان الكفارة) جواب عن قياس الشافعي وهو واضح فان قيل هب أن القياس لا يصح فليحقق دلالة لان ما مثلان في المناط وهو  
الستر ولا معتبر بصفة العمدية كالمهرم اذا قتل الصيد عمد فانه كقتله خطأ فأجواب أن المماثلة ممنوعة فان ذنب العمد مما لا يستبره العدم  
صلاحته لاعتما كامر فان قيل قد دل (٣٥٠) الدليل على عدم اعتبار صفة العمدية وهو حديث واثلة بن الاسقع أتينا رسول الله صلى

الله عليه وسلم بصاحب لنا  
قد استوجب النار بالقتل  
فقال أعتقه وأعنه رقبة يعتق  
الله بكل عضو منها عضوا  
منه من النار ويوجب النار  
انما يكون بالقتل العمد قلنا  
لان سلم لجواز أن يكون  
استوجبها بشبهه العمد  
كالقتل بالحجر أو العصا  
الكبيرين سلمناه لكنه  
لا يعارض اشارة قوله تعالى  
ومن يقتل مؤمنا متعمدا  
جزاؤه جهنم خالد فيها فان  
الفاء تقتضي أن يكون  
المدكور كل الجزاء فلو أوجبنا  
الكفارة لكان المدكور  
بعضه وهو خلاف قال  
(وشبه العمد عند أبي حنيفة  
الخ) اختلفوا في تفسير هذا  
النوع من القتل فقال أبو  
حنيفة رحمه الله شبه العمد  
هو أن يتعمد الضرب بما  
ليس بسلاح ولا أجرى مجراه  
سواء كان الهلاك به غالبا  
كالجرح والعصا الكبيرين  
ومدقة القصار أو لم يكن  
كالعصا الصغيرة وفالاهو أن  
يتعمد الضرب بما لا يحصل  
الهلاك به غالبا كالعصا الصغيرة  
اذ لم يوال في الضربات فاما  
اذا والى فيها فقبل شبهه عمد  
عندهما وقبل عدم محض فالأ

ولان الكفارة من المقادير وتعينها في الشرع لدفع الادنى لا يعينها الدفع الاعلى ومن حكمه حرمان الميراث  
لقوله عليه السلام لا ميراث لقاتل قال (وشبه العمد عند أبي حنيفة أن يتعمد الضرب بما ليس بسلاح  
ولما أجرى مجرى السلاح) وقال أبو يوسف ومحمد وهو قول الشافعي اذا ضرب به بحجر عظيم أو خشبة  
عظيمة فهو عمد وشبه العمد أن يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالبا لانه يتقاصر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة  
لا يقتل بها غالبا لانه يقتل به صدمها غيره كالنأديب ونحوه فكان شبه العمد ولا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث  
لانه لا يقصده الا القتل كالسيف فكان عدم اوجبا للقود

كبيرة محضة لأصل المدعى وهو انه لا كفارة في القتل العمد فاذا سلم كون قتل صيد الحرم كبيرة محضة  
يلزم أن يشكل الدليل المزبور به سواء كان جنابة الفعل أو جنابة المحل وكون الجنابة على المحل  
يستوى فيمسه العمد والخطأ انما يفيد لو ورد السؤال على أصل المدعى فانه يمكن الجواب عنه حينئذ  
بأن ما قلناه في جنابة الفعل دون جنابة المحل وقتل صيد الحرم من قبيل النائية دون الاولى وأما ثانيا  
فلانه قد تقر في كتب أصول الفقه أن الكفارة جزء الفعل من كل الوجوه لاجزاء المحل أصلا فلو كان  
قتل صيد الحرم جنابة على المحل لاجنابة الفعل لزم أن لا تصلح الكفارة لكون الكفارة جزء الفعل  
من كل الوجوه لاجزاء المحل أصلا (قوله ولان الكفارة من المقادير وتعينها في الشرع لدفع الادنى لا يدل  
على تعيينها الدفع الاعلى) هذا جواب عن قياس الشافعي وجوب الكفارة في العمد على وجوبها في الخطأ  
يعنى أن تعين الكفارة في الشرع لدفع الذنب الادنى وهو الخطأ لا يدل على تعيينها الدفع الاعلى وهو  
العمد فان كرم من شيء يتحمل الادنى للقدرة عليه ولا يتحمل الاعلى للجرح عنه كذا في النهاية وغيرها  
قال صاحب العناية فان قال الشافعي قد دل الدليل على عدم اعتبار صفة العمدية وهو حديث واثلة  
ابن الاسقع قال أتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم بصاحب لنا قد استوجب النار بالقتل فقال أعتقوا  
عنه رقبة يعتق الله تعالى بكل عضو منها عضوا منه من النار ويوجب النار انما يكون بالقتل العمد قلنا  
لان سلم لجواز أن يكون استوجبها بشبهه العمد كالقتل بالحجر أو العصا الكبيرين سلمناه لكنه لا يعارض اشارة  
قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا جزاؤه جهنم خالد فيها فان الفاء تقتضي أن يكون المدكور كل الجزاء  
فلو أوجبنا الكفارة لكان المدكور بعضه وهو خلاف انتهى أقول للقاصم أن يقول هذا مشترك الا لزام  
اذا القصاص واجب في القتل العمد بالاجماع فلو اقتضى الفاء أن يكون المدكور بعد هاكل الجزاء لزم  
أن يكون القصاص أيضا مدكور في الجزاء مع أنه لم يذكر فيه وان جعل الجزاء المدكور في الآية  
على الجزاء الاخرى فقط كما هو الظاهر من النظم الشريف وقيل القصاص جزء دنيوى فلهذا  
لم يذكر بعد الفاء فليكن الامر كذلك في شأن الكفارة ثم أقول يمكن أن يجاب عنه بوجهين  
أحدهما أن وجوب القصاص عرف بآية أخرى وهى قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى فان  
دلت اشارة قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا جزاؤه جهنم خالد فيها على أن القصاص ليس من جزاء  
القتل العمد كالكفارة فمقتضى كون المدكور بعد الفاء كل الجزاء فقد دلت عبارة قوله تعالى كتب  
عليكم القصاص في القتلى على وجوب القصاص في القتل العمد وقد تقر في علم الاصول أن عبارة  
النص ترجح على اشارة النص عند التعارض فعملنا بعبارة قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى

سمى هذا النوع شبه العمد لاقتصاره معنى العمدية والا لكان عمدا واقتصاره انما يتصور في استعمال الآلة لا يقتل  
بها غالبا كالعصا الصغيرة فانه يقصد باستعمالها غير القتل كالنأديب ونحوه لاني استعمال الآلة لا تلبث فانه لا يقصد باستعمالها الا القتل  
(قوله قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا الخ) أقول ذكر في الكتب الكلامية أن المراد هو المستحل لان المؤمن يارتكاب الكبيرة لا يحل  
في النار ولأن أن تقول أريد بالخلود المسكت الطويل والله تعالى أعلم بمراده

ولابى حنيفه رحمه الله قوله صلى الله عليه وسلم إلا ان قتل خطأ المذنب السوط (٣٥١) والعصا وفيه مائة من الابل رواه النعمان

ابن بشر رضي الله عنه  
ووجه الاستدلال أنه عليه  
الصلاة والسلام جعل قتل  
السوط والعصا مطلقا شبه  
عمد فتخصمه به بالصغيرة  
ابطال للاطلاق وهو لا يجوز  
ولان العصا الكبيرة والصغيرة  
تساويا في كونها ما غير  
موضوعة بين القتل ولا  
مستعملة بينه اذ لا يمكن  
الاستعمال على غرة من  
المقصود قتله وبالاتعمال  
على غرة يحصل القتل غالبا  
واذا تساويا والقتل  
بالعصا الصغيرة شبه عمد  
فكذا بالكبيرة وقوله  
(وموجب ذلك) أي موجب  
شبه العمد على القولين  
يعنى قول أبى حنيفه  
وقولهما (الائم) لأنه قتل وهو  
قاصد في الضرب على ما مر  
من تفسيره (والكفارة لشبهه  
بالخطا والدية مغالطة على  
العاقلة)

وله قوله عليه السلام إلا ان قتل خطأ المذنب السوط والعصا وفيه مائة من الابل ولان الالة غير  
موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه اذ لا يمكن استعمالها على غرة من المقصود قتله وبه يحصل القتل غالبا  
فقصرت العمدية نظرا الى الالة فكان شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة قال (وموجب ذلك  
على القولين الأئم) لأنه قتل وهو قاصد في الضرب (والكفارة) لشبهه بالخطا (والدية مغالطة على العاقلة)

وثانيهما أن القصاص جزاء المهل من وجهه وجزاء الفعل من وجه آخر كما بين في التوضيح وغيره من كتب  
الاصول وأما الكفارة فجزاء الفعل من كل الوجه على ما نقرر في كتب الاصول أيضا والظاهر من  
الجزاء المضاف الى الفاعل في قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا جزاؤه جهنم خالدا فيها هو جزاء فعله من  
كل الوجوه فلا يلزم أن يكون القصاص مذكورا فيه بخلاف الكفارة ولو أوجبتاها وقال صاحب  
النهاية ومعراج الدرابة ههنا نقل عن الميسر والاسرار ولا وجه له حمل الآية على المستحل لان  
المذكور في الآية جزاء القتل العمد واذا حمل على المستحل كان المذکور جزاء الردة ولان زيادة  
الاستحلال زيادة على الشرط المنصوص فيكون نسخا وأما ما قيل الخلود فعلى معنى أنه لو عمله بعدله  
أو على معنى تطوير المدة مجازا يقال خلد فلان في السجن اذا طال المدة انتهى أقول ليس شئ من  
ذلك الدليلين الموسوقين اعمد ووجه حمل الآية المذكورة على المستحل مستقيم أما الاول منه ما فلان  
كون المذکور في هاتين الآيتين جزاء قتل العمد لا ينافيه كونه جزاء الردة أيضا على تقدير جعلها على  
المستحل اذ يصير المذکور فيها على ذلك التقدير جزاء القتل العمد المخصوص وهو القتل بطريق الاستحلال  
والعمد بالله ولا شك أن القتل بهذا الطريق مستلزم للردة في الآية اذ ذلك بيان جزاء الردة التي  
سببها القتل المخصوص وفي التعبير في الشرط بمن يقتل مؤمنا متعمدا دون من يرتد عن دين الاسلام فائدة  
التنبيه على سبب قتل المؤمن بطريق الاستحلال للارتداد الذي جزاؤه جهنم على الخلود وهذا معنى  
لطيف لا يخفى وأما الثاني منه ما فلا يلائم من حمل الآية المرئونة على المستحل زيادة الاستحلال على  
الشرط المنصوص بل يكون الاستحلال حينئذ مدلول نفس الشرط المنصوص بأن يكون المراد من  
متعمدا معنى مستحلا مجازا بقرينة ذكر الخلود في الجزاء كما أن أعتنا جلا متعمدا على هذا المعنى في قول  
النبي صلى الله عليه وسلم من ترك الصلاة متعمدا فقد كفر وبأن يكون معنى من يقتل مؤمنا من يقتله  
لكونه مؤمنا كما ذكر العلامة التفتازاني في شرحه للعقائد فيكون مداره على قاعدة أن ترتيب الحكم  
على المشتق يقتضى عليه الأخذ ولا شك أن قتل المؤمن لكونه مؤمنا يقتضى استحلال قتله فحصل  
الدلالة على الاستحلال من نظم النص المزبور فلا يلزم النسخ أصلا والعجب من هؤلاء الاجلاء وهم أصحاب  
الميسر والاسرار والنهاية ومعراج الدرابة أنه كيف خفي عليهم ما ذكرنا قال القاضي البيضاوي في  
تفسير الآية المذكورة وهو عندنا ما مخصوص بالمستحل كما ذكره عكرمة وغيره ويؤيده أنه نزل في  
مقيس بن حبانة وجد أخاه هشاما قتيلا في بني النجار ولم يظهر قتاله فأمرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم  
ان يدفعوا اليه دينته فدفعوا ثم حمل على مسلم فقتله ورجع الى مكة مرتدا أو المراد بالخلود المكث  
الطويل فان الدلائل متظاهرة على أن عصاة المؤمنين لا يدوم عذابهم الى هلاكهم القاضى (قوله)  
وموجب ذلك على القولين الأئم لأنه قتل وهو قاصد في الضرب والكفارة لشبهه بالخطا) أقول الظاهر  
المتبادر من قوله لشبهه بالخطا قياس وجوب الكفارة في شبه العمد على وجوبها في الخطا والحق  
وجوبها في شبه العمد دلالة بوجوبها في الخطا وأما ما كان رد عليه أن يقال ان تعين الدفع الذنب الأدنى  
في الشرع لا يعينها الدفع الذنب الأعلى كما سبق في الجواب عن قياس الشافعي وجوب الكفارة في العمد  
على وجوبها في الخطا اذ لا شك أن شبه العمد أيضا أعلى ذنبا من الخطا المحض فان الجاني في الاول قاصد  
في الضرب بخلاف الثاني وعن هذا قالوا في الاول وموجه المأثم وفي الثاني ولا أئم فسه فالاولى في  
بيان وجوب الكفارة في شبه العمد ما ذكره صاحب السكا في حيث قال والكفارة لأنه خطأ نظرا

(قال المصنف والكفارة لشبهه بالخطا) أقول وفيه أن تعين الدفع الأدنى لا يعينها الدفع الأعلى كما سبق أنفا

(والاصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهمي على العاقلة) احتريز بقوله لا بمعنى يحدث من بعد عما تصالحوا فيه على الدية وعن قتل الوالد أو عمه أو عن افرار القاتل بالقتل خطأ وقد كان قتله عمدا فان في هذه الصورة تجب الدية على القاتل في ماله وقوله (القضية عمر رضي الله عنه) يعني (٣٥٣) ماروي عنه أنه قضى بالدية على العاقلة في ثلاث سنين وماروي عنه كالمروي عن رسول الله صلى

الله عليه وسلم لأنه مما لا يعرف بالرأي وقوله (فالخجة عليه ما أسلفناه) قيل أراد قوله صلى الله عليه وسلم الآن قتيل خطأ الحمد قتيل السوط والعصا الحديث ولكن المعهود من المصنف رحمه الله في مثله أن يقول مارويناه والحق أن يقال انما قال أسلفنا نظرا الى الحديث والمعنى المعقول قال (والخطأ على نوعين) انما المحصر الخطأ في نوعين لان الرمي الى شيء مثلا مشتمل على فعل القلب وهو القصد والجارحة وهو الرمي فان اتصل الخطأ بالاول فهو الاول وان اتصل بالثاني فهو الثاني وقوله (لما بيناه) اشارة الى قوله وتجب في ثلاث سنين لقضية عمر رضي الله عنه

(قال المصنف والاصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهمي على العاقلة اعتبارا بالخطأ) أقول الاصل في وجوب الدية على العاقلة حديث جل بن مالك على ماسأني في المعاقلة والقتل فيه كأن شبه عمدا وفي معراج الدرانية روى الطحاوي عن مغيرة بن شعبه أن امرأتين ضربت احدهما الاخرى بعمود فسقط ففرض عليه الصلاة والسلام عليها

والاصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهمي على العاقلة اعتبارا بالخطأ وتجب في ثلاث سنين لقضية عمر بن الخطاب رضي الله عنه وتجب مغالطة وسنين صفة التعليل من بعد ان شاء الله تعالى (ويعلق به حرمان الميراث) لانه جزء القتل والشبهة تؤثر في سقوط القصاص دون حرمان الميراث ومالك وان أنكر معرفة شبه العمدا فالخجة عليه ما أسلفناه قال (والخطأ على نوعين خطأ في القصد وهو أن يرمى شخصا يظنه صيدا فاذا هو آدمي أو يظنه حيا فاذا هو مسلم وخطأ في الفعل وهو أن يرمى غرضا فيصيب آدميا وموجب ذلك الكفارة والدية على العاقلة) لقوله تعالى فتمحرون رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله الآية وهي على عاقلة في ثلاث سنين لما بيناه

الى الآلة فدخل تحت قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتمحرون رقبة مؤمنة الآية انتهى (قوله والاصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهمي على العاقلة اعتبارا بالخطأ) أقول مدلول قوله اعتبارا بالخطأ أن يكون الاصل في وجوب الدية على العاقلة هو الخطأ وأن يكون وجوبها عليهم في شبه العمدا ثابتا بالقياس على الخطأ وليس ذلك بواضح اذا المصنف قال في أوائل كتاب المعاقلة والاصل في وجوبها على العاقلة قوله عليه السلام في حديث جل بن مالك رضي الله عنه للاولياء قوموا فادوه انتهى وقد كانت الجنابة في حديث جل بن مالك شبه عمدا لخطأ فان تقصيره على ما ذكره الشراح فاطمة في فصل الجنين من كتاب الديات أنه روي عن جل بن مالك قال كنت بين ضربتين فضربت احدهما بالآخرى بعمود فسقط أو بسطح خيمة فألقت جنينا ميتا فاختمتم اولياؤها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال علمه السلام لا اولياء الضاربة دونه فقال أخوها أئدي من لأصاح ولا استهل ولا شرب ولا كل ودم مثله بطل فقال عليه السلام أسجع كسجع الكهمان وفي رواية دعني وأراجيز العرب قوموا فادوه وهكذا ذكر في المسوط أيضا ولا ريب أن قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية على العاقلة على ما ذكره في تفصيل ذلك في الحديث انما كان بجنابة شبه العمدا دون الخطأ فكان وجوب الدية على العاقلة في شبه العمدا ثابتا بالنص دون القياس وكان الاصل في هذا الحكم هو شبه العمدا لخطأ فتمل (قوله ومالك رحمه الله تعالى وان أنكر معرفة شبه العمدا فالخجة عليه ما أسلفناه) قال جهور الشراح أراد به قوله عليه السلام لأن قتيل خطأ الحمد قتيل السوط والعصا وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك ولكن المعهود من المصنف في مثله أن يقول مارويناه وقال والحق أن يقال انما قال أسلفناه نظرا الى الحديث والمعنى المعقول انتهى أقول فيه كلام وهو أن حاصل المعنى المعقول على ما قرره صاحب العناية فيما قبل قياس العصا الكبيرة على العصا الصغيرة في كونها غير موضوعتين للقتل ولا مستعملتين له ومالك منكر كون القتل بالعصا الصغيرة أيضا شبه عمدا فانه قال لا أدري ما شبه العمدا وانما القتل نوعان عمد وخطأ اذ لا واسطة بينهما في سائر الاعمال فكذا في هذا الفعل فكيف يكون المعنى المعقول المذكور حجة عليه (قوله والخطأ على نوعين خطأ في القصد وهو أن يرمى شخصا يظنه صيدا فاذا هو آدمي أو يظنه حيا فاذا هو مسلم وخطأ في الفعل وهو أن يرمى غرضا فيصيب آدميا) أقول في عبارة الكتاب ههنا تسامح فانه قال في تفسير الخطأ في القصد وهو أن يرمى شخصا يظنه صيدا الخ وقال في تفسير الخطأ في الفعل وهو أن يرمى غرضا فيصيب آدميا ولا يخفى أن كل واحد من نوعي الخطأ غير مختص بما ذكره في تفسيره بل الذي ذكره في تفسير كل واحد منهما جزئي من جزئياته فكان أخص منه جدا في يصلح لان يكون تفسيره فكان الظاهر أن يقال في كل واحد منهما وهو نحو أن يرمى أو هو كأن يرمى اشارة الى العموم كما تداركه صاحب الوقاية حيث قال وفي الخطأ قصدا

بالدية على عصبية القاتلة متفق عليه وهو حديث جل بن مالك في العزة كما يجي ما انتهى فكيف يقاس بالخطأ (قوله وقد كان قتله عمدا) أقول بأن ظهر ذلك بعد أخذ الدية مثلا (قال المصنف والشبهة تؤثر في ثبوت القصاص دون حرمان الميراث) أقول صرح المصنف في آخر الكتاب أن القصاص يجوز أن يثبت مع الشبهة فلا بد من التلخيص



ولا اثم فيه في الوجهين) أى النوعين لقوله صلى الله عليه وسلم رفع عن أمتي الخطأ الحديث وقوله (ويحرم عن الميراث لان فيه اثماً) بدليل وجوب الكفارة والحرمات يجب بأنواع القتل فيما هو جنائية قيل على المورث تضمنت تهمة الاستحسان على الميراث وهذا كذلك لا احتمال أنه قصده الا أنه أظهر الخطأ من نفسه وقد ذكرنا ذلك في شرح الرسالة ومختصر الضوء في الفرائض (٢٥٣) مستوفى بتأييد الله تعالى وقوله

(ولا اثم فيه) يعنى في الوجهين قالوا المراد اثم القتل فاما في نفسه فلا يعرى عن الاثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة في التثبت في حال الرمي اذ شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى (ويحرم عن الميراث) لان فيه اثم اذ يصح تعليق الحرمان به بخلاف ما اذا تعد الضرب موضعاً من جسده فأخطأ فأصاب موضعاً آخر فمات حيث يجب القصاص لان القتل قد وجد بالقصد الى بعض بدنه وجميع البدن للحمل الواحد قال (وما أجرى مجرى الخطأ مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله فحكمه حكم الخطأ في الشرع وأما القتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه وموجهه اذا تلف فيه اذى الدية على الهاقلة) لانه سبب التلف وهو متعد فيه فأنزله موقعا افعافاً وحيث الدية (ولا كفارة فيه ولا يتعلق به حرمان الميراث) وقال الشافعي يلحق بالخطأ في أحكامه لان الشرع أنزله قاتلاً ولنا ان القتل معدوم منه حقيقة فألحق به في حق الضمان فبقي في حق غيره على الاصل وهو ان كان بأثم بالخرف في غير ملكه لا بأثم بالموت على ما قالوا وهذه كفارة ذنب القتل وكذا الحرمان بسببه (وما يكون شبه عمدي النفس فهو عمدي فيما سواها) لان اتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة وما دونها لا يختص اتلافه بالآلة دون آله

(بخلاف ما اذا تعد متصل بقوله وموجب ذلك الكفارة والدية وصورة ذلك رجل تمسك أن يضرب بدرجل فأخطأ فأصاب عنقه فقتله فهو عمدي القود ولو أراد بدرجل فأصاب عنق غيره وأبانه فهو خطأ وما أجرى مجرى الخطأ مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله لان النائم لا يوصف فعلة بالعمد ولا بالخطأ الا انه كالخطأ في الاحكام

كرميه مسلماناً صيداً أو حرياً أو فعلاً كرميه غرضاً فأصاب آدمياً انتهى ثم ان صدر الشريعة قال في شرح الوقاية الخطأ ضربان خطأ في القصد وخطأ في الفعل فالخطأ في الفعل أن يقصد فعله لا صدر منه فعل آخر كما اذا رمى الغرض فأخطأ فأصاب غيره والخطأ في القصد أن لا يكون الخطأ في الفعل وإنما يكون الخطأ في قصده فانه قصد بهذا الفعل حرياً ولكن أخطأ في ذلك القصد حيث لم يكن ما قصده انتهى ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال من قال الخطأ في الفعل أن لا يصدر عنه الفعل الذي قصده بل يصدر فعل آخر فانه زعم أنه شرط في الخطأ في الفعل أن لا يصدر عنه الفعل الذي قصده بل يصدر عنه فعل آخر وليس كذلك فانه اذا رمى غرضاً فأصابه ثم رجع عنه أو تجاوز عنه الى ما وراءه فأصاب رجلاً يتحقق الخطأ في الفعل والشرط المذكور مفقود في الصورتين ثم انه أخطأ من وجه آخر حيث اعتبر القصد فيه وذلك غير لازم فانه اذا سقط من يده خشبة أولبته فقتل رجلاً يتحقق الخطأ في الفعل ولا قصد فيه انتهى أقول كل من وجهي رده ساقط جداً أما الاول فلان صدر الشريعة لم يشترط في الخطأ في الفعل أن لا يصدر عنه الفعل الذي قصده بل قال فالخطأ في الفعل أن يقصد فعلاً فصدر عنه فعل آخر وهذا أعم من أن يصدر عنه الفعل الذي قصده كما صدر عنه فعل آخر ومن أن لا يصدر عنه الفعل الذي قصده مثال الاول ما ذكره الراد من الصورتين ومثال الثاني وهو الاكثر وقوعاً ما ذكره صدر الشريعة بقوله كما اذا رمى الغرض فأخطأ بل يجوز أن يكون قوله كما اذا رمى الغرض فأخطأ عاماً كصورتى صدور ما قصده أيضاً وعدم صدوره كما لا يخفى على ذي فطانة وأما الثاني فلان تحقق الخطأ في الفعل في صورة ان سقط من يده خشبة أولبته فقتل رجلاً ممنوع بل المتحقق هناك ما أجرى مجرى الخطأ كالنائم ينقلب على رجل فيقتله لان نفس الخطأ اذا لا بد فيه من صدور فعل عنه باختياره وفي صورة ان سقط من يده شيء فقتل رجلاً لم يصدر عنه فعل باختياره بل وقع السقوط بفعله لا باختياره فصار الاحتمال من قبيل ما أجرى مجرى الخطأ والكلام هنا في نفس الخطأ لهما أجرى مجرى الخطأ فانه قسم آخر من الاقسام الخمسة للجنابة سأتى ذكره مستقلاً فيما بعد (قوله ولا اثم فيه يعنى في الوجهين) أقول كان الاولى للمصنف أن يقول يعنى في كل واحد من الوجهين اذ يحصل حينئذ اصلاح افراد الضمير أيضاً

لان المقتول مات بشقه فكانه مات بنفسه وقوله (لان الشرع أنزله قاتلاً) يعنى في حق الضمان فكذلك في الكفارة والحرمان ولنا أن الكفارة تجب بالقتل وهو معدوم منه حقيقة لعدم اتصال فعله به وإنما ألحق به في حق الضمان على خلاف القياس مبيانه لادماه عن الهدر فيسقط في حق غيره على الاصل فان قبل الحافر في غير ملكه بأثم وما فيه اثم من القتل يصح تعليق الحرمان به كما ذكرتم في الخطأ أجاب بقوله (وهو ان كان بأثم بالخرف في غير ملكه) أى الاثم الحاصل بالقتل يصح تعليق الحرمان به وما ذكرتم ليس كذلك فان اثم الحفر لا الموت وقوله (وما يكون شبه عمدي النفس فهو عمدي فيما سواها)

يعنى ليس فيما دون النفس شبه عمداً أو خطأ) لان اتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة فان اتلاف النفس لا يقصد الا بالسلاح وما أجرى مجراه وأما ما دونها فانه يقصد اتلافه بغيره كما يقصد به الأثرى أن فقه العين كما يقصد بالسكين يقصد بالسوط والعصا الصغيرة (قال المصنف لان فيه اثم اذ يصح تعليق الحرمان به) أقول الاظهر أن يقول لانه قاتل ولا تجرد وجود الاثم لا يوجد الحرمان فلا بد من نوع تكلف يعرف من الكفافية

(باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه)

لما فرغ من بيان أقسام القتل وكان من جملة المدعو هو قد يوجب القصاص وقد لا يوجبه احتاج الى تفصيل ذلك في باب على حدة قال (القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأييد الخ) هذه ضابطة كلية لمعرفة من يجب له القصاص وحقق الدم منه ان يسفك وقوله (على التأييد) احتراز عن المستأمن فان في دمه شبهة الاباحة بالعود الى دار الحرب المزيلة للساواة المنبئ عنها القصاص ولا بد من صفة العمدية لما يثبت من قوله صلى الله عليه وسلم المدقود ومن ان الجنابة بها تكامل وفيه بحث من أوجه الاول ان العفو مندوب اليه وذلك يتأني وصف القصاص بالوجوب الثاني ان حقن الدم على التأييد غير متصور لان أنهي ما يتصور منه ان يكون للمسلم في دار الاسلام وهو يزول بالارتداد والعياذ بالله تعالى الثالث انها منقوضة بمسلم قتل ابنه المسلم فانها موجودة فيه ولا فصاع الرابع ان قيد التأييد لثبوت المساواة واذا قتل المستأمن مسلما يوجب القصاص ولا مساواة بينهما والجواب عن الاول ان المراد بالوجوب ثبوت حق الاستيفاء ولا منافاة بينه وبين العفو وعن الثاني (٢٥٤) ان المراد بالحقن على التأييد ما هو بحسب الاصل والارتداد عارض

(باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه)

قال (القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأييد اذا قتل عمدا) أما العمدية فلما يبينها وأما حقن الدم على التأييد فلتنتفي شبهة الاباحة وتحقق المساواة قال (ويقتل الحر بالحر والحر بالعبد) للعمومات وقال الشافعي رحمه الله لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد ومن ضرورة هذه المناظرة ان لا يقتل حر بعبد ولان مبني القصاص على المساواة وهي منتفية بين المالك والمملوك ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرفه بخلاف العبد بالعبد لانها يستويان وبخلاف العبد بغيره

(باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه)

لما فرغ من بيان أنواع القتل شرع في تفصيل ما يوجب القصاص من القتل وما لا يوجبه في باب على حدة (قوله أما العمدية فلما يبينها) من قوله عليه السلام المدقود ومن ان الجنابة بها تكامل كذا في العناية وغاية البيان وقال بعض الفضلاء ومن قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى على ما مر في وجه كون موجب القتل القود عيننا اه أقول فيه نظرا لان قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى انما يدل على وجوب القصاص في القتل وأما كون وجوب القصاص في القتل الممد خاصة فلا تدل عليه الآية المذكورة وحدها لاطلاقها وانما يدل عليه الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام المدقود والدليل المعقول كما أفصح عنه المصنف فيما قبل حيث قال والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وقال الا انه تقييد بوصف العمدية لقوله عليه السلام المدقود أي موجهه ولان الجنابة بها

لا معتبر به ورجوع الحربي الى داره أصل لا عارض وعن الثالث بان القصاص ثابت لكنه انقلب مالا لشبهة الابوة وعن الرابع بان التفاوت الى نقصان غير مانع عن الاستيفاء بخلاف العكس وقوله للعمومات يريد به مثل قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وقوله ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا وقوله وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس وقوله صلى الله عليه وسلم العمد قود وكره قول الشافعي رحمه الله ووجهه وهو واضح

تسكامل

العمد قود وكره قول الشافعي رحمه الله ووجهه وهو واضح

(باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه)

(قوله لما يبينها من قوله عليه الصلاة والسلام) أقول ومن قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى على ما مر في وجه كون موجب القتل القود عيننا (قوله والجواب عن الاول ان المراد بالوجوب ثبوت حق الاستيفاء ولا منافاة بينه وبين العفو) أقول لا يخفى أن ما ذكره مجازي لا ينبغي ارتكابه الا للضرورة ولا ضرورة اذ يجوز ان يقال انه واجب على الأئمة لا يحل لهم ان يتركوه اذ ارادوا في الدم الاستيفاء أو يقال هو واجب على القاتل اذ لم يسلم نفسه عند مطالبة الولي بالقصاص يأثم وقد فسره مذهب الوجهين قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص الآية (قوله ما هو بحسب الاصل) أقول الاصل ههنا بمعنى الكثير الراجح كما لا يخفى (قوله لكنه انقلب مالا لشبهة الابوة) أقول الظاهر ان يقال لحرمة الابوة ومراد الشارح للشبهة الناشئة من الابوة في دفع القصاص وهي شبهة الاباحة النابتة بقوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لأبيك

وقوله (وهي) أي العصمة (بالدين) يعني عنده (أو بالدار) يعني عندنا (و) العبد والحر (يستويان فيهما) فيجري القصاص بينهما فان قال جازان تكون شبهة الاباحة مانعة وهي ثابتة لان الرق أثر الكفر وحقيقة الكفر تمنع منه كما بين المسلم والمستامن فكذا أثره أجاب بقوله (وجريان القصاص) ومعناه لا يصلح ذلك مانعا اذ لو صلح لما جرى بين العبد بين المستامين وليس كذلك وقوله (والنص تخصيص بالذكر) جواب عما استدلل به من المقابلة في الآية ووجهه ان ذلك تخصيص بالذكر وهو لا يتنى ما عداه كافي قوله والائتي بالائتي فانه لا يتنى الذكركر بالائتي ولا العكس بالاجماع وفائدة التخصيص الرد على من أراد قتل غير القاتل بالمقتول وذلك ان ابن عباس رضي الله عنهما روى أن قبيلتين من العرب تدعى احدهما فضلا على الاخرى (٣٥٥) اقتتلتا فقالت مدعية الفضل لا ترضى الا بقتل

الذكركر منهم بالائتي منا والحر منهم بقتل العبد منا فانزل الله تعالى هذه الآية ترداعليهم ولم يذكر الجواب عن الاطراف وقد اوجب بان القصاص في الاطراف يعتمد المساواة في الجزء المباني فانه لا تقطع اليد الصحيحة بالسلاية ولا مساواة بينهما في ذلك لان الرق ثابت في أجزاء الجسم بخلاف النفوس فان القصاص فيها يعتمد ما في العصمة وقد تساوى فيها على ما مر قال (والمسلم والذي فيه سواء) اختلف العلماء رحمهم الله في ثبوت اقتصاص المسلم بالذي فذهب عامة العلماء الى عدمه وذهب أبو حنيفة وأصحابه رضي الله عنهم الى ثبوتيه وهو مذهب الشعبي والشعبي استدلل الاولون بما روى أبو حنيفة قال سألت عليا رضي الله عنه هل عندك من رسول الله صلى الله عليه وسلم سوى

يقتل بالحر لانه تفاوت الى نقصان وانما ان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين أو بالدار ويستويان فيهما وجريان القصاص بين العبد بين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة والنص تخصيص بالذكر فلا يتنى ما عداه قال (والمسلم بالذي) خلافا للشافعي له قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر ولانه تتكامل الخ فكيف يتصور ان يندرج قوله تعالى كتب عليكم الخ في قول المصنف ههنا أما الممدية فلما بيناه كما يقتضيه قول ذلك البعض ومن قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى تبصر (قوله وجرى بان القصاص بين العبد بين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام فان قال الشافعي جاز ان تكون شبهة الاباحة مانعة وهي ثابتة لان الرق أثر الكفر وحقيقة الكفر تمنع منه كما بين المسلم والمستامن فكذا أثره أجاب بقوله وجرى بان القصاص ومعناه لا يصلح ذلك مانعا اذ لو صلح لما جرى بين العبد بين كما لا يجري بين المستامين وليس كذلك اه أقول هذا الشرح لا يطابق المشروح لان حاصله منع مانعية شبهة الاباحة عن القصاص وحاصل المشروح منع ثبوت شبهة الاباحة في العبد ومن النص فيه قول المصنف يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة فالصواب في الشرح ان يقال ومعناه ان شبهة الاباحة غير ثابتة في العبد والامساويين بين العبد بين المستامين (قوله والنص تخصيص بالذكر فلا يتنى ما عداه) هذا جواب عما استدلل به الخصم من مقابلة الحر بالحر والعبد بالعبد في الآية ووجهه ان ذلك تخصيص بالذكر وهو لا يتنى ما عداه كافي قوله تعالى والائتي بالائتي فانه لا يتنى ان يقتل الا ئتي بالذكركر ولا العكس بالاجماع وفائدة التخصيص الرد على من أراد قتل غير القاتل بالمقتول كما يدل عليه سبب نزول هذه الآية وهو ما روى عن ابن عباس ان قبيلتين من العرب اقتتلتا وكانت احدهما تدعى الفضل على الاخرى فقالت لا ترضى الا بقتل الذكركر منهم بالائتي منا والحر منهم بالعدم منا فانزل الله تعالى هذه الآية ترداعليهم - كذا في المشروح أقول لقائل ان يقول ان التخصيص بالذكركر وان لم يدل على نفي ما عداه الا أن تعريف المسند اليه بلام الجنس يفيد القصر نحو الكرم التقوى أي لا غيرها والامير الشجاع أي لا الجبان ونحو التوكل على الله والامام من قر يش الى غير ذلك من الامثلة كما عرف في علم الادب وقد استدل الائمة الحنيفة على ان موجب القتل العمده والقود عيننا لا واحد من القود والدية لا يعينه بقوله عليه السلام العمود وقاوا وجه التمسك به أن الالف واللام في قوله العمود للجنس فتفيد القصر على القود فليكن الامر كذلك فيما نحن فيه والجواب ان اللام انما يجوز حملها على الجنس اذ لم يكن ههنا لعمدهم كما عرف في علم الادب وعلم الاصول أيضا وفي الآية المذكورة تحقق المعهود وهو ما ذكر في سبب نزولها فحمل اللام عليه دون الجنس فلم يوجد فيها ما يقتضي القصر وقد أشار اليه في الكافي

القرآن قال لا والذي فلق الحبة وبرأ النسمة الآن يعطى فهماني كتابه وما في الصحيفة قلت وما في الصحيفة قال العقل وفكالك الاسير ولا يقتل مسلم بكافر وبان القصاص يعتمد المساواة في وقت الجنابة ولا مساواة بينهما في وقت الجنابة لان القاتل اذا كان ذميا وقت القتل ثم أسلم فانه يقتص منه بالاجماع وبان الكفر مبيح لدمه اقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة أي فتنة الكفر في دين

(قوله وقد اوجب بان القصاص في الاطراف يعتمد المساواة في الجزء المباني) أقول يعني لا يتنى فيها المساواة في العصمة بل لا بد من المساواة في الجزء المباني في كونه معيبا وسلامته من العيب فطرف العبد معيب بخلاف طرف الحر

شبهة عدم المساواة ولنا مروى محمد بن الحسن عن ابراهيم رحمه الله ان رجلا من المسلمين قتل رجلا من أهل الذمة فرفع ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انا (٢٥٦) أحق من وفي بذمته ثم أمر به فقتل وفي دلالاته على المطلوب

لامساواة بينهم ما وقت الجناية وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة ولنا مروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قتل مسلما بذمى ولان المساواة في العصمة ثابتة نظرا الى التكليف أو الدار والمبيح كفر المحارب دون المسلم والقتل بمثله يؤذن بانتفاء

حيث قال بعد ذلك كرفائدة المقابلة ببيان سبب النزول فكان اللام لتعريف العهد لا تعريف الجنس (قوله وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل ان الكفر مبيح لدمه لقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة أي فتنة الكفر فيورث شبهة عدم المساواة اه أقول قد حمل الشبهة المذكورة في الكتاب هنا على شبهة المساواة وهو خبط ظاهر أما أول فلان المصنف قد صرح قبيل هذا بعدم المساواة بينهم ما على طريق الجزم حيث قال لانه لا مساواة بينهم ما وقت الجناية فكيف يتم ان يقول بعده كون الكفر مبيحا يورث شبهة عدم المساواة ويجعله استدلالا آخر فهلا يكون هذا منافي لما سبق أو مستدركا وأما ثانيا فلانه سيقول في الجواب من قبلنا عن هذا الاستدلال والمبيح كفر المحارب دون المسلم والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة وذلك قطعي الدلالة على ان ليس المراد بالشبهة المذكورة هنا شبهة عدم المساواة اذ لا شك ان قتل الذمى بمثله لا يؤذن بانتفاء شبهة عدم المساواة بين المسلم والذمى وانما يؤذن بانتفاء شبهة عدم الاباحة في دم الذي فالصواب أن المراد بالشبهة هنا شبهة الاباحة كما هو مقتضى تعريف قوله فيورث الشبهة على قوله وكذا الكفر مبيح وقد صرح بذلك في المسئلة السابقة فحينئذ ينتظم السباق واللاحق بلا غبار كما لا يخفى (قوله ولان المساواة في العصمة ثابتة نظرا الى التكليف أو الدار) قال صاحب العناية في حل هذا التعارض ولان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي ثابتة نظرا الى التكليف يعني عنده أو الدار يعني عندنا اه أقول وزع الشارح المذكور قول المصنف نظرا الى التكليف أو الدار الى المذهبين كما ترى فحمل قوله الى التكليف على مذهب الشافعي وقوله أو الدار على مذهبنا لكنه محل نظر لان المصنف لما قال في تعليل المسئلة السابقة ولنا ان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين أو بالدار قال الشارح المذكور وسائر الشراح أيضا هنا انه وهي أى العصمة بالدين يعني عنده أو بالدار يعني عندنا فقد حملوا قول المصنف بالدين على مذهب الشافعي واذا كان المعتمد في ثبوت العصمة عند الشافعي هو الدين فكيف يتم القول هنا بثبوتها عنده بمجرد التكليف بدون تحقق دين الاسلام كما يقتضيه شرح صاحب العناية في هذا المحل ثم أقول لعل كلمة أو في قول المصنف نظرا الى التكليف أو الدار بمعنى الواو كما في قوله

سيمان كسر رغيغه \* أو كسر عظم من عظامه

فيكون المجموع على مذهبنا ويؤيده ما وقع في بعض النسخ من كلمة الواو بدل كلمة أو وعبارة الكافي والتبيين أيضا فان المذكور فيه ما في هذا المقام ولان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وقد وجدت نظرا الى الدار والى التكليف اه فان قلت لم تحمل المجموع على مذهبنا مع ابقاء كلمة أو على أصل معناها قلت لان التكليف وحده لا يقتضى العصمة الموجبة للقصاص الا يرى انه اذا قتل مكاف ولو كان مسلما في دار الحرب لا يجب القصاص صرح به في عامة المعنبرات فلا بد من أن يكون في دار

جلاء لا يجارى ورد بان مداره على ابن السلماني وهو ضعيف قال صالح بن محمد الحافظ رحمه الله ابن السلماني حديثه منكر روى عنه ربيعة أن النبي صلى الله عليه وسلم قتل مسلما بما هو وهو مرسل منكر وقال الدارقطني ابن السلماني لا يقوم به حجة اذا وصل فكيف اذا أرسل والجواب ان الطعن بالارسال والطعن المبهم من أئمة الحديث غير مقبول وقد عرف في الاصول (ولان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي ثابتة نظرا الى التكليف) يعني عنده (أو الدار) يعني عندنا فثبت وقوله (والمبيح كفر المحارب) جواب عن قوله وكذا الكفر مبيح وتقريره أنا لان سلم ان مطلق الكفر مبيح بل المبيح كفر المحارب قال الله تعالى قاتلوهم حتى لا يؤمنون بالله الى قوله حتى يعطوا الجزية وقوله

والقتل بمثله لدفع قوله فيورث الشبهة أي قتل الذمى بالذمى دليل على أن

كفر الذمى لا يورث الشبهة اذ لو أوردتها لما جرى القصاص بينهما كما لا يجرى بين الحربيين فان قيل يورث الشبهة اذا قتله مسلم

(قوله ولان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي ثابتة نظرا الى التكليف يعني عنده أو الدار يعني عندنا) أقول واهذا يقتل

الذمى بالذمى

قلنا فيكون قبل قتله المسلم معصوما كالمسلم فيجب القصاص وقوله (والمراد بما روي) جواب عما استدلوا به من حديث علي رضي الله عنه وتقريره ما ذكره الطحاوي رحمه الله في شرح الآثار أن الذي حكاه أبو جحيفة عن علي رضي الله عنه لم يكن مفردا ولو كان مفردا لاحتل ما قالوا ولكن موصولا بغيره وهو قوله ولا ذوعهد في عهده واليه أشار المصنف رحمه الله بقوله (لسياقه ولا ذوعهد في عهده) ووجه ذلك أنه عطف هذا على الأول والعطف للغايرة فيكون كلاما تاما في نفسه وليس كذلك لادائه إلى أن لا يقتل ذوعهد مدة عهده وإن قتل مسلما وليس بصحيح بالاجماع فيقدر ولا ذوعهد في عهده بكافر على طريقة قوله تعالى آمن الرسول بما أنزل إليه من ربه والمؤمنون ثم الكافر الذي لا يقتل به ذوعهد وهو الحربي بالاجماع فيقدر بكافر حربي وإذا لم يكن تقدير حربي يقدر في المعطوف عليه كذلك والالكان ذلك أعم والاعم لا دلالة له على الاخص بوجه من الوجوه فما فرضناه دليلا لا يكون دليلا إذا خالف باطل فان قيل فما كيفية قتل المسلم بالحربي حتى صح نفيه وقتلهم واجب فالجواب من جهتين أحدهما المسلم (٣٥٧) دخل دارهم بأمان فقتل كافرا حربيا فهو

الشبهة والمراد بما روي الحربي لسياقه ولا ذوعهد في عهده والعطف للغايرة قال (ولا يقتل بالمستأمن) لأنه غير محقون الدم على التأييد وكذلك كفره باعث على الحراب لأنه على قصد الرجوع

حرام لكن لا يقتص منه والثاني أن يقتل من لا يحل قتله من أهل الحرب كالتساء والصبيان وهذه المسئلة من معارك الآراء لا طائل تحت تطويلها فلنقتصر على ما ذكرنا وقوله (ولا يقتل) يعني المسلم (المستأمن لأنه غير محقون الدم على التأييد) كما تقدم في أول الباب (ولأن كفره باعث على الحراب لأنه على قصد الرجوع) إلى داره فكان كالحربي

الاسلام أيضا (قوله والمراد بما روي الحربي لسياقه ولا ذوعهد في عهده والعطف للغايرة) يعني أن المراد بالكافر في قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر هو الحربي بدليل سياقه وهو قوله ولا ذوعهد في عهده فإنه معطوف على مؤمن فالعنى ولا يقتل ذوعهد بكافر ولا شأن ذالعهده وهو الذي انما لا يقتل بالحربي دون الذي فان جريان القصاص بين الذميين مجمع عليه فان قيل لم لا يجوز أن يكون المراد بذى العهد في الحديث هو المسلم دون الذي قلنا ان العطف يقتضى المغايرة فلا جرم يكون المراد بذى العهد المعطوف على المؤمن غير المسلم وقد أشار إليه المصنف بقوله والعطف للغايرة فان قيل ولم لا يجوز أن يكون قوله ولا ذوعهد في عهده ابتداء كلام أى لا يقتل ذوعهد في مدة عهده قلنا لان الواو للعطف حقيقة خصوصا فيما لا يكون مستقلا بنفسه والمراد بالاول نفي القتل قصاصا لا نفي مطلق القتل فكذا في الثاني تحقيقا لقضى العطف من المناسبة بين الجملةين هذا جملته ما في الكافي وأكثر الشروح في هذا المقام أخذنا من المبسوط والاسرار وقال صاحب العناية في شرحه - هذا المحل قوله والمراد بما روي جواب عما استدلوا به من حديث علي رضي الله عنه وتقريره ما ذكره الطحاوي في شرح الآثار أن الذي حكاه أبو جحيفة عن علي لم يكن مفردا ولو كان مفردا لاحتل ما قالوا ولكن كان موصولا بغيره وهو قوله ولا ذوعهد في عهده واليه أشار المصنف بقوله لسياقه ولا ذوعهد في عهده ووجه ذلك أنه عطف هذا على الأول والعطف للغايرة فيكون كلاما تاما في نفسه وليس كذلك لادائه إلى أن لا يقتل ذوعهد مدة عهده وإن قتل مسلما وليس بصحيح بالاجماع فيقدر ولا ذوعهد في عهده بكافر على طريقة قوله تعالى آمن الرسول بما أنزل إليه من ربه والمؤمنون ثم الكافر الذي لا يقتل به ذوعهد وهو الحربي بالاجماع فيقدر بكافر حربي وإذا لم يكن تقدير حربي يقدر في المعطوف عليه كذلك والالكان ذلك أعم والاعم لا دلالة له على الاخص بوجه من الوجوه فما فرضناه دليلا لا يكون

(قوله قلنا فيكون قبل قتله المسلم معصوما كالمسلم فيجب القصاص) أقول لم لا يجوز أن يقال يجوز أن يكون قبل قتله المسلم معصوما نظرا إلى مثله وغير معصوم بالنسبة إلى المسلم الآن يقال

(٣٣ - تكمله ثامن) العصمة لا تجزى (قوله والعطف للغايرة) أقول قال الاتقاني وانا في هذا الكلام نظر لاننا نقول نعم العطف للغايرة ولكن لم يعطف قوله ولا ذوعهد على كافر لأنه لو عطف عليه لقل بالحرب بل هو عطف على مؤمن ولكن نقول ان الذي يقتل بالذي بالاتفاق فعلم أن المراد بالكافر الحربي لا الذي اه فيه بحث وفي الكفاية فان قيل جاز أن يراد بذى العهد المسلم قلنا العطف يقتضى المغايرة اه وبهذا يخرج الجواب عما ذكره الاتقاني فليتامل (قوله فيقدر ولا ذوعهد في عهده بكافر على طريقة قوله تعالى آمن الرسول بما أنزل إليه من ربه والمؤمنون) أقول له ان يقول هذا مثل قوله عليه الصلاة والسلام من قتل معاهدا لم يرح رائحة الجنة فكان الوعيد فيه لمن قتله بغير حق فكذا انتهى في هذا الحديث عن قتله بغير حق وله نظائر (قوله والالكان ذلك أعم) أقول أى الكافر الذي في المعطوف عليه أعم من الحربي (قوله فما فرضناه دليلا) أقول أى على التقدير (قوله لا يكون دليلا هذا خالف باطل) أقول المقدر في الثاني لفظ كافر كافي الأول فيصالح الأول قرينة على تقدير الثاني وتقييده بالحربي بدليل آخر فتقدر

(ولا يقتل الذي بالمستأمن) لما بيننا (ويقتل المستأمن بالمستأمن) قياساً للساواة ولا يقتل استحساناً لقيام الميخ (ويقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالأعمى والزمن وبناقص الاطراف وبالجنون) للعمومات ولان في اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة امتناع القصاص وظهور التفاوت

(ولا يقتل الذي بالمستأمن) لما بيننا) انه ليس محقون الدم على التأييد وقيل هو اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم ولا ذوه عهد في عهده وليس بواضح لان المعهود منه في مثله لما رويناه ولانا قد درنا ذلك بكافر حر بي الا اذا أريد هناك بالحر بي أعم من أن يكون مستأمناً أو محارباً وهو الحقيق ويغنيان عن السؤال عن كيفية قتل المسلم الحر بي والجواب عنه وعبر بقوله لما بيننا لان التقدير المذكور ليس بمرورى وانما هو تأويل فلم يقل لما رويناه وقوله (العمومات) يعنى الآيات الدالة بعمومها على وجوب القصاص وقد ذكرناها وقوله (ولان في اعتبار التفاوت الخ) يصلح لجميع ما خالفنا فيه الشافعي رحمه الله

(قوله لان التقدير المذكور ليس بمرورى) أقول يعنى غير مذكور على قصد الرواية بل لتتميم الدليل

دليلاً هذا خاف الى هنا لفظ العناية أقول فيه خلل من وجوه الأول ان الأعم انما لا يدل على الاخص بوجه من الوجوه من حيث خصوصية الاخص أى لا يدل الأعم على أن يكون المراد منه هو الاخص وحده وهذا معنى ما يقال في العلوم العقلية لادلالة العام على الخاص باحدى الدلالات الثلاث وأما من حيث اندراج الاخص تحت ذلك الأعم فيدل عليه قطعاً بواسطة دلالاته على معناه العام الشامل لذلك الاخص وبغيره أيضاً ألا يرى أنا اذا قلنا كل حيوان متحرك بالارادة فلا شك انه يدل على كون الانسان متحركاً بالارادة كسائر الحيوانات لا ندرجه تحت الحيوان وكذا حال سائر الكليات بالنظر الى ماتحتها من الجزئيات وهذا أمر لا ستره به ففما نحن فيه لو لم يقدر حر بي في المعطوف عليه وكان كافر أعم من الحر بي والذمي لدل على أن لا يقتل مؤمن بشئ من أفراد الكافر وحصل مطلوب الشافعي ولم يلزم أن لا يكون ما فرضناه دليلاً للشافعي دلالة على مدعاه كما زعمه الشارح المزبور والثاني ان عدم كون ما فرضناه دليلاً للشافعي دلالة لا يقتضى تقدير شئ في الحديث اذ لا يتبع تعيين معنى الحديث جعل الشافعي ذلك الحديث دليلاً على مدعاه بل جعله دليلاً عليه انما يصبح بعد تعيين معناه فامعنى الاستدلال على عدم عموم الكافر في الحديث بلزوم ان لا يكون ما فرضناه دليلاً للشافعي دلالة على تقدير عمومه كما هو مقتضى تقرير الشارح المزبور والثالث ان ما عده محذوراً وهو ان لا يكون ما فرضناه دليلاً للشافعي دلالة لازم أيضاً على تقدير ان يقدر حر بي في المعطوف عليه بعمقته رأى لان الحر بي مبان للذمي لا محالة وعدم دلالة أحد المتباينين على الآخر أظهر من عدم دلالة الأعم على الاخص فان لزم من أن يكون كافر في الحديث أعم أن لا يكون ما فرضناه دليلاً للشافعي دلالة فلا نلزم من أن يقيد كافر في الحديث بحر بي أن لا يكون ما فرضناه دليلاً للشافعي دلالة أولى فكيف يثبت تقدير حر بي على رأيه وبالجملة قد خرج الشارح المزبور في توجيه الحديث المذكور عن سنن الصواب بالكلية فضل عن سبيله ثم ان صاحب الغاية اعترض على قول المصنف والعطف للغايرة حيث قال ولنا في هذا المقام نظراً لاننا نقول نعم العطف للغايرة ولكن لم يعطف قوله عليه السلام ولا ذوه عهد على كافر لانه لو عطف عليه لقبل بالحر بل هو عطف على مؤمن ولكن نقول ان الذي يقتل بالذمي بالاتفاق فعلم أن المراد من الكافر الحر بي اه أقول نظره في غاية السقوط لان قول المصنف والعطف للغايرة ليس لبيان مغايرة ذوه عهد في الحديث لكافر حتى يتجه ما توهمه من أن قوله عليه السلام ولا ذوه عهد لم يعطف على كافر بل لبيان مغايرته مؤمن دفعا لاحتمال أن يكون المراد ذوه عهد في الحديث هو المؤمن أيضاً على هذا الاحتمال لا يظهر كون المراد بكافر هو الحر بي اذ المؤمن لا يقتل بذي أيضاً عند الشافعي فلا يسلم التقييد بحر بي وأما اذا كان ذوه عهد مغاير المؤمن فكان المراد به الذي يتعين أن يكون المراد بكافر هو الحر بي والا يلزم أن لا يقتل الذي بالذمي أيضاً مع ان خلافه يجمع عليه والعجب أن كون مقصود المصنف من قوله والعطف للغايرة ما ذكرناه مع وضوحه في نفسه يرشده اليه جدا تقرير صاحب الكافي وبعض الشراح المتقدمين فكيف لم يطلع عليه ذلك الشارح (قوله ولا يقتل الذي بالمستأمن) لما بيننا) قال جماعة من الشراح وهو قوله ولا ذوه عهد في عهده وحده صاحب العناية على قوله لانه ليس محقون الدم على التأييد ولم يقبل رأى هؤلاء الشراح حيث قال ولا يقتل الذي بالمستأمن لما بيننا أنه ليس محقون الدم على التأييد وقيل هو اشارة الى قوله عليه السلام ولا ذوه عهد في عهده وليس بواضح لان المعهود منه في مثله لما رويناه ولانا قد درنا

قال (ولا يقتل الرجل بابنه الخ) لا يقتل الانسان بولده لقوله صلى الله عليه وسلم لا يقاد الوالد بولده وهو معلول بكونه سببا لحياته وهو وصف مععل ظهر أثره في جنس الحكم المعلل به فانه لا يجوز ان يقتل والده وان وجدته في صف الاعداء مقاتلا أو وجدته زانيا وهو محصن فيجوز ان يتعدى به الحكم من الوالد الى الجسد مطلقا والى الام والجدات كذلك فانهم أسباب لحياته فلا يجوز ان يكون سببا لانفائهم قوله (والقصاص يستحقه المقتول) جواب عما يقال الوارث (٢٥٩) يستحق افناءه لا الولد ولا محذوفه ولو

قال فمن المحال ان يتسبب لفنائهم لاستغنى عن هذا السؤال والجواب وقال مالك رحمه الله ان ذبحه بقادبه لا تنفاه شبهة الخطا من كل وجه بخلاف ما اذا رماه بسيف أو سكين فان فيه توهم التأديب لان شفقة الأبوته تمنعه عن ذلك فيمكن فيه نوع شبهة قال المصنف رحمه الله (وهو باطلاقه حجة على مالك رحمه الله) وطوبى بالفرق بين هذا وبين من زنى بابنته وهو محصن فانه يرحم أجيب بان الرجم حق الله تعالى على الخلوص بخلاف القصاص لا يقال فيجب ان يحذوا زنى بجارية ابنته لان حق الملك بقوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لا يسكن صار شبهة في الدرر

والتفاني قال (ولا يقتل الرجل بابنه) لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده وهو باطلاقه حجة على مالك رحمه الله في قوله يقاد اذا ذبحه ذبحا ولانه سبب لحياته فمن المحال ان يستحق له افناؤه ولهذا لا يجوز له قتله وان وجدته في صف الاعداء مقاتلا أو زانيا وهو محصن والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه

ذلك بكافر حربي الا اذا أريد هناك بالحربي أعم من أن يكون مستأمناً أو محاربا وهو الحق ويغنيان عن السؤال عن كيفية قتل المسلم بالحربي والجواب عنه وعبر بقوله لما بيننا ان التقدير المذكور ليس بمرور وانما هو تأويل فلم يقل لما بيننا الى هنا كلامه أقول في قوله ويغنيان عن السؤال عن كيفية قتل المسلم بالحربي والجواب عنه نظرا لانه اذا أريد هناك بالحربي ما هو أعم من المستأمن والمحارب يرد السؤال عن كيفية قتل المسلم بالمحارب فان قتل المحارب واجب قيامه نفيه في الحديث فيحتاج الى الجواب عنه بالوجهين الذين ذكرهما من قبل وانما يحصل الغنى عن السؤال والجواب اذا كان المراد بالحربي هناك هو المستأمن فقط كما هو الاحسن وخزم به صاحب البدائع حيث قال وأما الحديث فالمراد من الكافر المستأمن لانه قال لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذوعهد في عهد عطف قوله ولا ذوعهد في عهد على المسلم فكان معناه لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذوعهد به ونحن بنقول اه (قوله ولا يقتل الرجل بابنه لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده) قال تاج الشريعة فأتخص به عموم الكتاب لانه لحقه الخصوص فان المولى لا يقتص به بده ولا بعد بولده وذكر الامام البرزوي أن هذا حديث مشهور نقلته الامة بالقبول فصلح مخصوصا أو ناسخا حكم الكتاب اه أقول الحق ما ذكره الامام البرزوي لما قاله تاج الشريعة من عند نفسه لان حاصل ما قاله ان الكتاب في حكم القصاص صار مما خص منه البعض بعدم اقتصاص المولى بعبده ولا بعد بولده فصارت نظما لجاز تخصيص قتل الوالد بولده من عموم الكتاب الدال على وجوب القصاص في القتل بالسنة ولو كانت من أخبار الاحاد ولكنه غير تام اذ قد تقر في الاصول ان العام الذي خص منه البعض انما يصير نظما اذا كان تخصيصه بكلام مستقل موصول به وأما اذا كان البعض من العام مخسرا بدليل موصول عنه فيكون عمومه منسوخا لا مخصوصا ويصير قطعيا في الباقي ولا شك ان ما يخرج قتل المولى عبده أو بعد بولده عن آية القصاص ليس كلاما موصولا بها فلا ينافي قطعيتها فلا يجوز اخراج قتل الوالد بولده عنها بخبر واحد بل لأقل من أن يكون المخرج حديثا مشهورا كما عرف في أصول الفقه فلا بد من المصير هنا الى ما ذكره الامام البرزوي (قوله والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه) قال الشراح هذا جواب عما يقال الوارث يستحق افناءه لا الولد ولا محذوفه وقال صاحب العناية بعد ذلك ولو قال فن المحال ان يتسبب لفنائهم لاستغنى عن هذا السؤال والجواب اه أقول فيه بحث اذا لري جهة سببية المقتول لفناء القاتل سوى استحقاقه القصاص فلو قال فن المحال ان يتسبب لفنائهم فأمان أراد بتسببه لفنائهم استحقاقه القصاص فيرد عليه السؤال المزبور ويحتاج الى الجواب المذكور وأمان أراد به اشياء سوى استحقاقه القصاص وهو غير معلوم فكيف

(قال المصنف والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه) أقول القصاص طريقه الخلافه عند أبي حنيفة دون الوراثة كما سيجي في باب الشهادة

في القتل فلا يلائم كلام المصنف وجوابه أن فيه شبهة الوراثة وشبهة الخلافه فتارة يعين الاولى وتارة يعين الثانية احتمالا في دره القصاص فليتل ما فان هذا كلام اجالى كتبه تذكرة (قوله ولو قال فن المحال ان يتسبب لفنائهم) أقول وأنت خير بان عبارة المصنف تؤدي هذا المعنى اذ معناها فن المحال ان يستحق لاجله افناؤه ولا يدل على كون المستحق المقتول (قوله لأن شفقة الأبوته تمنعه عن ذلك) أقول أى تمنعه عن التعمد





عن درجة الاعتبار لان  
 السيد اذا رجعا الى شخص  
 وحكمهما لم يختلف صارا  
 كسب واحد لحكم واحد  
 واما اذا رجعا الى شخصين  
 كما لو كان له وارث غير المولى  
 واختلف حكمهما كالمسئلة  
 المستشهد بها فيمكن ان  
 تكون معتبرة فان كان  
 الاول فلا قصاص وان  
 اجتمع والوجود الاشتباه  
 على ما ذكر لان الصحابة  
 رضوا الله عنهم اختلفوا  
 في موته على نعت الحرية  
 أو الرق فانه على قول على  
 وابن مسعود رضوا الله عنهم  
 يموت حر اذا أدبت كتابته  
 فيكون الاستيفاء لو رثته  
 وعلى قول زيد بن ثابت  
 رضوا الله عنه يموت عبدا  
 فيكون استيفاء القصاص  
 للمولى (بخلاف الاولى فان  
 المولى متعين فيها) وان  
 كان الثاني وهو ما اذا مات  
 ولم يترك وفاء فواضح كاذب  
 ولم يذكر ما اذا مات ولم  
 يترك وفاء ولا وارث له أو له  
 ورثة أرقاء لعدم الفائدة في  
 ذكره لان حكمه حكم  
 المذكور في الكتاب

(قال المصنف وان لم يترك  
 وفاء وله ورثة أحرار وحب  
 القصاص للمولى في قولهم  
 جميعا) أقول قال في  
 الكفاية وذكر شيخ الاسلام  
 يريد به لم يترك وفاء ولم يكن في  
 قيمته وفاء بالمكاتبه أيضا  
 فاما اذا كان في قيمته وفاء  
 بالمكاتبه لا قصاص فيه

بغير حكم النكاح (ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص وان اجتمع وامع المولى) لانه اشتبه من  
 له الحق لانه المولى ان مات عبدا والوارث ان مات حر اذ ظهر الاختلاف بين الصحابة رضي الله عنهم في  
 موته على نعت الحرية أو الرق بخلاف الاولى لان المولى متعين فيها (وان لم يترك وفاء وله ورثة أحرار  
 وحب القصاص للمولى في قولهم جميعا) لانه مات عبدا بلاريب لانفساخ الكتابة

القود بغيره ويلحق به ما كان سلاحا أه أقول فيه خلل لانه اذا كان نصابا على نفي استيفاء القود بغير السيف  
 فكيف يلحق به دلالة ما كان سلاحا من غير السيف وهل يتصور ان يدل كلام واحد على نفي شي واثباته  
 معا والحق ان يكون المراد بالسيف في الحديث المزبور السلاح مطلقا بطريق الكتابة كما أشار إليه  
 المصنف بقوله والمراد به السلاح وصرح به صاحب الكافي والكفاية حيث قالوا لنا قوله عليه السلام  
 لا قود الا بالسيف أي لا قود يستوفى الا بالسيف والمراد بالسيف السلاح هكذا فهمت الصحابة رضي الله  
 عنهم وقال أصحاب ابن مسعود لا قود الا بسلاح وانما كنى بالسيف عن السلاح اه وقال في النهاية فان  
 قيل يمحتمل أن يكون المراد من الحديث لا قود يجب الا بالسيف لأن يكون معناه لا قود يستوفى الا  
 بالسيف قلنا القود اسم لفعل هو جزاء القتل دون ما يجب شرعا وان حل عليه كان مجازا وان القود قد  
 يجب بغير السيف كالقتل بالنار والابرة فلم يكن جملة عليه لوجود وجوب القود بدون القتل بالسيف وانما  
 السيف مخصوص بالاستيفاء اه وذكره هذا السؤال في العناية أيضا ولكن قصر الجواب عنه فيها على  
 الوجه الاول من الوجهين المذكورين في النهاية أقول في ذلك الوجه من الجواب نظر لانه انما يتم أن  
 لو كان مدار السؤال على احتمال أن يراد بلفظ القود المذكور في الحديث ما يجب شرعا وأما اذا كان  
 مداره على احتمال أن يقدر في الحديث لفظ يجب بعد قوله لا قود كما هو الظاهر من عبارة السؤال فلا يتم  
 ذلك اذ لا مجاز حينئذ في لفظ القود فان قلت المصير الى التقدير ليس بأسهل من المصير الى التجوز فيحصل  
 المطلوب وهو لزوم العدول الى خلاف الظاهر من عبارة الحديث على الاحتمال الآخر قلت لا يمحض عن  
 تقدير شي على المعنى الذي حملوه عليه أيضا فان معنى الحديث على ذلك لا قود يستوفى الا بالسيف كما  
 صرحوا به فلا بد من تقدير معنى الاستيفاء ومثل ذلك معونة المقام ليس بعزيزي كلام البلغاء فلا يتم  
 التقريب (قوله ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص) أقول أطلق الوارث هنا ولم يقيد بالحر وقيد  
 في الصورة الآتية بذلك حيث قال وان لم يترك وفاء وله ورثة أحرار وكان الأولى أن يعكس الامر فانه اذا  
 كان الوارث هنا رقيقا فالظاهر انه يجب القصاص للمولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف كما في الصورة  
 السابقة ليكون حق الاستيفاء حينئذ للمولى خاصة اذ لا ولاية للارقاء على استيفاء القصاص قط فلم يشبهه  
 من له الحق هناك فانه المولى على كل حال ان مات عبدا قبل الملك وان مات حرا قبل الولاة وأما اذا كانت  
 الورثة أرقاء في الصورة الآتية فيجب القصاص للمولى وحده في قولهم جميعا كما اذا كانت الورثة أحرارا  
 لانه مات عبدا في تلك الصورة بلاريب والتقييم بالأحرار يشعر بكون الحكم في الارقاء خلاف ذلك  
 بناء على ان مفهوم المخالفة معتبر عندنا أيضا في الروايات كما صرحوا به فالا حسن ما ذكره صاحب الكافي  
 حيث قال في هذه الصورة ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص وقال في الصورة الآتية وان لم  
 يترك وفاء وله ورثة أحرار ولا وحب القصاص للمولى عندهم فان قلت الرقيق لا يكون وارثا لان الرق  
 أحد الامور الاربعة التي تمنع عن الارث كما تقرر في علم الفرائض فلا احتياج الى تقييم الوارث بالحر بل  
 لا وجه له لاشعاره بكون الرقيق أيضا وارثا قلت المراد بالوارث هنا من كان من شأنه ان يرث والرقيق  
 كذلك لانه يرث عند ذوال الرق عنه لامن يرث بالفعل فيتحتمل التقييم بالحرية ولا يلزم أن لا يتم تقييم  
 الورثة بالأحرار في الصورة الآتية أيضا مع أنها قيدت بها في الكتاب بل في أصل الجامع الصغير للامام  
 الرباني (قوله وان لم يترك وفاء وله ورثة أحرار وحب القصاص للمولى في قولهم جميعا) قال صاحب

بمخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء لان العتق في البعض لا ينسخ بالعجز (واذا قتل عبد الرهن في يد المرتين لم يجب القصاص حتى يجتمع الرهن والمرتين) لان المرتين لا ملك له فلا يلبسه والراهن لو تولا له بطل حق المرتين في الدين فيشترط اجتماعهما ليس سقط حق المرتين برضاه قال (واذا قتل ولي المعتوه فلا يبيح ان يقتل)

وقوله (بمخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء) يعني لا يجب القصاص لان ملك المولى لا يعود بعوته ولا ينسخ بالعجز ما عتق منه وقوله (واذا قتل ولي المعتوه) يعني ابنه (فلا يبيح) وهو جرد المقتول الاستيفاء

ويجب قيمته على القاتل في ماله لان موجب العمدوان كان هو القصاص الا انه يجوز العدول الى المال بغير رضا القاتل مراعاة لحق من له القصاص كما اذا كانت يد القاطع שלא كان للقطوع يده العدول الى المال بغير رضا القاطع مراعاة لحق صاحب التصاص لما لم يجد مثل حقه بكاله فكذا هنا جاز العدول الى المال بغير رضا القاتل مراعاة لحق من له القصاص لان وجوب القيمة أنفع له لانه يحكم بحريته وحرية اولاده اذا أدى بدل الكتابة من قيمته اه والمراد اذا كان في الفائم ماله حتى لا يخالف مذهبا على ما سبق

العناية ولم يترك ما اذا مات ولم يترك وفاء ولا وارث له اوله وورثة ارقاء لعدم الفائدة في ذكره لان حكمه حكم المذكور في الكتاب اه أقول هذا كلام حال عن التصصيل لان كون حكمه حكم المذكور لا يقتضي عدم الفائدة في ذكره بل يكون بيان كون حكمه حكم المذكور عين الفائدة في ذكره الا ترى أن أكثر المسائل المذكورة في أبواب هذا الكتاب وفصوله متحدة الاحكام مع انه لا مجال لأن يستغنى بذكر بعضها عن ذكر الآخر على ان تخصيص من له ورثة احرار بالذكر يشعر بكون الحكم في غير المذكور خلاف حكم المذكور على قاعدة كون المفهوم معتبرا في الروايات كما ذكرنا من قبل فلا بد من بيان شيء يفيد كون الحكم في المتروك حكم المذكور فالوجه في الاعتذار عن ترك ذلك أن يقال ان حكم المتروك ههنا معلوم من حكم المذكور بالاولوية على طريقة دلالة النص فانه اذاوجب القصاص للمولى وحده في قولهم جميعا اذا كان له ورثة احرار فلا يجب القصاص للمولى وحده فيما اذا لم يكن له وارث أصلا أو كان له ورثة ارقاء أولى كما لا يخفى (قوله بمخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء لان العتق في البعض لا ينسخ بالعجز) قال في غاية البيان قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وايس هذا كالعبد المعتق بعضه اذا مات عاجز الاله ذكر في المنتقى عن أبي حنيفة أن لا قصاص لان عجز المالك بفسخه بالكتابة فكأنهم لم تكن وموت المعتق لم يفسخ به عتقه فالمولى يستحق القصاص في بعضه بالاولوية في بعضه بالملك فلا يثبت له الاستحقاق بسببين مختلفين اه أقول فيه نظرقدم من قبل أن أصل أبي حنيفة وأبي يوسف رجعهما الله هو أن اختلاف السبب الذي لا يفضي الى المنازعة ولا الى اختلاف الحكم لا يبالى به ولهذا كان للمولى القصاص عندهما فيما اذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث سوى المولى وترك وفاء فكيف يتم تعليل عدم وجوب القصاص عند أبي حنيفة في مسألة معتق البعض اذا مات عاجز بأن المولى يستحق القصاص في بعضه بالاولوية في بعضه بالملك فلا يثبت له الاستحقاق بسببين مختلفين اذ لا إفضاء الى المنازعة على مقتضى هذا التعليل ولا الى اختلاف الحكم فنأين لا يثبت له الاستحقاق عنده بمجرد اختلاف السبب ثم أقول لعل مراد المصنف بقوله بمخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء ما اذا كان له وارث غير المولى يرشد اليه ذكر مخالفة هذه المسئلة في حيز قوله وان لم يترك وفاء وله ورثة احرار الخ فينشد يصح تنميم ما أجله المصنف في تعليقه بقوله لان العتق في البعض لا ينسخ بالعجز بأن يقال فالمولى يستحق القصاص في البعض المملوك بالملك والوارث يستحقه في البعض المعتق بالارث فيكون السببان راجعين الى الشخصين فيمالي باختلاف فهم الالافضاء الى المنازعة تأمل تقف (قوله واذا قتل ولي المعتوه فلا يبيح ان يقتل) يعني اذا قتل قريب المعتوه فلا يبيح المعتوه ان يقتل أي له ولاية استيفاء القصاص من القاتل قال صاحب العناية في شرح هذه المسئلة واذا قتل ولي المعتوه يعني ابنه فلا يبيح وهو جرد المقتول الاستيفاء أقول هذا تفصيلا في بيان المسئلة فان كان القصاص له حق المعتوه دون أبيه غير منحصر في ابن المعتوه بل يعم ابنه وغيره وكأخيه وأخته لام من غير أبيه وكأمه المطلقة من أبيه وغير ذلك وعبارة الكتاب تحمل التعميم فان ولي المعتوه بمعنى قريبه يعم الكل فإما معنى تخصيص المسئلة مع عموم جوابها وصاحب النهاية أصاب في تفسيره ولي المعتوه ولكن أفسد بعده حيث قال واذا قتل ولي المعتوه أي قريبه وهو ابنه يعني اذا كان للمعتوه ابن فقتل ابنه فلا يبيح

(لانه من باب (الولاية على النفس شرع لامر راجع اليها) أي الى النفس (وهو تشني الصدر قبليه كالانكاح) ولا يتوهم أن كل من ملك الانكاح ملك استيفاء القصاص كالأخ فإنه يملك الانكاح دون القصاص لانه شرع للتشني وللاب شفقة كاملة يعذر بالولد ضرر نفسه فجعل ما يحصل له من التشني كالحاصل للابن بخلاف الاخ (وله) أي لولي المعتوه (ان يصلح) لكن على قدر الدية فان نقص يجب كمال الدية لانه أنظر في حق المعتوه وقوله (لماذا كرنا) إشارة الى (٢٦٣) بقوله لانه من الولاية على النفس وقوله

(لانه ليس له ولاية على نفسه) أي نفس المعتوه (وهذا) أي الاستيفاء (من قبيله) ويندرج تحت هذا (الاطلاق) يريد قوله والوصي بمنزلة الاب في جميع ذلك وقوله (ان الوصي لا يملك الصلح) يعني عن النفس وأما عماد ونه فإيما  $\llcorner$  وقوله (وانه) أي المال (يجب بعقده) أي بعقد الوصي

لانه من الولاية على النفس شرع لامر راجع اليها وهو تشني الصدر قبليه كالانكاح (وله ان يصلح) لانه أنظر في حق المعتوه وليس له ان يعفولان فيه ابطال حقه (وكذلك ان قطعت يد المعتوه عمدا) لماذا كرنا (والوصي بمنزلة الاب في جميع ذلك الا انه لا يقتل) لانه ليس له ولاية على نفسه وهذا من قبيله ويندرج تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف فإنه لم يستثن الا القتل وفي كتاب الصلح ان الوصي لا يملك الصلح لانه تصرف في النفس بالاعتياض عنه فينزل منزلة الاستيفاء ووجه المذكور ههنا ان المقصود من الصلح المال وأنه يجب بعقده كما يجب بعقد الاب بخلاف القصاص المعتوه وهو جسد المقبول ولاية استيفاء القصاص اه واقتنى أثر جماعة من الشراح والحق ما قدمناه من التعميم وغاية ما يمكن في توجيه كلامهم ان يحمل ما ذكره على التمثيل دون التخصيص (قوله لانه من الولاية على النفس شرع لامر راجع اليها وهو تشني الصدر قبليه كالانكاح) قال صاحب الغاية قال بعض الشارحين في هذا الموضوع كل من ملك الانكاح لا يملك استيفاء القصاص فان الاخ يملك الانكاح ولا يملك استيفاء القصاص فأقول ليس هذا بشئ لان الاخ يملك استيفاء القصاص اذا لم يكن ثمة من هو أقرب منه كالأب والابن وكذلك يملك الانكاح اذا لم يكن ثمة ولي أقرب منه فاذا كان ثمة أقرب منه فلا يملك الانكاح أيضا لان من يستحق الدم هو الذي يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى الذكروا الاثني في ذلك سواء حتى الزوج والزوجة وبه صرح الكرخي في مختصره الى هنا لفظ الغاية \* أقول ما ناسبه الى بعض الشارحين قول كل الشارحين سواء ورد عليهم مردود فإنه ناشئ من عدم فهم معنى المقام ومراد الشراح لان معنى المقام انه اذا قتل أحد من كان القصاص له حق المعتوه دون حق غيره  $\llcorner$  كان لأبي المعتوه ولاية استيفاء القصاص من القاتل نيابة عن المعتوه كماله ولاية انكاح المعتوه والصبي ومراد الشراح التنبية على أن ليس كل من يملك انكاح الغير يملك استيفاء القصاص من قبل الغير فان الاخ مثل يملك انكاح المعتوه والصبي ولا يملك استيفاء القصاص من قبلها بخلاف الاب فإنه يملكهما معا وبيننا وجه الفرق بأن القصاص شرع للتشني وللاب شفقة كاملة يعذر بالولد ضرر نفسه فجعل ما يحصل له من التشني كالحاصل للابن بخلاف الاخ فقوله صاحب الغاية لان الاخ يملك استيفاء القصاص اذا لم يكن ثمة من هو أقرب منه كالأب والابن أراد به انه يملك ذلك باستحقاقه اياه بنفسه كما هو الظاهر من تعليقه بقوله لان من يستحق الدم هو الذي يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى فهو مسلم ولكن لا أساس له بالمقام ولا بما قاله الشراح فان الكلام ههنا في ولاية استيفاء القصاص نيابة بدون أن يستحق القصاص بنفسه أصالة وهو معنى المسئلة التي نحن فيها كما يفيض عنه جدا عبارة المحيط البرهاني فإنه قال فيه واذا وجب القصاص لصغيرا ومعتوه في النفس أو فمادون النفس وله أب ولا حتى للاب في هذا القصاص فان الاب يملك استيفاءه عند علمائنا خلافا للشافعي اه وان أراد بذلك ان الاخ يملك ذلك نيابة عن الغير أيضا وان لم يستحقه بنفسه أصالة فهو ممنوع جدا ولم أر في شيء من كتب الفقه أن أحد اذهب اليه وقال به والدليل الذي ذكره في الفرق بين الاب وغيره هنا يقتضي خلاف ذلك قطعا (قوله وله ان يصلح لانه أنظر في حق المعتوه)

(قوله ولا يتوهم أن كل من ملك الانكاح ملك استيفاء القصاص كالأخ فإنه يملك الانكاح دون القصاص) أقول قال الانقاضي قال بعض الشارحين في هذا الموضوع كل من ملك الانكاح لا يملك استيفاء القصاص فان الاخ يملك الانكاح ولا يملك استيفاء القصاص فأقول هذا ليس بشئ لان الاخ يملك استيفاء القصاص اذا لم يكن ثمة من هو أقرب منه كالأب والابن وكذا يملك الانكاح اذا لم يكن ثمة ولي أقرب منه فاذا كان ثمة أقرب منه فلا يملك الانكاح أيضا لان من يستحق الدم

هو الذي يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى الذكر والاثني في ذلك سواء حتى الزوج والزوجة وبه صرح الكرخي في مختصره اه وفيه بحث لان ما ذكره فيما اذا قتل الاخ وكلام الشارحين فيما اذا كان الاخ المعتوه والاب حتى (قوله لانه شرع للتشني) أقول هذا تعليلا لقوله ولا يتوهم أن كل من ملك الانكاح ملك استيفاء القصاص الخ

لان المقصود التشني وهو مختص بالاب ولا يملك العسفلوان الاب لا يملكه لما فيه من الابطال فهو أولى  
 وقالوا القياس ان لا يملك الوصي الاستيفاء في الطرف كما لا يملكه في النفس لان المقصود متحد وهو  
 التشني وفي الاستحسان يملكه لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فانما اخلقت وقاية للنفس  
 كالمال على ما عرف فكان استيفاءه بمنزلة التصرف في المال والصبي بمنزلة المعتوه في هذا والقاضي بمنزلة  
 الاب في الصحيح ألا ترى ان من قتل ولاولى له يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلة فيه

قال جمهور الشراح هذا فيما اذا صالح على قدر الدية أما اذا صالح على أقل من الدية لم يجز الخط  
 وان قتل ويجب كمال الدية اه وكذا ذكره الامام الزيلعي في شرح الكنز وقال صاحب الغاية قال  
 بعضهم في شرحه هذا اذا صالح على مثل الدية أما اذا صالح على أقل من الدية لم يجز الخط وان قتل ويجب  
 كمال الدية ولنا فيه نظر لان لفظ محمد في الجامع الصغير مطلق حيث جوز صلح أبي المعتوه  
 عن دم قريبه مطلقا لانه قال وله ان يصالح من غير قيد بدية قدر الدية فينبغي أن يجوز الصلح على أقل من  
 قدر الدية عملا باطلاقه وانما جاز صلحه على المال لانه أنفع للمعتوه من القصاص فاذا جاز استيفاء  
 القصاص فالصلح أولى والنفع يحصل في القليل والكثير ألا يرى أن الكرخي قال في مختصره واذا وجب  
 لرجل على رجل قصاص في نفس أو فيما دونها فصالح صاحب الحق من ذلك على مال فذلك جائز  
 قليلا كان المال أو كثيرا كان ذلك دون دية النفس أو أرش الجراحة أو أكثر الى هنا لفظه أقول نظره  
 ساقط فان لاصحاب التخريج من المشايخ صرف اطلاق كلام المجمع الى التقييد اذا اقتضاه الفقه كما  
 صرحوا به وله نظائر كثيرة في مسائل الفقه فيجوز أن يكون الامر هنا كذلك والظاهر أن الشراح  
 أخذوا التقييد هنا من كلام مشايخنا المتقدمين من أصحاب التخريج ولا يبعد أن يصل بعض من أنفس  
 الشراح أيضا الى تلك الرتبة فلا يصدق فيما قالوا اطلاق ظاهر لفظ محمد رحمه الله في هذه المسئلة  
 ثم ان قوله وانما جاز صلحه على المال لانه أنفع للمعتوه من القصاص مسلم وقوله والنفع يحصل في القليل  
 والكثير ممنوع فان في القصاص تشني الصدر وما دون الدية في مقابلة تشني الصدر لا يبعد نفعه عرفا  
 وولاية الاب للمعتوه نظرية فلا بد أن يكون تصرفه في حق المعتوه من قبيل ما يبعد نفعه عرفا وعادة وأما  
 تنويره بما ذكره الكرخي في مختصره فليس بصحيح جدا فان الذي نقله عن مختصر الكرخي ما اذا كان  
 المصالح صاحب حق القصاص بنفسه وصلح صاحب الحق عن حقه على كثير من المال وقليله جائز  
 بل ارب اذله اسقاط حقه بالكتابة بلا أخذ عوض عنه أصلا فتركه بمقابلة مال وان قل أولى بخلاف  
 ما نحن فيه فان المصالح هنا ولي صاحب حق القصاص وهو أبوه لانفس صاحب الحق وهو المعتوه فلا  
 بد في تصرفه من النظر الى الحق لكون ولايته نظرية وبالجملة مدار كلامه هذا أيضا عدم الفرق  
 بين التصرف لنفسه اصالة وبين التصرف لغيره نيابة ثم أقول بقي شيء في أصل الدليل الذي ذكره  
 المصنف بقوله لانه أنظر في حق المعتوه من القصاص وهو أن الصلح على مال اذا كان أنظر في  
 حق المعتوه من القصاص كان ينبغي ان لا يملك الاب استيفاء القصاص من قبل المعتوه عند امكن  
 المصلحة على المال لان ولاية الاب على المعتوه لما كانت نظرية كان عليه ان يراعي ما هو الاظن له  
 ويمكن ان يجاب عنه بأن كون الولاية نظرية لا يستدعي وجوب العمل بما هو الاظن لان في  
 خلافه أيضا حصول أصل النظر بل انما يقتضي أولوية العمل بذلك ولم ينف أحد أولوية المصلحة  
 على المال فيما نحن فيه على ان كون المصلحة أنظر في حق المعتوه من القصاص من كل  
 الوجوه ممنوع ودلالة عبارة الكتاب عليه أيضا ممنوعة فيجوز أن تكون المصلحة أنظر في حقه من  
 وجه وهو حصول منفعة المال له ويكون القصاص أنظر له من وجه آخر وهو دفع سبب الهلاك عن

قال (ومن قتل وله أولياء صغار وكبار الخ) اذا كان أولياء القتل صغارا وكبارا فاما ان يكون فيهم الاب وأولادان كان فلهم الاستيفاء عند علمائنا رحمه الله بالاتفاق وان لم يكن فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله وقال ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار ووجهه ما ظهر على ما ذكر ووجهه أبي حنيفة رحمه الله مبني على ثبوت التفرقة بين الصغار والغيب من حيث احتمال العفوف الحال وعدمه فانه في الغائب موهوم فالاستيفاء يقع مع الشبهة وهو لا يجوز وفي الصغير ما يؤس حال (٣٦٥) الاستيفاء فانتفى الشبهة واذا انتفى الشبهة وهو حق لا يتجزى لشبوته

قال (ومن قتل وله أولياء صغار وكبار فلا يكبار ان يقتلوا القاتل عند أبي حنيفة وقال ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار) لان القصاص مشترك بينهم ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزى وفي استيفائهم الكل ابطال حق الصغار فيؤخر الى ادراكهم كما اذا كان بين الكبيرين وأحدهما غائب أو كان بين الموليين وله أنه حق لا يتجزى لشبوته بسبب لا يتجزى أو هو القرابة

وهو حق لا يتجزى لشبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة بثبت لكل واحد كما لا كولاية في الانكاح واعتراض بان له كذلك لما سقط القصاص بعفو أحدهما كما لو تعدد القتل وعفا أحد الأولياء فان لغیره ولاية استيفاء قصاص قتيله لا محالة واجب بان الحق واحد ولو لم يسقط كان ثابتا ساقطا وهو محال فيسقط القصاص وينقلب ما لا نظير الجانبين بخلاف ما اذا تعدد القتل فان الحق عدة متعدد فلا يلزم من سقوط بعض سقوط غيره

نفسه فانهم صرحوا بان المقصود بالقصاص نشي الصدر أو دفع سبب الهلاك عن نفس ولي المقتول كما أشير اليه بقوله تعالى ولكم في القصاص حياة فينبذ لا يلزم أولوية العمل بالمصلحة رأسا فضلا عن وجوبه (قوله ومن قتل وله أولياء صغار وكبار) قال صاحبنا النهاية والكفاية في شرح هذا المحل بان كان للمقتول أخوان أحدهما صغير والآخر كبير أقول هذا الشرح لا يطابق عبارة المشروح لان لفظ الأولياء في المشروح صيغة الجمع وكذلك لفظ الصغار والكبار فكيف يتصور تصوير معنى المشروح بان كان للمقتول أخوان أحدهما صغير والآخر كبير ولا يساعده لفظ الأولياء فضلا عن لفظي الصغار والكبار والظاهر في التصور بان يقال بان كان للمقتول أخوة به ضمهم صغارا وبعضهم كبار وغاية ما يمكن في توجيه كلام ذلك الشارح بان يقال ليس مقصودهما شرح كلام المصنف على وفق عين عبارته بل مقصودهما مجرد تصور المسئلة على وجه يتضمن الإشارة الى انه لا احتياج في تحقق مادة هذه المسئلة الى تحقق معنى الجمعية لاني جانب الصغير ولا في جانب الكبير بل ولا في مجموع الجانبين أيضا (قوله كما اذا كان بين الكبيرين وأحدهما غائب أو كان بين الموليين) قال صاحب النهاية في شرح قوله أو كان بين الموليين أي وأحدهما غائب واقتضى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المحال \* أقول ليس هذا بشرح صحيح عندي اذ لو كان مراد المصنف بهذا المعنى لكان ذكر قوله أو كان بين الموليين مستردا كما هو حاله حينئذ قوله كما اذا كان بين الكبيرين وأحدهما غائب فيستغنى عن قوله أو كان بين الموليين وأيضا لو كان مراده ذلك لما قدم قوله وأحدهما غائب على قوله أو كان بين الموليين بل كان عليه أن يؤخر قوله وأحدهما غائب عن ذلك ليمتلك مجموع القولين فلا يحتاج الى التفسير في الثاني والصواب في شرح قوله أو كان بين الموليين أن يقال أي وأحدهما صغير اذ لا يلزم حينئذ نشي من المحذورين المذكورين بل يكون كل من قوله المزبورين إشارة الى مسئلة مستقلة مغايرة للآخرى وبواقع صريح ما ذكر في المبسوط فانه قال فيه في باب الوكالة بالدم من الديات صورة مسئلة الموليين فيما اذا كان العبد مشتركا بين الصغير والكبير فقتل العبد ليس بالكبير ولاية استيفاء القصاص قبل أن يدرك الصغير بالاتفاق اه تبصر (قوله وله أنه حق لا يتجزى لشبوته بسبب لا يتجزى أو هو القرابة) أقول في تمام الاستدلال بعدم تجزى سبب القصاص وهو القرابة على عدم تجزى القصاص نفسه خفاء فان العقل لا يجد محرذورا في كون السبب بسيطا والسبب مركبا كيف والظاهر أن القرابة التي لا تجزى كما انها سبب لاستحقاق ولي القتل القصاص في القتل المدد كذلك هي سبب أيضا لاستحقاقه الدية في القتل الخطا مع انه لا شك ان الدية تتجزى

(قوله فاما ان يكون فيهم الاب) أقول أي أب المقتول أو أب الصغير (قوله لشبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة) أقول كيف يكون سببه القرابة وهو يثبت للزوج والزوجة (قوله واعتراض بأنه لو كان كذلك) أقول أي لو ثبت لكل واحد كما لا (قوله واجب بان الحق واحد ولو لم يسقط ثابتا ساقطا وهو محال)

أقول ان أراد ان كان ثابتا في حق غير العاني ساقطا في حقه فاستحالة ممنوعة وان أراد كان ثابتا مطلقا ساقطا كذلك فلا يلزم من عدم السقوط في حق غير العاني فيجوز أن يسقط في حق العاني وثمرته انه لا يقدر بعد العفو على القصاص ويثبت في حق غيره ولعل الاظهر أن يقال لما كان الحق واحد وسقط في حق العاني أورث الشبهة في حق الباقي لما أنه واحد فكان ثابتا من وجهه ساقطا من وجهه وما هو كذلك فيه شبهة عدم الثبوت والشبهة تؤثر في سقوط القصاص

وفوه (ومسئلة المولين  
 ممنوعة) جواب عن قوله  
 أو كان بين المولين وسند  
 منعه ما ذكر في الاسرار  
 لارواية في عبدا عتقه  
 رجلان ثم قتل أو قتل وله  
 موليان فيجبوزان يقال  
 لانسلم ان أحدهما لا يفرد  
 بالاستيفاء ولئن سلمنا فأحد  
 المولين انما لا يتفرد  
 بالاستيفاء لان السبب  
 لم يكمل في حقه لان بعض  
 الملك وبعض الولا ليس  
 بسبب أصلا فكأن  
 كشخص واحد والواحد  
 منه ما كنصف رجل  
 وشطر علة وقوله (ومن  
 ضرب رجلا بمر الخ) واضح  
 (قوله ولئن سلمنا فأحد  
 المولين انما لا يتفرد  
 بالاستيفاء) أقول فيكون  
 قوله انه حق لا يتجزى  
 خصوصا بما اذا لم يكن  
 السبب القرابة كما لا يخفى  
 (قال المصنف وفيه خلاف  
 أبي حنيفة رحمه الله تعالى)  
 أقول فيه أن قضية المساق  
 أن يقول وفيه خلاف أبي  
 يوسف ومحمد فليتأمل  
 (قال المصنف وهي مسئلة  
 الموالة) أقول فيه بحيث  
 بل تلك أعم منها فان القتل  
 بالسوط قد يكون بدون  
 الموالة كما اذا ضرب صغيرا  
 فمات منه وجوابه أن  
 الضمير عائد الى خلافة  
 الشافعية لا الى مسئلة  
 القتل بالسوط مطلقا فافهم

وا احتمال العفون الصغير منقطع فيثبت لكل واحد منهما كلاك في ولاية الانكاح بخلاف الكبير لان  
 احتمال العفون الغائب ثابت ومسئلة المولين ممنوعة قال (ومن ضرب رجلا بمر فقتله فان أصابه  
 بالحد يد قتل به وان أصابه بالعود فعليه الدية) قال رضي الله عنه وهذا اذا أصابه بحد الحديد لوجود  
 الجرح فكمل السبب وان أصابه بنظر الحديد فعندهما يجب وهو رواية عن أبي حنيفة اعتبار امنه  
 الآلة وهو الحديد وعنه انما يجب اذا جرح وهو الاصح على ما بينه ان شاء الله تعالى وعلى هذا الضرب  
 بسنحات الميزان وأما اذا ضربه بالعود فانما تجب الدية لوجود قتل النفس المعصومة وامتناع القصاص  
 حتى لا يهدر الدم ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلها بالمثل وفيه خلاف أبي حنيفة على ما بين  
 وقيل هو بمنزلة السوط وفيه خلاف الشافعي وهي مسئلة الموالة له أن الموالة في الضربات الى ان  
 مات دليل العمدية فيتحقق الموجب ولنا ما روينا أن قيل خطأ العمد وروى شبه العمد الحديث  
 ولان فيه شبهة عدم العمدية لان الموالة قد تستعمل للتأديب أو لعله اعتراف القصد في خلال الضربات  
 فيعري أول الفعل عنه وعساه أصاب المقتل والشبهة دائرية لا تقود فوجب الدية

لانها مال والمال تجزى لاربيب فالأظهر في بيان ككون القصاص حقا لا يتجزى ما ذكر في الكافي  
 ومعراج الدراية اثناء تقرير دليل الامامين وهو ان القتل غير متجزى لانه تصرف في الروح وهذا لا يقبل  
 التجزى ثم ان بعض الفضلاء طعن في قولهم هنا ان سبب القصاص هو القرابة حيث قال كيف يكون  
 سببه القرابة وهو ينبت للزوج والزوجة اه أقول نعم ينبت للزوج والزوجة بل للعتق والمعترفة  
 أيضا كما صرحوا به مع ان السبب في الزوج والزوجة هو الزوجية وفي المعتق والمعترفة هو الولا دون  
 القرابة الا أن الظاهر ان قولهم هنا وهو القرابة إما بناء على التغليب لكون أولياء القتل في الاكثر  
 قرائبه وإما بناء على انهم أرادوا بالقرابة هنا الاتصال الموجب للارت دون حقيقة القرابة فيم الكمل  
 (قوله واحتمال العفون الصغير منقطع فيثبت لكل واحد منهما كلاك في ولاية الانكاح) قال  
 الشراح وجهه أبي حنيفة مبني على ثبوت التفرقة بين الصغار والكبار الغيب من حيث احتمال العفو  
 في الحال وعدمه فان العفو في الغائب موهوم حال استيفاء القصاص لجواز ان يكون الغائب عفا  
 والحاضر لا يشعر به فلا يستوفى كان استيفاء مع الشبهة وهو لا يجوز وأما العفو في الصغير فأبوس حال  
 استيفاء القصاص لانه ليس من أهل العفو وانما يتوهم العفو منه بعد بلوغه والشبهة في المال لا تعتبر لان  
 ذلك يؤدي الى سد باب القصاص لاحتمال ان يتدمر المقتول على قتله وقال في النهاية كذا في مبسوط  
 شيخ الاسلام والجامع الصغير للإمام المحبوبي \* أقول لقاتل ان يقول اذ لم يكن للغائب شعور أصلا يكون  
 قريبه مقتولا بان كان في مسيرة سنة مثلا من موضع القتل فأنى يتوهم منه العفو في الحال اذ العفو عن  
 الشيء فرع الشعور به فثبت لا شعوره به لا يتصور العفو عنه ومسئلة الغائب نعم مثل هذه الصورة أيضا  
 فكيف يتم فيها ما ذكره من التفرقة ثم أقول يمكن ان يدفع ذلك بأنه يجوز ان يقول ذلك الغائب في ذلك  
 الموضوع في تلك الحالة أو قبلها كل حق يثبت على الغير فأنى عفوته وبرئته منه فيندرج في هذه الكلية  
 عفوه عن قتل قريبه أيضا ولا يلزم الشعور بخصوصه فهذا الاحتمال في صورة أن كان بعض الأولياء  
 غائبا وان كان موهوما ويرث شبهة في الحال فلا يستوفى القصاص بها بالاجماع ولعل حل هذا المقام  
 بهذا الوجه مما لا بد منه وقد أهمله الجمهور (قوله ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلها بالمثل  
 وفيه خلاف أبي حنيفة) أقول كان حق التحرير هنا ان يقول وفيه خلاف أبي يوسف ومحمد رحمه الله  
 لان الحكم المذكور فيما سبق في أصل المسئلة وجوب الدية عند الاصابة بالعود لا وجوب القود عند  
 ذلك وخلاف أبي حنيفة في وجوب القود في القتل بالمثل لا في وجوب الدية فيه فان وجوبها فيه عين

وكذا قوله (ومن غرق صبيا) و (كأيناه) إشارة الى قوله يفعل به كما فعل ان كان فعلا مشروعا وقوله (لهم) أى لابي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لكن استدلال الشافعي بالحديث واستدلالهما بالمعقول (٣٦٧) وقوله (ولاسرا في العصمة) أى لاشك فيها وقوله (ومنه المقصة

للجلمين) الجلم الذي يجزبه وهما جلمان

(قال المصنف لهم قوله عليه الصلاة والسلام من غرق غرقناه) أقول دليل الشافعي فلا يرد أن مذهبهم ما ن لا قود الا بالسيف (قال المصنف وله قوله عليه الصلاة والسلام ألا ان قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا) أقول والخلاف فيه ثابت والمنشأ واحد فلذلك استدله على مطلوبه تأمل (قوله لكن استدلال الشافعي بالحديث واستدلالهما بالمعقول) أقول ويجوز لهما الاستدلال بالحديث في نفي وجوب الدية وأما القصاص بالتغريق فلم يعمل به لوجوه وود نص أقوى منه لا قود الا بالسيف ولا يلزم منه أن يكون مستروكا بالكلية ويجوز للشافعي الاستدلال بالمعقول أيضا في التوزيع بحث كما لا يخفى (قال المصنف ومنه المقصة للجلمين) أقول قال الكاكي سميت المقصة مقصة لان

قال (ومن غرق صبيا أو بالغافي البحر فلا قصاص) عند أبي حنيفة وقال لا يقتص منه وهو قول الشافعي غير أن عندهما يستوفى جزا وعند غرق كما ينه من قبل لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه ولان الآلة قاتله فاستعمالها أمانة العمدية ولا مرأه في العصمة وله قوله عليه السلام ألا ان قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا وفي كل خطأ ريش ولان الآلة غير معدة للقتل ولا مستعملة فيه لتعذر استعماله فتمكنت شبهة عدم العمدية ولان القصاص ينبي عن الممانلة ومنه يقال اقتص أثره ومنه المقصة للجلمين

مذهب أبي حنيفة وإنما الخلاف فيه لابي يوسف ومحمد وقصور تحرير المصنف هنا مع كونه ظاهرا جدا لم يتعرض له أحد من الشراح لان جهة القدرح ولان جهة التوجيه فكأنهم لم ينتبهوا له (قوله لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه) قال صاحب النهاية وقوله لهم أى للشافعي وله ما لكن الشافعي الاستدلال بالحديث وله ما الاستدلال بالمعقول اه وتبعه جماعة من الشراح منهم صاحب العناية حيث قال وقوله لهم أى لابي يوسف ومحمد والشافعي لكن استدلال الشافعي بالحديث واستدلالهما بالمعقول اه أقول لا مساعدة في عبارة المشروح لهذا المعنى لان المصنف أعاد لام التعليل في المعقول حيث قال ولان الآلة قاتله وذلك يقتضي ان يكون قوله ولان الآلة قاتله الخ معطوفا على قوله لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه فلم يبق في حيز قوله لهم الا الحديث فلا مجال للتوزيع لانه إنما يتصور أن لو كان المعنى لهم الحديث والمعقول وعبارة الكتاب تقتضي أن يكون المعنى لهم الحديث ولهم المعقول وهذا لا يكون إلا بشراكة مجموعهم في كل واحد من الدليلين تأمل تقف وقال صاحب الكفاية بعد ذكر ما ذكره صاحب النهاية اذ للشافعي الاستدلال بالحديث في وجوب القصاص وفي الاستيفاء وله ما الاستدلال بالحديث في وجوب القصاص ولم يعمل في الاستيفاء هذا الحديث لقوله عليه السلام لا قود الا بالسيف اه أقول وفيه بحث لان وجوب القصاص وكيفية الاستيفاء إنما يستفادان من لفظ واحد في الحديث المذكور وهو غرقناه فالعمل بأحد هما دون الآخر مع كونه لا يخلو عن اشكال في نفسه لا موجب له لان العمل به في حق الاستيفاء إنما يجب أن يترك بقوله صلى الله عليه وسلم لا قود الا بالسيف أن لو ثبت تأخر قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف عن قوله عليه السلام من غرق غرقناه أو ثبت كونه أقوى منه وثبتي منهم ما لم يثبت (١) لا يقال يكفي التعارض بينهما فانهما اذا تعارضا تساقطا لا نقول لو كان كذلك لما صح الاستدلال بقوله عليه السلام لا قود الا بالسيف على ان لا يستوفى القصاص الا بالسيف لان الساقط لا يصلح لأن يتمسك به مع ان اثمتنا تسكوا به في ذلك المطلب واعتمدا عليه كما هم ثم أقول الاولى عندى في توجيه المقام ان يقال الحديث حجة لابي يوسف ومحمد والشافعي كاهم الا ان الشافعي ببقية على ظاهره فيحمل التغريق على حقيقته وأما الامان فيحملانه على الكناية عن الاهلاك لكون الاهلاك لازم التغريق فيصير معنى قوله عليه السلام غرقناه أهلكناه ويكون التعبير بغرقناه لمشاكاة قوله من غرق واغما يحمله على ذلك توفيقا بين هذا الحديث وبين قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف اذ قد تقر في علم الاصول أنه اذا تعارض ظاهر النصين يطلب الخاص مهما أمكن في التوفيق والجمع بينهما وههنا الخاص عند هما يتسرر بحمل التغريق على الاهلاك والقتل على سبيل الكناية تدبر (قوله وله قوله عليه السلام ألا ان قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا وفيه وفي كل خطأ ريش) أقول في دلالة هذا الحديث على مدعى أبي حنيفة رحمه الله تعالى في مسألة

(١) في بعض النسخ زيادة كنت بالهامش نصها ويمكن أن يقال ثبت كون قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف أقوى من قوله عليه السلام من غرق غرقناه عند أهل الحديث وقد أشار إليه المصنف فيما بهد بقوله وما رواه غير من فروع تأمل اه منه

وقوله (ومارواه غير مرفوع) لانه يلزم على قوله التحريق بالتحريق وهو منهي عنه قال صلى الله عليه وسلم لا تعذبوا أحدا بعد اب الله (أوهو محمول على السياسة وقد أومت) أي أشارت (اليه) أي الى كونه محمولا على السياسة (اضافته الى نفسه) حيث قال غرقناه ولم يقل غرقوه وقوله (واختلاف الروايتين) مرفوع على الابتداء وقوله (في الكفارة) خيره يعني ان اختلاف الروايتين عن أي حنيفة رجه الله انما كان في الكفارة فانه روي عنه ان لا كفارة في شبه العمد وروي الطحاوي أن فيه الكفارة عنده وأما الدية فانها واجبة عنده من غير تردد وقوله (لوجود السبب) يعني سفك دم محقون على التأبيد عدا (وعدم ما يبطل حكمه) يعني من عفوا وشبهة وقوله (واذا التقي الصفان) ظاهر وقوله (أحد نوعي الخطأ) يريد به الخطأ في القصد وقوله (وكذا الدية) منصوب عطفا على الكفارة وقوله (على ما نطق به النص) يريد به قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ الآية وقوله (ولما اختلفت سيوف المسلمين) أي بوال تروي أن سيوف المسلمين بوال على اليمان أبي حذيفة في بعض الليالي في غزوة الخندق فقتلوه على ظن انه مشرك فقتل رسول الله صلى الله عليه وسلم (٣٦٨) بالدية فورها لهم حذيفة وقوله (ومن شج نفسه) واضح

وقوله (وفعله بنفسه هدر في الدنيا) يعني فلم يكن معتبرا في حق الضمان لمكان الاستحالة والتنافي وقوله (يفسـل ويصلى عليه) أثر كون فعله غير معتبرا لانه لما كان يفسل ويصلى عليه صار كأنه مات خنفاً أنفه معرض من غير علة في نفسه وقوله (ولا يصلى عليه) لان جنابته على نفسه معتبرة فصار كالباغي وقوله (فلم يكن هدرامطلقا) متعلق بقوله هدر في الدنيا معتبر في الآخرة والباقي واضح

ولا تماثل بين الجرح والذوق لقصور الثاني عن تخريب الظاهر وكذا اليتماثلان في حكمة الزجر لان القتل بالسلاح غالب والمقتل نادر ومارواه غير مرفوع وأوهو محمول على السياسة وقد أومت اليه اضافة الى نفسه فيه واذا امتنع القصاص وجبت الدية وهي على العاقلة وقد ذكرناه واختلف الروايتين في الكفارة قال (ومن جرح رجلا عمدا فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص) لوجود السبب وعدم ما يبطل حكمه في الظاهر فأضيف اليه قال (واذا التقي الصفان من المسلمين والمشركين فقتل مسلم مسلما ظن انه مشرك فلا قود عليه وعليه الكفارة) لان هذا أحد نوعي الخطأ على ما بيناه والخطأ بنوعيه لا يوجب القود ويوجب الكفارة وكذا الدية على ما نطق به نص الكتاب ولما اختلفت سيوف المسلمين على اليمان أبي حذيفة فقتل رسول الله عليه السلام بالدية قالوا انما تجب الدية اذا كانوا مختلطين فان كان في صف المشركين لا تجب لسقوط عصمته بتكثير سوادهم قال عليه السلام من كثروا قوم فهو منهم قال (ومن شج نفسه وشجبه رجل وعقره أسد وأصابته حية فمات من ذلك كله فعلى الاجنبي ثلث الدية) لان فعل الاسد والحية جنس واحد لكونه هدر في الدنيا والآخرة وفعله بنفسه هدر في الدنيا معتبر في الآخرة حتى بأثم عليه وفي النوادر ان عند أبي حنيفة ومحمد يفسل ويصلى عليه وعند أبي يوسف يغسل ولا يصلى عليه وفي شرح السير الكبير ذكر في الصلاة عليه اختلاف المشايخ على ما كتبناه في كتاب التجنب والمزيد فلم يكن هدرامطلقا وكان جنسا آخر وفعل الاجنبي معتبر في الدنيا والآخرة فصارت ثلاثة أجزاء من فكان النفس تلفت بثلاثة أفعال فيكون التالف بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث الدية والله أعلم

فصل قال (ومن شجر على المسلمين سيفا فقتلهم أن يقتلوه)

فصل لما فرغ من بيان المسائل التي توجب القصاص ألحق بها فصلا

التغريق خفاء كما ترى ولم يتعرض أحد من الشراح لبيان وجه دلالة على ذلك والانصاف انه لا يدل عليه دلالة اقناعية وان أمكن التوجيه ببعض من التعملات ولعل هذا هو السر في أن صاحب الكافي ترك

التسلسل

يشتمل على المسائل التي لها عرضية ايجاب القصاص وهي كاه من جنس واحد وكلامه واضح

كل واحد من الحددين يماثل الآخر اه وفي شرح الشاهان لانه سوى بهما بين الثوب وبين المقطوع له الثوب اه ولعل هذا الوجه اولي لاسم المقصة تأمل (قوله ومارواه غير مرفوع لانه يلزم الى قوله أوهو محمول على السياسة وقد أومت) أقول فيه بحث وجوابه أن تمة الحديث ومن حرق حرقناه ومن قتل عبدا قتلناه كذا في فوائد حميد الدين الضرير ثم قوله غير مرفوع منع وقوله لانه يلزم الخ سند للنع وقوله أوهو محمول على السياسة منع آخر مع السند وقوله وقد أومت تميم للسند (قال المصنف واختلف الروايتين في الكفارة) أقول قوله واختلف مبدء وقوله في الكفارة خبره (قال المصنف ولا يصلى عليه) أقول قال السكاكي وهذا أثر كون فعله معتبرا في حق نفسه لانه صار باغيا على نفسه اه فالباغي لا يصلى عليه

فصل ومن شجر (قوله ألحق بها فصلا يشتمل على المسائل التي لها عرضية ايجاب القصاص) أقول وهو قتل المشهور عليه يوجب

القصاص ان لم يثبت ما دعاه من سل السيف عليه بالينة



وقوله (أطل دمه) أي أهدر وقوله (والمعنى) أي ومعنى الوجوب (دفع الضرر) لأن الواجب هو دفع الشر على أي وجه كان  
 لأعين القتل وقوله (لما بيننا) إشارة إلى ما ذكره من الحديث والمعقول وقوله (وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة) يعني إذا أصاب  
 على إنسان فقتله الموصول عليه عمدا يضمن الدية والقيمة وقوله (فأشبهه المكره) يعني أن المكره لما صار مسلوب الاختيار من جهة المكره  
 أضيف التلف إلى المكره فكذلك الموصول عليه وقيل معناه فأشبهه المكره يعود على المكره فقتله وقوله (قاتل دون مالك) أي لاجل  
 مالك وقوله (فكذا استرداد في الانتباه) لأنه أسهل من الابتداء والله أعلم

(قال المصنف لقوله عليه الصلاة والسلام من شهر الحديث) أقول الحديث يدل (٣٦٩) على إباحة قتله دون وجوبه وكان المدعى

ذلك ظاهرا (قوله ومعنى  
 الوجوب دفع الضرر)  
 أقول أي وجوب دفع  
 الضرر فالمضاف مقدر  
 (قال المصنف ومن شهر  
 على رجل سلاحا ليلاً أو  
 نهاراً أو شهر عليه عصا ليلاً  
 في المصر أو نهاراً في طريق  
 غير المصر فقتله المشهور  
 عليه عمدا فلا شيء عليه)  
 أقول قال الصدر الشهيد  
 في شرح الجامع الصغير  
 فإن شهر عليه عصا نهاراً  
 في مصر فقتله المشهور  
 عليه عمدا قتل به اه وفي  
 شرح الجامع الصغير  
 لقاضيخان رجل شهر  
 سلاحاً على رجل في المصر  
 ليلاً أو نهاراً أو في غير المصر  
 فقتله المشهور عليه عمدا  
 لا شيء عليه لأنه قتله لدفع  
 الشر عن نفسه ودفع الشر  
 مباح أو واجب وإن شهر

لقوله عليه السلام من شهر على المسلمين سيفاً فقد أطل دمه ولأنه باع فسقط عصمته بيغيبه ولأنه تعين  
 طريقاً لدفع القتل عن نفسه فله قتله وقوله فعليه سهم وقول محمد في الجامع الصغير فحق على المسلمين أن  
 يقتلوه إشارة إلى الوجوب والمعنى وجوب دفع الضرر وفي سرقة الجامع الصغير ومن شهر على رجل  
 سلاحاً ليلاً أو نهاراً أو شهر عليه عصا ليلاً في مصر أو نهاراً في طريق في غير مصر فقتله المشهور عليه  
 عمدا فلا شيء عليه لما بيننا وهذا لأن السلاح لا يلبث فيحتاج إلى دفعه بالقتل والعصا الصغيرة وإن كانت  
 تلبث ولكن في الليل لا يلحقه الغوث فيضطر إلى دفعه بالقتل وكذلك في النهار في غير المصر في الطريق  
 لا يلحقه الغوث فإذا قتله كان دمه هدرًا قالوا فإن كان عصا لا تلبث يحتمل أن تكون مثل السلاح  
 عندهما قال (وإن شهر المجنون على غيره سلاحاً فقتله المشهور عليه عمدا فعليه الدية في ماله) وقال  
 الشافعي لا شيء عليه وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة وعن أبي يوسف أنه يجب الضمان في الدابة  
 ولا يجب في الصبي والمجنون للشافعي أنه قتله دفاعاً عن نفسه فيعتبر بالبالغ الشاهر ولأنه يصير محمولاً على  
 قتله بفعله فأشبهه المكره ولا يبي يوسف أن فعل الدابة غير معتبر أصلاً حتى لو تحقق لا يوجب الضمان أما  
 فعلهما معتبر في الجملة حتى لو حققنا يجب عليهما الضمان وكذا عصمتهم ما لحقهما وعصمة الدابة لحق  
 مالكها فكان فعلهما مسقطاً للعصمة دون فعل الدابة ولنا أنه قتل شخصاً معصوماً أو أتلف ماله معصوماً  
 حقاً للمالك وفعل الدابة لا يصلح مسقطاً وكذا فعلهما وإن كانت عصمتهم ما لحقهما لعدم اختيار صحيح ولهذا  
 لا يجب القصاص بتحقيق الفعل منهما بخلاف العاقل البالغ لأنه اختياراً صحيحاً وإنما لا يجب القصاص  
 لوجود المبيع وهو دفع الشر فتجب الدية قال (ومن شهر على غيره سلاحاً في المصر فضره ثم قتله الآخر  
 فعلى القاتل القصاص) معناه إذا ضره فأنصرف لأنه خرج من أن يكون محارباً بالانصراف فعادت  
 عصمته قال (ومن دخل عليه غيره ليلاً وأخرج السرقة فاتبه وقتله فلا شيء عليه) لقوله عليه السلام  
 قاتل دون مالك ولأنه يباح له القتل دفاعاً في الابتداء فكذا استرداد في الانتباه وتأويل المسئلة إذا كان  
 لا يتمكن من الاسترداد إلا بالقتل والله أعلم

التمسك بهذا الحديث ههنا بالكلية واكتفى بالدليل العقلي مع كون عادته أن يقتني أثر صاحب الهداية  
 في وضع المسائل وبسط الدلائل

عليه عصا في المصر ثم أراقتله المشهور عليه بالحديد عمداً قتل لأنه قادر على دفع الشر عن نفسه بدون القتل لأن العصا تلبث وفي  
 المصر يلحقه الغوث بالنهار بخلاف السلاح لأنه لا يلبث وبخلاف المغازة أو كان في المصر ليلاً لأنه لا يلحقه الغوث وإن كان الخشب  
 أو الحجر عظيماً لا يلبث فهو بمنزلة السلاح في هذا الحكم (قوله فقتله الموصول عليه عمدا يضمن الدية والقيمة) أقول الأولى قطع الكلام  
 عند قوله عمداً أو يتمه بقوله وعند الشافعي لا شيء عليه كما لا يخفى (قوله يعني أن المكره لما صار مسلوب الاختيار الخ) أقول هذا  
 الكلام على هذا التقرير كلام الزايمي من الشافعي والافعهنده يجب القصاص على المكره والمكره كما مر (قال المصنف وإنما لا يجب  
 القصاص لوجود المبيع وهو دفع الشر) أقول دفع الشر واجب كما مر فينبغي أن يراد بالمبيع ما يعبر به المصنف فتجب  
 الدية) أقول لأن أثر الانصراف في دفع الأثم والقصاص دون الضمان كالمضطر إذا أكل مال الغير (قوله لأنه أسهل من الابتداء) أقول  
 فيه شيء إذ ليس هذا المقام محل ذلك الكلام

باب القصاص فيما دون النفس

لما فرغ من بيان القصاص في النفس أتبعه بما هو بمنزلة التسبع وهو القصاص في الأطراف وكلامه واضح قوله (ولامعتبر بكبر السد وصغرها) لأن منفعة اليد وهو البطش لا يختلف بذلك ولا ترد الشجة الموضحة إذا أخذت ما بين قرني المشجوج ولم تأخذه من الشاج لكبير رأسه فإن الكبير قد اعتبر وخير المشجوج بين القصاص بمقدار شجته وبين أخذه أرش الموضحة لأن المعتبر في ذلك الشين وفي الاقتصاص بمقدارها يقل شين الشاج ويأخذ ما بين قرنيه بالشجة زيادة على حقه فالتقي المماثلة الواجبة في القصاص صورة ومعنى فان شاء استوفاه معنى وهو مقدار شجته ويترك الصورة وان شاء أخذ أرشها وقوله (على ما قال في الكتاب) يعني القدرى وهو مأثور عن الصحابة رضي الله عنهم روى أن هذا حدث في زمن عثمان رضي الله عنه فسأل عنه الصحابة رضي الله عنهم فلم يكن عندهم فيه شيء حتى جاء على (٢٧٠) رضي الله عنه ففضى بذلك وعمل عليه عثمان رضي الله عنه وكان

باب القصاص فيما دون النفس

قال (ومن قطع بدغيره عمدا من المفصل قطعت يده وان كانت يده أكبر من اليد المقطوعة) لقوله تعالى والجروح قصاص وهو ينبي عن المماثلة فكل ما أمكن رعايته فبغيره يجب فيه القصاص وما لا فلا وقد أمكن في القطع من المفصل فاعتبر ولا معتبر بكبر السد وصغرها لأن منفعة اليد لا تختلف بذلك وكذلك الرجل ومارن الأنف والأذن لا مكان رعايته المماثلة قال (ومن ضرب عين رجل فقلعها لاقتصاص عليه) لا تمتنع المماثلة في القطع وان كانت قائمة فذهب ضوءها فعليه القصاص لا مكان المماثلة على ما قال في الكتاب تحمي له المرأة ويجعل على وجهه فطن رطب وتقابل عينه بالمرآة فيذهب ضوءها وهو مأثور عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم قال (وفي السنن القصاص) لقوله تعالى والسن بالسن (وان كان سن من يقتص منه أكبر من سن الآخر) لأن منفعة السن لا تتفاوت بالصغر والكبر قال (وفي كل شجة تتحقق فيها المماثلة القصاص) لما تالونا قال (ولاقتصاص في عظم الاقي السن) وهذا اللفظ مروى عن عمرو ابن مسعود رضي الله عنهما وقال عليه السلام لاقتصاص في العظم والمراد غير السن ولان اعتبار المماثلة في غير السن متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان بخلاف السن لانه يبرد بالبرد ولو قلع من أصله يقطع الثاني فيمتان لان

بعض من الصحابة رضي الله عنهم قوله (لما تالونا) اشارة الى قوله تعالى والجروح قصاص وفي بعض النسخ لما ذكرنا وهو اشارة الى قوله وهو ينبي عن المماثلة وقوله (ولاقتصاص في عظم الاقي السن) وهذا اللفظ مروى عن عمرو ابن مسعود رضي الله عنهما فان كان السن عظما فلا استثناء متصل ولا بد من فرق بينها وبين غيرها من العظام وهو امكان القصاص فيها بان يبرد بالبرد بقدر ما كسر منها أو الى أصلها ان قلعها ولا يقطع

باب القصاص فيما دون النفس

لما فرغ من بيان القصاص في النفس شرع في بيان القصاص فيما دون النفس اذ الجزء يتبع الكل (قوله لقوله تعالى والجروح قصاص) أي ذات قصاص كذا في التفسير والشروح قال الزيلعي في شرح الكزأى ذو قصاص أقول لوجه لتذكير ذوقه والاعتجال ركيب لا ينبغي أن يرتكب بلا ضرورة سيما في تفسير القرآن العظيم (قوله ولو قلع من أصله يقطع الثاني فيمتان لان) قال صاحب الكافي وعمامة شراح الكتاب في هذا المقام ولو قلع السن من أصله لا يقطع سنة قصاصا لتعذر اعتبار المماثلة قرب ما فسد به لثاته ولكن يبرد بالبرد الى موضع أصل السن وعزاه الشراح الى المسوط أقول أسلوب تجريرهم ههنا محل تعجب فان أحدا منهم لم يتعرض لما ذكر في الكتاب لا بالرد ولا بالقبول بل ذكروا المسئلة على

باب القصاص فيما دون النفس

(قوله بما هو بمنزلة التسبع) أقول انما قال بمنزلة التسبع

قال

لان القصاص في الأطراف ليس يتابع للقصاص في النفس عندنا حقيقة على ما يجيء في هذا الدرس قال المصنف (قوله تعالى والجروح قصاص) أقول قال الزيلعي أي ذو قصاص وقال البرهان السنني في تفسيره القصاص هنا مصدر يراد به المفعول أي والجروح متعاقبة بعضها ببعض (قوله ولم يأخذه من الشاج لكبير رأسه) أقول الضمير في قوله يأخذه راجع الى ما في قوله ما بين قرني المشجوج وضمير رأسه راجع الى الشاج (قوله لان المعتبر في ذلك الشين الخ) أقول هذا تعليل لقوله ولا ترد الشجة الخ تقر به لان المعتبر في ذلك الشين اذ ليس فيه تهويت المنفعة الى آخر ما قال ويجيء عن المصنف في هذا الدرس أن الشجة موجبة لكونها شئينة وبخلاف اليد فان الشين لا يتفاوت في اليد اذا قطعت (قال المصنف تحمي له المرأة) أقول استثناف بياني الاجاء كرم كردن (قوله وهو اشارة الى قوله وهو ينبي عن المماثلة) أقول بل اشارة الى المجموع كالا يجني (قال المصنف ولاقتصاص في عظم الاقي السن) أقول اختلاف الاطباء في السن هل هو عظم أو طرف عصب يابس فمنهم من يسكر أنه عظم لانه يحدث وينمو بعد تمام الحلقة ويلين بالخل ومنهم من قال هو عظم وكانه وقع عند المصنف أنه عظم حتى قال والمراد منه غير السن

لتعذر الماء لغير ما تفسد به لثاته كذا في الميسوط وان كان غير عظم كما اشار اليه قوله صلى الله عليه وسلم لا قصاص في عظم حيث لم يستن السن فالاستثناء منقطع وقد اختلف الاطباء في ذلك ففهم من قال هو طرف عصب يابس لانه يحدث وينمو بعد تمام الخلقه ومنهم من قال هو عظم وكأنه وقع عند المصنف انه عظم حتى قال والمراد منه غير السن وقوله (وليس فيما دون النفس شبه عمد) قد ذكره مرة لكنه قد ذكره نالك انه عمد وههنا انه عمد او خطأ فيحمل الاول على ان المراد به ان يمكن القصاص وذلك لان شبه العمد اذا حصل فيما دون النفس وامكن القصاص جعل عمدا روي ان الربيع عمه انس بن مالك رضي الله عنه كسرت ثنية جارية من الانصار بلطمة فأمر النبي صلى الله عليه وسلم بالقصاص واللطمة اذا أتت على النفس لا توجب القود وان لم يكن القصاص جعل خطأ ووجب الارش وقوله (ولا قصاص بين الرجل والمرأة) ظاهر وقوله (الا في الحر يقطع طرف العبد) يعني لا يجب القصاص فيه عنده أيضا والشافعي رحمه الله أخذ بقول ابن أبي ليلى (٢٧١) وسلك في الباب طر يقاسم لاهو

اعتبار الاطراف بالنفوس لانها تابعة للنفوس فكما يجري القصاص بين الرجال والنساء في النفوس فكذلك في الاطراف لكونها تابعة لها

قال (وليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد او خطأ) لان شبه العمد يعود الى الالة والقول هو الذي يختلف باختلاف ما دون النفس لانه لا يختلف اتلافه باختلاف الالة فلم يبق الا العمد والخطأ (ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين) خلافا للشافعي في جميع ذلك الا في الحر يقطع طرف العبد ويعتبر الاطراف بالنفس لكونها تابعة لها

خلاف ما ذكر في الكتاب وكان من دأب الشراح التعرض لما في الكتاب اما بالقبول واما بالرد فكأنهم لم يروه أصلا نعم القول الذي نقلته هنا عن المصنف غير مدكور في بعض النسخ لكنه وقع في كثير من النسخ ليس عثمانة أن لا يطلع عليه أحد من الشراح كيف وقد أخذوه صاحب الوقاية فذكره في منته حيث قال ولا قود في عظم الا السن فتعلق ان قلعت وتبردان كسرت وكان مأخذ من الوقاية هو الهداية كما صرح به صاحبها وكذا ذكر في كثير من المتون ثم ان التحقيق ههنا هو انه اذا قلع سن غيره هل يقطع سنه قصاصا أم يرد بالمبرد الى أن ينتهي الى اللحم فيه روايتان كما أفصح عنه في المحيط البرهاني حيث قال ان كانت الجنابة تكسر بعض السن يؤخذ من سن الكاسر بالمبرد مقدار ما كسر من سن الآخر وهذا بالتناق وان كانت الجنابة يقطع سن ذكر الفسد وري أنه لا يقطع سن القاع ولكن يرد سن القاع بالمبرد الى أن ينتهي الى اللحم ويسقط الباقي واليه مال شمس الائمة السرخسي وذ كشيخ الاسلام في شرحه أنه يقطع سن القاع واليه أشار محمد رحمه الله في الجامع الصغير حيث ذكر بلفظ النزع والنزع والقطع واحد وفي الزيادات نص على القاع الى هنا لفظ المحيط (قوله وليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد او خطأ) قال صاحب العناية قد ذكره مرة لكنه ذكره نالك انه عمد وههنا انه عمد او خطأ فيحمل الاول على ان المراد به ان يمكن القصاص انتهى أقول يرد عليه ان مراد المصنف لو كان ذلك لما تم ما ذكره صاحب العناية في شرح كلام المصنف هناك بأن قال يعني ليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد او خطأ فان مقتضى ذلك الشرح ان لا يكون بين كلامي المصنف في المقامين فرق كما لا يخفى ثم أقول التحقيق أن ما ذكره المصنف ههنا عبارة القدر وري وما ذكره فيما سبق عبارة نفسه وان لكل واحدة من العبارتين معنى مغاير للمعنى الأخرى فان ما سبق هكذا وما يكون شبه عمد في النفس فهو عمد فيما سواها ومعناه ان ما يكون شبه عمد في النفس وهو عمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما أجرى مجرى

(قوله فيحمل الاول على أن المراد به الخ) أقول فيه بحث بل الاول محمول على ما اذا عمد وانما سقط القصاص في بعض المواضع لتعذر الماء لانه وذلك لا يخرج عن العمدة كما اذا قتل الأب ابنه عمدا والثاني ما يعم التعمد وغيره فتدبر اذا الضمير في قوله انما هو عمد او خطأ عائد الى ما فيما دون النفس من الجنابة لا الى شبه عمد كما لا يخفى فلا يخالف الثاني الاول اذ ليس الموضوع فيها واحدا ويمكن أن يقرر هذا البحث بوجه آخر

بأن يقال ليس الموضوع في الموضوعين واحدا فانه في الاول شبه العمد وههنا يوجد فيما دون النفس من الجنابة مطلقا فلا مخالفة حتى يحتاج الى التفتيح وعدم جريان القصاص في بعض صور التعمد لا يخرج الجنابة عن العمدة فانه لما منع كما اذا قتل الأب ابنه عمد افلئنا مل (قوله وان لم يمكن القصاص جعل خطأ) أقول بل عمد وسقوط القصاص لما منع (قال المصنف ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس الخ) أقول قال صاحب الكفاية فان قيل قوله تعالى والعين بالعين والانف بالانف والاذن بالاذن مطلق يتناول موضع النزاع فيكون حجة عليك قلنا قد خص الحر به والمستأمن والنص العام اذا خص منه شيء يجوز تخصيص الباقي بغير الواحد فخصناه بما رويته انتهى وفيه أنه يجوز أن يكون خروج وجهه من هذا الحكم بالنسخ فتأمل ثم قوله فخصناه بما رويته أراد به ما روي عن عمران بن الحصين أنه قال قطع عبد لقوم فقراء أذن عبد لقوم أغنياء فاخصه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فربقض عليه الصلاة والسلام بالقصاص كذا ذكر في الكفاية ونحن نقول لا يخفى أن هذا لا يكفي لتخصيص مواضع النزاع فالما ك القياس

(ولنا أن الاطراف يسلك بهم امسالك الاموال فيعدم التماثل بالتفاوت في القيمة وهو) أي التفاوت (معاوم قطعاً بتقويم الشرع) فان الشرع قوم اليد الواحدة للحر بمسماثة دينار قطعاً وبقينا ولا تبلغ قيمة يد العبد الى ذلك فان بلغت كان بالحر والظن فلا تكون مساوية ليد الحر يقينا فاذا كان التفاوت معلوما قطعاً أمكن اعتباره (بمخلاف التفاوت في البطش لانه لا ضابط له فاعتبر أصله) فان قيل ان استقام في الحر والعبد لم يستقم بين العبدين لا مكان التساوي في قيمتهما بتقويم المقومين وأجيب بأن التساوي انما يكون بالحرز والظن والمائنة المشروطة شرعاً لا تثبت بذلك كالمائنة في الاموال الربوية عند المقابلة بجنسها فان قيل سلمنا وجود التفاوت في البديل وانه لا يمنع الاستيفاء لكن المعقول منه منع استيفاء الاكمل بالانقص دون العكس فان الشلاء تقطع بالصحة وانتم لا تقطعون يد المرأة بيد الرجل فالجواب (٢٧٢) أنا قد ذكرنا أن الاطراف يسلك بهم امسالك الاموال لانها خلقت وقاية للانفس

كالمال فالواجب أن يعتبر التفاوت المائي مانعاً مطلقاً والشال ليس منه فمعتبر مانعاً من جهة الاكمل لانه من حيث انه ليس تفاوتاً مائياً ينبغي أن لا يعتبر فيما يسلك به مسلك الاموال ومن حيث انه يجب تفاوتاً في المنفعة تتسبى به المائنة ينبغي أن يعتبر فقلنا يعتبر من جهة الاكمل لثلاثاً يلزم أن يكون باذلاً للزيادة في الاطراف ولا يعتبر من جهة الانقص لانه اسقاط والاسقاط جائز دون البذل بالاطراف والباقي ظاهر

(قوله فالجواب أنا قد ذكرنا أن الاطراف) أقول وأجاب في الكفاية بأن شرع القصاص في الاصل يعتمد المساواة فان كان القصاص ثابتاً باعتبار

ولنا أن الاطراف يسلك بهم امسالك الاموال فيعدم التماثل بالتفاوت في القيمة وهو معلوم قطعاً بتقويم الشرع فأمكن اعتباره بمخلاف التفاوت في البطش لانه لا ضابط له فاعتبر أصله وبمخلاف الانفس لان المثلث اذهاق الروح ولاتفاوت فيه (ويجب القصاص في الاطراف بين المسلم والكافر) للتساوي بينهما في الارض السلاح عند أبي حنيفة وبما لا يقتل به غالباً عند أبي يوسف ومحمد والشافعي فهو عمد فيما سوى النفس سواء أمكن القصاص به أو لم يمكن لما منع يمنع عنه فان سقوط القصاص لما منع يقع في القتل العمد في النفس كما اذا قتل الاب ابنه عمداً وكما اذا ورث الابن قصاصاً على أبيه فلان يقع في العمد في الاطراف أولى ومعنى قوله ههنا انما هو عمد أو خطأ أن الذي كان فيما دون النفس عمداً أو خطأً لأن شبه العمد عمداً أو خطأً فان ضمير هو في قوله انما هو عمد أو خطأً راجع الى ما كان فيما دون النفس لا الى شبه عمداً ولا لاجمال لان يكون شبه العمد خطأً في النفس ولا في الاطراف لان تعدد الضرب معتبر في مفهومه وشبه العمد ولا يتصور ذلك في الخطأ فاذا كان معنياً الكلامين في المقامين مختلفين بالوجه الذي ذكرناه فلا احتياج الى توجيهه ما سبق بأن المراد به ان أمكن القصاص بل لا وجه له كما تحققته مما قدمناه تبصر (قوله ولنا أن الاطراف يسلك بهم امسالك الاموال فيعدم التماثل بالتفاوت في القيمة) قال صاحب الكفاية فان قيل قوله تعالى والعين بالعين والأذن بالأذن مطلق يتناول موضع النزاع فيكون حجة عليكم قلنا قد خص منه الحربي والمستأمن والنص العام اذا خص منه شيء يجوز تخصيصه بخبر الواحد فخصصناه بحاروي عن عمران بن حصين أنه قال قطع عبد لقوم فقراء أذن عبد لقوم أغنياء فاختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقض بالقصاص انتهى أقول فيه نظر أما أولاً فلانه قد تقرر في علم الاصول أن النص العام اذا خص منه شيء بكلام مستقل موصول به يكون ذلك العام المخصوص منه البعض ظنياً في الباقي فيجوز تخصيصه بخبر الواحد وأما اذا أخرج من النص العام شيء بما هو موصول عنه غير موصول به فلا يكون ذلك ظنياً في الباقي بل يكون باقياً على حاله الاولى ولا شك أن مخرج الحربي والمستأمن من الآية المذكورة ليس بكلام موصول بها فتكون باقية على قطعيتها الأصلية فلا يجوز تخصيصها بخبر الواحد

الاصل كقصاص طرف الاتي والعبد عن طرف الحر والذي كرمع شرع القصاص لاتفاء حمله وان كان التساوي قال في الاصل ثابتاً والتفاوت باعتبار أمر عارض كان القصاص مشروفاً فيمتنع استيفاء الكامل بالنقص دون عكسه اذ رضي به صاحب الحق انتهى وكلامه وكلام الشيخ أكل الدين محل كلام فتأمل ثم اعلم أن في ألفاظ الكفاية نوع خفاء يحتاج الى البيان فنقول قوله باعتبار الاصل أي القيمة وقوله منع شرع القصاص الخ يعني كالأموال الربوية اذا قوبلت بجنسها والمساواة في القدر غير معلومة وقوله وان كان التساوي في الاصل ثابتاً أي باعتبار القيمة وقوله والتفاوت باعتبار أمر عارض أي كالشلال والصحة (قوله فالواجب أن يعتبر التفاوت المائي مانعاً مطلقاً والشال ليس منه) أقول أي ليس من التفاوت المائي (قوله لثلاثاً يلزم أن يكون باذلاً) أقول يعني لقطع الشلاء ألزم القاطع بذل الزيادة في يده الصحيحة اذا أو جبننا القطع (قوله للزيادة في الاطراف) أقول على تقدير رضا القاطع بالقصاص وأما بدون رضاه فلا مجال للجبر لانه كالجبر بالغاء الجيد في مقابلة الردى (قوله لانه اسقاط) أقول يعني من المقطوع يده الصحيحة

قال (ومن قطع يد رجل من نصف الساعد أوجرحه جائفة فإمرأته فلا قصاص عليه) لانه لا يمكن اعتبار المماثلة فيه اذا الاول كسر العظم ولا ضابط فيه وكذا البرية نادرا فيبقى الثاني الى الهلاك ظاهرا قال (واذا كانت يد مقطوع صحيحة وبدا القاطع شلاء أو ناقصة الاصابع فالمقطوع بالخيار ان شاء قطع اليد المعيبة ولا شيء له غيرها وان شاء أخذ الارش كاملا) لان استيفاء الحق كلاما معذرة له أن يجوز بدون حقه وله أن يعدل الى العوض كالمثل اذا انصرم عن أيدي الناس بعد الانلاف ثم اذا استوفاها ناصا فقد رضى به فبفسق حقه كما اذا رضى بالردى عن مكان الجيد (ولو سقطت الموثقة قبل اختيار المجني عليه أو قطعت ظلما فلا شيء له) عندنا لان حقه متعين في القصاص وانما ينقل الى المال باختياره فبفسق بفواته بخلاف ما اذا قطعت بحق عليه من قصاص أو سرقته حيث يجب عليه الارش لانه أوفى به حقا مستحقا فصارت سالمة له معنى

وقدمنا غير مرة نظير هذا النظر في محاله وأما ثانيا فلان حديث عمران بن حصين انما يفيد عدم جريان القصاص في الأطراف بين العبدين ولا يفيد عدم جريانه فيها بين الرجل والمرأة ولا بين الحر والعبد فبقى الاعتراض باطلاق الآية المذكورة في هاتين الصورتين فلم يتم الجواب والصواب عندي في الجواب أن يقال ان الآية المذكورة اية القصاص والقصاص نبي عن المماثلة فالمراد بما في الآية المذكورة ما يمكن فيه المماثلة لا غير كما صرح به صاحب الكشاف في تفسيره هاتيك الآية من التنزيل حيث قال ومعناه ما يمكن فيه القصاص وتعرف المساواة وأشار اليه المصنف في صدر هذا الباب حيث قال وهو ينبي عن المماثلة فكل ما أمكن رعايته فيه يجب فيه القصاص وما لا فلا وأشار اليه ههنا أيضا حيث قال في عدم التماثل بالتفاوت بالقيمة فلم تكن الآية المذكورة مجرأة على ظاهر اطلاقها حتى يكون اطلاقها حجة علينا فيما نحن فيه وكيف يتصور اجراءها على ظاهر اطلاقها ولا قصاص في العين اذا قلعها بالاجماع لعدم امكان المماثلة في القلع وكذا الحال في قطع اليد والرجل من غير المنفصل وكذا فيما اذا قطع الحر طرف العبد فظهر أن المدارق وجوب القصاص امكان المماثلة وان معنى النظم الشريف مصروف الى ذلك فاندفع الاعتراض الناشئ من توهم الاطلاق ثم انه بقي في هذا المقام اشكال قوى ذكر في عامة الشروح وهو أن يقال سلمنا وجود التفاوت في القيمة في الأطراف وأنه يمنع الاستيفاء لكن المعقول منه أن يمنع استيفاء الاكل بالانقص دون العكس ألا يرى أن الشلاء تقطع بالصحيحة وأنتم لا تقطعون يد المرأة بيد الرجل أيضا والشراح كانوا في طريق دفعه طرائق قد دافعا قال صاحب العناية فالجواب أن أقصد كرتا أن الأطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للانفس كالمال فالواجب أن يعتبر التفاوت المالى ما نعاما مطلقا والشلل ليس منه فيعتبر ما نعاما من جهة الأكل لانهم من حيث انه ليس تفاوتا ماليا ينبغي أن لا يعتبر فيما يسلك بها مسلك الاموال ومن حيث انه واجب تفاوتا في المنفعة ينتفي به المماثلة ينبغي أن يعتبر قلنا يعتبر من جهة الأكل لثلا يلزم أن يكون باذلا لزيادة في الأطراف ولا يعتبر من جهة الانقص لانه اسقاط والاسقاط جائز دون البذل بالأطراف انتهى أقول فيه بحث أما أولا فلان ما ذكره من أن التفاوت المالى يجب أن يعتبر ما نعاما مطلقا وأما ليس تفاوتا ماليا بل موجبا للتفاوت في المنفعة كالشلل فيعتبر ما نعاما من جهة الأكل ولا يعتبر ما نعاما من جهة الانقص فتحكم بحسب لان العلة التي أقامها على أن الثاني لا يعتبر من جهة الانقص وهي أنه اسقاط والاسقاط جائز في الأطراف دون البذل متمشية بعينها في الاول أيضا اذ لا شك أنه كما يجوز للانسان اسقاط حقه في المنفعة يجوز له اسقاط حقه المالى أيضا بالتفاوت بينهما فينبغي أن لا يعتبر التفاوت المالى أيضا ما نعاما من جهة الانقص وأما ثانيا فلان كون الشلل مما لا يوجد التفاوت المالى ممنوع كيف وقيمة اليد تفاوت بالصحة والشلل قطعاً فان الشرع جعل أرض اليد الصحيحة نصف دية النفس وجعل

القصاص) لانه لو زال الشلل قبل أن يستوفى الارش لم يكن له الا القصاص وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله أن الواجب أحد الشيتين اما القصاص أو الارش فاذا تعذر أحدهما الفوات محله تعين الآخر

(قال المصنف وان شاء أخذ الارش) أقول هذا هو ظاهر الرواية وذكر الطحاوي عن علي الرازي الكبير أنه قال لا يخير فان القصاص فمادون النفس يعتمد المساواة في المحل ولا ينظر الى الصغير والكبير كما في اليد الكبيرة والصغيرة كذا في شرح السكاكي وذكر الزيلعي الفرق في شرح الكزنجي مسألة قطع اليد وقال لم يعتبر ههنا الكبير والصغير في العضو واعتبر في الشجة في الرأس اذا كانت استوعبت رأس المشجوج وهي لا تستوعب رأس الشجاج فأثبت للمشجوج الخسار ان شاء أخذ الارش وان شاء اقتص وأخذ بقدر شجته وانما كان كذلك لان ما يلحقه من الشين أكثر لان الشجة المستوعبة لما بين قرنيه أكثر شيناً من الشجة التي لا تستوعب قرنيه بخلاف قطع العضو فان الشين فيه لا يختلف

قال (ومن شجر رجل فاستوعبت الشجة ما بين قرنيه وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاح فالمشجوج بالخيار ان شاء اقتص بقدر شجته يتبدى من أي الجانبين شاء وان شاء أخذ الارش) لان الشجة موجبة لكونها مشينة فقط فيزداد الشين زيادتها وفي استيفائه ما بين قرني الشاح زيادة على ما فعل ولا يلحقه من الشين باستيفائه قدر حقه ما يلحق المشجوج فينتقص فخير كافي الشلاء والصحة وفي عكسه بخير أيضا لانه يتعذر الاستيفاء كمالا للتعدى الى غير حقه وكذا اذا كانت الشجة في طول الراس وهي تأخذ من جهته الى قناه ولا تبلغ الى قفا الشاح فهو بالخيار لان المعنى لا يختلف قال (ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر) وعن أبي يوسف أنه اذا قطع من أصله يجب لانه يمكن اعتبار المساواة ولنا انه ينقبض وينسط فلا يمكن اعتبار المساواة (الا أن تقطع الحشفة) لان موضع القطع معلوم كالفصل ولو قطع بهض الحشفة أو بعض الذكرك فلا قصاص فيه لان البعض لا يعلم مقداره بخلاف الاذن اذا قطع كله أو بعضه لانه لا ينقبض ولا ينسط وله حد يعرف فيمكن اعتبار المساواة والشفة اذا استقصاها بالقطع يجب القصاص لا مكان اعتبار المساواة بخلاف ما اذا قطع بعضها لانه يتعذر اعتبارها

أرض اليد الشلاء محكومة عدل كما صرحوا به في الديات وأشار اليه صاحب الغاية ههنا أيضا حيث قال في أثناء تامل المسئلة التي نحن فيها ولان أرض الاطراف مختلف فصار كالصحيح والاشل وقال صاحب النهاية في دفع الاشكال المذكور قلنا انما اذا كان التفاوت بسبب حسي كالشلال وفوات بعض الاصابع فهو كما قلت يعنى يمنع استيفاء الكل بالانقص دون العكس فاما اذا كان التفاوت بمعنى حكمي فانه يمنع استيفاء كل واحد منهما ما صاحبه كاليمين مع اليسار وهذا المعنى وهو أن التفاوت اذا كان لمعنى حسي فمن له الحق اذ ارضى بالاستيفاء يجعل مبرئا لبعض حقه مستوفيا لما بقي وذلك جائز وله هذا يستوفى الا كل بالانقص وان رضى به القاطع لانه يكون بالرضا باذال للزيادة ولا يحل استيفاء الطرف بالبذل فاما اذا كان التفاوت بمعنى حكمي فلا وجه لتمكينه من الاستيفاء منها بطريق اسقاط البعض ولا بطريق البذل انتهى واقتضى أثره صاحب معراج الدراية وصاحب العناية أقول وفيه أيضا بحث اذا الفرق بين التفاوت الحسي وبين التفاوت الحكمي في استيفاء الانقص بالاكمل تحكما أيضا فانه اذا تقرر التفاوت بين الشدين بالكمال والنقصان فصاحب الاكمل ان رضى بان يستوفى في الانقص من صاحب الانقص بمقابلة الاكمل بصير مسقطا لبعض حقه مستوفيا لما بقي بالضرورة سواء كان سبب ذلك التفاوت أمر احسيا أو أمر احكاميا وأما صاحب الانقص فان رضى بان يستوفى منه صاحب الانقص الاكمل بمقابلة الانقص بصير باذال لانه باده حقه بالضرورة أيضا بلاتفاوت بين كون سبب التفاوت حسيا أو حكيميا والبذل في الاطراف غير جائز بخلاف وأما اسقاط الحق بالرضا والاختيار فجائز في جميع الامور فلا مجال للفرق المسزور فان قلت السبب الحكمي لا يفيد التفاوت الحقيقي واسقاط البعض وبذل الزيادة فرع التفاوت الحقيقي فهذا مدار الفرق المذكور قلت لان سلم أن اسقاط بعض الحق وبذل زيادة فرع التفاوت الحسي الحقيقي فان كثير من الحقوق الشرعية الغير الحسية يجري فيها الكمال والنقصان فلا جرم يكون الرضا بالنقص منها عند استحقاقه الكامل اسقاطا لبعض الحق ويكون ابقاء الكامل منها بدل النقص باذال للزيادة كيف ولو سلم ذلك لزم أن لا يتم أصل دليل المسئلة التي نحن بصدد هان مدار ذلك على انعدام التماثل في الاطراف بتحقيق التفاوت الحكمي بينها وقال صاحب الكفاية في دفع ذلك الاشكال قلنا شرع القصاص في الاصل يعتمد المساواة فان كان النقصان ثابتا باعتبار الاصل كنقصان طرف الانثى والعبد من طرف الذكرو الحر منع شرع القصاص لانتهاء محله وان كان التساوى في الاصل ثابتا والتفاوت باعتبار أمر عارض كان القصاص مشروعا فيمنع استيفاء الكامل بالنقص دون عكسه اذ ارضى به صاحب الحق انتهى ويقرب

وقوله (ومن شجر رجلا) قد قرناه في الفرق بينه وبين من قطع يد رجل ويد القاطع أكبر من يده فلا حاجة الى اعادته وقوله (وفي عكسه يخير أيضا) وهو أن يكون رأس المشجوج أكبر من رأس الشاح لانه ان استوفى المشجوج مثل حقه مساحة كان أزيد في الشين من الاول وان اقتصر على ما يكون مثل الاول في الشين كان دون حقه فيخير بين الاقتصاص وأخذ الارش والباقي الى اخره ظاهر

(قال المصنف لان الشجة موجبة لكونها مشينة فقط) أقول يعنى لا لكونها مفوتة للنفعة اذ ليس فيها تفاوت المنفعة كما في قطع اليد ففيه اشارة الى الفرق بينهما فتأمل

**فصل** لما كان تصور الصلح بعد تصور الجناية وموجبها أتبعه ذلك في فصل على حدة (إذا اصطح القاتل وأولياءه المقتول عن القصاص على مال سقط القصاص ووجب المال المسمى قليلا كان أو كثيرا إذا على مقدار الدية لقوله تعالى فن عنى له من أخيه شيء الآية على ما قيل انها نزلت في الصلح وهو قول ابن عباس والحسن (٢٧٥) والفضالة ومجاهد وهو موافق للام

فان عفا اذا استعمل باللام كان معناه البذل أي فن أعطى من جهة أخيه المقتول شيئا من المال بطريق الصلح فاتباع أي فن أعطى وهو وولي القتل مطالبة بدل الصلح عن مجاملة وحسن معاملة وانما قال على ما قيل لان أكثر المفسرين على أنها في عفو بعض الأولياء يدل عليه قوله شيء فإنه يراد به البعض وتقريره فن عنى عنه وهو القاتل من أخيه في الدين وهو المقتول شيء من القصاص بان كان للقتيل أولياء فعفا بعضهم فقد صار نصيب الباقيين مالا وهو الدية على حصصهم من الميراث وهو مروى عن عمرو بن عباس وابن مسعود رضى الله عنهم فاتباع المعروف أي فليتباع غير العاقب بطلب حصته بقدر حقه وليؤد القاتل اليه حقه وافيًا من غير نقص ولقوله صلى الله عليه وسلم من قتل له قتيل فأهله بين خبيرتين ان شأوا قادوا وان شأوا أخذوا الدية قال المصنف رحمه الله (والمراد والله أعلم الاخذ بالرضا على ما بيناه) يعنى

**فصل** قال (وإذا اصطح القاتل وأولياءه القاتل على مال سقط القصاص ووجب المال قليلا كان أو كثيرا) لقوله تعالى فن عنى له من أخيه شيء الآية على ما قيل نزلت الآية في الصلح وقوله عليه السلام من قتل له قتيل الحديث والمراد والله أعلم الاخذ بالرضا على ما بيناه وهو الصلح بعينه ولأنه حق ثابت للورثة يجرى فيه الاسقاط عفوًا فكذلك تعويضا لا اشتماله على احسان الاولياء واجبا للقاتل فيجوز بالتراضي والقليل والكثير فيه سواء لانه ليس فيه نص مقدر فيفوض الى اصطلاحهما كما تلخ وغيره وان لم يذكر واحالا ولا مؤجلا فهو حال لانه مال واجب بالعقد والاصل في أمثاله المدلول نحو المهر والتمن بخلاف الدية لانهما وجبت بالعقد قال (وان كان القاتل حرا وعيدا فأمر الحرس ومولى العبد رجلا بان يصالح عن دمهما على ألف درهم ففعل فالألف على الحرا والمولى نصفان) لان عقد الصلح أضيف اليهما (واذا عفا أحد الشركاء من الدم أو صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقيين عن القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية)

من هذا رأيت تاج الشريعة في الفرق بين المستثنين أقول وفيه أيضا بحث لانه ان أراد أن شرع لقصاص بعتد المساواة بحسب الاصل ولا اعتبار للتفاوت بحسب أمر عارض يلزم أن يجوز استيفاء الكامل وهو الصحيح بالنقص وهو الاشكالي كما يجوز عكسه لانهما متساويان بحسب أصل التلقاة والتفاوت بينهما بحسب أمر عارض وهو الشك مع أنه لا يجوز استيفاء الكامل بالنقص بلا ريب وان أراد أن شرع القصاص بعتد المساواة من كل الوجوه لكان يجوز استيفاء الناقص الكامل اذ ارضى صاحب الحق به لرضا صاحب الحق باسقاط بعض حقه لا لتحقيق المساواة المعتبرة في شرع القصاص فمع اباة عبارة الجواب المذكور عنه جدا يلزم أن يجوز استيفاء طرف المرأة بطرف الرجل أيضا اذ ارضى الرجل به لوجود رضا صاحب الحق باسقاط بعض حقه في هاتيك الصورة أيضا مع أنه لا يجوز عندنا أصلا قتل حق التأمل فلعل حل هذا المقام على وجه يرتفع به الاشكال عنه بالمرء مما تكب فيه العبرات

**فصل** قال في العناية لما كان تصور الصلح بعد تصور الجناية وموجبها أتبعه ذلك في فصل على حدة انتهى أقول فيه كلام أما أولا فلان الصلح عن القصاص مسألة واحدة من مسائل هذا الفصل وبيان وجه اتباع هذه المسئلة وحدها لا يكتفي في اتباع جميع ما شمله هذا الفصل من المسائل الكثيرة المختلفة كما ترى وأما ثانيا فلان كون تصور الصلح عن الجناية بعد تصور الجناية وموجبها انما يقتضى مجرد اتباعه ذلك وتأخيره عنه لا ذكره في فصل على حدة فمعه في قوله في تالي الشرطية المذكورة أتبعه ذلك في فصل على حدة (قوله ولأنه حق ثابت للورثة يجرى فيه الاسقاط عفوًا كذلك تعويضا) أقول لقاتل أن يقول لا يلزم من جريان الاسقاط عفوًا في شيء جريانه تعويضا أيضا أرى أن الشفيع اسقاط حق شفتهه بلا عوض بعد أن ثبت له حق الشفعة ولا يصح أن يصالح عن حق شفتهه على مال كما مر في كتاب الصلح فليتأمل في الدفع (قوله واذا عفا أحد الشركاء من الدم أو صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقيين من القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية) أقول في عبارة الكتاب ههنا فتور من وجوه الاول أن كلمة عفا تعدى بعين وقد عداها في الكتاب عن حيث قال من الدم والثاني أنه يقال صالح عن كذا على عوض وذلك في الكتاب كلمة من موضع كلمة عن حيث قال أو صالح من نصيبه على عوض والثالث أن عبارة النصيب في قوله أو صالح من نصيبه توهم تجزى

أنه ليس للولي العدول الى المال الا برضا القاتل وهو الصلح بعينه والباقي ظاهر وقوله (نص مقدر) بكسر الدال وقوله (كالتلخ وغيره) يعنى كالاتفاق على مال

**فصل** وإذا اصطح القاتل (قوله فإنه يراد به البعض) أقول يوهم تجزى القصاص

وقوله (خلافاً لما لك والشافعي رحمه الله في الزوجين) قال في النهاية هذا اللفظ كما ترى يدل على أنه ليس للزوجين حق في القصاص والدية جميعاً عندهما ونقل عن المبسوط والأيضاح والأسرار ما يدل على خلاف مالك في الدية خاصة وإن الشافعي يقول النساء لا تستوفى القصاص ولهن (٢٧٦) حق العفو ثم قال وبهذا يعلم أن ما ذكره في الكتاب من أنه لاحظ للزوجين في القصاص

وأصل هذا أن القصاص حق لجميع الورثة وكذا الدية خلافاً لما لك والشافعي في الزوجين لهما أن الورثة خلافه وهي بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت ولأنه عليه السلام أمر بتوريث امرأة أشيم الضبابي من عقل زوجها أشيم

القصاص لأن التصيب هو الحصة وقد تقرر فيما مر أن القصاص غير منجز فيثبت كماله لكل واحد من أولياء القاتل فالأظهر في وضع هذه المسئلة أن يقال وإذا عفا أحد الشركاء عن الدم أو صالح عن حقه على عوض سقط حق الباقي في القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية والتعبير بالنصيب إنما أصاب المحز في قوله وكان لهم نصيبهم من الدية لأن الدية متجزئة لتكون من قبيل الأموال فكان لكل واحد منهم نصيب منها بقدر حقه من الإرث وأما حق التعبير في شأن القصاص فإن يذكر لفظ الحق بدل لفظ النصيب كما تبين عليه ومن هذا قال المصنف عند تقرر رد لنا على هذه المسئلة ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقي فيه لأنه لا يتجزأ (قوله وأصل هذا أن القصاص حق لجميع الورثة وكذا الدية خلافاً لما لك والشافعي في الزوجين) قال صاحب النهاية هذا اللفظ كما ترى يدل على أنه ليس للزوجين حق في القصاص والدية جميعاً عندهما ونقل عن المبسوط والأيضاح والأسرار ما يدل على أن خلاف مالك في الزوجين في الدية خاصة وأما في حق القصاص ففيه خلاف ابن أبي ليلى في الزوجين ونقل عن الأسرار أن الشافعي يقول لاحظ للنساء في استيفاء القصاص ولهن حق العفو ثم قال وبهذا يعلم أن ما ذكره في الكتاب من أنه لاحظ للزوجين في القصاص والدية عند مالك والشافعي مخالف لرواية المبسوط والأيضاح والأسرار أقول فيه نظر لأن ما ذكر في الكتاب إنما يكون مخالفاً لرواية تلك الكتب لو كان معناه أنه لاحظ للزوجين في القصاص والدية جميعاً عند مالك والشافعي وهو غير مسلم لجواز أن يكون قول المصنف خلافاً لما لك والشافعي في الزوجين متعلقاً بقوله وكذا الدية وحده لا بجموع قوله وأصل هذا أن القصاص حق لجميع الورثة وكذا الدية ولا يتخلو عن نوع إرشاد إليه فصل قوله وكذا الدية بذ كر لفظه كذا إذ لو كان مراده الجمع بين القصاص والدية في بيان الخلاف أيضاً لقال وأصل هذا أن القصاص والدية حق جميع الورثة خلافاً لما لك والشافعي في الزوجين وعن هذا قال تاج الشريعة في شرح قوله خلافاً لما لك والشافعي في الزوجين فعندهما لا يرث الزوج والزوجة من الدية شيئاً لأن وجوده بعد الموت والزوجية تنقطع به انتهى حيث لم يتعرض للقصاص في شرح ذلك ويوافقهم تاجر صاحب الكافي هنا حيث قال والأصل أن القصاص حق الورثة وكذا الدية وقال مالك والشافعي لا يرث الزوجان من الدية شيئاً انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية وهو مؤاخذه ضعيفة لأنه لا يلزم من المخالفة لها عدم صحة ما نقله والمشهور من مذهبهما ما نقله انتهى أقول بل ما ذكره نفسه ضعيف لأن صاحب النهاية لم يدع عدم صحة ما في الكتاب بالكلية بل أراد بيان مخالفتها لما في الكتب الثلاثة المعتبرة المقبولة بين الفقهاء لاسيما المبسوط والأسرار فإن صاحبهما من أساطين الأئمة ولا نسلم أن المشهور من مذهب مالك والشافعي أن ليس للزوجين حق في القصاص والدية جميعاً بل المشهور من مذهبهما ما ذكر في تلك الكتب فالوجه التوفيق بين ما ذكره في أوين ما ذكر في الكتاب بما نهى عليه آنفاً (قوله ولنا أنه عليه السلام أمر بتوريث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها أشيم) أقول

والدية عند مالك والشافعي مخالف لرواية المبسوط والأيضاح والأسرار وهو مؤاخذه ضعيفة لأنه لا يلزم من المخالفة لها عدم صحة ما نقله والمشهور من مذهبهما ما نقله وقوله (لهم أن الورثة خلافه) يستلزم عدم توريث أحد الزوجين من الآخر شيئاً وهو باطل ولكن يحمل على أن معناه الورثة فيما يجب بعد الموت خلافة وهي فيه بالنسب لا للسبب لانقطاعه بالموت والقصاص والدية إنما يجبان بعد الموت وقتلنا فأسد بالنقل والعقل أما الأول فحديث امرأة أشيم الضبابي بكسر الصاد المعجمة كما ذكره في الكتاب وأما الثاني فلا تنهاهم موروثان كسائر الأموال بالاتفاق فيجب أن يكونا في حق الزوجين كذلك لأن وجودهم أولاً لئلا ثبت ثم ثبت للورثة (قوله وإن الشافعي يقول النساء لا تستوفى القصاص الخ) أقول هذا وجه للشافعي وما ذكره المصنف في القصاص وجه آخر ذكر ذلك في كتبهم والصحيح مقابلهما (قوله والمشهور

من مذهبهما ما نقله) أقول بل الصحيح من مذهب الشافعي ثبت حق القصاص والدية لكل وارث كما هو مذهبنا به ولأنه صرح في كتبهم (قوله وقوله لهما أن الورثة خلافه) يستلزم عدم توريث أحد الزوجين من الآخر) أقول ولا المولى المقتوع وعصيته لكن لهما أن يقولوا القياس عدم التوريث والتوريث ثبت بالنص على خلاف القياس فيما ملكه المورث وتركه فيقتصر على مورده (قوله الورثة فيما يجب بعد الموت خلافة وهي فيه الخ) أقول قوله وهي راجع إلى الورثة وضمير فيه راجع إلى ما في قوله فيما يجب



ولا يقع لليت الابان بسند الوجوب الى سببه وهو الجرح فكنا كسائر الاموال في ثبوتها قبل الموت الا ترى أنه اذا اوصى بثلاث ماله دخلت دينته فيها وتنقضى منه ديونه وكان على

(٢٧٧)

رضي الله عنه يقسم الدية

على من أحرز الميراث

وهكفي به قدوة واذا

ثبت ذلك فكل منهم يتمكن

من الاستيفاء والعفو

والباقي واضح وقوله

(لان الواجب نصف الدية)

يعني بالعفو فيكون في

السنة الاولى الثلث وفي

الثانية السدس كما

اذا قطع يد انسان خطأ

وقلنا الواجب بعض

بدل الدم لا بدل الجزء

وكله مؤجل الى ثلاث

سنين فكذلك بعضه

كالالف المؤجل الى

ثلاث سنين فان كل

درهم منها كذلك وقوله

(والواجب في اليد)

بحواب اعتباره وهو

واضح

ولانه حق يجري فيه الارث حتى ان من قتل وله ابان فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن فيثبت لسائر الورثة والزوجية تبقى بعد الموت حكما في حق الارث أو يثبت بعد الموت مستقدا الى سببه وهو الجرح واذا ثبت للجميع فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والاسقاط عفوا واصلها ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقي فيه لانه لا يتجزأ بخلاف ما اذا قتل رجلين وعفا أحد الوالدين لان الواجب هنالك قصاصان من غير شبهة لاختلاف القتل والمقتول وهما واحد لا يتحداهما واذا سقط القصاص ينقلب نصيب الباقي مالا لانه امتنع عنى راجع الى القاتل وليس للعاقب شيء من المال لانه أسقط حقه بفعله ورضاه ثم يجب ما يجب من المال في ثلاث سنين وقال زفر يجب في سنتين فيما اذا كان بين الشريكين وعفا أحدهما لان الواجب نصف الدية فيعتبر بما اذا قطعت يده خطأ ولنا أن هذا بعض بدل الدم وكله مؤجل الى ثلاث سنين فكذلك بعضه والواجب في اليد كل بدل الطرف وهو في سنتين في الشرع ويجب في ماله لانه عد

فيه شيء وهو أن هذا الدليل لا يفيد تمام المدعى ههنا فانه انما يدل على ثبوت الاستحقاق بالزوجية في حق الدية ولا يدل على ثبوت ذلك في حق القصاص والعمدة ههنا هو الثاني وانما ذكر الآخر استطرادا كما ترى (قوله ولانه حق يجري فيه الارث حتى ان من قتل وله ابان فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن فيثبت لسائر الورثة) أقول فيه أيضا شيء وهو أن هذا التعليل وان كان يتمشى في القصاص أيضا لانه لا يتمشى فيه على أصل أبي حنيفة وانما يتمشى فيه على أصل أبي يوسف ومحمد فانه سيحجى في أول باب الشهادة في القتل أن القصاص طريقه طريق الوراثة عندهما كالدين والدية وأما عنده فطريقه طريق الخلفة دون الوراثة فلا يصح أن يقال من قبله انه حق يجري فيه الارث مع أن المدعى ههنا وهو قوله وأصل هذا أن القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية مما اتفق عليه أئمتنا فاطمة فكيف يتم تعليل المتفق عليه بالمتخلف فيه وقول المصنف في تيممه حتى ان من قتل وله ابان فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن لا يجدي نفعالا لانه انما يدل على جريان الارث فيه من غير المقتول ولا كلام فيه اذ لا خلاف فيه بين أئمتنا الثلاثة فان حق القصاص هنالك يثبت عندهم جميعا للمورث الغير المقتول قبل موته وورثة من المقتول عندهما وخلافة عنه لا وراثة عنده أبي حنيفة بخلاف المقتول فان حق القصاص لا يثبت له قبل موته عنده بل انما يثبت عنده بعد موته لورثته ابتداء لتسنى الصدور كما ستطلع على تفصيله في بابها والكلام ههنا في ورثة نفس المقتول فلا يتم التقريب على أصله فليست أمثل ثم ان صاحب العناية قال في شرح هذا التعليل وأما الثاني فلانهم ما موروثان كسائر الاموال بالاتفاق فيجب أن يكونا في حق الزوجين كذلك لان وجوبهما أولا لليت ثم يثبت للورثة ولا يقع لليت الابان بسند الوجوب الى سببه وهو الجرح فكنا كسائر الاموال في ثبوتها قبل الموت انتهى أقول قد زاد هذا الشارح ههنا تخمة في الظهور حيث زاد فسادا على فساد لانه مع اتيانه في تضاعيف شرحه بما يقرر أن لا يتم هذا التعليل على أصل أبي حنيفة وهو قوله لان وجوبهما أولا لليت ثم يثبت للورثة صرح بانهم ما يعنى القصاص والدية موروثان كسائر الاموال بالاتفاق وقد عرفت أن القصاص ليس بموروث من المقتول عند أبي حنيفة بخلاف سائر الاموال فالتصريح بالاتفاق فسادا فوق فساد والله الهادي الى سبيل

(قال المصنف لانه

لا يتجزأ) أقول فيه

بحث لان قضية عدم

التجزؤ أن يسقط في حق

العاقب ككلا كتبوت له

كلا ولا يستلزم ذلك

سقوط حق الباقي الا

أن يقال لما كان الحق

واحد اأورث سقوطه في

حق البعض شبهة

السقوط في حق الباقي

لثبوت من وجه دون

وجه فليست أمثل ويمكن

أقول فيه شيء جوابه

توجيه كلام المصنف بذلك (قوله كالأنف المؤجل الى ثلاث سنين فان كل درهم منها كذلك)

قال (واذا قتل جماعة واحدا الخ) اذا تعدد الغائل اقتض من جميعهم والقياس لا يقتضيه لان تنفاه المساواة لكنه ترك مجاروي ان سبعة من اهل صنعاء قتلوا رجلا فقضى عمر رضي الله عنه بالقياس عليهم وقال لو تم الأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم والتعال والتعاون وصنعاء اليمن قصبها وروى عن علي رضي الله عنه أنه قتل ثلاثة بواحد وعن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قتل جماعة بواحد وكانت العصاة رضي الله عنهم متوافرين ولم يشكر عليهم أحد في محل الاجماع ولان القتل بطريق التغالب غالب فان القتل يغير حق لا يتحقق غالباً بالاجتماع لان الواحد يقاوم الواحد وما غلب وقوعه من الفساد يوجب من جرعة فيجب القصاص تحقيقاً لحكمة الاحياء فانه لو لم يجب لما عجز المفسد عن أن يجمع عليه أمثاله ويقتل لعلمه أن لا قصاص فيؤدى الى سد باب القصاص ولقائل أن يقول ماذا كرت من المعقول ان لم يكن قياساً على مجمع (٣٧٨) عليه لا يكون معتبراً في الشرع وان كان فلا يربو على القياس المقتضى لعدمه المؤيد بقوله تعالى

ان النفس بالنفس والجواب أنه قياس على سائر أبواب العقوبات المسترنية على ما يوجب الفساد من أفعال العباد ويربو على ذلك بقوة أثره الباطن وهو احياء حكمة الاحياء وقوله تعالى ان النفس بالنفس لا ينافيه لانهم في اذهاق الروح الغير المتجزئ كشخص واحد واذا كانت المسئلة بالعكس وحضر اولياء المقتولين قتل بجماعتهم كاذ كرتي الكتاب

قال (واذا قتل جماعة واحدا اقتض من جميعهم) لقول عمر رضي الله عنه فيه لو تم الأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم ولان القتل بطريق التغالب والقصاص من جرعة للسفهاء فيجب تحقيقاً لحكمة الاحياء (واذا قتل واحد جماعة فحضر اولياء المقتولين قتل بجماعتهم ولا شيء لهم غير ذلك فان حضر واحد منهم قتل له وسقط حق الباقي)

الرشاد (قوله واذا قتل جماعة واحدا اقتض من جميعهم لقول عمر رضي الله عنه فيه لو تم الأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم) قال صاحب النهاية هذا جواب الاستحسان وفي القياس لا يلزمهم القصاص لان المعنى القصاص المساواة لما في الزيادة من الظلم على المعتدى وفي النقصان من الخس بحق المعتدى عليه ولا مساواة بين العشرة والواحد هاتين يعلم ببداهة العقل فالواحد من العشرة يكون مثلاً للواحد فكيف تكون العشرة مثلاً للواحد وهذا القياس قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس وذلك ينفي مقابلة النفوس بنفس ولكن تركناه هذا القياس لما روى أن سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلاً فقضى عمر رضي الله عنه بالقصاص عليهم وقال لو تم الأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم به انتهى كلامه أقول فيه بحث لانه صرح بأن هذا القياس مؤيد بقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس وقال في بيانه وذلك ينفي مقابلة النفوس بنفس فعلى ذلك يلزم من ترك هذا القياس ترك العمل بمدلول الآية المذكورة وذلك لا يجوز مجاروي عن عمر رضي الله عنه لان عمر رضي الله عنه ان كان منفرداً في قضائه وقوله المزبورين فظاهر لان قول صحابي واحد وفعاله لا يصلحان للعارضه لكتاب الله تعالى فضلاً عن الرجحان عليه وان انضم اليه اجاع الصحابة حيث كانوا متوافرين ولم يشكر عليه أحد منهم فحل محل الاجماع كما صرح به في العناية وغيره فافكذلك إذ قد تقرر في علم أصول الفقه أن الاجماع لا يكون ناسخاً للكتاب ولا السنة كما لا يكون القياس ناسخاً لشيء منهما فالحق في أساليب تحرير هذا المقام أن لا يتعرض لحديث كون الآية المذكورة مؤيدة لما في مقتضى القياس في هذه المسئلة وأن يبين عدم المنافاة بين مدلول تلك الآية وبين جواب الاستحسان ههنا وسيجي ههنا الكلام في التوفيق بينهما بعد هذا القول (قوله ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص من جرعة للسفهاء فيجب تحقيقاً لحكمة الاحياء) قال صاحب العناية لقائل أن يقول ماذا كرت من المعقول ان لم يكن قياساً على مجمع عليه لا يكون معتبراً في الشرع وان كان فلا يربو على القياس المقتضى لعدمه المؤيد بقوله تعالى ان النفس بالنفس

قال المصنف (واذا قتل جماعة واحدا اقتض من جميعهم لقول عمر رضي الله عنه عليه أهل صنعاء لقتلتهم) أقول فان قيل لم يستدل بقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى قلنا لان مقابلة الجمع بالجمع تقتضى انقسام الآحاد على الآحاد تأمل ثم قوله لقول عمر

رضي الله عنه لو تم الأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم بحث لانه يجوز أن يكون بطريق السياسة بقربنة الاضافة الى نفسه كما سبق في باب ما يوجب القصاص قال المصنف (ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص من جرعة للسفهاء فيجب تحقيقاً لحكمة الاحياء) أقول تقرر بالدليل القتل بطريق التغالب فساد غالب وكل فساد غالب يحتاج الى من جرعة للسفهاء فالقتل بطريق التغالب يحتاج الى من جرعة من جرعة القتل العمد والقصاص (قوله لا يكون معتبراً في الشرع) أقول لان العقوبات لا تثبت الا بمسئلة هذه الأقيسة (قوله وان كان فلا يربو على القياس المقتضى لعدمه) أقول وهو انتفاء المماناة والمساواة (قوله وقوله تعالى ان النفس بالنفس لا ينافيه لانهم في اذهاق الروح الغير المتجزئ كشخص واحد) أقول ويجوز أن يقال لما أضيف اذهاق الروح الى كل واحد منهم كلاً كان المقتول كأنه أشخاص متعددة ولعل هذا أنسب وأظهر مما ذكره الشارح الأيرى الى قوله ولنا أن كل واحد قاتل بوصف الكمال الخ

(وقال الشافعي رحمه الله يقتل

بالاول منهم ويجب المال  
 للباقيين) يعني ان قتلهم على  
 التعاقب وان قتلهم جملة  
 أو جمل الاول قتلهم  
 وقسم الديات بينهم أو يقرع  
 وقوله (وهو القياس في  
 الفصل الاول) وهو ما اذا قتل  
 جمعة واحدا (الا أنه عرف  
 بالشرع) يريد قضية عمر  
 رضى الله عنه (ولنا ان كل  
 واحد منهم) أى من أولياء  
 القتلى (فان قاصا بوصف  
 الكمال لأنه لا يتجزأ أصله  
 الفصل الاول) فان الجماعة  
 تقتل بالواحد اتفاقا ولو لم  
 يكن بينهما مماثلة لما جاز  
 ذلك واذا كانت الجماعة مثلا  
 للواحد كان العكس كذلك  
 لان المماثلة بين الشبيئين  
 انما تكون من الجانبين  
 قوله (ولانه وجد من كل  
 واحد منهم جرح الخ) يعني أن  
 القتل جرح صالح لازهاق  
 الروح وقد وجد من كل  
 واحد منهم بحيث انه لو انفرد  
 عن الباقيين كان قاتلا  
 بصفة الكمال والحكم اذا  
 حصل عقيب علل لا بد  
 من الاضافة اليها فاما أن  
 يضاف اليها نوزيها أو كلا  
 والاول باطل لعدم التجزي  
 فتعين الثاني ولهذا اذا حلف  
 جماعة كل منهم أن لا يقتل  
 فلانا فاجتمعوا على قتله  
 حشوا

وقال الشافعي يقتل بالاول منهم ويجب للباقيين المال وان اجتمعوا ولم يعرف الاول قتل لهم وقسمت  
 الديات بينهم وقيل يقرع بينهم فيقتل لمن خرجت قرعته له أن الموجود من الواحد قتلات والذي تحقق  
 في حقه قتل واحد فلا تماثل وهو القياس في الفصل الاول الا أنه عرف بالشرع ولنا أن كل واحد  
 منهم قاتل بوصف الكمال بخلاف التماثل أصله الفصل الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص ولانه  
 وجد من كل واحد منهم جرح صالح لازهاق فيضاف الى كل منهم اذ هو لا يتجزأ

والجواب أنه قياس على سائر أبواب العقوبات المسترنية على ما يوجب الفساد من أفعال العباد ويربو على  
 ذلك بقوة أثره الباطن وهو احياء حكمة الاحياء وقوله تعالى ان النفس بالنفس لا ينافيه لانهم في ازهاق  
 الروح الغير المتجزئ كشخص واحد بمجرد صدور ازهاق الروح الغير المتجزئ عن مجوعهم وجعلهم مساوين  
 لشخص واحد بحيث يتحقق بين ذلك الشخص الواحد وبين هؤلاء الجماعة مماثلة معتبرة في القصاص بعيد  
 جدا عن مساعدة العقل والنقل وأيضا ينافي هذا ما سياتى في تعليل المسئلة الآتية من أن الاصل عند  
 أئمتنا أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فكان الصادر منهم بهذا الاعتبار قتلات متعددة على عدد  
 رؤسهم فصلت المماثلة المعتبرة في القصاص والحق عندي هنا أن يقال ان قوله تعالى ان النفس بالنفس  
 لا ينافي ما قالوا في هذه المسئلة اذ دلالة فيه على اعتبار الوحدة في النفس بل فيه مجرد مقابلة جنس  
 النفس بجنس النفس كما ترى والمقصود منه الاحتراز عن أن يقتص النفس بغير النفس كما في قوله تعالى  
 والعين بالعين والانف بالانف ونحوهما وأما أنه هل يتحقق المماثلة المعتبرة في القصاص عند تعدد  
 النفس في جانب القاتل أو المقتول فانما يستفاد ذلك من دليل آخر ألا يرى أن العين اليمنى لا تقتص  
 بالعين اليسرى وكذا العكس مع أن قوله تعالى والعين بالعين لا يدل عليه نظر الى ظاهر اطلاقه بل انما  
 يستفاد ذلك من دليل آخر فكذا هنا تبصر (قوله ولنا أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال بخلاف  
 التماثل أصله الفصل الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص) أقول فيه اشكال أما اوله فلان  
 كون كل واحد منهم قاتلا بوصف الكمال أمر متعذر لاستلزامه توارد العلل المستقلة بالاجتماع على  
 معلول واحد بالشخص وهو محال كما تقر في موضعه وأما ثانيا فلان شراح الكتاب وغيرهم صرحوا  
 في الفصل الاول بأن جواب المسئلة جواب الاستحسان والقياس لا يقتضيه لان المعتبر في القصاص  
 المماثلة ولا مماثلة بين الواحد والجماعة قطعا بل بدمية الكناثر كتنا القياس باجماع الصحابة على قتل  
 جماعة بواحد فالقول ههنا يتحقق التماثل في الفصل الاول أيضا ينافي ذلك اذ يلزم حينئذ أن يكون  
 جواب المسئلة هنالك جواب القياس والاستحسان معا فان قلت ليس المراد أن كل واحد منهم قاتل  
 بوصف الكمال حقيقة بل المراد أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال في اعتبار الشرع تحققة المماثلة  
 المعتبرة في القصاص فيحصل الجواب عن وجهي الاشكال معا قلت توارد العلتين المستقلتين بالاجتماع  
 على معلول واحد بالشخص ممنوع عقلي واعتبار الشرع ما هو ممنوع الوقوع واقعا مما لا وقوع له في شيء  
 ولو فرضنا وقوعه لا يظهر له فائدة فيما نحن فيه لانهم صرحوا بأن شرع المماثلة في القصاص لثلاث  
 الظلم على المعتدى على تقدير الزيادة ولثلاث لئلا يلزم الجنس لحق المعتدى عليه على تقسيرا النقصان ولا شك  
 أن الظلم والجنس انما يستدفعان بتحقيق المماثلة الحقيقية وأما في مجرد اعتبار غير المماثل مماثلا فلا  
 يتخلوا الأمر عن الظلم أو الجنس حقيقة وهذا غير واقع بل غير جائز في أحكام الشرع (قوله ولانه وجد  
 من كل واحد منهم جرح صالح لازهاق فيضاف الى كل واحد منهم اذ هو لا يتجزأ) أقول لقاتل أن يقول  
 حاصل هذا الدليل بيان وجه قوله في الدليل الاول ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فلا وجه لعله  
 دليلا مستقلا معطوفا على الدليل الاول بقوله ولانه وجد من كل واحد منهم ان صاحب العناية

قال المصنف (ولانه وجد  
 من كل واحد جرح صالح  
 للازهاق) أقول هذا الوجه تفصيلي وشرح للوجه الاول كما لا يخفى

(ولان القصاص شرع مع المنافي) وهو قوله صلى الله عليه وسلم الاذى بنيان الرب ملعون من هدم بنيان الرب (لتحقيق الاحياء وتحقق الاحياء قد حصل  
بقتله) أي بقتل القاتل (فاكتفى به) ولا شيء لهم غير ذلك وقوله (٢٨٠)

(ومن وجب عليه القصاص) ظاهر قال (واذا قطع رجلان يد رجل واحد الخ) تعدد الجاني في الاطراف ليس كعدد في النفس عندنا فاننا قطعنا يد اقل قصاص أصلاً وقال الشافعي رحمه الله ان وضع أحدهما السكين من جانب والاخر من آخر وأمر حتى التقي السكينان فالحكم كذلك لان كلاهما لم يقطع الا بعض اليد فلا يقطع به كل يده وان أخذنا سكيناً وأمرها على يده حتى انقطعت قطعاً أيديهما اعتباراً بالنفس اما لكونها تابعة لها واما ان يجمع بينهما مجامع الزجر ولنا أن كلا منهما قاطع بعض اليد سواء كان المحل متحداً أو مختلفاً لاننا علم أن ما انقطع بفعل أحدهما لم يقطع بفعل الآخر وقاطع بعض اليد لا يقطع كل يده قصاصاً لا تنفاه المماثلة وهذا لان المحل متجزئ فان قطع بعض وتولد بعض متصور فلا يمكن أن يجعل كل واحد فاعلاً ككلا بخلاف النفس فان الانزهاق لا يتجزأ وقد

ولان القصاص شرع مع المنافي لتحقيق الاحياء وقد حصل بقتله فاكتفى به قال (ومن وجب عليه القصاص اذا مات سقط القصاص) لقوات محل الاستيفاء فأشبهه موت العبد الجاني ويتأني فيه خلاف الشافعي اذا لوجب أحدهما عنده قال (واذا قطع رجلان يد رجل واحد فلا قصاص على واحد منهما وعليهما نصف الدية) وقال الشافعي تقطع يدهما والمفروض اذا أخذنا سكيناً وأمرها على يده حتى انقطعت له الاعتبار بالنفس واليدي تابعة لهما فأخذت حكمها ويجمع بينهما مجامع الزجر ولنا أن كل واحد منهما قاطع بعض اليد لان الانقطاع حصل باعتماديهما والمحل متجزئ فيضاف الى كل واحد منهما البعض فلا مماثلة بخلاف النفس لان الانزهاق لا يتجزأ ولان القتل بطريق الاجتماع غالب حذار الغوث والاجتماع على قطع اليد من المفصل في حيز الصدر لا فتقاره الى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث قال (وعليهما نصف الدية) لانه دية اليد الواحدة وهما قطعها (وان قطع واحد عيني رجلين فخصر اقلهما ما أن يقطع يده وبأخذنا منه نصف الدية يقسمانه نصفين سواء قطعهما معاً وعلى التعاقب) وقال الشافعي في التعاقب يقطع بالاول وفي القران يقرع لان اليد استحقها الاول فلا يثبت الاستحقاق فيها الثاني كالرهن بعد الرهن وفي القران اليد الواحدة لا تفي بالحقين فترجح بالقرعة ولنا أنهم استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في حكمه كالغريمين في التركة

قال في شرح هذا الدليل يعني أن القتل جرح صالح لازهاق الروح وقد وجد من كل واحد منهم بحيث لو انفرد عن الباقي كان قاتلاً بصفة الكمال والحكم اذا حصل عقيب علل لا بد من الاضافة اليها فاما أن يضاف اليها توزيعاً وكلا والاول باطل لعدم التجزئ فتعين الثاني ولهذا الوصف جماعة كل واحد منهم أن لا يقتل فلانا ما اجتمعوا على قتله حشوا انتهى أقول فيه نظر لانه لا يلزم من أن لا يجوز اضافة القتل الى تلك العلل توزيعاً بناء على أن القتل لا يتجزأ تعين أن يضاف الى كل واحد منهم كلابل يجوز أن يضاف كلا الى مجموع تلك العلل من حيث هي مجموع بل هو الظاهر لثلاثي لزم توارد العلل المستقلة بالاجتماع على معلول واحد بالشخص فينتدلا يتم المطلوب كما لا يخفى ويمكن توجيه مسئلة الحلف بأن مدار الايمان على العرف كما صرحوا به في محله فاذا اجتمعت جماعة على قتل رجل ووجد من كل واحد منهم جرح صالح لازهاق الروح يقال لكل واحد منهم في العرف انه قتل فلانا وان كان القتل في الحقيقة كلا مضافاً الى مجموعهم من حيث هو مجموع فجاز ان يكون بناء على كل واحد منهم في مسئلة الحلف على العرف وأما القصاص فالمعتبر فيه الحقيقة لا غير ثم أقول كل واحد من ذلك الدليلين المذكورين في الكتاب انما يتشبهان فيما اذا حضرا ولباء المقتولين وقتلوا القاتل جملة وأما فيما اذا حضر واحد منهم وقتل القاتل وحده فسقط حق الباقي كما ذكرنا في الكتاب فلا تمسح لشيء منهما ما اذا يتصور أن يقال لاحد من الباقيين الغير الحاضر من الذين لم يباشروا القتل أصلاً انه قاتل فضلاً عن أن يقال له انه قاتل بوصف الكمال وكذا لا يتصور أن يقال لاحد منهم انه وجد منه جرح صالح للازهاق فينبغي أن يجب للباقيين المال في هذه الصورة فليتأمل (قوله ولان القصاص شرع مع المنافي لتحقيق الاحياء وقد حصل بقتله فاكتفى به) أقول فيه كلام وهو أن تحقيق الاحياء حكمه القصاص ويجوز حصول حكمته لا يتم أمر بل لا بد من حصول شرائطه أيضاً ومن جعلتها المماثلة لا يرى أنه لا يقتل المسلم ولا الذي بالمستأمن وكذا لا يقتل أحد بولده ولا بولده ولا بعبده

هر والباقي ظاهر وقوله (وان قطع واحد عيني رجلين) قيد بذلك لانه لو قطع عين أحدهما ويسار الآخر قطعت يدهما لا يقال تنتهي المماثلة حينئذ لانه ما فوت على كل واحد منهما جنس المنفعة وهما فوتاه عليه لان المعترف بحق كل واحد منهما استوفاه وليس في ذلك نقور يت جنس المنفعة ولا زيادة على حقه

قوله (والقصاص ملك الفعل ثبت مع المنافي) يعني لان من عليه القصاص حرجوا ب عن قوله لان البسداستحقها الاول وتقرر به ان  
 لقصاص ملك الفعل ثبت ضرورة الاستيفاء فلا يتعدى الى شغل المحل الخالي بتجزئته عنه واذ لم يكن المحل مشغولاً لم يمنع عن ثبوت  
 الثاني بخلاف الرهن لان الحق في المحل لكونه مملوكا وقوله (ولتردد حق الآخر) يعني أن حق الحاضر ثابت في البسداستحقها الاخر  
 له في الاستيفاء موهومة عسى أن يعفوا ولا يحضر فلا يؤخر المعالم للوهوم كأحد الشفيعين اذا ادعى الشفعة والاخر غائب يقضى  
 بالجميع له كذلك وقوله (لانه أوفى به حقا مستحقا) يعني أنه اذا قضى بجميع طرفه حقا مستحقا عليه فمضى الاخر بالأرض وقوله  
 (واذا أقر العبد بقتل المولى بالمدلزمة القود) وانما قيد بالمدلزمة لانه لو أقر بالخطا لا يجوز سواء كان مأذونا ومحجورا أما المحجور فظاهر وأما المأذون  
 فلانه ليس من التجارة وقوله (حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص) (٣٨١) توضيح لبقائه على الحرية وكل ما لا يصح اقرار المولى

على العبد فيه فهو فيه بمنزلة الحر  
 ولهذا وقع طلاق زوجته  
 بالاقرار لوقوعه بالايقاع  
 واذا أقر بسبب يوجب  
 الحد يؤخذ به وقوله  
 (والفعل يتعدد بتعدد  
 الاثر) قيل فان الرمي اذا  
 أصاب حيوانا ومزق جلده  
 سمي جرحا وان قتله سمي  
 قتيلا وان أصاب الكوز  
 وكسره سمي كسرا فكذلك  
 يجوز أن يكون بالنسبة الى  
 محل عداو بالنسبة الى  
 آخر خطأ وفيه نظر لان ذلك  
 تسمية الفعل الواحد بأسام  
 مختلفة بالنسبة الى المحال  
 ولا نزاع فيه وانما الكلام  
 في أن يتعدد الفعل الواحد  
 فيصير فعلين متضادين  
 والاولى أن يقال معناه أن  
 الفعل بوصف بوصفين  
 متضادين بالنسبة الى أمرين

والقصاص ملك الفعل ثبت مع المنافي فلا يظهر الا في حق الاستيفاء أما المحل فلو عني فلا يمنع ثبوت  
 الثاني بخلاف الرهن لان الحق ثابت في المحل فصار كما اذا قطع العبد بينهما على التعاقب فتستحق  
 رقبته لهما وان حضر واحد منهما فقطع يده فلا آخر عليه نصف الدية لان الحاضر أن يستوفي ثبوت  
 حقه وتردد حق الغائب واذا استوفى لم يبق محل الاستيفاء فيتعين حق الآخر في الدية لانه أوفى به حقا  
 مستحقا قال (واذا أقر العبد بقتل المولى بالمدلزمة القود) وقال زفر لا يصح اقراره لانه يلاقي حق  
 المولى بالابطال فصار كما اذا أقر بالمال ولنا أنه غير متمم فيه لانه مضريه فيقبل ولان العبد مبق على  
 أصل الحرية في حق الدم علا بالادمية حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص وبطلان حق  
 المولى بطريق الضمن فلا يبالى به (ومن رمى رجلا عمدا فنفذ السهم منه الى آخرها فاعلمه القصاص  
 للاول والدية للثاني على عاقلته) لان الاول عمد والثاني أحد نوعي الخطا كأنه رمى الى صيد فأصاب آدميا  
 والفعل يتعدد بتعدد الاثر

ولا يعد به ولا يمكن اتساعه الى غير ذلك مع أن حصول تحقيق الاحياء متصور في جميع ذلك وانما لا يجب  
 القصاص في تلك الصور لان تنفاه بعض شرائطه أو لتحقيق بعض موانعه وعندنا أن قال الشافعي فيما  
 نحن فيه ان الموجود من الواحد قتل والذى تحقق في حقه قتل واحد فلم يوجد التماثل الذي هو معنى  
 القصاص كيف يتم أن يقال في مقابله قد حصل تحقيق الاحياء بقتله فاكفى به ولعل صاحب السكافي  
 فهمم ضعف هذا التعليل حيث ترك ذلك مع كون عادته أن يقتني أثر صاحب الهداية (قوله  
 لان الاول عمد والثاني أحد نوعي الخطا) قال صاحب الغاية وهو خطأ في القصد أقول هذا خطا  
 ظاهرا زقد مر في الكتاب أن الخطا على نوعين خطأ في القصد وهو أن يرمى شخصا يظنه صيدا فاذا هو  
 ادى أو يظنه حيا فاذا هو مسلم وخطأ في الفعل وهو أن يرمى غرضا فيصيد آدميا ولا شك أن ما نحن  
 فيه من قبيل الثاني دون الاول ومن البين فيه قول المصنف هنا كأنه رمى الى صيد فأصاب آدميا  
 (قوله والفعل يتعدد بتعدد الاثر) قال صاحب العناية قيل فان الرمي اذا أصاب حيوانا ومزق  
 جلده سمي جرحا وان قتله سمي قتيلا وان أصاب الكوز وكسره سمي كسرا فكذلك يجوز أن يكون

(٣٦ - نكته ثامن) كالحركة مثلا فإنه يجوز أن توصف بالسرعة بالنسبة الى حركة وبالبطء بالنسبة الى أخرى فكذلك هذا الفعل  
 بوصف بالعمد نظر الى قصده بالنسبة الى الشخص الاول وبالخطا نظرا الى عدمه بالنسبة الى الثاني ولقائل أن يقول الخطا يستلزم اباحة  
 لكونه سببا للكفارة وهو لا يكون إلا مراد اثنان الحظر والاباحة ولم يوجد والجواب أن الخطا هو تحقيق الجنابة في انسان مخالف لظن  
 الجنابي كمن رمى الى شيء يظنه صيدا فاذا هو انسان أوله قصده مطلقا كمن رمى الى هدف فاصاب انسانا وكذا يظن فيه والرمي بالنسبة الى  
 المخالف لهما كالرمي لا الى معين وذلك مباح لاجل الحالة وانما قلنا مطلقا لانه يخرج من قصد قطع بدر جل بسيف فأصاب عنقه ومات فانه عمد لانه  
 ليس بمخالف للمقصود من كل وجه فان قطع اليد قد يكون قتيلا بالسرعة بخلاف ما اذا قصد ذلك فأصاب رقبته غيره فمخاها ورعى الى شخص  
 فأصاب غيره فمات فان ذلك خطأ لان قطع بدر جل أو قتله لا يكون قتيلا لغيره فكان مخالف من كل وجه

(قوله كالحركة مثلا فإنه يجوز أن توصف بالسرعة الخ) أقول السرعة والبطء من الاعراض التسمية ولا كذلك العمد والخطا  
 (قوله وهو لا يكون إلا مراد اثنان الخ) أقول قوله هو راجع الى قوله سببا (قوله أوله قصده مطلقا الى قوله والرمي بالنسبة الى المخالف لهما)  
 أقول قوله أوله قصده معطوف على قوله لظن الجنابي وقوله لهما فانظر الى الظن والقصد في قوله لظن الجنابي وفي قوله أوله قصده مطلقا

**فصل** ذكر حكم  
 الفعلين عقيب فعل  
 واحد في فصل على حدة  
 رعاية للتناسب (ومن  
 قطع بدرجل خطأ  
 ثم قتله عدا) القطع  
 والقتل اذا حصل في  
 شخص واحد كانا على  
 وجوه أن يكونا خطابين  
 أو عمدين أو يكون القتل  
 خطأ والقطع عدا أو  
 بالعكس فذلك بالقسمة  
 العقلية أربعة ثم ان كل  
 واحد منهما اما أن يكون  
 قبل البرء أو بعده فذلك  
 ثمانية أوجه وكل ذلك اما  
 أن يتحقق من شخص  
 واحد أو شخصين فذلك  
 ستة عشر وجهاً فان كانا  
 من شخصين بفعل بكل  
 واحد منهما ما موجب فعله  
 من القصاص وأخذ  
 الارش مطلقاً ان التداخل  
 انما يكون عند اتحاد المحل  
 لا غير وان كانا من شخص  
 واحد فيجب موجب  
 الفعلين أو اهدار أحدهما  
 مبنى على أصل ذكره  
 المصنف رحمه الله بقوله

**فصل** ومن قطع (قوله)  
 ثم ان كل واحد منهما  
 أقول أي من الفعلين (قوله)  
 لان التداخل انما يكون  
 الخ) أقول فيه بحث لكن  
 جوابه ظاهر فان المراد  
 بالمحل هو مصطلح المتكلمين  
 وهو القاتل هنا فانه الذي  
 يقوم به القتل

**فصل** قال (ومن قطع بدرجل خطأ  
 أو قطع يده خطأ فبرأت يده ثم قتله عدا قبل أن تبرا يده أو قطع يده عدا ثم قتله خطأ  
 جميعاً)

بالنسبة الى محل عدا وبالنسبة الى اخر خطأ وفيه نظر لان ذلك تسمية الفعل الواحد بأسماء مختلفة  
 بالنسبة الى المحال ولا نزاع فيه وانما الكلام في أن يتعدد الفعل الواحد فيصير فعلين متضادين انتهى  
 أقول نظره ساقط اذا ظاهر أن ما ذكره ذلك القائل تسمية الفعل الواحد بمجئيات انضمام قيود  
 مختلفة وأوصاف متضادة اليه بأسماء مختلفة لا تسمية ذلك الفعل الواحد من حيث هو فعل واحد بتلك  
 الاسامي المختلفة ألا يرى أن الرمي من حيث انه أصاب الكوز لا يسمى جرحاً ولا قتلاً بل يسمى كسراً  
 وكذا من حيث انه أصاب حيواناً ومزق جلده أو قتله لا يسمى كسراً بل يسمى جرحاً أو قتلاً واذا تقرر أن  
 اختلاف تلك الاسامي باختلاف الأوصاف المنضمة الى ذلك الفعل تقرر اختلاف مسميات تلك الاسامي  
 أيضاً فكان مناسباً لما نحن فيه مفيداً له ثم ان قوله وانما الكلام في أن يتعدد الفعل الواحد فيصير  
 فعلين متضادين ان أراد به أن الكلام في أن يتعدد الفعل الواحد بحسب الذات بحيث يصير فعلين  
 مختلفين في الحقيقة فلا نسلم أن الكلام فيه بل لانسليم إمكان ذلك وان أراد به أن الكلام في أن يتعدد  
 الفعل الواحد بتعدد الأوصاف المتضادة المنضمة اليه فهو مسلم لكن هذا التعدد يحصل قطعاً بتعدد  
 الاسامي تعدداً ناشئاً من تعدد المسميات بالحجئيات المختلفة كما هو الواقع ومراد ذلك القائل  
 كما عرفت انفاً ثم قال صاحب العناية ولقائل أن يقول الخطأ يستلزم اباحة لكونه سبباً للكفارة  
 وهو لا يكون الأمر اذا تربع الخطر والاباحة ولم يوجد هنا والجواب أن الخطأ هو تحقق الجنائية في  
 انسان مخالف لظن الجنائي كمن رمى الى شيء يظنه صيداً فاذا هو انسان أو لقصده مطلقاً كمن رمى الى  
 هدف فأصاب انساناً او كذا في ضمن فيه والرمي بالنسبة الى المخالف لهما كالرمي الى اليمين وذلك مباح  
 لا محالة انتهى أقول في نحر جوابه نوع خلل فان تمثيل قوله أو لقصده مطلقاً بقوله كمن رمى الى هدف  
 فأصاب انساناً وكذا في ضمن فيه يشعر بأن تكون الاصابة لانسان عند الرمي الى هدف وكذا ما نحن  
 فيه من قبيل الخطأ في القصد وليس كذلك قطعاً اذ كل من مامن قبيل الخطأ في الفعل كما بينا من  
 قبل

**فصل** في حكم الفعلين لما ذكر حكم الفعل الواحد ذكر في هذا الفصل حكم الفعلين لان الاثنين  
 بعد الواحد كذا في الشروح (قوله ومن قطع بدرجل خطأ ثم قتله عدا قبل أن تبرا يده الخ) أقول  
 لقائل أن يقول اذا اختلف حكم الفعلين بأن يكون أحدهما عدا والآخر خطأ يعطى كل واحد حكم  
 نفسه سواء تداخل بينهما البرء أو لم يتداخل كما سينكشف في الاصل الآتي ذكره فيكون قوله قبل أن تبرا يده  
 في وضع هذه المسئلة مستدر كالتام جوابه او هو أن يؤخذ بالامر من جميعاً بدون ذلك القيد بل بهم  
 ذكره أن لا يكون الجواب كذلك فيما بعد أن تبرا يده بناء على أن تخصيص الشيء بالذكري الروايات  
 يدل على نفي الحكم عما عداه كما صرحوا به وعن هذا قال في وضع المسئلة الثانية أو قطع يده عدا ثم  
 قتله خطأ بدون ذلك القيد ثم أقول يمكن أن يقال فائدة ذلك في القيد في المسئلة الاولى  
 التنبيه من أول الامر على أن تداخل البرء ليس مؤثراً فيما اذا اختلف الفعلان فانه اذا أعطى كل واحد  
 منه ما حكم نفسه فيما اذا لم يتداخل البرء ففما اذا تداخل ذلك أولى وهذا يندفع إبهام أن لا يكون الجواب  
 فيما اذا تداخل البرء كالجواب فيما اذا لم يتداخل فان تخصيص الشيء بالذكري الروايات على نفي  
 الحكم عما عداه أن لو لم يكن ما عداه أولى بثبوت الحكم المذكور له وأما اذا كان أولى بذلك فيدل  
 على اشتراك ما عداه معه في الحكم المذكور بالأولوية بطريق دلالة النص بلاربي وما نحن فيه من

(والاصل فيه أن الجمع) يعني الاكتفاء بوجوب أحدهما واجب ما يمكن تنهما الاول لان القتل في الاعم يعني في غالب الاوقات يقع بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج فيجعل الثاني متمم الاول ويجعل الكل واحدا الآن لا يمكن الجمع اما باختلاف الفعلين وصفاً أو موحياً أو يتخلل البرء فينشد يعطى كل واحد حكم نفسه فان تخلل البرء فلا جمع أصلاً لان الفعل الاول قد انتهى فيكون القتل بعده ابتداء فلا بد من اعتبار كل واحد منهم ما وان لم يتخلل وقد اختلفا جنساً فكذلك كما في الصورتين الاوليين وان تجانسا خطأ بجمع بالاجماع لا مكان الجمع بانتفاء المانع وهو تخلل البرء والاختلاف واكتفى (٢٨٣) بديه واحدة وان تجانسا عمدا فقد اختلف فيه قال

أبو حنيفة رحمه الله الولي بالخيارين أن يقطع ثم يقتل وبين أن يقتل وقال لا يقتل ولا يقطع وقوله (فإن شاء الامام قال اقطعه) قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله يشير الى أن الخيار للامام عند أبي حنيفة رحمه الله وليس كذلك بل الخيار للولي فعلي هذا يكون قوله فان شاء الامام معناه بسين لهم أن لهم الخيار قالوا الجمع يمكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وقال بل الجمع متعذراً ما للاختلاف بين الفعلين لان الموجب القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر لخلو القطع اذ ذلك عن الجزاء واما لان الحزب يقطع اضافة السرية الى القطع حتى لو صدر من شخصين وجب القود على الحاز واذا انقطع اضافة السرية اليه صار كتخلل البرء ولا جمع فيه بالاتفاق

والأصل فيه أن الجمع بين الجراحات واجب ما يمكن تنهما الاول لان القتل في الاعم يقع بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج الآن لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه وقد تعذر الجمع في هذه الفصول في الاولين لاختلاف حكم الفعلين وفي الآخر لتخلل البرء وهو قاطع للسرية حتى لو لم يتخلل وقد تجانسا بان كانا خطاين بجمع بالاجماع لا مكان الجمع واكتفى بديه واحدة ( وان كان قطع يده عمداً ثم قتله عمداً قبل أن تبرأ يده فان شاء الامام قال اقطعه ثم اقتلوه وان شاء قال اقتلوه) وهذا عند أبي حنيفة وقال لا يقتل ولا يقطع يده لان الجمع يمكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وله أن الجمع متعذر اما للاختلاف بين الفعلين هذين لان الموجب القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر أو لان الحزب يقطع اضافة السرية الى القطع حتى لو صدر من شخصين يجب القود على الحاز فصار كتخلل البرء بخلاف ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا خطاين لان الموجب الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة

هذا القليل ثم انه لما حصل التنبه على ذلك في المسئلة الاولى حصل الاستغناء عنه في المسئلة الثانية لاشتراكهما في اختلاف الفعلين ولهذا الميز كذا في القيد فيها ثم لاجاء الى المسئلة الثالثة والرابعة قيدهما بتخلل البرء لتجانس الفعلين عمداً وخطأ فيهما فلابد في الاخذ بالامر من جميعهما من تخلل البرء في الين (قوله فصار كتخلل البرء) قال بعض الفضلاء منقوض بما اذا كان كلاهما خطأ أقول كيف يكون منقوضاً بذلك وقد تداركه المصنف صراحة فيما بعد حيث قال وبخلاف ما اذا كانا خطاين وعلله بتعليقين بازاء تعليلي أبي حنيفة ما اذا كانا عمدين وتعليله الثاني وهو قوله ولان أرض السيد اعماجيب عند استحكام أثر الفعل الخدافع قطعاً لتوهم انتقاص قوله فصار كتخلل البرء بما اذا كانا خطاين تأمل تفهيم وقال صاحب معراج الدرابة فان قيل لو كان بمنزلة تخلل البرء ينبغي أن لا يكون للامام خيار كالوختل البرء قلنا المسئلة مجتهد فيها فالقاضي يقضي على ما وافق رأيه انتهى أقول في الجواب نظر فان قول المصنف بعد بيان خيار الامام وهذا عند أبي حنيفة بأبي هذا الجواب حدا فان قضاء القاضي في المسئلة المجتهد فيها على ما وافق رأيه ليس بقول أبي حنيفة فقط بل صاحبه أيضاً يقولان به كالا يخفى على العارف بمسائل الفقه ثم ان هذا كله على تقدير أن يكون الخيار للامام عند أبي حنيفة وأما اذا كان الخيار للولي عنده كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي ونقل عنه السراح قاطبة حتى قال صاحب العناية بعد نقل ذلك عنه فعلى هذا يكون قوله فان شاء الامام معناه بين لهم أن لهم الخيار فلا تمسح رأساً للسؤال على الوجه المذكور نعم بردان يقال فامعنى قول أبي حنيفة في هذه المسئلة بأن للولي الخيار مع الجزم في المسائل السابقة بأن يؤخذ بالامر من جميعه واعلة

بخلاف ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا خطاين لان الموجب هو الدية وهو بدل النفس من غير اعتبار المساواة (قوله وصفاً أو موجباً) أقول كما في الخلافية فان موجب القطع العمداً والقتل العمد القتل لأن القصاص ينبي عن المماثلة بخلاف الدية وهذا عند أبي حنيفة قال المصنف (فان شاء الامام قال اقطعه ثم اقتلوه) أقول قال السكاكي وقبل معنى ما قال في المتن أن هذا من الامام اجتهاد في محله فعليه أن يتبعه فيما يقطع الامام خياره عليه انتهى (قوله في محله) أي محل الاجتهاد الا يرى الى خلاف الامامين (قال المصنف فصار كتخلل البرء) أقول منقوض بما اذا كان كلاهما خطأ

وقوله (ولان أرض اليد) دليل آخر على جواز الجمع اذا كانا خطابين وتقرر به أرض اليد انما يجب عند استحكام أثر الفعل يعني القطع بانقطاع توهم السراية وذلك انما يكون بالجزء القاطع للسراية فإرض اليد انما يجب بالجزء القاطع للسراية وبه يجب ضمان الكل فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة وهي حالة الجزو في ذلك تكرار دية اليد لان ضمان الكل يشملها والتكرار فيه غير مشروع فلا يجتمعان فان قيل قصاص اليد انما يجب عند استحكام أثر الفعل وذلك بالجزء القاطع للسراية فيجتمع قصاص الكل والجزء في حالة واحدة فلا يجتمعان قلنا بل يجتمعان لان مبنى القصاص المساواة وهي انما تحقق باجتماعهما وهذا في غاية التحقيق لان المدممناه على التغليظ والتشديد ولهذا تقتل العشرة بالواحد وفي مراعاة صورة الفعل معنى التغليظ فيجوز اعتباره فيه وأما الخطأ فبناه على التخفيف ألا ترى أن الدية لا تعدد بتعدد القاتلين فاعتبار التغليظ فيه لا يكون مناسباً قال (ومن ضرب رجلاً مائة سوط فبأثر الخ) ومن ضرب رجلاً تسعين سوطاً في مكان وعشرة في مكان فبرئ من تسعين وسرى موضع العشرة ومات منه ففيه دية واحدة لما ذكر في الكتاب وقوله (وكذا كل جراحة اندملت) يعني مثل أن كانت شجة فالتحمت ونبت الشعر فانها لا تبقى معتبرة لافي حق الارش ولا في حق حكومة عدل وانما تنبى في حق التعزير على أصل أبي حنيفة رحمه الله وعن أبي يوسف رحمه الله (٢٨٤)

وعن محمد رحمه الله أنه يجب أجر الطبيب (وان ضربه مائة سوط وجرحته وبقي له أثر يجب له حكومة عدل) دون الارش لان حكومة عدل انما تكون لبقاء الاثر وهو موجود والارش انما يجب باعتبار الاثر في النفس بان لم يبرأ وليس بموجود وهذا يشير الى أنه ان لم يجرح في الابتداء لا يجب شيء بالاتفاق وان جرح واندمل ولم يبق لها أثر فكذلك كما هو أصل أبي حنيفة رحمه الله لانه لم يكن الا مجرد

ولان أرض اليد انما يجب عند استحكام أثر الفعل وذلك بالجزء القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة ولا يجتمعان أما القطع والقتل قصاصاً يجتمعان قال (ومن ضرب رجلاً مائة سوط فبأثر من تسعين ومات من عشرة ففيه دية واحدة) لانه لما برأ منها لا تبقى معتبرة في حق الارش وان بقيت معتبرة في حق التعزير ففي الاعتبار للعشرة وكذلك كل جراحة اندملت ولم يبق لها أثر على أصل أبي حنيفة وعن أبي يوسف في مثله حكومة عدل وعن محمد أنه يجب أجره الطبيب (وان ضرب رجلاً مائة سوط وجرحته وبقي له أثر يجب له حكومة العدل) لبقاء الاثر والارش انما يجب باعتبار الاثر في النفس قال (ومن قطع يدا رجل فعفا المظروعة يده عن القطع ثم مات من ذات فعله على القاطع الدية في ماله وان عفا عن القطع وما يحدث منه ثم مات من ذلك فهو عفو عن النفس ثم ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان عمداً فهو من جميع المال) وهذا عند أبي حنيفة وقال اذا عفا عن القطع فهو عفو عن النفس أيضاً وعلى هذا الخلاف اذا عفا عن الشجة ثم سرى الى النفس ومات لهما أن العفو عن القطع عفو عن موجبيه وموجبها القطع لواقصر أو القتل اذا سرى فكان العفو عنه عفو عن أحد موجبيه أيهما كان ولان اسم القطع يتناول السارى والمقتصر فيكون العفو عن القطع عفو عن نوعيه تعذر الجمع متحقق في الكل عنده بلا تفاوت كما تبين في الكتاب (قوله ولان اسم القطع يتناول السارى والمقتصر فكان العفو عنه عفو عن نوعيه) أقول أسلوب التعزير يقتضى أن يكون ما سبق دليلاً تاماً له وهذا أيضاً لا آخر مستقلاً لهما لكن لا يخفى على الفطن أن ما سبق لا يتم دليلاً لهما

الأم وهو لا واجب شيئاً كالوضوء بضره بامؤلم ومثل هذه المسئلة مع هذا الاختلاف ودليلها يأتي قبل فصل الجنين وصار (قوله ومن قطع يدا رجل الخ) اعلم أن العفو عن القطع والشجة والجراحة ليس به فو عما يحدث منه عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما فاذا وقع شيء من ذلك وعفا الجنى عليه عنه ثم سرى ومات فعلى الجناني الدية في ماله عنده وقال لا شيء عليه لان العفو عن القطع عفو عن موجبيه لان الفعل عرض لا يبقى فلا يتصور العفو عنه فيكون العفو عنه عفو عن موجبيه وموجبها اما القطع أو القتل اذا اقتصر أو سرى فكان العفو عنه عفو عنهما ولان اسم القطع يتناول السارى والمقتصر فان الاذن بالقطع اذنبه وبما حدث منه حتى اذا قال شخص لا تحرق يدي فتطعمه ثم سرى الى النفس لم يضمن والعفو اذنبه انما يفتقر بالاذن ابتداء

(قوله فان قيل الى قوله فيجتمع قصاص الكل والجزء في حالة واحدة فلا يجتمعان) أقول معارض بما اذا قتل واحد جماعة عمداً حدث بقتل واحد وان قتلهم خطأ تجب ديات قال المصنف (والارش انما يجب باعتبار الأثر في النفس) أقول قال في المضمرة كان فأن لا يقول لما يجب أرض النفس ينبغي أن لا تجب حكومة العدل فأجاب عنه بقوله والارش الخ انتهى وشرح كلام المصنف بهذا الوجه أولى لصدور الفعلين من القاتل وعلى ما ذكره الاكل يكون ذكر هذه المسئلة هنا استطراداً بقاى الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير قال الفقيه أبو الليث ما قال في الكتاب انه يجب فيه دية واحدة فيما اذبراً ولم يبق له أثر ما اذنبى له أثر ينبغي أن يجب أرض الضرب وهو حكومة عدل بالأسواط ودية واحدة بالقتل انتهى



فصار كما اذا عفا عن الجناية فانه يتناول السارية والمقتصرة فكذا هذا ولا يخيصة رجه الله ان سبب الضمان وهو قتل النفس المعصومة المتقومه قد تحقق والمانع منتف لان العفول يتناوله بصريحه لانه عفا عن القتل وهو غير القتل لاسيما وبالسرية تبين ان الواقع قتل وحقه فيه فها هو حقه لم يعف عنه وما عفا عنه فليس يحقه فلا يكون معتبرا الا ترى ان الولي لو قال بعد السرية عفوتك عن اليد لم يكن عفوا ولو قال الجني عليه عفوتك عن القتل واقتصر القطع لم يكن عفا فكذا اذا عفا عن اليد ثم سري واذا لم يكن العفو معتبرا وجب الضمان والقياس يقتضي القصاص لانه هو الموجب للعمد الا ان تركناه لان صورة العفو اورثت شبهة وهي دارنة للقود فتجب الدية وقوله (ولانسلم ان الساري نوع من القطع) جواب عن قوله ما فيكون العفو عفا عن نوعه وفيه نظر فانه منع كون السرية صفة له ويقال سري القطع وقطع سار فكيف يصح ذلك والجواب ان المراد صفة

(٢٨٥)

منوعة وهي ليست كذلك

بل هي مخترجة عن حقيقة كما يقال عصير مسكر وقوله (بل الساري قتل من الابتداء) اضراب عن قوله نوع من القطع وذلك لان القتل فعل مرفوع للروح ولما انزهق الروح به عرفنا انه كان قتيلا وقوله (وكذا

لاموجب له من حيث كونه قطعاً) جواب عن قوله أو القتل اذا سري يريد ان القتل ليس بموجب لقطع من حيث كونه قطعاً لانه اذا سري ومات تبين ان هذا القطع لم يكن له موجب أصلاً انما الثابت موجب القتل وهو الدية فكان العفو المضاف الى القطع مضافاً الى غير محله فلا يصح واذا لم يصح العفو عن القطع لا يكون عفو عن القتل وهو معنى قوله فلا يتناوله

وصار كما اذا عفا عن الجناية فانه يتناول الجناية السارية والمقتصرة كذا هذا وله ان سبب الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصومة متقومه والعفول يتناوله بصريحه لانه عفا عن القتل وهو غير القتل وبالسرية تبين ان الواقع قتل وحقه فيه ونحن نوجب ضمانه وكان ينبغي ان يجب القصاص وهو القياس لانه هو الموجب للعمد الا ان الاستحسان تجب الدية لان صورة العفو اورثت شبهة وهي دارنة للقود ولانسلم ان الساري نوع من القطع وان السرية صفة له بل الساري قتل من الابتداء وكذا لاموجب له من حيث كونه قطعاً فلا يتناوله العفو بخلاف العفو عن الجناية لانه اسم جنس وبخلاف العفو عن الشجة وما يحدث منها لانه صريح في العفو عن السرية والقتل ولو كان القطع خطأ فقد اجراء مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقا وخلافاً

بدون انضمام هذا اليه لانه اذا لم يتقرر ان اسم القطع يتناول الساري والمقتصر لا يتقرر كون القتل أحد موجبي القطع فانه اذا لم يتناول اسم القطع الساري أيضاً لا يتصور كون القتل أحد موجبي القطع اذ لا يحتمل ان يكون القطع المقتصر موجبا للقتل أيضاً تدبر (قوله) وكان ينبغي ان يجب القصاص (وهو القياس) قلت وكان ينبغي ان يقول وكان الظاهر ان يجب القصاص بدل قوله وكان ينبغي ان يجب القصاص لان الذي ينبغي هو موجب الاستحسان دون موجب القياس الا ان موجب القياس هو الظاهر في بادئ الرأي (قوله) ولو كان القطع خطأ فقد اجراء مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقا وخلافاً) قال جمهور الشراح في بيان هذه الوجوه وهي الاربعة التي هي العفو عن القطع مطلقاً والعفو عن القطع وما يحدث منه والعفو عن الشجة والعفو عن الجناية انتهى أقول ليس هذا سبباً ليدلان معنى كلام المصنف ههنا ان محمداً رجه الله أجرى القطع خطأ مجرى العمد في هذه الوجوه المذكورة في المسئلة المارة التي هي من مسائل الجامع الصغير والعفو عن الشجة لم يكن مذكورياً في كلام محمد في الجامع الصغير وتماماً كره في الاسلام في شرح الجامع الصغير حيث قال وكذلك الاختلاف في الضرب والشجة والجراحة في اليد وما أشبه ذلك وكذا ذكره المصنف في الهداية دون البداية حيث قال وعلى هذا الاختلاف اذا عفا عن الشجة ثم سري الى النفس ومات والمصنف هنا بصدد بيان ما يتناوله كلام محمد في المسئلة المارة التي هي مسألة الجامع الصغير فكيف يتصور درج العفو عن الشجة في مضمون

العفو وقوله (بخلاف العفو عن الجناية) ظاهر وقوله (في هذه الوجوه) وهي العفو عن القطع مطلقاً والعفو عن القطع وما يحدث منه والعفو عن الشجة والعفو عن الجناية (وفاقاً) وهو في موضعين أحدهما ان العفو عن القطع وما يحدث منه عفو عن الدية بالاتفاق فيما اذا كان القطع خطأ والثاني العفو عن الجناية فانه عفو عن الدية أيضاً (وخلافاً) وهو أيضاً في موضعين أحدهما ان العفو عن القطع مطلقاً عفو عن الدية عندهما اذا كان خطأ وعند أبي حنيفة رجه الله ان يكون عفو عن أرض اليد لا غير والثاني ان العفو عن الشجة عفو عن الدية اذا سرت عندهما وعند أبي حنيفة رجه الله ان يكون عفو عن أرض اليد لا غير

(قال المصنف وان السرية صفة له) أقول أي صفة منوعة فلا يرد عليه شيء (قوله انما الثابت موجب القتل وهو الدية) أقول الاظهر ان يقول وهو القصاص

يده عن القطع غير متعرض  
 للعد والخطا ومنع الاطلاق  
 بأن قوله فعلى القاطع  
 الدية في ماله يدل على أنه  
 في المدلان الدية في الخصا  
 على العاقلة وأجيب بأن  
 الوضع مطلق لا محالة  
 والجواب انما هو واحد  
 فوعيه وتقريره فعلى القاتل  
 الدية في ماله ان كان القطع  
 عمدا وقوله (كألوأوصى  
 باعارة أرضه) يعني اذا  
 تبرع بمنافع أرضه في  
 مرضه بالعارية وانتفع  
 بها المستعير ثم مات المعير  
 كان ذلك من جميع المال  
 لان المنافع ليست بأموال  
 وقسه بحث من أوجه  
 الأول أن القصاص موروث  
 بالاتفاق فكيف لم يتعلق  
 به حق الورثة الثاني أن  
 الوصية باعارة أرضه باطله  
 وان صحت فخكه التهايو  
 يسكن الموصى له يوما  
 والورثة يومين ان لم يقبل  
 القسمة وان قبلها يفرز  
 الثلث للموصى له والثالث  
 أن المنافع أموال فكيف  
 صارت نظير المال ليس بمال  
 والجواب عن الاول أن  
 المصنف رحمه الله نفي تعلق  
 حق الورثة به لا كونه موروثا  
 ولاتساق بينهما لان حق  
 الورثة انما يثبت بطريق  
 الخلافه وحكم الخلف  
 لا يثبت مع وجود الاصل  
 والقياس في المال أيضا  
 أن لا يثبت فيه تعلق حقهم

أذن بذلك اطلاقه الا انه ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان عمدا فهو من جميع المال لان موجب العمد  
 القود ولم يتعلق به حق الورثة لما انه ليس بمال فصار كما اذا أوصى باعارة أرضه  
 ذلك كما فعله جمهور الشراح حيث فسروا هذه الوجوه في قوله فقد أجاز مجرى العمد في هذه الوجوه بما  
 يشمل العفو عن الشجة أيضا فالوجه أن مراد المصنف بهذه الوجوه الثلاثة وهي العفو عن  
 القطع مطلقا والعفو عن القطع وما يحدث منه والعفو عن الجنابة لان هذه الثلاثة هي المذكورة في  
 مسألة الجامع الصغير وأما العفو عن الشجة فقد ذكره المصنف فيما مر استطرادا وبين أن حكمه كحكم  
 ما ذكر في مسألة الجامع الصغير أخذنا بما ذكره في شرح الاسلام في شرح الجامع الصغير (قوله أذن بذلك  
 اطلاقه) أي أعلم بذلك اطلاق لفظ الجامع الصغير وهو قوله ومن قطع بدرجل فعفا المقطوعة يده عن  
 القطع حيث لم يتعرض للعد ولا للخطا فكان متناولا لهما كذا في عامة الشروح قال صاحب الغاية  
 بعد أن شرح المقام كذلك هذا تقرير ما اقتضاه كلام صاحب الهداية وذلك ممنوع عندنا لان محمد أقيده  
 بالعمد في أصل الجامع الصغير كما ذكرنا وروايتنا وكذلك قيد الفقيه أبو الليث ونحو الاسلام والصدرا الشميد  
 وغيرهم في شروح الجامع الصغير بالعمد فلا يصح حينئذ دعوى الاطلاق اه وأما ما عدا صاحب الغاية  
 من الشراح فسألوها ههنا وأجابوا حيث قالوا فان قيل لا نسلم أن لفظه مطلق بل هو مقيد بالقطع العمد  
 بدليل جواب المسئلة وهو قوله فعلى القاطع الدية في ماله فانه يبين أن مراده المدلان الدية في الخطا على  
 العاقلة قلنا وضع المسئلة مطلق بلا شك اذا قيد غير ملفوظ لكن الجواب انما هو واحد نوى القطع  
 فتقديره فعلى القاطع الدية في ماله ان كان القطع عمدا انتهى كلامهم أقول لا يذهب عليك أن جوابهم  
 هذا لا يسمن ولا يغني من جوع اذ لا شك أن مقصود المصنف هنا بيان اجراء محمد القطع خطأ مجرى  
 العمد في أحكام هذه الوجوه وفاو خلافا ولا ريب أن حكم المسئلة انما يؤخذ من جوابها واذا كان  
 الجواب في لفظ الجامع الصغير مخصوصا بصورة العمد فكيف يؤذن مجرد اطلاق وضع المسئلة باشتراك  
 نوعي القطع في الحكم اذ لو اذن ذلك باشتراكهما في الحكم لآذن باشتراكهما في الحكم المستفاد من  
 الجواب وقوله فيما له مانع عن ذلك لا محالة فلا مؤذن للاشتراك قط فلم يتم قول المصنف أذن بذلك  
 اطلاقه فتأمل (قوله لان موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما أنه ليس بمال) قال في العناية  
 فيه بحث وهو أن القصاص موروث بالاتفاق فكيف لم يتعلق به حق الورثة ثم قال والجواب عنه أن  
 المصنف نفي تعلق حق الورثة به لا كونه موروثا ولا تنافي بينهما لان حق الورثة انما يثبت بطريق  
 الخلافه وحكم الخلف لا يثبت مع وجود الاصل والقياس في المال أيضا أن لا يثبت فيه تعلق حقهم  
 الابعاد موت المورث لكن ثبت ذلك شرعا بقوله عليه السلام لان تدع وورثتك أغنياء خير من أن تدعهم  
 عالة يتكففون الناس وتركهم أغنياء انما يتحقق بتعلق حقهم بما يتحقق به الفنى وهو المال فالويل يتعلق  
 به لتصرفه فيه فيتركهم عالة يتكففون الناس والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به ولكنه موروث انتهى  
 أقول في تقرير البحث المذكور خلل فاحش وفي تحرير الجواب المزبور التزام ذلك أما الاول فلانه سيجى  
 في أول باب الشهادة في القتل أن القصاص يثبت لورثة القاتل ابتداء بطريق الوراثة من المقتول عند  
 أبي حنيفة رحمه الله وأما عند ما فثبت للقتيل ابتداء ثم ينتقل بموته الى ورثته بطريق الوراثة  
 منه كالدين والدية فقوله رحمه الله ان القصاص موروث بالاتفاق كذب صريح وقد مر تطهير هذا من  
 صاحب العناية في الفصل السابق و يثبت بطولانه هناك أيضا فتذكر وأما الثاني فلانه لم يقع التعرض  
 فيه لكون القصاص غير موروث من المقتول عندما ما لنا الا اعظم رحمه الله بل سيق الكلام فيه  
 على وجه يشعر بكونه موروثا بالاتفاق ألا يرى الى قوله في خاتمه والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به



لا سماع على تقدير سقوط القصاص فإنه إذا لم يصلح مهر على تقدير ثبوته لا يصلح على تقدير سقوطه بطريق الأولى والقصاص يسقط  
هنا ما يقبلها الزوج لان سقوطه متعلق بالقبول فلما قبلت سقط واما باعتبار تعذر الاستيفاء فإنه لما جعل القصاص مهرا جعل  
لها ولاية الاستيفاء ولا يمكن استيفاء القصاص عن نفسه فان قيل الواجب في الاطراف بين الرجل والمرأة هو الارض خمسمائة  
دينار وهو معلوم فما المانع أن يكون (٢٨٨) هو المهر أوجب بأنه ليس بمتعين لجواز أن يكون خمسة آلاف درهم فيكون

مجهولا وإذا لم يصلح  
القصاص ولا بدله مهرا  
يجب مهر المثل وعليها الدية  
في مالها فان قيل قبول  
الزوج يتضمن العفو  
والعفو لا يتضمن فلا يجب  
عليها الدية أشار الى الجواب  
بقوله (لان الزوج وان  
كان يتضمن العفو ولكن)  
فيما نحن فيه يتضمن العفو  
(عن القصاص في الطرف  
وإذا سرى تبين أنه قتل  
والعفو لم تعرض لذلك  
فوجب الدية في مالها لانه  
عمد) والعاقلة لا تحمل العمد  
(والقياس أن يجب القصاص  
على ما بيناه) يريد به قوله  
لانه هو الموجب للعمد

(قال المصنف لاسماع على  
تقدير السقوط فيجب  
مهر المثل وعليها الدية في  
مالها) أقول فإنه لما مات  
المقروع يده بالسراية سقط  
قصاص الطرف وبدله  
أيضا وهو الارض فان القطع  
كان قتلا فيجب جزاء القتل  
لا القطع فوجب قصاص  
النفس ولعل هذا هو الوجه  
في توجيه كلام المصنف وبه  
تندفع الشكوك والادوام  
في هذا المقام (قوله

لا سماع على تقدير السقوط فيجب مهر المثل وعليها الدية في مالها لان الزوج وان كان يتضمن العفو  
على ما تبين ان شاء الله تعالى لكن عن القصاص في الطرف في هذه الصورة وإذا سرى تبين أنه  
قتل النفس ولم يتناول العفو فوجب الدية وتجب في مالها لانه عمد والقياس أن يجب القصاص  
على ما بيناه

منهم الى الامام قاضيان والامام المحبوبي وقالوا أشار اليه المصنف بقوله ثم مات ولو كان الموجب الاصل  
هو القصاص في العمد الواقع بين أطراف الرجل والمرأة أيضا لزم أن يكون الزوج في صورة الاقتصار  
أيضا تزوجا على القصاص فليزم أن لا يتم ماصر حوايه من صحة التسمية ولزوم الارض مهرها بالاجماع  
في تلك الصورة كما لا يخفى وقال صاحب العناية وتاج الشريعة فان قيل الواجب في الاطراف بين  
الرجل والمرأة هو الارض وأرض اليد معلوم وهو خمسمائة دينار فما المانع أن يكون هو المهر رقلنا أرض  
اليد ليس بمتعين لجواز أن يكون خمسة آلاف درهم فيكون مجهولا فيجب مهر المثل انتهى أقول في  
جواب هذا السؤال أيضا نظرها أنه ينتقض أيضا قطعا بالزوج على يده في صورة الاقتصار فان أرض اليد  
يصير مهرها هناك بالاجماع كما صرحوا به مع تحقق الجهالة الناشئة من عدم تعيين أرض اليد هناك  
أيضا ثم أقول لو قال المصنف في تعليل صورة العمد أيضا من مسئلتنا هذه مثل ما قاله في صورة الخطأ منها  
من أنه يكون هذا تزوجا على أرض اليد إذا القصاص لا يجري في الاطراف بين الرجل والمرأة في العمد  
أيضا عندنا وإذا سرى الى النفس تبين أنه لا أرض لليد وأن المسمى معدوم فوجب مهر المثل لصح وكان  
سالماعن أن يرد عليه السؤال ان المذكور ان لم يحتج الى جوابيهما المذكورين في الشروح المحتملين  
كما بيناه آنفا (قوله وإذا سرى تبين أنه قتل النفس ولم يتناول العفو فيجب الدية) قال في النهاية فان قلت لم  
يجب القصاص ههنا على المرأة مع أن القطع كان عمدا وهو قتل من الابتداء فإنه لما مات ظهر أن الواجب  
هو القصاص وهو لم يجعل القصاص مهرا لان القصاص لا يصلح مهرا لانه ليس بمال المهر يجب أن  
يكون مالا ولما لم يصلح القصاص مهرا صار كانه تزوجها ولم يبد كرشيا وفيه القصاص فكذا هنا قلت  
زعم كذلك الا أنه لما جعل القصاص مهرا جعل ولاية استيفاء القصاص للمرأة ولو استوفت المرأة  
القصاص انما استوفى عن نفسها لنفسها وذلك محال لان الانسان لا يتمكن من الاستيفاء عن نفسه  
لنفسه لان الشخص الواحد لا يصلح أن يكون مطابا للقصاص ومطابا به فسقط القصاص لاستحالة  
الاستيفاء ولما سقط القصاص بقي النكاح بلا تسمية فيجب مهر المثل كما اذا لم يسم ابتداء انتهى أقول  
لا السؤال شيء ولا الجواب أما الاول فلان وجه عدم وجوب القصاص ههنا على المرأة ظاهر من قول  
المصنف والقياس أن يجب القصاص على ما بيناه فإنه إشارة الى ما ذكره فيما قبل من أن وجوب الدية  
ههنا دون القصاص على موجب الاستحسان فان صورة العفو أورثت شبهة وهي دائرة للقود فلم يبق  
محل للسؤال عن ائمة عدم وجوب القصاص ههنا على المرأة وأما الثاني فلان القصاص الذي جعل  
مهرا وجعل ولاية استيفائه للمرأة انما هو قصاص السيد دون قصاص النفس كما أفصح عنه قول المصنف  
فيما قبل يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف وإذا سرى تبين أنه قتل النفس فلم يتناول ولاية المرأة

والقصاص سقط ههنا ما يقبلها الزوج الخ) أقول بل السقوط هنا عمت المقروع يده حيث تبين أن لا قطع على  
القاطع لكونه قاتلا ولا يجب بدله أيضا لعدم وجوب الاصل فتأمل (قوله ولا يمكن استيفاء القصاص عن نفسه) أقول الظاهر أن  
يقول عن نفسها (قوله أوجب بأنه ليس بمتعين لجواز أن يكون خمسة آلاف درهم فيكون مجهولا) أقول مخالف لما مر آنفا من قوله  
ويصير الارض وهو خمسة آلاف درهم مهرها بالاجماع ثم الجهالة لا تمنع فيما سقط لانها انفضت الى المنازعة وذلك وجه الصحة فيما مر

واذا وجب لها مهر المنسل وعليها الدية تقع المقاصة ان كانا على السواء وان كان في الدية فضل ترده على الورثة وان كان في المهر فضل يرده الورثة عليها واذا كان القطع خطأ يكون هذا تزوجا على أرض اليد واذا سرى الى النفس تبين أنه لا أرض لليد وأن المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما في اليد ولا شيء فيها ولا بتقاصان لان الدية تنجب على العاقلة في الخطا والمهر لها (ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها أو على الجنابة ثم مات من ذلك والقطع عدفها امهر مثلها) لان هذا تزوج على القصاص وهو لا يصلح مهر افيجب مهر المثل على ما بيناه وصار كما اذا تزوجها على خرا أو خنزير ولا شيء له عليها لانه لما جعل القصاص مهرا فقد رضى بسقوطه بجهة المهر فيسقط أصلا كما اذا أسقط القصاص بشرط أن يصير ما لاقانه يسقط أصلا (وان كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية) لان هذا تزوج على الدية وهي تصلح مهرا إلا أنه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال لانه مرضه مرض المرض الموت والتزوج من الحوايج الاصلية ولا يصح في حق الزيادة على مهر المثل لانه محاباة فيكون وصية فيرفع عن العاقلة لانهم يتحملون عنها فن الحمال أن ترجع عليهم عوجب جنابها وهذه الزيادة وصية لهم لانهم من أهل الوصية لما أنهم ليسوا بقتلة فان كانت تخرج من الثلث تسقط وان لم تخرج يسقط ثلثه

للهالة التي ذكرها المصنف في عدم تناوله العفو الذي تضمنه التزوج فبقى السؤال عن وجه عدم وجوب قصاص النفس على المرأة بعد أن تبين أن قطعها صار قتل النفس ولغما ذكر في الجواب المزبور اذ لم يجعل حدا ولا ية استيفاء قصاص النفس للمرأة قط حتى يلزم من وجوب قصاص النفس عليها استيفاءها والقصاص عن نفس النفسها (قوله وان كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية) قال صاحب النهاية والعناية في شرح هذا الحل قوله يرفع عن العاقلة مهر مثلها أي قدر مهر مثلها وقوله ولهم ثلث ما ترك وصية أي للعاقلة ثلث ما زاد على مهر المثل الى تمام الدية يكون وصية انتهى أقول في التفسير الثاني خلل فان المصنف فصل فيما به دخل الزيادة على مهر المثل وجعلها صورتين حيث قال فان كانت تخرج من الثلث تسقط وان لم تكن تخرج يسقط ثلثه وعلى ذلك التفسير يلزم أن لا يتناول كلام المصنف ههنا الصورة الاولى من الصورتين التي ذكرها ما قبله فان ما يكون وصية لهم في الصورة الاولى منهم ما جميع ما زاد على مهر المثل الى تمام الدية لانه لا ينفق وقال صاحب العناية قوله يرفع عن العاقلة مهر مثلها أي قدر مهر مثلها وقوله ولهم ثلث ما ترك وصية أي للعاقلة ثلث ما ترك الميت من الدية وصية انتهى أقول مال هذا أيضا ما ذكره صاحب النهاية والعناية وان كانت العبارة مغايرة في التفسير الثاني فانه لما بين ما ترك الميت في قوله ثلث ما ترك الميت بقوله من الدية تبين أن مراده ثلث الدية فيرد عليه مثل ما يرد على ما ذكره من أنه يجوز أن يخرج كل الدية من ثلث مال الميت فيلزم أن لا يتناول كلام المصنف ههنا على التفسير المزبور ثم أقول في كلام المصنف ههنا احتمال آخر وهو أن يكون معناه للعاقلة ثلث ما ترك الميت من جميع ماله وصية لهم فيتناول الصورتين الاليتين في التفصيل معا لان جميع مال الميت يشمل الدية وغيرها فيجوز أن يخرج الدية كلها من ثلث جميع ماله لكن يتجه عليه أيضا أنه يجوز أن يكون ثلث جميع ماله أكثر مما زاد على مهر مثلها من الدية بل يجوز أن يكون أكثر من كل الدية فلا يصح حينئذ قوله وصية لان ما يكون وصية للعاقلة انما هو مقدار ما زاد على مهر مثلها من الدية لا غير وبالجملة عبارة المصنف ههنا ليست بخالية عن التصور في افادة تمام المراد كما لا يخفى على ذوى الرشاد فالاولى في تخرج بالمقام ما ذكره صاحب الوقاية حيث قال وفي الخطا يرفع عن العاقلة مهر مثلها والباقي وصية لهم فان خرج من الثلث تسقط والاسقط ثلث المال انتهى تأمل

(واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة ان تساوبا) وان لم يتساوبا يرد من عليه الفضل على من له ذلك واذا كان القطع خطأ كان التزوج على أرض اليد واذا سرى الى النفس تبين أنه لا أرض لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما في اليد ولا شيء فيها ولا بتقاصان لان الدية على العاقلة في الخطا والمهر لها فاختلف ذمة من له ذمة من عليه وشرط التقاص المحادها وقوله (ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها) ظاهر وقوله (ولا شيء عليها) أي لادية ولا قصاص وقوله (يرفع عن العاقلة مهر مثلها) أي قدر مهر المثل وقوله (ولهم) أي للعاقلة (ثلث ما ترك) أي ثلث ما زاد على مهر المثل الى تمام الدية يكون وصية

(قال المصنف واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة) أقول قال الامام قاضيان في شرح الجامع الصغير ولا تقع المقاصة لان الدية مؤجلة ومهر المثل حال واذا حصل الاجل تقع المقاصة انتهى

وقوله (فاتفق جوابهما في الفصلين) (٢٩٠) يعني في التزوج على اليد اذا كان القطع خطأ وفي التزوج على اليد

وما يحدث منها أو على الجنابة وعبر بالفصلين باعتبار المختلف والمتفق والأقسام ثلاثة (قال ومن قطعت يده فاقتصه من اليد) كلامه واضح ولم يذ كر ما اذا مات المقتص منه من القطع وحكمه الدية على عاقلة المقتص له عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي لأشئ عليه على ما سيجي وقوله (ومن قتل وليه عمدا) صورته ظاهرة وكذلك دليلهما وأما دليل أبي حنيفة فيحتاج الى كلام فقوله انه استوفى غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع وابانة في الاصل ظاهر لا يقبل التشكيك وقد شكك بعضهم بما اذا شهد شاهدان على رجل بالقتل فقطع الولي يده ثم رجعا ضمنا اليد وانما يضمنان ما أتلفاه بشهادتهما وما شهد الا بالقتل ولو كان القطع غير القتل لما ضمنا وكون القطع غير القتل لا يرتاب فيه أحد وليس أصل المسئلة ذلك وانما هي بناء على أنهم أوجبوا له قتل النفس

(قوله اذا كان القطع خطأ) أقول التقيد به مما لا يظهر وجهه فانه اذا كان القطع عمدا فلا اتفاق في الجواب على حاله (قوله وانما هي بناء على أنهم أوجبوا له قتل النفس)

وقال أبو يوسف ومحمد كذلك الجواب فيما اذا تزوجها على اليد لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين قال (ومن قطعت يده فاقتصه من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص منه) لانه تبين أن الجنابة كانت قتل عمدا وحق المقتص له القود واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود يكن كان له القود اذا استوفى طرف من عليه القود وعن أبي يوسف أنه بسقط حقه في القصاص لانه لما أقدم على القطع فقد أراه عمدا وراه ونحن نقول انما أقدم على القطع لظننا منه أن حقه فيه وبعد السراية تبين أنه في القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به قال (ومن قتل وليه عمدا فقطع يده فانه ثم عفا وقد قضى له بالقصاص أو لم يقض فعلى قاطع اليد دية اليد عند أبي حنيفة وقال لا شيء عليه) لانه استوفى حقه فلا يضمنه وهذا لانه استحق أن يلقى النفس بجميع أجزائها ولهذا لم يعف لا يضمنه وكذا اذا سرى ومبارأ أو عفا وما سرى أو قطع ثم حزر قبته قبل البرء أو بعده وصار كما اذا كان له قصاص في الطرف فقطع أصابعه ثم عفا لا يضمن الاصابع وله أنه استوفى غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع وابانة وكان القياس أن يجب القصاص الا أنه سقط للشبهة فان له أن يتلفه تبعاً واذا سقط وجب المال

(قوله وقال أبو يوسف ومحمد رجما الله كذلك الجواب فيما اذا تزوجها على اليد لان العفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين) أي في التزوج على اليد وفي التزوج على اليد وما يحدث منها أو على الجنابة كذا قال جمهور الشراح وهو الصواب وزاد صاحب العناية على ذلك شيئا في شرحه حيث قال يعني في التزوج على اليد اذا كان القطع خطأ وفي التزوج على اليد وما يحدث منها أو على الجنابة انتهى وتبعه الشارح العيني أقول ليس ذلك بشئ ادلاجه لتقسيد القطع في الفصل الاول بالخطا فان الظاهر من كلام المصنف ههنا ومن قوله فيما سبق ولو كان القطع خطأ فقد أجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقوا خلافاً كذا مما ذكر في عامة الكتب من المتون والشروح أن يكون الجواب عندهما في العمد والخطا في الفصلين سواء ولقد صرح به ههنا صاحب الغاية نقلا عن شروح الجامع الصغير حيث قال فاما عندهما فالجواب فيه في العمد والخطا كالجواب فيما اذا تزوجها على القطع وما يحدث منه أو على الجنابة لما ذكر في المسئلة المتقدمة كذا في شروح الجامع الصغير انتهى (قوله ومن قطعت يده فاقتصه من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص منه) قال صاحب العناية لم يذ كر ما اذا مات المقتص منه من القطع وحكمه الدية على عاقلة المقتص له عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي لأشئ عليه على ما سيجي انتهى أقول هذا الكلام منه هنا كلام خال عن التحصيل لانه ان كان مقصوده منه مؤاخذه المصنف بانه تراءى كرتلك الصورة مع كون ذكرها أيضا مما يهم فلا وجه له اذ قد ذكرها أيضا فيما بعد وان كان مقصوده منه مؤاخذه المصنف بانه لم يذ كر تلك الصورة هنا مع كون حقه أن تذكرها فليس كذلك فان تلك الصورة من قبيل استيفاء من له القصاص في الطرف كما صرح به في الكتاب فيما بعد وما نحن فيه من قبيل استيفاء من له القصاص في النفس ولما كانت المسئلة المتصلة بما نحن فيه من قبيل استيفاء من له القصاص في النفس أيضا كما ترى ذكرها المصنف عقيب ما نحن فيه وأخر تلك الصورة عنها وان كان مقصوده منه مجرد بيان حكم تلك الصورة أيضا دون مؤاخذه المصنف بشئ فلا فائدة فيه اذ قد بين المصنف حكمها فيما سيجي مفصلا ومدلا في لغو بيان ذلك الشارح اياه ههنا (قوله ونحن نقول انما أقدم على القطع لظننا منه أن حقه فيه وبعد السراية تبين أنه في القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به) قال صاحب الاصلاح والايضاح وفيه اشكال لما مر أن صورة العفو تكفي في سقوط القود لانها تورث شبهة وبذلك تمسكوا في سقوطه فيما اذا عفا عن القطع ثم مات منه ولم يلتفتوا عنه الى المقدمة القائلة انه لا يكون مبرئا عنه بدون العلم به انتهى أقول جوابه

وانما

أقول بل أباحا

وذلك يبرئ القاطع عن الضمان فيضمنان لايجاب البراءة له بعد عدة الضمان عليه فصار كالوشهدا على رجل أنه أبرأ غيره عن الدين ثم رجعوا وقوله (واعمالا يجب المال في الحال) جواب عما يقال لما استوفى غير حقه وجب أن يضمن في الحال وقوله (وملك القصاص في النفس ضروري) جواب عن قولهما أنه استوفى حقه يعني لما كان ملك القصاص ضروريا بالثبوت مع المنافي وهو الحسنة كما مر بحيث لا يظهر الا في هذه الاحوال الثلاثة وهي استيفاء النفس بالقصاص والعفو والاعتياض لا يصح التصرف في القاتل بغيرها والقطع مقصودا غير انه يكون تصرفا في غير موضع الضرورة ولا حقه فيه فيجب الضمان وقوله (فاما قبل ذلك) يعني قبل التصرف بهذه الاشياء الثلاثة يريد به القطع (فلم يظهر) يعني ملك القصاص (لعدم الضرورة) وقوله (بخلاف ما اذا سرى) جواب عن قولهما وكذا اذا سرى وقوله (وأما اذا لم يعف) (٢٩١) وماسرى) جواب عن قولهما

أو ما عني وماسرى وقوله (الصحيح أنه على الخلاف) يعني فلا يكون مستشهدا به وكذا قوله هو الصحيح وقوله (والاصابع وان كانت تابعة) جواب عن قوله ما وصار كما اذا كان له قصاص في الطرف فقطع أصابعه ثم عفا وهو اختيار بعض المشايخ قائم تبرعوا بالفسوق وأما صاحب الاسرار فنه وقال لان سلم أنه لا يلزمه ضمان الاصابع بل يلزمه اذا عفا عن الكف وقوله (ومن له القصاص في الطرف اذا استوفاه) واضح وقد أشرفنا اليه من قبل وقوله (فصار كالامام) أي القاضي اذا قطع يد السارق قات من ذلك فإنه لا شيء عليه وقوله (والمأمور بقطع اليد) كما اذا قال اقطع يدي فعمل فمات لشيء على القاطع

واعمالا يجب في الحال لانه يحتمل أن يصير قتلا بالبراءة فيكون مستوفيا حقه ومالك القصاص في النفس ضروري لا يظهر الا عند الاستيفاء أو العفو أو الاعتياض لما أنه تصرف فيه فاما قبل ذلك لم يظهر لعدم الضرورة بخلاف ما اذا سرى لانه استيفاء وأما اذا لم يعف وماسرى قلنا انما يتبين كونه قطعاً بغير حق بالبرء حتى لو قطع وما عفا برأ الصحيح أنه على هذا الخلاف واذا قطع ثم حرز قبه قبل البرء فهو استيفاء ولو حرز بعد البرء فهو على هذا الخلاف هو الصحيح والاصابع وان كانت تابعة قيما بالالكف فالالكف تابعة لها غير انما في الطرف لانها تابعة للنفس من كل وجهه قال (ومن له القصاص في الطرف اذا استوفاه ثم سرى الى النفس ومات يضمن دية النفس عند أي حنيفة وقال لا يضمن) لانه استوفى حقه وهو القطع ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب القصاص اذا احتراز عن السرية ليس في وسعه فصار كالامام والبراع والجمام والمأمور بقطع اليد وله أنه قتل بغير حق لان حقه في القطع وهذا وقع قتلا ولهذا الواقع ظمنا كان قتلا ولانه جرح أفضى الى فوات الحياة في مجرى العادة وهو مسمى القتل الا أن القصاص سقط للشبهة فوجب المال بخلاف ما استشهدا به من المسائل لانه مكاف فيها بالفعل اما تقلدا كالامام أو عقدا كما في غيره منها

انه قد تقرر عندهم أن الشبهة معتبرة دون شبهة الشبهة ففيما نحن فيه يكون الابراء عن النفس شبهة الشبهة لان الاقدام على القطع لا يقتضي الفراغ مما وراءه رأسا لجواز أن يستوفى القتل أيضا بعد القطع كمن له القود يستوفى طرف من عليه القود ثم يقتله فتحقت شبهة ثم ان الفراغ مما وراء القطع لا يقتضي الابراء عنه أيضا لجواز أن يفرغ منه ظننا أن حقه في القطع لا يبرأ مما وراءه فتحقت شبهة بعددتها فصارت شبهة الشبهة فلم تعتبر بخلاف ما اذا عفا عن القطع ثم مات منه فان العفو عن القطع هنا مقرر لاشبهة فيه وانما يتبين شبهة أن يكون العفو عن القطع عفو عن القتل فاعتبرت في سقوط القود بها لكون الشبهة دارثة له فافترا تأمل فان هذا معنى عميق ورفيق دقيق (قوله بخلاف ما استشهدا به من المسائل لانه مكاف فيها بالفعل اما تقلدا كالامام أو عقدا كما في غيره منها) أقول فيه تساهل لان من تلك المسائل ما لا يجب فعله لا تقلدا ولا عقدا وهو المأمور بقطع اليد فان المراد به ما اذا قال اقطع يدي ففعل فسرى الى النفس فمات كما صرح به في السكافي وعمامة الشروح فلم يتم قول المصنف أو عقدا كما في غيره منها فان العقد انما يتحقق في البراغ والجمام منها دون المأمور بالقطع مع أنه غير الامام وأنه من

وقوله (في مجرى العادة) يعني أن الموت من الجرح ليس على خلاف العادة وقوله (لانه مكاف فيها) أي في المسائل (بالفعل) اما تقلدا كالامام فإنه اذا تقلد القضاء وجب عليه أن يحكم (أو عقدا) كما مر في غير الامام من المسائل يعني البراغ والجمام فان الفعل يجب عليه ما بعد الاجارة

(قوله وذلك يبرئ القاطع عن الضمان) أقول هذا اذا كان رجوعه ما قبل البرء أما اذا كان بعده ينبغي أن يضمن القاطع فانه لا يبرأ عن الضمان بعد البرء عند أبي حنيفة على أن تقول قوله يبرئ القاطع عن الضمان قلنا مطلقا وبعد البرء والثاني باطل وفي الأول ان برأ لا يجب ضمان القطع وان لم يتبين الحال لا يضمن في الحال كما لا يخفى (قال المصنف واعمالا يجب في الحال لانه يحتمل أن يصير قتلا بالسرية فيكون مستوفيا حقه) أقول فيكون عفو له والاستيفاء حقه قبله مستندا (قوله يريد به القطع) أقول المضاف مقدر أي حال القطع ثم اعلم أن ضميره راجع الى قوله قبل التصرف

(والواجبات لا تقيد بوصف السلامة كالرمي الى الحرب وفيما نحن فيه) من الاستيفاء (لا وجوب ولا التزام) اذ العفو مندوب اليه قال الله تعالى وأن تغفوا أقرب للتقوى فيكون من باب الاطلاق أى الاباحة فاشبه الاصطيد ولوروى الى صيد فاصاب انسانا ضمن كذا هذا وطوبى بالفرق بين هذا وبين المستأجر والمستعير ومعلم ضرب الصبي باذن الأب فمات وقاطع يد حربي أو امرئ تدأسلم بعد القطع فانه لا يجب على المستأجر والمستعير الركب اذا نقت الدابة منه وعلى المعلم والقاطع ضمان وهما يجب اذا سرى وأوجب بان في الثلاثة الاولى حصل (٢٩٣) سبب الهلاك بالاذن فينتقل الفعل الى الاذن ولو أهلك المالك دابته

لم يجب عليه شيء فكذا اذا أذن بسبب الهلاك والاب اذا قتل ابنه وجب عليه الدية فكذلك ههنا بخلاف المقتص له فانه يقطع بالملك دون الاذن ولما قطع وسرى كان القطع قتلًا وليس له ملك القتل فكان تصرفا في غير ملكه وهو يوجب الضمان وأما الرابع فلان القطع مع السرية يصير قتلًا من الابتداء ولو قتل ابتداء وقع القتل قبل الاسلام في مباح الدم وذلك لا يوجب الضمان فكذا اذا صار قتلًا من الابتداء لانه مستند الى ابتداء القطع

﴿باب الشهادة في القتل﴾

قال (ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فأقام الحاضر البيعة على القتل ثم قدم الغائب فانه يعيد البيعة) عند أبي حنيفة وقال لا يعيد (وان كان خطأ لم يعدها بالاجماع) وكذلك الدين يكون لا يبرأ على آخر

تلك المسائل أيضا ولا يجدي التثبيت بالتغليب نفعها لان قوله بعده والواجبات لا تقيد بوصف السلامة لا يتمشى في تلك المسئلة ان لا يجب على المأمور بالقطع بل هو تبرع منه كما لا يخفى فيلزم أن يكون الدليل المذكور في الكتاب قاصرا عن افادة الفرق في حق تلك المسئلة كما ترى نعم يمكن الفرق في حقها أيضا بان يقال لما فعل المأمور بالقطع باذن الأمر انتقل حكم الفعل الى الأمر فصار كالو قطع بنفسه وفي ذلك لا ضمان لكن الكلام في قصور عبارة الكتاب عن افادة تمام المرام وهذا مما لا ريب فيه

﴿باب الشهادة في القتل﴾

لما كانت الشهادة في القتل أمرا متعلقا بالقتل أو ردّها بعد ذلك كحكم القتل لان ما يتعلق بالشيء كان أدنى درجة من نفس ذلك الشيء (قوله ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فأقام الحاضر البيعة على القتل ثم قدم الغائب فانه يعيد البيعة عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يعيد) قال في العناية والاصل ان استيفاء القصاص حق الوارث عنده وحق المورث عندهما وقال وليس لأبي حنيفة تسلك بصحة العفو من الوارث حال حياة المورث استمسنا كما أنه ليس له ما ذلك بصحة العفو من المورث المجرور استمسنا لانه قد اذعن انتهى أقول فيه بحث لان ما تمسك به لا ينفذ حجته على أبي حنيفة وما تمسك به ينفذ حجته عليهما فكيف يتحقق التسداف بين ذينك التمسكين وذلك أن القصاص وان كان حقا للوارث عنده باعتبار ثبوته للوارث ابتداء بناء على أن القصاص لا يثبت الا بعد الموت والميت ليس من أهل أن يثبت له هذا الحق لانه شرع للتشفي ودرء النار والميت ليس بأهل لذلك لكنه حق للمورث أيضا عنده باعتبار انفة ادسببه الذي هو الجناية في حق المورث وقد صرح به في كثير من الشروح فأبو حنيفة راعى فيما نحن فيه جهة كون القصاص حقا للوارث فقال بالشرائط إعادة البيعة اذا حضر الغائب احتياالا لدرء وراعى في مسئلة العفو من المورث المجرور جهة كونه حقا للمورث فقال بصحة

﴿باب الشهادة في القتل﴾

القتل بعد تحققه ربما يجحد فيحتاج من له القصاص الى اثباته بالبيعة فيبين الشهادة فيه في باب على حدة (ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فأقام الحاضر البيعة على القتل

ثم قدم الغائب فانه يعيد البيعة عند أبي حنيفة وقال لا يعيد وان كان خطأ لا يعيد بالاجماع) وكذا ذلك الدين يكون لا يبرأ على آخر

(قوله أو امرئ تدأسلم بعد القطع) أقول ثم سرى الى النفس (قوله وعلى المعلم والقاطع ضمان) أقول قوله ضمان فاعل لقوله لا يجب ومعناه لا يجب الضمان على المعلم بل يجب على الأب ولا يجب الضمان على القاطع أيضا (قوله بخلاف المقتص له فانه يقطع بالملك) أقول وكذلك القطع باذن المالك المطلق (قوله دون الاذن) أقول وكذلك المستأجر والمستعير على المنفعة كل كوجب دون الاهلاك



والاصل أن استيفاء القصاص حق الورثة عنده وحق المورث عندهما وليس لابي حنيفة تمسك بصحة العفو من الوارث حال حياة المورث استحسانا كما أنه ليس له ما ذلك بصحة العفو من المورث المجرح استحسانا للتدافع والقياس عدم الجواز أما من جهة المورث فلأن القتل لم يوجد بعد وأما من جهة الوارث فلوقوعه قبل ثبوت حقه ووجه الاستحسان أن السب قد تحقق فصح من كل منهما لذلك وإذا ظهر ذلك ظهر وجه قولهما أن القصاص طر بقره طريق الوراثة كالدين وما كان كذلك كان حكمه حكم الدين وحكمه أن ينتصب أحد الورثة خصما عن الباقي واستدل لهم على أن طر بقره طريق الوراثة بقوله وهذا لأنه عوض نفس قال الله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس فيكون الملك فيه لمن له الملك في المعوض كافي الدية ولهذا وانقلب ما لا يكون للميت تقضى به ديونته وتنفذ منه وصاياه ولا يحنيفة أن طر بقره طريق الخلافة وهو أن ثبت لمن يحاف ابتداء كالعبد إذا اتهم فإنه ثبت للملك للولي ابتداء بطر بقره الخلافة لأن العبد ليس بأهل للملك كما أن الميت ليس من أهل القصاص لتكوينه ملك الفعل ولا يتصور الفعل من الميت والوراثة هو أن ثبت الملك للمورث ابتداء ثم الوارث وقوله (بخلاف الدين) جواب عن قولهما كالدين (لأنه) أي الميت من أهل الملك في الاموال كما إذا نصب شبكة فتعلق بها صيد بعد موته فإنه عليه كما وإذا كان طر بقره الاثبات لا ينتصب أحدهم خصما عن الباقي فيعبد الغائب البينة بعد حضوره وهذا أنسب للقواعد الفقهية فإن المحل مما للشبهة فيه مجال وقوله (فإن أقام القاتل البينة) واضح وقوله (لأنهم ميجران) تعليل لقوله فشهادتهما باطلة وتعليل قوله وهو عفو منهما لم يذكره وهو ما قال الامام (٢٩٣) المحبوبي لأنهم ما زعموا أن القود قد سقط وزعمهم ما معتبر في حقهما

لهما في الخلافة أن القصاص طر بقره طريق الوراثة كالدين وهذا لأنه عوض عن نفسه فيكون الملك فيه لمن له الملك في المعوض كافي الدية ولهذا وانقلب ما لا يكون للميت ولهذا يسقط بعفوه بعد الجرح قبل الموت فينتصب أحد الورثة خصما عن الباقي وله أن القصاص طر بقره الخلافة دون الوراثة ألا ترى أن ملك القصاص ثبت بعد الموت والميت ليس من أهله بخلاف الدين والدية لأنه من أهل الملك في الاموال كما إذا نصب شبكة فتعلق بها صيد بعد موته فإنه عليه كما وإذا كان طر بقره الاثبات لا ينتصب أحدهم خصما عن الباقي فيعبد البينة بعد حضوره (فإن كان أقام القاتل البينة أن الغائب قد عفا فالشاهد خصم ويسقط القصاص) لأنه ادعى على الحاضر سقوط حقه في القصاص إلى المال ولا يمكنه إثباته الاثبات العفو من الغائب فينتصب الحاضر خصما عن الغائب (وكذلك عبدين رجلين قتل عمداً أو أحد الرجلين غائب فهو على هذا) لما بيناه قال (فإن كان الاولياء ثلاثة فشهداثنان منهم على الآخر أنه قد عفا فشهداتهما باطلة وهو عفو منهما) لأنهم ميجران بشهادتهما إلى أنفسهما مغفوا وهو انقلاب القود مالا

العفو منه احتمالا للدره أيضا وأما عندهما فالقصاص حق ثابت للمورث ابتداء من كل الوجوه ثم ينتقل بعد موته إلى الوارث بطريق الوراثة كسائر أملاكه فينتج عنهما ما أخذت لصحة العفو من

(قال المصنف لهما في الخلافة أن القصاص طر بقره الوراثة كالدين) أقول في شرح الجامع الصغير للسيد الشهد لهما أن القصاص يصير عملا كالقتول ثم يصير موروثا عنه كالدين سواء ولهذا يكون للمرأة نصيب في القصاص والمرأة لا تملك شيئا من حق الزوج الا بطريق الوراثة ثم في الدين لا تعداد البينة كذا هذا ولا يحنيفة بلي ولكن فيه

شبهة ثبوت لهم ابتداء لأن الميت لا ينتفع به منفعة دينوية ولو ثبت لهم ابتداء تعادله البينة فكذا إذا كان فيه شبهة الثبوت انتهى وعلى هذا ينبغي أن يحمل كلام المصنف يعني أن القصاص فيه شبهة تكون طر بقره الخلافة دون الوراثة فحينئذ تندفع المخالفات والمناقضات كما لا يخفى وفي شرح الامام الترمذي ولا يحنيفة فرجه الله أن في القصاص شبهة ثبوت ابتداء لانهم هم الذين ينتفعون بالقصاص دون الميت فإنه لا يقضى منه ديونته ولا ينفذ منه وصاياه ومن هذا الوجه لا ينتصب الحاضر خصما عن الغائب والقصاص لا يثبت مع الشبهة ولا كذلك الخطأ والدين لأنه مال والميت ينتفع به فثبت له ثم ينتقل إلى الوارث وكذا وانقلب القصاص مالا كان حقا للقتول تقضى منه ديونته وتنفذ وصاياه انتهى والحاصل أن الامام أباح حنيفة فرجه الله تعالى تارة يعتبر الوراثة إذا كان في اعتباره نفع في سقوط القصاص وتارة يعتبر شبهة الخلافة إذا كان النفع في اعتباره وفي غاية البيان ولا يحنيفة أن القصاص حق الميت من وجه وحق الوراثة ابتداء من وجه وذلك لأنه شرع للنسبي ودرر النار وهذا حق الوراثة ابتداء من هذا الوجه لأن الميت لا ينتفع به ومن حيث أنه بدل النفس حق للميت ولهذا وانقلب ما لا تقضى منه ديونته وتنفذ وصاياه إلى آخر ما ذكره قال الامام الزبلي في قوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا نص على أن القصاص ثبت للوارث ابتداء (قوله كما أنه ليس له ما ذلك) أقول يعني ليس له ما تمسك كأي حنيفة (قوله للتدافع) أقول هذا تعليل لقوله وليس لابي حنيفة تمسك وقوله كما أنه ليس له ما ذلك الخ يعني للتدافع بين التمسكين (قوله وهذا لأنه عوض نفس قال الله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) أقول يعني الباء للعاوضة (قوله ولا يتصور الفعل من الميت) أقول لا بد هنا من مراجعة الترمذي

وقوله (فان صدقهما القاتل فالديه بينهما أنلا) يتأني فيه الاقسام العقلية لانه اما أن يصدقهما القاتل والمشهد وعليه جميعا أو يكذباهما أو يصدقهما القاتل دون المشهد وعليه أو بالعكس والمذكور في الكتاب أو لاهو أن يصدقهما القاتل وحده وفيه الدية بينهما أنلا لما ذكر في الكتاب من التعليل وأشار بقوله وحده الى أنهم لو صدقا فهاضن القاتل للشاهدين ثانياً لانه لا غير لانهما ادعيا على القاتل المال وصدقهما القاتل فيه ولا شيء للشهود وعليه لانه بتصديقه الشاهدين فيما شهدا أقر بالعرف وصار كما لو ثبت ذلك عيانا وقوله (وان كذبهما) أي كذبهما القاتل (٣٩٤) والمشهد وعليه أيضا (فلا شيء للشاهدين وللشهود وعليه ثلث لدية) لما ذكره في الكتاب

وقوله (وان صدقهما المشهد وعليه وحده) يعني وكذبهما القاتل (غرم القاتل للشهود عليه ثلث الدية) لا قرار له بذلك وفي بعض النسخ ولكنه يصر في ذلك الى الشاهدين وهذا استحسان والقياس أن لا يترجمه شيء لان ما ادعاه الشاهدان على القاتل لم يثبت لا تكاره وما أقر به القاتل للشهود عليه قد بطل بتكذيبه وجه الاستحسان أن القاتل بتكذيبه الشاهدين أقر للشهود عليه بثلث الدية لزمه أن القصاص سقط بدعواهما العفو عن الثالث وانقلب نصيبه مالا والثالث لما صدق الشاهدين في العفو فقد زعم أن نصيبهما انقلب مالا فصار مقررا لهما بما أقر به القاتل فيحوز قراره بذلك بمنزلة ما لو أقر رجل بالف درهم فقال المقر له هذه الالف ليست لي ولكنك القلان جاز وصار الالف لقلان كذا هذا قال

(فان صدقهما القاتل فالديه بينهما أنلا) معناه اذا صدقهما وحده لانه لما صدقهما فقد أقر بثلثي الدية لهما فصح اقراره الأتدعي سقوط حق المشهد وعليه وهو ينكر فلا يصدق ويغرم نصيبه (وان كذبهما فلا شيء لهما ولا شيء لثالث الدية) ومعناه اذا كذبهما القاتل أيضا هو هذا لانهما أقررا على أنفسهما بسقوط القصاص وقبلوا دعيا انقلاب نصيبهما مالا فلا يقبل الابحجة وينقلب نصيب المشهد وعليه مالا لان دعواهما العفو وعليه وهو ينكر بمنزلة ابتداء العفو منهما في حق المشهد وعليه لان سقوط القود مضاف اليهما وان صدقهما المشهد وعليه وحده غرم القاتل ثلث الدية للشهود وعليه لا قرار له بذلك قال (واذا شهد الشهود أنه ضرب به فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القود اذا كان عمدا) لان الثابت بالشهادة كالثابت معاينة وفي ذلك القصاص على ما بيناه والشهادة على قتل العمد تحقق على هذا الوجه لان الموت بسبب الضرب انما يعترف اذا صار بالضرب صاحب فراش حتى مات

الوارث حال حياة المورث استحسانا بالاجماع فندير (قوله وان كذبهما فلا شيء لهما ولا شيء لثالث الدية معناه اذا كذبهما القاتل أيضا) قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام وان كذبهما فلا شيء أي وان كذبهما المشهد وعليه معناه اذا كذبهما القاتل أيضا وانما قيد بهذا لانه اذا صدقهما القاتل عند تكذيب المشهد وعليه يجب على القاتل دية كاملة بينهما أنلا ثم قال وفي بعض النسخ معناه اذا كذبهما المشهد وعليه أيضا حينئذ كان معنى قوله وان كذبهما أي وان كذبهما القاتل انتهى وعلى طرزه شرح صاحب الغاية أيضا الا أنه جعل النسخة الثانية أصلا على عكس ما في النهاية وقال والاول أصح أقول مدار ما ذكر في شرح المقام على أنهم ما فهموا أن مراد المصنف بقوله معناه اذا كذبهما القاتل أيضا وكذا بقوله في النسخة الاخرى معناه اذا كذبهما المشهد عليه أيضا بيان الكلام المقدر في عبارة الجامع الصغير وهي قوله وان كذبهما فلا شيء لهما فانهم جعلوا فاعل كذبهما في قوله وان كذبهما فلا شيء لهما ضميرا راجعا الى المشهد وعليه على نسخة معناه اذا كذبهما القاتل أيضا وضميرا راجعا الى القاتل على نسخة معناه اذا كذبهما المشهد وعليه أيضا وهذا لا يتصور الا بأن يكون مراد المصنف في النسخة الاولى أن جملة اذا كذبهما القاتل أيضا مقدره في عبارة الجامع الصغير فتقدر بها وان كذبهما المشهد وعليه فلا شيء لهما اذا كذبهما القاتل أيضا وفي النسخة الاخرى أن جملة اذا كذبهما المشهد عليه أيضا مقدره قيمه فتقدر بها وان كذبهما القاتل فلا شيء لهما اذا كذبهما المشهد وعليه أيضا لكن ليس ما ذهب اليه بسديد اذ ياباه قطعاً قول المصنف معناه لان المقدر لا يكون معنى المذكور والحق عندى أن مراد المصنف بيان اعتبار مجرد قسمه في عبارة الجامع الصغير هنا كما أنه بين قبيله اعتبار قيد وحده في عبارته حيث قال معناه اذا صدقهما وحده فراه على النسخة الاولى أن معنى قول محمد في الجامع الصغير وان كذبهما اذا كذبهما القاتل أيضا أي مع المشهد وعليه كما أن معنى قوله

(واذا شهد الشهود وأنه ضرب به) صورة المسئلة ظاهرة وقوله (واذا كان عمدا) أقول المصنف احتزبه عن الخطأ وتاويله

(قال المصنف ومعناه اذا كذبهما القاتل أيضا) أقول قال الاتقاني فعلى هذا يكون تقدير قوله وان كذبهما أي المشهد وعليه وفي بعض النسخ ومعناه اذا كذبهما المشهد وعليه أيضا وهو أصح انتهى وجه الاحتمية بتو مساق الكلام عن النسخة الاولى فانه عطف على قوله صدقهما القاتل الخ ومقابل له والقاعل المذكور فيه هو القاتل فالضمير هنا يكون ذلك وأيضا ينبغي أن يقال حينئذ وله ثلث الدية دون ولا شيء لثالث (قوله وفي بعض النسخ الى قوله وصار الالف لقلان كذا هذا) أقول الى هنا ما في بعض النسخ

ثم قال (وتأويله اذا شهدوا أنه ضرب به بشئ جارح) لانه اذا لم يكن كذلك لا يجب القود عند أبي حنيفة كما تقدم قبل الشهود شهدوا على الضرب بشئ جارح ولكن قد يكون خطأ فكيف يثبت القود وأجيب بأنهم لما شهدوا (٢٩٥) أنه ضرب به بسلاح فقد شهدوا أنه

قصده ضرب به لانه لو كان مخطئا لا يحل لهم أن يشهدوا أنه ضرب به وانما يشهدون أنه قصده ضرب غير فاصابه وأقول هذا ليس بوارد على صاحب الهداية لانه أشار اليه بقوله اذا كان عمدا نعم يرد على عبارة الجامع الصغير ولهذا احتراز عنه المصنف (وقوله واذا اختلف شاهدا القتل) ظاهر وقد تقدم في الشهادات أن اختلاف الشاهدن في الاموال يمنع عن الحكم بها ففي النفوس أول وقوله (لان المطلق يغير المقيد) فان المطلق يوجب الدية في ماله والمقيد بالعصا على العاقلة وقوله (فان شهدوا أنه قتله) واضح وقوله (لانه يحمل اجماله في الشهادة) فيه صنعة التجنيس التام كما في قوله تعالى ويوم تقوم الساعة يقسم المجرمون ما لبثوا غير ساعة الاول بمعنى الابهام والثاني بمعنى الصنيع وهو الاحسان وهو في الحقيقة جواب عما يرد على وجه الاستحسان وهو أن يقال الشهود في قولهم لا ندري بأي شئ قتله اما صادقون أو كاذبون لعدم الواسطة بين الصدق والكذب وعلى كلا التقديرين يجب أن لا تقبل

وتأويله اذا شهدوا أنه ضرب به بشئ جارح قال (واذا اختلف شاهدا القتل في الايام أو في البلد أو في الذي كان به القتل فهو باطل) لان القتل لا يعاد ولا يكرر والقتل في زمان أو في مكان غير القتل في زمان أو مكان آخر والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لان الثاني عمد والاول شبه العمد ويختلف أحكامهما فكان على كل قتل شهادة فرد (وكذا اذا قال أحدهما قتله بعضا وقال الآخر لا أدري بأي شئ قتله فهو باطل) لان المطلق يغير المقيد قال (وان شهدوا أنه قتله وقال لا ندري بأي شئ قتله ففيه الدية استحسانا) وانما استحسننا أن لا تقبل هذه الشهادة لان القتل يختلف باختلاف الآلة فجهل المشهود به وجه الاستحسان أنهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بجمل فيجب أقل موجبيه وهو الدية ولانه يحمل اجماله في الشهادة على اجماله بالمشهود عليه ستراعليه

فما قبل فان صدقهما القاتل اذا صدقهما وحده أي بدون المشهود عليه والقيدان منوبان بعونة المقام ومراده على النسخة الاخرى معنى قول محمد وان كذب ما اذا كذب المشهود عليه أيضا أي مع القاتل حينئذ ينظم الكلام ويتضح المراد (قوله وتأويله اذا شهدوا أنه ضرب به بشئ جارح) قال في الكفاية وانما أول لتكون المسئلة مجمعا عليها وقال في معراج الدرابة نقلنا عن الذخيرة ما ذكر في الجامع الصغير ان كان قولهم ما فهو مجرى على اطلاقه وان كان قول الكل فتأويله أن تكون الآلة جارحة انتهى ثم قال جمهور الشراح فان قبل الشهود شهدوا على الضرب بشئ جارح ولكن الضرب به قد يكون خطأ فكيف يثبت القود مع أنهم لم يشهدوا أنه كان متعمدا قلنا لما شهدوا أنه ضرب به بسلاح فقد شهدوا أنه قصده ضرب به لانه لو كان مخطئا لا يحل لهم أن يشهدوا أنه ضرب به وانما يشهدون أنه قصده ضرب غير فاصابه وقالوا كذا ذكر شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك السؤال والجواب وأقول هذا ليس بوارد على صاحب الهداية لانه أشار اليه بقوله اذا كان عمدا نعم يرد على عبارة الجامع الصغير ولهذا احتراز عنه المصنف انتهى وأنا أقول نعم لا يرد على المصنف ذلك السؤال بعد ما قيد مسئلة الجامع الصغير بقوله اذا كان عمدا لكن يرد عليه أن يقال ليس لهذا التقييد ههنا وجه لانه ان أراد به أن وجوب القود في مسئلة الجامع الصغير فيما اذا صرح الشهود بكون ضرب به عمدا اجمالا اذا اطلقوا ضرب به ولم يقيدوا بكونه عمدا فليس الامر كذلك على ما ذكره شيخ الاسلام ونقل عنه شراح الكتاب فانه صرح في أن تصریح الشهود بذكر العمد ليس بلازم في وجوب القود في المسئلة المذكورة وان لم يرد به ذلك بل كان معترفا بما ذكره شيخ الاسلام فلا حاجة الى تقييده بالزبور بل لوجه له كما لا يخفى (قوله والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لان الثاني عمد والاول شبه العمد ويختلف أحكامهما) أقول لو قال بدل قوله المذكور والقتل بالآلة غير القتل بالآلة كما قال في الزمان والمكان لكان أجل وأشمـل أما كونه أجل فظاهر وأما كونه أشمل فلان الاختلاف في الذي كان به القتل غير منحصر في الاختلاف فيما وجب الاختلاف في الاحكام كالعصا والسلاح بل يعم الاختلاف في غير ذلك أيضا كالسيف والرمح فان القتل بكل واحد منهم ما عمد بوجوب القود ومع ذلك لو قال أحد الشاهدن قتله بسيف وقال الآخر قتله برمح كانت شهادتهما أيضا باطلة نص عليه الحاكم الشهيد في الكافي حيث قال ولو شهد أحدهما أنه قتله بسيف وشهد الآخر أنه طعنه برمح أو شهد أحدهما أنه ضرب به بسيف وشهد الآخر أنه رماه بسهم أو اختلفا في مكان القتل أو وقته أو موضع الجراحة من بدنه فالشهادة باطلة انتهى (قوله ولانه يحمل اجماله في الشهادة على اجماله بالمشهود عليه ستراعليه) فيه صنعة التجنيس

شهادتهم لانهم ان صدقوا امتنع القضاء بالاختلاف موجب السيف والعصا وان كذبوا فكذلك لانهم صاروا فاسقة ووجه ذلك

(قوله وأقول هذا ليس بوارد على صاحب الهداية الخ) أقول لكن يرد على المصنف أنه اذا كان جواب المسئلة ما ذكره الحبيب وقد نص

عليه الامام خواهر زاده يكون التقييد بقوله اذا كان عمدا للاحتراز عن الخطأ مما بعد لغوا بل خطأ لا يهمله خلاف الواقع فتأمل

وأولوا كذبهم في نفي العلم بظاهر ما ورد باطلاقة في اصلاح ذات البين وهذا في معناه

أنهم جعلوا عالين بأنه قتلهم بالسيف لكنهم يقولهم لاندرى اختاروا حسيبة الستر على القاتل وأحسنوا اليه بالاحياء وجعل كذبهم هذا معفو وعند الله لما جاء في الحديث ليس كذاب من يصلح بين اثنين فبتأويلهم كذبهم بهذا لم يكونوا فسقة فتقبل شهادتهم وهو معنى قوله (وأولوا كذبهم بظاهر ما ورد باطلاقة أي بتجويز الكذب وقوله (وهذا في معناه) أي ستر الشاهد على المشهود وعليه في معنى اصلاح ذات البين بجامع أن العفو مندوب اليه ههنا كما أن الاصلاح مندوب اليه هنالك فكان ورود الحديث هنالك ورودا ههنا

(قوله بجامع أن العفو مندوب اليه ههنا الخ) أقول ينبغي أن يكون المراد بالعفو درء القصاص والا فهو تناول وجوب غيث لا وجوب القصاص لا عفو منه ويمكن أن يقرر هذا البحث بوجه آخر بأن يقال انه لا يكذب للعفو لانه فرع وجوب القصاص والظاهر أن يقول بجامع أن الستر مندوب اليه أو يقال هذا اصلاح معنى حيث يخلصه بهذا الكذب عن القتل الذي لامضرة فوقه وأي اصلاح يهادله وأنت خير اذا قيل مراده من العفو الدرء لا يدفع المحذور

التام كما في قوله تعالى ويوم تقوم الساعة يقسم المجرمون ما لبثوا غير ساعة فالاجال الاول ههنا معنى الابهام والثاني معنى الصنيع وهو الاحسان ثم ان كثيرا من الشراح قالوا قول المصنف هذا جواب عما يرد على وجه الاستحسان وهو أن يقال الشهود في قولهم لاندرى ما يمشى قتلها اما صادقون أو كاذبون وعلى كلا التقديرين ينبغي أن لا تقبل شهادتهم لانهم ان صدقوا امتنع القضاء بهذه الشهادة لاختلاف موجب السيف والعصا وان كذبوا صاروا فسقة وشهادة الفاسق لا تقبل فقال في جوابه انهم جعلوا عالين بأنه قتلهم بالسيف لكنهم يقولهم لاندرى اختاروا حسيبة الستر على القاتل وأحسنوا اليه بالاحياء وجعل كذبهم هذا معفو وعند الله تعالى لما جاء في الحديث ليس بكذاب من يصلح بين اثنين فبتأويلهم كذبهم بهذا لم يكونوا فسقة فتقبل شهادتهم وهو معنى قوله أولوا كذبهم بظاهر ما ورد باطلاقة أي بظاهر ما ورد بتجويز الكذب انتهى كلامهم أقول فيه نظرا لاذ لا ورود لما ذكره على وجه الاستحسان أصلا حتى يرتكب المصنف لدفعه هذا المضيق وذلك لان ما ذكره من الهدور في صورة ان صدق الشهود هو بعينه ما ذكره المصنف في وجه القياس في هذه المسئلة وقد حصل الجواب عنه في وجه الاستحسان الذي ذكره من قبل توضيحه هو أنه لم تكن شهادة واحد منهم بالقتل بآلة وشهادة الآخر منهم بالقتل بآلة أخرى حتى يتحقق الاختلاف بينهم في الشهادة بناء على اختلاف الفعل باختلاف الآلة بل كانت شهادة كل واحد منهم بقتل مطلق والمطلق ليس يحتمل ولهذا وجب العمل به كما عرف في أصول الفقه فحمل على الأقل المتيقن فيجب أقل موجبه وهو الدية فيحصل الاتفاق بينهم من هذا الوجه فلا يتوجه أن يقال ان صدق الشهود امتنع القضاء بشهادتهم لوقوع الاختلاف باختلاف الآلة وأيضا قول المصنف في ذيل هذا الكلام فلا يثبت الاختلاف بالشك بأي كونه مراده بكلامه هذا هو الجواب عما ذكره هؤلاء الشراح اذ يكون حاصل الجواب حينئذ اختيار أنهم كاذبون ومنع فسقهم بناء على تأويلهم كذبهم بما ورد في الحديث فلا يبقى الاحتياج اذ ذلك الى قوله فلا يثبت الاختلاف بالشك بل لا يكون له مساس بالجواب المذکور فيلزم أن يكون لغوا من الكلام والحق عندى أن قول المصنف ولانه يحمل اجالههم في الشهادة الخ وجه آخر للاستحسان يظهر تقريره ونطبقه للقام بأدنى تأمل صادق ويخرج منه الجواب عن وجه آخر للقياس في هذه المسئلة مذکور في الكافي وغيره وهو أن الشهادة بالوجه المذکور غفلة من الشاهدين فلا تقبل (قوله وهذا في معناه) قال جمهور الشراح أي ستر الشاهد على المشهود وعليه في معنى اصلاح ذات البين بجامع أن العفو مندوب اليه ههنا كما أن الاصلاح مندوب اليه هنالك فكان ورود الحديث هنالك ورودا ههنا انتهى أقول فيه بحث لان المندوب اليه في باب القتل انما هو عفو أو لياء القتل دون عفو الشهود وكيف ولو كان العفو حق الشهود وكان الافضل لهم أن لا يشهدوا راسبا يتعلق بالقتل كما في الحدود فلزم أن لا يوجد الباعث على ارتكابهم الكذب في شهادتهم المذكورة ههنا بخلاف اصلاح ذات البين فانه قد يتوقف على ارتكاب الكذب فيرخص الكذب هنالك وقصد بعض الفضلاء توجيه كلامهم فقال ينبغي أن يكون المراد بالعفو درء القصاص والافهو تناول وجوب غيث لا وجوب القصاص لا عفو عنه ثم قال والظاهر أن يقول بجامع أن الستر مندوب اليه انتهى أقول يرد على توجيهه أيضا أن يقال لو كان درء القصاص من غير شبهة مندوب اليه وكان درؤه ميازا للشهود بعد أن عاينوا القتل بجراح عمد الكان عليهم أن لا يشهدوا بالقتل أصلا فلا يوجد ما يستوجب ارتكابهم الكذب في طريق شهادتهم المذكورة ههنا ثم ان ورود هذا على ما عده أظهر ههنا أظهر اذ لو كان ستر القصاص مندوب اليه لكان الافضل للشهود أن يستروا طرaban لا يشهدوا

وقوله (فلا يثبت الاختلاف بالشك) يعني اذا احتمل أن يكونوا عالين وأجلاوا (٢٩٧) واحتمل أن لا يكونوا كذلك وقع الشك

والاختلاف لا يثبت بالشك (وتجب الدية في ماله لان الاصل في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة) وقوله (واذا أقر الرجلان الخ) مستلтан منها على أن تكذيب المقره المقر في بعض ما أقر به لا يبطل اقراره في الباقي فان من أقر بألف درهم وصدقه المقره في النصف وكذبه في النصف يصح الاقرار فيما صدقه وتكذيب المشهوده الشاهد في بعض ما يشهد به يبطل شهادته أصلا لكونه تفسيقا له وفق الشاهد يمنع القبول بخلاف فسق المقر وقيد بقوله في بعض ما أقر به اذ ا كذبه في كل ما أقر به بطل الاقرار لانه رد لاقراره وعلى هذا الوقال المقره بدل قوله قتلناه صدقما لم يكن له أن يقتل واحدا منهما لان معنى قوله صدقما معنى قوله صدقت لكل واحد منهما ومعناه أنت قتلت وحده وفي ذلك تكذيب الآخر في الجميع وهو تكذيب لهما

فلا يثبت الاختلاف بالشك وتجب الدية في ماله لان الاصل في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة قال (واذا أقر رجلان كل واحد منهما أنه قتل فلانا فقال الولي قتلناه جميعا فله أن يقتلهم اوان شهدوا على رجل أنه قتل فلانا وشهد آخرون على آخر يقتله وقال الولي قتلناه جميعا يبطل ذلك كله) والفرق أن الاقرار والشهادة يتناول كل واحد منهما وجود كل القتل ووجوب القصاص وقد حصل التكذيب في الاولى من المقره وفي الثانية من المشهوده غير أن تكذيب المقره المقر في بعض ما أقر به لا يبطل اقراره في الباقي وتكذيب المشهوده الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته أصلا لان التكذيب تفسيق وفق الشاهد يمنع القبول أما فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار

باب في اعتبار حاله القتل

قال (ومن رى مسلما فارتد المرى اليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامى الدية عند أبي حنيفة بالقتل أصلا كما في الحدود فلا وجه لارتكابهم الكذب قط تأمل ترشد (قوله فلا يثبت الاختلاف بالشك) حال في العناية يعني اذا احتمل أن يكونوا عالين وأجلاوا واحتمل أن لا يكونوا كذلك وقع الشك والاختلاف لا يثبت بالشك انتهى أقول لقائل أن يقول كما لا يثبت الاختلاف بالشك لا يثبت الاتفاق بذلك أيضا ومن شرائط قبول الشهادة اتفاق الشاهدين فإذا لم يثبت الاتفاق فكيف يتصور القبول تدبر (قوله غير أن تكذيب المقره في بعض ما أقر به لا يبطل اقراره في الباقي وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته أصلا) قال صاحب الغاية في هذه المسئلة اذا أقر كل واحد منهما بالقتل فقد أقر كل واحد منهما بالاتلاف لجميع النفس وقد صدق الولي كل واحد منهما بالاتلاف بعض النفس والقصاص يجب بالاتلاف البعض كما يجب بالاتلاف الكل فلهذا كان له أن يقتلهم ا وأما في الشهادة فلما كذب كل فريق في بعض الشهادة بطلت شهادتهما في الكل انتهى وقال صاحب النهاية في بيان صورة الاقرار لما أقر كل واحد منهما ما بالقتل صدق الولي بقوله قتلناه كل واحد منهما في نصف القتل وكذبه في النصف والتكذيب في نصف ما أقر به لا يبطل الاقرار أما التكذيب في كل ما أقر به يبطل الاقرار لانه حينئذ يكون رد الاقراره والاقرار يرتد بالرد انتهى أقول هذا الشرح والبيان من ذينك الشارحين مما لا يكاد يصح لما مر غير مرة أن القتل لا يتجزأ فكيف يتصور اتلاف بعض النصف ونصف القتل كما زعموا وبنياعليه معنى المقام وأيضا قد مر أن الاصل عندنا فيما اذا قتل جماعة واحدا أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال وبهذا الاعتبار يحصل التماثل بين الجماعة والواحد فيجب القصاص على الجميع فكيف يصح القول بوجوب القصاص بالاتلاف بعض النفس ونصف القتل كما هو اللازم فيما نحن فيه على مقتضى تقريرهما والصواب أن معنى المقام هو أن كل واحد منهما أقر بالقتل بانفراده وقد صدق الولي كل واحد منهما بقوله قتلناه جميعا في بعض ما أقر به وهو القتل وكذبه في بعضه الاخر وهو انفراده فعلى مقتضى أن تكذيب المقره المقر في بعض ما أقر به لا يبطل اقراره في الباقي يؤخذ كل واحد منهما باقراره بالقتل فللولى أن يقتلهم ا جميعا وان رد افراد كل واحد منهما بالقتل ويصير كما اذا قتل جماعة واحدا حيث يقتص من جميعهم ا جماعا بخلاف صورة الشهادة كما بين في الكتاب

باب في اعتبار حاله القتل

لما كانت الاحوال صفات لذويها ذكرها بعند ذكر نفس القتل وما يتعلق به (ومن رى مسلما فارتد المرى اليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى

باب في اعتبار حاله القتل لما كانت الاحوال صفات لذويها ذكرها بعند ذكر نفس القتل وما يتعلق به (ومن رى مسلما فارتد المرى اليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى

وقال لا شيء عليه لانه بالارتداد أسقط تقوم نفسه وذلك ابراه الصان لان من أخرج المتقوم عن التقوم سقط حقه كالغصوب منه اذا اعتق الغصوب فانه صار ميراثا للغاصب عن الضمان باسقاط حقه وصار ميراثا كما اذا أبرأه) أى الرأى عن الجنابة أو حقه (بعد الجرح) أى انعقاد سببه وهو الرأى قبل أن يصيبه السهم (ولابى حنيفة أن الضمان يجب بفعله وهو الرأى اذا لافعل منه بعده) وما هو كذلك فالمعتبر فيه وقت الفعل كالغصب (فيعتبر حالة الرأى والمرمى اليه فيها متقوم) واستوضح اعتبار وقت الرأى بما اذا رمى صيدا ثم ارتد والعياذ بالله ثم أصاب فان رده بعد الرأى لا يحرم لان فعله ذلك كاشرا وقد تم موجبا للحل بشرطه وهو التسمية وبما اذا كانت الجنابة خطأ فكفر بعد الرأى قبل الاصابة فانه صحيح وهذه العبارة أنسب مما قاله المصنف حتى جاز بعد الجرح قبل الموت لا مكان اعتبار وقت الاصابة هناك فان قيل ان كان ما ذكرتم صحيحا بجميع مقدماته والفعل عمدا فالواجب القصاص أجاب بقوله (والفعل وان كان عمدا فالقود يسقط بالشبهة) يعنى الشبهة الناشئة من اعتبار حالة الاصابة (ووجبت الذية) أى فى ماله ولو كانت المسئلة بالعكس فلا شيء فى قوالم جميعا (وكذا اذا رمى حربيا فأسلم) ثم وقع به السهم (لان الرأى ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا للصيرورته متقوما بعد ذلك) ونوفى بما اذا رمى الى صيد فى المحل فدخل الحرم ثم أصابه السهم فبان وجب الجزاء على الرأى وأجيب بأن جزاء صيد الحرم لا يختص بالفعل ولهذا يجب بدلالة الحرم وإشارته وهذا لا يكون أقل من ذلك

(قال المصنف وقال لا شيء عليه) أقول قال الكاكي وبه قالت الأئمة الثلاثة لان التلف حصل فى محل لا عصمته فيكون هدرا كما لو جرحه ثم ارتد ثم مات وكما لو أبرأه بعد (٢٩٨) الجرح أى عن الجنابة أو حقه وكما لو أبرأه عن حقه أو الجنابة ثم أصابه السهم

وقال لا شيء عليه) لانه بالارتداد أسقط تقوم نفسه فيكون ميراثا للرأى عن موجه كما اذا أبرأه بعد الجرح قبل الموت وله أن الضمان يجب بفعله وهو الرأى اذا لافعل منه بعده فمعتبر حالة الرأى والمرمى اليه فيها متقوم وله ان تعتبر حالة الرأى فى حق الحل حتى لا يحرم ردة الرأى بعد الرأى وكذا فى حق التكفير حتى جاز بعد الجرح قبل الموت والفعل وان كان عمدا فالقود يسقط للشبهة ووجبت الذية (ولو رمى اليه وهو مرتد فأسلم ثم وقع به السهم فلا شيء عليه فى قوالم جميعا وكذا اذا رمى حربيا فأسلم) لان الرأى ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا للصيرورته متقوما بعد ذلك

وكما لو اعتق المالك العبد المغصوب يصير ميراثا للغاصب عن الضمان كذا ذكره فى جامع صدر الاسلام انتهى وفى شرح شاهان وبخلاف ما اذا ارتد بعد الجرح لان عدم وجوب الضمان باعتبار أن الارتداد قاطع للسرية كالاعتق لا باعتبار أنه صار ميراثا انتهى (قال المصنف لانه بالارتداد أسقط تقوم نفسه فيكون ميراثا) أقول قال الاتقانى

(قوله وقال لا شيء عليه لانه بالارتداد أسقط تقوم نفسه فيكون ميراثا للرأى عن موجه) قال فى العناية الا أن أباحنيفة رحمه الله يقول ان قولهما انه بالارتداد صار ميراثا عن ضمان الجنابة غير صحيح لان فى اعتقاد المرتدان الردة لا تبطل التقوم فكيف يصير ميراثا عن ضمان الجنابة كذا فى الجامع الصغير لقاضيان والتمرتاشى والمحبوبى انتهى أقول لهما أن يقولانى فى الجواب عنه اننا لا نريد بالابراء فى قولنا انه بالارتداد صار ميراثا حقيقة الأبراء بل نريد بذلك الأبراء الحكى لانه بالارتداد لما أسقط تقوم نفسه شرعا أسقط حقه معنى لان ما لا تقوم له لا ضمان له فى الشرع فصار فعله فى حكم الأبراء شرعا سواء طبق اعتقاده

هذا لا يصح لان عنده يعنى عند المرتدان الردة لا تبطل التقوم وكيف يكون ميراثا عن ضمان الجنابة كذا ذكره قاضيان انتهى وفيه بحث (قال المصنف كما اذا أبرأه) أقول أى بالارتداد فانه اذا ارتد بعد الجرح قبل الموت لا تجب الذية ويجوز أن يكون المراد بالابراء العفو لكن الاول أنسب للتمام (قوله أو حقه بعد الجرح الخ) أقول لا تمس الحاجة الى اخراج الكلام عن ظاهره هنا فانه على ظاهره يصح أن يكون مقيدا عليه لصورة النزاع بخلاف ما فى دليل أبى حنيفة رحمه الله تعالى من قوله حتى جاز بعد الجرح قبل الموت كما لا يخفى (قوله أى انعقاد سببه وهو الرأى قبل أن يصيبه السهم) أقول فيه شئ (قال المصنف ولو رمى اليه وهو مرتد فأسلم ثم وقع به السهم فلا شيء عليه فى قوالم جميعا) أقول قال الكاكي فى معراج الدراية أى فى قول أصحابنا وقال الشافعى وأجيب عليه فى المرتد والحربى اذا أصابهما الرمية بعد اسلامهما الذية لان الاعتبار بحالة الاصابة اذا الرأى سبب والاصابة جنابة والاعتبار بحالة الجنابة كما لو حفر بر الحربى فوقع فيها بعد اسلامه وقلنا ان الرأى لم ينعد موجبا للضمان لان المرمى غير متقوم وان أصابه متقوما بعده وان أصحابنا اعتبروا حالة الرأى كفى فى هذه المسئلة وكذا مسئلة الرحم على ما سيجى ووكذا فى مسئلة الذى ثم تجس وكذا فى مسئلة المحرم الا أنهما يقولان فى مسئلة رضى مسلمانا أنه بالارتداد يصير ميراثا للرأى عن الضمان ولهذا قالوا يصير بالارتداد ميراثا للابراء انما يصح بعد انعقاد السبب وأبو حنيفة رحمه الله يقول بالارتداد لا يصير ميراثا لان عنده الردة لا تبطل التقوم فكيف يصير ميراثا عن الضمان كذا فى جامع قاضيان والتمرتاشى والمحبوبى الى هنا كلام العلامة الكاكي الآن قول المصنف فيعتبر حالة الرأى ينبوع ذلك بعض نوبة

(وانرى عبد افاعتقه مولا ثم وقع به السهم فعليه قيمته للمولى عند أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف وقال محمد عليه فضل ما بين قيمته مر ميا الى غير مر مري) حتى لو كانت قيمته قبل الرمي ألف درهم وبعده ثمانمائة درهم لزمه ما تادى درهم لان العتق قاطع للسراية لا شبهة من له الحق لان المستحق حال اجتهاد الجنابة المولى وحال الاصابة العبد لخر بته فصار (٢٩٩) العتق بمنزلة البرء كما اذا قطع يد عبد

أو جرحه ثم أعتقه المولى ثم سرى فان العتق يقطع السراية حتى لا يجب بعد العتق شئ من الدية والقهمة وانما يضمن النقصان وإذا انقطعت السراية بقي مجرد الرمي وهي جنابة تنقص به اقيمة المرمي اليه بالاضافة الى ما قبل الرمي فيجب ذلك أى فضل ما بين قيمته مر ميا الى غير مر مري ولو لم يمانه يصير فان لا الى آخر ما في الكتاب وهو ظاهر على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف يحتاج الى الفرق بين هذه وبين ما اذارى مسلما فارتد والعياد بالله قبل الاصابة حيث اعتبر هناك حالة الاصابة وههنا حالة الرمي وهو أن المرمي اليه خرج بالارتداد من أن يكون معصوما والضمان يعتمد العصمة فلا يجب الضمان بالمناسى وأما الاعتاق فانه لا ينافى العصمة فيجب عليه ضمان قيمته للمولى ومن هذا يعلم أن أبا يوسف يعتبر وقت الرمي الا في صورة الارتداد انتهى قوله (وقوله الا في صورة الارتداد) بخلاف القطع والجرح جواب عماد كرمنا محمد من صورة الجرح والقطع

قال (وانرى عبد افاعتقه مولا ثم وقع السهم فعليه قيمته للمولى) عند أبي حنيفة وقال محمد عليه فضل ما بين قيمته مر ميا الى غير مر مري وقول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة له أن العتق قاطع للسراية واذا انقطعت بقي مجرد الرمي وهو جنابة ينتقص بها قيمة المرمي اليه بالاضافة الى ما قبل الرمي فيجب ذلك ولهما أنه يصير فان لا من وقت الرمي لان فعله الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فيجب قيمته بخلاف القطع والجرح لانه اتلاف لبعض المحل وانه يوجب الضمان للمولى وبعده السراية ولو وجب شئ لوجب للعبد تقصير النهاية مخالفة للبداية

أولم يطابق ولعل تفريع المصنف قوله فيكون مبرئا للمرئى عن موجهه على قوله لانه بالارتداد أسقط تقوم نفسه بوى الى ما ذكرناه (قوله وقول أبو يوسف مع قول أبي حنيفة رجحه ما لله) قلت لعل وجه عدول المصنف ههنا عن التحرر بالمأوف حيث لم يقل فيما قبل عند أبي حنيفة وأبي يوسف كما هو المعتاد في نظائره بل قال بعد بيان الخلاف بين أبي حنيفة ومحمد وقول أبي يوسف مع أبي حنيفة رجحه الله هو أن كون أبي يوسف مع أبي حنيفة في هذه المسئلة ليس مما اتفقت عليه الروايات لان الفقيه أبا الليث ذكر قول أبي يوسف مع محمد في شرح الجامع الصغير في هذه المسئلة وذكر في الاسلام البرذوى في شرحه قوله مع أبي حنيفة كما بين في غاية البيان فلو قال المصنف في أول المسئلة عند أبي حنيفة وأبي يوسف لفهم منه اتفاق الروايات عليه بناء على ما هو المؤلف في نظائره فغير الاسلوب اشارة الى أن فيه اختلاف الرواية وان اختلفت عنده كون قوله مع أبي حنيفة (قوله ولهما أنه يصير فان لا من وقت الرمي لان فعله الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فيجب قيمته) قال الشراح مر أبو حنيفة في هذه المسئلة على أصله وأبو يوسف فرق بين هذه وبين ما تقدم ووجه الفرق أن المرمي اليه خرج بالارتداد من أن يكون معصوما نصار مبرئا عن الجنابة اذا الضمان يعتمد العصمة والردة تنافيا وأما الاعتاق فانه لا ينافى العصمة فيجب عليه ضمان قيمته للمولى انتهى أقول في وجه الفرق نظر لان الاعتاق وان لم ينافى العصمة الا أنه ينافى كون المحل مالا متقوما فينبغي أن يصير المولى أيضا مبرئا عن ضمان قيمة العبد المرمي اليه باعتاقه اناه قبل الاصابة لان ضمان القيمة انما يتصور فيما هو مال متقوم ولما أخرجه المولى بالاعتاق من أن يكون مالا متقوما فقد أسقط حقه في قيمته ألا يرى أن المغصوب منه اذا عتق العبد المغصوب صار مبرئا للغاصب عن الضمان باسقاط حقه بالاجاع كما صرحوا به فلم يكن الاخر كذلك فيما نحن فيه ثم ان صاحب العناية بعد أن ذكر الفرق المزبور من قبل أبي يوسف قال ومن هذا يعلم أن أبا يوسف يعتبر وقت الرمي الا في صورة الارتداد انتهى أقول ليس هذا بسديد لانه مع كونه ظاهر الفساد اذ لو لم يعتبر أبو يوسف وقت الرمي في صورة الارتداد لما صح منه القول بأنه صار بالارتداد مبرئا عن الضمان فان الاراء انما يصح بعد انعقاد السب مخالفا لما صرح به كبار المشايخ في شروح الجامع الصغير كما ذكر في النهاية ومعراج الدراية فانه قال في النهاية وهما يقولان بقول أبي حنيفة في أن المعتبر حالة الرمي ولهذا وافقه في هذه المسائل يعنى المسائل الآتية في الكتاب ونظائرهما الآن المرمي اليه في مسئلتنا لما ارتد صار مبرئا للسراية عن الدية باخراجه نفسه من أن يكون معصوما وقوله معتبر في اسقاط حقه كما اذا أبرأ المغصوب منه الغاصب باعتاق المغصوب على ما ذكرنا الآن أبا حنيفة يقول ان قوله - انه بالارتداد صار مبرئا عن ضمان الجنابة غير صحيح لان

استشهدا على قطع السراية وتحقيقه أن العتق فيهما يوجب قطع السراية لا اختلاف نهاية الجنابة وبدايتها فان ذلك بمنزلة تبدل المحل ولا نسلم تحققة في المتنازع فيه

(قوله ومن هذا يعلم أن أبا يوسف يعتبر وقت الرمي الا في صورة الارتداد) أقول المعتبر فيها أيضا عنده وقت الرمي فيها لكنه يقول صار بالارتداد مبرئا عن الضمان ولو لم يكن المعتبر وقت الرمي فيها لم يصح قوله صار مبرئا فان الاراء بعد تحقق السب وانعقاده

لان الرمي قبل الاصابة ليس بانلاف شئ منه لعدم اثر مننه في المحل وانما نقل به الرغبات فلم يخالف الانتهاء الابتداء فوجب قيمته للولي وزقروان كان يخالفنا في وجوب القيمة ( ٣٠٠ ) يعنى ويقول بالدية تنظر الى حالة الاصابة فالجحة عليه ما حققناه والباقي ظاهر الخ

والله سبحانه وتعالى أعلم

### كتاب الديات

ذكر الديات بعد الجنائيات  
ظاهر المناسبة لما أن الدية  
احدى موجبي الجنابة  
المشرووعين للصيانة لكن  
القصاص أشد صيانة فقدم  
ومحاسنها محاسن القصاص  
والدية مصدر من ودى  
القاتل المقتول اذا أعطى  
وليه المال الذى هو بدل  
النفس كالعبد من وعد  
قال ( وفي شبه العمدية  
مغلظة ) شبه العمدية تقدم  
معناه وحكمة الدية المغلظة  
على العاقلة وكفارة على  
القاتل وقد بيناه في أول  
الجنائيات

### كتاب الديات

قال الزبيدي الدية هي اسم  
للمال الذى هو بدل النفس  
ومصدر يقال ودى القاتل  
المقتول دية اذا أعطى وليه  
ذلك سمي ذلك المال بالدية  
تسمية للمفعول بالمصدر  
انتهى والاولى أن يقال  
الدية هي المال الواجب  
بالجنابة في نفس أو طرف  
( قوله لما أن الدية احدى  
موجبي الجنابة المشرووعين  
للصيانة ) أقول فان قيل  
اذا كانت الدية احدى  
موجبها ينبغي أن تذكر في

أما الرمي قبل الاصابة ليس بانلاف شئ منه لانه لا أثر له في المحل وانما نقلت الرغبات فيه فلا يجب به ضمان فلا تخالف النهاية والسدائية فوجب قيمته للولي وزقروان كان يخالفنا في وجوب القيمة تنظرا الى حالة الاصابة فالجحة عليه ما حققناه قال ( ومن قضى عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع أحد الشهود ثم وقع به الحجر فلا شئ على الرامي ) لان المعترضة الرمي وهو مباح الدم فيها ( واذا رمى المحموس صيدا ثم أسلم ثم وقعت الرمية بالصيد لم يؤكل وان رماه وهو مسلم ثم تحبس والعياد بالله أكل ) لان المعترضة الرمي في حق المحل والحزيمة اذ الرمي هو الذكاة فتعتبر الاهلية وانسلاها عنده ( ولو رمى المحرم صيدا ثم حل فوقع الرمية بالصيد فعليه الجزاء وان رمى حلال صيدا ثم أحرم فلا شئ عليه ) لان الضمان انما يجب بالتعدى وهو رمية في حالة الاحرام وفي الاول هو محرم وقت الرمي وفي الثاني حلال فللهذا اختلفا

### كتاب الديات

قال ( وفي شبه العمدية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل ) وقد بيناه في أول الجنائيات

في اعتقاد المرتد أن الردة لا تبطل التقويم فكيف يصير ميرثا عن ضمان الجنابة كذا في الجامع الصغير لقاضيخان والتمرتاشي والمحبوبي انتهى وقال في معراج الدراية وأصحابنا اعتبروا حالة الرمي كما في هذه المسئلة وكذا مسئلة الرجم على ما يجي وكذا في مسئلة الرمي ثم تحبس وكذا في مسئلة المحرم على ما سيجي والآنهم ما يقولان في مسئلة ان رى مسلما فارتد أنه بالارتداد يصير ميرثا للرأي عن الضمان ولهذا قالوا يصير بالارتداد ميرثا والاراء انما يصح بعد انعقاد السبب وأبو حنيفة يقول بالارتداد لا يصير ميرثا لان في اعتقاد المرتد أن الردة لا تبطل التقويم فكيف يصير ميرثا عن الضمان كذا في جامع قاضيخان والتمرتاشي والمحبوبي انتهى ( قوله أما الرمي قبل الاصابة ليس بانلاف شئ لأنه لا أثر له في المحل ) أقول لتوه هم أن يتوهم أن هذا الكلام يناق ما قاله في صدر دليلهما من انه يصير قاتلا من وقت الرمي فان القتل لا يتصور بدون اتلاف شئ من المقتول والجواب أن معنى ما قاله في صدر دليلهما هو انه يصير بمنزلة القاتل من وقت الرمي من جهة استناد الحكم الى وقت الرمي عند الاتصال بالمحل وقد أشار اليه صاحب الغاية بقوله هنا وانما انقلب الرمي عملة للاتلاف عند الاتصال بالمحل بطريق استناد الحكم الى وقت الرمي فكأنه وجد من ذلك الوقت انتهى

### كتاب الديات

قال الشراخ ذكر الديات بعد الجنائيات ظاهر المناسبة لما أن الدية احدى موجبي الجنابة في الأدب المشرووعين صيانة لكن القصاص أشد صيانة فقدم انتهى أقول بردي على ظاهر هذا الوجه انه انما يقتضى أن يذكر الديات في كتاب الجنائيات كقصاص بآن بوضع لكل واحد منهما باب مستقل من كتاب الجنائيات لكون كل منهما موجبا للجنائيات لأن يجعل الديات كتابا على حدة كما هو الواقع في الكتاب والجواب أن مقصودهم هنا بيان وجه مناسبة ذكر الديات بعد ذكر الجنائيات وهذا المقصود يحصل بما ذكره قطعا وأما جعل الديات كتابا على حدة دون باب من أبواب الجنائيات فهو وجه آخر لم يذكره أصالة وهو انه لما كثرت مسائل الديات ومباحثها استحققت أن يجعل كتابا على حدة ككتاب الطهارات بالنسبة الى سائر شروط الصلاة وكتاب الصرف بالنسبة الى سائر أنواع البيع ثم اعلم أن ما وقع في الكتاب وضع القدوري في مختصره وأما الشيخ أبو الحسن الكرخي فقدم في مختصره كتاب الديات على

قال

كتابها في باب مستقل ولا يجعل كتابا على حدة قلنا نعم الا أنه نظر الى عموم مباحثها وعموم موارد ما وكثرة الاختلافات فيها ولهذا اعنون محمد كتاب الجنائيات بكتاب الديات وذكر أحكام الجنائيات فيها من القصاص وغيره



قال (وكفارته عتق رقبة مؤمنة) لقوله تعالى فحصر برقبة مؤمنة الآية (فان لم يجسد فصيام شهرين متتابعين) بهذا النص (ولا يجزئ فيه الاطعام) لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف

كتاب الجنائيات والشيخ أبو جعفر الطحاوي قدّم القصاص على الديان ولكن جعلهما في كتاب واحد وترجم الكتاب بكتاب القصاص والديان والامام محمد رحمه الله ذكر أحكام الجنائيات في كتاب الديان ولم يسم كتاب الجنائيات أصلاً لان عامة أحكام الجنائيات هي الديان فان القصاص لا يجب الا بالجد المحض والدية تجب في شبه العمد وفي الخطا وفي شبه الخطا وفي القتل بسبب وفي العمد أيضاً اذا تمكن فيه الشبهة فرج جانب الدية في نسبة الكتاب اليها ثم ان الدية مصدر ودي القاتل المقتول اذا أعطى وليه المال الذي هو بدل النفس ثم قيل لذلك المال الدية تسمية بالمصدر كذا ذكر في المغرب وعامة الشروح قال في القاموس الدية بالكسر حق القتل بجهاديات وقال في الصحاح وديت القتل أديته اذا أعطيت ديته وقال في الكافي الدية المال الذي هو بدل النفس والارض اسم للواجب على مادون النفس انتهى أقول الظاهر من هذه المذكورات كلها أن تكون الدية مختصة بما هو بدل النفس وينافيه ما سيجيء في الفصل الآتي من أن في المارن الدية وفي اللسان الدية وفي اللغية الدية وفي شعر الرأس الدية وفي الحاخين الدية وفي العينين الدية وفي اليدين الدية وفي الذكرا الدية وفي الرجلين الدية الى غير ذلك من المسائل التي أطلقت الدية فيها على ما هو بدل مادون النفس وكذا ما ورد في الحديث وهو ما روى سعيد ابن المسيب رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمر بن حزم رضي الله عنه كما سيأتي فالأظهر في تفسير الدية ما ذكره صاحب الغاية آخر آفانه بعد أن ذكر مثل ما ذكر في المغرب وعامة الشروح قال والدية اسم لضمان يجب بمقابلة الأدي أو طرف منه سمي بها لانها تودي عادة لانه قلما يجزئ فيه العفو لعلظم حرمة الأدي انتهى (قوله وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فحصر برقبة مؤمنة الآية فان لم يجسد فصيام شهرين متتابعين بهذا النص) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فحصر برقبة مؤمنة الى قوله فن لم يجسد فصيام شهرين متتابعين الآية وهو نص في كونها بالتحرير أو الصوم فقط (فلا يجزئ فيه الاطعام) لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف انتهى أقول أدخل الشارح المذكور بحق المقام في تحريره هذا أما أولاً فلانه خص بالذكرا في بيان كفارة شبه العمد عتق رقبة مؤمنة وجعل قوله تعالى فحصر برقبة مؤمنة الى قوله فن لم يجسد فصيام شهرين متتابعين دليلاً عليه فقد قصر في البيان حيث لم يذ كر كون كفارته شهرين متتابعين اذا لم يجدر رقبة مؤمنة ولم يصب في سوق الدليل حيث جعل الدليل على كون كفارته عتق رقبة مؤمنة مجموع قوله تعالى فحصر برقبة مؤمنة الى قوله فن لم يجسد فصيام شهرين متتابعين مع أن الدليل عليه قوله تعالى فحصر برقبة مؤمنة وحده وانما قوله تعالى فن لم يجسد فصيام شهرين متتابعين دليل على القسم الآخر من كفارته الذي لم يذ كر في المدعي بخلاف تحرير المصنف فانه بين كل واحد من قسمي كفارته على ترتيبهما حيث قال وكفارته عتق رقبة مؤمنة ثم قال فان لم يجسد فصيام شهرين متتابعين واستدل على كل واحد منهما بدليل مستقل حيث قال في تعليل الأول لقوله تعالى فحصر برقبة مؤمنة ولم يذ كر آخر الآية وقال في تعليل الثاني بهذا النص أي بان هذا النص وهو قوله تعالى فن لم يجسد فصيام شهرين متتابعين وأما ثانياً فلانه قال وهو نص في كونها بالتحرير أو الصوم فقط وقرع عليه قوله فلا يجزئ فيه الاطعام فان كان مدار قيده فقط في قوله وهو نص في كونها بالتحرير أو الصوم فقط وكذا مدار التفريع في قوله فلا يجزئ فيه الاطعام على أن تخصيص التحرير والصوم بالذكرا في الآية يدل على نفي ما عداهما كان ذلك قولاً بجهوم المخالفة وهو ليس بجهة عندنا وان كان مدارهما على ما ذكره

(وكفارته عتق رقبة مؤمنة)  
لقوله تعالى فحصر برقبة  
مؤمنة) الى قوله تعالى فن  
لم يجسد فصيام شهرين  
متتابعين الآية وهو نص  
في كونها بالتحرير أو الصوم  
فقط (فلا يجزئ فيه الاطعام  
لانه لم يرد به نص والمقادير  
تعرف بالتوقيف)

وقوله (ولانه جعل المذكور كل الواجب) استدلال من الآية بوجهين آخرين أحدهما بالنظر الى الفاء وذلك لان الواقع بعد فاء الجزاء يجب أن يكون كل الجزاء ذلولم يكن كذلك لالتبس فلا يعلم أنه هو الجزاء أو بقي منه شيء ومثله محل الأثرى أنه لو قال لامرأته ان دخلت الدار فأنت طالق وفي نيته أن يقول وعبدى حر ولكنه لم يقل لا يكون الجزاء إلا المذكور لئلا يحتل الفهم والآخر بالنظر الى المذكور يعني لو كان الغير مرادا (٣٠٣) لذكره لانه موضع الحاجة الى البيان والسكوت في موضع الحاجة الى

البيان بيان (على ما عرف) يعني في أصول الفقه (ويجزئه رضيع أحد أبويه مسلم) لان شرط هذا الاعتناق الاسلام وسلامة الاطراف والاول يحصل باسلام أحد الابوين والثاني بالظهور اذا الظاهر سلامة أطرافه ولا يجزئه ما في البطن لانه لم تعرف حياته ولا سلامته قال (وهو الكفارة في الخطا لما تلونا) يعني قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فحصر برقبة مؤمنة (وديته) أي دية شبه العمد (عند أبي حنيفة وأبي يوسف مائة من الابل أربعا عا جس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون جذعة) ولم يذكري في بعض نسخ الهداية قول أبي يوسف مع أبي حنيفة وهو مخالف لرواية عامة الكتب (وقال محمد والشافعي ثلاثون جذعة وثلاثون حقة وأربعون ثنية كلها خلفات في بطونها أولادها) والخلفات جمع

ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء أولكونه كل المذكور على ما عرف (ويجزئه رضيع أحد أبويه مسلم) لانه مسلم به والظاهر بسلامة أطرافه (ولا يجزئ ما في البطن) لانه لا تعرف حياته ولا سلامته قال (وهو الكفارة في الخطا) لما تلونا (وديته عند أبي حنيفة وأبي يوسف مائة من الابل أربعا عا جس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة) وقال محمد والشافعي ثلاثون جذعة وثلاثون حقة وأربعون ثنية كلها خلفات في بطونها أولادها لقوله عليه السلام ألا ان قتيل خطا المذقتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل أربعون منها في بطونها وأولادها وعن عمر رضي الله عنه ثلاثون حقة وثلاثون جذعة

المصنف فيما بعد من الاستدلال بالآية المذكورة على عدم اجزاء الاطعام بوجهين آخرين وهما قوله ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء وقوله أو أولكونه كل المذكور على ما عرف كان قوله لانه لم يرد به نص الخ بعد تفرع عدم اجزاء الاطعام على ما قبله كالا ما محتلا اذ يكون المفرع عليه ان ذلك الدليل على المفرع فيصير قوله فلا يجزئ فيه الاطعام من قبيل تفرع المدعى على الدليل فلا جرم يصير قوله لانه لم يرد به نص الخ دليل لا آخر على ذلك المدعى فيجب فيه زيادة أو العطف بأن يقال ولانه لم يرد به نص الخ كما لا يخفى على من له درية بأساليب الكلام بخلاف تخرير المصنف فانه جعل قوله ولا يجزئ فيه الاطعام كالا ما مبتدأ مطلقا بالبيان على الاستقلال واستدل عليه بوجوه ثلاثة كما ترى فلا غبار في أسلوب تخريره أصلا (قوله ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء) قال السراج يعني أن الواقع بعد فاء الجزاء يجب أن يكون كل الجزاء ذلولم يكن كذلك لالتبس فلا يعلم أنه هو الجزاء أو بقي منه شيء ومثله محل انتهى أقول يشكك هذا بالحرمان عن الميراث فانه جزاء القتل أيضا في العمد وشبهه والخطا وشبهه كما مر في أول كتاب الجنائيات مع أنه ليس بداخل في الواقع بعد فاء الجزاء في الآية المذكورة فليتأمل (قوله أولكونه كل المذكور على ما عرف) يعني لو كان الغير مرادا لذكره لانه موضع الحاجة الى البيان وحيث لم يذكري أنه غير مراد لان السكوت عن البيان في موضع الحاجة الى البيان بيان كما عرف في أصول الفقه كذا في الشروح كلها قال صاحب الكفاية بعد ذلك لا يقال ان السكوت لا يدل على أن المذكور كل الواجب لقول النبي عليه السلام ألا ان قتيل خطا المذقتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل ولم يذكري الكفارة ومع ذلك قلتم بوجوب الكفارة لانا نقول بوجوب بيان بنص آخر أو نقول لانسلم فانه قال الجرجاني وجدت رواية عن أصحابنا أن الكفارة لا تجب في شبه العمد انتهى أقول في كل من جوابه نظر أمان في الاول فلان التشبث بوجوبه نص آخر في مادة النقض وعدم وجوده فيما نحن فيه مصر الى الاستدلال بالوجه الاول الذي ذكره المصنف بقوله لانه لم يرد به نص فيلزم أن لا يكون هذا الوجه الذي هو مورد السؤال دليلا مستقلا بل يلزم أن يكون مستدركا وأما في الثاني فلان اللازم للجبب دفع النقض عماد كرفي الكتاب لانه هو المورد للسؤال ولا شك أن ما ذكره سبق على وجوب الكفارة في شبه العمد وأما رواية عدم وجوبها فيه فمعرزل عنه فلا وجه للصير اليه هنا كما لا يخفى

ولان خلفته وهي الخواص من التوق فقوله في بطونها وأولادها صفة كاشفة والضمير في كلها للثنية واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم ألا ان قتيل خطا المذقتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل أربعون منها في بطونها وأولادها قال المصنف (وديته عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) أقول قال السكاكي الاقتصار على قول أبي حنيفة مخالف لعامة روايات الكتب من المبسوط والجامع والاسرار والايضاح فان المذكور فيها عند أبي حنيفة وأبي يوسف وكتب في بعض النسخ عند أبي حنيفة وأبي يوسف موافقا لعامة الروايات انتهى يشهد لها قوله ولهما حين شرع في تقرير دليلهما

(ولان دية شبه العمد أغلظ) يعني من دية الخطا المحض فان الابل فيه تجب أنجاسا (وذلك) أي كونه أغلظ (فما قلنا) لاننا نقول أن لنا  
 وأتم يقولون أرباعا (ولابى حنيفة والابى يوسف قوله صلى الله عليه وسلم في نفس المؤمن مائة من الابل) ووجه الاستدلال به أن الثابت منه  
 عليه السلام وليس فيه دلالة على صفة من التغلظ ولا بد منه بالاجماع ومارو به غير ثابت لاختلاف الصحابة في صفة التغلظ فان  
 عمر وزيد وغيرهما قالوا مثل ما قالوا وقال علي تجب أن لنا ثلاث وثلاثون حقة وثلاث وثلاثون جذعة وأربع وثلاثون خلفه وقال  
 ابن مسعود بن مل ما قلنا أرباعا والرأى لا مدخل له في التقادير فكان كالرفوع ويصير معارض الماروباه واذ تعارضنا كان الاخذ بالتسقين  
 أولى وقوله (ولا يثبت التغلظ الا في الابل خاصة) يعني لا يزداد في (٣٠٣) الدراهم والدنانير على عشرة آلاف درهم

أوألف دينار وقال سفيان  
 الثوري والحسن بن صالح  
 تغلظ في النوعين الآخرين  
 أي الدراهم والدنانير بأن  
 ينظر الى قيمة أسنان الابل  
 في دية الخطا الى قيمة أسنان  
 الابل في شبه العمد فإزداد  
 على أسنان دية الخطا يزداد  
 على عشرة آلاف درهم  
 ان كان الرجل من أهل  
 الورق ويزاد على ألف  
 دينار ان كان من أهل  
 الذهب لان التغلظ في شبه  
 العمد شرع في الابل بزيادة  
 جنابة وجدت منه ولم توجد  
 في الخطا وهذا المعنى موجود  
 في الحجرين فيجب التغلظ  
 فيما ولنا ما ذكره في الكتاب  
 أن التغلظ في الابل ثبت  
 توقيفا فلا يثبت في غيره  
 قياسا لانه بأبي التغلظ لان  
 عمد الاتلاف وخطأه في  
 باب الغرم سواء ولا دلالة  
 لثلاثي بطل المقدار الثابت  
 بصرح النص بالدلالة  
 وقوله (لما قلنا) إشارة الى

ولان دية شبه العمد أغلظ وذلك فيما قلنا وله ما قوله عليه السلام في نفس المؤمن مائة من الابل  
 وماروباه غير ثابت لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في صفة التغلظ وابن مسعود رضي الله عنه  
 قال بالتغلظ أرباعا كما ذكرناه وهو كالرفوع في معارض به قال (ولا يثبت التغلظ الا في الابل خاصة)  
 لان التوقيف فيه فان قضى بالدية في غير الابل لم تغلظ لما قلنا قال (وقتل الخطا تجب به الدية  
 على العاقلة والكفارة على القاتل) لما بيننا من قبل قال (والدية في الخطا مائة من الابل أنجاسا  
 عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة)  
 وهذا قول ابن مسعود رضي الله عنه وأخذنا نحن والشافعي به لروايته أن النبي صلى الله عليه وسلم  
 قضى في قتل قتل خطأ أنجاسا على نحو ما قال

ثم ان صاحب العناية قال في تفسير قول المصنف أو لكونه كل المذكور أي لكون الصيام كل المذكور  
 ونسبه العيني أقول ليس ذلك بسديد اذ لا يخفى أن كل المذكور في حق كفارة القتل في كتاب الله تعالى  
 انما هو تحريم رقبته مؤمنة وصيام شهرين متتابعين لا الصيام وحده وأما اطلاق الكل على الصيام  
 لكونه الجزء الاخير الذي يتم به الكل فأمر قبيح لا يناسب شرح الكتاب فالحق في التفسير أن يقال أي  
 ولكون ما ذكرناه من التحريم والصيام كل المذكور (قوله ولا يثبت التغلظ الا في الابل خاصة لان  
 التوقيف فيه فان قضى بالدية من غير الابل لم تغلظ لما قلنا) أقول لقاتل أن يقول اذا لم يثبت التغلظ  
 الا في الابل خاصة ينبغي أن لا يصح القضاء بالدية من غير الابل أصلا في جنابة شبه العمد اذ قد ذكر في  
 أول هذا الكتاب ومر أيضا في أوائل كتاب الجنائيات أن موجب شبه العمد دية مغلظة على العاقلة  
 وكفارة على القاتل حيث لم يثبت التغلظ في غير الابل لم يصلح غيرها أن يكون دية في شبه العمد لاتقاء  
 ما هو المعبر في دية وهو التغلظ فكيف يتم قول المصنف فان قضى بالدية من غير الابل لم تغلظ فان  
 الظاهر منه أن يصح القضاء بالدية من غير الابل في شبه العمد ولكن لا يثبت التغلظ في غير الابل بان يزداد  
 في الدراهم على عشرة آلاف درهم وفي الدنانير على ألف دينار كما فصولا في الشروح فليتأمل في التوجيه  
 (قوله وهذا قول ابن مسعود وأخذنا نحن والشافعي به لروايته أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في قتل  
 خطأ أنجاسا على نحو ما قال) أقول فيه شيء وهو أن ابن مسعود وان روى قضاء رسول الله صلى الله عليه  
 وسلم على نحو ما قاله إلا أن عليا رضي الله عنه كان يقول الدية في الخطا مائة من الابل أرباعا خمس وعشرون  
 حقة وخمس وعشرون جذعة وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون بنت مخاض وذكره

قوله لان التوقيف فيه وقوله (لما بيننا من قبل) يعني في أول كتاب الجنائيات قال (والدية في الخطا مائة من الابل أنجاسا) قيل منسوب  
 باضمار كان ويجوز أن يكون حاله من الضمير الذي في قوله في الخطا وقد أجمعت الصحابة على المائة لكنهم اختلفوا في سنها فقال ابن  
 مسعود عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة وبه أخذنا نحن والشافعي لان  
 ابن مسعود روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قضى في قتل خطأ أنجاسا على نحو ما قال به ابن مسعود وعن علي أنه أوجب أرباعا  
 خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة والمقادير لا تعرف الا بالاسماء

(قوله وذلك أي كونه أغلظ فيما قلنا لاننا نقول ان لنا وأتم يقولون أرباعا) أقول يعني والاول أكل في الغلظة (قوله لانه بأبي التغلظ)  
 أقول ولثلاثي بطل المقدار الثابت بالنص بالقياس



وقوله (ولان ثبت الدية الامن هذه الاثلاث عند أبي حنيفة وقال منها) أي من هذه الاثلاث وهي الابل والذهب والفضة  
 (ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان) وقيل في تفسير ذلك قيمة كل بقرة خمسون درهما  
 وقيمة كل شاة خمسة دراهم وقيمة كل حلة خمسون درهما قال المصنف كل حلة ثوبان قبل هما ازار ورداء هو المختار قال في النهاية وقيل  
 في ديارنا قبص وسراويل قال وفائدة هذا الاختلاف انما تظهر فيما اذا صالح القاتل مع ولي القتل على أكثر من مائتي بقرة أو غيرها على  
 قول أبي حنيفة على ما هو المذكور في كتاب الدييات يجوز كل ما يصالح على أكثر من مائتي فرس وعلى قوله - ما لا يجوز كل ما يصالح على أكثر  
 من مائة من الابل وقوله (لان عمره هكذا جعل على أهل كل مال منها) قال أبو يوسف حدثنا ابن أبي ليلى عن الشعبي عن عبيدة السلماني  
 قال وضع عمر بن الخطاب رضي الله عنه الدييات على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق عشرة آلاف درهم وعلى أهل الابل مائة من  
 الابل وعلى أهل البقر مائتي بقرة وعلى أهل الشياه ألفي شاة وعلى (٣٠٥) أهل الحلل مائتي حلة (ولابي حنيفة أن

التقدير انما يستقيم بشئ معلوم المالية) وهذه الاشياء ليست كذلك ولهذا لا يقدر بها ضمان شئ مما يجب ضمانه بالاتلاف أو غيره فان قيل فالابل كذلك اجاب بقوله (والتقدير بالابل عرف بالانار المشهورة) كما رويناها (وعدناها في غيرها) فان قيل فليحق بهادلالة قلنا حتى ثبت أنها في معناها من كل وجه (وقوله وذ كرفي المعادل) أي في معادل المبسوط أورد هذا شبهة على ما روى عن أبي حنيفة من قوله ولا ثبت الدية الامن هذه الاثلاث ووجه

قال (ولان ثبت الدية الامن هذه الاثلاث عند أبي حنيفة وقال منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان) لان عمر رضي الله عنه هكذا جعل على أهل كل مال منها وله أن التقدير انما يستقيم بشئ معلوم المالية وهذه الاشياء مجهولة المالية ولهذا لا يقدر بها ضمان والتقدير بالابل عرف بالانار المشهورة وعدمناها في غيرها وذ كرفي المعادل أنه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة أو مائتي بقرة لا يجوز وهذا آية التقدير بذلك ثم قيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف وقيل هو قولهما

في غابة البيان فليتامر في التوجيه (قوله ولا ثبت الدية الامن هذه الاثلاث عند أبي حنيفة رحمه الله وقال منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة ومن الحلل مائتا حلة) قال جماعة من الشراح فائدة هذا الاختلاف انما تظهر فيما اذا صالح القاتل مع ولي القتل على أكثر من مائتي بقرة أو غيرها على قول أبي حنيفة كما هو المذكور في كتاب الدييات يجوز كل ما يصالح على أكثر من مائتي فرس وعلى قوله - ما لا يجوز كل ما يصالح على أكثر من مائة من الابل انتهى أقول ليت شعري ما باله - مصور واطهور فائدة هذا الاختلاف في هذا المصنف وحصره وافية بكلامه انما سمع كون ظهور فائدته في غير هذه الصورة أظهور وأجلى فان القاتل الخيار في أداء الدية من أي نوع شاء من أنواع الدية لان غير أنواعها كما صرحوا به فعلى قوله ما يتمكن القاتل من أدائها من نوع البقر أو نوع الغنم أو نوع الحلل كما يتمكن من أدائها من الاثلاث المتفق عليها وهي الابل والعين والورق وعلى قوله في رواية كتاب الدييات لا يتمكن من أدائها الامن هذه الاثلاث (قوله وذ كرفي المعادل انه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة أو مائتي بقرة لا يجوز وهذا آية التقدير بذلك ثم قيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف وقيل هو قولهما) قال جمهور الشراح أورد قوله وذ كرفي المعادل أي في معادل المبسوط شبهة على ما روى عن أبي حنيفة من أنه لا تثبت الدية الامن هذه الاثلاث ووجه ورودها أن محمدا ذ كرفي المعادل انه لو صالح الولي من الدية على أكثر من ألفي شاة أو من مائتي بقرة أو من مائتي حلة لا يجوز ولم يذ كر الخلاف فيه وذلك دليل على أن الاصناف الثلاثة أيضا من الاصول المقدره في الدية عنده أيضا وذ كر الجواب بوجهين أحدهما بصرح الشبهة ويرفع الخلاف وثانيهما يرفع الشبهة بحمل رواية

(٣٩ - تكمله ثامن)

لا يجوز ولم يذ كر الخلاف فيه وذلك يدل على أن الاصناف الثلاثة أيضا من الاصول المقدره في الدية عنده أيضا وذ كر الجواب بوجهين أحدهما بصرح الشبهة ويرفع الخلاف ولا يرى صحتها لانه يناقض رواية كتاب الدييات كما مر آنفا والثاني يرفعها بحمل رواية المعادل على أنها قولها ما وجعل بعض مشايخنا على أن في المسئلة عنه روايتين

قال المصنف وقال منها ومن البقر مائتا بقرة) أقول قوله مائتا بقرة خبر مبتدأ محذوف أي وهي مائتا بقرة وكذا في ألفا شاة ومائتا حلة (قوله انما يظهر فيما اذا صالح القاتل الخ) أقول في الحصر كلام فان القاضي لا يحكم من غير الاثلاث عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ولا يحسب القاتل الا فيمختلف مذهبهما (قوله أحدهما يقرر الشبهة ويرفع الخلاف) أقول ضمير يقرر راجع الى أحدهما (قوله لانه يناقض رواية كتاب الدييات) أقول يرتفع التناقض بالحمل على الرجوع الى قولهما

قال (ودية المرأة على النصف من دية الرجل الخ) دية المرأة على النصف من دية الرجل وقد ورد هذا اللفظ موقوفاً على تومر فوعا إلى النبي صلى الله عليه وسلم والموقوف في مثله كالرفوع إذا لم يدخل للرأى فيه وقال الشافعي مادون الثلث لا يتنصف قال في النهاية الصواب أن يقال وقال الشافعي الثلث ومادونه لا يتنصف وقد كرفى ديات البسوط وكان زيد بن ثابت يقول إنهم اتعاقل الرجل إلى ثلث ديتها يعني إذا كان الارش بقدر ثلث الدية أو دون ذلك فالرجل والمرأة فيه سواء فإن زاد على الثلث فحينئذ حالها فيه على النصف من حال الرجل ولذلك قال بعد هذا في قول المصنف اعتبار ارجاها بالثلث وما فوقه والصواب أن يقال اعتبار ارجاها وبما فوق الثلث وفيه نظر لانه قال في شرح الكافي قال محمد في الاصل بلغنا عن علي أنه قال دية المرأة على النصف من دية الرجل في النفس وفيما دون النفس قال وبذلك نأخذ ثم قال وقال زيد بن ثابت ثلث (٣٠٦) الدية وما فوقها يتنصف ومادونه لا يتنصف وبه أخذ الشافعي وهذا يصح

قول المصنف واحتجوا في ذلك بأن النبي صلى الله عليه وسلم قال تعاقل المرأة الرجل إلى ثلث الدية وبما حكى عن ربيعة قال قلت لسعيد ابن المسيب ما تقول فيه من قطع اصبع امرأة قال عليه عشر من الابل قلت فان قطع اصبعين منها قال عليه عشرون من الابل قلت فان قطع ثلاث اصابع قال عليه ثلاثون من الابل قلت فان قطع أربع اصابع قال عليه عشرون من الابل قلت سبحان الله لما كثرا لها واشتد مصابها قل أرشها قال أعراق أنت فقلت لا بل جاهل مسترشد أو عاقل مستنبت فقال انه السنة وبه أخذ الشافعي وقال السنة اذا أطلقت فالمراد بها سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم والجهة عليه

قال (ودية المرأة على النصف من دية الرجل) وقد ورد هذا اللفظ موقوفاً على رضي الله عنه ومرفوعاً إلى النبي صلى الله عليه وسلم وقال الشافعي مادون الثلث لا يتنصف وامامه فيه زيد بن ثابت رضي الله عنه والجهة عليه ما روينا به يومه ولان حالها أنقص من حال الرجل ومنفعة أقل وقد ظهر أثر النقصان بالتنصيف في النفس فكذا في أطرافها وأجزائها اعتبار ارجاها بالثلث وما فوقه المعاقل على أنها قولها ثم ان صاحب العناية رد الوجه الاول منها حيث قال ولا أرى محتمه لانه يناقض رواية كتاب الديات كما مر آنفاً انتهى أقول ليس هذا بشئ لان مدار الوجه الاول على عدم قبول صحة رواية كتاب الديات وعدم تسليم ثبوت الاختلاف بينهم وكونه مناقضاً لرواية كتاب الديات إنما ينافي محتمه لو تحققت صحة تلك الرواية وهي في حيز المنع عند فائل ذلك الوجه بدل عليه قطعاً عبارة صاحب النهاية حيث قال فقال في جوابه بوجهين أحدهما انه صحح الشبهة فقال نعم تلك الرواية أعني رواية الخلاف غير صحيح بل الصحيح رواية كتاب المعاقل والخلاف بينهم غير ثابت بل هذه الأنواع أعني البقر والغنم والحمل في الدية من الاموال المقدرة انتهى وتصحيح احدي الروايتين ومنع الأخرى ليس بعز في كلمات الفقهاء وقد مره نظائر كثيرة في الكتاب وقال بعض الفضلاء يدفع رد صاحب العناية الوجه الاول يرتفع التناقض بالحمل على الرجوع الى قولها ما انتهى أقول هذا لا يصلح لدفع رده الوجه المزبور وإنما يصلح لان يكون جواباً آخر عن أصل الشبهة لان ما له أن يكون في المسئلة عنه روايتان ويكون المروي في احدها مقوله الا في الأخرى قوله الا في الأخرى الذي يرجع اليه وقد ذكره أيضاً صاحب العناية بعد بيان ذلك الوجهين ورداً أحدهما حيث قال وحمل بعض مشايخنا على أن في المسئلة عنه روايتين انتهى ومدار رده أحد ذينك الوجهين على أن يكون المراد به تقرر الشبهة ورفع الخلاف كما ذكره الشراح وذلك لا يتصور الا بأن يخصر القول منه في هاتيك المسئلة فما ذكر في المعاقل والالات تقرر الشبهة بل ترتفع بالحمل على القولين منه تفكرت فهم (قوله ولان حالها أنقص من حال الرجل ومنفعة أقل) وقد ظهر أثر النقصان بالتنصيف في النفس فكذا في أطرافها وأجزائها اعتبار ارجاها بالثلث وما فوقه أقول لقائل أن يقول حاصل هذا التعليل القياس ولا مجال له في هذا الباب لان الدية من المقدرات الشرعية ولا يجرى القياس في المقادير على ما نصوا عليه ثم ان صاحب العناية قال في تعليل قوله فكذا في أطرافها وأجزائها اعتبار ارجاها بالثلث وما فوقه لثلاثين مخالفة

ماروينا به يومه وأن حالها أنقص من حال الرجل قال الله تعالى وللرجال عليهن درجة ومنفعة أقل لا يتمكن من التزوج قال بأكثر من زوج واحد وقد ظهر أثر النقصان في التنصيف في النفس فكذا في أطرافها وأجزائها اعتبار ارجاها بالنفس وبالثلث وما فوقه لثلاثين مخالفة التبع للاصل والحديث المروي نادر ومثل هذا الحكم الذي يحمله عقل كل عاقل لا يمكن اثباته بالشاذ النادر وقول سعيد انه السنه يريد به سنة زيد فان كبار الصحابة أفتوا بخلافه ولو كانت سنة الرسول عليه السلام لما خالفوها

(قوله والصواب) أقول مقول القول (قوله ومثل هذا الحكم يحمله عقل كل عاقل) أقول وهو أن يقل الارش اذا كان مصابها أكثر وألها أشد على ما مر آنفاً (قوله ولو كانت سنة رسول الله عليه الصلاة والسلام لما خالفوها) أقول الموقوف في مثله كالرفوع على ما مر مراراً لا يدخل للرأى فيه خصوصاً في مثل هذا الحكم الذي يحمله عقل كل عاقل ولو لم يكن سنة لما قاله زيد رضي الله تعالى عنه فالجواب الجواب

قال (ودية المسلم والذي سواه) دية الذي كدبه المسلم رجالهم ونساؤهم كنسائهم في النفس وما دونها وكلامه على الوجه الذي ذكره واضح وقد استدل الشافعي بقوله تعالى لا يستوي أصحاب النار وأصحاب الجنة ويقول تعالى أفن كان مؤمنا يكن كان فاسقا لا يستويون ويقول صلى الله عليه وسلم المسلمون تتكافأ دماؤهم يدل على أن دماء غيرهم لا تتكافأ ولأن نقصان الكفر فوق نقصان الاقوثة وبالاقوثة تنقص الدية فبالكفر أولى وبان الرق أثر من آثار الكفر وبه تنقص الدية فبالكفر الموجب له أولى والجواب عن الآيتين أن المراد أحكام الآخرة على أنهم لا يعارضان قوله تعالى وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله والمعهود من الدية الدية في قتل المؤمن وعن الحديث بأنه مفهوم مخالفة وهو ليس بحجة وعن المعقول بان نقصان بالاقوثة والرق من حيث النقصان في المالكية فان المرأة تملك المال دون النكاح وكذلك الرق يوجب نقصان المالكية والذي يساوي المسلم في المالكية فكذلك في الدية ولا يرتاب أحد أن نفس كل شخص أعز عن يده من المال والذي يساوي المسلم في ضمان ماله اذا أتلف في النفس أولى وان لم يكن لنا في المسئلة الا ما روى الزهري أن دية الذي كانت مثل دية المسلم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر وعثمان فلما كان زمن معاوية جعلها على النصف وما روى عن علي رضي الله عنه لشهرته انما بذلوا الجزية لتسكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كموالنا وما روى عن ابن مسعود دية الذي مثل دية المسلم وما روى عكرمة عن (٣٠٧) ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم ودي

فما قتل عائة من الابل  
لكان لنا من الظهور في  
المسئلة ما لا يخفى على أحد

فصل فيما دون النفس

لما فرغ من ذكر النفس  
ذكر ما هو متبع لها وهو  
مادونها قال (وفي النفس  
الدية وقد ذكرناه) وأعاد  
ذكر النفس في فصل ما دون  
النفس عميد الذي كرما بعده  
وقوله ذكرناه يعني في أوائل  
الجنابات ومعنى قوله في  
النفس الدية يجب الدية  
بسبب اتلافها كما يقال في  
النكاح حل ومنه قوله  
عليه السلام في خمس من الابل  
السائمة شاة وقوله (وفي

قال (ودية المسلم والذي سواه) وقال الشافعي دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم ودية المجوسى ثمانمائة درهم وقال مالك دية اليهودي والنصراني ستة الاف درهم لقوله عليه السلام عقل الكافر نصف عقل المسلم والكل عنده اثنا عشر ألفا والشافعي ما روى أن النبي عليه السلام جعل دية اليهودي والنصراني أربعة الاف درهم ودية المجوسى ثمانمائة درهم ولنا قوله عليه السلام دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار وكذلك قضى أبو بكر وعمر رضي الله عنهما وما رواه الشافعي رحمه الله لم يعرف راويه ولم يذكر في كتب الحديث وما روى عنه أشهر مما رواه مالك فإنه ظهر به عمل الصحابة رضي الله عنهم

فصل فيما دون النفس قال (وفي النفس الدية) وقد ذكرناه قال (وفي المارن الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية) والاصل فيه ما روى سعيد بن المسيب رضي الله عنه أن النبي عليه السلام قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله عليه السلام لعمر بن حزم رضي الله عنه والاصل في الاطراف أنه اذا قوت جنس منفعة على الكمال أو زال جبالا المقصود في الآدمي على الكمال يجب كل الدية

التبع للاصل وتبعه العيني أقول لما منع أن يمنع بطلان اللازم اذا محذور في مخالفة التبع الذي هو الاطراف للاصل الذي هو النفس في بعض الاحكام ألا يرى أن القصاص يجري بين الرجل والمرأة ولا يجري بينهما فيما دون النفس عندنا كما مر في كتاب الجنابات فلم لا يجوز المخالفة بين النفس ومادونها في حكم الدية أيضا

فصل (الدية) فيما دون النفس لما ذكر حكم الدية في النفس ذكر في هذا الفصل حكمها فيما دون

المارن الدية) يعني فيما دون قصبة الأنف وهو ما لان منه كل ما لا تاتي له في البدن عضو اكان أو معنى مقصودا يجب بان تلافه كمال الدية ومن الاعضاء ما هو افراد كالانف واللسان والذكر ومنها ما هو مزدوج كالعينين والاذنين والحاجبين والشفتين واليدين وتدي المرأة والاثنتين والرجلين ومنها ما هو أربع كاشفار العينين ومنها ما هو أعشار كأصابع اليدين والرجلين ومنها ما زاد على ذلك كالاسنان (والاصل في الاطراف أنه اذا قوت جنس منفعة على الكمال أو زال جبالا المقصود في الآدمي على الكمال يجب كل الدية) وقيد المنفعة والجبال بالكمال لان غير الكامل لا يجب فيه كل الدية وان كان فيه تفويت عضو مقصود كما اذا قطع لسان الاخرس أو آلة الخصى والعين واليد والسلاخ والرجل العرجاء والعين العوراء والسن السوداء لا يجب القصاص في العمود ولا الدية في الخطا لأنه لم يفوت جنس منفعة ولا قوت جبالا على الكمال وانما فيه حكومة عدل وأما اذا أتلف الكامل فيجب فيه كمال الدية

(قوله والمعهود من الدية الدية في قتل المؤمن) أقول فيه أنه لا دلالة على العهد ويجوز أن يكون الحديث ميبنا للمراد (قوله في النفس أولى) أقول ولا ينتقض بالمرأة لثبوتها بالآثر

فصل فيما دون النفس (قال المصنف وفي النفس الدية) أقول أي يجب الدية بسبب اتلافها في السببية (قوله كما اذا قطع لسان الاخرس الى قوله والعين العوراء والسن السوداء) أقول من قبيل علقها تبنا وما باردا اذا الواقع في العين والسن القلع والكسر

(لاتلافه كل النفس من وجهه وهو ملحق بالانلاف من كل وجهه تعظيماً لا دمي أصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها في اللسان والانف وعلى هذا تنسحب فروع كثيرة) فان كان جنس المنفعة أو الكمال قائماً بعضواً واحداً فعند اتلافه يجب كمال الدية وان كان قائماً بعضوين ففي كل واحد منهما نصف الدية وان كان قائماً بأربعة أعضاء ففي كل واحد منها ربع الدية وان كان قائماً بعشرة ففي كل واحد منها عشر الدية وان كان قائماً بأكثر ففي كل واحد منها نصف عشر الدية وكلامه واضح وقوله (قيل تقسيم الدية على عدد الحروف) يعني على جلة الحروف مما تعلق باللسان وغيره وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان قال في النهاية هي الالف والتاء والناء والجيم والدال والراء والزاي والسين (٣٠٨) والشين والصاد والظاء واللام والنون وفي كون الالف

لاتلافه النفس من وجهه وهو ملحق بالانلاف من كل وجهه تعظيماً لا دمي أصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها في اللسان والانف وعلى هذا تنسحب فروع كثيرة فنقول في الانف الدية لانه أزال الجمال على الكمال وهو مقصود وكذا اذا قطع المارن أو الأرنيسة لما ذكرنا ولوقطع المارن مع القصبة لا يزداد على دية واحدة لانه عضو واحد وكذا اللسان لفوات منفعة مقصودة وهو النطق وكذا في قطع بعضه اذا منع الكلام لتفويت منفعة مقصودة وان كانت الآلة قائمة ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل تقسم على عدد الحروف وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فيقدر المالا بقدر يجب وقيل ان قدر على أداء أكثرها يجب حكومة عدل لحصول الافهام مع الاختلال وان عجز عن أداء الأكثر يجب كل الدية لان الظاهر أنه لا تحصل منفعة الكلام وكذا الذكر لانه يفوت به منفعة الوطء والابلاذ واستمسك البول والرمي به ودفق الماء والابلاج الذي هو طريق الاعلاق عادة وكذا في الحشفة الدية كاملة لان الحشفة أصل في منفعة الابلاج والدفق والقصبة كالتابع له قال (وفي العقل اذا ذهب بالضرب الدية) لفوات منفعة الادراك اذ به يتفجع بنفسه في معاشه ومعاده (وكذا اذا ذهب سمعه أو بصره أو شمّه أو ذوقه)

من ذلك نظر لانه من أقصى الخلق على ما عرف فالمل يمكنه اتيان حرف منها يلزمه ما يخصه من الدية روي أن رجلاً قطع طرف لسان رجل في زمان على رضى الله عنه فأمره أن يقرأ ابنته فكلاماً قرأ حرفاً سقط من الدية بقدر ذلك وما لم يقرأ أو جيب من الدية بحسابه وهذا يدل على صحة القيل الاول وبه صححه شيخ الاسلام وبان اقامة بعض الحروف وهو ما لا يفتقر الى اللسان ان تهيأت بدون اللسان لكن الافهام الذي هو المقصود لا يتهيأ فيجب الامتسان بالجميع وكذا اذا ذهب سمعه أو بصره اختلف طرق التعبير عن معرفة ذهاب هذه الحواس فقيل اذا صدقه الجاني أو استخلفه على البتات ونكل ثبت قوامها وقيل يعتبر فيه الدلائل الموصلة الى ذلك فان لم

النفس لان الاطراف تابعة للنفس فاتبع ذكر حركاتها أيضاً تحقيقاً للنسبة (قوله أصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها في اللسان والانف) قال في الكافي وغاية البيان فقسنا عليه غيره اذا كان في معناه انتهى أقول فيه من نظر لان الدية من المقدرات الشرعية والقياس لا يجري فيها على ما عرف فالصواب عندي هنا أن يقال فألحقنا به غيره دلالة (قوله ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل تقسم على عدد الحروف وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فيقدر المالا بقدر يجب) قال جمهور الشراح والحروف التي تتعلق باللسان هي الالف والتاء والناء والجيم والدال والراء والزاي والسين والشين والصاد والظاء واللام والنون انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك عن النهاية وفي كون الالف من ذلك نظر لانه من أقصى الخلق على ما عرف انتهى أقول نظره ساقط اذا الظاهر أن مراد جمهور الشراح بالالف والتاء والناء وغيرهما ما ذكرناه وهو الالفاظ التي يتججى بها لا الحروف المبسوطة التي يتركب منها الكلام والذي من أقصى الخلق انما هو الحرف الذي يقع جزء الكلام كما في أول أخذوا وسط سأل وأخرف الحرف الذي يتججى به وهو لفظ ألف اذ هو مركب من ثلاثة أجزاء متعلق باللسان بواسطة جزئه الاوسط الذي هو اللام فنسأنا نظراً صاحب العناية عدم وقوفه على مرادهم كيف ولو كان مرادهم ما توهمه لذكروا الهمزة بدل الالف كما لا يخفى فان قلت الالفاظ التي يتججى بها أسماء مسميات الحروف المبسوطة التي ركب منها الكلام كما حققه صاحب الكشاف في

يحصل العلم بذلك يعتبر فيه الدعوى والانسكار فطريق معرفة السمع أن يتغافل وينادي فان أجاب علم أنه لان

يسمع وحكي الناطق عن أبي حازم القاضي أن امرأة تطارشت في مجلس حكمه فاشتغل بالقضاء عن النظر اليها ثم قال لها فجأة غطي عورتك فانظرت وتساوت الى جمع ثيابها وظهر مكرها وطريق معرفة ذهاب البصر أن يستقبل الشمس مفتوح العين فان دمعت عينه علم أن الضوء باق وان لم تدمع علم أن الضوء ذاهب وذكر الطحاوي أنه يلقى بين يديه حية فان هرب من الحية علم أنه لم يذهب بصره وطريق معرفة الشم بان يوضع بين يديه مال رائحة كريهة فان نفر عنها علم أنه لم يذهب شمّه

(قوله أو استخلف على البتات) أقول أي لا على العلم لانه فعل نفسه



وقوله (لان كل واحد منها منفعة مقصودة) يعني ليس فيها استنباع كل واحد منها الاخر بخلاف قتل النفس حيث لا يجب الادوية واحدة لان الاطراف تتبع النفس اما الطرف فلا يتبع طرفا اخر وجم ذان يدفع ما قبل لومات من الشجة لم تزل به الايدى واحدة فبفوات هذه المنافع بدون الموت أولى فان في الموت استنباعا دون عدمه وعلى ذلك ما روي عن عمر كاذ كرفي الكتاب وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لانه يعوت به منفعة الجمال قالوا والحق رأس انسان أو لحينه لا يطالب (٣٠٩) بالدينة حالة الخلق بل يؤجل سنة

لتصور النبات فان مات قبل مضي السنة ولم ينبت فلا شيء على الخالق وقالا فيه حكومة وشعر الرجل والمرأة والصغير والكبير في ذلك سواء وقوله (كفي الاذنين الشاخصين) أي المرتفعتين وصفها لدفع ارادة السمع وقوله (انه يجب فيها كمال القيمة) هي رواية الحسن عن أبي حنيفة اعتبروا بالدينة في الحرف لغوات الجمال (والتخرج على الظاهر) وهو انه يجب نقصان القيمة وقوله (هو الاصح) احتراز عما قال بعض مشايخنا يجب فيه كمال الدينة لانه عضو على حدة ويقوت به الجمال وقوله (ويستوى الخطأ والعمد) يعني كالتحجب الدينة في حلق الرأس واللحمة خطأ فكذلك اذا حلقتهما عدائيل وصورة خلقهما خطأ أن نظنه مباح الدم فخلق الولي لحينه ثم ظهر أنه غير مباح الدم قبل موجب القصاص موجودا اذا كان عدائلا المتع عنه مع الامكان وأجيب بأن القصاص عقوبة والعقوبة

لان كل واحد منها منفعة مقصودة وقد روي أن عمر رضي الله عنه قضى بأربع ديات في ضربة واحدة ذهبها العقل والكلام والسمع والبصر قال (وفي اللعبة اذا حلفت فلم تنبت الدينة) لانه يفوت به منفعة الجمال قال (وفي شعر الرأس الدينة) لما قلنا وقال مالك وهو قول الشافعي يجب فيه حكومة عدل لان ذلك زيادة في الاذى ولهذا يحلق شعر الرأس كله واللحمة بعضها في بعض البلاد وصار كشعر الصدر والساق ولهذا يجب في شعر العبد نقصان القيمة ولنا أن اللحية في وقتها جمال وفي حلقها تفويتها على الجمال فوجب الدينة كما في الاذنين الشاخصين وكذا شعر الرأس جمال ألا ترى أن من عدمه خلقه يتكافى في ستره بخلاف شعر الصدر والساق لانه لا يتعلق به جمال وأما لحية العبد فعن أبي حنيفة أنه يجب فيها كمال القيمة والتخرج على الظاهر أن المقصود بالعبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال بخلاف الحر قال (وفي الشارب حكومة عدل هو الاصح) لانه تابع للحية فصارت كعضء أطرافها (ولحية الكوسج ان كان على ذقنه شعرات معدودة فلا شيء في حلقه) لان وجوده يشينه ولا يزينه (وان كان أكثر من ذلك وكان على الخدود والذقن جميعا لكانه غير متصل فيه حكومة عدل) لان فيه بعض الجمال (وان كان متصلا ففيه كمال الدينة) لانه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال وهذا كله اذا فسد الميت فان نبتت حتى استوى كما كان لا يجب شيء لانه لم يبق أثر الجناية ويؤدب على رنكابه ما لا يحل وان نبتت بيضاء فعن أبي حنيفة أنه لا يجب شيء في الحرس لانه يزيد به جمال وفي العبد يجب حكومة عدل لانه ينقص قيمته وعندهما يجب حكومة عدل لانه في غيرا وانه يشينه ولا يزينه ويستوى العمد والخطأ على هذا الجمهور (وفي الحاجبين الدينة وفي احداهما نصف الدينة) وعند مالك والشافعي رجهما والله يجب حكومة عدل وقد مر الكلام فيه في اللحية

أول سورة البقرة وجهور الشراح انما عددوا الالف ونظائرهم من الحروف التي تتعلق باللسان فكيف يصح أن يكون مرادهم بذلك ما يتبعي به من الالفاظ قلت قد وقع في عبارات المتقدمين اطلاق الحروف على تلك الالفاظ مسامحة استعمالا للحرف في معنى الكلمة كما نص عليه أيضا صاحب الكشاف هناك وكلام هؤلاء الشراح هنا بل كلام المصنف أيضا جار على ذلك الاصطلاح الشائع فيما بين القوم ولهذا يقولون لها حروف التهجى فان قلت لم يريدوا بالحروف ههنا الحروف المسبوطة التي يتركب منها الكلم ولم يخرجوا الالف من عدد الحروف التي تتعلق باللسان قلت لعلى سر ذلك أن لفائف من الحروف انما يعرف بالامتحان والامتحان انما يكون في العادة بحروف التهجى كما وقع بها في قصة علي رضي الله عنه وهي ما روي أن رجلا قطع طرف لسان رجل في زمن علي رضي الله عنه فأمره أن يقرأ ا ب ت ث فكلما قرأ حرفا أسقط من الدينة بقدر ذلك وما لم يقرأ أوجب من الدينة بحسابه وهو الاصل في هذا الباب كما صرح به في الشروح وغيرها فغير واهمنا في العبارة والارادة على وفق ذلك تأمل تغف (قوله وان كان متصلا ففيه كمال الدينة لانه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال) أقول يرد على ظاهر هذا التعليل أنه يناق في سابق كلامه فانه قسم لحية الكوسج على ثلاثة أقسام وجعل منها ما كان متصلا فقوله لانه ليس بكوسج في تعليل قوله وان كان متصلا ففيه كمال الدينة

لانتبت الا بالنص أو دلالة ولا نص في الشعور وليست في معنى المنصوص وهو الجروح لانه لا يحتاج في تفويتها الى الجراحة والضرب ولا يتوهم فيها السراية كما توهم في الجراحات وليس فيه امانة ذى الروح فلا يجوز الحاقها بالمنصوص دلالة كالأبجوز قياسا

(قوله يعني ليس فيها استنباع كل واحد منها الاخر بخلاف قتل النفس) أقول الاولى اسقاط لفظ كل (قوله وليس فيه امانة ذى الروح) أقول أي ليس في الشعر روح

قال (وفي العينين الدية) الاصل الذي ذكرناه في صدر الفصل يشمل هذه الفروع كلها والاشفار جمع شعر بالضم قال المصنف يحتمل أن مراده الاهداب مجازا وعلية قال ذلك دفعا لخطئه من خطأ محمد في اطلاق الاشفار على الاهداب قالوا الاشفار منابت الشعر وهي حروف العينين واطرافها والشعور التي عليها (٣١٠) تسمى الهدب فقال المصنف يحتمل أن مراده الاهداب فيكون مجازا

قال (وفي العينين الدية وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية وفي الاذنين الدية وفي الاثنتين الدية) كذا روى في حديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه عن النبي عليه السلام قال (وفي كل واحد من هذه الاشياء نصف الدية) وفيما كتبه النبي عليه السلام لعمر بن خزم وفي العينين الدية وفي احدى اهما نصف الدية ولان في تقويت الاثنتين من هذه الاشياء تقويت جنس المنفعة أو كمال الجمال فيجب كل الدية وفي تقويت احدى اهما تقويت النصف فيجب نصف الدية قال (وفي ثديي المرأة الدية) لما فيه من تقويت جنس المنفعة (وفي احدى اهما نصف دية المرأة) لما يباين اختلاف ثدي الرجل حيث يجب حكومة عدل لانه ليس فيه تقويت جنس المنفعة والجمال (وفي حلمي المرأة الدية كاملة) لفوات جنس منفعة الارضاع وامساك اللبن (وفي احدى اهما نصفها) لما يباينها قال (وفي اشفار العينين الدية وفي احدى اربع الدية) قال رضي الله عنه يحتمل أن مراده الاهداب مجازا كما ذكره محمد في الاصل للجواز كالراوية للقرنة وهي حقيقة في البعير وهذا لانه يفوت الجمال على الكمال وجنس المنفعة وهي منفعة دفع الاذى والقذى عن العين اذ هو يندفع بالهدب واذا كان الواجب في الكل كل الدية وهي اربعة كان في احدى اربع الدية وفي ثلاثة منها ثلاثة ارباعها ويحتمل أن يكون مراده منبت الشعر والحكم فيه هكذا (ولو قطع الجفون باهدابها ففيه دية واحدة) لان الكل كشي واحد وصار كالمارن مع القصبه قال (وفي كل اصبع من اصابع اليدين والرجلين عشر الدية) لقوله عليه السلام في كل اصبع عشر من الابل ولان في قطع الكل تقويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشر فتقسم الدية عليها قال (والاصابع كلها سواء) لاطلاق الحديث ولانها سواء في اصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة فيه كاليمين مع الشمال وكذا اصابع الرجلين لانه يفوت بقطع كلها منفعة المشي فيجب الدية كاملة ثم فيها عشر اصابع فتقسم الدية عليها اعشارا قال (وفي كل اصبع فيها ثلاثة مفاصل فسي احدى اثلث دية الاصبع وما فيها مفاصلان في احدى اهما نصف دية الاصبع) وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع قال (وفي كل سن خمس من الابل) لقوله عليه السلام في حديث أبي موسى الأشعري رضي الله عنه وفي كل سن خمس من الابل والاسنان والاضراس كلها سواء لاطلاق ما روي في بعض الروايات والاسنان كلها سواء ولان كلها في أصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاصل كالايدى والاصابع وهذا اذا كان خطأ فان كان عددا ففيه القصاص وقد مر في الجنائيات قال (ومن ضرب عضوا فاذهب منفعة ففيه دية كاملة كاليدين اذا شلت والعين اذا ذهب ضوءها)

لجوازته من ذكر المحل واردة  
الحال ويحتمل أن مراده الحقيقة فان في تقويت كل واحد من المحل والحال تقويت جنس المنفعة والجمال على الكمال على ما ذكر في الكتاب وقوله (وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع) يعني أن عشر الدية الواجب بازاء كل اصبع انما هو بمقابلة مفاصلها فا فيه ثلاثة مفاصل كان لكل منها ثلثه وما فيه مفاصلان كان لكل منها نصفه وقوله (والاسنان والاضراس كلها سواء) قالوا فيه نظر والصواب أن يقال والاسنان كلها سواء ويقال والانياب والاضراس كلها سواء لان السن اسم جنس يدخل تحته اثنان وثلاثون أربع منها ثنانيا وهي الاسنان المتقدمة اثنتان فوق واثنان أسفل ومثلها رباعيات وهي ما يلي الثنانيا ومثلها ثنانيا تلي الرباعيات ومثلها ضواحل تلي الانياب واثنان عشرة سنا تسمى بالطواحن من كل جانب ثلاث فوق وثلاث أسفل وبعدها سن وهي آخر الاسنان يسمى ضر من الحلم لانه ينبت بعد البلوغ وقت كمال العقل فلا يصح أن يقال

ينافي ذلك والجواب أن مراده بقوله لانه ليس بكوسج انه ليس بكوسج حقيقة وان كان في صورة الكوسج والذي قسم لحينه على ثلاثة اقسام في سياق كلامه أعم من الكوسج الحقيقي والصورى فلا منافاة (قوله والاسنان والاضراس كلها سواء) قال في العناية قالوا فيه نظر والصواب أن يقال والاسنان كلها سواء أو يقال والانياب والاضراس كلها سواء لان السن اسم جنس يدخل تحته اثنان وثلاثون أربع منها ثنانيا وهي الاسنان المتقدمة اثنتان فوق واثنان أسفل ومثلها رباعيات وهي ما يلي الثنانيا ومثلها ثنانيا تلي الرباعيات ومثلها ضواحل تلي الانياب واثنان عشرة سنا تسمى بالطواحن من كل جانب ثلاث فوق وثلاث أسفل وبعدها سن وهي آخر الاسنان يسمى ضر من الحلم لانه ينبت بعد البلوغ

الاسنان والاضراس سواء لعوده الى معنى أن يقال الاسنان وبعضها سواء فاذا ضرب رجل رجلا حتى سقطت لانه أسنانه كلها كانت عليه دية وثلاثة أخماس الدية وهي من الدراهم ستة عشر ألف درهم وليس في البدن جنس عضو يجب تقويته أكثر من مقدار الدية سوى الاسنان ومن الناس من فضل الطواحن على الضواحل لما فيه من زيادة المنفعة وهو خلاف النص

وقوله (لان المتعلق) يعنى الذى يتعلق به وجوب كل الدية هو تفويت جنس المنفعة لافوات الصورة (فان قيل لانسئل) ان فوات الصورة ليس متعلق وجوب الدية بل الجمال أيضا مقصود كما تقدم فى حلق الحاجبين والحية وليس أحدهما أولى باستنابحه الآخر فيكون المحصر فى غير موقعه أجيب بان الجمال مقصود فى عضولا يكون المقصود منه المنفعة وأما اذا كان فالجمال تابع الأثرى أنه اذا قطع اليد الشلاء تجب حكومة عدل لا الدية لان المقصود باليد

( ٣١١ )

من حيث تفويت الجمال فاذا اجتمع جعل الجمال تابعا أيضا لانه اذا كان تابعا عند الانفراد فلان يكون تابعا عند الاجتماع فوجود المستنبح أولى وقوله (تفويت جنس المنفعة) يعنى منفعة التسلسل وقوله (لانه فوت جمالا على الكمال) هو استقامة القامة قبل وفى نفسه وقوله تعالى لقد خلقنا الانسان فى أحسن تقويم أى منتصب القامة وهى تزول بالحدوبة

فصل فى الشجاج

لما كان الشجاج نوعا من أنواع مادون النفس وتكاثر مسائله ذكره فى فصل على حدة قال (الشجاج عشرة) ووجه ذلك أن قطع الجلد لا بد منه للشجة وبعد القطع اما أن يظهر الدم أولا والثانى هو الحارصة والاول اما أن يسيل الدم بعد الاظهار

(قوله كما تقدم فى حلق الحاجبين) أقول ولك أن تقول فى الحاجب منفعة فانه يرد العرق عن العين ويفرقه ذكرا الكاكي لكنه

لان المتعلق تفويت جنس المنفعة لافوات الصورة (ومن ضرب صلب غيره فانقطع ماؤه تجب الدية) لتفويت جنس المنفعة (وكذا لو أحده) لانه فوت جمالا على الكمال وهو استواء القامة (فلوزالت الحدوبة لاشئ عليه) لزوالها عن أثر (فصل فى الشجاج) قال (الشجاج عشرة الحارصة) وهى التى تحرس الجلد أى تحمسه ولا تخرج الدم (والدامعة) وهى التى تظهر الدم ولا تسيله كالدمع من العين (والدامية) وهى التى تسيل الدم

وقت كمال العقل فلا يصح أن يقال الاسنان والاضراس سواء لعوده الى معنى أن يقال الاسنان وبعضها سواء انتهى أقول فى هذا النظر بالغة مردودة حيث قيل فى أوله والصواب أن يقال وفيه اشارة الى أن ما فى الكتاب خطأ وقيل فى آخره فلا يصح أن يقال الاسنان والاضراس سواء وفيه تصريح بعدم صحة ما فى الكتاب مع أن تصحيحه على طرف التمام فان عطف الخاص على العام طريقة معروفة قد ذكرت مزيتها فى علم البلاغة وله أمثلة كثيرة فى التنزيل منها قوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلوة الوسطى ومنها قوله تعالى من كان عدوا لله وملائكته ورسوله وجبريل وميكال فجاز أن يكون ما نحن فيه من قبيل ذلك ويعود حاصل معناه الى أن يقال الاضراس وما عداها من الاسنان سواء فانه اذا عطف الخاص على العام يراد بالعموم عليه ما عدا المعطوف من أفراد العام كما صرحوا به فلا يلزم المحذور ثم ان قوله أو يقال والانياب والاضراس كلها سواء معارض بمثل ما أورد على ما فى الكتاب فان الاضراس نعم الانياب كما أفصح عنه فى المغرب حيث قال الاضراس ما سوى الشيا من الاسنان وكذا ذكر فى النهاية وغيرها يعوده معنى قوله والانياب والاضراس سواء الى أن يقال وبعض الاضراس والاضراس كلها سواء لمثل ما ذكر فى الاراد على ما فى الكتاب فلامعنى لان يكون ذلك صوابا دون ما فى الكتاب نعم الاظهر فى افادة المراد ههنا أن يقال والاسنان كلها سواء على ما جاء به لفظ الحديث أو أن يقال والاضراس والشيا كلها سواء بالجمع بين النوعين كما ذكر فى المسوط

فصل فى الشجاج

لما كان الشجاج نوعا من أنواع مادون النفس وتكاثرت مسائله اسما وحكما ذكره فى فصل على حدة كذا فى الشروح قلت لو ذكر المصنف لفظ الباب بدل لفظ الفصل فى قوله فصل فيما دون النفس ثم ذكر الشجاج التى هى نوع من أنواع مادون النفس فى فصل وذكرا أنواعه التى سبقت فى الفصل الا فى فصل آخر أيضا كان أحسن وأوفق لما هو المعتاد فى نظائره كما لا يخفى (قوله والدامعة وهى التى تظهر الدم ولا تسيله كالدمع من العين والدامية وهى التى تسيل الدم) أقول تفسير الدامعة والدامية من الشجاج بهذا الوجه الذى ذكره المصنف وان وقع فى كثير من الكتب المعتمدة من الفقه كالبدايع والسكافي وعامة الشروح واقضاه ترتيب القدرى فى مختصره حيث قدم الدامعة على الدامية وصرح به فى شرحه لمختصر الكرخى الا أنه منظوره عنده لانه مخالف لما ذكر فى عامة كتب اللغة الموثوق بها فانه قال فى المغرب الدامعة من الشجاج هى التى يسيل منها الدم كدمع العين

كلام على السند (قوله لا يرى أنه اذا قطع اليد الشلاء تجب حكومة عدل لا الدية) أقول ولك أن تقول انما تجب الدية فى اليد الشلاء لان الزينة فيها ليست بكاملة لا يرى أن الانسان يتجمل بها عند من لا يعرف حالها وأما عند من يعرف حالها فلا جمال فيها واذا لم تكمل الزينة لم يكمل الارش بل وجب الحكومة (قوله فاذا اجتمع جعل الجمال تابعا أيضا) أقول لو كان تابعا لم يجب شئ بتفويته والله تعالى أعلم

فصل فى الشجاج

(قوله ووجه ذلك أن قطع الجلد) أقول فيه أن الحدس لا يطلق عليه القطع فى المتعارف والموجود فى الثلاث الاول ذلك

أولاً والثاني هو الدامعة والأول إما أن يقطع بعض اللحم أولاً والثاني هو الدامة والأول إما يكون قطع أكثر اللحم الذي بينه وبين العظم أولاً والثاني هو الباضعة والأول إما أن أظهر الجلد الرقيقة الحائثة بين اللحم والعظم وألاً والثاني هو المتلاحة والأول إما أن يقتصر على الاظهار أو يتعدى والأول هو السمحاق (٣١٣) والثاني إما أن يقتصر على اظهار العظم وألاً والأول هو المتلاحة والثاني إما أن يقتصر على نقل العظم وتحويله من غير وصوله الى الجلد التي بين العظم والدماع وألاً والأول هو المنقلة والثاني هو الآمة وهي العائنة ولم يذكر ما بعدها وهي الدامعة بالعين المجمة وهي التي تخرج الدماغ لان النفس لا تبقى بعدها عادة فكان ذلك قتلا

أن يقتصر على كسر العظم (والباضعة) وهي التي تبضع الجلد أي تقطعه (والمتلاحة) وهي التي تأخذ في اللحم (والسمحاق) وهي التي تصل الى السمحاق وهي جلد رقيقة بين اللحم وعظم الرأس (والموضحة) وهي التي توضع العظم أي تبينه (والهاشمة) وهي التي تهشم العظم أي تكسره (والمنقلة) وهي التي تنقل العظم بعد الكسر أي تحوله (والآمة) وهي التي تصل الى أم الرأس وهو الذي فيه الدماغ قال (في موضحة القصاص ان كانت عمدا) لما روي أنه عليه السلام قضى بالقصاص في الموضحة ولأنه يمكن أن ينهسي السكين الى العظم فينساويان فيتحقق القصاص قال (ولاقصاص في بقية الشجاج) لانه لا يمكن اعتبار المساواة فيها لانه لا حديدته الى السكين اليه ولان فيما فوق الموضحة كسر العظم ولاقصاص فيه وهذا رواية عن أبي حنيفة وقال محمد في الاصل وهو ظاهر الرواية يجب القصاص فيما قبل الموضحة لانه يمكن اعتبار المساواة فيه اذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف هلاك غالب فيسبر غوره بما يسبأ ثم تتخذ حديدته بقدر ذلك فيقطع به مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص قال (وفيما دون الموضحة حكومة عدل) لانه ليس فيها أرض مقدر ولا يمكن اهداره فوجب اعتباره بحكم العدل وهو ما تورع عن النخعي وعمر بن عبد العزيز قال (وفي الموضحة ان كانت خطأ نصف عشر الدية وفي الهاشمة عشر الدية وفي المنقلة عشر الدية ونصف عشر الدية وفي الآمة ثلث الدية

وقبلها الدامية وهي التي تدمى من غير أن يسيل منها دم انتهى وقال في الصحاح والدامعة من الشجاج بعد الدامية قال أبو عبيد الدامية هي التي تدمى من غير أن يسيل منها دم فأذنا من الدم فهي الدامعة بالعين غير مجمة انتهى وقال في القاموس والدامعة من الشجاج بعد الدامية اه الى غير ذلك من معتبرات كتب اللغة وسيجي من المصنف التصريح بان الحكم في الشجاج مرتب على الحقيقة القوية في الصحيح فلا مجال للعمل على الاصطلاح المحض ثم أقول الصحيح المطابق للغة في تفسير الدامية والدامعة من الشجاج وترتيبهما ما ذكر في المحيط البرهاني نقلاً عن الطحاوي حيث قال فيه اعلم أن أول الشجاج الحارصة بالحاء المهملة وهي التي تشق الجلد مأخوذة من قولهم حرص القصار الثوب اذا شقه في الدق ولا تدميه ثم الدامية وهي التي تخدش الجلد وتدميه ولا تسيل الدم هكذا ذكر الطحاوي وذكر شيخ الاسلام هي التي تقشر الجلد وتدميه سواء كان سائلاً أو غير سائل ثم الدامعة وهي التي تدمى وتسيل الدم هكذا ذكر الطحاوي في كتابه وذكر شيخ الاسلام هي التي تسيل الدم أكثر مما يكون في الدامية من السيلان مأخوذة من دمع العين فكانها سميت بهذا الاسم لان الالم يصل الى صاحبها فتدمع عيناه بسبب ما يجرد من الالم الى هنا لفظ المحيط فتبصر (قوله والباضعة وهي التي تبضع الجلد أي تقطعه) أقول في تفسير الباضعة بما ذكره المصنف فتور وان تابعه صاحب الكافي وكثير من المتأخرين فيه لان قطع الجلد متحقق في الصورة الاولى أيضاً سمي في الدامعة والدامية اذا الظاهر أن شيئاً من اظهار اللحم واسالته لا يتصور بدون قطع الجلد وقد صرح الشراح بتحقيق قطع الجلد في كل من الانواع العشرة للشجة فكان التفسير المذكور شاملاً لكل غير مختص بالباضعة فالظاهر في تفسير الباضعة ما ذكر في المحيط والبدائع حيث قال في المحيط ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم أي تقطعه وقال في البدائع والباضعة هي التي تبضع

وليس الكلام فيه فقد علم بالاستقراء بحسب الآثار أن الشجاج لا تزيد على ما ذكر في الكتاب وقد علم بذلك حقيقة كل واحدة منها ثم ذكر الحكم بعد ذلك وهو واضح قوله (ولان فيما فوق الموضحة) يريد ما هو أكبر شجة منها وهو الهاشمة والمنقلة والآمة وقوله (وفيما قبل الموضحة) يريد الست المتقدمة عليها من الحارصة الى السمحاق والمسبار ما يسبر به الجرح أي بقدر قدر غوره بحديدة أو غيره والمراد بقوله فيما دون الموضحة ما قبلها وهي الست المذكورة ووجوب حكومة عدل فيها انما هو

وفي

على رواية غير الاصل وأما على روايته فقد قال يجب القصاص فيما فوق الموضحة

(قوله والأول أن إما يكون قطع أكثر اللحم الذي بينه وبين العظم) أقول ضمير بينه راجع الى الجلد في قوله ووجه ذلك أن قطع الجلد (قوله والثاني وهو الباضعة) أقول الباضعة على ما ذكره المصنف وغيره هي التي تقطع الجلد (قوله والأول إما أن يقتصر على الاظهار) أقول أي اظهار الجلد الرقيقة

وفي الجائفة ثلث الدية فان نفذت فهما جائفتان ففيهما ثلثا الدية) لما روي في كتاب عمرو بن حزم رضي الله عنه أن النبي عليه السلام قال وفي الموضحة نجس من الابل وفي الهاشمية عشر وفي المنفصلة خمسة عشر وفي الآمة ويروي المأمومة ثلث الدية وقال عليه السلام في الجائفة ثلث الدية وعن أبي بكر رضي الله عنه أنه حكم في جائفة نفذت الى الجانب الآخر بثلثي الدية ولائها اذا نفذت نزلت منزلة جائفتين احدهما من جانب البطن والاخرى من جانب الظهر وفي كل جائفة ثلث الدية فللهذا وجب في السافذة ثلثا الدية وعن محمد أنه جعل المتلاجة قبل الباضعة وقال هي التي يتلاحم فيها الدم ويسود وما ذكرناه بدأ مروى عن أبي يوسف وهذا اختلاف عبارة لا يعود الى معنى وحكم وبعد هذا شجرة أخرى تسمى الدماغة وهي التي تصل الى الدماغ وانما يذكرونها لانها تقع قتلا في الغالب لاجنابة مقتصره منفردة بحكم على حدة ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة وما كان في غير الوجه والرأس يسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة في الصحيح حتى لو تحققت في غيرهما نحو الساق واليد لا يكون لها رأس مقدر وانما تجب حكومة العدل لان التقدير بالتوقف وهو انما ورد فيما يختص بهما

اللحم أي تقطعه انتهى وبعض ذلك ما وقع في معتبرات كتب اللغة فانه قال في المغرب وفي الشجاج الباضعة وهي التي جرحت الجلد وشقت اللحم انتهى وقال في الصحاح والياضعة الشجة التي تقطع الجلد وتشق اللحم وتدعى الا أنه لا يسيل الدم انتهى وقال في القاموس والياضعة الشجة التي تقطع الجلد وتشق اللحم شفا خفيفا وتدعى الا أنهم تسيل انتهى لا يقال فعلى هذا تشبه الباضعة بالمتلاجة فانه قال في السكاب والمتلاجة وهي التي تأخذ في اللحم وهذا في الماء عين ما نقلته عن المحيط والبدائع في تفسير الباضعة لاننا نقول من فسر الباضعة بما نقلناه من المعنى الظاهر لا يقول بتفسير المتلاجة بما ذكر في الكتاب حتى يلزم الاشتباه بل يزيد عليه قيدا وعن هذا قال في المحيط ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم أي تقطعه قال شيخ الاسلام ولا تنزع شيئا من اللحم ثم المتلاجة وهي التي تقطع اللحم وتنزع شيئا من اللحم الى هنا لفظ المحيط وقال في البدائع والياضعة هي التي تبضع اللحم أي تقطعه والمتلاجة هي التي تذهب في اللحم أكثر مما تذهب الباضعة فيه انتهى وقال في المغرب والمتلاجة من الشجاج هي التي تشق اللحم دون العظم ثم تتلاحم بعد شقتها أي تتلاحم وتتلاصق اه وقال في الصحاح والمتلاجة الشجة التي اخذت في اللحم ولم تبلغ السحماق انتهى وقال في القاموس وشجة متلاجة اخذت في نفسه ولم تبلغ السحماق انتهى (قوله وفي الجائفة ثلث الدية) قال في الايضاح الجائفة ما اتصل الى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنبين والاسم دليل عليه وما وصل من الرقبة الى الموضع الذي اذا وصل اليه الشراب كان مفطرا وما فوق ذلك فليس بجائفة انتهى وقال في النهاية ومعراج الدراية بعد نقل ذلك فعلى هذا ذكر الجائفة هنا في مسائل الشجاج وقع اتفاقا وكذا قال في العناية نقلا عن النهاية أقول نعم على ما ذكر في الايضاح يكون الامر كذلك الا أن المصنف تدارك حيث قال فيما بعد وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس أو جوف البطن يعني أنها المتناولات ما في جوف الرأس أيضا كانت من الشجاج فيما اذا وقعت في الرأس فتدخل في مسائل الشجاج باعتبار ذلك فلا يكون ذكرها في فصل الشجاج مما وقع اتفاقا (قوله ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة) قال في النهاية ومعراج الدراية وكذلك تختص بالجهة والوجنتين والذقن أيضا على ما ذكرنا من رواية الايضاح انتهى أقول ليس لهذا الكلام وجه اذا لاشك أن كلاما من الجهة والوجنتين والذقن داخل في الوجه لانهم صرحوا في أول كتاب الطهارة بان حد الوجه من قصاص الشعر الى أسفل الذقن والى شحمتي الاذن لان المواجهة تقع بهذه الجملة وهو مشتق منها وقد صرح الشراح فيما سيأتي في هذا الفصل حتى صاحب النهاية ومعراج الدراية أنفسهما أيضا بان الذقن من الوجه بلا خلاف والعظم الذي تحت الذقن وهو اللحيان

وقوله (وفي الجائفة ثلث الدية) قال في الايضاح الجائفة ما اتصل الى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنبين والاسم دليل عليه وما وصل من الرقبة الى الموضع الذي اذا وصل اليه الشراب كان مفطرا وما فوق ذلك فليس بجائفة قال في النهاية فعلى هذا ذكر الجائفة هنا في مسائل الشجاج وقع اتفاقا وذلك لان الشجاج تختص بالرأس والجهة والوجه والذقن وقوله (وهذا اختلاف عبارة لا يعود الى معنى) يعني يرجع الى ما أخذ الاشتقاق فمحمدا ذهب الى أن المتلاجة مشتقة من التعم الشبان اذا اتصل أحدهما بالآخر فالمتلاجة ما تظهر اللحم ولا تقطعه والياضعة بعدها لانها تقطعه

(قال المصنف وعن محمد أنه جعل المتلاجة قبل الباضعة الخ) أقول وعلى ما ذكره محمد تنبى التي تأخذ من اللحم غير مذكورة الا أن تعم الباضعة لها كإذ كره الامام الزيلعي وغيره من الشراح

وقوله (وأما اللحيان) يريد به العظم الذي (٣٩٤) تحت الذقن وقوله (وقد تحقق فيه معنى المواجهة) قيل عليه فيجب

أن يكون غسلها مفرضا في  
الطهارة وأجيب بأن تركنا  
هذه الحقيقة بالاجماع  
والاجماع ههنا فبقيت  
العبرة للحقيقة وقوله (ثم  
ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين)  
مثله ان كانت قيمته من غير  
جراحة تبلغ ألفا ومع  
الجراحة تبلغ تسعمائة علم  
أن الجراحة أوجب  
نقصان عشر قيمته فأوجب  
عشر الدية لان قيمة الحر  
ديته قال قاضيان والقوى  
على هذا وقوله (ينظر  
كم مقدار هذه الشجة من  
الموضحة) بيانه أن هذه  
الشجة لو كانت باضعة مثلا  
فانه ينظر كم مقدار الباضعة  
من الموضحة فان كان  
مقدارها ثلث الموضحة وجب  
ثلث أرض الموضحة وان  
كان ربع الموضحة يجب  
ربع أرض الموضحة وان كان  
ثلاثة أرباع الموضحة يجب  
ثلاثة أرباع أرض الموضحة  
قال شيخ الاسلام هذا هو  
الاصح لحديث على فانه  
اعتبر حكومة العدل في  
الذي قطع طرف لسانه بهذا  
الاعتبار ولم يعتبر بالعبء

(قال المصنف ولانه انما ورد  
الحكم فيها الخ) أقول دليل على  
عدم جواز الخاق الجراحة  
بهدالة تنفي قوله ولانه  
تسامح (قال المصنف  
وهو العضوان هذان

ولانه انما ورد الحكم فيها المعنى الشين الذي يلحقه ببقاء أثر الجراحة والشين يختص بما يظهر منها في  
الغالب وهو العضوان هذان لاسواهما وأما اللحيان فقد قيل ليسان الوجه وهو قول مالك حتى لو  
وجد فيهما ما فيه أرض مقدر لا يجب المقدر وهذا لان الوجه مشتق من المواجهة ولا مواجهة للناظر  
فيهما الا أن عندناهما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة أيضا وقالوا  
الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس أو جوف البطن وتفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوي  
أن يقوم عملوكا بدون هذا الاثر ويقوم به هذا الاثر ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين فان كان نصف  
عشر القيمة يجب نصف عشر الدية وان كان ربع عشر فربع عشر وقال الكرخي ينظر كم مقدار هذه  
الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان ما لا نص فيه يرتد الى المنصوص عليه

من الوجه أيضا عندنا خلافا لمالك فقول المصنف ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس يشمل الكل  
فبعد ذلك ما معنى أن يقال وكذلك تختص بالجبهة والوجنتين والذقن أيضا وكل من العطف وأداة التشبيه  
يقترضى المغايرة لا محالة (قوله ولانه انما ورد الحكم فيها المعنى الشين الذي يلحقه ببقاء أثر الجراحة) قال  
بعض الفضلاء دليل على عدم جواز الخاق الجراحة بهادلالة تنفي قوله ولانه تسامح انتهى أقول ان أراد  
أنه دليل على ذلك أصالة فهو ممنوع وان أراد أنه دليل أصالة على عدم وجوب أرض مقدر في الجراحة التي  
في غير الوجه والرأس ولكن يتضمن الدلالة أيضا على عدم جواز الخاق تلك الجراحة بالشجاج بدلالة فهو  
مسلم ولكن قوله في قوله ولانه تسامح ممنوع لان قوله لان التقدير بالتوقيف دليل على عدم وجوب أرض  
مقدر في الجراحة الكائنة في غير الوجه والرأس وما كان قوله ولانه انما ورد الحكم فيها الخ دليل على ذلك  
أيضا أصالة كان حق الاداء أن يقال ولانه بلا تسامح أصلا ولعل ذلك البعض انما غره نقر صاحب  
الكافي ههنا حيث قال لان الاثر بالتقدير جراه في الشجاج في الرأس والوجه وغيرهما ليس في معناها حتى  
يلحق بهما لانه انما ورد الحكم فيها المعنى الشين الذي يلحقهما ببقاء أثر الجراحة والشين انما يكون  
فيما يظهر من البدن وهو الوجه والرأس انتهى ولكن لتقرر بالمصنف شأن آخر كما ترى (قوله الا أن  
عندناهما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة أيضا) قال في  
النهاية وفي مبسوط شيخ الاسلام ويجب أن يفترض غسل اللحيان في الطهارة لانها من الوجه على الحقيقة  
الا أن تركناها هذه الحقيقة بالاجماع ولا اجماع ههنا فبقيت العبرة للحقيقة انتهى وهكذا ذكر في  
الكفاية ومعراج الدراية أيضا وأما صاحب العناية فقد ذكره على وجه السؤال والجواب حيث قال  
قيل عليه فيجب أن يكون غسلها مفرضا في الطهارة وأجيب بان تركنا هذه الحقيقة بالاجماع ولا  
اجماع ههنا فبقيت العبرة للحقيقة انتهى واقفي أثره الشارح العيني أقول في الجواب اشكال عندى  
لان اللحيان اذا كانا من الوجه على الحقيقة كانا داخلين تحت قوله تعالى فاغسلوا وجوهكم فيكون  
ترك وجوب غسلها بالاجماع نسخا لكتاب بالاجماع وقد تقرر في أصول الفقه أن الاجماع  
لا ينسخ الكتاب ولا السنة (قوله وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس أو جوف البطن)  
أقول فيه كلام وهو أن الجائفة ان تناوت ما في جوف الرأس أيضا فالتى في جوف الرأس  
منها ان كانت من أحد الانواع العشرة للشجاج فيما معنى ذكرها وبيان حكمها بعد ذلك  
الانواع باسرها وبيان حكم كل واحد منها وان لم تكن من أحد تلك الانواع بل كانت مغايرة لها فما  
معنى قوله في صدر الفصل الشجاج عشرة اذ تكون الشجاج حينئذ احدى عشرة اللهم الا  
أن يقال هي احدى تلك الانواع وهو الآمة بدلالة كون حكمها ثلث الدية وذكرها مع حكمها بعد ذلك  
تلك الانواع مع أحكامها لبيان حال قسمها الذي في جوف البطن لبيان حال قسمها الذي في جوف  
الرأس ولكنه تعسف لا يخفى

**فصل** قال (وفي أصابع اليد نصف الدية) لان في كل اصبع عشر الدية على ما روينا فكان في الخمس نصف الدية ولان في قطع الاصابع تقويت جنس منفعة البطش وهو الموجب على مامر (فان قطعها مع الكف ففيه أيضا نصف الدية) لقوله عليه السلام وفي اليدين الدية وفي احدها نصف الدية ولان الكف تسع للاصابع لان البطش بها (وان قطعها مع نصف الساعد ففي الاصابع والكف نصف الدية وفي الزيادة حكومة عدل) وهو رواية عن أبي يوسف وعنه أن ما زاد على أصابع اليد والرجل فهو تسع للاصابع الى المنكب والى الفخذ لان الشرع أوجب في اليد الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب فلا يزداد على تقدير الشرع

**فصل** في الاطراف دون الرأس لما كانت الاطراف دون الرأس ولها حكم على حدة ذكرها في فصل على حدة كذا في العناية وغيرها أقول لا يذهب على الناظر في مسائل هذا الفصل أنها غير منحصرة في الاطراف بل بعضها متعلقة بالاطراف وبعضها متعلقة بالشجاج وبعضها متعلقة بالفضل فالوجه المذكور انما يتشبه في بعض منها دون الكل فالوجه عندى أن يقال لما كانت مسائل هذا الفصل مسائل متفرقة ولهذا كانت كل مسألة منها في باب على حدة في مختصر الكرخي كما ذكر في غاية البيان أوردها المصنف في فصل على حدة وأخرها عن الفصلين المارين جريا على ما هو عادة المصنفين من جمع المسائل المتفرقات في فصل واحد وتأخيرها عن سائر الفصول تلافيا لما فات فيها الا أنه لم يصرح بكونها مسائل متفرقة كما هو المعتاد أيضا اعتمادا على فهم الناظرين (قوله وفي أصابع اليد نصف الدية) أي في أصابع اليد الواحدة نصف الدية اذ في أصابع اليدين كمال الدية كما مر أقول لقائل أن يقول لماذا ذكر فيما مر أن في كل اصبع من أصابع اليدين أو الرجلين عشر الدية كان ذلك هذه المسئلة ههنا مستدركا اذ لا شك أن خمسة اشر الدية تصف الدية فعلم قطعها مما مر أن في أصابع اليد الواحدة وهي خمس أصابع نصف الدية ولولم يكف الاستلزام والاقتضاء في حصول العلم بمسئلة بل كان لا بد فيه من التصريح بها الزم أن يذكر أيضا أن في الاصبعين عشرى الدية وفي ثلاث أصابع ثلاثة اشر الدية وفي أربع أصابع أربعة اشر الدية الى غير ذلك من المسائل المتروكة ذكرها صراحة في الكتاب ويمكن الجواب عنه بان ذلك هذه المسئلة ههنا ليس لبيان نفسها أصالة حتى يتوهم الاستدراك بل ليكون ذكرها توطئة للمسئلة المعاقبة اياها وهي قوله فان قطعها مع الكف ففيه أيضا نصف الدية فالصود بالبيان هنا أن قطع الاصابع وحدها وقطعها مع الكف سيان في الحكم وعن هذا قال في الوقاية في هذا المقام وفي أصابع يديلا كف ومعها نصف الدية (قوله ولان في قطع الاصابع تقويت جنس منفعة البطش وهو الموجب على مامر) يعني أن قطع كلهما تقويت جنس منفعة البطش وهو موجب الدية الكاملة على مامر ففي تقويت نصف منفعة البطش اللازم من قطع أصابع اليد الواحدة نصف الدية لا محالة ثم ان جمهور الشراح قالوا قوله على مامر اشارة الى قوله ولان في قطع الكل تقويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشرة فتقسم الدية عليها أقول فيه بحث اذ الظاهر ان قوله على مامر متعلق بقوله وهو الموجب لا بما قبله والالكان حق قوله وهو الموجب أن يؤخر عن قوله على مامر واذا كان قوله على مامر متعلقا بقوله وهو الموجب لم يتم أن يشار به الى ما قاله هؤلاء الشراح اذ ليس في ذلك تعرض لما هو الموجب للدية حتى يشار اليه هنا بقوله كما مر وقال صاحب الغاية هنا قوله وهو الموجب على مامر أي الموجب للدية تقويت جنس المنفعة لا تقويت صورة الآلة على مامر في فصل فيما دون النفس اه أقول هذا بعد عمدا ذهب اليه جمهور الشراح لان بيان كون الموجب للدية تقويت جنس المنفعة لا تقويت صورة الآلة مما لا فائدة له أصلا فيما نحن فيه لان المفروض فيه قطع أصابع اليد الواحدة على ما يدل عليه قوله ولان في قطع الاصابع تقويت جنس منفعة البطش دون مجرد ازالة

**فصل** لما كانت الاطراف دون الرأس ولها حكم على حدة ذكرها في فصل على حدة (في أصابع اليد نصف الدية) لان في كل اصبع عشر الدية على ما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم في كل اصبع عشر من الابل وقوله (على مامر) اشارة الى قوله ولان في قطع الكل تقويت جنس المنفعة الخ

**فصل** في أصابع اليد قال المصنف (وفي أصابع اليد نصف الدية) أقول ولا يعلم فيه خلاف

وقوله (ولاتبع للتبع) يعني واذا لم يكن تبعاً للاصابع ولا للكف وجب اعتباره على حدة اذ لوجه لاهداره ولم يرد فيه من الشارع شيء مقدر فيجب فيه حكومة عدل وأجيب عن قوله واليد اسم لهذه الجارحة بالمنع فان اليد اذا ذكرت في موضع القطع فالمراد به من مفصل الزند كما في آية السرقة وقوله (وان قطع الكف من المفصل) واضح وقوله والترجيح من حيث الذات والحكم أولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب) يعني أن الترجيح من حيث الحقيقة والشرع أما من حيث الحقيقة فهو أن البطش بالاصابع وأما من حيث الحكم فلأن الاصبع له أرش مقدور والكف ليس كذلك وما ثبت فيه التقدير شرعاً فهو ثابت بالنص وما لا تقدير فيه شرعاً فهو ثابت بالرأي وهو لا يعارض النص فكان ما ثبت فيه التقدير نصاً أولى فان المصير إلى الرأي ضرورة ولا ضرورة عندما كان ايجاب الارش المقدر (٣١٦) شرعاً ولما كان الاعتبار عند أبي حنيفة لتقدير الشرع نصاً يفرق

بين أن يكون الباقي من الاصابع واحداً أو أكثر لان للاصبع الواحد رأساً مقدر فيجعل الكف تبعاً للاصبع الواحد وكذا المفصل الواحد من الاصبع في ظاهر الرواية لان له رأساً مقدر وما بقي شيء من الاصل وان قل فلا حكم للتبع وقوله (في الاصبع الزائد حكومة عدل) يعني سواء قطع عمداً أو خطأ وسواء كان للقاطع اصبع زائدة أو لا ما دام لم يكن فلانه لا وجه الى قطع اصبع أخرى فلا يجب القصاص كمن قطع ايهام انسان وليس له ايهام ولان المساواة في القيمة شرط جريان القصاص ولم توجد لان قيمة الاصبع الزائدة حكومة عدل وقيمة الاصبع الغير الزائدة أرش مقدر فلا مساواة بينهما في

وله ما أن اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع فلم يجعل الذراع تبعاً في حق التضمين ولانه لا وجه الى أن يكون تبعاً للاصابع لان بينهما عضواً كاملاً ولا الى أن يكون تبعاً للكف لانه تابع ولاتبع للتبع قال (وان قطع الكف من المفصل وفيها اصبع واحدة ففيه عشر الدينه وان كان اصبعين فالخمس ولا شيء في الكف) وهذا عند أبي حنيفة وقال لا يتطرق الى أرش الكف والاصبع فيكون عليه الاكثر ويدخل القليل في الكثير لانه لا وجه الى الجمع بين الارشين لان الكل شيء واحد ولا الى اهدار احدهما لان كل واحد منهما أصل من وجه فربما بالكثرة وله أن الاصابع أصل والكف تابع حقيقة وشرعاً لان البطش يقوم بها وأوجب الشرع في اصبع واحدة عشر من الابل والترجيح من حيث الذات والحكم أولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب (ولو كان في الكف ثلاثة اصابع يجب أرش الاصابع ولا شيء في الكف بالاجماع) لان الاصابع أصول في التقويم وللاكثر حكم الكل فاستتبع الكف كما اذا كانت الاصابع قائمة بأسرها قال (وفي الاصبع الزائدة حكومة عدل) تشرى باللا دمي لانه جزء من يده ولكن لا منفعة فيه ولا زينة

منفعة ما بدون القطع حتى يتصور كون قول المصنف ههنا على ما مر إشارة الى ما ذكره في فصل فيما دون النفس قبيل فصل الشجاج بقوله لان المتعلق تفويت جنس المنفعة لتفويت الصورة كما زعمه صاحب الغاية بخلاف ما مر في ذلك الفصل فان وضع المسئلة هناك فممن ضرب عضواً فذهب منفعته بدون أن يقطع فليبين كون الموجب للدية تفويت جنس المنفعة لتفويت الصورة تأخير تام وفائدة ظاهرة هناك ثم أقول الاقرب الى الحق عندي أن يكون قول المصنف ههنا على ما مر إشارة الى ما ذكره في أوائل فصل فيما دون النفس من قوله والاصل في الاطراف انه اذا فوت جنس منفعة على الكمال أو زال جمالا مقصود في الآدمي على الكمال يجب كل الدية لتلافه النفس من وجه وهو ملحق بالتلاف من كل وجه تعظيماً للآدمي اه فان الظاهر منه أن الموجب للدية الكاملة في الاطراف تفويت جنس المنفعة أو ازالة الجمال المقصود في الآدمي على الكمال فتناسب الإشارة الى ههنا بقوله على ما مر في قوله وهو الموجب على ما مر (قوله وله ما أن اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع) أقول لقائل أن يقول الظاهر من هذا الكلام أن يكون لكل واحد من الكف والاصابع مدخل في البطش ومدلول قوله فيما قبل ولان الكف تبع للاصابع لان البطش بهما أن يكون الباطش هو

القيمة وأما اذا كان له اصبع زائدة فلان المساواة في القيمة يقينا بشرط جريان القصاص ولم يوجد ما قلنا ان الواجب في قطع الزائد حكومة عدل وهي تصرف بالقيمة والقيمة تعرف بالجزر والظن فلا يقين في وقوله (لانه جزء من يده ولكن لا منفعة فيه ولا زينة) قيل عليه انه منقوض بما اذا كان في ذقن رجل شعيرات معدودة فأزالها رجل ولم ينبت مثلها فانه لم يجب حكومة عدل وان كان الشعر جزء من الآدمي بدليل أنه لا يحل الانتفاع به وأجيب بان ازالة جزء الآدمي انما توجب حكومة عدل اذا بقي من أثره ما يشبهه كافي قطع الاصبع الزائدة وازالة الشعرات تزينه لا تشينه فلا توجبها كالمقص ظفر غيره بغير اذنه

(قوله وأجيب بان ازالة جزء الآدمي الخ) أقول ووجب الحكومة يدل على ذلك لانها باعتبار النقص في القيمة وذلك بالشين اللاحق به وقول الكرخي لا يمكن اعتباره في غير الرأس والوجه كما لا يخفى



وقوله (وكذلك السن الشاغية) أي الزائدة (ما قلنا) يريد قوله لأنه جزء من يده فإن السن جزء من فمه والسن الشاغية هي التي يخالف نبتايتها غيرها من الأسنان يقال رجل أشقى وامرأة شغوا ففاتها وان كانت زائدة فهي نقصان معنى وقوله (والظاهر لا يصلح حجة للالزام) إنما قيد بالالزام لأن مثل هذا الظاهر يصلح حجة لغير

(٣١٧)

هذه الاعضاء منه بقينا يخرج عن عهدة الكفارة لأن الغالب هو السلامة وقد تقدم من قبل في قوله ويجزئه رضيع قال (ومن شجر رجلا فذهب عقله أو شعر رأسه) في هذا بيان أن الجزء قد يدخل في الكل قوله (فصار كما إذا أوضعه فمات) يعني من حيث أن

ذهب العقل في معنى تبديل النفس والحاقه بالهائم أو من حيث إن العقل ليس في موضع يشار إليه فصار كالروح للجسد وقوله (وأرض الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر) لبيان الجزئية وقوله (حتى لو نبت) يعني الشعر (يسقط) يعني أرض الموضحة لبيان أن الأرض يجب بالفوات كذا في النهاية وليس بمقتضى اليه لكونه معلوماً وقوله (وقد تعلقا) يعني أرض الموضحة والديه (بسبب واحد) وهو فوات الشعر لكن سبب الديه الكل فدخول الجزء في الجملة كما إذا قطع أصبع رجل فسلت يده

(وكذلك السن الشاغية) لما قلنا (وفي عين الصبي وذكره ولسانه إذا لم تعلم صحته حكومة عدل) وقال الثاني يجب فيه دية كاملة لأن الغالب فيه العحة فأشبهه بقطع المارن والاذن ولنا أن المقصود من هذه الاعضاء المنفعة فإذا لم يعلم صحته لا يجب الأرض الكامل بالشك والظاهر لا يصلح حجة للالزام بخلاف المارن والاذن الشاغية لأن المقصود هو الجمال وقد قوته على الكمال (وكذا الواسم الصبي) لأنه ليس بكلام وانما هو مجرد صوت ومعرفة العحة فيه بالكلام وفي الذكرك بالحركة وفي العين بما يستدل به على النظر فيكون حكمه بعد ذلك حكم البالغ في العمد والخطا قال (ومن شجر رجلا فذهب عقله أو شعر رأسه دخل أرض الموضحة في الديه) لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء فصار كما إذا أوضعه فمات وأرض الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط والديه بفوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد فدخول الجزء في الجملة كما إذا قطع أصبع رجل فسلت يده وقال زفر لا يدخل لأن كل واحد منها جناية فيمادون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات

الاصابع لا غير فبين كلاميه في المقامين نوع تدافع وكان صاحب الكافي تظن له حيث غيرت تحرير المصنف هنا فقال لهما أن أرض اليد إنما يجب باعتبار آله باطشة والاصل في البطش الاصابع والكف تبع لهما أما الساعد فلا يتبعها لأنه غير متصل به ألم يجعل تبعها في حق التضمين انتهى ثم أقول يمكن التوفيق بين كلامي المصنف أيضا بنوع عناية وهو أن يقدر المضاف في قوله فيما قبل لأن البطش به أي لأن أصل البطش بها كما قال في الكافي هناك لأن قوام البطش بها فلا ينافي أن يكون بالكف أيضا بطش في الجملة بالتبعية فيرتفع التدافع (قوله لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء فصار كما إذا أوضعه فمات) أقول فيه نظرا ذلك كون فوات العقل بمنزلة الموت وكان هـ ذامدا دخول أرض الموضحة في الديه لما تم ما سبق في فصل فيما دون النفس من أنه قد روي أن عمر رضي الله عنه قضى بربيع ديات في ضربته واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر فانهم صرحوا بانها لومات من الشجة لم يلزمه الادية واحدة فلو صح كون فوات العقل بمنزلة الموت لما لزم (٢) في ضربته ذهب بها العقل الادية واحدة فليتأمل (قوله وأرض الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط) قال صاحب النهاية أي لو نبت الشعر والتأمت الشجة فصار كما كان لا يجب شيء فثبت به ذلك أن وجوب أرض الموضحة بسبب فوات الشعر انتهى وقال صاحب العناية قوله وأرض الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر لبيان الجزئية وقوله حتى لو نبت يعني الشعر يسقط يعني أرض الموضحة لبيان أن الأرض يجب بالفوات كذا في النهاية وليس بمقتضى اليه لكونه معلوماً انتهى أقول إن قوله وليس بمقتضى اليه لكونه معلوماً ليس بشيء إذ لا ريب أن كون وجوب أرض الموضحة بفوات جزء من الشعر لا بمجرد تدفريق الاتصال والايلام الشديد أمر خفي جدا غير معلوم بدون البيان والاعلام إذ كان الظاهر المتبادر مما ذكره وفي فصل الشجاج أن لا يشترط في وجوب أرض الموضحة فوات جزء من الشعر بالكلية بان لا يثبت بعد أصلا فانهم قالوا الموضحة من الشجاج هي التي توضع العظم أي تبنيه ثم بينوا حكمها بانه القصاص إن كانت عمدا ونصف عشر الديه إن كانت خطأ ولا شك أن اسم الموضحة وحدها المذكور يتحققان فيما نبت فيه الشعر أيضا فكان اشترط أن لا يثبت الشعر بعد البرء أصلا في وجوب أرضها أمر أخفيا محتاجا إلى البيان بل إلى البرهان ولهذا قال المصنف وأرض الموضحة يجب بفوات جزء من

(قال المصنف وقال الشافعي) يجب دية كاملة) أقول قال الكافي وبه قال أحمد والنوري لعموم الحديث قلنا

خص منه لسان الاخرس انتهى وفيه أنه لا يدفع عموم حديث العين والذي ذكر (قوله أو من حيث إن العقل ليس في موضع يشار إليه الخ) أقول قال العلامة الكافي وفيه تأمل إذ بعض أهل السنة قالوا محل العقل القلب وبعضهم قالوا محل الرأس انتهى فكان الاولى أن يقال من حيث بطلان منفعة جميع الاعضاء كما قاله المصنف فشرح كلامه بما ذكره لا يطابق المشروح (٢) لم يلزم كذا بهامش الأصل

وقوله (و جوابه ما ذكرناه) قيل يعني به قوله لان بقوات (٣١٨) العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء وقيل قوله وقد تعلقا بسبب واحد

وهو أشمل من الاول وقوله (قالوا) يعني المشايخ (هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف) قال في النهاية ذكر أبي يوسف مع أبي حنيفة وقع سهوا لكونه مخالفا لجميع روايات الكتب المتداولة فنبغي أن يذكر محمدًا مكان أبي يوسف كما هو في الايضاح وأول ما ذكر أحد اصلا كما هو رواية المسوط وشروح الجامع الصغير والخيرة والمغني وهذا الذي ذكره اذا كان خطأ وأما اذا كان عمدا يجب أن يوضح في الاربعة ودية السمع والبصر عند أبي حنيفة وعندهما يجب القصاص في الشجة والدية في السمع والبصر وقوله (وجه الاول) هو أن أرسش الموضحة لا يدخل في الدية الواجبة بذهاب السمع والبصر والكلام وقوله (على ما بينا) يعني قوله لان بقوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء وقوله (ووجه الثاني) يعني قوله وعن أبي يوسف أن السمع والكلام مبطن قيل براد به الكلام النفسي بحيث لا ترسم فيها المعاني ولا يقدر على نظم التكلم فان كان المراد ذلك كان الفرق بينه وبين ذهاب العقل عسرا جدا وان كان المراد به

و جوابه ما ذكرناه قال (وان ذهب سماعه أو بصره أو كلامه فعليه أرسش الموضحة مع الدية) قالوا هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعن أبي يوسف أن الشجة تدخل في دية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر ووجه الاول أن كلامهما جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فأشبهه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لان منفعته عائدة الى جميع الاعضاء على ما بينا ووجه الثاني أن السمع والكلام مبطن فيعتبر بالعقل والبصر ظاهر فلا يلحق به قال (وفي الجامع الصغير ومن شجر - الاموضحة فذهبت عيناه فلا قصاص في ذلك) عند أبي حنيفة قالوا وينبغي أن تجب الدية فيهما (وقال في الموضحة القصاص) قالوا وينبغي أن تجب الدية في العينين قال (وان قطع اصبع رجل من المفصل الاعلى فمثل ما بقي من الاصبع أو اليد كلها الاقصاص عليه في شيء من ذلك)

الشعر حتى لو نبت بسقط وقال في الكافي وجوب أرسش الموضحة باعتبار ذهاب الشعر ولهذا لو نبت الشعر على ذلك الموضع واستوى لا يجب شيء وقال في المسوط وجوب أرسش الموضحة باعتبار ذهاب الشعر بدليل انه لو نبت الشعر على ذلك الموضع فاستوى كما كان لا يجب شيء الى غير ذلك من البيانات الواقعة من الثقات (قوله وجوابه ما ذكرناه) قال في العناية قيل يعني به قوله لان بقوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء وقيل قوله وقد تعلقا بسبب واحد وهو أشمل من الاول انتهى أقول في قوله وهو أشمل بحث لان المراد بسبب واحد في قول المصنف وقد تعلقا بسبب واحد انما هو فوات الشعر كما يرشد اليه قوله فدخل الجزف في الجملة لان الجزئية انما وجد في صورة فوات شعر رأسه بالشجة لاني صورة ذهاب عقله بها وقد صرح الشراح حتى صاحب العناية نفسه بكون مراد المصنف بسبب واحد هناك فوات الشعر حيث قال في شرحه قوله وقد تعلقا يعني أرسش الموضحة والدية بسبب واحد وهو فوات الشعر لكن سبب الموضحة البعض وسبب الدية الكل فدخل الجزف في الجملة انتهى ولا يخفى أن هذا المعنى يختص بالمسئلة الثانية وهي صورة ذهاب شعر رأسه كما أن قوله لان بقوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء مختص بالمسئلة الاولى وهي صورة ذهاب عقله فكيف يصح القول بان القيل الثاني أشمل من الاول والوجه عندي أن يكون مراد المصنف بقوله ما ذكرناه في قوله وجوابه ما ذكرناه مجموع ما ذكره في تعليقه المستلثين حينئذ وجد الشمول بلا غبار كما لا يخفى (قوله ووجه الاول أن كل واحد جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فأشبهه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لان منفعته عائدة الى جميع الاعضاء) قال في معراج الدراية قال الهندواني كذا تفرق بهذا الفرق حتى رأيت ما يتقضه وهو انه لو قطع يده فذهب عقله أن عليه دية العقل وأرسش اليد بخلاف من أحد فلو كان زال العقل كزوال الروح لما وجب أرسش اليد كالومات والصحيح من الفرق أن الجناية وقعت على عضو واحد في العقل وقعت في السمع والبصر على عضوين فلا يدخل انتهى أقول كما ينتقض الفرق المذكور في الكتاب بالمسئلة التي ذكرها الهندواني كذلك ينتقض ما عده صحيحا من الفرق بتلك المسئلة فان الجناية وقعت فيها أيضا على عضو واحد وهو اليد مع أنه لم يدخل أرسش اليد في الدية وان اعتبر العقل في تلك المسئلة عضوا مغايرا للعضو اليد فتكون الجناية فيها واقعة على العضوين بذلك الاعتبار فلم يعتبر العقل في مسئلة الشجة أيضا عضوا مغايرا للعضو حتى تكون هذه المسئلة أيضا بذلك الاعتبار من قبيل ما وقعت الجناية على عضوين فلا يدخل الارش في الدية كما في السمع والبصر وبالجملة ما عده الهندواني صحيحا من الفرق هنا لا يخفى عن الانتقاض أيضا فامل (قوله ووجه الثاني أن السمع والكلام مبطن) قال صاحب العناية قيل براد به الكلام النفسي بحيث لا ترسم فيها المعاني ولا يقدر على نظم التكلم فان كان المراد ذلك كان الفرق بينه وبين ذهاب العقل عسرا جدا وان كان المراد به التكلم بالحروف والاصوات في جعله مبطنا

التكلم بالحروف والاصوات في جعله مبطنا نظر وقوله (وقالوا) يعني المشايخ أي قال المشايخ ينبغي أن تجب وينبغي الدية فيهما) أي في العينين (والارش في الموضحة) وقال في الموضحة القصاص (قالوا) أي المشايخ (وينبغي أن تجب الدية في العينين)

وقوله (لهما في الخلافة) أي فيما إذا شجر رجلا موضحة فذهبت عيناه (قالا يجب في الموضحة الفصاح وفي العينين الدية وله) أي ولاي خيفة (أن الجراحة الأولى سارية والجراحة التي تعمل قصاصا قد لا تكون سارية إذ ليس في وسعه فعل ذلك) فلا يكون مثلا للأولى ولا قصاص بدون الممانعة (ولان الفعل واحد وهو الحركة القائمة) أي الثانية حال الشجر (وكذا الحمل) أي محل الجنيتين (واحد من وجه لاتصال أحدهما بالآخر) ونهاية الجنابة لم توجب القصاص بالاتفاق فيورث الشبهة في البداية نظر إلى اتحادهما وقوله (بخلاف النفسين) جواب عن قولهما مكن رمي إلى رجل عمدا فأصابه وتعدى إلى غيره فقتله ووجه ذلك أن جعلنا الفعل واحدا من حيث أن الثاني حصل من سرية الأول وهما ليس كذلك فإن السرية انما تكون بتعاقب الآلام وهو وانما يتحقق في شخص واحد قوله (وبخلاف ما إذا وقع السكين على الأصبع) جواب عما يقال (٣١٩) إذا قطع أصبع رجل عمدا فاضرب السكين

وينبغي أن يجب الدية في الفصل الأعلى وفيما بقي حكومة عدل (وكذلك لو كسر سن رجل فأسود ما بقي) ولم يحل خلافاً وينبغي أن يجب الدية في السن كله (ولو قال قطع الفصل وأترك ما ليس أو كسر القدر المكسور وأترك الباقي لم يكن له ذلك) لان الفعل في نفسه ما وقع موجبا للقود فصار كالشجر منة فقل أشجره موضحة وأترك الزيادة لهما في الخلافة أن الفعل في محلين فيكون جنابيتين مبتدأتين فالشبهة في أحدهما لاتعدى إلى الأخرى مكن رمي إلى رجل عمدا فأصابه ونفذ منه إلى غيره فقتله يجب القود في الأول والدية في الثاني وله أن الجراحة الأولى سارية والجزء بالمثل وليس في وسعه الساري فيجب المال ولان الفعل واحد حقيقة وهو الحركة القائمة وكذا الحمل متحد من وجه لاتصال أحدهما بالآخر فأورثت نهايته شبهة الخطا في البداية بخلاف النفسين لان أحدهما ليس من سرية صاحبه وبخلاف ما إذا وقع السكين على الأصبع لانه ليس فعلا مقصودا (وان قطع أصبعاً فشتلت إلى جنبها أخرى فلا قصاص في شيء من ذلك) عند أبي حنيفة وقالهما وزفر والحسن يقتص من الأولى وفي الثانية أرشها والوجه من الجانبين قد ذكرناه وروى ابن سماعة عن محمد في المسئلة الأولى وهو ما إذا شجر موضحة فذهب بصره أنه يجب القصاص فيما لأن الحاصل بالسرية مباشرة كافي النفس والبصر يجري فيه القصاص بخلاف الخلافة الأخيرة لان الشلل لا قصاص فيه فصار الأصل عند محمد على هذه الرواية أن سرية ما يجب فيه القصاص إلى ما يمكن فيه القصاص بوجوب الاقتصاص كالألت إلى النفس وقد وقع الأول ظاهراً ووجه المشهور أن ذهاب البصر بطريق التسبب الأري أن الشجة بقيت موجبة في نفسها ولا قود في التسبب بخلاف السرية إلى النفس لانه لا يتبى الأولى فانقلبت الثانية مباشرة قال (ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص) الأعلى رواية ابن سماعة (ولو أوضحه موضعين

نظراته انتهى أقول: يمكن أن المراد به الثاني والمراد يكون السمع والكلام مبطناً كون محلها مسدوداً تماماً عن الحس بخلاف البصر فان محله ظاهر مشاهد فيندفع النظر كما ترى (قوله وينبغي أن يجب الدية في الفصل الأعلى وفيما بقي حكومة عدل) أقول لقائل أن يقول هذا يخالف وينافي ما ذكره فيما قبل من قوله وقد تعلقا بسبب واحد فدخل الجزء في الكل كما إذا قطع أصبع رجل فشتلت يده فان مقتضى ما أسلفه أن يجب في الكل الدية ويدخل الجزء في الكل على خلاف ما ذكره ههنا اللهم إلا أن يكون بناء اختلاف ما ذكره في المقامين على اختلاف الروايتين في المسئلة ومما يعضده كلام تاج السر بعبارة هنا حيث قال وذكر الصدر الشهبدي في الجامع على نحو ما ذكرنا

قد ذكرناه أنفا) يريد قوله ومن شجر رجلا موضحة فذهبت عيناه الخ وقوله (انه يجب القصاص فيهما) أي في الشجة وذهاب البصر فرق محمد على هذه الرواية بين ذهاب البصر من الشجة وبين ذهاب السمع منها فأوجب القصاص فيهما في الأول دون الثاني لانه لو ذهب سمعه بفعل مقصود بان ضرب على رأسه حتى ذهب سمعه لاجب القصاص لتعذر اعتبار المساواة بخلاف البصر فان ذهابه ان كان بفعل مقصود يجب القصاص فكذلك بسرية الموضحة وقوله (بخلاف الخلافة الأخيرة) يعني قوله وان قطع أصبعاً فشتلت إلى جنبها أخرى وقوله (الأري أن الشجة بقيت موجبة في نفسها) حتى وجب أرشها مع دية العينين عند أبي حنيفة والقصاص في موضحة والأرض في العينين عندهما

وقوله (فتا كتما) اي صارنا واحدا بالاكل (فهو على الروايتين) اي الرواية المشهورة ورواية ابن سماعه (عن محمد) يعني لاقصاص على المشهور وفيهما القصاص على رواية ابن سماعه (وعن أبي يوسف أنه اذا قلع سن بالغ فنبت مكانها أخرى يجب حكومة عدل) لمكان الام الحاصل يقوم وليس به هذا الام ويقوم به هذا الام فيجب ما انتقص منه بسبب الام من القيمة وقوله (فنبت سن الاول) يعني بغير اعوجاج وان نبت معوجا (٣٣٥) يجب حكومة عدل قوله (ولهذا يستأني حولا) أي يؤجل سنة

فتا كتما فهو على الروايتين هاتين قال (ولو قلع سن رجل فنبت مكانها أخرى سقط الارض في قول أبي حنيفة وقال عليه الارض كاملا) لان الجنابة قد تحققت والحادث نعمة مبتدأ من الله تعالى وله أن الجنابة انعدمت معنى فصار كما اذا قلع سن صبي فنبت لا يجب الارض بالاجماع لانه لم يفت عليه منفعة ولا زينة (وعن أبي يوسف أنه يجب حكومة عدل) لمكان الام الحاصل (ولو قلع سن غيره فردها صاحبها في مكانها ونبت عليه اللحم فعلى القالع الارض بكاه) لان هذا مما لا يعتد به اذا العروق لا تعود (وكذا اذا قطع أذنه فالتصمها فالتصمت) لانها لا تعود الى ما كانت عليه (ومن نزع سن رجل فانزع المزوعة سنة سن النازع فنبت سن الاول فعلى الاول لصاحبه خمسمائة درهم) لانه تبين أنه استوفى بغير حرق لان المرجح فساد الثبت ولم يفسد حديث نبت مكانها أخرى فانه عدت الجنابة ولهذا يستأني حولا بالاجماع وكان ينبغي أن ينتظر اليأس في ذلك للقصاص الآن في اعتبار ذلك تضييع الحقوق فاكنتفينا بالحوال لانه ثبت فيه ظاهر افاذا مضى الحول ولم تنبت قضينا بالقصاص واذا ثبت تبين أننا أخطأنا فيه والاستيفاء كان بغير حرق الا أنه لا يجب القصاص للشبهة فيجب المال قال (ولو ضرب انسان سن انسان فحركت يستأني حولا) ليظهر أثر فعله (فاو اجد القاضى سنة ثم جاء المضروب وقد سقطت سنة فاختلفا قبل السنة فيما سقط بضر به فالقول للمضروب) ليكون التأجيل مفيدا وهذا بخلاف ما اذا ضربه موضحة فجاه وقد صارت منقلة فاختلفا حيث يكون القول قول الضارب لان الموضحة لا تورث المنقلة أما التحريك فيؤثر في السقوط فافترا (وان اختلفا في ذلك بعد السنة فالقول للضارب) لانه ينكر أثر فعله وقدم مضى الاجل الذي وقته القاضى اظهروا الاثر فكان القول للسكر (ولو لم تسقط لاشئ على الضارب) وعن أبي يوسف انه يجب حكومة الام

(بالاجماع) وقال في التمة حتى يبرأ موضع السن لا الحول هو الصحيح لان نبات سن البالغ نادر فلا يفيد التأجيل وليس يظهر وانما الظاهر ما قال المصنف لان الحول مشتعل على الفصول الاربعة ولها تأثير فيما يتعلق ببدن الانسان فعمل فصلاتها موافق مزاج المجنى عليه فيؤثر في انبائه ولكن قوله بالاجماع فيه نظر لانه قال في الذخيرة وبعض مشايخنا قالوا الاستيناء حولا في فصل القلع في البالغ والصغير جميعا قوله صلى الله عليه وسلم في الجراحات كلها يستأني حولا وهو كما ترى ينافي الاجماع وقوله (فاختلفا قبل السنة) أي قال المضروب انما سقط سني بضر بك وقال الضارب بسبب آخر وقوله (ليكون التأجيل مفيدا) يعني أن التأجيل انما كان ليظهر عاقبة الامر فلا يمكن ان يقبل قوله كان التأجيل وعدمه سواء وقوله (وان اختلفا في ذلك) أي في سقوط السن بعد السنة

وذكر في الاسلام البزدوي في مبسوطه أجمعوا على انه لو قطع مفصلا من اصبع فشل الباقي فانه يجب في الكل الارض ويجعل كاه جنابة واحدة انتهى بتدبر (قوله) ولهذا يستأني حولا بالاجماع) أي يؤجل سنة بالاجماع. وذكر في التمة أن سن البالغ اذا سقط ينتظر حتى يبرأ موضع السن لا الحول هو الصحيح لان نبات سن البالغ نادر فلا يفيد التأجيل الا أن قبل البره لا يقتض ولا يؤخذ الارض لانه لا يدري عاقبته انتهى قال صاحب العنابة بعد نقل ذلك اجالا وليس يظهر وانما الظاهر ما قال المصنف لان الحول مشتعل على الفصول الاربعة ولها تأثير فيما يتعلق ببدن الانسان فعمل فصلاتها موافق مزاج المجنى عليه فيؤثر في انبائه وقال ولكن قوله بالاجماع فيه نظر لانه قال في الذخيرة وبعض مشايخنا قالوا الاستيناء حولا في فصل القلع في البالغ والصغير جميعا قوله عليه السلام في الجراحات كلها يستأني حولا وهو كما ترى ينافي الاجماع انتهى أقول نظره ساقط لان الذي ينافي الاجماع مما نقله عن الذخيرة انما هو مفهوم قوله وبعض مشايخنا قالوا أي مفهوم المخالفة لكن مفهوم ذلك انما هو عدم اجماع المشايخ لعدم اجماع المجتهدين ومراد المصنف بالاجماع في قوله ولهذا يستأني حولا بالاجماع انما هو اجماع المجتهدين دون اجماع المشايخ وانفاء أحد الاجماعين لا يستلزم انتفاء الآخر

(قوله) وبعض مشايخنا قالوا الاستيناء حولا في فصل القلع في البالغ) أقول يعني بعض المشايخ قالوا الاستيناء حولا وسنين انما هو في الصغير واما في البالغ فلا يستأني (قوله) لقوله عليه الصلاة والسلام في الجراحات كلها يستأني حولا) أقول اعلم أن في سن الصبي يستأني حولا بالاتفاق وفي سن البالغ خلاف أبي يوسف والتفصيل في غاية البيان ثم لا يخفى عليك أن ما ذكره الشارح لا يدل على نفي الاجماع في سن البالغ الا بتكلف (قال المصنف) وان اختلفا في ذلك بعد السنة فالقول للضارب لانه ينكر أثر فعله الخ) أقول هذا لا يدل على كون القول للضارب اذا كان السقوط قبل السنة والاختلاف بعدها وينبت ذلك بالبينة أو بالتسكول

وقوله (وسنين الوجهين) أي وجهه قوله لاشئ على الضارب ووجه حكومة الام وقوله (يحجب الارش كاملا) وقوله (لماذا كرنا) يعني قوله لا يمكنه أن يضربه ضربا يسود منه ولم يفصل بين ما اذا كانت السن من الاضراس التي لا ترمى أو من الاسنان التي ترمى وقالوا يجب أن يكون الجواب على التفصيل فان كانت من الاضراس فالمعتبر في وجوب كمال الارش فقد منفعة المضع بالاسوداد دون الجمال لأنه ليس بظاهر ففيه حكومة عدل وان كانت مما يرى فالامر بالعكس ولم يذكروا الاضراس وهو كالاسوداد عند بعض المشايخ يجب كمال الارش وعند آخر من حكومة عدل لأنه لم يفوت جنس منفعة السن ولا قوت الجمال على الكمال لان الصفرة قد تكون لون الاسنان في بعض الانسان وانما يكون فيه نوع نقص فحجب الحكومة بخلاف الجمرة (٣٣١) والخضرة والسواد لانها لا تكون لون الانسان بحال فكان

وسنين الوجهين بعد هذا ان شاء الله تعالى (ولم تسقط ولكنها السودت يجب الارش في الخطا على العاقلة وفي العمد في ماله ولا يجب القصاص) لأنه لا يمكنه أن يضربه ضربا يسود منه (وكذا اذا كسر بعضه واسود الباقي) لا قصاص لماذا كرنا (وكذا الواجر أو الأخضر) ولو اصاب فيه روايتان قال (ومن شيخ رجلا قال نعمت ولم يبق لها أثر ونبت الشعر سقط الارش) عند أبي حنيفة زال الشين الموجب وقال أبو يوسف يجب عليه أرش الأم وهو حكومة عدل لان الشين ان زال فالالم الحاصل ما زال فيجب تقويمه وقال محمد عليه أجرة الطبيب لأنه انما الزمه الطبيب وعن الدواء بفعله فصار كأنه أخذ ذلك من ماله الا أن أبا حنيفة يقول ان المنافع على أصلنا لا تقوم الا به قد أو شبهة ولم يوجد في حق الجاني فلا يغرر شأ قال (ومن ضرب رجلا مائة سوط فجرحه فبرأ منها فاعلمه أرش الضرب) معناه اذا بقي أثر الضرب فأما ما سبق أثره فهو على اختلاف قدمضى في الشجة المتحمة قال (ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله خطأ قبل البره فعليه الدية وسقط عنه أرش اليد)

الايرى أن المشايخ كثيرا ما يختلفون في رواية المسئلة عن المجتهدين فبعضهم يروى اجتماع المجتهدين فيها وبعضهم يروى اختلافهم فيها وما نحن فيه يشبه أن يكون من هذا القبيل كما يشعر به ما ذكر في غاية البيان فانه قال فيها ونقل الناطقي في الاجناس عن نوادر أبي يوسف رواية ابن سماعة قال أبو يوسف رجل قلع سن رجل لا أنتظر بها حولا وانما أنتظر بسن الصبي وأقضى عليه بأرشها وذلك لأن نبات السن بعد البلوغ نادر والى هذه الرواية مال بعض أصحابنا مثل خواهر زاده وغيره وقال الناطقي أيضا قال في المجرى ولو تزغ عن صبي ينبغي القصاص أن يأخذ ضمنانم النازع للزوج سنة ويؤجله سنة من ذبوم تزغ سنة فاذا مضت سنة ولم تثبت اقتصر له وعلى هذه الرواية لم يفرق كثير من مشايخنا بين سن البالغ والصغير بل قالوا بالاستيناء فيهما جميعا واليه ذهب القدوري والسرخسي وغيرهما الى هنا لظن الغاية والظاهر أن المصنف أيضا ذهب اليه فقال ولهذا استأني حولا بالاجماع من غير فرق بين الصبي والبالغ وادعى الاجماع أخذ بما ذكر في المجرى بدون رواية خلاف أحد من المجتهدين والعجب من صاحب العناية أنه جعل ما ذكر في الذخيرة منافيا للاجماع ولم يجعل ما ذكر في التتمة منافيا له حيث لم يورد النظر به مع كون منافاه اياه أظهر على تقدير رجحان الاجماع على اجماع المشايخ كما هو مدار نظره المذكور وعن هذا قال صاحب النهاية وصاحب الكفاية ومعراج الدرابة قوله ولهذا استأني حولا بالاجماع بخلاف رواية التتمة (قوله ولو لم تسقط ولكنها السودت يجب الارش في الخطا على العاقلة وفي العمد في ماله) قال في الذخيرة والمحيط أو جب محمد كمال الارش باسوداد السن ولم يفصل بين أن يكون السن من الاضراس

لون الانسان بحال فكان مفورا للجمال على الكمال اذا كانت بادية قال (ومن شيخ رجلا قال نعمت) كلامه ظاهر وتعليل أبي حنيفة وأبي يوسف هو الموعود قبيل هذا بقوله وسنين الوجهين بعد هذا وقوله (الآن أبا حنيفة يقول ان المنافع الخ) جواب عن قول أبي يوسف فالالم الحاصل ما زال وعن قول محمد انما الزمه أجر الطبيب ووجهه أن تحمل الأم من المنافع ومعالجة الطبيب كذلك والمنافع على أصلنا لا تقوم الا بعقد كالأجارة الصحيحة والمضاربة الصحيحة أو شبهته كالأجارة الفاسدة والمضاربة الفاسدة ولم يوجد شئ من ذلك في حق الجاني فلا يغرر شأ وقوله (ومن ضرب رجلا الخ) يعني اذا ضرب رجلا مائة سوط فجرحه فبرأ منها وبقي أثر الضرب فعليه أرشه

(٤١ - تكملة ثامن)

وان لم يجرحه فلا شئ عليه بالاتفاق وان لم يبق أثره فهو على اختلاف

قدمضى في الشجة المتحمة وهو سقوط الارش عند أبي حنيفة ووجوب أرش الأم عند أبي يوسف ووجوب أجرة الطبيب عند محمد

(قوله دون الجمال لأنه ليس بظاهر ففيه حكومة عدل) أقول ضمير قوله راجع الى الجمال (قوله وان كانت مما ترى فالامر بالعكس) أقول بخلاف لماذا كرنا قه قبيل فصل الشجاج من أن الجمال تابع في العضو الذي يقصد منه المنفعة (قال المصنف وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى عليه أرش الأم) أقول يدل على أن ذلك ظاهر الرواية عنه وقوله فيما سبق في موضعين وعن أبي يوسف يدل على أنه غير ظاهر الرواية (قوله ووجهه أن تحمل الأم من المنافع) أقول فيه تأمل (قال المصنف وقال محمد وعليه أجرة الطبيب) أقول وعليه عن الادوية ولكنه غلب الاول على الثاني لا طراد منه

وقوله (لان الجنابة من جنس واحد) لتكون كل واحد منهما خطأ وقد تقدم أقسام هذه المسئلة وقوله (ومن جرح رجلا جراحة) واضح وقوله (لانه مال وجب بالقتل ابتداء) يعنى لا يعقد يحدث بعد القتل كالصالح

(قوله وقد تقدم أقسام هذه المسئلة) أقول فى أول فصل ومن قطع بدرجل خطأ (قال المصنف لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا الحديث) أقول وفى الكفاية ولاعبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا مادون أرض الموضحة قوله ولاعبدا أى لا تعقل عاقلة الانسان ما جنى على عمد فيما دون النفس لان الأطراف فى العبد يسلك بهامسلك الاموال والعاقلة لا تعقل الجنائيات المالية حتى لو قتل عبدا انسان خطأ فالقيمة على العاقلة لانها بدل الدم ودم العبد لا يسلك به مسلك الاموال وقد قيل ان المراد أن العبد اذا جنى جنابة فالمولى هو الذى يلزمه الدفع أو الفداء دون عاقلة المولى كذا فى الاوضح انتهى ورد فى القاموس ذلك وقال لو أريد هذا المعنى لقل وعن عبد فانه فرق بين عقلته وعقلته عنه انتهى وسيجيء جوابه على التفصيل

لان الجنابة من جنس واحد والموجب واحد وهو الدية وانما يبدل النفس بجميع أجزائها فدخل الطرف فى النفس كانه قتل ابتداء قال (ومن جرح رجلا جراحة لم يقتص منه حتى يبرأ) وقال الشافعى رحمه الله يقتص منه فى الحال اعتبارا بالقصاص فى النفس وهذا لان الموجب قد تحقق فلا يعطل وناقوله عليه السلام يستأنى فى الجراحات سنة ولان الجراحات يعتبر فيها ما لها الاحال لان حكمها فى الحال غير معلوم فلعلها تسرى الى النفس فيظهر أنه قتل وانما يستقر الامر بالسبره قال (وكل عمدا سقط القصاص فيه بشبهة فالدية فى مال القاتل وكل أرض وجب بالصلح فهو فى مال القاتل) لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا الحديث وهذا عمد غير أن الأول يجب فى ثلاث سنين لانه مال وجب بالقتل ابتداء فأشبهه شبه العمد والثانى يجب حال لانه مال وجب بالعقد فأشبهه الثمن فى البيع

التي لا ترى أو من العوارض التي ترى قالوا يجب أن يكون الجواب فيها على التفصيل ان كان السن من الاضرار التي لا ترى ان فاتت منفعة المضع بالاسودا يجب الأرض كاملا ولا يجب حكومة العدل وان كان السن من العوارض التي ترى وتظهر يجب كمال الأرض بالاسودا وان لم تفت منفعته لانه فوت بجبال على الكمال انتهى وهذا ذكره الشراح هنا وعزاه أكثرهم الى الذخيرة فقط وأورد بعض الفضلاء على جواب الشق الثانى من التفصيل انه مخالف لما ذكره قيسيل فصل الشجاج من أن الجمال تابع فى العضو الذى يقصد منه المنفعة انتهى أقول يمكن أن يجب عنه بأن المنفعة فى الانسان التي ترى ليست بمقصودة منها بالذات وان حصلت فيها أيضا فى الجملة وانما المقصود منها بالذات الجمال والزينة للانسان وما ذكره قيسيل فصل الشجاج من كون الجمال تابعا لغيره فى الاعضاء التي يقصد منها المنفعة أصالة كاليد ونحوها فلا مخالفة (قوله لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا الحديث) قال صاحب الغاية فيه نظر لانه من كلام ابن عباس والشعبي وقد مر أنفا انتهى أقول هذا النظر فى غاية السقوط أما أول فلان هذا الحديث كما روى موقوفان ابن عباس والشعبي روى أيضا مرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم كما نص عليه هنا صاحب الكافي حيث قال والاصل فيه حديث ابن عباس رضى الله عنهما موقوفان عليه ومر فوعا الى رسول الله عليه السلام لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا مادون أرض الموضحة انتهى وكذا نص عليه المصنف فى كتاب المعاقل بهذا المتوال فكان من كلام النبي صلى الله عليه وسلم على ما روى مرفوعا اليه بلاربيب وهذا يكفى فى صحة عبارة المصنف هنا كما لا يخفى وأما ثانيا فلانه على ما روى موقوفا أيضا يحمل على الرواية عن النبي عليه السلام لانه مما لا يعلم بالرأى بل يتوقف على السماع ومثل هذا يحمل على السماع صيانة للصحابى عن الكذب والجحاف ويصير الموقوف فيه كالرفوع على ما تقرر فى علم الاصول ومر فى الكتاب مرارا فصح قول المصنف فى حق هذا الحديث لقوله عليه السلام على كل حال والعجب من صاحب الغاية أنه قال وقد مر أنفا الذى مر منه أنفا يصير جوابا عن نظره هذا فانه قال هناك روى محمد بن الحسن فى موطنه وقال أخبرنا عبد الرحمن بن أبى الزناد عن أبيه عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود عن ابن عباس رضى الله عنهما قال لا تعقل العاقلة عمدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما جنى المملوك وهذا لا يعلم الا من طريق التوقيف فحمل على أنه رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم لصيانته عن الكذب والجحاف الى هنا لفظه وهذا صريح فى الجواب عن نظره ههنا كما لا يخفى (قوله غير أن الأول يجب فى ثلاث سنين لانه مال وجب بالقتل ابتداء فأشبهه شبه العمد) أقول ان قيد ابتداء فى قوله وجب بالقتل ابتداء مستدرك بل مفسدان المصنف قال فى أوائل كتاب الجنائيات أثناء بيان أن من موجبات

وقوله (واذا قتل الاب ابنه عمدا) كان حكمه قد علم من الضابطة الكلية لكنه ذكره لبيان خلاف الشافعي  
وقوله (لا سيما الى زيادة) يعني المجهل فانه زائد على المؤجل (٣٢٣) من حيث الوصف في المالبية

وهو معروف فاجاب  
المال حالا بالقتل يكون  
زيادة على ما اوجبه  
الشرع ولما لم يجز التخليط  
باعتبار العمدية قدرا  
لا يجوز وصفه لانه تابع  
للقدر وقوله (لما روي بنا)  
يعني قوله صلى الله عليه  
وسلم لان عقل العاقلة عمدا  
ولا اعترافا وقوله (عده)  
أي عمدا كل واحد منهم  
وقوله (ولهذا تجب  
الكفارة به) أي بالمال  
وانما قيد به لانهم اجعوا  
على أن التكفير بالصوم  
لا يجب عليهم ما وقوله (ويحرم  
عن الميراث على أصله) أي

ثبت هذان الحكمان وهما  
وجوب الكفارة وحرمان  
الميراث على أصل الشافعي  
(لانهم ما يتعلقان بالقتل) فعلم  
بما أنهم مطالبان بما يجب  
القتل فكذلك ههنا لما  
تخلف عنهما أحد حكمي  
القتل وهو القصاص  
ينسحب عليه الحكم الآخر  
وهو وجوب الدية في ماله إذ  
الأصل ذلك

(قوله كان حكمه قد علم من  
الضابطة الكلية لكنه  
ذكره لبيان خلاف الشافعي)  
أقول وجوبه في ثلاث سنين  
لم يعلم منها (قوله فانه زائد  
على المؤجل من حيث  
الوصف في المالبية) أقول قوله في المالبية متعلق بقوله زائد

قال (واذا قتل الاب ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلاث سنين) وقال الشافعي رحمه الله تجب حالة لان الاصل  
أن ما يجب بالاتلاف يجب حالا والتأجيل للتخفيف في الخطأ وهذا عمدا فلا يستحقه ولان المال  
وجب جبرا لحقه وحقه في نفسه حال فلا ينجبر بالمؤجل ولنا أنه مال واجب بالقتل فيكون مؤجلا  
كدية الخطأ وشبه العمد وهذا لان القياس بأبي تقوم الأذى بالمال لعدم التماثل والتقويم ثبت  
بالشرع وقد ورد به مؤجلا لا مجلا فلا يعدل عنه لاسيما الى زيادة ولما لم يجز التخليط باعتبار العمدية  
قدر الا يجوز وصفا (وكل جنابة اعترف بها الحاني فهي في ماله ولا يصدق على عاقلته) لما روي بنا  
ولان الاقرار لا يتعدى المقر لقصور ولايته عن غيره فلا يظهر في حق العاقلة قال (وعمد الصبي  
والجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة وكذلك كل جنابة موجبه اجساما فصاعدا او المعتوه كالجنون)  
وقال الشافعي رحمه الله عمده عد حتى تجب الدية في ماله لانه عمدا حقيقة اذا عمده هو القصد غير انه  
تخلف عنه أحد حكميه وهو القصاص فينسحب عليه حكمه الآخر وهو الوجوب في ماله ولهذا تجب  
الكفارة به ويحرم عن الميراث على أصله لانهما يتعلقان بالقتل ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه انه  
جعل عقل الجنون على عاقلته وقال عمده وخطؤه سواء ولان الصبي مظنة المرجة والعاقل الخطأ لما  
استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبي وهو أذرا أول به هذا التخفيف ولان سلم  
تحقق العمدية فانها ترتب على العلم والعلم بالعقل والجنون عديم العقل والصبي قاصر العقل فاني بتحقيق  
منهما القصد وصار كالنائم وحرمان الميراث عقوبة وهما ليسا من أهل العقوبة والكفارة  
كاسمها استارة ولا ذنب تسترهما من فوقها القلم

شبه العمد الدية المغلظة على العاقلة والأصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد  
فهى على العاقلة فلو كان الأول ههنا لا واجب بالقتل ابتداء لو وجب على العاقلة على مقتضى الأصل  
المدكور هناك مع أنه يجب على القاتل في ماله كما صرح به آنفا فالوجه أن يترك قيد ابتداء ههنا فيقال  
لانه مال وجب بالقتل احتراز به عما وجب بالعمد كما في القسم الثاني فانه يجب حالا ولقد أصاب فيما بعد  
حيث قال ولنا أنه مال واجب بالقتل فيكون مؤجلا كدية الخطأ وشبه العمد (قوله واذا قتل الأب  
ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلاث سنين) قال صاحب العناية كان حكمه قد علم من الضابطة الكلية لكنه  
ذكره لبيان خلاف الشافعي انتهى أقول اعذاره هذا ليس بسديد أما أولا فلان ذكر حكم هذه  
المسئلة بعد ذكر تلك الضابطة الكلية قد وقع في مختصر القدوري والبداهة أيضا بدون بيان خلاف  
الشافعي أصلا فكيف يصلح بيان المصنف في شرحه خلاف الشافعي لان يكون عذرا من ذكره  
حكم هذه المسئلة في منته قبل مدة ومن ذكر القدوري اياه في مختصره قبل سنين متكاثرة وهل يتفوه  
العاقل بعقل ذلك الاعتذار وأما ثانيا فلان خلاف الشافعي ليس بمختصر في حكم هذه المسئلة المنفردة  
بالذ كره بل خلافه متحقق في حكم تلك الضابطة الكلية على الاطلاق فانه لا يقول بالتأجيل في العمد  
أصلا بل يخصه بالخطأ كما ينص عنه تعليقه المذكور في الكتاب وتلك الضابطة الكلية انما هي في  
العمد وحكمها التأجيل مطلقا كما صرح به المصنف بقوله غير أن الأول يجب في ثلاث سنين فقصد بيان  
خلاف الشافعي لا يقتضى افراد حكمها تلك المسئلة بالذ كره بعد ذكر تلك الضابطة الكلية فلا تمسبة  
للاعتذار المذكور أصلا

الوصف في المالبية) أقول قوله في المالبية متعلق بقوله زائد

**فصل في الجنين** عقب أحكام الاجزاء الحقيقية أحكام الجزاء الحكي وهو الجنين لكونه في حكم الجزء من الام (واذا ضرب بطن امرأة فألقت جنيناً ميتاً فقيهه غرة نصف عشر الدية) غرة المال خياره كالفرس والبعير النجيب وسمى بدل الجنين غرة لان الواجب عبده والعبد يسمى غرة وقيل لان غرة الشيء أوله وغرة الجنين أول مقدر ظهر في باب الدية قال المصنف (معناه) أي معنى قوله نصف عشر الدية (دية الرجل وهـ) ذاق في الذكر وفي الاثني عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم) لان نصف العشر من عشرة الاف هو العشر من خمسة الاف والقياس وهو قول زفر أن لا يجب شيء لانه لم تعلم حياته بيقين وفعل القتل لا يتصور الا في محل هو حي فلا يجب الضمان بالشك فان قيل (٣٣٤) الظاهر أنه حي أو معد للحياة قلنا الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ولهذا

لا يجب في جنين البهيمة الاتصان البهيمة ان تمكن

**فصل في الجنين** قال (واذا ضرب بطن امرأة فألقت جنيناً ميتاً فقيهه غرة وهي نصف عشر الدية) قال رضي الله عنه معناه دية الرجل وهذا في الذكر وفي الاثني عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم والقياس أن لا يجب شيء لانه لم يتيقن بحياته والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق

**فصل في الجنين** (قوله غرة المال خياره كالفرس

**فصل (الجنابة) في الجنين** لما ذكر أحكام الجنابة المتعلقة بالآدمي من كل وجه شرع في بيان

والبعير النجيب) أقول والعبد والامة الفارسة (قوله وقيل لان غرة الشيء أوله) أقول أول الشيء

أحكامها المتعلقة بالآدمي من وجه دون وجه وهو الجنين بيان ذلك ما ذكره شمس الأئمة السرخسي في أصوله أن الجنين مادام محتسب في البطن ليس له ذمة سالحة لكونه في حكم جزء من الآدمي ولكنه منفرد بالحياة معد لان يكون نفساً له ذمة فباستبار هذا الوجه يكون أهلاً لوجوب الحق له من عتق أو أوارث أو نسب أو وصية وباعتبار الوجه الأول لا يكون أهلاً لوجوب الحق عليه فأما بعد ما يولد له ذمة سالحة ولهذا وانقلب على مال انسان فألتفه يكون ضامناً له ويلزمه مهر امرأته بعقد الولي (قوله

الذي يجب في الآدمي الغرة وبعدها الدية لانه قبل ايجاب الغرة لحم ودم فلا يجب شيء) قال المصنف قال

وهذا في الذكر وفي الاثني عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم) أقول في هذا التفصيل الذي ذكره بقوله وهذا في الذكر وفي الاثني عشر دية المرأة استدرالك بعد أن قال قبله معناه دية الرجل لان عشر دية المرأة هو نصف عشر دية الرجل في المقدار بل ارباب ادق قد تقرر فيما مر أن دية المرأة نصف دية الرجل فعشر ديتها نصف عشر ديته لاحتالة وقد نص عليه هنا بقوله وكل منهما خمسمائة درهم فاقادته هذا التفصيل الفارق بينا لذكر والاثنى في مجرد العبارة وانما كان يظهر فاقادته أن لولم يقسم نصف عشر

معناه دية الرجل أي معنى قوله نصف عشر الدية دية الرجل وهذا في الذكر وفي الاثني عشر دية المرأة) أقول فيه

الدية الواقع في كلام القدوري بقوله معناه دية الرجل فانه كان يحتمل حينئذ نصف عشر دية الرجل ونصف عشر دية المرأة فيفيد التفصيل المذكور وعن هذا فصل صاحب الكافي كما فصله المصنف ولم يتعرض قبله لتقسيد عشر الدية بعشر دية الرجل (قوله والقياس أن لا يجب شيء لانه لم يتيقن بحياته) قال في العناية وكثير من الشروح تبيها ما في الكتاب وفعل القتل لا يتصور الا في محل هو حي فلا يجب

الرجل يشمل الذكر والاثنى نعم يفرق بينهما في جنين الامة كما لا يخفى ويعلم جساؤه من شرح الكنز للعلامة الزيلعي حيث قال

الضمان بالشك انتهى أقول بردي على هذا البيان أنه انما يتم أن لو ثبت كون الغرة جزءاً فعل القتل وهو ممنوع لجواز أن يكون جزءاً اتلاف عضو من الآدمي صالح للحياة كما يجب في اتلاف سائر أعضائه شيء من الدية على ما مر تفصيله والظاهر في البيان هنا ما ذكر في غاية البيان فانياً بقوله ولان الجنين في حكم الاعضاء بدلالة أنه لا يكمل أرشه والاعضاء لو انفصلت بعد الموت لا تقوم انتهى تدبر (قوله والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل فان قيل الظاهر أنه حي أو معد للحياة قلنا الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ولهذا لا يجب في جنين البهيمة الاتصان الام ان تمكن اه ورد بعض

وهو الغرة وجوابه أنا لان سلم أن الغرة مقدره بدية الام بل بدية نفس الجنين أن لو كان حياً فيجب نصف عشر ديته ان كان ذكر أو عشر ديته ان كان أنثى فكذا في جنين الامة يجب بتلك النسبة من قيمته لان كل ما كان هدراً من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد فيجب نصف عشر قيمته ان كان ذكر أو عشر قيمته ان كان أنثى انتهى (قوله الاثني محل هو حي) أقول أي هو حي يقينا (قوله قلنا الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق الخ) أقول كونه معد للحياة متيقن ليس من قبيل الظاهر والظاهر منع وجوب الضمان باعتبار الأعداد كما في العلقه ولذا لم تعتبر الأعداد في قصة زفر ومرا اذا ضمان القتل والوجوب على الحرم في كسر

الفضلاء قوله أو معد للحياة في تقر بالسؤال حيث قال كونه معد للحياة متيقن ليس من قبيل الظاهر

وجه

أن الغرة مقدره بدية الام بل بدية نفس الجنين أن لو كان حياً فيجب نصف

عشر ديته ان كان ذكر أو عشر ديته ان كان أنثى فكذا في جنين الامة يجب بتلك النسبة من قيمته لان كل ما كان هدراً من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد فيجب نصف عشر قيمته ان كان ذكر أو عشر قيمته ان كان أنثى انتهى (قوله الاثني محل هو حي) أقول أي هو حي يقينا (قوله قلنا الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق الخ) أقول كونه معد للحياة متيقن ليس من قبيل الظاهر والظاهر منع وجوب الضمان باعتبار الأعداد كما في العلقه ولذا لم تعتبر الأعداد في قصة زفر ومرا اذا ضمان القتل والوجوب على الحرم في كسر بيض الصلغ عرف بالآثر على خلاف القياس



(وجه الاستحسان ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة و يروي أو خمسمائة فتركتنا القياس بالاثرو) روى الامام المحبوبي أن زفر سئل عن هذه المسئلة فقال فيه غرة عبد أو أمة فقال السائل ولم والحال لا يخالون من أنه مات بضربة أو لم تنفخ فيه الروح فان مات بضربة تجب دية كاملة وان لم تنفخ فيه الروح لا يجب شيء فسكت زفر فقال له السائل أعنتقل سائبة فاجز فر الى أبي يوسف فسأله عنه فأجاب أبو يوسف بمثل ما أجاب زفر فاجبه بمثل ما أجابه السائل فقال التعبد التعبد أي ثابت بالسنة من غير أن يدرك بالعقل وهذا دليل على أن قول زفر هو وجه الاستحسان وقال في الذخيرة قوله وجه القياس كما ذكرنا آنفاً ويحتمل أنه يرجع من أحدهما الى الآخر والحديث المروي دليل واضح على أن الدية مقدرة بعشرة آلاف درهم قبل واتمايين الشارع القيمة اشارة الى أن الحيوان لا يثبت في الذمة ثبوتاً صحيحاً الامن (٣٣٥) حيث اعتبار صفة المايية وقوله (اذا كان

خمسمائة درهم) قيل  
 فيسديه احترازاً عن جنين  
 الامة اذا كانت قيمته لا تبلغ  
 خمسمائة ورد بان ما يجب  
 في جنين الامة هو في مال  
 الضارب مطلقاً من غير  
 تقييد بالبلوغ الى خمسمائة  
 على ما سيجيء وقيل لعله  
 وقع سهواً من الكاتب  
 وكان في الاصل ان كان  
 خمسمائة تعليلاً لكونها  
 على العاقلة

وجه الاستحسان ما روى أن النبي عليه السلام قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة و يروي  
 أو خمسمائة فتركتنا القياس بالاثرو وهو حجة على من قدرها بستمائة نحو مالك والشافعي (وهي على العاقلة)  
 عندنا اذا كانت خمسمائة درهم

انتهى أقول ايمس بسديد فان يتيقن كونه معد الحياة ممنوع لجواز أن يفسد الماي في الرحم حينئذ  
 ينتفي استعداده للحياة ولقد أشار اليه في النهاية حيث قال نقلاً عن المبسوط ثم للماي في الرحم مالم يفسد  
 فهو معد الحياة فيجعل كالخبي في ايجاب ذلك الضمان بان لانه كما يجعل بيض الصيدي حق المحرم كالصيد  
 في ايجاب الجزاء عليه بكسره انتهى تبصر (قوله وهي على العاقلة عندنا اذا كانت خمسمائة درهم) اعلم  
 أن الناظرين في هذا المقام يحجروا في توجيه هذا القيد أعني قوله اذا كانت خمسمائة درهم فقال  
 صاحب النهاية قديم هذا احترازاً عن جنين الامة اذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة درهم كما وجدت  
 بخط شيخى لكن هذا لا يتضح لان ما وجب في جنين الامة هو في مال الضارب مطلقاً من غير تقييد  
 بالبلوغ الى خمسمائة درهم على ما يجيء الى هنا كلامه وسائر الشراح أيضاً ذكروا التوجيه الذي نقله  
 صاحب النهاية عن خط شيخه وردوه بما رده به صاحب النهاية وقال صاحب الغاية وقوله اذا كانت  
 خمسمائة كانه سهواً من القلم وينبغي أن يكون اذ يسكون الذال بلا ألف بعدها يعني أنها انما تجب على  
 العاقلة لا تمام مقدرة بخمسمائة درهم والعاقلة تعقل خمسمائة ولا تعقل ما دونها انتهى وقد نقل  
 صاحب الغاية هذا التوجيه ولم يتعرض له برتبة نقل التوجيه الاول مع رده حيث قال قيل فيديه  
 احترازاً عن جنين الامة اذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة ورد بان ما يجب في جنين الامة هو في مال  
 الضارب مطلقاً من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة على ما يجيء وقيل لعله وقع سهواً من الكاتب  
 وكان في الاصل ان كان خمسمائة تعليلاً لكونها على العاقلة انتهى فكانه ارتضى التوجيه الثاني أقول  
 التوجيه الثاني أيضاً مردود عندى اذ لا معنى لتعليل كونها على العاقلة لكونها خمسمائة درهم فانه  
 ينتقض بما يجب في جنين الامة اذا بلغ خمسمائة درهم فانه على الضارب كما دونه لا على العاقلة كما صرحوا  
 به آنفاً حيث قالوا ان ما وجب في جنين الامة فهو في مال الضارب مطلقاً من غير تقييد بالبلوغ الى  
 خمسمائة مع جريان التعليل المذكور فيه عند بلوغه الى خمسمائة درهم وينتقض بكل عمد سقط  
 القصاص فيه بشبهة ووجب دية بالغة الى خمسمائة درهم أيضاً فيما فرقتها فان مثل ذلك كله في مال

(قوله فقال له السائل  
 أعنتقل سائبة) أقول كانوا  
 في الجاهلية اذا اعتقوا  
 على أن لا ولاء للعقبي قالوا  
 اعتقته سائبة او هو من سبب  
 الماء أي جريه وسبب الدابة  
 اهمالها (قوله وهذا دليل  
 على أن قول زفر هو وجه  
 الاستحسان) أقول أي  
 الوجه الثابت بالاستحسان  
 (قوله وقال في الذخيرة قوله  
 وجه القياس) أقول أي

الوجه الثابت بالقياس (قوله قيل قسده احترازاً عن جنين الامة) أقول ولعل الاول ان يقال احترازاً عنه فان ما يجب فيه  
 ليس مقدراً بخمسمائة ومعنى قوله اذا كانت خمسمائة اذا كانت مقدرة بها ثمراً (قوله اذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة) أقول قوله  
 لا تبلغ خمسمائة يعني بأن لا يكون من مولاها ولا من المغرور فتأمل (قوله من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة) أقول المصنف مقدر  
 أي بعد البلوغ ثم أقول عدم بلوغ ما يجب في الجنين الى خمسمائة من الامور المقسرة الظاهرة اذا لم تكن من المولى ولا من المغرور فلا  
 حاجة الى التقييد (قوله وكان في الاصل ان كان خمسمائة) أقول قوله اذ يسكون الذال بلا ألف (قوله لكونها على العاقلة)  
 أقول مقتضى هذا التعليل أن يجب ضمان جنين الامة على العاقلة اذا بلغت قيمته دية الرجل فالخلص ما ذكرنا من ملاحظة  
 التقدير شرعاً

وقوله (في ماله) أي في مال الضارب (لأنه بدل) (٣٣٦) الجزء) أي جزء الأذى فصار كقطع اصبع من أصابعه وقوله (دوه) أي

أدوا ديبته أمر لمخاطب من  
الودي وهذا الحديث حديث  
جل بن مالك بالخاء المهملة  
والميم المفتوحتين قال كنت  
بين جاريين لي فضربت  
أحدهما بطن صاحبها  
بعمود فسقط أو بعسط  
خيمة فألقت جنينا ميتا  
فأخضم أولياؤها إلى  
رسول الله صلى الله عليه  
وسلم فقال عليه السلام  
لا وليا للضاربة دوه فقال  
أخوها أندي من لاصح  
ولا استهل ولا شرب ولا  
أكل ومنه دم يطل فقال  
عليه السلام أسجع كسجع  
الكهان وفي رواية دعني  
وأراجيز العرب قوم وافدوه  
الحديث ففيه التنصيص  
على إيجاب الدية على العاقلة  
وقوله (الأن العواقل)  
جواب عما يقال الحديث  
يدل على أن الدية على العاقلة  
قليلة كانت أو كثيرة وأنتم  
قد تم بقولكم إذا كانت  
خمسائة درهم وقد  
علمت ما يرده عليه من النظر  
(قال المصنف حيث قال  
دوه) أقول يجوز أن  
يقول تعليلا لقوله قضى  
الحج وأول قوله سماه دية والثاني  
أقرب ويستفاد تعليلا  
الأول منه أيضا (قوله أو  
بسط خيمة) أقول أي  
عود من عيدان الخباء  
(قوله فقال أخوها أندي  
من لاصح ولا استهل)

وقال مالك في ماله لأنه بدل الجزء ولنا أنه عليه السلام قضى بالغرة على العاقلة ولأنه بدل النفس ولهذا  
سماه عليه السلام دية حيث قال دوه وقالوا أندي من لاصح ولا استهل الحديث إلا أن العواقل لا تعقل  
مادون خمسائة (وتجب في سنة) وقال الشافعي رحمه الله في ثلاث سنين لأنه بدل النفس ولهذا  
يكون موروثا بين ورثته ولنا ما روى عن محمد بن الحسن رحمه الله أنه قال بلغنا أن رسول الله عليه  
السلام جعله على العاقلة في سنة

القاتل كما مر في الفصل السابق مع جريان التعليل المذكور فيه أيضا ثم أقول هنا توجيه آخر لم يذكره  
الشراح وهو أن يكون القيد المذكور للاحتراز عن جنين الامة مطلقا بأن يكون معناه إذا كانت  
خمسائة درهم على البتة بتقدير الشرع ذلك القدر المعين وهذا إنما يكون في جنين الحرة فإن الواجب  
في جنين الامة نصف عشر قيمته لو كان حيا إن كان ذكرا وعشر قيمته حيا إن كان أنثى من غير تعيين قدر  
معين من العدد فضلا عن أن تبلغ خمسائة فحينئذ يحصل المرام من غير كلفة كما ترى (قوله وقال مالك  
في ماله لأنه بدل الجزء) أقول في تعليقه نظر لأن مجرد كونه بدل الجزء لا يقتضي كونه في مال الجنائي بل لا بد  
من أن يكون البدل أقل من خمسائة درهم والبدل فيما نحن فيه تمام خمسائة درهم وقد مر قبيل  
هذا الفصل أن عمد الصبي والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة وكذا كل جناية موجهة لخمسائة  
فصاعدا ويمكن أن يقال إن مذهب مالك أن لا يجب بدل الجزء على العاقلة فيما إذا كان أقل من ثلث  
الدية كما صرحوا به وما نحن فيه كذلك فيكون هذا التعليل من قبيل ذلك ولكنه من باب رد المختلف  
على المختلف تأمل تنق (قوله ولأنه بدل النفس) ولهذا سماه عليه السلام دية حيث قال دوه) أقول  
في الاستدلال على أنه بدل النفس بتسمية النبي عليه السلام دية بحيث فاته عليه السلام سمي كثيرا  
من بدل الأعضاء والأجزاء دية ألا يرى إلى ما مر في فصل فيما دون النفس أن سعيد بن المسيب رضي  
الله عنه روى أن النبي عليه السلام قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية وهكذا  
كتب لعرو بن خزم رضي الله عنه وكتب له أيضا وفي العينين الدية وفي أحداهما نصف الدية إلى غير ذلك  
فليتأمل في الدفع (قوله إلا أن العواقل لا تعقل مادون خمسائة) قال صاحب الغاية قول المصنف هذا  
يتعلق بقوله وهي على العاقلة عندنا إذا كانت خمسائة وكانه يقول إذا كانت الغرة أقل من خمسائة  
درهم لا تعقله العاقلة ولنا فيه نظر لأن جنين الامة لا وجوب على العاقلة أصلا لأن الواجب في  
جنين الامة على الضارب مطلقا انتهى أقول نظره ساقط لأن قول المصنف إلا أن العواقل لا تعقل  
مادون خمسائة إنما يدل على أنها تعقل خمسائة فصاعدا بطريق مفهوم الخافضة وهو ليس بمعتبر  
عندنا ولئن سلمنا اعتباره عندنا أيضا في الروايات ففهوم قوله المذكور أنها تعقل خمسائة فصاعدا  
في الجملة لأنها تعقلها في كل مادة حتى يرد النقص بالواجب في جنين الامة إذا بلغ خمسائة حيث يكون  
على الضارب لا على العاقلة وقال صاحب الغاية قول المصنف إلا أن العواقل لا تعقل مادون خمسائة  
جواب عما يقال الحديث يدل على أن الدية على العاقلة قليلة كانت أو كثيرة وأنتم قد تم بقولكم إذا  
كانت خمسائة وقد علمت ما يرده عليه من النظر انتهى أقول الظاهر أن مراده بما يرده عليه من  
النظر ما ذكره فيما مر بقوله ورد بأن ما يجب في جنين الامة هو في مال الضارب مطلقا من غير تقييد  
بالبلوغ إلى خمسائة إلا أنك علمت سقوطه أيضا بما بيناه في سقوط نظر صاحب غاية البيان أنفا ثم أقول  
في تقرير مراد المصنف هنا خلل إذ لا يتم حينئذ السؤال ولا الجواب أما الأول فلأن مدلول الحديث  
المذكور قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بدية جنين الحرة على العاقلة وديته تبلغ خمسائة درهم  
بالاجماع فمن أين يدل الحديث على أن الدية لو كانت قليلة بحيث لم تبلغ خمسائة درهم تكون أيضا

وقوله (لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية أو أقل أكثر من نصف العشر) هو الصحيح من النسخ وفي بعضها أو أكثر وفي بعضها  
 وأكثر قال الشارحون وكلاهما غير صحيح لان المراد أن يكون الأقل من ثلث الدية أكثر من نصف العشر وهو انما يكون اذا كان  
 أكثر من نصفه لا أقل أو بدلامنه ولعل العطف بالواو يفيد ذلك أيضا وفي بعض الشروح أن تقييده بالاكثر ليس مفيداً لأنه لو كان نصف  
 العشر كان الحكم كذلك وقوله (بخلاف أجزاء الدية لان كل جزء منها (٣٣٧) على من وجب يجب في ثلاث سنين)

صورته أن يشترك عشرون  
 رجلا في قتل رجل خطأ فإنه  
 يجب على كل واحد منهم  
 نصف عشر الدية في ثلاث  
 سنين على ما يجي في المعامل  
 وقوله (ويستوي فيه) أي  
 في وجوب قدر الغرة بأنه  
 عبد أو أمة قيمته خمسمائة  
 درهم لا إطلاق ماروينا وهو  
 قوله صلى الله عليه وسلم في  
 الجنين غرة عبد أو أمة قيمته  
 خمسمائة درهم وقوله  
 (ولان في الجنين دليل  
 معقول على التساوي بين  
 الذكور والانثى في الولدين  
 المنفصلين في الدية لتفاوت  
 معاني الأدمية في المالكية  
 فان الذكر مالك مال وانكاحا  
 والانثى مالكة مالا مملوكة  
 نكاحا فكان بينهما تفاوت  
 فيما هو من خصائص  
 الأدمية وهو معدوم في  
 الجنين فيقدر عقده  
 واحد وهو خمسمائة وقوله  
 (وان ألقته حيا ثم مات)  
 أول الأقسام الأربعة  
 العقلية الحاصلة من موت  
 أحدهما بعد الضرب وهي  
 أن خروج الجنين من الأم  
 ما أن يكون في حال حياته ما  
 أو في حال مماته ما أو في

ولانه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام فعملنا  
 بالشبه الاول في حق التوريث وبالثاني في حق التأجيل الى سنة لان بدل العضو اذا كان ثلث  
 الدية أو أقل أكثر من نصف العشر يجب في سنة بخلاف أجزاء الدية لان كل جزء منها على من وجب  
 يجب في ثلاث سنين (ويستوي فيه الذكور والانثى) لا طلاق ماروينا ولا في الجنين انما يظهر  
 التفاوت لتفاوت معاني الأدمية ولا تفاوت في الجنين فيقدر عقده واحد وهو خمسمائة (فان ألقته  
 حيا ثم مات ففيه دية كاملة) لانه أتلف حيا بالضرب السابق (وان ألقته ميتا ثم ماتت الام فعليه دية  
 بقتل الام وغرة بالقائها) وقد صرح أنه عليه السلام قضى في هذا بالدية والغرة (وان ماتت الام من  
 الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حيا ثم مات فعليه دية في الام ودية في الجنين) لانه قاتل شخصين  
 (وان ماتت ثم ألت ميتا فعليه دية في الام ولا شيء في الجنين) وقال الشافعي يجب الغرة في الجنين لان  
 الظاهر موته بالضرب فصار كما اذا ألقته ميتا وهي حية

على العاقلة حتى يتوجه أن يقال انه ينافي تقييدكم بقولكم اذا كانت خمسمائة درهم وأما الثاني فلان  
 الحديث المذكور لو دل على أن الدية سواء كانت أقل من خمسمائة أو أكثر منها على العاقلة لما صلح مجرد  
 قول المصنف الآن العوائل لا تعقل مادون خمسمائة لان يكون معمولاً به في مقابلة ذلك الحديث دون  
 بيان نص يشهد بذلك حتى يصلح للجواب عما ذكره كما قرره (قوله ولانه ان كان بدل النفس من حيث  
 انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام فعملنا بالشبه الاول في حق التوريث  
 وبالثاني في حق التأجيل الى سنة) أقول لقائل أن يقول لم يعكس الامر أي لم يعمل في حق التأجيل  
 بالشبه الاول وفي حق التوريث بالشبه الثاني وما لم يبين وجه ذلك لا يتم المطلوب هنا والظاهر في تقرير  
 التعليل هنا ما ذكر في الكافي أخذ من المبسوط حيث قال ولانه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس  
 مودعة في الام حتى ينفصل عنها حية فالجناية عليه قبل الانفصال تعتبر بالجناية عليه بعد الانفصال  
 فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام فلا يثبت من التأجيل الا القدر المتيقن انتهى تدبرتهم  
 (قوله لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية أو أقل أكثر من نصف العشر يجب في سنة) قال صاحب  
 النهاية هذا هو الصحيح من لفظ الكتاب وقوله أكثر بدون الواو يدل من أقل أي اذا كان ذلك الأقل أكثر من  
 نصف العشر وفي بعض النسخ أو أكثر وفي بعضها أو أكثر وفي بعضها أو أكثر وفي بعضها أو أكثر  
 انتهى كلامه وتبعه جماعة من الشراح وقال صاحب العناية قوله لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية  
 أو أقل أكثر من نصف العشر هو الصحيح من النسخ وفي بعضها أو أكثر وفي بعضها أو أكثر قال  
 الشارحون وكلاهما غير صحيح لان المراد أن يكون الأقل من ثلث الدية أكثر من نصف العشر وهو انما  
 يكون اذا كان الأكثر من نصفه لا أقل أو بدلامنه ولعل العطف بالواو يفيد ذلك الى هنا لفظه أقول فيه  
 شيء وهو أن بين قوله ولعل العطف بالواو يفيد ذلك أيضا وبين قوله هو الصحيح من النسخ بقصر الصحة  
 على الاول تدافعا ليحتمل اللهم الا أن يكون مراده قصر الصحة على الاول من الرواية لان من حيث

حال حياة الأم ومات الجنين أو على العكس والاقسام مع أحكامها مذكورة في الكتاب

(قوله وفي بعض الشروح أن تقييده بالاكثر ليس مفيداً الخ) أقول يعني غاية البيان وأجاب في الكفاية بأنه لما كان أكثر من نصف العشر  
 مؤجلاً الى سنة فاولى أن يكون نصف العشر مؤجلاً بها (قوله صورته أن يشترك عشرون رجلا في قتل رجل خطأ) أقول فيه أن  
 الاولى أن يقول مثلا اذا اشترك الخ

وقوله (فلا يجب الضمان بالشك) اعترض عليه بأن الشك ثابت فيما إذا ألفت جنبنا ميتا لاحتمال أن يكون الموت من الضرب واحتمال أنه لم ينفع فيه الروح ومع ذلك وجب الضمان وهو أول ما ذكر في هذا الفصل وأجيب بأن الغرة في تلك الصورة ثبتت بالنص على خلاف القياس كما ذكرنا وليس مانحن فيه في معناه لأن فيه الاحتمال من وجه واحد وفيما نحن فيه من وجوه وهي احتمال عدم نفع الروح والموت بسبب انقطاع الغذاء بسبب موت الام وبسبب تخنيق الرحم وغم البطن فلا يلحق بذلك لاقياسا ولادلالة فبقي على أصل القياس وهو عدم وجوب الضمان قال (وما يجب في الجنين موروث عنه) كلامه واضح وقوله (وفي جنين الامه الخ) يعني جنين الامه اذا كان ذكر او لم يكن الحمل من المولى (٣٣٨) ولان المغرور نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان

ولنا أن موت الام أحد سببي موته لانه يخفق بموتها اذ تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك قال (وما يجب في الجنين موروث عنه) لانه بدل نفسه في ورثته (ولا يرثه الضارب حتى لو ضرب بطن امرأته فالقت ابنه ميتا على عاقلة الاب غرة ولا يرث منها) لانه قاتل بغير حق مباشرة ولا ميراثا للقاتل قال (وفي جنين الامه اذا كان ذكر انصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان أنثى) وقال الشافعي فيه عشر قيمة الام لانه جزء من وجهه وضمان الاجزاء يؤخذ بمقدارها من الاصل

سداد المعنى في شذوذ بدفع التدافع وقال صاحب الغاية وقوله أكثر بدون الواو والعاطفة في أوله على أنه صفة لقوله أقل أي اذا كان بدل العضو ثلث الدية أو كان أقل من ثلث الدية وكان ذلك الأقل أكثر من نصف عشر الدية يجب في سنة واحدة ولكن لنا في التقييد بالاكثر نظرا لانه اذا لم يكن أكثر من نصف عشر الدية بل كان قدر نصف عشر الدية الى ثلثها يجب في سنة انتهى ونقل صاحب العناية مضمون نظره ولم يتعرض للجواب عنه حيث قال وفي بعض الشروح أن تقييده بالاكثر ليس بعفيد لانه لو كان نصف العشر كان الحكم كذلك انتهى فكانه ارتضاه وأشار صاحب الكفاية الى الجواب عنه حيث قال بعد تصحيح النسخة الاولى لكن التقريب انما يأتى أن لو كان نصف العشر واجبا في سنة لان الغرة مقدرة بنصف العشر ولم يتعرض له لانه لما كان أكثر من نصف العشر مؤجلا بسنة فأولى أن يكون نصف العشر مؤجلا بها انتهى أقول فيه نظرا لاننا سلمنا أنه اذا كان ما هو أكثر من نصف العشر مؤجلا بسنة فأولى أن يكون نصف العشر أيضا مؤجلا بسنة لجواز أن يكون نصف العشر غير مؤجل أصلا كأقل من نصف العشر ويكون مؤجلا بأقل من سنة وبذلك لا يتم التقريب كما لا يخفى (قوله ولنا أن موت الام أحد سببي موته لانه يخفق بموتها اذ تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك) اعترض عليه بان الشك ثابت فيما إذا ألفت جنبنا ميتا لاحتمال أن يكون الموت بالضرب واحتمال أنه لم ينفع فيه الروح ومع ذلك وجب الضمان وهو أول ما ذكر في هذا الفصل وأجيب بأن الغرة في تلك الصورة ثبتت بالنص على خلاف القياس كما ذكرنا وليس مانحن فيه في معناه لأن فيه الاحتمال من وجه واحد وفيما نحن فيه من وجوه وهي احتمال عدم نفع الروح والموت بسبب انقطاع الغذاء بسبب موت الام وبسبب تخنيق الرحم وغم البطن فلا يلحق بذلك لاقياسا ولادلالة فبقي على أصل القياس وهو عدم وجوب الضمان كذا في العناية أخذنا من النهاية وأورد بعض الفضلاء على هذا الجواب

أنتى وطريق ذلك أن يقوم الجنين بعد انفصاله ميتا على لونه وهيته لو كان حيا فينظر كم قيمته ويجب نصف عشر ذلك ان كان ذكرا وعشرة ان كان أنثى وانما قيدنا بكون الحمل من غير المولى والمغرور لانه لو كان منهما لمزمت الغرة لكونه حرا فلو ضاع الجنين ووقع النزاع في القيمة فالقول للضارب لانكاره الزيادة وان تعذر الوقوف على ذكوره وأوثته نأخذ بالمتيقن

(قال المصنف فلا يجب الضمان بالشك) أقول وفيه أن التسبب للموت وجب الضمان أيضا فيبغى أن يجب وجوابه أن يجب الغرة ثبت بالحديث على خلاف القياس فان حياته مشكوكه وهذا ليس في معناه حتى يلحق به

ولنا

لكثرة الاحتمالات هنادونه هكذا قيل ولك أن تقول قوله عليه الصلاة

والسلام في الجنين غرة عام فلا بد للتخصيص من دليل فليتامل هل يمكن التخصيص بالمباشرة بان يقال المراد في قتل الجنين على حذف المضاف والقتل انما يستند حقيقة الى المباشرة رقبه وأجيب بان الغرة في تلك الصورة ثبتت بالنص على خلاف القياس كما ذكرناه الخ) أقول لقائل أن يقول النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام في الجنين غرة يشمله فلا حاجة الى الالحاق (قال المصنف وفي جنين الامه اذا كان ذكر انصف عشر قيمته) أقول قال الكاكي أي اذا كانت حاملا من زوجها الامن مولاهما يكون الولد رقيقا ولان مغرور لانه لو كان الحمل من مولاهما ومن المغرور يجب الغرة ذكرا كان أو أنثى انتهى فلو قال المصنف وفي الجنين المملوك لكان أولى لعدم الاحتياج الى هذا التقييد

قوله (لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان) يعني في الاصل الاترى انه اذا قلع السن فننته مكانه آخر علم بجبتي وهنابد الجنين واجب وان لم يظهر في الام نقصان فدل على ان وجوبه باعتبار معنى النسبية لالجزئية (فيقدر بها) أي بقيمة نفس الجنين لقيمة الام قوله (وقال أبو يوسف) هذا غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف قال في المبسوط ثم وجوب البدل في جنين الامة قول أبي حنيفة ومحمد وهو الظاهر من قول أبي يوسف وعنه في رواية انه لا يجب الاتقصان الام ان تمكن فيها نقص وان لم يتمكن لا يجب شيء كافي جنين البهيمة وقوله (فنظرنا الى حالتي (٣٢٩) السبب والتلف) يعني أوجبنا القيمة

ولنا أنه بدل نفسه لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان ولا يعتبر به في ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها وقال أبو يوسف يجب ضمان النقصان لو انتقصت الام اعتبارا بجنين البهائم وهذا لان الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده ما على نذ كان شاء الله تعالى فصح الاعتبار على أصله قال (فان ضربت فأعتق المولى ما في بطنها ثم ألقته حيا ثم مات فقبح قيمته حيا ولا تجب الدية وان مات بعد العتق) لانه قتله بالضرب السابق وقد كان في حالة الرق فلهذا تجب القيمة دون الدية وتجب قيمته حيا لانه بالضرب صار قاتلا باه وهو حي فنظرنا الى حالتي السبب والتلف وقيل هذا عندهما وعند محمد تجب قيمته ما بين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب لان الاعتاق قاطع للسراية على ما أتيتك بعد ان شاء الله تعالى قال (ولا كفارة في الجنين) وعند الشافعي تجب لانه نفس من وجهه فوجب الكفارة احتياطا ولنا ان الكفارة فيها معنى العقوبة وقد عرفت في النفوس المطلقة فلا تعداها ولهذا لم يجب كل البدل قالوا الا ان يشاء ذلك لانه ارتكب محظورا فاذا تقرب الى الله تعالى كان أفضل له ويستغفر مما صنع (والجنين الذي قد استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين النام في جميع هذه الاحكام) لا تطلق ماروينا ولانه ولد في حق أمومية الولد وانقضاء العدة والنفاس وغير ذلك فكذا في حق هذا الحكم ولان هذا القدر يتميز من العلقه والدم فكان نفسا والله أعلم

حيث قال لقائل أن يقول النص وهو قوله عليه السلام في الجنين غرة يشمله فلا حاجة الى الالحاق انتهى أقول هذا أمر عجيب من مثله فان مضمون اراده مع جوابه مذكور في شرح تاج الشريعة فان كان جوابه المذكور هناك مقبولا عند هذا القائل فامعنى ذكر السؤال وترك الجواب وان لم يكن ذلك الجواب مقبولا عنده كان عليه بيان فساده فكانه لم ينظر الى ما في شرح تاج الشريعة هنا ولم يظفر بجواب اراده أصلا والذي ذكر في شرح تاج الشر بعة هنا هكذا فان قلت عموم قوله عليه السلام في الجنين غرة عبد أو أمة يتناول المتنازع فيه قلت لا بد من اضممار فيصير كانه قال في تلف الجنين غرة والشك والجمع في ذلك انتهى تأمل في تفصيل جوابه له سمع صالح (قوله ولنا أنه بدل نفسه لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان ولا يعتبر به في ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها) أقول لقائل أن يقول ان أراد أنه بدل نفسه من كل الوجوه كما هو الظاهر من سياق تعليقه يكون ما ذكره هنا ناقضا لما قاله فيما قبل من انه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام وان أراد أنه بدل نفسه من وجهه لا يكون هذا بلا على مدعا نادا فما قاله الشافعي من أنه جزم من وجهه وضمان الاجزاء يؤخذ من مقدارها من الاصل فليتأمل

(٤٣ - تكمله ثامن) المطلقة حتى يلحق بها دلالة الاترى أنه لا يجب كل البدل والباقي ظاهر لا يحتاج الى شرح

(قوله لجواز أن لا يكون حيا فلا تجب قيمته حيا هناك بل تجب الغرة) أقول فيه أن الدفع أسهل من الرفع فيبعد أن لا يكون حيا وقت الضرب ثم لا يكون الضرب مانعا من حدوث الحياة ويكون بعد حدوثه رافعا له فليتأمل (قال المصنف ولان هذا القدر يتميز من العلقه والدم فكان نفسا) أقول منقوض بالمضغفة الا ان يراد التمييز التام الكامل

باب ما يحدث الرجل في الطريق

لما فرغ من بيان أحكام القتل مباشرة ذكر أحكامه تسيباً والاول أولى بالتقديم اما لانه قتل بلا واسطة واما الكثرة وقوعه قال (ومن أخرج الى الطريق الاعظم كنيفاً الخ) الكنيف المستراح والميزاب معروف والجرح من قبل هو البرج وقال نحر الاسلام جذع يخرج من الانسان من الحائط ليعنى عليه والعرض بالضم الناحية قبل المراد به هنا ابعاد الناس منزلة أى أضعفهم وأرذلهم ووجه الكلام في هذه المسئلة في ثلاثة أشياء في اباحة العمل وفي الخصومة وفي ضمان ما يتلف به والمدو به في الكتاب الخصومة وتعرض للزعر ولم يتعرض للنع الاعلى قول محمد فان فيه خلافاً بين العلماء قال أبو حنيفة لكل أحد من عرض الناس مسلماً كان أو ذمياً أن يمنعه من الوضع سواء كان فيه ضرر أو لم يكن اذا أراد الوضع بغير اذن الامام لان فيه الاقيبات على رأى الامام فيما اليه تدبيره فلكل أحد أن ينكر عليه وبه قال أبو يوسف وقال محمد ليس لاحد حق ( ٣٣٠ ) المنع اذا لم يكن فيه ضرر لانه مأذون في احدائه شرعاً فهو كالأذن له الامام

باب ما يحدث الرجل في الطريق

قال (ومن أخرج الى الطريق الاعظم كنيفاً أو ميزاباً أو جرسناً أو بنى دكاناً فله رجل من عرض الناس أن ينزعه) لأن كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوابه فكان له حق النقص كما في المالك المشترك فان لكل واحد حق النقص لو أحدث غيرهم فيه شيئاً فكذا في الحق المشترك قال (ويسع للذي عمله أن ينتفع به مالم يضر بالمسلمين) لان له حق المرور ولا ضرر فيه فليحقق ما في معناه به اذا المانع متعنت فاذا أضر بالمسلمين كره له ذلك لقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام قال (وليس لاحد من أهل الدرب الذى ليس بنافذاً أن يشرع كنيفاً أو ميزاباً الا باذنهم) لانها مملوكة لهم ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال فلا يجوز التصرف اضرارهم أولم يضر الا باذنهم وفي الطريق النافذ له التصرف الا اذا أضر لانه يتعذر الوصول الى اذن الكل فجعل في حق كل واحد كأنه هو المالك وحده حكماً كى لا يتعطل عليه طريق الانتفاع ولا كذلك غير النافذ لان الوصول الى ارضائهم ممكن فبقى على الشركة حقيقة وحكماً قال (واذا أشرع في الطريق روضناً أو ميزاباً ونحوه فسقط على انسان فعطبت فالدبة على عاقلته) لانه مسبب لثقله متعذر بشغله هو الطريق وهذا من أسباب الضمان وهو الاصل

باب ما يحدث الرجل في الطريق

لما فرغ من بيان أحكام القتل مباشرة شرع في بيان أحكامه تسيباً وقدم الاول لكونه أصلاً لانه قتل بلا واسطة ولكونه أكثر وقوعاً فكانت أسس حاجة الى معرفة أحكامه (قوله ويسع للذي عمله أن ينتفع به مالم يضر بالمسلمين لان له حق المرور ولا ضرر فيه فليحقق ما في معناه اذا المانع متعنت) أقول هذا المقام محل الكلام فان المدعى هنا هو اباحة الانتفاع بالامور المذكورة آنفاً الذى عملها مالم يضر بالمسلمين مسئلة متفق عليها بين الائمة ودليله المذكور في الكتاب لا يشي الا على أصل محمد أما اولاً فلان قوله فليحقق به ما هو في معناه ليس يتام على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ان قد صرح في الشروح وعامة المعبرات أن أصلهما أن لكل أحد من عرض الناس مسلماً كان أو ذمياً

وأما الخصومة في الرفع فالذ كور في الكتاب قول أبي حنيفة وقال ليس لاحد ذلك أما على قول محمد فظاهر لانه جعله كالأذن من الامام فلا يرفعه أحد وأما أبو يوسف فانه يقول كان قبل الوضع لكل أحد يد فيه فالذى يحدث يريد أن يجعلها في يد نفسه خاصة فأما بعد الوضع فقد صار في يده فالذى يتخاصمه يريد ابطال يده من غير دفع الضرر عن نفسه فهو متعنت وأما وجه قول أبي حنيفة فهو المذكور في الكتاب وقوله (ويسع للذي عمله) بيان الاباحة وهو ظاهر وقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار في الاسلام أى لا ابتداء ولاجزاء يعنى متعدياً عن مقداره في الاقتصاص

لان الضرر بمعنى المضارة وهو أن تضرم من ضررك وهذا الكلام فيما اذا كان الدرب نافذاً أو ما اذا كان غير نافذ فقوله وكذلك وليس لاحد من أهل الدرب الذى ليس بنافذاً بيان لذلك والدرب الباب الواسع على السكة والمراد به المسكة ههنا وقوله (لانها مملوكة لهم) يعنى في الغالب قال نحر الاسلام المراد بغير النافذة المملوكة وليس ذلك به المالك فقد نفذت وهي مملوكة وقد يسد منفذها وهي للعامة لكن ذلك دليل على المالك غالباً فاقم مقامه ووجب العمل به حتى يدل الدليل على خلافه وقوله (على كل حال) أى سواء كانوا متلازمين أو لم يكونوا وقوله (واذا أشرع في الطريق روضناً) وهو المرعى العلوي بيان لوجوب الضمان

باب ما يحدث الرجل في الطريق

(قوله وتعرض للزعر ولم يتعرض للنع) أقول يعنى ان الخصومة تارة تكون للزعر وتارة للنع فالصنف تعرض للاول دون الثاني (قوله بيان الاباحة وهو ظاهر) أقول فانه اذا وسعه الانتفاع به وسعه احدائه أيضاً (قال المصنف واذا أشرع في الطريق روضناً) أقول الروشن هو الرف عن الأزهرى وعن القاضي الصدر المعر على العلوه ومثل الرف كذا في المغرب وفي القاموس الروشن السكوة

وقوله (مما ذكرنا في أول الباب) يعني الكنيف والميزاب والجرصن وقوله (فالضمان على الذي أحده فيه) يعني ضمانهما على الحدث والضمنان على الذي عثر به لانه مدفوع في هذه الحالة والمدفوع كالألة (وقوله وان سقط الميزاب الخ) هذه المسئلة على أربعة أوجه لانه إما أن أصابه الطرف الداخل أو الخارج أو أصابه جميعاً وعلم بذلك أول يعلم أي الطرفين أصابه والجملة مذكورة في الكتاب بوجوهها وقوله (لانه ليس بقاتل حقيقة) يعني أن الكفارة وحرمان الارث إنما يجبان بالقتل حقيقة وهذا ليس بقتل حقيقة والاساوى الملك غيره كافي الري قيل ان كان قتلا حقيقة فالقياس شمول (٣٣١) الوجوب في الضمان والكفارة والحرمان

وان لم يكن فالقياس عدمه فيها والجواب أن الضمان يعتمد الاتلاف بطريق صيانة التعدي للدماء عن الهدر وقد تحقق باحدانه في الطريق ما ليس له ذلك وأما الكفارة والحرمان فيعتمدان القتل عدلاً وخطأ ولم يوجد شيء منهما وقوله (اعتبار الاحوال) يعني يعلم يقين انه قتل الجراحة ولا يعلم انه بأى الطرفين كان فان كان بالطرف الداخل فلا ضمان وان كان بالخارج فعليه الضمان فيجعل كانه حصل بالطرفين وقوله (ولو أشرع جناحاً) ظاهر وقيل المشتري منعداً أيضاً بترك الرفع مع امكانه شرطاً وأجيب بان سبب ضمان القتل اما المباشرة أو التسيب ولم يوجد منه ذلك فصارت يمكن من رفع حجر عن الطريق ولم يفعل حتى عذب به انسان فانه لا ضمان لانه ليس بمباشرة ولا متسبب واستش كل أيضاً بالحائط المائل اذا تقدم انسان الى

وكذلك اذا سقط شيء مما ذكرنا في أول الباب (وكذا اذا عثر بنقضه انسان أو عطب به دابة وان عثر بذلك رجل فوقع على آخر فانا فالضمان على الذي أحدثه فيهما) لانه يصير كالمدافع اياه عليه (وان سقط الميزاب فظرفان أصاب ما كان منه في الحائط رجلاً فقتله فلا ضمان عليه) لانه غير متعدي لما انه وضعه في ملكه (وان أصابه ما كان خارجاً من الحائط فالضمان على الذي وضعه فيه) لكونه متعدياً به ولا ضرورة لانه يمكنه أن يركبه في الحائط ولا كفارة عليه ولا يجرم عن الميراث لانه ليس بقاتل حقيقة ولو أصابه الطر فان جميعاً وعلم ذلك وجب نصف الدية وهدر النصف كما اذا جرحه سبع وانسان ولو لم يعلم أي طرف أصابه يضمن النصف (اعتبار الاحوال) (ولو أشرع جناحاً الى الطريق ثم باع الدار فأصاب الجناح رجلاً فقتله أو وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وبرئ اليه منها فتر كها المشتري حتى عطب بها انسان فالضمان على البائع) لان فعله وهو الوضع لم ينسخ زوال ملكه وهو الموجب (ولو وضع في الطريق حجراً فأحرق شيئاً يضمنه) لانه متعدي به (ولو حرته الريح الى موضع آخر ثم أحرق شيئاً لا يضمنه) لنسخ الريح فعله وقيل اذا كان اليوم ريحاً يضمنه لانه فعله مع علمه بعاقبته وقد أفضى اليها فجعل كباشرته

أن يمنع العامل من الوضع سواء كان فيه ضرراً ولم يكن اذا أراد الوضع بغيران الامام لان فيه الاقتيات على رأى الامام فيما اليه تدبيره فكل أحد أن ينكر عليه فظهر منه أن عمل ذلك والاتضاع به يشتمل على أمر منكر على أصلها وهو الاقتيات على رأى الامام فيما اليه تدبيره وان لم يضر بالمسلمين فلم يتصور عندهما أن يكون ذلك في معنى المرور الذي لا يشتمل على أمر منكر أصلاً حتى يصح الحاق ذلك به وأما ثانياً فلان قوله (وله اذا المانع متعنت ليس يتام أيضاً على أصلها ما قطعاً اذ لو صح عندهما كون المانع متعنتاً لما ذهب الى جواز منعه شرعاً وقد عرفت كون مذهبهم ذلك ودليلهم ما الذي أتاهما عليه فتبصر (قوله وكذلك اذا سقط شيء مما ذكرنا في أول الباب) قال الشراح يعني الكنيف والميزاب والجرصن أقول لعل قول المصنف هـ ذم استدرك لان ما حررنا من لفظ مختصر القدورى وهو قوله (واذا اشروع في الطريق روضناً وميزاباً ونحوه فسقط على انسان فعطب فادبه على عاقلته كان متناولاً للجميع ما ذكر في أول الباب أما الميزاب فصراحة كآرى وأما الغير ذلك فيعموم قوله (ونحوه فلاححة الى ما ذكره المصنف هنا بل لأوجه للفظ وكذلك سيما بالنظر الى الميزاب تأمل (قوله وكذا اذا عثر بنقضه انسان أو عطب به دابة) أقول فيه نوع تساهل لان جواب المسئلة السابقة وجوب الدية على العاقلة وفيما اذا عطب به دابة يجب ضمانها في ماله صرح به في الكافي وغيره وكلمة كذا تقتضى الاشتراك في الجواب وهو غير متحقق في قوله (أو عطب به دابة اللهم إلا أن يكون المراد بكلمة كذا انها هو التشبيه والتشريك في مجرد وجوب الضمان لافي وجوبه على الوجه الخالص المذكور فيما سبق فيعم قوله اذا عثر بنقضه

صاحبه بالنقض فلم يتعذ حتى باع الدار من غيره ثم أصاب انساناً فانه لا ضمان على البائع وان كان جانيه بترك النقص بعد التقدم اليه والجواب أن ضرورة صاحب الحائط ضامناً بالتقدم اليه باعتبار ملكه وقد زال بالبيع وصيرورته خارج الجناح بشغل هواء طريق المسلمين تعدياً ولم يزل بالبيع وقوله (ولو حرته) أي الجمر قيل فيه تلويح الى أن الريح ان هبت يشرها فأحرقت شيئاً وجب الضمان لان التعدي كان بوضع الحجر وهو باق في مكانه واليه ذهب بعض أصحابنا وقوله (وقيل اذا كان اليوم ريحاً يضمنه) هو اختيار شمس الأئمة السرخسي والاول اعنى الاطلاق في عدم الضمان اختيار شمس الأئمة الحلواني وقوله (وقد أفضى اليها) أي الى عاقبته وهو الحرق بواسطة الريح

(قوله يعني يعلم يقين انه قتل الجراحة) أقول الظاهر أن يقول قتل الميزاب

قوله (ولو استأجر رب الدار الفعلة) الفعلة جمع فاعل وهو على وجوه ان قال المخرج للفعلة أخر جوا اجناحا على فناء دارى فان لى حق ذلك ولم يعلم الفعلة غير ما قال ففعلوا فسقط وأصاب شيأ قبل الفراغ من العمل أو بعده فالضمان عليهم ويرجعون به على الأمر قياسا واستحسانا لانه واجب بامره فلهم أن يرجعوا به عليه كالأستأجر ليدبح شاة ثم استحققت بعد الذبح فلا مستحق أن يضمن الذابح ويرجع به الذابح على الأمر وان قال أشرعوا اجناحا على فناء دارى وأخبرهم أن لاحق له في ذلك أولم يخبرهم ففعلوا فسقط وأتلف شيأ قبل الفراغ من العمل فعليه الضمان ولم يرجعوا به على الأمر (٣٣٣) قياسا واستحسانا وان سقط بعد الفراغ منه فكذلك على جواب القياس

(ولو استأجر رب الدار الفعلة لاخراج الجناح أو الظلة فوقع فقتل انسانا قبل أن يفرغوا من العمل فالضمان عليهم) لان التلف بفعلهم (ويقال يفرغوا لم يكن العمل مسلما الى رب الدار) وهذا لانه انقلب فعلهم قتيلا حتى وجبت عليهم الكفارة والقتل غير داخل في عقده فلم يتسلم فعلهم اليه فانصهر عليهم (وان سقط بعد فراغهم فالضمان على رب الدار استحسانا)

انسان وقوله او عطيت به دابة لكنه خلاف الظاهر من العبارة فهو عين التساهل (قوله ولو استأجر رب الدار الفعلة لاخراج الجناح أو الظلة فوقع فقتل انسانا قبل أن يفرغوا من العمل فالضمان عليهم الخ) قال شيخ الاسلام هو على وجوه ان قال مخرج الجناح للاجراء ابنوا اجناحا على فناء دارى فانه ملكى أولى حتى اشترع الجناح اليه من القديم ولم يعلم الفعلة بخلاف ما قاله ففعلوا ثم سقط فأصاب شيأ فالضمان عليهم ويرجعون بالضمان على الأمر قياسا واستحسانا سواء سقط قبل الفراغ من العمل أو بعده لما أن الضمان واجب على العامل بأمر الأمر فكان له أن يرجع به عليه كالأستأجر غيره ليدبح له شاة ثم استحققت الشاة بعد الذبح فلا مستحق أن يضمن الذابح ويرجع الذابح به على الأمر لانه غير كذا هذا وان قال المستأجر للاجراء أشرعوا الى اجناحا على فناء دارى وأخبرهم أنه ليس له حق اشترع الجناح أولم يخبرهم حتى بنوا اجناحا بأمره ثم سقط فأتلف شيأ ان سقط قبل فراغهم من العمل فالضمان على الاجراء ولم يرجعوا قياسا واستحسانا وان سقط بعد فراغهم من العمل فكذلك على جواب القياس لانه أمرهم بما ملك مباشرة بنفسه وقد علموا بفساد الأمر فلم يحكم بالضمان على المستأجر كالأستأجر ليدبح شاة جازة فذبح ثم ضمن الذابح الجارم يرجع به على الأمر وكذا لو استأجرهم لينبوا بيتنا في وسط الطريق ثم سقط فأتلف شيأ لم يرجعوا به على الأمر وفي الاستحسان يكون الضمان على الأمر لان هذا الأمر صحيح من حيث ان فناء داره مملوك له من وجهه على معنى أنه يباح له الانتفاع بشرط السلامة ولكنه غير صحيح من حيث انه غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه فن حيث العصة يكون قرار الضمان على الأمر بعد الفراغ من العمل ومن حيث الفساد يكون الضمان على العامل قبل الفراغ منه عملاهما واطهار جهة الصحة بعد الفراغ من العمل أولى من اظهارها قبل الفراغ لان اظهارها قبل الفراغ لان أمر الأمر انما صح من حيث انه ملك الانتفاع بفناء داره وانما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل لان الأمر انما صح من حيث انه ملك الانتفاع بفناء داره وانما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل

لانه أمرهم بما لا يملك مباشرة بنفسه وقد علموا بفساد الأمر فلم يحكم بالضمان على المستأجر كما لو استأجر ليدبح شاة جازة فذبح ثم ضمن الذابح الجارم لم يرجع به على الأمر وفي الاستحسان يكون الضمان على الأمر لان هذا الأمر صحيح من حيث انه فناء مملوك له من وجهه على معنى أنه يباح له الانتفاع بشرط السلامة غير صحيح من حيث انه غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه فن حيث العصة يكون قرار الضمان على الأمر بعد الفراغ من العمل ومن حيث الفساد يكون الضمان على العامل قبل الفراغ منه عملاهما واطهار جهة الصحة بعد الفراغ من العمل أولى من اظهارها قبل الفراغ لان أمر الأمر انما صح من حيث انه ملك الانتفاع بفناء داره وانما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل

(قوله وهو على وجوه ان قال المخرج الى آخر قوله وانما

تحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل) أقول لا يقال فرقا بين ما ذكر في الكتاب وهذا المنقول فان ما في الكتاب لانه محله المباشرة ولهذا تجب الكفارة فلا فرق بين علم العلة وعدم علمهم بفساد الأمر في وجوب الضمان قبل الفراغ ولا تنصورا بالمباشرة بعده فيكون بالتسبب لانا نقول اشترع الجناح مطلقا مباشرة فلهذا شبهه بذبح الشاة وسببى من الشارح أيضا بعد (قال المصنف حتى وجب عليهم الكفارة) أقول قال الزبلي بخلاف ما تقدم من المسائل من اخراج الجناح أو الميزاب أو الكنيف الى الطريق فقتل انسانا بسقوطه حيث لا تجب فيه الكفارة ولا يحرم الارث لانه تسبب وهما مباشرة انتهى فتأمل في الفرق بين هذه المسئلة وما تقدم



لانه صح الاستحجار حتى استحقوا الاجر ووقع فعلهم عمارة واصلا فانتقل فعلهم اليه فكأنه فعل  
 بنفسه فلهذا يضمنه (وكذا اذا صب الماء في الطريق فغطب به انسان أو دابته وكذا اذا رش الماء  
 أو تروى) لانه متعد فيه بالحق الضرر بالمارة (بخلاف ما اذا فعل ذلك في سكة غير نافذة وهو من  
 أهلها أو قعدا ووضع متاعه) لان لكل واحد أن يفعل ذلك فيه الكونه من ضرورات السكنى كما في الدار  
 المشتركة فالواحد اذا رش ماء كثيرا بحيث يتراق به عادة أما اذا رش ماء قليلا كما هو المعتاد والظاهر أنه  
 لا يتراق به عادة لا يضمن

أولم يجزهمم والثاني أنهم قالوا في بيان وجه الاستحسان في الوجه الثالث أن أمره غير صحيح من حيث  
 ان فناء داره غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه وجعلوا الضمان من هذه الحيثية على العامل قبل الفراغ  
 من العمل مع أن مدخلة هذه الحيثية في فساد أمره فيما نحن فيه غير ظاهرة لانه لم يأمرهم ببيعته ولم  
 يفعلوا ذلك حتى يفسد أمره بذلك لكونه غير مملوك له من هذه الحيثية ويجب الضمان على الفعلة قبل  
 الفراغ من العمل بل أمرهم بالانتفاع بذلك باسراع الجناح اليه ووقعوا ذلك ولا شك أنه مملوك له من  
 حيث الانتفاع به كما صرحوا به فكيف يفسد أمره من هذه الحيثية حتى يجب الضمان عليهم قبل  
 الفراغ من العمل بناء على فساد الامر والثالث أنهم قالوا في الوجه الاول الضمان على الاجراء ويرجعون  
 به على الامر قياسا واستحسانا وساقط قبل الفراغ من العمل أو بعده وقالوا في الوجه الثالث وفي  
 الاستحسان يكون الضمان على الامر والظاهر منه أن يكون الضمان في الوجه الثالث في جواب  
 الاستحسان على الامر ابتداء مع أن الفقه يقتضي أولوية كون الضمان في الوجه الاول أيضا اذا  
 كان السقوط بعد فراغهم من العمل على الامر ابتداء لان الفعلة كفاؤه مغرورين بقول الامر انه  
 ملكي أولى حق ذلك الفعل من القديم بخلاف الوجه الثالث في الغرور مع الاشتراك بينهم في سائر الامور  
 كما ترى ثم أقول تقرير المصنف هذه المسئلة وتعليلها لاوافق ما ذكره الشراح هنا من التفصيل  
 المنقول عن شيخ الاسلام بل بأباعد اقال المصنف جعل المسئلة على وجهين أحدهما السقوط قبل  
 فراغهم من العمل والاخر السقوط بعد فراغهم منه وجعل حكم أحدهما مخالفا لحكم الآخر مطلقا  
 وقال في تعليل الاول ان التلف كان بفعلهم وان فعلهم انقلب قتلا حتى وجب عليهم الكفارة والقتل غير  
 داخل في عقده فلم يتسلم فعلهم الى رب الدار فاقصر عليهم ولا يفتي أن هذا التعليل يقتضي أن يكون  
 الضمان عليهم وأن لا يرجعوا به على الامر في صورة السقوط قبل فراغهم من العمل مطلقا في الوجه  
 الاول أيضا من الوجوه التي ذكرها الشراح نقلا عن شيخ الاسلام وهو ما اذا أخبرهم الامر بأن له حقا  
 في ذلك لان فعلهم لما انقلب قتلا وصار غير داخل في عقده الامر ولم يتسلم اليه بل اقتصر عليهم كان  
 اخباره لهم بأن له حقا في ذلك وعدم اخباره لهم بذلك سيبين قطعا ويقتضي أن لا يتم في صورة السقوط  
 قبل الفراغ من العمل التعليل الذي ذكره لرجوعهم بالضمان على الامر قياسا واستحسانا في الوجه  
 الاول من الوجوه التي ذكرها وسواء سقط قبل الفراغ من العمل أو بعده بقولهم لان الضمان وجب  
 على العامل بأمر الامر فكان له أن يرجع به عليهم فان فعلهم لما انقلب قتلا في صورة السقوط قبل  
 فراغهم من العمل صار مخالفا لامر الامر خارجا عن عقده فلم يكن بأمر الامر كما كان وجوب الضمان  
 عليهم بأمره بل كان بفعل أنفسهم وبقتضى أيضا أن لا يتم تنظيرهم الوجه الاول بما لو استأجر غيره  
 لستدبح شاته ثم استحققت بعد الذبح فالمستحق أن يضمن الذابح ويرجع الذابح به على الامر في صورة  
 السقوط قبل الفراغ من العمل فان فعل الذابح هناك لم يتقلب ما هو خارج عن العقد بل وقع على ما هو  
 الداخل في العقد فاذا ضمن الذابح كان له حق الرجوع على الامر بحكم التنوير بخلاف ما نحن فيه في  
 صورة السقوط قبل الفراغ من العمل كما عرفت أن نقاشم ان بعض الفضلاء قال ههنا لا يقال فرق بين

وقوله (لانه صح الاستحجار)  
 يعني بالنظر الى أنه أن  
 ينتفع بفناء داره في النظر الى  
 هذا كان أمره معتبرا ووقع  
 فعلهم عمارة واصلا  
 فانتقل فعلهم اليه فكأنه  
 فعله بنفسه ولو فعله بنفسه  
 يقيد بشرط السلامة  
 لكونه غير مملوك له فكذلك  
 اذا أمر به وقوله (بخلاف  
 ما اذا فعل ذلك) يعني الصب  
 والرش والوضوء وقوله  
 (كما في الدار المشتركة) يعني  
 أنه أن يفعل فيما هو من  
 ضرورات السكنى وهو  
 اعتبار لحق الملك بحقيقته

وقوله (لانه صاحب علة) والعلة اذا صحت لاضافة الحكم اليها بطر غيرها وقوله (في فناء حائوته) قيل الفناء سعة امام البيوت وقيل ما امتد من جوانبها وقيل ما أعد لحوائج الدار كربط الدابة وكسر الخطب وقوله (فتعقل) أي تشبث وتعلق بالبناء وقوله (يجب الضمان على الأمر) لم يتعرض بان ذلك اذا علم الاجير ان الفناء لغير الأمر أو اذا لم يعلم وفي الجامع الصغير للامام المحبوبي ما يدل على أن هذا الجواب الذي ذكره في الكتاب فيما اذا كان الاجير يحسب أنه للمستأجر حيث قال وان استأجر رجلا ليحفره بئرا في الفناء حفرو مات فيه انسان أو دابة والفناء لغيره فان كان الاجير عالما به فالضمان على الاجير وان لم يعلم الاجير أن الفناء لغيره فالضمان على المستأجر لان الاجير لم يعلم بفساد الأمر قال (ومن حفر بئرا في طريق المسلمين) كلامه واضح

(ولو تعد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش) لانه صاحب علة وقيل هذا اذا رش بعض الطريق لانه يجده موضع المرور لا أثر للماء فيه فاذا تعد المرور على موضع صب الماء مع علة بذلك لم يكن على الراش شيء وان رش جميع الطريق يضمن لانه مضطر في المرور وكذلك الحكم في الخسبة الموضوعة في الطريق في أخذها جميعه أو بعضه (ولو رش فناء حائوت باذن صاحبه فضمن ما عطف على الأمر استحسانا واذا استأجر أجيرا لبنى له في فناء حائوته فتعقل به انسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الأمر استحسانا ولو كان أمره بالبناء في وسط الطريق فالضمان على الاجير) لفساد الأمر قال (ومن حفر بئرا في طريق المسلمين أو وضع حجرا قلف بذلك انسان فدينه على عاقلته وان تلفت به بهيمة فضمنها في ماله) لانه متعد فيه فيضمن ما يتولد منه غير أن العاقلة تحمل النفس دون المال فكان ضمان البهيمة في ماله والقائه التراب واتخاذ الطين في الطريق بعزلة القاء الحجر والخسبة لما ذكرنا بخلاف ما اذا كس الطريق فعطف بموضع كسسه انسان حيث لم يضمن لانه ليس بتعد فانه ما أحدث شيئا فيه انما قصد دفع الأذى عن الطريق حتى لو جمع

ما ذكر في الكتاب وهذا المنقول فان ما ذكر في الكتاب محله المباشرة ولهذا يجب الكفارة فلا فرق بين علم العلة وعدم علمهم بفساد الأمر في وجوب الضمان قبل الفراغ ولا تتصور المباشرة بعده فيكون بالتسبيب لانا نقول اشراع الجناح مطلقا مباشرة فلهذا شبهه بذيخ الشاة وسيجي من الشارح أيضا يعني صاحب العناية أقول جوابه ليس بسديد اذ لم يقل أحد بان اشراع الجناح مباشرة للقتل في صورة السقوط بعد الفراغ من العمل كيف ولو كان مباشرة بعده فلا يخفى من أن يكون مباشرة من الفعلة أو من الأمر ولو كان مباشرة من الفعلة لوجب عليهم الضمان والكفارة قطعا كما في السقوط قبل الفراغ ولم يجب عليهم بعده شيء منهم ما بل وجب الضمان على الأمر وهو رب الدار استحسانا كما ذكر في الكتاب ولو كان مباشرة من الأمر لوجب عليه الكفارة لامحالة ولم يقل به أحد والتشبيه بذيخ الشاة انما وقع في صورة السقوط قبل الفراغ لاقى صورة السقوط بعده والذي سيجي من الشارح أيضا لا بد وأن يحتمل على كون اشراع الجناح مباشرة في الصورة الاولى لاقى الصورة الثانية وأما كون اشراع الجناح مباشرة مطلقا لعل ما وان لم يكن مباشرة للقتل في صورة السقوط بعد الفراغ فبمعزل عما فيه الكلام وغير مفيد في دفع السؤال الذي ذكره كالإيجي (قوله ولو تعد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش) أقول في تحرير المصنف هنا شيء وهو أن الظاهر من قوله فيما مر آتفا وكذا اذا رش الماء بعد قوله وكذا اذا صب الماء أن مسألة رش الماء تغاير مسألة صب الماء وقد ذكرنا الصب في أصل المسئلة حيث قال ولو تعد المرور في موضع صب الماء ذكر الرش في جوابها حيث قال لا يضمن الراش فلم يطابق جواب المسئلة وضع المسئلة ويمكن أن يعتد زعمه بأنه انما فعل هكذا اعماء الى اتحاد مسئلتى الصب والرش في هذا الحكم مع الاعتماد الى العلم بتغايرتهما مما ذكره من قبل (قوله واذا استأجر أجيرا لبنى له في فناء حائوته فتعقل به انسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الأمر استحسانا) قال في العناية لم يتعرض المصنف بان ذلك اذا علم الاجير ان الفناء لغير الأمر أو اذا لم يعلم وفي الجامع الصغير للامام المحبوبي ما يدل على أن هذا الجواب الذي ذكره في الكتاب فيما اذا كان الاجير يحسب أنه للمستأجر حيث قال وان استأجر رجلا ليحفره بئرا في الفناء حفرو مات فيه انسان أو دابة والفناء لغيره فان كان الاجير عالما به فالضمان على الاجير وان لم يعلم الاجير أن الفناء لغيره فالضمان على المستأجر لان الاجير لم يعلم بفساد الأمر قال (ومن حفر بئرا في طريق المسلمين) كلامه واضح

والبالوعة ثقب في وسط البيت وكذلك البالوعة وذ كر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على بيان اذن الامام والافتيات الاستبداد بارأى  
افتعال من الفوت وهو السابق وقوله (وكذا الجواب على هذا (٣٣٥) التفصيل) يعني انه لو فعله بامر من له

الولاية في الامر لم يضمنه ولو  
فعل بنفسه من غير امر  
أحد ضمنه وقوله (عما  
ذكرناه) يعني من أول  
الباب الى هنا من اخراج  
الكنيف والميزاب والحصر من  
وبناء الدكان واشراع  
الروشن وحفر البئر وقوله  
(وغيره) يعني ما لم يذكره  
في الكتاب كبناء الظلة  
وغرس الشجر وري التلج  
والجلوس للبيع وقوله  
(وكذلك ان حفره في ملكه  
لا يضمن) يعني كما اذا امره  
الامام حفر في طريق  
المسلمين لم يضمن ما تلف به  
كذلك اذا حفره في ملكه  
وان لم يأذن له الامام وقوله  
(وكذلك اذا حفره في فناء  
داره) يعني وان لم يكن  
الفناء ملكه وقيل جازله  
ذلك اذا كان الفناء مملوكا  
له او كان له حق الحفر بان  
لا يضر لأحد أو أذنه له  
الامام اما اذا لم يكن كذلك  
فانه يضمن

الكناسة في الطريق وتعقل بها انسان كان ضامنا لتعدي به بشغله (ولو وضع حجرا فتحاه غيره عن موضعه  
فعطب به انسان فالضمان على الذي فتحاه) لان حكم فعله قد انسخ لفراغ ماشغله وانما اشتغل بالفعل  
الثاني موضع آخر (وفي الجامع الصغير في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق فان امره السلطان بذلك  
أو أجبره عليه لم يضمن) لانه غير متعدي حيث فعل ما فعل بأمر من له الولاية في حقوق العامة (وان  
كان بغير أمره فهو متعدي) اما بالتصرف في حق غيره أو بالافتيات على رأي الامام أو هو مباح مقصد  
بشرط السلامة وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره  
لان المعنى لا يختلف (وكذا ان حفره في ملكه لا يضمن) لانه غير متعدي (وكذا اذا حفره في فناء  
داره) لان له ذلك لمصلحة داره والفناء في تصرفه

فراغ الاجبر ولم تعرض له الشارح أيضا تبصر (قوله وفي الجامع الصغير في البالوعة يحفرها الرجل  
في الطريق فان امره السلطان بذلك أو أجبره عليه لم يضمن) قال بعض الفضلاء الامر من السلطان  
اكرامه فقوله أو أجبره كالعطف التفسيري اه اقول ليس هذا بسيدلان كون مجرد الامر من السلطان  
اكرامه ليس بقول مختار سيما عند محمد رحمه الله كما نص عليه في السير الكبير حيث قال ان مجرد امر  
الامام ليس باكرامه بل ان يكون قوله في الجامع الصغير أو أجبره عليه بعد قوله فان امره السلطان  
بذلك مبنيا على ذلك ولئن سلم أن كونه اكراما قول مختار فالظاهر أن الامر هنا كناية عن الاذن  
لاستتزام الامر الاذن وعطف أجبر عليه قرينة على ذلك وعن هذا قال في غاية البيان في تعليل هذه  
المسئلة وذلك لان الامام ولاية عامة فلا يضمن ما فعله باذن الامام وقال في العناية وذ كر رواية الجامع  
الصغير لاشتمالها على بيان اذن الامام انتهى ولا شك أن مجرد اذن السلطان فيما نحن فيه يدفع الضمان  
عن الفاعل صرح به في عامة المعبرات فيكون قوله أو أجبره عليه مسئلة أخرى لا محالة واما كون  
قوله أو أجبره عليه عطفًا تفسيريًا فاما لوجه له لان العطف التفسيري لم يسمع في كلمة أو ومعناها أيضا  
لا يساعده ذلك وانما شاع ذلك في كلمة الواو والساعدة معناها اياه ولكن بقي ناشئ في قول محمد أو أجبره  
عليه بعد قوله فان امره السلطان بذلك وهو أنه اذا لم يتم ضمان الفاعل فيما اذا امره السلطان  
عما فعله يعلم عدم ضمانه قطعًا فيما اذا أجبره عليه فما فائدة ذكر قوله أو أجبره عليه بعد قوله فان امره  
السلطان بذلك نعم لو قال فان أجبره السلطان على ذلك أو امره به لمكان له حسن ليكون الثاني من  
قبيل السترق تأمل تفهم (قوله وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة  
مما ذكرناه وغيره) قال عامة الشراح أراد بقوله مما ذكرناه ما ذكره من أول الباب الى هنا من اخراج  
الكنيف أو الميزاب أو الحصر من الى الطريق وبناء الدكان فيه واشراع الروشن وحفر البئر و زاد  
صاحب الغاية ووضع الحجر وقالوا أراد بقوله وغيره غير ما ذكر في الكتاب كبناء الظلة وغرس الشجر  
ورى التلج والجلوس للبيع اقول ومما ذكره من أول الباب الى هنا صب الماء في الطريق وكذا ريش الماء  
أو التوضي فيه وكذا وضع الخشبة فيه ولم يذكر أحد من الشراح شيئاً من ذلك مع التزامهم البيان  
والتفصيل حتى ذكروا جميع ما وقع في الباب قبل ما ذكرناه وما بعده وان زعموا أن الجواب فيما ذكرناه  
بخلاف الجواب فيما ذكرناه كان عليهم البيان والنقل ثم انهم جعلوا بناء الظلة من غير ما ذكر في  
الكتاب مع انه قد ذكر في الكتاب حيث قال ولو استأجرت الدار للفعلة لاجراح الجناح أو الظلة فوقع  
وقتل انسان الخ ويمكن أن يعتذر عن الثاني بأن الكلام هنا فيما فعل في طريق العامة وقد جعل  
الشراح مسئلة استخراج الفعلة لاجراح الجناح أو الظلة المذكورة في الكتاب فيما امر على ما فعل في فناء  
الدار في طريق العامة فلم يجعلوها ما نحن فيه هنا وأرادوا ببناء الظلة الذي عدوه من غير ما ذكر في

(قوله وبالوعة ثقب في  
وسط البيت وكذلك البالوعة)  
أقول وهذا المعنى لا يلائم  
المقام (قال المصنف فان  
أمره السلطان بذلك أو  
أجبره عليه لا يضمن)  
أقول الأمر من السلطان  
اكرامه فقوله أو أجبره  
كالعطف التفسيري وإذا

أذن ولم يأمر ينبغي أن لا يكون متعديا اذا لافتيان

وقوله (هذا) يعني هذا الجواب وهو أن يضمن إذا كان الفناء لجماعة المسلمين أو كان مشتمراً كما إذا كان في سكة غير نافذة صحيح وقوله (ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعاً أو غماً) أي اختفاً بالعضونة قال في الصحاح يوم غم إذا كان يأخذ النفس من شدة الحر وكلامه واضح ولا يتوهم من تقديم قول أبي حنيفة أنه مرجوح على عادة من يؤخر الراجح فان الفقه معه ألا ترى أنه لو جسد رجلاني بشر حتى مات غمافاه لا ضمان عليه بخلاف (٣٣٦) ما لو مات فيه من الوقوع لأن أثر فعله وهو العتق أثر في نفس الواقع فلا بد من أثر

الوقوع لوجوب الضمان وقوله (وان استأجر أجراً حفر وهاله في غير فئانه) يعني بان كان الفناء للغير أو طريقاً للعامه ولكنه غير مشهور فاما أن يعلموا أنها في غير فئانه أو لا فان كان الثاني فان ضمان على المستأجر ولا شيء على الاجراء لان الاجارة صحت ظاهراً اذا لم يعلموا ذلك وذلك يكفي لنقل الفضل الى الأمر لانه لو توقف على صحة الأمر حتمية تضرر الاجراء قامت عن العمل مخافة لزوم العهدة وبالناس حاجة الى ذلك فقتل فعلهم اليه وهذا دليل كون الضمان على المستأجر وقوله (لانهم كانوا مغرورين) دليل قوله ولا شيء على الاجراء وصار هذا الامر في صحته ظاهراً او كون المأمور مغروراً كالأمر ببيع شاة ظهر فيها استحقاق الغير الا ان هناك يضمن المأمور ويرجع على الأمر لكونه مباشراً او كون الأمر مريباً والترجيح للبشارة فيضمن ويرجع للقرور وهو ما يجب على المستأجر ابتداءً لان كل واحد منهم مسبب والاجر

وقبل هذا إذا كان الفناء مملوكاً أو كان له حق الحفر فيه لانه غير متعد أما إذا كان لجماعة المسلمين أو مشتمراً كبان كان في سكة غير نافذة فانه يضمنه لانه مسبب متعدد وهذا صحيح (ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعاً أو غماً والضمان انما يجب اذا مات من الوقوع وقال أبو يوسف رحمه الله ان مات جوعاً فلا يضاف الى الحفر والضمان انما يجب اذا مات من الوقوع وقال أبو يوسف رحمه الله ان مات جوعاً فلا يضاف الى الحفر والضمان انما يجب اذا مات من الوقوع اذ لو لكان الطعام قريباً منه قال (وان استأجر أجراً حفر وهاله في غير فئانه فذلك على المستأجر ولا شيء على الاجراء ان لم يعلموا أنها في غير فئانه) لان الاجارة صحت ظاهراً اذا لم يعلموا انقل فعلهم اليه لانهم كانوا مغرورين فصار كما اذا أمر آخر ببيع هذه الشاة فبذبحها ثم ظهر أن الشاة لغيره الآن هناك يضمن المأمور ويرجع على الأمر لان الذابح مباشر والأمر مسبب والترجيح للبشارة فيضمن المأمور ويرجع للمغرور وهو ما يجب الضمان على المستأجر ابتداءً لان كل واحد منهم مسبب والاجر

الكتاب بناءه في طريق العامة أو انهم جعلوا المراد بما فعل في طريق العامة في قوله في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره على ما فعله الانسان بنفسه دون ما استأجر الغير لفعله فلم يعد وما استأجر ب الدار الفعلة لاخراج الظلة مما نحن فيه هنا وأرادوا بيننا الظلة الذي عدوه من غير ما ذكر في الكتاب بناءه بنفسه لكن الظاهر أن الجواب على التفصيل المذكور وهو أنه لو فعله بأمر السلطان لم يضمن ولو فعله بغير أمره ضمن متمسكاً بما فعل في فناء الدار أيضاً وقما فعل باستئجار الغير لفعله أيضاً فلا فائدة في التخصيص بل لا وجه له تشكرك (قوله وكذا اذا حفره في فناء داره) يعني وان لم يكن انشاء ملكه كذا في العناية وغيرها أقول يرد عليه أنه ينافي ما ذكرنا من المسئلة المقررة المجمع عليها وهو قوله واذا استأجر أجراً لبيتي له في فناء حائونه فتعقل به انسان بعد فراغه فبات يجب الضمان على الأمر استصحاباً فاقتمل (قوله وقيل هذا اذا كان الفناء مملوكاً أو كان له حق الحفر فيه) قال جهور الشراح في تفسير قوله أو كان له حق الحفر فيه بأن كان لا يضر بأحد وأذن له الامام في ذلك أقول في كل من وجهي تفسيرهم خلل أما في الأول فلأن قول المصنف أما إذا كان لجماعة المسلمين أو مشتمراً كالخيابان حداً فان عدم الضرر لا حد قد يقق في صورة كونه لجماعة المسلمين أو مشتمراً كما أيضاً وقد جعل الحكم فيها خلاف ما اذا كان له حق الحفر فيه وأما في الثاني فلانه اذا أذن له الامام بمجوزة التصرف في طريق العامة أيضاً فلا يضمن ما عطف فيه كما مر آنفاً ولا شك أن مراد المصنف بقوله بعد بيان ذلك وكذلك ان حفره في ملكه يضمن وكذلك اذا حفره في فناء داره وان الحافر لا يضمن في هاتين الصورتين بدون اذن الامام أيضاً وعن هذا قال الشراح في شرح قوله وكذلك ان حفره في ملكه يضمن يعني كما اذا أذن له حفره في طريق المسلمين لم يضمن كذلك ان حفره في ملكه بلا اذن الامام لم يضمن فلامعنى لجل ما قيل في مسئلة الحفر في فناء داره التي جوابها عدم الضمان بدون اذن الامام أيضاً على التقييد باذن الامام كما لا يخفى وقال صاحب الغاية في شرح هذا المقام وقيل انما يكون له أن يحفر في فناء داره اذا كان الفناء مملوكاً أو كان بحيث

غير (قوله ولا يتوهم من تقديم قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى) أقول أي من تقديم دليل قوله رحمه الله (قال المصنف وقال أبو يوسف ان مات جوعاً فكذلك) أقول ما ذكر في الكتاب غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف ومحمد رحمه الله وأما في ظاهر الرواية فلا يجب الضمان قاله العلامة الاتقاني نقل عن الاسيبجاني فالأولى وعن أبي يوسف وعن محمد رحمه الله

غير متعد والمستأجر متعد فربح جانبه وان كان الأول فالضمان على الاجراء لعدم صحة الامر بما ليس بمملوك له فلا يتقل فعلهم اليه وليسوا بغيرورين فينتفي الضمان عنهم فبقي الفعل مضافا اليهم وفي عبارته تسامح لان صحة الامر فيما نحن فيه لا تحتاج الى كون الامور به في ملكه حتى يصح التعليل بقوله لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له بل المناسب ان يقال لان الامر لم يصح ظاهرا حيث علموا وطوب بالفرق بين هذه المسئلة وبين الامر باشرع الجناح فان الاجراء هناك اذ لم يعملوا (٣٣٧) ضمنا ورجعوا على الامر وههنا لم يضمنا

أصلا والجواب ما أشار اليه المصنف في ذبح شاة غيره بأن الدامج مباشر والا امر مسبب وقد تقدم أن اشراع الجناح كذبح الشاة اذا ظهر استحقاؤها (وان قال لهم هذا افئتي) ظاهر وقوله (فكان الامر بالخضر في ملكه ظاهرا بالنظر الى

غير متعد والمستأجر متعد فربح جانبه (وان علموا ذلك فالضمان على الاجراء) لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقي الفعل مضافا اليهم (وان قال لهم هذا افئتي وليس لي فيه حق الحفر حفر واومات فيه انسان فالضمان على الاجراء قياسا) لانهم علموا بفساد الامر فاغروهم (وفي الاستحسان الضمان على المستأجر) لان كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا لانه لا يملك التصرف فيه من القاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا فبقي ذلك لنقل الفعل اليه قال (ومن جعل قنطرة بغير اذن الامام فتعد رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان على الذي عمل القنطرة وكذلك اذا وضع خشبة في الطريق فتمجد رجل المرور عليها)

لا يلحق الضرر بغيره لانه اذا لم يلحق الضرر بغيره يكون له التصرف فيه مقيدا بشرط السلامة لعدم التعدي أما اذا كان الفناء لجماعة المسلمين أو كان مشتركا كما اذا كان في سكة غير نافذة يجب الضمان لوجود التعدي انتهى أقول قد زاد ذلك الشارح نعمة في الظن بمر من جهة الفساد حيث شرح قوله أو كان له حق الحفر فيه بان حاله أو كان بحيث لا يلحق الضرر بغيره فاشترك مع جمهور الشراخ في أن يرد عليه ما يرد على الوجه الاول من وجهي تفسيرهم كما بيناه من قبل. وقال في تعليل ذلك لانه اذا لم يلحق الضرر بالغير يكون له التصرف فيه مقيدا بشرط السلامة لعدم التعدي ويرد عليه أن التقييد بشرط السلامة يقتضي الضمان عند الهلاك كما صرحوا به في مسائل عديدة وجواب هذه المسئلة عدم الضمان عند الهلاك لعدم التعدي فلامعنى للتقييد بشرط السلامة كما لا يخفى ثم أقول الصواب عندي أن معنى قوله أو كان له حق الحفر فيه ان كان له حق الاختصاص بالحفر فيه بان كان ذلك الموضع موقوفا عليه بالانتفاع فيه أو كان مما استأجره للانتفاع فيه أو نحو ذلك فينشد بانتظام الساق والحق بلا غبار كما ترى قوله وان علموا بذلك فالضمان على الاجراء لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقي الفعل مضافا اليهم قال صاحب العناية في عبارة المصنف تسامح لان صحة الامر فيما نحن فيه لا تحتاج الى كون المأمور به في ملكه حتى يصح التعليل بقوله لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له بل المناسب ان يقال لان الامر لم يصح ظاهرا حيث علموا انتهى أقول ليس هذا بسد دلان مداررعه التسامح في عبارة المصنف على الغفلة عن دخول قوله ولا غرور في تمام التعليل ولا شك أنه داخل فيه فقوله لم يصح امره بما ليس بمملوك له أشار الى انتفاء صحة امره حقيقة وقوله ولا غرور إشارة الى انتفاء صحته ظاهرا والمعنى لم يصح امره حقيقة لان انتفاء الملك في المأمور به ولا ظاهرا لعدم الغرور حيث علموا فظهر أن ما ذكره المصنف تعليل مقيد واسع ليس بمثابة أن يقال لان الامر لم يصح ظاهرا حيث علموا كما ترى فلم يتم القول بأن ذلك هو المناسب (قوله فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا) يعني قوله لان كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا لانه لا يملك التصرف فيه من القاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا فبقي ذلك لنقل الفعل اليه قال (ومن جعل قنطرة بغير اذن الامام فتعد رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان على الذي عمل القنطرة وكذلك اذا وضع خشبة في الطريق فتمجد رجل المرور عليها)

ما ذكرنا) يعني قوله لانه لا يملك التصرف فيه في قوله لا يملك التصرف الخ فان قيل قوله ليس لي فيه حق الحفر يخالف هذا الظاهر وهو صريح فلا تعتبر الدلالة بمقابلته أوجب بان قوله ليس لي فيه حق الحفر لا يشمل أن يكون مراده ليس لي ذلك في القديم وهكذا لفظ المبسوط فيكون الصريح مشترك الدلالة فلا يعارض الدلالة قال (ومن جعل قنطرة بغير اذن الامام) كلامه واضح

(قوله وفي عبارته تسامح الخ) أقول لا تسامح اذا المراد أنه لا يصح امره حقيقة لان انتفاء الملك في المأمور به ولا ظاهرا لعدم الغرور فقوله لان صحة الامر لا تحتاج الى ان أراد صحة الامر حقيقة فغير مسلم وقد دل

عليه قوله سابقا لوقوف على صحة الامر حقيقة وان أراد صحته ظاهرا فاسلم ولا يفيد كما لا يخفى قوله بالنظر الى ما ذكرنا يعني قوله الخ) أقول فيه بحث (قوله فيكون الصريح مشترك الدلالة فلا يعارض الدلالة) أقول فما يفصل بقول المصنف لانهم علموا بفساد الامر فانه اذا كان مشترك الدلالة لم يعلموا به اذ العلم لا يجمع الاحتمال

(٤٣ - تكمله ثامن) عليه قوله سابقا لوقوف على صحة الامر حقيقة وان أراد صحته ظاهرا فاسلم ولا يفيد كما لا يخفى قوله بالنظر الى ما ذكرنا يعني قوله الخ) أقول فيه بحث (قوله فيكون الصريح مشترك الدلالة فلا يعارض الدلالة) أقول فما يفصل بقول المصنف لانهم علموا بفساد الامر فانه اذا كان مشترك الدلالة لم يعلموا به اذ العلم لا يجمع الاحتمال

قوله (لان الاول) يعني جعل القنطرة ووضع الخشبة (تعد) أما وضع الخشبة فكونه تعد باظهار وأما بناء القنطرة فلان الباني قوت حقا على غيره فان التدبير في وضع القناطر على الانهار العظام من حيث تعيين المسكن والضيق والسعة للإمام فكان جنابة بهذا الاعتبار والجنابة تعد لا محالة قوله (وهذا اللفظ) يعني قوله فعطب به فهو ضامن (يشمل الوجهين) وهما تلف الانسان بوقوع الشيء المحمول عليه وتلفه بالتعثر به بعد ما وقع في الطريق (٣٣٨) وفيه نظر لان قوله فعطب به معطوف على قوله فسقط على انسان

لان الاول تعد هو تسيب والثاني تعد هو مباشرة فكانت الاضافة الى المباشر اولى ولان تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة كما في الحافر مع الملقى قال (ومن جعل شيئا في الطريق فسقط على انسان فعطب به انسان فهو ضامن وكذا اذا سقط فتعثر به انسان وان كان رداء قد لبسه فسقط عنه فعطب به انسان لم يضمن) وهذا اللفظ يشمل الوجهين والفرق أن حامل الشيء فاصد حفظه فلا حرج في التقييد بوصف السلامة واللايس لا يقصد حفظ ما يلبسه فيخرج بالتقييد بما ذكرنا فجعلناه مباحا مطلقا وعن محمد انه اذا لبس ما لا يلبسه عادة فهو كالحامل لان الحاجة لا تدعو الى لبسه قال (واذا كان المسجد العشرة فعلق رجل منهم فيه قنديلا أو جعل فيه بوارى أو حصة فعطب به رجل لم يضمن وان كان الذي فعل ذلك من غير العشرة ضمن) قالوا هذا عند أبي حنيفة

الحاجة على ما تقر في موضعه حينئذ لا يحتمل قوله ليس لي فيه حق الحفر غيرني حق الحفر عنه حالا وأما عند بعض النحاة فكامة ليس وان كانت للنفي مطلقا لأن معناه أن مضمون الجملة اذا قيد بزمان من الازمنة فهو على ما قبله وأما اذا لم يقيد بزمان فيعمل على الحال كما يحمل الإيجاب عليه في نحو زيد قائم كذا حقه الاندلسي واستحسنه الرضي وفيما وقع في مسألة الكتاب لم يقيد بزمان فيعمل على الحال كما يحمل الإيجاب عليه قطعاً لم يكن مشتركاً للدلالة كيف ولو كان كذلك لما صح قول المصنف في تعليل كون الضمان على الاجراء قياساً لانهم علموا بفساد الامر فما غرهم اذ العلم بفساد الامر لا يتصور عند اشتراك دلالة ذلك وأما ما وقع في لفظ الميسوط فالظاهر أن المراد به ليس لي ذلك من القديم لكنه لي في الحال والا لما تم وجه الاستحسان ثم أقول الحق عندى في الجواب أن يقال يحتمل أن يكون المراد بذلك ليس لي على الاختصاص حق الحفر فيه على أن يكون اللام في لي للاختصاص فيجوز أن يكون فناء داره حق عامة المسلمين أو مشتركا بأن كانت في سكة غير نافذة كما مر مثله فلا يخالف الظاهر من انطلاق يده في التصرف فيه اذ يجوز لكل أحد التصرف في حق العامة بشرط السلامة ولا ينافي أيضا قول المصنف في تعليل وجه القياس لانهم علموا بفساد الامر فما غرهم لان فساد الامر مقرر على كل من الاحتمالين أما على احتمال أن يكون المراد ليس لي فيه حق الحفر أصلاً أي لا على الاختصاص ولا على الاشتراك فظاهر وأما على احتمال أن يكون المراد ليس لي فيه على الاختصاص حق الحفر فلان الامر بالحفر في حق العامة أو في الحق المشترك بدون اذن الشر يك فاسد لانه تعد ولهذا الفعل بنفسه فلف به انسان أو بهيمة يجب عليه الضمان (قوله وهذا اللفظ يشمل الوجهين) قال جمهور الشراح أشار المصنف بقوله وهذا اللفظ الى قوله فعطب به فهو ضامن وأراد بالوجهين في قوله يشمل الوجهين تلف الانسان بوقوع الشيء المحمول عليه وتلفه بالتعثر به بعد ما وقع في الطريق أقول ما ذهبوا اليه من كون قول المصنف وهذا اللفظ إشارة الى قوله فعطب به فهو ضامن فاسد من وجهين أحدهما أنه لو كان قوله فعطب به فهو ضامن يشمل الوجهين وهما تلف الانسان بسقوط المحمول عليه وتلفه بتعثره به بعد سقوط ذلك لكان قوله وكذا اذا سقط فتعثر به انسان بعد قوله فعطب به فهو ضامن مستهدراً محضاً وثانيه ما أنه لو كان مراد المصنف ذلك لذكر قوله

وذلك لا يشمل التعثر به نعم لفظ الجامع الصغير وهو قوله محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يحمل الشيء في الطريق فيسقط منه ذلك الشيء فيعطب به انسان فيموت قال الحامل ضامن يشملهما والفرق بين العبارتين بين وفي بعض الشروح جعل قوله وهذا اللفظ إشارة الى قوله فعطب به انسان لم يضمن وهو بالنسبة الى الرداء فاسد لان مسوت الانسان بسقوط الرداء عليه غير تصور ولعل المصنف رحمه الله نظر الى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف عليه وقوله (فيخرج بالتقييد بما ذكرنا) يعني بوصف السلامة وقوله (مالا يلبسه عادة) يعني مثل اللبس والجوارق ودروع الحرب في غير موضع الحرب وكذا اذا لبس زيادة على ما يحتاج اليه على رواية ابن سميعة عن محمد بن جهم الله لعدم عوم البسوي به وقوله (العشرة) يعني أهل المسجد وقوله (ضمن)

وقالا

يعني اذا فعل ذلك بغير اذن أحد من العشرة بدليل قوله من بعد كما اذا فعله باذن واحد من أهل المسجد

(قوله وهو بالنسبة الى الرداء فاسد) أقول ولأن نقول قوله فسقط فعطب به انسان يعني أن هذا اللفظ يشمل الوجهين بخلاف قوله فسقط على انسان فعطب فراءه الفرق بين اللفظين نفسهما مع قطع النظر عن الغير ولو سلم فالمراد بالرداء مطلق اللباس مجازاً لا خصوصه ألا يرى الى دليله والمنقول عن محمد فيشمل مثل الدرع ولا يبعد موت الانسان مثل الصغار بسقوطه عليه ولا يبعد جعل قول الشراح ولعل المصنف نظر الى المعطوف الخ على هذا فتأمل

وقوله (كنصب الامام) يعني اذا لم يكن الباني موجودا ما اذا كان فنصب الامام اليه وهو مختار الاسكاف رحمه الله قال ابو الليث رحمه الله  
 وبه تأخذ الا ان نصب شخص القوم يدون من هو اصل من منه ويجوز ان يكون المصنف رحمه الله اختار قول ابن سلام ان القوم اولي  
 بنصب الامام والمسؤن والباقي اولي بالعمارة وقوله (وتكرار الجماعة اذا سبقهم بها غير اهل) فلهم تكرار الجماعة بخلاف ما اذا  
 سبقوا بها فانه ليس غيرهم ان يكرروا الجماعة وقوله (وقصد) (٣٣٩) القرية لا ينافي الغرامة) جواب

عن قوله ما لان هذه من  
 القرب وقوله ( كما اذا انفرد  
 بالشهادة على الزنا) فانه  
 قصد القرية لكن اخطأ  
 الطريق فان شرطها ان  
 يكون الشهود أربعة ممن  
 تسمع شهادته فاذا انقضت  
 انقلبت قدفا واستوجب  
 الحد قال (وان جلس فيه  
 رجل منهم فعطب به رجل  
 الخ) وان جلس في المسجد  
 رجل من العشرة فعطب  
 به رجل فاما ان كان في  
 الصلاة اولم يكن فيها فان  
 كان في الصلاة فلا ضمان  
 عليه سواء كانت الصلاة  
 فرضا أو نفلا لان النقل  
 بالشروع يصير فرضا وان  
 لم يكن فيها بل كان قاعدا  
 لغيرها ضمن عند أبي حنيفة  
 رحمه الله وقال لا يضمن  
 على كل حال

وقالا لا يضمن في الوجهين جميعا لان هذه من القرب وكل أحد ما ذون في اقامتها فلا يتقيد بشرط  
 السلامة كما اذا فعله باذن واحد من أهل المسجد ولا يبي حنيفة وهو الفرق أن التدبير فيما يتعلق بالمسجد  
 لا يله دون غيرهم كنصب الامام واختيار المتولى وفتح بابها واغلاقه وتكرار الجماعة اذا سبقهم بها غير اهل  
 فكان فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم تعديا أو مباحا مقيدا بشرط السلامة  
 وقصد القرية لا ينافي الغرامة اذا اخطأ الطريق كما اذا انفرد بالشهادة على الزنا والطريق فيما نحن فيه  
 الاستئذان من أهله قال (وان جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل لم يضمن ان كان في الصلاة وان كان  
 في غير الصلاة ضمن) وهذا عند أبي حنيفة وقال لا يضمن على كل حال

وهذا اللفظ يشمل الوجهين قبل ذكر المسئلة الثانية وهي قوله وان كان رداه قد لبسه فسقط فعطب به  
 انسان لم يضمن انذلا وجه لتأخير بيان ما في المسئلة الاولى عن ذكر المسئلة الثانية بلا أمر داع اليه وقال  
 صاحب العناية بعد أن شرح المقام على ما ذهب اليه جمهور الشراح وفيه نظر لان قوله فعطب به معطوف  
 على قوله فسقط على انسان وذلك لا يشمل التعثر به ثم قال ولعل المصنف نظر الى المعطوف مع قطع النظر  
 عن المعطوف عليه انتهى أقول ان قوله ولعل المصنف نظر الى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف  
 عليه مما لا معنى له لان قوله فهو ضمن جواب مجموع المعطوف والمعطوف عليه فكيف تصور صحة  
 المعنى مع قطع النظر عن المعطوف عليه وأنا أتنبج من هؤلاء الشراح كيف جاوا امراد المصنف ذلك  
 المتقن الخبر على ما يابا من له أدنى دربة بأساليب الكلام وجعل تاج الشريعة قول المصنف وهذا  
 اللفظ إشارة الى قوله فعطب به انسان لم يضمن وهو الحق الصريح عندى أيضا فانه مصون عن المحذورات  
 المذكورة كلها ورد صاحب العناية بعد أن نقله حيث قال وفي بعض الشروح جعل قوله وهذا اللفظ  
 إشارة الى قوله فعطب به انسان لم يضمن وهو بالنسبة الى الرداء فاسد لان موت الانسان يسقط الرداء  
 عليه غير متصور انتهى أقول رده مردودا لا يخفى أنه يتصور أن يسقط الرداء على فم الصغير بل على فم  
 الكبير أيضا في حالة النوم بل في حالة اليقظة أيضا فيحتمل بذلك فموت نعم تحقق مثل هذه الصورة نادر  
 لكن إمكان وقوعه كاف في تمام المسئلة كما لا يخفى ثم ان بعض الفضلاء قصد الجواب عن رد صاحب  
 العناية بوجه آخر فقال ولت أن تقول قوله فسقط فعطب به انسان يعني أن هذا اللفظ يشمل الوجهين  
 بخلاف قوله فسقط على انسان فعطب فتراده الفرق بين اللفظين نفسه ما مع قطع النظر عن الغير ولو  
 سلم فالمراد بالرداء مطلق اللباس مجازا لا خصوصه ألا يرى الى دليله الى هنا لفظه أقول كل من مقدمات  
 كلامه كاسد أما قوله يعني أن هذا اللفظ يشمل الوجهين بخلاف قوله فسقط على انسان فتراده الفرق  
 بين اللفظين نفسه ما مع قطع النظر عن الغير فلان الفرق بين اللفظين نفسه ما بدون أن يكون له تأثير  
 فيما نحن فيه من المسئلة يكون خارجا من الفقه بل يكون بمنزلة اللغو من الكلام ههنا ومثله لا يليق  
 عن له أدنى تمييز فضلا عن المصنف الذي هو علم في التحقيق وأما قوله ولو سلم فالمراد بالرداء مطلق اللباس  
 مجازا لا خصوصه فلان المجاز لا بد فيه من قرينة ولا قرينة فيما نحن فيه وأما قوله ألا يرى الى دليله  
 فلان عموم الدليل لا يقتضى عموم المسئلة ألا يرى أن كلية الكبرى شرط في انتاج الشكل الاول مع كون  
 النتيجة خاصة (قوله وقال لا يضمن في الوجهين جميعا) أى فيما اذا فعل ذلك أحد من العشرة وفيما اذا فعله

( قال المصنف وقال  
 لا يضمن في الوجهين  
 جميعا) أقول قال الكاكي  
 وهما اذن الامام والعشرة  
 أو عدم اذنهما قال  
 الشافعي في وجه ومالك  
 وأحمد قال الحلواني وأكثر  
 مشايخنا أخذوا بقولهما  
 في هذه المسئلة وعليه

الفتوى كذا في الذخيرة انتهى كلام الكاكي وقوله وهما اذن الامام الخ محل كلام (قوله بل كان قاعد الغررها) أقول فسوله  
 بل كان قاعد الغررها لا يطابق المشروح فان القعودا محل الاختلاف أيضا على نقر المصنف فالاولى القصر على قوله أولم  
 يكن فيها

(ولو كان جالساً للقراءة القرآن أو للتعليم) أي لتعليم الفقه أو الحديث (أو الصلاة) يعني منتظرها أو نام فيه في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة أو مر فيه ماراً أو قعد فيه لحديث) قال المصنف رحمه الله (فهو على هذا الاختلاف) وهو اختيار بعض أصحابنا واختاره أبو بكر الرازي وقال بعضهم وهو اختيار أبي عبد الله الجرجاني ليس فيه خلاف بل لا ضمان فيه بالاتفاق ولقائل أن يقول في عبارة الكتاب تكرار لانه قال وان كان في غير الصلاة ضمن وغير الصلاة يشمل هذا المذكور كله والجواب أن قوله وان كان في غير الصلاة ضمن لفظ الجامع الصغير وقوله ولو كان جالساً للقراءة القرآن من لفظ المصنف بيان لذلك لكن قوله فهو على هذا الاختلاف يفيد اتفاق المشايخ على ذلك وليس (٣٤٠) كذلك بل هو على الاختلاف كما رأيت وكان من حق الكلام

أن يقول فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بلا خلاف كما قال في الاعتكاف

ولو كان جالساً للقراءة القرآن أو للتعليم أو الصلاة أو نام فيه في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة أو مر فيه ماراً أو قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف وأما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بالاتفاق

(قال المصنف فهو على هذا الاختلاف وهو اختيار بعض أصحابنا واختاره أبو بكر الرازي وقال بعضهم وهو اختيار أبي عبد الله الجرجاني ليس فيها خلاف الخ) أقول نظم الكلام في سبط واحد وفيه تفصيل فانه ذكر شمس الأئمة أن الصحيح من مذهب أبي حنيفة الجالس لا ينتظر الصلاة لا يضمن وانما الخلاف في عمل لا يكون له اختصاص بالمسجد كقراءة القرآن ودرس الفقه والحديث وذكر الفقيه أبو جعفر في كشف الغوامص سمعت أبا بكر يقول ان جلس لقراءة القرآن أو معتكفاً لا يضمن بالاجماع وذكروا في الاسلام والصدور الشهيد أنه ان جلس للحديث يضمن بالاجماع وذكروا في الذخيرة

أحمد بن غير العشرة قال صاحب معراج الدراية قوله وقال لا يضمن في الوجهين وهما اذن الامام أو العشرة أو عدم انهما وتبعه الشارح العيني أقول تفسير الوجهين هنا بما عجز عنه ذلك الشارحان لا يطابق المشروح كما لا يخفى على ذي مسكة (قوله ولو كان جالساً للقراءة القرآن أو للتعليم أو الصلاة أو نام فيه في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة أو مر فيه ماراً أو قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل ولو كان جالساً للقراءة القرآن أو للتعليم أي تعليم الفقه أو الحديث أو الصلاة يعني منتظرها أو نام فيه في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة أو مر فيه ماراً أو قعد فيه لحديث قال المصنف فهو على هذا الاختلاف وهو اختيار بعض أصحابنا واختاره أبو بكر الرازي وقال بعضهم وهو اختيار أبي عبد الله الجرجاني ليس فيها خلاف بل لا ضمان فيه بالاتفاق انتهى أقول في تقريره خلل فان الاختلاف بين أصحابنا واختيار أبي بكر الرازي قول بعضهم وأبي عبد الله الجرجاني قول البعض الآخر انما هو فيما اذا قعد للعبادة بان كان ينتظر الصلاة أو قعد للتدريس وتعليم الفقه أو الاعتكاف أو قعد بذكر الله أو يسبحه أو يقرأ القرآن فعثر به انسان غات وأما فيما اذا قعد لحديث أو نام فيه أو قام فيه لغير الصلاة أو مر فيه ماراً فعثر به انسان غات ففيه اختلاف بين أبي حنيفة وبين صاحبيه بلا خلاف لاحد من أصحابنا على ما بينه وفصل في الذخيرة والمحيط البرهاني وذكر في النهاية أيضاً تفصيلاً عن الذخيرة ولا ريب أن ما ذكره المصنف هنا من الصور فقال فهو على هذا الاختلاف يشمل القسمين فكيف يتم قول صاحب العناية على الاطلاق وهو اختيار بعض أصحابنا الى آخر كلامه ثم قال صاحب العناية ولقائل أن يقول في عبارة الكتاب تكرار لانه قال وان كان في غير الصلاة ضمن وغير الصلاة يشمل هذا المذكور كله والجواب أن قوله وان كان في غير الصلاة ضمن لفظ الجامع الصغير وقوله ولو كان جالساً للقراءة القرآن من لفظ المصنف بيان لذلك انتهى أقول في كل واحد من سؤاله وجوابه سقامة أما في الاول فلان وضع المسئلة فيما قال وان كان في غير الصلاة انما كان في الجلوس في المسجد فكيف يشمل قوله وان كان في غير الصلاة ضمن هذا المذكور كله ومنه ما ليس من جنس الجلوس كالنوم فيه في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة والمرور فيه ماراً وأما في الثاني فلان لفظ الجامع الصغير يختص بالجلوس في المسجد ولفظ المصنف شامل للجلوس وغيره كما عرفت آنفاً فكيف يكون هذا بياناً لذلك ثم قال وقوله فهو على هذا الاختلاف يفيد اتفاق

أنه اذا قعد فيه لحديث أو نام أو قام فيه لغير الصلاة أو مر فيه ماراً ضمن عنده وقال لا يضمن وان قعد للعبادة كالتنظر الصلاة أو الاعتكاف أو قراءة القرآن أو للتدريس أو لذكر المتأخرون فيه على قوله فقال بعضهم يضمن واليه ذهب أبو بكر الرازي وقال بعضهم لا يضمن واليه ذهب أبو عبد الله الجرجاني كذا في النهاية وغيره ويعلم منه ما في كلام الشيخ الشارح حيث بين أن الاختلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه اتفاق (قوله يشمل هذا المذكور كله) أقول فيه أنه لا يشمل المرور بل النوم فيها فان المستتر في كان ضمير الجلوس أو الرجل الجالس الآن يقال لا كتحكم الكل



وقوله (له) ما أن المسجد انما بنى للصلاة والذكر قال الله تعالى في بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه يسجد فيها بالغدوة والآصال وقوله نعالى وأنتم على كفون في المساجد وقوله (وله أن المسجد انما بنى للصلاة) لأن المسجد موضع السجود لا يرى أن المسجد اذا ضاق على المصلى كان له ازعاج القاعد فيه المشتغل بالذكر والقراءة والتدريس لأنه يطلب موضعه الاصلى دون العكس وما عرف الناس المسجد الا لاجل الصلاة فيه ولا دلالة لما ذكره من الايتين على ما سوى الاذن والعكوف به وليس الكلام فيه وكونه من ضرورات الصلاة (٣٤١) مسلم لكن لابد من التفرقة بين

الموضوع الاصلى وما الحق به والباقي واضح

﴿فصل في الحائظ المسائل﴾

لما كان الحائظ المسائل يناسب الجرحى والروشن والجناح والكنيف وغيرها الحق مسائله بها في فصل على حدة قال (واذا مال حائط الى طريق المساهين الخ) أخذ الشافعي رحمه الله في هذه المسئلة بوجه القياس ولم يوجب الضمان وعلما وأرأه — م الله استحسنا واليجاب الضمان وهو مروى عن علي رضي الله عنه وشريح والنخعي والشعبي وغيرهم من التابعين رحمه الله والوجه من الجانبين مذكور في الكتاب

اهم أن المسجد انما بنى للصلاة والذكر ولا يمكنه أداء الصلاة بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس فيه مباحا لانه من ضرورات الصلاة اولاً المنتظر للصلاة في الصلاة حكما بالحديث فلا يضمن كما اذا كان في الصلاة وله أن المسجد انما بنى للصلاة وهذه الاشياء ملحقه بها فلا بد من اظهار التفاوت فيهما لئلا يخلو للاصل مباحا مطلقا والجلوس لما يلحق به مباحا مقيد بشرط السلامة ولا غرو أن يكون الفعل مباحا أو مندوبا اليه وهو مقيد بشرط السلامة كالرعى الى الكافر أو الى الصيد والمشي في الطريق والمشي في المسجد اذا وطئ غيره والنوم فيه اذا انقلب على غيره (وان جلس رجل من غير العشرة فيه للصلاة فعقل به انسان ينبغي أن لا يضمن) لان المسجد بنى للصلاة وأمر الصلاة بالجماعة ان كان مفوضا الى أهل المسجد فلكل واحد من المسلمين أن يصلي فيه وحده

﴿فصل في الحائظ المسائل﴾ قال (واذا مال الحائط الى طريق المسلمين فطوب صاحب به بنقضه وأشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به من نفس أو مال)

المشايخ على ذلك وليس كذلك بل هو على الاختلاف كما رأيت أقول لان سلم أنه يفيد اتفاق المشايخ على ذلك لجواز أن يكون مختار المصنف أيضا ما اختاره أبو بكر الرازي فبناء على ذلك لم يذ كر القول الآخر ومثل هذا ليس بعزى بزى كلمات المشايخ ثم قال وكان من حق الكلام أن يقول نقد قبل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بلا خلاف كما قال في الاعتكاف انتهى أقول لعدم سر أن المصنف لم يقل هكذا هو أن ما ذكره من الصور مشتمل على ما ليس من جنس العبادة أيضا ولم يقل أحداً بأنه لا يضمن في هذا القسم بلا خلاف كما بيناه فيما قبل فلو قال المصنف مثل ما زعمه صاحب العناية حق الكلام لاختلاف كلامه كاختلاف كلام ذلك الشارح في شرحه كما مر حيث يلزم أن يدرج في اختلاف المشايخ محمل الوفاق أيضا فقال وهو على هذا الاختلاف بالبتات جريا على اتفاقهم على وقوع الاختلاف فيما هو من غير جنس العبادة واختيار الماختره أبو بكر الرازي فيما هو من جنس العبادة تأمل فان هذا معنى لطيف وتوجيه حسن (قوله لهما أن المسجد انما بنى للصلاة والذكر ولا يمكنه أداء الصلاة بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس مباحا الخ) أقول هذا التعليل قاصر عن افادة مدعاهما في بعض المسائل المذكورة كالنوم في المسجد والمرور فيه والقعود فيه لحديث فان شيا منها ليس من الصلاة ولا من الذكر ولا من ضرورات الصلاة ولا من الانتظار للصلاة فلا يتم التقريب

﴿فصل في أحكام الحائظ المسائل﴾ لماذا ذكر أحكام القتل الذي يتعلق بالانسان مباشرة أو تسببا شرع في بيان أحكام القتل الذي يتعلق بالجماد وهو الحائظ المسائل وكان من حقها أن تؤخر عن مسائل جميع

(قال المصنف لهما أن المسجد انما بنى للصلاة والذكر ولا يمكنه أداء الصلاة بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس فيه مباحا لانه من ضرورات الصلاة) أقول لا يخفى عليك أخصية الدليل من

المدعى الآن بلحق سائر المباحات مثل المرور والقعود للحديث لأن المناط هو الاباحة الأبرى الى قوله فكان الجلوس مباحا وفيه تأمل فان ما حينئذ يحتاج الى الفرق بين هذا وبين سائر المباحات المقيدة بشرط السلامة وأما المذكور في الكتاب فهو اباحة معللة بكونه من ضرورات الصلاة فلا يحتاج الى الفرق لأن المناط ليس مطلق الاباحة بل الاباحة المقيدة بالمعللة بما ذكر (قوله لأن المسجد موضع السجود) أقول هذا دليل لغوى (قوله الأبرى) أقول هذا دليل شرعى (قوله وما عرف الناس الخ) أقول هذا دليل عرفى

خوف هلاك النفس وقوله (وتحملها العاقلة) قال محمد رحمه الله ان العاقلة لا تتحمل حتى يشهد الشهود على ثلاثة اشياء على التقدم اليه في النقض وعلى انه مات من سقوطه عليه وعلى ان الدار له لان كون الدار في يده ظاهر والظاهر لا يستحق به حق على الغير وقوله (والشرط التقدم اليه) وهو ان يقول صاحب الحق لصاحب الحائض ان حائضك هذا مخوف او يقول ماثل فانقضه او اهدمه حتى لا يسقط ولا يتلف شيئا ولو قال ينبغي ان تدمه فذلك مشورة ويشترط ان يكون التقدم من صاحب حق كواحد من العامة مسلما كان او ذميا او صبيا او امرأة ان مال الى طريقه وهم وواحد من اصحاب السكة الخاصة ان مال اليها وصاحب الدار وساكنها ان مال اليها وان يكون الى من له ولاية التفريغ حتى لو تقدم الى من يسكن الدار باجارة او اعارة فلم ينقض حتى سقط على انسان فلا ضمان على احد وقوله (والشرط هو التقدم دون الاشهاد) حتى لو اعترف صاحبه انه طوب ببنقضه وجب عليه الضمان وان لم يشهد عليه

والقياس ان لا يضمن لانه لا يمنع منه مباشرة ولا مباشرة شرط هو متعدي فيه لان اصل البناء كان في ملكه والميلان وشغل الهواء ليس من فعله فصار كما قبل الاشهاد وجه الاستحسان ان الحائض لما مال الى الطريق فقد اشتغل هو الطريق المسلمون بملكه ورفع في يده فاذا تقدم اليه وطوب ببنقضه يجب عليه فاذا امتنع صار متعديا بمنزلة ما لو وقع ثوب انسان في حجره يصير متعديا بالامتناع عن التسليم اذا طوب به كذا هذ بخلاف ما قبل الاشهاد لانه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ولا نال ولم يوجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ فيقطع المارة حذرا على انفسهم فيتضررون به ودفع الضرر العام من الواجب وله تعلق بالحائض فيتعين لدفع هذا الضرر وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه ثم فيما تلف به من الذنوس يجب الدية وتحملها العاقلة لانه في كونه جنابة دون الخطأ فيستحق فيه التخفيف بالطريق الاولى كيلا يؤدي الى استئصاله والاحتياط به وما تلف به من الاموال كالذواب والعروض يجب ضمانها في ماله لان العواقل لا تعقل المال والشرط التقدم اليه وطلب النقض منه دون الاشهاد وانما ذكر الاشهاد ليمتكن من اثباته عند انكاره فكان من باب الاحتياط وصورة الاشهاد ان يقول الرجل اشهدوا اني قد تقدمت الى هذا الرجل في هدم حائطه هذا ولا يصح الاشهاد قبل ان يهي الحائض لانه عدم التعدي قال (ولو بني الحائض ما تلا في الابتداء قالوا يضمن ما تلف بسقوطه من غير اشهاد) لان البناء تعدد ابتداء كما في اشراع الجناح قال (وتقبل شهادة رجلين او رجل وامرأتين على التقدم) لان هذه ليست بشهادة على القتل وشرط الترك في مدة يقدر على نقضه فيها لانه لا بد من امكان النقض ليصير بتركه جانيا ويستوى ان يطالبه بنقضه مسلم او ذمي لان الناس كلهم شركاء في المرور فيصح التقدم اليه من كل واحد منهم رجلا كان او امرأة حرا كان او مكاتبيا ويصح التقدم اليه عند السلطان وغيره لانه مطالبة بالتفريغ فينفرد كل صاحب حقه قال (وان مال الى دار رجل فالمطالبة الى مالك الدار خاصة) لان الحق له على الخصوص وان كان فيها ساكن لهم ان يطالبوه لان لهم المطالبة بازالة ماشغل الدار فكذا بازالة ماشغل هو اهلها ولو اجد صاحب الدار ابراه منها او فعل ذلك ساكنوها فذلك جائز ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائض لان الحق لهم بخلاف ما اذا مال الى الطريق فاجبه القاضي او من اشهد عليه حيث لا يصح لان الحق لجماعة المسلمين وليس اليهما ابطال حقهم ولو باع الدار بعدما اشهد عليه وقبضها المشتري برئ من ضمانه لان الجنابة بترك الهدم مع تمكنه وقد زال تمكنه بالبيع بخلاف اشراع الجناح لانه كان جانيا بالوضع ولم ينفخ بالبيع فلا يبرأ على ما ذكرنا ولا ضمان على المشتري لانه لم يشهد عليه ولو اشهد عليه بعد شرائه فهو ضمان لتركه التفريغ مع تمكنه بعد ما طوب به والاصل انه يصح التقدم الى كل من يتمكن من نقض الحائض وتفرغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم اليه كالترهن والمستاجر والمودع وساكن الدار ويصح التقدم الى الراهن لتقدرته على ذلك بواسطة الفكاك والى الوصي والى ابي اليتيم او امة في حائط الصبي لقيام الولاية وذكرا الام في الزادات

الحيوانات تقديما للحيوان على الجماد الا ان الحائض المائل لما نصب الجرسن والروشن والجناح والكنيف وغيرها الحق مسائلها ولهذا أي بلفظ الفصل لا بلفظ الباب كذا في النهاية وغيرها (قوله والاصل انه يصح التقدم الى كل من يتمكن من نقض الحائض وتفرغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم اليه) اقول لقائل ان يقول ينتقض هذا الاصل بما سأتى في الكتاب من انه يصح التقدم الى احد الورثة في نصيبه وان كان لا يتمكن من نقض الحائض وحده ويمكن الجواب عنه بوجهين أحدهما انه يجوز ان يكون هذا الاصل على موجب القياس وما سأتى في الكتاب جواب الاستحسان ووجهه

وفصل في الحائض المائل (قوله مسلما كان او ذميا او صبيا) اقول أي ما دوننا او عبدا كذلك قال والضمن المصنف (ولا ضمان على المشتري لانه لم يشهد عليه) اقول الاظهر ان يقال لانه لم يتقدم اليه

وقوله (لان فعل هو لاء كفعله) أي فعل الوصي والاب والام كفعل الصبي والتقدم اليهم كالتقدم على الصبي بعد بلوغه فان قيل لو كان كذلك لما هدر القتل بسقوط الحائط اذ بلغ الصبي بعد التقدم الى الاب والوصي اوجب بأن التقدم اليهم اجعل كالتقدم الى الصغير مادامت ولايته ما باقية وقد زالت بالبلوغ فصار كأن التقدم لم يوجد في حق الصغير ثم اهم في ترك الهدم بعلان للصبي وينظر ان له فكان الضمان في ماله فان قيل الوصي اذا ترك النقص بعد التقدم اليه ألحق ضررا بمال اليتيم فكان الواجب أن يكون الضمان عليه اوجب بأن في ترك النقص دفع مضرة متخفة وهى مضرة مؤنة النقص وبنائه ثانيا وفي نقضه دفع مضرة مؤهومة لجواز أن لا يسقط وان سقط لا يهلك به شئ فكان تركه انظر للصبي فلا يلزم الوصي ضمان وقوله (في عنق العبد) يعنى يباع فيه كما يباع في ديون تجارته وكان القياس أن يكون ذلك على المولى كضمان النفس ولكننا استحسننا الفرق بينهما فقلنا العبد في ضمان التزام المال كالحرفانه ينفك الحجر عنه في اكتساب سبب ذلك وفي التزام ضمان الجنابة على النفس كالحجور عليه لان فك الحجر بالاذن لم يتناول ذلك فكان الضمان على عاقلة المولى وقوله (لان الاشهاد على المولى من وجه) اما اذا لم يكن على العبد من فظاهر لان الملك في الدار للمولى رقبته ونصرفوا العبد خصم من جهته ألا ترى أنه لو ادعى انسان حقا في دار بيده أذون له ينتصب خصما فكان الاشهاد عليه اشهادا على المولى من وجه وأما اذا كان عليه دين فعندهما ظاهر وعند أبي حنيفة رحمه الله للمولى أن يستخلصه بقضاء الدين فكان هذا (٣٤٤) تقديما الى المولى من وجه وتقدما الى

العبد من وجه فاعتبر في ضمان الاتقص تقديما الى المولى لما ذكرنا أن فك الحجر بالاذن لم يتناول ذلك وفي ضمان الاموال تقديما الى العبد لانه كالحرفانه كما مر وقوله (ويصح التقدم الى أحد الورثة في نصيبه) يعنى لو هلك أحد بسقوطه بعد ذلك ضمن ذلك الواحد بقدر نصيبه فيه وهذا جواب الاستحسان ووجهه ما ذكر في الكتاب وأما جواب القياس فهو أن لا يضمن أحد منهم شئاً أما

والضمان في مال اليتيم لان فعل هو لاء كفعله والى المكاتب لان الولاية له والى العبد التاجر سواء كان عليه دين أو لم يكن لان ولاية النقص له ثم التالف بالسقوط ان كان مالا نهو في عنق العبد وان كان نفسا فهو على عاقلة المولى لان الاشهاد من وجه على المولى وضمان المال أليق بالعبد وضمان النفس بالمولى ويصح التقدم الى أحد الورثة في نصيبه وان كان لا يتمكن من نقض الحائض وحده لتمكنه من اصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة الى القاضي (ولو سقط الحائط المائل على انسان بعد الاشهاد فقتله فتعثر بالقتيل غيره فعطب لا يضمنه) لان التفرغ يعنى عنه الى الاولياء لاليه (وان عطب بالنقص ضمنه) لان التفرغ يعنى اليه اذ النقص ملكه والاشهاد على الحائط اشهاد على النقص ما ذكره هناك وأما جواب القياس فيه فهو أن لا يضمن أحد من الورثة شئاً أما الذى تقدم اليه فلعدم تمكنه من النقص وأما غيره من الورثة فلعدم التقدم اليهم وقد صرح بذلك في المدسوط وذكروا في الشروح أيضا فيما سيجيء وثانيهما أنه يجوز أن يكون المراد هنا بمن يتمكن من نقض الحائط من يهتكم منه وحده أو مع مشاركة غيره ومن لا يتمكن منه من لا يتمكن منه أصلا أو أحد الورثة في المسئلة الآتية وان لم يتمكن من نقض الحائط وحده إلا أنه يتمكن منه مع مشاركة سائر الورثة فلا تارة تراض (قوله والضمان في مال اليتيم) أقول في هذا الاطلاق نوع قصور لان ماتلف بالحائط المائل ان كان من الذى تقدم اليه فلعدم تمكنه من النقص فلم يكن التقدم اليه مفيدا أو ما غيره من الورثة فلعدم التقدم اليهم فلم يوجد التعدي من واحد منهم في ترك التفرغ والجواب أن الاشهاد على جماعةهم يتعدى عادة فلولم يصح الاشهاد على بعضهم في نصيبه أدى الى الضرر وهو مدفوع وقوله (فعطب لا يضمنه) أى لا يضمن صاحب الحائط القتل الثاني (لان التفرغ يعنى عنه) أى القتل الاول برفعه مقوض الى أولياءه لأنهم الذين يتولون دفنه وطواب بالفرق بينهما وبين ما اذا وقع الجناح في الطر يق فته انسان بنقصه ومات ثم تعثر رجل بالقتيل ومات فان دبه القتلين جميعا على صاحب الجناح وأوجب بأن اشراع الجناح في نفسه جنابة وهو فعلة فصار كأنه القاه بيده عليه فكان حصول القتل في الطر يق مضافا الى فعله كحصول نقض الجناح في الطر يق ومن أتى شئاً في الطر يق كان ضامنا لما عطب به وان لم يهلك تفرغ الطر يق عنه بخلاف مسئلة الحائط فان نفس البناء ليس بجنابة وبعد ذلك لم يوجد منه فعل يصير به جانيا لکن جعل كالفاعل بترك النقص في الطر يق مع القدرة على التفرغ والترك مع القدرة وجد في حق النقص لافي حق القتل فلذلك جعل فاعلا في حق القتل الاول لافي حق القتل الثاني وهذا يعلم حكم ما عطب بالنقص وقد ذكره في الكتاب واضحا

(قوله فكان تركه انظر للصبي فلا يلزم الوصي ضمان) أقول فان قيل ينبغي أن لا يقدر الوصي على النقص لان عدمه انظر قلنا المراد هو الا نظر به من وجه (قوله فلولم يصح الاشهاد على بعضهم في نصيبه الخ) أقول وهو يتمكن من اصلاح نصيبه بطريقه فيكون التقدم اليه مفيدا كما ذكره المصنف

وقوله ( فسقطت ) بمعنى الجرة بسقوط الحائط يشير الى أنه لو وقعت الجرة وحدها فأصبحت انسانا فلا ضمان عليه لانه وضعها على ملكه وهو لا يكون متعديا فيما يحدثه في ملكه سواء كان الحائط مائلا أو غير مائل كذا في البسوط وقوله ( فعليه ) أى فعلى كل واحد من حافر البئر وباني الحائط وقوله ( وله ) أى لابي حنيفة رضى الله عنه أن الموت حصل ببعلة واحدة وهو الثقل المقدر بمعنى في الحائط والعمق المقدر بمعنى في البئر ( لان أصل ذلك ) أى أصل الثقل والعمق كما في قوله تعالى عوان بين ذلك ( وهو القليل ) أى ذلك الأصل بمعنى أن الجزء ( ٣٤٤ ) اليسير ليس بمهلك ( حتى يعتبر كل جزء علة فتجتمع العلال وإذا كان كذلك يضاف الى

لان المقصود امتناع الشغل ( ولو عطب بجرة كانت على الحائط فسقطت بسقوطه وهي ملكه ضمنه ) لان التفريغ اليه ( وان كان ملك غيره لا ضمنه ) لان التفريغ الى مالكها قال ( وان كان الحائط بين خمسة رجال أشهد على أحدهم فقتل انسانا ضمن خمس الدية ويكون ذلك على عاقلته وان كانت دار بين ثلاثة نفر فخر أحدهم فمبايتر او الحفر كان بغير رضا الشريكين الاخرين أو بني حائط فاعطى به انسان فعليه ثلثا الدية على عاقلته وهذا عند أبي حنيفة وقال عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين ) لهما أن التلف بنصيب من أشهد عليه معتبر وينصب من لم يشهد عليه هدر فكانا قسمين فانقسم نصفين كما مر في عقرا الأسد ونهش الحية وجرح الرجل وله أن الموت حصل ببعلة واحدة وهو الثقل المقدر والعمق المقدر لان أصل ذلك ليس ببعلة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة فتجتمع العلال وإذا كان كذلك يضاف الى العلة الواحدة ثم تقسم على أربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات فان كل جراحة علة لتلف بنفسها صغرت أو كبرت على ما عرف الأنا عند المزاجمة أضيف الى الكل لعدم الاولوية والله اعلم

العلة الواحدة ثم تقسم على أربابها بقدر الملك ( الا ترى أنه لو أشهد عليهم جميعا ثم سقط على انسان كان على كل واحد منهم خمس الدية فتركوا الاشهاد في حق الباقيين لا يزيد الواجب على من أشهد عليه وعلى هذا يخرج مسألة البئر فيقال لهما اجتمع في حقه معنيان أحدهما موجب للضمان وهو التعدي بالحفر في ملك غيره والاخر مانع عنه وهو عدم التعدي من حيث الحفر في ملكه فيجعل المعتبر جنسا والمهدر جنسا فيلزمه نصف الضمان ولابي حنيفة رضى الله عنه أن صفة التعدي تحققت في الثلثين فيجب عليه ضمان الثلثين وقوله ( بخلاف الجراحات ) جواب عن قولهما كما مر في عقرا الأسد ونهش الحية وجرح الرجل وقوله ( الا ان عند المزاجمة أضيف الى الكل لعدم

باب جنابة البهيمة والجنابة عليها

قال ( الراكب ضامن

النفوس بحب الدية على عاقلة صاحب الحائط لافي ماله وان كان من الاموال كالواب والعروض يجب ضمانها في ماله وقدم مر هذا كله في الكتاب فكون الضمان في مال التيم انما يتصور في تلف الاموال لافي تلف النفوس فامعنى الحكم هنا يكون الضمان في مال التيم على الاطلاق ( قوله لهما ان التلف بنصيب من أشهد عليه معتبر وينصب من لم يشهد عليه هدر فكانا قسمين فانقسم نصفين كما في عقرا الأسد ونهش الحية وجرح الرجل ) أقول كان مدعاهما عاما للفصلين أى فصل حائط بين خمسة وفصل دار بين ثلاثة كما أفصح عنه المصنف بقوله وقال عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين والدليل الذي ذكره من قبله ما خاص للفصل الاول فكان قاصرا في الظاهر عن افادة تمام المدعى وعن هذا قال صاحب الكافي بعد ذكر ما ذكره المصنف من قبله ما وفي مسألة البئر تلفت النفس بالحفر في ملكه وفي ملك غيره فانقسم نصفين اهـ والجواب من جانب المصنف هنا هو ان الدليل الذي ذكره من قبله وان كان يخص الفصل الاول بعبارة الا أنه يم الفصل الثاني أيضا بدلالته كما لا يخفى على ذي فطنة فاكفى بذلك ولو لم يكن مدار الكلام هنا على الاكتفاء بانفهام تمام المراد لكان مازاده صاحب الكافي أيضا قاصرا عن افادة تمام المدعى هنا لان الفصل الثاني ليس مسألة حفر البئر وحده بل هو مسألة حفر البئر وبناء الحائط جميعا وقد تعرض صاحب الكافي في التعليل لحفر البئر دون بناء الحائط كما ترى

باب جنابة البهيمة والجنابة عليها

لما فرغ من بيان أحكام جنابة الانسان شرع في بيان أحكام جنابة البهيمة ولاشك في تقدم الانسان

الاولوية) يضاف اليه واذا أضيف الى الكل وبعضها معتبر في اضافة الضمان اليه وبعضها غير معتبر فجعل غير المعتبر شيئا واحدا وان تعدد فلذلك صار الضمان نصيبين فاعتبر أحدهما واهدر الاخر والله تعالى أعلم

باب جنابة البهيمة والجنابة عليها

ذكر جنابة البهيمة والجنابة عليها عقب جنابة الانسان والجنابة عليه في باب على حدة مما لا يحتاج الى بيان ( قوله أى فعلى كل واحد منهم ما من حافر البئر وباني الحائط ) أقول والاولى ان يقول وعلى ذلك الأحاد مرجع الضمير وهو لفظ أحدهم

وقوله (لما أوطأت الدابة) الصحيح لما ووطئت الدابة وقيل يجوز أن يكون مفعولا لا لا يطاء محذوفين وتقديره أوطأت الدابة يدها وأرجلها انسانا فيكون من باب فلان يعطى وقوله (ما أصابت) بدل من قوله لما أوطأت الدابة والكدم العض بفتح الدابة والخطب الضرب باليد والصدم هو أن تضرب الشيء بجسده ومنه اصطدم الفارس ان اذا ضرب أحدهما الآخر بنفسه ويقال نفعتم الدابة الشيء اذا ضربته بجذعها واعلم ان جنابة الدابة لا تخلو من أوجه ثلاثة لانها إما أن تكون في ملك صاحبها أو في ملك غيره أو في طريق المسلمين فان كانت في ملك صاحبها ملكا كاملا أو مشتركا متساويا أو متفاضلا فإما ان يكون صاحبها معها أو لا يكون فان كان الثاني لم يضمن صاحبها واقفة كانت الدابة أو سائرة ووطئت يدها أو أرجلها أو نفعته أو كدمت وان كان الأول فإما ان يكون سائقا لها أو قائدا وإما أن يكون راكبا عليها ولا فان كان الأول لم يضمن صاحبها في الوجوه كلها اتلفت نفسا أو مالا لأن صاحبها في هذه الوجوه متسبب لاتصال أثر فعله بالتلف بواسطة فعل مختار وهو الدابة والتسبب انما يضمن اذا كان متعددا ولا تعدى في ايقاف الدابة أو تسييرها في ملكه وان كان الثاني وهو يسييرها ووطئت يدها أو أرجلها ضمن وان كدمت أو نفعته يدها أو أرجلها أو ضربت يدها فلا ضمان لان في الوجوه الاول صاحب الدابة مباشر للاتلاف لان نقله ونقل الدابة اتصلا بالتلف فكانت ما ووطئها جميعا والمباشر ضامن متعددا كان أو لم يكن وفي الثاني متسبب غير متعدوان كانت الجنابة في ملك غير صاحبها فإما ان أدخلها (٣٤٥) صاحبها فلا ضمان عليه أو لا فان كان الثاني فلا ضمان عليه على كل حال

لانه ليس بتسبب ولا مباشر وان كان الأول فعليه الضمان على كل حال سواء كان معها سائقا أو قائدا أو لا واقفة أو سائرة لان صاحبها امام مباشر أو متسبب متعددا اذ ليس له ايقاف الدابة وتسييرها في ملك الغير غير اذنه وان كانت في طريق المسلمين وقد أوقفها صاحبها فعليه ضمان ماتلف في الوجوه كلها لانه بالايقاف متسبب متعددا

لما أوطأت الدابة ما أصابت يدها أو أرجلها أو رأسها أو كدمت أو خبطت وكذا اذا صدمت ولا يضمن ما نفعته أرجلها أو ذنبها

على البهيمية رتبة فكذا ذكرنا كذا ذكر في النهاية ومعراج الدراية أقول رد عليه أنه لم يفرغ من بيان أحكام جنابة الانسان مطلقا بل بقي منها أحكام جنابة المملوك ولا شك أن المملوك من الانسان أيضا مقدم على البهيمية رتبة فكان ينبغي أن يقدم عليها أيضا ذكرنا في التوجيه كافيها في افادة حق المقام وقال في غاية البيان وكان من حق هذا الباب أن يذكر بعد باب جنابة المملوك لفصله النطق في المملوك ولكن لما كانت البهيمية ملحقه بالجمادات من حيث عدم العقل والنطق ألحق هذا الباب بباب ما يحدثه الرجل في الطريق من الجرح من ونحو ذلك أه أقول رد عليه أيضا أنه لو كان هذا الباب ملحقا بباب ما يحدثه الرجل في الطريق من الحية المذكورة لما ذكر مسائل هذا الباب في باب مستقل بل كان حقها أن تذكر في فصل كذا قالوا في فصل الحائط المائل تدبر (قوله ولا يضمن ما نفعته أرجلها أو ذنبها) قال الشراح قاطبة يقال نفعتم الدابة شيئا اذا ضربته بجذعها فرها وقال صاحب النهاية بعد ذلك كذا في الصحاح والمغرب واقفي أثره صاحب الكفاية ومعراج الدراية أقول

(٤٤ - تكمله ثامن) اذ ليس له شغل طريق المسلمين بايقاف الدابة فيه وان كانت سائرة فإما أن يكون صاحبها معها أو لم يكن فان لم يكن فإما ان سارت بارساله أو انفلتت فان كان الأول ضمن ما اتلفت مالم يتحول عن جهة الارسال بمنة أو يسرة لان ارسالها باحفاظ سبب للاتلاف وهو فيه متعدوان كان الثاني فلا ضمان عليه في الوجوه كلها وان كان صاحبها معها ضمن ما اتلفت راكبا كان أو سائقا أو قائدا الا النسخة بالرجل أو الذنب لانه مباشر أو متسبب متعددا والغرض من هذا الاسهاب بيان قول المصنف رحمه الله الراكب ضامن لما أوطأت الدابة الى قوله وكذا اذا صدمت أنه محمول على ما اذا لم يكن الراكب في ملكه لان هذا الجواب ان استقام في قوله ما أصابت يدها أو أرجلها لا يستقيم في قوله أو كدمت أو خبطت أو صدمت فيما اذا كان في ملكه على ما مر أنفاذ ذكر الاصل الذي ينبنى عليه هذه الفروع

باب جنابة البهيمية والجنابة عليها

(قوله ذكر جنابة البهيمية والجنابة عليها الخ) أقول فان قيل ما ذكر في هذا الباب جنابة انسان ولذلك يجب الضمان من ماله أو على عاقبته قلنا لا أو دوع الله سبحانه وتعالى في البهائم ارادة وادرا كاصح اضافة الجنابة اليها ولزوم الضمان على غيرها الا في تلك الاضافة كافي الجنائي والعاقلة (قوله وقيل يجوز أن يكون مفعولا لا لا يطاء محذوفين) أقول القائل هو الاتقاني (قوله وان كانت في طريق المسلمين وقد أوقفها صاحبها فعليه ضمان ما اتلفت في الوجوه كلها) أقول هذا اذا أوقفها الغير البول والروث (قوله وكذا اذا صدمت أنه محمول على ما اذا لم يكن الراكب في ملكه) أقول يعلم كونه محمولا على ما اذا كان الراكب في الطريق مما ذكره المصنف في معرض التعليل

وجهه وفي حق غيره من وجهه لكونه مشتركين كل الناس) أما أنه يتصرف في حقه فلا أن الانسان لابد له من طريق يعيش فيه لترتيب مهماته فالجرح عن ذلك جرح وهو مدفوع وأما أنه يتصرف في حق غيره فلا أن غيره فيه كهو في الاحتياج بالنظر الى حقه يستدعي الاباحة مطلقا وبالنظر الى حق غيره يستدعي الجرح مطلقا فقلنا باباحة مقيدة بشرط السلامة عملا بالوجهين وبقيته كلامه واضحة وقوله (والمترد في ما ذكرنا) يعني في وجوب الجنابة (كالراكب لان المعنى) أي المعنى الموجب وهو المباشرة والتصرف في الدابة بالسير على ما أراد (لا يختلف لاسيما في أيديهم وتحت تصرفهم وقوله (ثم هو) يعني الايقاف (أكثر ضررا بالمارة) جواب عما يقال سلمنا ان الايقاف ليس من ضرورات السير لكنه مثله في كونه تصرفا في الدابة فليتحقق به وجهه أنه أضر منه (لما أنه) أي الايقاف (أدوم من السير فلا يلحق به) وقوله (والسائق ضامن

والاصل ان المرور في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لأنه يتصرف في حقه من وجهه وفي حق غيره من وجهه لكونه مشتركين كل الناس فقلنا باباحة مقيد بما ذكرنا ليعتدل النظر من الجانبين ثم انما يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه ولو بتقديمها فيما لا يمكن التحرز عنه لاسيما من المنع عن التصرف وسد بابيه وهو مفتوح والاحتراز عن الايذاء وما يضاهاه ممكن فانه ليس من ضرورات التسيير فقيدها بشرط السلامة عنه والنفحة بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه مع السير على الدابة فلم يتقيد به (فان أوقفها في الطريق ضمن النفحة أيضا) لأنه يمكنه التحرز عن الايقاف وان لم يمكنه عن النفحة فصارت معدية في الايقاف وشغل الطريق به فيضمنه قال (وان أصابت يدها أو رجلها حصاة أو نواة أو مارث غبار أو حجر أصغرا ففأعين انسان أو أفسد ثوبه لم يضمن وان كان حجرا كبيرا ضمن) لأنه في الوجه الاول لا يمكن التحرز عنه اذ سير الدواب لا يعرى عنه وفي الثاني يمكن لأنه ينتقل عن السير عادة وانما ذلك بتعريف الراكب والمراد فيهما ذكرنا كراكب لان المعنى لا يختلف قال (فان رأت أو بال في الطريق وهي تسيير فطوبى به انسان لم يضمن) لأنه من ضرورات السير فلا يمكنه الاحتراز عنه (وكذا اذا أوقفها ذلك) لان من الدواب ما لا يضر ذلك الا بالايقاف وان أوقفها الفرس ذلك فعطبت انسان بروثها أو بولها ضمن لأنه متعدد في هذا الايقاف لأنه ليس من ضرورات السير ثم هو أكثر ضررا بالمارة من السير لما أنه أدوم منه فلا يلحق به (والسائق ضامن لما أصابت يدها أو رجلها والقائد ضامن لما أصابت يدها دون رجلها)

كون المذكور في المغرب كذلك مسلم فانه قال فيه نفحة الدابة ضربته بمذحاقها وأما كون المذكور في الصباح كذلك فممنوع اذ لم يعتبر فيه كون الضرب بمذحاقها بل قال فيه ونفحت الناقة ضربت برجلها \* ثم أقول بقي اشكال في عبارة الكتاب وهو ان الذي يظهر مما ذكر في كتب اللغة وما ذكره الشراح هنا أن لا تكون النفحة الا بالرجل فيلزم أن لا يصح قوله أو ذنبها في قوله ولا يضمن ما نفعت برجلها أو ذنبها لأنه يقتضي أن تكون النفحة بالذنب أيضا بل يزم أيضا استدراك قوله برجلها لان الضرب بالرجل كان داخل في مفهوم النفحة لا يقال ذلك بالرجل محمول على التأكيد وذكر الذنب على التجربة لانا نقول اعتبار التأكيد والتجربة معا بالنظر الى كلمة واحدة في موضع واحد معتد للثنائي بينهما كما لا يخفى على الفطن بل التأويل الصحيح أن تحمل النفحة المذكورة في الكتاب على مطلق الضرب بطريق عموم المجاز فيصح ذكر الرجل والذنب كليهما بلا اشكال تأمل (قوله والسائق ضامن لما أصابت يدها أو رجلها والقائد ضامن لما أصابت يدها دون رجلها) هذا اللفظ القدوري في مختصره قال المصنف والمراد النفحة وقال صاحب النهاية في شرحه أي من قوله لما أصابت يدها أو رجلها وقال انما فسر بهذا لانه كان يجوز أن يراد بقوله لما أصابت يدها أو رجلها الوطء وقد ذكرت أنه يضمن فيه السائق والقائد من غير خلاف أحد وانما الاختلاف في النفحة ولولم يفسر بهذا كان للأول أن يؤزل ذلك بالوطء وشبه الاختلاف فيه ولمست الرواية كذلك اه واقتي أثره كثير من الشراح منهم صاحب العناية أقول فيه خلل أما أوله لأن الظاهر من قوله سم أي من قوله لما أصابت يدها أو رجلها أن يكون المراد بالاصابة يسدها بالاصابة برجلها كليهما هو النفحة وليس كذلك اذ لا يطلق على الاصابة باليد النفحة وانما يطلق عليها الخبط اذ ضربت باليد ولو سلم اطلاق النفحة عليها أيضا بطريق التجوز فلا يجدي هنا اذ لا فرق بين الوطء باليد والخبط الذي هو الضرب باليد في وجوب الضمان بهما على السائق والقائد بل خلاف أحد فلان المعنى لان يكون المراد أحدهما دون الآخر وأما ما يفتان القدوري لم يذ كر الخلاف في مسألة السائق أصلا حتى يلزم من قومه أن يكون المراد بقوله لما أصابت يدها أو رجلها الوطء انبثا الاختلاف في الوطء وانما الذي بيننا خلاف

وقوله ( والمراد النفعة ) أي من قوله لما أصابت يدها أو رجلها وانما فسر بذلك لثلاثتهم ان المراد به الوطء فإنه يوجب الضمان على السائق والقائد بخلاف لاحد فيه وقوله ( واليه مال بعض المشايخ رحمهم الله ) يعني العراقيين وقوله ( فيمكنه الاحتراز عنه ) يعني بإبعاد الدابة عن التلف أو بإبعادها عنها وقوله ( وقال أكثر المشايخ رحمهم الله ) يريد مشايخ ما وراء النهر وقوله ( ما ذكرناه ) يعني قوله فلا يمكنه التحرز وقوله ( وقوله عليه الصلاة والسلام الرجل جبار ومعنى جبار هدر ومعناه النفعة بالرجل لان الوطء مضمون بالاجماع وقوله ( وانتقال الفعل ) جواب عن قول الشافعي ( ٧٤٣ ) رحمه الله لان فعلها مضاف اليهم يعني ان

ذلك يكون بالقياس على الاكراه ولا يكاد يصح لان هناك الانتقال بتخفيف القتل وهناك تخفيف بالضرب فلا يلحق به قبل وفيه ضعف لانه لم يقبل بذلك قياسا على الاكراه وانما قال بناء على أصل آخر وهو - وأن سير الدابة مضاف الى ركبها ولا كلام فيه وانما الكلام في النفعة ومع ذلك لا يخلو عن ضعف والجواب القوي ما ذكره بقوله والنجحة عليه ما ذكرناه وقوله عليه الصلاة والسلام الرجل جبار وأتى

والمراد النفعة قال رضي الله عنه هكذا ذكره القدوري في مختصره واليه مال بعض المشايخ ووجهه أن النفعة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه وقال أكثر المشايخ ان السائق لا يضمن النفعة أيضا وان كان يراها اذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه بخلاف الكدم لامكانه كجهها للجماها وجمها ينطق أكثر النسخ وهو الاصح وقال الشافعي يضمنون النفعة كلهم لان فعلها مضاف اليهم والنجحة عليه ما ذكرناه وقوله عليه السلام الرجل جبار ومعناه النفعة بالرجل وانتقال الفعل بتخفيف القتل كافي المكروه وهذا تخفيف بالضرب قال ( وفي الجامع الصغير وكل شيء ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد ) لانهما مسيبان بمباشرتهما شرط التلف وهو تقرب الدابة الى مكان الجناية فيقتيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كراكب ( الا ان على الراكب الكفارة ) فيما أوطأته الدابة بيدها أو برجلها ( ولا كفارة عليها ) ولا على الراكب فيما وراء الايطاء لان الراكب مباشر فيه لان التلف يتصله ونقل الدابة تتبعه لان سير الدابة مضاف اليه وهي آلة وهما مسيبان لانه لا يتصل منهما الى المحل شيء وكذا الراكب في غير الايطاء والكفارة حكم المباشرة لاحكم التسبب وكذا يتعلق بالايطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد لانه يختص بالمباشرة ( ولو كان راكب وسائق قيسل لا يضمن السائق ما أوطأت الدابة ) لان الراكب مباشر فيه لما ذكرناه والسائق مسبب والاضافة الى المباشر أولى

برواية الجامع الصغير لاشتغالها على الضابط الكلي وبيان الكفارة وقوله ( ما ذكرناه ) اشارة الى قوله لان التلف يتصله وقوله ( على ما ذكرناه ) اشارة الى قوله لانه لا يتصل منهما الى المحل شيء وقوله ( لان كل ذلك سبب الضمان ) يعني ان كل واحد منهما بانفراده عامل

في هاتيك المسئلة هنا هو المصنف وذافر ع تفسيره مراد القدوري بالنفعة لان مشاهد التفسير كما يوهمه كلامهم \* ثم أقول الحق عندي ان معنى قول المصنف والمراد النفعة هو ان مراد القدوري بقوله أو برجلها في مسئلة السائق وبقوله دون رجلها في مسئلة القائد هو النفعة وانما فسر بذلك لستم قوله في مسئلة القائد دون رجلها اذ لو كان المراد الوطء ليم ذلك فان وطء الدابة برجلها يوجب الضمان على القائد أيضا بخلاف أحد ( قوله ووجهه أن النفعة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه ) أقول لقائل أن يقول ان يد الدابة أيضا غائب عن بصر القائد اذ القود لا يتيسر الا بالنظر والاتفات الى القدام فيغيب ما في الخلف عن البصر فلا يمكنه التحرز عما أصابته بيدها أيضا فيبغي أن لا يضمن ذلك أيضا فليتامل في الدفع ( قوله وقال أكثر المشايخ ان السائق لا يضمن النفعة أيضا وان كان يراها اذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه ) أقول لقائل أن يقول ليس على يدها أيضا ما يمنعها به كما كان في فها من اللجام فلا يمكنه التحرز

في الاتلاف فان السوق لو انفر د عن الركوب أو جب ضمان ما تلفت بالوطء وكذلك الركوب فلم يجز أن يضاف عمل السوق في الاتلاف الى الركوب ببل كان التلف مضافا اليهما نصفيين والمسبب انما لا يضمن مع المباشر اذا كان سببا لا يعمل في التلف عند انفراده كالحفر فانه لا يوجب التلف منفردا عن الدفع الذي هو مباشرة وتذكر تخصيص العلل ومخلصه فانه من مظانه

( قوله وقوله ما ذكرناه ) يعني قوله فلا يمكنه التحرز أقول وقوله أيضا فلا يتقيد فيما لا يمكنه الاحتراز عنه لما فيه من المنع من التصرف وسد بابيه حتى يتم جوابا ووجه الشافعي في الراكب والقائد والسائق ( قوله ومع ذلك لا يخلو عن ضعف ) أقول فانه اذا كان سير الدابة مضافا الى ركبها تكون النفعة مضافة اليه أيضا ( قوله والجواب القوي ما ذكره بقوله والنجحة عليه ما ذكرناه ) أقول بجواب بطريق المعارضة

وقال (إذا اصطدم فارسا الخ) أي ضرب أحدهما الآخر بنفسه وحكم الماشيين حكم الفارسين لكن لما كان موت المصطم من غالبا في الفارسين خصهما بالذكروماذ كرزفرو الشافعي رجهما والله وجه القياس وما قلنا وجه الاستحسان وقد روى عن علي رضي الله كلا الوجهين فتعارضت روايتاه فربما نقولنا بما ذكرناه يعني قوله لان فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق الخ

قال المصنف (وقيل الضمان عليهما لأن كل ذلك سبب الضمان) أقول قال الزيلعي الأيرى أن محمد إذ كرفي الأصل ان الراكب إذا أمر انسانا فتنحس المأمورا للذابة ووطئت انسانا كان الضمان عليهما فاشتر كافي الضمان والناخس سائق والآمر راكب فتبين بهذا أنهما يستويان والجواب ان المسبب انما لا يضمن مع المباشرة اذا كان السبب لا يعمل بانفراده في الاتلاف كما في الحفر مع الالتقاء فان الحفر لا يعمل بدون الالتقاء وما اذا كان السبب يعمل بانفراده فيشتر كان وهذامنه فان السوق متلف وان لم يكن على الذابة راكب بخلاف الحفر فإنه ليس بمتلف بلا القاء وعند (٣٤٨) الالتقاء وجد التلف بهما فاضيف الى آخرهما كسئلة السفينة إذ كل واحد منهما لا يعمل

بانفراده وفيما نحن فيه يعمل فيشتر كان انتهى وقر صاحب الكفاية تعليل وجوب الضمان عليهما بقوله ذكروا في الأصل ان الراكب اذا أمر آخر فتنحس الذابة فان وطئت انسانا كان الضمان عليهما وعلل فقال لأن الناخس سائق والآخر راكب فقد بين عما ذكر ان الراكب والسائق في ضمان ما وطئت الذابة يشتر كان ولا يتخص به الراكب انتهى وأنت خير بأن ما ذكره الزيلعي في معرض الجواب بعزل عن هذا التقرير مع أنه لا يصلح جوابا عما ذكر في الأصل بل هو وتحقيق وتفصيل له وكيف لا واللازم منه وجوب الضمان على السائق وهو قد صحح عدم

وقيل الضمان عليهما لان كل ذلك سبب الضمان قال (وإذا اصطدم فارسا فماتت على عاقلة كل واحد منهما ذابة الآخر) وقال زفر والشافعي يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف ذابة الآخر لما روى ذلك عن علي رضي الله عنه ولان كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه لانه بصدمة لم نفسه وصاحبه فيهدر نصفه ويعتبر نصفه كما اذا كان الاصطدام عمدا أو جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه جراحة أو حفر على قارعة الطريق بترافقهما عليه ما يجب على كل واحد منهما النصف فكذا هذا ولأن الموت يضاف الى فعل صاحبه لان فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق فلا يصلح مستندا للاضافة في حق الضمان كالمشي اذا لم يعلم بالتر وقوع فيها لا يهدر شي من دمه وفعل صاحبه وان كان مباحا لكن الفعل المباح في غيره سبب الضمان كالنائم اذا انقلب على غيره وروى عن علي رضي الله عنه انه أوجب على كل واحد منهما ما كل الذبة فتعارضت روايتاه فربما نقولنا بما ذكرناه في مسائل المسائل الفعلان محظوران فوضح الفرق

عما أصابت بيدها أيضا فيبغى أن لا يضمنه أيضا فليتمل في الجواب (قوله وإذا اصطدم فارسا فماتت فعلى عاقلة كل واحد منهما ذابة الآخر) قال في النهاية وفي تقييد الفارسين في الكتاب بقوله وإذا اصطدم الفارسان ليست زيادة فائدة فان الحكم في اصطدام الماشيين وموتهما بذلك كذلك ذكره في المبسوط سوى ان موت المصطم من في الغالب انما يكون في الفارسين اه وقال في العناية أخذ من النهاية حكم الماشيين حكم الفارسين لكن لما كان موت المصطم من غالبا في الفارسين خصهما بالذكروماذ كرزفرو الشافعي رجهما والله كرزاه وقال في معراج الدراية وكذا الحكم اذا اصطدم الماشيان والتقييد بالفارسين اتفاق أو بحسب الغالب اه وتبعه الشارح العيني أقول عيب من هؤلاء الشراح مثل هذه التعسفات مع كون وجه التقييد بالفارسين تيرا فان الباب الذي نحن فيه باب جنابة البهيمة والجنابة عليها ولا يخفى ان اصطدام الماشيين ليس من ذلك في شيء فكان خارجا من مسائل هذا الباب (قوله وروى عن علي رضي الله عنه انه أوجب على كل واحد منهما كل الذبة فتعارضت روايتاه فربما نقولنا بما ذكرناه) قال في العناية أخذ من

هذا الوجه في هذا من مثله غريب (قوله لكن لما كان موت المصطم من غالبا في الفارسين خصهما بالذكروماذ كرزفرو الشافعي رجهما والله كرزاه) أقول ولعل الأولى أن يقال انما خصهما بالذكروماذ كرزفرو الشافعي رجهما والله كرزاه لان اصطدام الماشيين ليس من هذا الباب لعدم تعلقه بالبهيمة قال المصنف (فتعارضت روايتاه فربما نقولنا بما ذكرناه) أقول فيه بحث من وجهين أحدهما أن الخصم أيضا ترجح جانبه بما ذكره من المعنى فتعارضت جهتا الترجيح والثاني ان ما ذكرتم قياس والقياس يصلح حجة وما يصلح حجة لم يصلح مرجحا والجواب عن الأول أن ما ذكره من نقوض بالواقع في البئر عيشه فيكون فاسدا وعن الثاني أن القياس في مقابلة النص لا يصلح حجة كذا في شرح أكل الدين وشرح شاهان وقال صاحب الكفاية فان قبل القياس لا يصلح مرجحا لانه علة ثبت به الحكم والترجح انما يكون عا ليس بعلة قلنا معناه فتعارضت روايتاه فتساقطتا فربما نقولنا بما ذكرناه من الدليل أو نقول القياس انما يكون علة عند عدم النص فأما عند وجود النص فلا يصلح علة وههنا النص موجود فاذا لم يصح علة يصح به الترجيح أو نقول ما روى أنه أوجب النصف محمول على ما اذا كانا مدين حيث يجب نصف ذبة كل واحد منهما في المعد على عاقلة كل واحد منهما عندنا أيضا انتهى



وفيه بحث من وجهين أحدهما ان الخصم أيضا تخرج جانبه بما ذكره من المعنى فتعارضت جهتها الترجيح والثاني ان ما ذكرتم قياس والقياس يصلح حجة وما صلح حجة لم يصلح مرجحا والجواب عن الاول ان ما ذكره منقوض بالواقع في البئر عيشية فيكون فاسدا وعن الثاني ان القياس في مقابلة النص لا يصلح حجة وقوله (وفيما ذكر) جواب عن المسائل المذكورة في جهتها وما ذلك لان الفعل لما كان محظورا كان موجبا للضمان ولكن لم يظهر في حق نفسه لعدم الفائدة فسقط ايجابه للضمان في حق نفسه واعتبر في حق غيره فلذلك وجب على عاقلة كل منهما نصف الدية وأما فيما نحن فيه فالمشئ مباح (٣٤٩) محض فلم يقع مقدموجبا للضمان في حق نفسه أصلا فكان

صاحبه فأتاه من غير معارضة أحد له في قتله فيجب على عاقلة كل منهما تمام دية الآخر كمن مشى حتى سقط في البئر ضمن الخافس وان كان السقوط بالحفر والمشئ جميعا لكن لما كان المشئ مباحا لم يعتبر وقوله (هذا الذي ذكرنا اذا كانا حرين في العمد والخطا) أي وجوب تنصيف الدية في العمد على عاقلة كل واحد منهما وفي الخطا الدية الكاملة على ما ذكر في الكتاب الا أنه ذكر الخطا في وضع المسئلة والعمد في بيان قول الخصم وقوله (فياخذها) أي قيمة العمد وورثة المقتول الحر قيل ينبغي أن تسقط عن العاقلة لان الدية أولا تثبت للميت لا للحياة والورثة يخلفونه والعاقلة يتحملون ههنا موجب

هذا الذي ذكرنا اذا كانا حرين في العمد والخطا ولو كانا عبدان لم يهدر الدم في الخطا لان الجنابة تعلقت برقبته دفعا وقد فاتت الى الخلف من غير فعل المولى فهدر ضرورية وكذا في العمد لان كل واحد منهما هالك بعد ما جنى ولم يخلف بدلا ولو كان أحدهما حرا والآخر عبدا في الخطا تجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العمد فباخذها ورثة المقتول الحر ويبطل حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة لان أصل أبي حنيفة ومحمد تجب القيمة على العاقلة لانه ضمان الادمي فقد أخلف بدلا بهذا القدر فباخذها ورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف وفي العمد يجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لان المضمون هو النصف في العمد وهذا القدر يأخذه ولي المقتول وما على العبد في رقبته وهو نصف دية الحر يسقط بموته الا قد مر ما أخلف من البذل وهو نصف القيمة قال (ومن ساق دابة فوق السرج على رجل فقتله ضمن وكذا على هذا سائر ادواته كاللجام ونحوه وكذا ما يحمل عليها) لانه متعدد في هذا التسيب لان الوقوع بتقصيره وهو ترك الشدا والاحكام فيه بخلاف الرءاء لانه لا يشتد في العادة ولانه قاصد لحفظ هذه الاشياء كافي المحمول على عاتقه دون اللباس على ما مر من قبل في مقيد بشرط السلامة قال (ومن قاد قطارا فهو ضامن لما وطأ فان وطئ بعير انسا نضمن به القائد والدية على العاقلة) لان القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد أمكنه ذلك وقد صار متعدد بالتقصير فيه والتسيب بوصف التعدى سبب للضمان الا ان ضمان النفس على العاقلة فيه وضمان المال في ماله (وان كان معه سائق فالضمان عليهما) لان قائد الواحدة فائد للكل وكذا سائقه لا اتصال الأزمة وهذا اذا كان السائق في جانب من الابل أما اذا كان توسطها وأخذ بزمام واحد ضمن ما عطب بما هو خلفه وبضمنان ما تلف بما بين يديه لان القائد لا يقود ما خلف السائق لانضمام الزمام والسائق يسوق ما يكون قد دامه

شرح تاج الشريعة فيه بحث من وجهين أحدهما ان الخصم أيضا تخرج جانبه بما ذكره من المعنى والثاني ان ما ذكرتم قياس والقياس يصلح حجة وما صلح حجة لم يصلح مرجحا والجواب عن الاول ان ما ذكره منقوض بالواقع في البئر عيشية فيكون فاسدا وعن الثاني ان القياس في مقابلة النص لا يصلح حجة اه أقول ان الجواب عن الثاني بما ذكر ليس بشئ لان القياس انما لا يصلح حجة في مقابلة النص اذا لم يكن ذلك النص متروك العمل به بأن عارضه نص آخر وأما اذا كان متروك العمل به بأن عارضه نص آخر وتساقتا كما فيما نحن فيه فالقياس يصلح حجة في مقابله قطعا الأرى الى ما تقرر في أصول الفقه ان الدليلين اذا تعارضوا تساقطا يصار من الكتاب الى السنة ومن السنة الى القياس وقول الصحابي ان أمكن ذلك ولو كان القياس لا يصلح فيه حجة في مقابلة النص الذي ترك العمل به لما صح المصير من السنة عند التعارض والتساقط الى القياس اذ يكون القياس انذاك في مقابلة السنة لا محالة والصواب

جانبه فلما لمك الميت ما تحمله العاقلة تسقط عنهم كما قلنا في امرأة قطعت يدي رجل خطا فتر وجهها على اليد وما يحدث منه فان الدية تصير مهرا وتسقط عن العاقلة وأجيب بأن السقوط انما يكون فيما اذا كان الراجع هو الخاني وههنا الراجع وارثه فبالنظر الى أن المستحق أولا هو الخاني يسقط وبالنظر الى أن الراجع غيره لا يسقط فلا يسقط بالشدك والباقي واضح وقوله (لانه قاصد لحفظ هذه الاشياء) يعني السرج وسائر الادوات كافي المحمول على عاتقه اذا وقع على شئ فأنلفه فانه يجب الضمان بخلاف اللباس فانه لا يقصد حفظه وقوله (على ما مر من قبل) أي في باب ما يحدثه الرجل في الطريق وقوله (ومن قاد قطارا) القطار الابل تقطر على نسق واحد والجمع قطر وكلامه واضح

قال (وان ربط رجل بعير الى القطار الخ) رجل ربط بعير الى قطار يقوده رجل فاما ان يعلم بربطه القائد أو لم يعلم فان كان الثاني وقد وطئ المربوط انسانا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية لامكان تحرزه عن ربط القسيير فاذا ترك ذلك صار متسببا متعديا والدية في مثله على العاقلة كما في القتل الخطا ثم يرجع عاقلة القائد بما ضمنوا من الدية على عاقلة الرباط لانه هو الذي أوقعهم في هذه العهدة كذا في الجامع الصغير ووقع في رواية المبسوط ضمن القائد ثم يرجع على الذي ربط البعير ووفق الامام المحمدي رحمه الله بينهما انه اعتبر في المبسوط حقيقة الضمان (٣٥٠) فانه في الحقيقة على القائد والرباط الا ان العواقل تعقل عنه ما واعتبر في الجامع

الصغير حال الضمان وقراره وهو على العاقلة وان كان الاول لم يرجعوا الى القائد حين علم بالربط فقد رضى بما يبطقه من الضمان فلا يرجعون عليه - ثم شئ ولم يذكر له ظهوره وقوله ( وانما لا يجب الضمان عليها ابتداء ) ظاهر وقوله ( قالوا ) يعني أن لفظ الجامع الصغير غير متعرض للسير والوقوف والمشايخ رحمهم الله قالوا هذا أي رجوع عاقلة القائد على عاقلة الرباط اذا ربط والقطار يسير أما اذا ربط والابل قيام ثم قاده فانه يضمنها القائد بل ارجوع على أحد والوجه ما ذكره في الكتاب وقوله ( ومن أرسل بهيمة ) يريد كلبا لقوله بعده وكذا لو أرسل كلبا ومعنى سوقه اياه ان يمسي خلفه ( ولو أرسل طيرا ) أي باز ياوساقه فأصاب في فوره بأن قتل صيدا مملوكا لم يضمن المرسل السابق لعدم اعتبار

قال ( وان ربط رجل بعير الى القطار والقائد لا يعلم فوطئ المربوط انسانا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية ) لانه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره فاذا ترك الصيانة صار متعديا وفي التسبب الدية على العاقلة كما في القتل الخطا ( ثم يرجعون بها على عاقلة الرباط ) لانه هو الذي أوقعهم في هذه العهدة وانما لا يجب الضمان عليهم ما في الابتداء وكل منهما مسبب لان الربط من القود بمنزلة التسبب من المباشرة لاتصال التلف بالقود دون الربط قالوا هذا اذا ربط والقطار يسير لانه أمر بالقود دلالة فاذ لم يعلم به لا يمكنه التحفظ من ذلك فيكون قرار الضمان على الرباط أما اذا ربط والابل قيام ثم قاده فها ضمنها القائد لانه قاد بعير غيره بعير انه لا يصريحا ولا دلالة فلا يرجع بحلقه عليه قال ( ومن أرسل بهيمة وكان لها ساقا فأصاب في فورها يضمنه ) لان الفعل انتقل اليه بواسطة السوق قال ( ولو أرسل طيرا وساقه فأصاب في فوره لم يضمن ) والفرق ان بدن البهيمة يحتمل السوق فاعتبر سوقه والطيور لا يحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه بمنزلة وكذا لو أرسل كلبا ولم يكن له ساقا لم يضمن ولو أرسله الى صيد ولم يكن له ساقا فأخذ الصيد وقتله حل ووجه الفرق ان البهيمة مختارة في فعلها ولا تصلح نائمة عن المرسل فلا يضاف فعلها الى غيرها هذا هو الحقيقة الا ان الحاجة مست في الاصطيد فأضيف الى المرسل لان الاصطيد مشروع ولا طريق له سواه ولا حاجة في حق ضمان العدوان وروى عن أبي يوسف انه أوجب الضمان في هذا كله احتياطا بصيانة اموال الناس قال رضى الله عنه وذكر في المبسوط اذا ارسل دابة في طريق المسلمين فأصاب في فورها فالمرسل ضامن لان سيرها مضاف اليه مادامت تسير على سننها ولو انعطفت بمنزلة أو يسرة انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن له طريق آخر سواه وكذا اذا وقعت ثم سارت بخلاف ما اذا وقعت بعد الارسال في الاصطيد ثم سارت فأخذت الصيد لان تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لانه لم تكن من الصيد وهذه تنافي مقصود المرسل وهو السير فينقطع حكم الارسال

في الجواب عن الثاني أن يقال مراد المصنف بقوله فرحنا بما ذكرنا اننا فرحنا قولنا بما ذكرناه من المعقول الذي ما له القياس بعد ان تعارضت روايتاه لا أننا فرحنا احدى الروايتين عما ذكرناه من الدليل العقلي حتى يتجه عليه ان ما يصلح حجة لا يصلح مرجحا بقى ههنا شئ وهو انهم صرحوا بان ما ذكره زفر والشافعي جواب القياس وما قلناه جواب الاستحسان واذا تعارضت الروايتان عن علي رضي الله عنه وتساقتا فكان مصيرنا في اثبات قولنا الى ما ذكرناه من المعقول الذي ما له القياس لزم أن يكون ما قلناه جواب القياس أيضا فمات معنى قولهم انه جواب الاستحسان والجواب ان الاستحسان لا ينحصر في النص بل قد يكون بالنص كما في السلم والايارة وبقاء الصوم في النسيان وقد يكون بالاجماع كما في الاستصناع وقد يكون بالضرورة كما في طهارة الحيض والابار وقد يكون بالقياس الخفي وهو الاكثر كما صرح بذلك كله في كتب الاصول فالمراد بالاستحسان في قولهم هناد ما قلناه جواب الاستحسان

السوق والارسال منه في حق الضمان حتى لو كان ذلك في الحرم وقتل صيدا الحرم لم يلزمه شئ وقوله ( انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن له طريق سواه ) أي سوى طريق اليمنى واليسرى بأن كان على الجادة ماء أو وحل فحينئذ لا ينقطع حكم الارسال كما لو لم ينقطع عنه ويسرة وقوله ( وكذلك اذا وقعت ثم سارت ) أي ينقطع حكم الارسال وقوله ( وهذه ) أي وقفة الدابة تنافي مقصود المرسل وهو السير فان مقصوده من الارسال هو السير لا الوقوف ( قوله بأن كان على الجادة ماء أو وحل ) أقول فيه بحث

وقوله (و بخلاف) معطوف على قوله بخلاف ما اذا وقعت لان حكمها بخلاف الحكم أصل المسئلة وتبين به الفرق بين الارسالين كما بين بقوله بخلاف ما اذا وقعت الفرق بين الوقتين وقوله (على فوره) أي فور الارسال وهو أن لا تغيب عينا ولا شمالا وقوله (لما مر) إشارة الى قوله انقطع حكم الارسال وقوله (قال محمد رحمه الله هي المنفلة) أي الجماء (٣٥١) التي أهدر النبي صلى الله عليه وسلم فعملها هي المنفلة لا التي أرسلت فان

افسادها اذا كان في فور الارسال ليس بجبار كما ذكرنا آنفاً كان تفسيره احترازاً عن الاجراء على عمومه وقوله (من الارسال واخواته) يعني السوق والقود والر كوب قال في النهاية كان من حـق الكلام أن يقول من الارسال وامثاله أو يقول من الارسال واخواتها بتأويل الكلمة اذ السوق والقود لما كان اختلافاً لا لارسال كان الارسال أختاً أيضاً والاي لم يجعل بعض أسباب التعدي أختاً وبعضها أختاً من غير دليل وليس بشئ لانه ليس ههنا مؤنث معنى خولف فيما يقتضيه حتى يناقش على ذلك قال (شاة لقصاب فقئت عينا) الجزر القطع وجزر الجزور فخرها والجزر وما أعد من الابل للتحريق على الذكور والانثى وهي مؤنث وانما قال وجزر وره ربع القيمة ولم يقل وبعيره لتبين أن البقر والابل وان أعد اللحم كالشاة لا يختلف الجواب فيما بل سواء كانا معدن اللحم أو للحسن والحمل

وبخلاف ما اذا أرسله الى صيد فأصاب نفسه أو ما لا في فوره لا يضمنه من أرسله وفي الارسال في الطريق يضمنه لان شغل الطريق تعدد فيضمن ما تولد منه أما الارسال للاصطياد فبإباح ولا تسبب الا بوصف التعدي قال (ولو أرسل بهيمة فأفسدت زرعاً على فوره ضمن المرسل وان ماتت عينا أو شمالا وله طريق آخر لا يضمن لما مر ولو انفلتت الدابة فأصابت مالا أو آدمياً لا أو نهار الا ضمان على صاحبها) لقوله عليه الصلاة والسلام جرح الجماء بجبار وقال محمد رحمه الله هي المنفلة ولان الفعل غير مضاف اليه لعدم ما يوجب النسبة اليه من الارسال واخواته قال (شاة لقصاب فقئت عينا ففهم ما انقصها) لان المقصود منها هو اللحم فلا يعتبر الا النقصان (وفي عين بقرة الجزر وجزر وره ربع القيمة وكذا في عين الحمار والبغل والفرس) وقال الشافعي فيه النقصان أيضاً اعتباراً بالشاة

هو القياس الحسني المقابل للقياس الجلي فلا اشكال (قوله أما الارسال للاصطياد فبإباح) قال بعض الفضلاء نعم لأنه لم لا يمكن مقيد بشرط السلامة اه أقول جوابه يظهر بقول المصنف رحمه الله ولا تسبب الا بوصف التعدي فان كون الفعل المباح مقيداً بشرط السلامة انما هو فيما وجد فيه التعدي كافي للمرور في طريق المسلمين حيث يوجد فيه شغل الطريق الذي هو حق العامة وأما فيما لا يوجد فيه التعدي كافي الارسال للاصطياد فلا معنى للتقيد بشرط السلامة لان الضمان في أمثال ذلك انما يتصور بالتسبب ولا تسبب الا بوصف التعدي وحيث لم يوجد التعدي لم يتصور التسبب فلا ضمان أصلاً وقد أوضح الفرق بين ارسال الدابة في الطريق وبين ارسال الكلب أو البازي للاصطياد في الذخيرة حيث قال وجه الفرق ان ارسال الدابة في الطريق اذا لم يتبع مع الدابة وأمكنه الاتباع تعدد من صاحبه فمات منه يكون مضموناً عليه وأما ارسال الكلب أو البازي من غير اتباع معه فليس تعدد منه لانه لا يمكنه الاتباع والتسبب في الاتلاف لا يضمن الا اذا كان متعدياً اه تبصر (قوله ولان الفعل غير مضاف اليه لعدم ما يوجب النسبة اليه من الارسال واخواته) وهي السوق والقود والر كوب كذا في عامة الشروح وقال في النهاية بعد بيانها على النمط المزبور كان من حـق اللفظ أن يقول من الارسال وامثاله أو يقول من الارسال واخواتها بتأويل الكلمة اذ السوق أو القود لما كان اختلافاً لا لارسال كان الارسال أختاً أيضاً والاي لم يجعل بعض أسباب التعدي أختاً وبعضها أختاً من غير دليل اه وقال صاحب العناية بعد نقل هذا عن النهاية وليس بشئ لانه ليس ههنا مؤنث معنى خولف فيما يقتضيه حتى يناقش على ذلك اه أقول ليس هذا بدافع لما قاله صاحب النهاية فانه لم يقل كان من حـق اللفظ أن يوثق بأداة التانيث البتة حتى يقال ليس ههنا مؤنث معنى يقتضي الاتيان بأداة التانيث بل قال كان حقه أن يجعل أسباب التعدي في قرن واحد من التذكير والتانيث بأن يقال من الارسال وامثاله أو يقال من الارسال واخواتها والاي لم يجعل بعضها مذكراً وبعضها مؤنثاً من غير أمر يدعو اليه وما ذكره صاحب العناية لا يدفع ذلك للاحتمال ثم أقول الوجه في دفع ذلك أن يقال للمجاز تذكير كل واحد من تلك الأسباب باعتبار ما في ظاهر لفظ كل واحد منها وفي معناه من التذكير وجاز تانيث كل واحد منها بتأويل لفظه بالكلمة أو تأويل معناه بالفعل

والر كوب ففيه ربع القيمة كافي الذي لا يؤكل لحمه كالبغل والحمار وقال الشافعي رحمه الله فيه النقصان واعتباره بالشاة عمل بالظاهر

قال المصنف (أما الارسال للاصطياد فبإباح) أقول نعم لأنه لم لا يكون مقيداً بشرط السلامة (قوله أو يقول من الارسال واخواتها بتأويل الكلمة) أقول الاظهر بتأويل الفعل اذ ليس المراد بالارسال واخواتها الالفاظ بل معانيها (قوله والر كوب) أقول البقر ما خلقت للر كوب والحمل الا أن يقال لا قائل بالفصل بين البقر والابل

ولنا ما روى خارج بن زيد بن ثابت عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أوجب ذلك وروى عن عمر رضي الله عنه أنه قضى بذلك  
فتر كذا القياس فان قيل يجوز أن يكون قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما لا يؤكل لحمه فالجواب أن المعنى الذي أوجب ذلك في  
غيره كقول من الحجل والركوب والزينة والجمال والعمل موجود في ما كقول اللحم فيلحق به وقوله (ولان فيها مقاصد سوى اللحم) دليل  
مفعول على ذلك وهو واضح وفيه (٣٥٣) إشارة إلى الجواب عن القياس على الشاة فان المقصود منها اللحم وفق العين لا يقوته بل

هو عيب يسير فيلزم نقصان  
المالية وقوله (ولانه انما  
يمكن إقامة العمل بها) دليل  
آخر وهو أيضا واضح لكن  
الاعتماد على الأول الأثرى  
ان العينين لا يضممان بنصف  
القيمة كذا قاله غير الاسلام  
رحمه الله وانما قال ذلك لان  
المعمل به في هذا الباب  
النص وهو ورد في عين  
واحدة فيقتصر عليه وقوله  
(أو نخسها) يعني بغير اذن  
الراكب والنخس هو الطعن  
ومنه نخس الدواب دلالتها  
فان قيل القياس يقتضى  
أن يكون الضمان على  
الراكب لكونه مباشرا وان  
لم يكن متعبدا لان التعدي  
ليس من شرطه فان لم  
يختص به فلا أقل من الشركة  
فالجواب أن القياس يترك  
بالأثر وفيه أثر عمر وابن  
مسعود رضي الله عنهما وقد  
أشار المصنف رحمه الله إلى  
الجواب بقوله (ولان الراكب  
والمركب مدفوعان بدفع  
الناخس لان فعل الراكب  
قد انتقل إلى الدابة لان  
الوثبة المهلكة انما كانت  
منها فكان مضطرا في حركته

ولنا ما روى ان النبي عليه الصلاة والسلام قضى في عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر رضي الله عنه  
ولان فيها مقاصد سوى اللحم كالحجل والركوب والزينة والجمال والعمل فن هذا الوجه تشبهه الأدي وقد  
تمسك الأدي كل فن هذا الوجه تشبهه الأدي كولات فعلنا بالشبهين بشبه الأدي في إيجاب الربع وبالشبه  
الأخر في نفي النصف (ولانه انما يمكن إقامة العمل بها بأربعة أعين عنها وعينا المستعمل فكأنها  
ذات أعين أربعة فيجب الربع بفوات احدها قال (ومن سار على دابة في الطريق فضره مار رجل  
أو نخسها فنفتت رجلا أو ضرته بيدها أو نضرت فصدته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب)  
هو المراد عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما (ولان الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس  
فأضيف فعل الدابة إليه كأنه فعله بيده

(قوله والجمال والعمل

صح في كل واحد منها الوجهان ثم ان المصنف لما قصد رعاية صنعة المطابقة وهي الجمع بين  
المتضادين كما في قوله تعالى ولكم في القصاص حياة على ما عرف ذكر بعض تلك الاسباب وأنت بعضها  
فقال من الارسال وأخواته تدبر تف (قوله ولنا ما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام قضى في عين  
الدابة بربع القيمة) قال في العناية فان قيل يجوز أن يكون قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما  
لا يؤكل لحمه فالجواب ان المعنى الذي أوجب ذلك في غير اللحم كقول من الحجل والركوب والزينة والجمال  
والعمل موجود في ما كقول اللحم فيلحق به اه أقول في الجواب نظر ان المانع أن يمنع ان المعنى الذي  
أوجب ذلك في غير ما كقول اللحم تلك الامور المذكورة وحدها لجواز كون أن لا يقصد منه اللحم أصلا  
كما يقصد ذلك من الشاة داخل في كون ذلك المعنى أيضا وهو غير موجود في ما كقول اللحم اذ قد يقصد  
منه اللحم كما يقصد تلك الامور المذكورة أيضا فلا يتم الاطلاق كالأينجي (قوله ولان فيها مقاصد سوى  
اللحم الخ) أقول فيه كلام أما أولا فلا ن هذا الدليل لا يتشبه في غير ما كقول اللحم كالجمار والبغل  
والفرس بل هو محكم انه كاسه يقتضى أن يكون الجواب في غير ما كقول اللحم غير الجواب في ما كقول  
اللحم مع ان الجواب فيهما متحد وان كلامهما داخل في المدعى هنا وأما ثانيا فلا ن قوله تشبه الأدي  
في إيجاب الربع يعني فعلنا بشبه الأدي في إيجاب الربع ليس بواضح لان تشبه الأدي لا يقتضى إيجاب  
الربع بل يقتضى إيجاب النصف لان الواجب في الأدي في الجناية الزبورية هو النصف وانما المقضى  
لا يجب الربع مجموع الشبهين كيف ولو كان المقضى لا يجب الربع تشبه الأدي فقط لما احتج  
إلى العمل بالشبه الآخر كالأينجي فالظاهر في الادعاء أن يقال فعلنا بالشبهين تشبه الأدي في إيجاب  
المقصد من غير اعتبار النقصان وبالشبه الآخر في نفي النصف الواجب في عين الأدي فوجب الربع  
عملهما وقد أشار إليه صاحب الكافي حيث قال فأشبهه الانسان من وجهه والشاة من وجهه فوجب  
تصنيف التقدير الواجب في الانسان عملهما ما اه ثم مراد المصنف أيضا هذا المعنى اكن عبارة  
لا تساعده كما ترى (قوله ولان الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس فأضيف فعل الدابة إليه  
كأنه فعله بيده) أقول برده عليه ما ذكره فيما مر في مسئلة السائق والقائد جوابا عن الشافعي بقوله

ولان (قوله فان قيل القياس يقتضى أن يكون الضمان على الراكب لكونه مباشرا) وان  
أقول ممنوع بل سبب هنا ويجوز أن يقال أشار إلى هذا الشارح بقوله ان فرض مباشر ظل المصنف (فأضيف فعل الدابة إليه  
كأنه فعله بيده) أقول محال فلما أسلفه في هذا الباب مجيبا عن الشافعي وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكره وهذا تخويف  
بالضرب تأمل

وفعل الدابة قد انتقل الى الناخس لكونه الحامل لها على ذلك لم يشأ فكان الناخس بمنزلة الدافع الدابة والراكب معا على ما فعل في الدابة والمدفوع الى الشيء وان كان مباشرا لا يعتبر مباشرا كما في الاكراه الكامل فلا يجب عليه جزاء المباشرة ان فرض مباشر او لا التسبب ايضا لانه يعتمد التعدي وهو مفقود فان قيل ما بال النفحة اوجبت الضمان على الناخس دون الراكب والسائق ايضا عند أكثر المشايخ رحمهم الله وهي مما لا يمكن التحرز عنها فالجواب انها لا توجه على السائق اذا كان بالاذن وههنا بلاذن فلونخس وهو ما اذن كان سائقا وامكان التحرز انما يمكن في حق غير المتعدي وغير المأذون بذلك متعد فلا يعتبر وقوله (ولان الناخس متعد في تسببه) دليل آخر وفيه نظر لان الراكب ان كان فعلة معتبرا فهو مباشر والمتعدي (٣٥٣) ليس من شرطه وان لم يكن معتبرا لكونه

ولان الناخس متعد في تسببه والراكب في فعله غير متعد فيترجم جانبه في التفرغيم المتعدي حتى لو كان واقفا دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين لانه متعد في الايقاف ايضا قال (وان نفخت الناخس كل دمه هدر) لانه بمنزلة الجاني على نفسه (وان القتل الراكب فقتله كان ديبته على عاقلة الناخس) لانه متعد في تسببه وفيه الدية على العاقلة قال (ولو وثبت بنخسه على رجل أو ووطئته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب) لما بيناهم والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء وعن أبي يوسف انه يجب الضمان على الناخس والراكب نصفين لان التلف حصل بنقل الراكب ووطئه الدابة والثاني مضاف الى الناخس فيجب الضمان عليهما وان نخسها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه في نفختها لانه امره بما جعله اذ الخس في معنى السوق فصح امره به وانتقل اليه المعنى الامر

وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكره وهذا تخويف بالضرب وجه الورود غير خاف على الفطن الناظر في المقامين (قوله ولان الناخس متعد في تسببه والراكب في فعله غير متعد فيترجم جانبه في التفرغيم المتعدي) قال صاحب العناية فيه نظر لان الراكب ان كان فعلة معتبرا فهو مباشر والمتعدي ليس من شرطه وان لم يكن معتبرا لكونه مدفوعا فقد استغنى عن ذكره بذكر الدليل الاول ويمكن ان يجاب عنه بان الراكب مباشر فيما اذا تلف بالوطئه لانه يحصل التلف بالنقل كما تقدم وليس الكلام هنا في ذلك وانما هو في النفع بالرجل والضرب باليد والصدمة فكانا متسبين وترجم الناخس في التفرغيم المتعدي اه كلامه اقول في الجواب نظر لان حاصله اختيار الشيء الاول من التردد ومنع كون الراكب مباشرا فيما نحن فيه فيصير حينئذ مدار هذا الدليل ان يكون فعل الراكب معتبرا فيلزم ان يكون مضمون هذا الدليل منافي للمضمون الدليل المتقدم عليه لان مداره ان لا يكون فعل الراكب معتبرا لكونه مدفوعا بدفع الناخس فيتدافعان اللهم الا ان يحمل أحدهما على الفرض والاخر على التحقيق فتأمل (قوله وان نخسها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه في نفختها لانه امره بما جعله اذ الخس في معنى السوق فصح امره به وانتقل اليه المعنى الامر) اقول لقائل ان يقول هب ان الخس في معنى السوق وان الراكب كان يملكه فأمر الناخس به لكن الامر به انما يتناوله من حيث انه سوق لا من حيث انه اتلاف كما سيجيء التصريح به في المسئلة الآتية فن حيث انه اتلاف ينبغي ان يقتصر على الناخس ولا ينتقل الى الراكب فيجب على الناخس الضمان

مدفوعا فقد استغنى عن ذكره بذكر الدليل الاول ويمكن ان يجاب عنه بان الراكب مباشر فيما اذا تلفت بالوطئه لانه يحصل التلف بالنقل كما تقدم وليس الكلام ههنا في ذلك وانما هو في النفع بالرجل والضرب باليد والصدمة فكانا متسبين وترجم الناخس في التفرغيم المتعدي وفي استعمال الترجيح ههنا تسامح لان شرطه اذا كان مفقودا لا يصلح معارضا حتى يحتاج الى الترجيح ولعل معناه اعتبر موجبا في التفرغيم لان الترجيح سبب الاعتبار فكان ذكر السبب وارادة المسبب وقوله (لما بيناه) اشارة الى قوله ولان الراكب والمركب مدفوعان وفي النهاية هو قوله لانه متعد في تسببه وليس بشئ فتأمل وقوله (والواقف

(٤٥ - تكلمه فامن)

في ملكه والذي يسير في ذلك سواء) يعني يجب الضمان على الناخس في كل حال وقد يملكه احترازا عما تقدم من الايقاف في غير الملك فانه يتنصف الضمان هناك على عاقلة ما وقوله (والثاني) أي الوطئه مضاف الى الناخس لانه كالسائق لها والسائق مع الراكب بضمان ما ووطئته الدابة وهذه رواية ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهم الله

(قوله ههنا تسامح لان شرطه الخ) اقول أي شرط سببية فعل الراكب للضمان وهو التعدي والضمير راجع الى فعل الراكب والشرط ليس شرطه نفسه بل لاعتباره في التفرغيم فيقول المعنى الى ما ذكرنا (قوله لا يصلح معارضا) اقول أي لا يصلح فعل الراكب معارضا للفعل الناخس (قوله ولعل معناه الخ) اقول فيه بحث (قوله وليس بشئ فتأمل) اقول لورود النظر المذكور انفا

وقوله (مضاف اليهما) أى الى الراكب والناخس وفي بعض النسخ اليها أى الى الخسة وقوله (ولا يتناول من حيث انه اتلاف) لوجود انفصال السوق عن الاتلاف فليس عينه ولا من ضروراته وقوله (يقتصر عليه) أى على الناخس لان الراكب أذن له بالسوق لا بالابطاء والاتلاف وقوله (والركوب وان كان علة) جواب سؤال تقريره الراكب صاحب علة للوطء على معنى أنه يستعمل رجل العادة في الوضع والرفع فكان ذلك (ع ٣٥) بمنزلة فعل رجليه حقيقة ولهذا يجب عليه الكفارة دون الناخس والناخس صاحب شرط في حق فعل

الوطء والاضافة الى العلة  
أولى ووجهه أن الركوب  
وان كان علة للوطء لكن  
النخس ليس بشرط لهذه  
علة لتأخره عن الركوب  
بل هو شرط أو علة للسير  
والسير علة للوطء فكان  
الوطء ثابتا بعلمين فيجب  
الضمان عليهما وقد مثل  
لذلك بما ذكر في الكتاب  
وهو واضح وقوله (وصار  
كما إذا أمر صبيا يستمسك)  
انما قيد بذلك لانه اذا لم  
يستمسك فلا ضمان على  
أحد ما على الصبي فلان  
مسكه بمنزلة الحمل على  
العادة فلا يضاف السير اليه  
وأما على الرجل فلانه لم  
يسيرها واذا لم يصف سيرها  
الى أحد كانت منفصلة  
وقوله اجار وقوله (والناخس  
اذا كان عبدا) يعنى  
ونخس بغير اذن الراكب  
فالضمان في رقبته يدفع  
بها أو يفسد والباقي  
ظاهرا الى آخره والله أعلم

قال المصنف (اذا كانت  
في فورها الذى نخسها)  
أقول قوله الذى يدل من  
الضمير المضاف اليه  
وتذكر اسام الموصول

قال (ولو وطئت رجلا في سيرها وقد نخسها الناخس بأذن الراكب فالدية عليهم انصفين جميعا اذا كانت في فورها الذى نخسها) لان سيرها في تلك الحالة مضاف اليهما والاذن يتناول فعله السوق ولا يتناوله من حيث انه اتلاف فن هذا الوجه يقتصر عليه والركوب وان كان علة للوطء فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط أو علة للسير والسير علة للوطء وهو لا يرجع وهو الاصح فيما آراه لانه لم يأمره بالابطاء والنخس يفصل عنه وصار كما إذا أمر صبيبا يستمسك على الدابة بتسييرها فوطئت انسانا ومات حتى ضمن عاقلة الصبي فانهم لا يرجعون على الامر لانه أمره بالتسيير والابطاء يفصل عنه وكذا اذا تناوله سلا حاققتل به آخر حتى ضمن لا يرجع على الامر ثم الناخس انما يضمن اذا كان الابطاء في فور الناخس حتى يكون السوق مضافا اليه واذا لم يكن في فور ذلك فالضمان على الراكب لا تقطع أثر النخس فبقى السوق مضافا الى الراكب على الكيال (ومن قلد دابة فنخسها رجلا فانفلتت من يد القائد فأصاب في فورها فهو على الناخس وكذا اذا كان لها سائق فنخسها غيره) لانه مضاف اليه والناخس اذا كان عبدا فالضمان في رقبته وان كان صبيبا في ماله لانهم ما أخذوا بافعالهما (ولو نخسها ثمن منسوب في الطريق فنفعت انسانا فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشيء) لانه متعبد بشغل الطريق فأضيف اليه كأنه نخسها بفعله والله أعلم

لعدبه في الاتلاف كما في المسئلة الآتية فتفكر في الفرق ولعله تسكب فيه العبرات (قوله ولو وطئت رجلا في سيرها وقد نخسها الناخس بأذن الراكب فالدية عليهم جميعا اذا كانت في فورها الذى نخسها لان سيرها في تلك الحالة مضاف اليهما) أقول ولتقابل أن يقول الراكب مباشر فيما أتلف بالوطء لحصول التلف بثقله ونقل الدابة جميعا كما صرحوا به والناخس مسبب كما صرح في الكتاب واذا اجتمع المباشر والمسبب فالاضافة الى المباشر أولى كما صرحوا به سيما في مسئلة الراكب والسائق فبالله هم حرموا هنا باضافة الفعل الى الراكب والناخس معا وحكموا بوجوب الدية عليهم ما جعلا قسدا (قوله والاذن يتناول فعله من حيث السوق ولم يتناوله من حيث انه اتلاف فن هذا الوجه يقتصر عليه) قال في النهاية أى يقتصر الضمان على الناخس أقول ليس هذا بشرح صحيح اذ مقتضى هذا الوجه وهو حينية كون فعل الناخس اتلافاً أن يكون الناخس متعديا بكونه مسببا لجنابة الدابة ولا يلزم منه أن لا يوجد هناك مسبب آخر أو مباشر حتى يلزم اقتصار الضمان على الناخس وقد وجد في مسئلتنا فان الراكب فيها مباشر ولا أقل من ان يكون أيضا مسببا فلا يقتصر الضمان على الناخس بل يجب عليه وعلى الراكب جميعا كما هو جواب المسئلة فالصواب أن مراد المصنف بقوله فن هذا الوجه يقتصر عليه أى فن هذا الوجه يقتصر فعل الناخس وهو النخس على الناخس أى لا ينتقل الى الامر وهو الراكب كما ينتقل اليه من وجه آخر وهو حينية كونه سوفا كما في المسئلة الاولى فينشئ بتنظيم الكلام ويتم المرام كما لا يخفى على ذوى الافهام (قوله والناخس اذا كان عبدا فالضمان في رقبته) قال في العناية قوله

بنوع تأويل أو صفته على مذهب الكسائي (قوله يعنى ونخس بغير اذن الراكب الخ) أقول فيه بحث فانه اذا كان التلف بالوطء في فور الخسة فعلى عاقلة الراكب نصف الدية وفي عنق العبد نصف الدية يدفعه مولاه أو يدفعه على ماصرحوا به اذا كان النخس بأذن الراكب قال العلامة الكاساني الآن المولى يرجع على الامر بالقل من قيمة العبد ونصف الدية لانه صار غاصبا للعبد باستعماله اياه في نخس الدابة واذا لحقه ضمان بذلك السبب كان للمولى أن يرجع على المستعمله اه

﴿ باب جنابة المملوك والجنابة عليه ﴾

لمافرغ من بيان أحكام جنابة المالك وهو الحر والجنابة عليه شرع في بيان أحكام جنابة (٣٥٥) المملوك وهو العبد وأخره لا تحطاط

رتبه عن رتبته لا يقال العبد لا يكون أدنى منزلة من البهيمه فكيف آخر باب جنابته عن باب جنابة البهيمه لان جنابة البهيمه كانت باعتبار الراكب أو السائق أو القائد وهم مملوك قال (واذا جنى العبد جنابة خطأ) اعلم أن التقيد بالخطأ هنا مفيد في الجنابة في النفس لانه اذا كان عمدا يجب القصاص وأما قبادون النفس فلا يفيد لان خطأ العبد وعدمه فيمادون النفس سواء فانه يوجب المال في الحالين اذا القصاص لا يجرى بين العبد والعبد ولا بين العبيد والاحرار فيمادون النفس وقوله (قيل لمولاه اما تدفعه بها أو تفسده) يعني بعد الاستيفاء فانه لا يقضى على المولى بشئ في ذلك حتى يرى المحنى عليه اعتبارا لجنابة العبد بجنابة الحر وقدينا انه يستأنى في جنابة الحر لان موجبها يختلف بالسراية وعدمها والقضاء قبل الاستيناء قضاء بالمجهول وهو لا يجوز وقوله (وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق) فعنده الوجوب على العبد فبتبعه المحنى عليه بعد العتق وعندنا

﴿ باب جنابة المملوك والجنابة عليه ﴾

قال (واذا جنى العبد جنابة خطأ قبل لمولاه اما أن تدفعه بها أو تفسده) وقال الشافعي جنابته في رقبته يباع فيها الا أن يقضى المولى الارش وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق

والناخس اذا كان عيدا يعني ونخس بغير اذن الراكب فانضمن في رقبته يدفع بها أو يفدى اه وقال بعض الفضلاء فيه بحث فانه اذا كان التلف بالوطع في فور النخسة فعلى عاقلة الراكب نصف الدية وفي عنق العبد نصف الدية يدفع بمولاه أو يفديه على ما صرحوا به اذا كان النخس باذن الراكب اه أقول بجنسه ساقط فان مراد صاحب العناية ان جواب هذه المسئلة على وجه الاطلاق من غير تفصيل كما ذكر في الكتاب انما هو فيما اذا نخس بغير اذن الراكب لانه لا يتصور كون الضمان في رقبته في شئ من الصور الا اذا كان نخس بغير اذن الراكب لانه يتصور حتى يتجه عليه ان في صورة التلف بالوطع في فور النخس يجب على عاقلة الراكب نصف الدية وفي رقبة العبد نصفها اذا كان النخس باذن الراكب كما صرحوا به ويرشد الى كون مراد صاحب العناية ما ذكرناه ان صاحب النهاية وغيره قالوا في شرح قول المصنف والناخس اذا كان عبدا فالضمان في رقبته هذا اذا نخسه بغير اذن الراكب وأما اذا نخسه باذن الراكب فلا يخلو اما ان كانت من الدابة نعمة أو ووطع فقد ذكر حكما في المبسوط وقال اذا كان الرجل يسير في الطريق فأمر عبد الغير فنخس دابته فنخعت فلا ضمان على واحد منهم لان فعل المأمور كفعل الأمر عبدا كان المأمورا أو حرا وان وطئت في فور هاذك انسا نافقتته فعلى عاقلة الراكب نصف الدابة وفي عنق العبد نصف الدية يدفع بمولاه أو يفديه بمنزلة السائق مع الراكب الا أن المولى يرجع على الأمر بالقل من قيمة العبد ومن نصف الدية لانه صار غاصبا للعبد باستعماله اياه في نخس الدابة فاذا لحقه ضمان بذلك السبب كان للمولى أن يرجع به على المستعمل اه تأمل

﴿ باب جنابة المملوك والجنابة عليه ﴾

لمافرغ من بيان أحكام جنابة المالك وهو الحر والجنابة عليه شرع في بيان أحكام جنابة المملوك وهو العبد وأخره لا تحطاط رتبة العبد عن رتبة الحر كذا في الشروح أقول فيه شئ وهو ان لقائل أن يقول ما وقع الفراغ من بيان أحكام جنابة الحر مطلقا بل بقي منه بيان حكم جنابة الحر على العبد وهو انما يتبين في هذا الباب وكذا ما وقع الفراغ من بيان أحكام الجنابة على الحر مطلقا بل بقي منه بيان حكم جنابة العبد على الحر وهو انما يتبين في هذا الباب فالظاهر أن يقال لمافرغ من بيان جنابة الحر على الحر شرع في بيان جنابة المملوك والجنابة عليه ولما كان فيه تعلق بالمملوك النسبة من جانب آخره لا تحطاط رتبة المملوك عن المالك ثم قال صاحب العناية لا يقال العبد لا يكون أدنى منزلة من البهيمه فكيف آخر باب جنابته عن باب جنابة البهيمه لان جنابة البهيمه كانت باعتبار الراكب أو السائق أو القائد فهو مملوك اه أقول فيه أيضا شئ اذ لقائل أن يقول ان أراد ان جنابة البهيمه كانت البتة باعتبار الراكب أو السائق أو القائد فهو ممنوع فان جنابته بطريق النخعة برجلها أو ذنبها وهي تسير لا يكون باعتبار احد منهم والالوجب عليهم الضمان في تلك الصورة وليس كذلك كما عرف في بابها وكذا الحال فيما اذا أصابت سدها أو رجلها حصاة أو نواة أو أمارت غبارا أو حجر أصغرا فقفا عين انسان أو أفسد ثوبه وكذا اذا انفلتت فأصابت مالا أو آدمي بالبل أو نهارا كما عرف كل ذلك أيضا في بابها وان أراد ان جنابته تكون باعتبار احد منهم فهو مسلم ولكن لا يتم تمام التقريب ويمكن أن يقال الصور التي لا يجب فيها من فعل البهيمه ضمان على احد بل يكون فعلها هدرام لا يترتب عليه حكم

الوجوب على المولى دون العبد فلا يتبعه بعد العتق لانه بالعتق صار مختارا للفداء

﴿ باب جنابة المملوك والجنابة عليه ﴾

وقوله (والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم) فعن ابن عباس رضي الله عنهما مثل مذهبنا قال اذا جنى العبدان شاء دفعه وان شاء فداءه وهكذا روى عن علي ومعاذ بن جبل رضي الله عنهما وغيرهما وروى عن علي رضي الله عنه مثل مذهبنا قال عبد الناس أموالهم جزاء جنائيتهم في قيمتهم أي في أثمانهم لان الثمن قيمة العبد وقوله (فتجب في ذمته) أي في ذمة العبد كإي الدين فان الدين في ذمته يكون شاعلا للمالية رقبته ببيع فيه (٣٥٦) إلا أن يقضى المولى دينه كذلك ضمان الجنابة وكذا في الجنابة على المال وفي بعض النسخ

والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضوان الله عليهم له أن الاصل في موجب الجنابة أن يجب على المتلف لانه هو الجاني إلا أن العاقلة تحمل عنه ولا عاقلة للعبد لان العقل عندى بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه فتجب في ذمته كإي الدين ويتعلق برقبته ببيع فيه كإي الجنابة على المال ولنا أن الاصل في الجنابة على الأذى حالة الخطأ أن تتباعد عن الجاني محرزاعن استئصاله والاحتياط به اذ هو معذور فيه حيث لم يتعمد الجنابة وتجب على عاقلة الجاني اذا كان له عاقلة

من أحكام الجنابة في الشرع وانما ذكرت في بابها استطرادا وبناء الكلام هنا على ماله حكم من الاحكام الشرعية فيتم التقريب (قوله والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم) قال في الكافي والكفاية فعن ابن عباس رضي الله عنهما مثل مذهبنا وعن عمر وعلي رضي الله عنهما مثل مذهبنا وقال تاج الشريعة عن ابن عباس رضي الله عنهما كاهومذهبنا وعن عمر وعلي رضي الله عنهما كاهومذهبنا فانهم ما قالوا لعبيد الناس أموالهم وجنائيتهم في قيمتهم أي أثمانهم وقال في غاية البيان روى أصحابنا كالتدوير وغيره في كتبهم عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال اذا جنى العبدان شاء دفعه وان شاء فداءه وعن عمر رضي الله عنه أنه قال لعبيد الناس أموالهم وجنائيتهم في قيمتهم وعن علي رضي الله عنه منله وقال في معراج الدراية روى عن علي رضي الله عنه أنه قال لعبيد الناس أموالهم جزاء جنائيتهم في رقاب الناس كذهبنا وهكذا روى عن ابن عباس ومعاذ بن جبل وأبي عبيدة بن الجراح رضي الله عنهم وروى عن عمر رضي الله عنه مثل مذهبنا فانه قال لعبيد الناس أموالهم جزاء جنائيتهم في قيمتهم أي في أثمانهم لان الثمن قيمة العبد اه أقول قد اضطربت كلماتهم في الرواية عن علي رضي الله عنه فبعضهم نقل الرواية عنه مثل مذهب الخصم وبعضهم نقلها عنه مثل مذهبنا كإي \* ثم أقول قد خالف الكل هنا صاحب البدائع حيث قال ولنا إجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه روى عن علي وعبد الله بن عباس مثل مذهبنا محض من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل الاثبات عليهما من أحد منهم فيكون إجماعنا منهم اه ولا يخفى أنه يخالف قول العامة والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله تعالى عنهم (قوله ولنا ان الاصل في الجنابة على الأذى حالة الخطأ أن تتباعد عن الجاني الخ) قال صاحب العناية فنه بحث وهو أن الحكم في المسئلة مختلف فان حكمها عندنا الوجوب على المولى وعندنا الوجوب على العبد كما ذكرنا وهو بناء على أصل ونحن على أصل فن أي نقوم لاحدنا حجة على الآخر ويمكن أن يقال الشافعي رحمه الله تعالى جعل وجوب موجب جنائيتهم في ذمته كوجوب الدين في ذمته وكوجوب الجنابة على المال فنحن اذ بينا الفرق بينهما ما تبقى أصله بلا أصل فبطل وقد بين المصنف رحمه الله ذلك بقوله بخلاف الذي فانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فتجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر وبقوله وبخلاف الجنابة على المال لان العواقل لا تعقل المال لان العواقل لا تعقل المال فتجب في ذمته وأما أصلنا فهو ثابت في نفسه مستند الى النص الذي لا يعقل ابطاله ليس بمقيس على أصل يبطل بابداء الفارق على أن قوله ان الاصل في موجب الجنابة أن يجب على المتلف والمولى يبطل أيضا بقولنا الاصل ذلك في موجب الجنابة العمد والخطا والاول مسلم ولا يفيد ما ادالكلام في الخطا والثاني عين النزاع وقوله (لانه هو الجاني) غير مفيد لانه يحتاج أن يقول والأصل في الجاني أن يكون موجب جنائيتهم على نفسه لانه المتلف فهو مصدره على المطلوب

قوله فعن ابن عباس مثل مذهبنا قال اذا جنى العبد (أقول يعني قال ابن عباس اذا جنى العبد الخ) قوله وأما أصلنا فهو ثابت في نفسه مستند الى النص الذي لا يعقل ابطاله (أقول بل النص يدل على خلافه وهو حديث لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا الحديث

كإي الذي يعني اذا قتل الذي رجلا خطأ تجب دينه في ذمته لا على عاقلة كإي اتلاف المال وقوله بعد هذا بخلاف الذي يدل على صحة هذه النسخة وقوله (ولنا أن الأصل الخ) ظاهر وفيه بحث وهو أن الحكم في المسئلة مختلف فان حكمها عندنا الوجوب على المولى وعندنا الوجوب على العبد كما ذكرنا وهو بناء على أصل ونحن على أصل فن أي نقوم لاحدنا حجة على الآخر ويمكن أن يقال الشافعي رحمه الله جعل موجب جنائيتهم في ذمته كوجوب الدين في ذمته وكوجوب الجنابة على المال ونحن اذ بينا الفرق بينهما بقي أصله بلا أصل فبطل وقد بين المصنف رحمه الله ذلك بقوله بخلاف الذي فانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فتجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر وبقوله وبخلاف الجنابة على المال لان العواقل لا تعقل المال لان العواقل لا تعقل المال فتجب في ذمته وأما أصلنا فهو ثابت في نفسه مستند الى النص الذي



وقوله (الأنه يجبر) استثناء من قوله والمولى عاقلته جواب عما يقال لو كان المولى عاقلته لما كان مخيرا كما في سائر العواقل ووجه ذلك ما ذكره في الكتاب وتحقيقه أن الخطأ يوجب التخفيف ولما كان في سائر العواقل كثرة ظهر فيها بالتوزيع والقسمة على وجه لا يوجب الإجماع وأما هنا فالمولى واحد فأظهرناه فيه باثبات الخيار وقوله (غير أن الواجب الاصل هو الدفع) جواب عما يقال لو وجب الجناية في ذمة المولى حتى وجب التخفيف لما سقط بموت العبد كما في الحر الجاني إذا مات (٣٥٧) فان العقل لا يسقط عن عاقلته

ووجهه أن الواجب الاصل هو الدفع وان كان له حق النقل الى الفداء كما في مال الزكاة فان الموجب الاصل فيه جزؤه من النصاب ولما لا أن ينتقل الى القيمة (ولهذا) أي ولكن الواجب الاصل هو الدفع يسقط الموجب بموت العبد لقوات المحل وقوله (في الصحيح) احتراز عن رواية أخرى ذكرها التمر تاشي رحمه الله ان الدية هو الاصل ولكن للمولى أن يدفع هذا الواجب بدفع الجاني وانما كان ذلك صحيحا لما ذكر في الأسرار أن بعض مشايخنا رحمه الله ذكر أن الواجب الاصل هو الارش على المولى وله المخلص بالدفع ثم قال وبالرواية بخلاف هذا في غير موضع وقد نص محمد بن الحسن رحمه الله أن الواجب هو العبد وقوله (بخلاف موت الحر الجاني) جواب عما ذكره هنا مستشهدا به كما ذكرناه آنفا ووجهه أن الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء فصار

والمولى عاقلته لان العبد يستنصر به والاصل في العاقلة عندنا النصر حتى تجب على أهل الديوان بخلاف الذي لانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فلا عاقلة تجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر وبخلاف الجناية على المال لان العواقل لا تعقل المال الا انه يجبر بين الدفع والفداء لانه واحد وفي اثبات الخبرة نوع تخفيف في حقه كيلا يستأصل غير أن الواجب الاصل هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لقوات محل الواجب وان كان له حق النقل الى الفداء كما في مال الزكاة بخلاف موت الجاني الحر لان الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر قال (فان دفعه ملكه ولي الجناية وان فداءه فداءه بارشها وكل ذلك يلزمه حالا) أما الدفع فلا أن التأجيل في الاعيان باطل وعند اختياره الواجب عين

في ذمته ووجوب الجناية على المال في ذمته حتى يلزم من بيان الفرق بين القيس والمقيس عليه أن يبقى مذهبه بلا أصل بل مدار عليه على ان لا عاقلة للعبد بناء على ان العقل عنده بالقرابة لا غير وانما ذكر وجوب الدين في ذمته ووجوب الجناية على المال في ذمته في ذيل دليله لجرد التنظير كما يرشد الى ذلك كما تقر المصنف فلا يلزم من بيان الفرق بين مستثنى وبين ما ذكره بطريق التنظير بقاء أصله بلا أصل كما لا يخفى وأما ثانيا فلا أن الشافعي أن يقول أصلنا مستند الى النص كما أن أصلكم مستند الى النص وهو ما روى عن عمر رضي الله عنه ليس يعقبن على ما يبطل بابداء الفرق \* ثم أقول الحق في الجواب عن البحث المذكور أن يقال الكلام في تعليل هذه المسئلة من قبيل رد المختلف الى المختلف وهو ان العاقلة من هي فقال الشافعي هي أهل العشيرة وقلنا هي أهل النصرة وقد ذكر ذلك في أوائل كتاب المعامل مدلا ومفصلا وقد قامت لنا حجة على الشافعي هناك فاكفيناها بما جعل ذلك المختلف أصلا لهذا المختلف كما ترى (قوله والمولى عاقلته لان العبد يستنصر به) قال بعض الفضلاء ليس يخالف هذا حديث لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا اه وقال صاحب التسهيل يشكل هذا على مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن العبد اذا جنى على الحر لا يعقله العاقلة عنده فلا يصح هذا التعليل على مذهبه اه وذكره أيضا بعض العلماء في حاشيته على شرح صدر الشريعة لوقاية أخذنا من التسهيل كما هو حاله في أكثر ابدانه في تلك الحاشية أقول في الجواب عما ذكره كلهم هناك لفظة العاقلة انما تطلق على الجماعة لا على الواحد كما يفصح عنه كلام الفقهاء وكلمات أهل اللغة أيضا فان الفقهاء قالوا العاقلة الذين يعقلون أي يؤدون العقل وهو الدية كما سيبي في الكتاب وفي المغرب العاقلة هي الجماعة التي تعرم الدية وهم عشيرة الرجل أو أهل ديوانه أي الذين يرتقون من ديوان على حدة اه وقال في الصحاح وعاقلة الرجل عصبته وهم القرابة من قبل الاب الذين يعطون دية من قتلته خطأ وقال أهل العراق هم أصحاب الدواوين اه الى غير ذلك من المعبرات فاذا تقررت هذه التبين ان المراد بما في الحديث ان العواقل

كالعبد في صدقة الفطر في أنها تجب عن العبد على المولى ولا تسقط بموت العبد قال (فان دفعه ملكه ولي الجناية) فان دفع المولى العبد الجاني ملكه الجني عليه (وان فداءه فداءه بارش الجناية) وكل ذلك يلزمه حالا أما الدفع فبإلزام الواجب عند اختياره عين العبد وهو ظاهر فالتأجيل في الاعيان باطل لان التأجيل شرع التحصيل ترهها وتحصيل الحاصل باطل

قال المصنف (والمولى عاقلته لان العبد يستنصر به) أقول ليس يخالف ما قلنا الحديث لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا (قوله والقسمة على وجه لا يورث الإجماع) أقول الظاهر أن يقال لا يؤثر الإجماع

الشيء بدلا عن شيء لا يستلزم الاتحاد في الحكم ألا ترى أن المال قد يقع بدلا عن القصاص ولم يتحد في الحكم فإن القصاص لا يتعلق به حق الموصى له وإذا صار ما لا يتعلق به وكذلك التيمم بدل عن الوضوء والنية من شرطه دون الأصل وغير ذلك وأوجب بأن الفداء لما وجب عقابته الجناية في النفس أو العضو أشبهه الدية والأرض وهما يثبتان مؤجلا وذلك يقتضى كون الفداء كذلك ولما اختاره المولى كان دينيا في ذمته كسائر الديون وذلك يقتضى كونه كذلك أي كسائر الديون حال الان الأجل في الديون عارض ولهذا لا يثبت الأبال شرط كما تقدم فتعارض جانب الحلول والأجل فترجح جانب الحلول بكونه فرع أصل حال موافقة بين الأصل وفرعه وهذا كلام حسن وان لم يكن في لفظ المصنف ما يشعر به اه أقول بل هو كلام قبيح لان الموافقة في الحكم بين الأصل وفرعه ان كانت أمر الأزماء أو ما يجازيها فتعريف السؤال عن أصله ويكفي ذكر هذه المقدمة في الجواب عنه ويصير باقي المقدمات المذكورة في الجواب المزبور مستندة كاجتداد وان لم تكن أمر الأزماء ولا راجح فكيف يتم ترجيح جانب الحلول بكونه فرع أصل حال وقال في العناية ويجوز أن يقال الأصل أن لا يفارق الفرع الأصل الأبا موزرورية فان الأصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الأبا موزرورية والمسائل المذكورة تغيرت بذلك لان القصاص غير صالح لحق الموصى له بالمال فلا يتعلق حقه به والتراب غير مطهر بطبعه فلم يكن يضمن الحاق النية به ليكون مطهرا شرعا بخلاف الماء وفيما نحن فيه ليس أمر ضروري يمنع عن الحلول الذي هو حكم أصله فيكون لمحقابه اه أقول فيه بحث اذ كان حاصل السؤال ان كون الشيء بدلا عن شيء لا يستلزم الاتحاد في الحكم فيلزم أن يكون المراد في الجواب بقوله الأصل أن لا يفارق الفرع الأصل الأبا موزرورية هو أن الأصل أن لا يفارقه في الحكم الأبا موزرورية ضرورة ولا يدل عليه التعليل الذي ذكره بقوله فان الأصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الأبا موزرورية إذا الظاهر أن معنى كون الأصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الأبا موزرورية هو كونه عندهم عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير نفسها الأبال ضرورة لا كونه عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير حكمها بعد ان تغيرت نفسها الأبال ضرورة والمطوب فيما نحن فيه هو الثاني دون الأول فلا يتم التقريب فتأمل تفهيم (قوله وأما الفداء فلا نه لاحق له الأ الأرض) أقول فيه اشكال سيما

وأما الفداء فلا نه لجعل بدلا عن العبد في الشرع وان كان مقدر بالمتلف ولهذا سمي فداء فيقوم مقامه ويأخذ حكمه فلهذا وجب حالا كالمبدل (وايهما اختاره وقعه لاشي لولي الجناية غيره) أما الدفع فلان حقه متعلق به فإذا خلى بينه وبين الرقبة سقط وأما الفداء فلا نه لاحق له الأ الأرض فإذا أوفاه حقه سلم العبد له فان لم يجتر شيا حتى مات العبد بطل حق المجني عليه لفوات محل حقه التي هي الجماعات لا تعقل عبدا كما تعقل حرا وان مذهب أي حنيفه رحمه الله تعالى هو ان العبد اذا خلى على الحر لا تعقله العاقلة أي الجماعة بل يغرم مولاه جناية بقول المصنف وغيره هنا والمولى عاقلته من قبيل التشبيه البليغ ومعناه المولى كما عاقلته لان العبد يستنصر به كما يستنصر الحر بعاقلته يرشد اليه قول صاحب الكافي في كتاب المعاقل لا تعقل العاقلة ما خلى العبد على حران المولى في كونه مخاطبا بجناية العبد عزلة العاقلة ولا يتحمل عن العاقلة عواقبهم فكذلك لا يتحمل جناية العبد عاقلة مولاه اه فلا يخالف ما ذكرناه حديث لا تعقل العواقل عدا ولا عبدا ولا يشكل هذا على مذهب أئمتنا من ان العبد اذا خلى على الحر لا تعقله العاقلة فتبصر (قوله وأما الفداء فلا نه لجعل بدلا عن العبد في الشرع وان كان مقدر بالمتلف ولهذا سمي فداء فيقوم مقامه ويأخذ حكمه فلهذا وجب حالا كالمبدل) قال في العناية قيل كون الشيء بدلا عن شيء لا يستلزم الاتحاد في الحكم ألا ترى ان المال قد يقع بدلا عن القصاص ولم يتحد في الحكم فان القصاص لا يتعلق به حق الموصى له وإذا صار ما لا يتعلق به وكذلك التيمم بدل عن الوضوء والنية من شرطه دون الأصل وغير ذلك وأوجب بأن الفداء لما وجب عقابته الجناية في النفس أو العضو أشبهه الدية والأرض وهما يثبتان مؤجلا وذلك يقتضى كون الفداء كذلك ولما اختاره المولى كان دينيا في ذمته كسائر الديون وذلك يقتضى كونه كذلك أي كسائر الديون حال الان الأجل في الديون عارض ولهذا لا يثبت الأبال شرط كما تقدم فتعارض جانب الحلول والأجل فترجح جانب الحلول بكونه فرع أصل حال موافقة بين الأصل وفرعه وهذا كلام حسن وان لم يكن في لفظ المصنف ما يشعر به اه أقول بل هو كلام قبيح لان الموافقة في الحكم بين الأصل وفرعه ان كانت أمر الأزماء أو ما يجازيها فتعريف السؤال عن أصله ويكفي ذكر هذه المقدمة في الجواب عنه ويصير باقي المقدمات المذكورة في الجواب المزبور مستندة كاجتداد وان لم تكن أمر الأزماء ولا راجح فكيف يتم ترجيح جانب الحلول بكونه فرع أصل حال وقال في العناية ويجوز أن يقال الأصل أن لا يفارق الفرع الأصل الأبا موزرورية فان الأصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الأبا موزرورية والمسائل المذكورة تغيرت بذلك لان القصاص غير صالح لحق الموصى له بالمال فلا يتعلق حقه به والتراب غير مطهر بطبعه فلم يكن يضمن الحاق النية به ليكون مطهرا شرعا بخلاف الماء وفيما نحن فيه ليس أمر ضروري يمنع عن الحلول الذي هو حكم أصله فيكون لمحقابه اه أقول فيه بحث اذ كان حاصل السؤال ان كون الشيء بدلا عن شيء لا يستلزم الاتحاد في الحكم فيلزم أن يكون المراد في الجواب بقوله الأصل أن لا يفارق الفرع الأصل الأبا موزرورية هو أن الأصل أن لا يفارقه في الحكم الأبا موزرورية ضرورة ولا يدل عليه التعليل الذي ذكره بقوله فان الأصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الأبا موزرورية إذا الظاهر أن معنى كون الأصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الأبا موزرورية هو كونه عندهم عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير نفسها الأبال ضرورة لا كونه عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير حكمها بعد ان تغيرت نفسها الأبال ضرورة والمطوب فيما نحن فيه هو الثاني دون الأول فلا يتم التقريب فتأمل تفهيم (قوله وأما الفداء فلا نه لاحق له الأ الأرض) أقول فيه اشكال سيما

صالح لحق الموصى له بالمال فلا يتعلق حقه به والتراب غير مطهر بطبعه فلم يكن يضمن الحاق النية به ليكون مطهرا شرعا على بخلاف الماء وفيما نحن فيه ليس أمر ضروري يمنع عن الحلول الذي هو حكم أصله فيكون لمحقابه لا يقال قد يتضرر بوجوده حالا

فهو ضرر ونة لان ذلك لزمه باختياره على الدفع فهو ضرر مرضى وقوله (على ما بيناه) اشارة الى قوله غير أن الواجب الاصل هو الدفع الخ  
 (وان مات) أي العبد الخاني بعدما اختار المولى الفداء قولاً أو فعلاً لم يبرأ بموت العبد عن الفداء وطول بالفرق بين هذا وبين خصال  
 كفارة العيب فان الخائن غير مخير وان عين أحدهما قولاً لا يتعين وهما قد تعين وأجيب بأن حقوق العباد واجب رعاية لا احتياجهم  
 وذلك في التعيين قولاً وفعلاً وأما حقوق الله تعالى فالمقصود منها الفعل فتعين الواجب به وقوله (لان تعلق الاولي) أي الجنابة  
 الاولي برقبته لا يمنع تعلق الجنابة الثانية فان قيل ما الفرق بين هذا وبين الرهن فان تعلق حق المرتهن به يمنع تعلق الثاني به  
 حتى ان الراهن لو مات بعد الرهن وعليه ديون أخرى سوى دين المرتهن لحقته قبل الرهن أو بعده لا يتعلق سائر الديون بالرهن فقد منع  
 تعلق الدين الاول برقبته غيره وهما لم يمنع وأجيب بان في الرهن ايقاف واستيفاء حكماً فكأن المرتهن قد استوفاه فلا يتعلق به غيره وليس  
 في الجنابة كذلك وقوله (على قدر ارض جنابتهما) لان المستحق انما يستحق (٣٥٩) عوضاً عما فات عليه فلا بد من

أن يقسم على قدر المعروض  
 وقوله (لما ذكرنا) يعني  
 قوله لان تعلق الاولي برقبته  
 لا يمنع تعلق الثانية وقوله  
 (وعلى هذا حكم النجيات)  
 يعني لوشجر جلام موصفة  
 وآخر هاشمة وآخر منقطة  
 ثم اختار المولى الدفع يدفع  
 الى صاحب الموصفة سدس  
 العبد لان له جسمائة والى  
 صاحب الهاشمة ثلثه لان  
 له ألفاً والى صاحب المنقطة  
 نصفه لان له ألفاً وخمسة  
 فيقتسمون الرقبة هكذا  
 وقوله (وهي الجنابات  
 المختلفة) يعني بخارن  
 يختار في أحدهم خلاف  
 ما اختاره في حق الآخر  
 كالأفراد كل واحد منهم  
 وقوله (والحق يجب للقتول)  
 جواب عما يقال الحق وان  
 كان متمداً بالنظر الى

على ما بيناه وان مات بعدما اختار الفداء لم يبرأ التحول الحق من رقبة العبد الى ذمة المولى قال (فان  
 عاد فبني كان حكم الجنابة الثانية كحكم الجنابة الاولي) معناه بعد الفداء لانه لم يطهر عن الجنابة  
 بالانتهاء جعل كأن لم تكن وهذا ابتداء جنابة قال (وان جنى جنابتين قيل للمولى اما أن تدفعه الى  
 ولى الجنابتين بقسمانه على قدر حقيهما واما أن تصديه بارش كل واحد منهما) لان تعلق الاولي  
 برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة ألا ترى أن ملك المولى لم يمنع تعلق الجنابة في الجنى  
 عليه الاول أو اولى ان لا يمنع ومعنى قوله على قدر حقيهما ما على قدر ارض جنابتهما (وان كانوا جماعة  
 يقتسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم وان فداء فداء بجميع اروشهم) لما ذكرنا (ولو قتل واحداً  
 وفقاً عين آخر يقتسمانه اثلاثاً) لان ارض العين على النصف من ارض النفس وعلى هذا حكم النجيات  
 (ولولى ان يفسد من بعضهم ويدفع الى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من العبد) لان الحقوق مختلفة  
 باختلاف أسبابها وهي الجنابات المختلفة بخلاف مقتول العبد اذا كان له وليان لم يكن له أن يفسد  
 من أحدهما ويدفع الى الآخر لان الحق متحد لا محاسبية وهي الجنابة المتحدة والحق يجب للقتول  
 ثم لا وارث خلفه عنه فلا يملك التفريق في موجبها قال (فان اعتقه المولى وهو لا يعلم بالجنابة ضمن  
 الأقل من قيمته ومن ارشها وان أعنته بعد العلم بالجنابة وجب عليه الارش) لان في الاول قوت  
 حقه فيضمنه وحقه في أقلهما ولا يصير مختاراً للفداء لانه لا اختيار بدون العلم وفي الثاني صار مختاراً  
 لان الاعناق يمنعه من الدفع فالاقدم عليه اختياره من الآخر وعلى هذين الوجهين البيع والهبة  
 والتدبير والاستبدال لان كل ذلك مما يمنع الدفع لزوال الملتب

في الحصر اذ قد تقرر فيما قبل ان الواجب الاصل في جنابة العبد هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب  
 بموت العبد لقرات محل الواجب الا أنه كان للمولى حق النقل الى الفداء كما في مال الزكاة فان كان حق  
 ولى الجنابة منحصراً في الدفع على ما هو الواجب الاصل في جنابة العبد فان لم ينحصر فيه فمما معنى حصره  
 في الارش بقوله لاحق له الا الارش وهذا يكون مناقضاً لما ذكره قبليه بقوله أما الدفع فلا أن حقه متعلق

السبب فهو متمدد بالنظر الى المستحقين فكان الواجب أن يكون حكم هذه المسئلة مثل الاولي ووجهه أن الانسليم أن المستحق متعدد  
 بل هو واحد لان الحق يجب للقتول الخ لا يقال المالك يثبت للوارث حقيقة وحكما وليت حكماً فقط لانه ليس من أهل المالك حقيقة  
 فوجب ترجيح جانب الوارث لان ملك الميت أصل وملك الوارث متفرع عليه واعتبار الاصل أولى قال (فان أعنته المولى وهو لا يعلم  
 بالجنابة) الأصل في جنس هذه المسئلة أن المولى اذا علم بجنابة العبد وتصرف فيه فان تصرف بما يعجز عن الدفع صار مختاراً  
 للفداء والافلا واذا لم يعلم بالجنابة لم يكن مختاراً للفداء لكن يضمن الأقل من قيمة العبد ومن ارض الجنابة وعلى هذا يخرج الفروع  
 المذكورة في الكتاب وقوله (وعلى هذين الوجهين) يعني قبل العلم ويعد

وقوله ( بخلاف الاقرار على رواية الاصل ) يعني اذا جنى العبد جنابة فقال ولم هو عبدك فادفعه او افده فقال هو ائنان الغائب  
 وبيعة عندي او طرية او جارة او رهن لا يصير مختارا للفداء الماذ كرفي الكتاب ولم تندفع عنه الخصومة حتى يقيم على ذلك بينة فان اقامها  
 آخر الامر الى قدوم الغائب وان لم يقيمها خوطب بالدفع او الفداء ولا يصير مختارا للديته مع تمكنه من الدفع وقوله ( والحفه الكرخي  
 بالبيع واخواته ) في صيرورته مختارا الماذ كرفي الكتاب قال في الايضاح وهو رواية خارجة عن الاصول وقوله ( واطلاق الجواب ) يريد  
 قوله ضمن الأقل من قيمته ومن ارشها الخ وقيل يريد به قوله في أول الباب واذ جنى العبد جنابة خطا فانه ينتظم النفس ومادونه وقوله ( وكذا  
 المعنى لا يختلف ) لان كل واحد مال وقوله ( لانه يزيل الملك ) لاخلاف في ذلك وانما الخلاف في المدخول في ملك المشتري وعدمه وليس  
 يحتاج اليه ههنا وقوله ( بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ونقضه وبخلاف العرض على البيع ) يعني لا يصير مختارا للفداء به ما لان الملك  
 مازال قبل المشتري بشرط الخيار اذا باع بشرط الخيار لنفسه كان مجيزا للبيع والبائع بشرط الخيار لنفسه اذا عرض على البيع  
 كان فاسحا للبيع فلم لا يكون المولى بالبيع بشرط الخيار لنفسه أو بالعرض على البيع مختارا للفداء واجب بان نعمة ضرور ولم يتحقق  
 ههنا وهي أنه لو لم يجعل مجيزا و فاسحا هناك لكان تصرفه واقعا في ملك الغير على تقدير نزع الفسخ في الاولى وتقدر الاجازة في الثانية  
 واما ههنا فلوم يجعل مختارا للفداء بهذا التصرف لم يتبين بالدفع أنه تصرف في ملك الغير فافترا وقوله ( بخلاف الكتابة الفاسدة ) بان  
 كاتب المسلم عبده الجاني على ( ٣٦٠ ) خرا وخزير فانه يصير مختارا للفداء لان موجبته ثبت بنفس العبد قد

وهو وتعلق العتق بالاداء  
 فكانت الكتابة نظير البيع  
 الفاسد بعد القبض وقوله  
 ( فيما ذكرناه ) قيل يعني في  
 اختيار الفداء وقيل في العلم  
 بالجنابة وعدمه وقوله  
 ( ولو ضرب به فنقصه ) يعني  
 بان انزيفه حتى صار  
 مهزولا وقتل قيمته ببقاء  
 انزال الضرب فهو مختار اذا  
 كان مالما بالجنابة لانه حبس  
 جزأمنه واما اذا ضرب به  
 ولم يعمل بها كان عليه  
 الأقل من قيمته ومن الأرض  
 الا ان يرضى ولي الدم ان

بخلاف الاقرار على رواية الاصل لانه لا يسقط به حق ولي الجنابة فان المقر له يخاطب بالدفع اليه  
 وليس فيه نقل الملك لجواز أن يكون الامر كما قاله المقر وأحقه الكرخي بالبيع واخواته لانه ملكه في  
 الظاهر فيستحقه المقر له باقراره فاشبهه بالبيع واطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس ومادونها وكذا  
 المعنى لا يختلف واطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشتري لانه يزيل الملك بخلاف ما اذا  
 كان الخيار للبائع ونقضه وبخلاف العرض على البيع لان الملك مازال ولو باعه به عاقا فاسد لم يصير  
 مختارا حتى يسلمه لان الزوال به بخلاف الكتابة الفاسدة لان موجبته ثبت قبل قبض البديل فيصير  
 بنفسه مختارا ولو باعه مولا له من المحبي عليه فهو مختار بخلاف ما اذا وهبه منه لان المستحق له اخذته  
 بغير عوض وهو محقق في الهبة دون البيع واعتاق المحبي عليه بأمر المولى بغيره اعناق المولى فيما ذكرناه  
 لان فعل المأمور مضاف اليه ولو ضرب به فنقصه فهو مختار اذا كان عالما بالجنابة لانه حبس جزأمنه  
 وكذا اذا كانت بكر افوطها وان لم يكن معلقا لما قلنا بخلاف التزويج لانه عيب من حيث الحكم  
 وبخلاف وطء التيب على ظاهر الرواية لانه لا ينقص من غير اطلاق

بأخذها ناقصا ولا ضمان على المولى لانه لم يرضى به ناقصا صار كأنه نقصان حصل  
 بآفة سماوية وقوله ( وكذا اذا كانت بكر افوطها ) يعني يصير به مختارا للفداء وان لم يكن الوطاء معلقا لما قلنا انه حبس جزأمنه وقوله  
 ( بخلاف التزويج ) يعني لا يصير به مختارا للفداء لانه لا يجزئه عن الدفع كالا يجزئه عن البيع وعلل المصنف رحمه الله بقوله ( لانه عيب  
 من حيث الحكم ) وذلك لا يثبت به اختيار الفداء كالأقر عليها بالسرقة عالما بالجنابة فان بهذا الاقرار يدخلها فوقع عيب ولكن لما  
 كان حكما لم يثبت به اختيار الفداء وفيه اشارة الى رد طعن عيسى حيث قال التزويج تعيب وباتعيب يثبت اختيار الفداء كالأقر  
 على يديها وعيبها وذلك لان التعيب حقيقة ثبت به اختيار الفداء لان فيه حبس جزئ منها واما الحكمي فليس كذلك وقوله ( وبخلاف  
 وطء التيب ) فان به لا يصير المولى مختارا للفداء ما لم يكن معلقا في ظاهر الرواية لانه لا ينقص من غير اطلاق وقوله ( على ظاهر الرواية ) احتراز  
 عما روي عن أبي يوسف رحمه الله أن مطلق الوطاء يكون اختيارا لان الحل يختص بالملك فكان الوطاء دليلا على امسالك العين فان قيل  
 ما الفرق بين هذا على ظاهر الرواية وبين البيع بشرط الخيار فان الوطاء هناك فسخ للبيع وان لم يكن معلقا وههنا لا يكون اختيارا  
 الا اذا كان معلقا أوجب بأنه لو لم يجعل فسخا للبيع وقع الوطاء حراما لانه اذا اختار الفداء بعد ذلك ملكها المشتري من حين العقد ولهذا  
 يستحق زواجا فهاقتبين أن الوطاء حصل في غير ملكه فلا ضرر زعن ذلك جعلناه فسخا وههنا اذا دفعها بالجنابة يملكها ولي الجنابة من وقت  
 الدفع ولهذا لا يسلم له شيء من زواجا فهاقتبين أن الوطاء كان في غير ملكه

وقوا (وبخلاف الاستخدام) يعني لو استخدم العبد الخاني بعد العلم بالجناية لا يكون مختاراً للفداء حتى لو عطب في الخدمة لضمان  
 عنه لان الاستخدام لا يختص بالملك فلم يدل على الاختيار ولا يصير مختاراً بالاجارة والرهن في الاظهر لان الاجارة تنقض بالاعذار فيكون  
 قيام حق ولي الجناية فيه عذراً في نقض الاجارة والرهن يتمكن من قضاء الدين واسترداد الرهن متى شاء فلم يتحقق مجزؤه عن الدفع من ذن  
 الفعليين فلا يجعل ذلك اختياراً للفداء وقوله (في الاظهر) احتراز عما ذكر في بعض نسخ الاصل أنه يكون مختاراً بالاجارة والرهن لانه  
 أثبت عليه بما مستحقة فصار كالبيع وقوله (وكذا بالاذن في التجارة) يعني لا يكون به مختاراً لانه لا يجزؤه عن الدفع ولا ينقض الرقبة  
 (الآن لولي الجناية أن يمتنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى) ووجوب الدين في ذمة العبد نقصان له لان الغرماء يتبعون ولي الجناية  
 اذا دفع اليه فله أن يمتنع من قبوله قال (ومن قال لعبد ان قتل فلانا) (٣٦١) ومن علق عتق عبده بمجنابته توجب

الدية مثل أن يقول ان  
 قتلت فلانا أو رميته أو  
 شججته فأنت حر فهو  
 مختار للفداء ان فعل ذلك  
 خلافاً لفرجه الله لان  
 اختيار الفداء انما يكون  
 بعد الجناية والعلم بها  
 وعند التكلم ليس شيء  
 منها موجوداً وبعد الجناية  
 لم يوجد منه فعل يصير به  
 مختاراً أو استشهد بالمسئلة  
 المذكورة في الكتاب  
 وقوله (ولنا) ظاهر وقوله  
 (ولانه حرضه) دليل آخر  
 ومعناه أن المولى حرض  
 العبد على مباشرة الشرط  
 وهو القتل أو الرمي أو  
 الشجج (بتعليق أقوى الدواعي  
 اليه) أي إلى الشرط وهو  
 الحرية (والظاهر أنه يفعل)  
 رغبة منه في الحرية (وهذا  
 دلالة الاختيار) وانما قلنا  
 بمجنابته لانه لو علقه بغيرها  
 مثل أن يقول لعبد ان

وبخلاف الاستخدام لانه لا يختص بالملك ولهذا لا يسقط به خيار الشرط ولا يصير مختاراً بالاجارة والرهن  
 في الاظهر من الروايات وكذا بالاذن في التجارة وان ركبته دين لان الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقض الرقبة  
 الا أن لولي الجناية أن يمتنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى فلزم المولى قيمته قال (ومن قال  
 لعبد ان قتلت فلانا أو رميته أو شججته فأنت حر فهو مختار للفداء ان فعل ذلك) وقال زفر لا يصير  
 مختاراً للفداء لان وقت تكلمه لا جناية ولا علم بوجوده وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختاراً  
 الا ترى انه لو علق الطلاق أو العتاق بالشرط ثم حلف ان لا يطلق أو لا يعتق ثم وجد الشرط وثبت  
 العتق والطلاق لا يثبت في عينته تلك كذا هذا ولنا انه علق الاعتاق بالجناية والمعلق بالشرط ينزل  
 عند وجود الشرط كالمنجز فصار كما اذا اعتقه بعد الجناية الا ترى أن من قال لامرأته ان دخلت  
 الدار فوالله لا أقر بك بغير ابتداء الايلاء من وقت الدخول وكذا اذا قال لها اذا مرضت فأنت طالق  
 ثلاثاً فمرض حتى طلقت ومات من ذلك المرض يصير فارقاً لانه يصير مطلقاً بعد وجود المرض بخلاف  
 ما أورد لان غرضه طلاق أو عتق يمكنه الامتناع عنه اذا المين للنع فلا يدخل تحته ما لا يمكنه الامتناع  
 عنه ولانه حرضه على مباشرة الشرط بتعليق أقوى الدواعي اليه والظاهر انه يفعلها فهذا دلالة الاختيار  
 قال (واذا قطع العبد يد رجل عمداً فدفع اليه بقضاه أو بغير قضاء فاعتقه ثم مات من قطع اليد فالعبد  
 صلح بالجناية وان لم يعتقه رد على المولى وقيل لا لا واما اقتسأه أو اعفوا عنه)

في العناية أقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة أنه لا سداد لما ذكرنا لان تأخير التعرض لا طلاق ما في أول  
 الباب الى هنا مع كونه بعيداً عن نهي السداد في نفسه يمنع عن الحمل عليه قول المصنف واطلاق الجواب  
 لان الاطلاق هناك في المسئلة لافي الجواب كما لا يخفى على ذوي الالباب فالمراد هو الاول لا غير (قوله  
 وكذا بالاذن في التجارة وان ركبته دين لان الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقض الرقبة) أقول في التعليل  
 شيء وهو انه ان أراد أن الاذن في التجارة وان ركبته دين لا يفوت الدفع بغير رضا ولي الجناية فهو ممنوع  
 كيف وقد قال متصلاً به الا أن لولي الجناية أن يمتنع من قبوله واذا كان له ذلك يفوت الدفع بغير رضاه  
 قطعاً وان أراد أن لا يفوت الدفع بغير رضا ولي الجناية فهو مسلم لكن يلزم حينئذ أن ينقض هذا التعليل  
 بما لو ضرب المولى العبد الخاني فنقصه فانه يصير مختاراً للفداء هناك اذا كان عالماً بالجناية كما مر آنفاً

(٤٦ - تسكمه نامن) دخلت الدار فأنت حر ثم حتى ثم دخل الدار فان المولى لا يصير مختاراً للفداء بالاتفاق  
 لعدم العلم بالجناية عند التعليل بخلاف ما اذا علق بالجناية فانه علقها أقوى الدواعي اليه والظاهر وجودها فكان عالماً بها ظاهراً  
 وانما قلنا بمجنابته توجب الدية لانه لو كانت توجب القصاص لم يكن على المولى شيء وانما هو على العبد وذلك لا يخلف بالرق والحرية  
 فلم يفوت المولى على ولي الجناية بتعليقه شيئاً

(قوله والرهن يتمكن من قضاء الدين الخ) أقول تعلق حتى المجني عليه يعني العبد سابقاً على تعلق حق الرهن يوجب صحة فسخ الرهن  
 وان نقص الدين على ما صرحوا به (قوله وانما قلنا بمجنابته توجب الدية لانه لو كانت توجب القصاص لم يكن الخ) أقول لا يلزم مما ذكره  
 المصنف وجوب التعليل بمجنابته توجب الدية بل اذا كان بالأعم مثل أن يقول ان قتلت فلانا تقييداً ووجد منه ما يوجب الدية كالقتل  
 بالمنقل أو القتل خطأ يكون الجواب كذلك

وقوله (ووجه ذلك) يريد بيان الفرق بين ما اذا اعتق وبين ما اذا لم يعتق (أنه اذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح) أي الدفع (وقع باطلا) سماه صلحا بناء على ما اختاره بعض المشايخ (٣٦٣) رحمهم الله أن الموجب الأصلي هو الفداء فكان الدفع بمنزلة الصلح لسقوط موجب الجنابة

به وانما وقع باطلا لانه كان عن المال لعدم جريان القصاص بين أطراف الاحرار والعبد واداسرى تبين أن المال لم يكن واجبا وانما الواجب هو القصاص فكان الصلح واقعا بغير بدل يعني المصالح عنه لان الذي كان الصلح وقع عنه وهو المال قد زال والذي وجد من القتل لم يكن وقت الصلح فبطل والباطل لا يورث شبهة كما اذا طلق امرأته ثلاثا ثم وطئها في العدة مع العلم بحرمته عليه فإنه لا يصير شبهة لدرء الحد فوجب القصاص بخلاف ما اذا اعتقه لان اقدامه على الاعتناق يدل على قصده تصحيح الصلح لان الظاهر من حال العاقلة انه اذا أقدم على تصرف يقصد تصحيحه ولا صحة لهذا الصلح الا يجعله صلحا عن الجنابة وما يحدث منها فيجعل مصالحا عن ذلك مقتضى الاقدام على الاعتناق ويجعل المولى أيضا كذلك دلالة لانه لما رضى بكون العبد عوضا عن القليل كان بكونه عوضا عن الكثير أرضى وشرط صحة الاقتضاء وهو امکان المقتضى موجود ولهذا

ووجه ذلك وهو انه اذا لم يعتقه وسرى تبين ان الصلح وقع باطلا لان المال لان أطراف العبد لا يجري القصاص بينها وبين أطراف الحر فاذا سرى تبين ان المال غير واجب وانما الواجب هو القود فكان الصلح واقعا بغير بدل وبطل والباطل لا يورث شبهة كما اذا وطئ المطلقة الثلاث في عدتها مع العلم بحرمته عليه فوجب القصاص بخلاف ما اذا اعتقه لان اقدامه على الاعتناق يدل على قصده تصحيح الصلح لان الظاهر أن من أقدم على تصرف يقصد تصحيحه ولا صحة له الا وأن يجعل صلحا عن الجنابة وما يحدث منها ولهذا الوصل عليه ورضى المولى به لانه لما رضى بكون العبد عوضا عن القليل يكون أرضى بكونه عوضا عن الكثير فاذا اعتق يصح الصلح في ضمن الاعتناق ابتداء واذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الاول وقع باطلا فيرد العبد الى المولى والا ولياء على خيرتهم في العفو والقتل مع انه يجري أن يقال هناك أيضا ان الضرب وان نقصه لا يفوت الدفع رضوا الى الجنابة فإنه اذا رضى أن يأخذها ناقصا ولا ضمان على المولى جاز كما صرحوا به ويمكن الجواب عنه بأن قوله ولا ينقص الرقبة من تمام التعليل ففي صورة ما اذا ضربه فنقصه ان لم يفوت الدفع رضوا الى الجنابة نقصت الرقبة فالتعليل المذكور هنا لم يجز بتمامه هناك فلم ينتهض بذلك نعم في تمام قوله ولا ينقص الرقبة فيما اذا ركب دين كلام لان وجوب الدين في ذمة العبد نقصان له لان الغرماء يتبعون ولي الجنابة اذا دفع العبد اليه فيتمتعونه به بينهم كما صرح به جمهور الشراح في شرح قول المصنف الا ان لولي الجنابة أن يمنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى وعن هذا قال صاحب الكافي ولكن الرقبة قد انتقصت عند لحوق الدين بسبب من جهة المولى وهو الاذن فكان لولي الجنابة أن يمنع من قبوله ناقصا فيلزم المولى قيمته اه فتأمل (قوله ووجه ذلك) وهو انه اذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح وقع باطلا) قال صاحب العناية في شرح هذا المثل يريد بيان الفرق بين ما اذا اعتق وبين ما اذا لم يعتق (أنه اذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح أي الدفع وقع باطلا) سماه صلحا بناء على ما اختاره بعض المشايخ أن الموجب الأصلي هو الفداء فكان الدفع بمنزلة الصلح لسقوط موجب الجنابة به اه واقتنى أثره الشارح العيني أقول فيه نظر لان المصنف صرح فيما مر بأن الموجب الأصلي هو الدفع في الصحيح وقال ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لقوات محل الواجب فكيف يتم تسمية الدفع هنا صلحا على البناء على خلاف ما اختاره وصححه نفسه فيما قبل وخلاف ما عليه جمهور المحققين من مشايخنا حتى ان صاحب الاسرار بعد ان ذكر ما اختاره بعض المشايخ من ان الواجب الأصلي هو الارش قال والى وبه بخلاف هذا في غير موضع وقد نص محمد بن الحسن رحمه الله أن الواجب هو العبد انتهى ثم أقول الحق عندي أن يجعل تسمية الدفع هنا صلحا على المشاكلة بأن عبر عن الدفع بالصلح لوقوع ذكره في صحبة ما هو صلح وهو ما اذا اعتقه تدبر ترشد (قوله والباطل لا يورث شبهة كما اذا وطئ المطلقة الثلاث في عدتها مع العلم بحرمته عليه) أقول فيه بحث وهو أنه ان أراد أن الباطل لا يورث شبهة فيما اذا علم بطلانه كما هو الظاهر مما ذكره في تنظيره حيث قال فيه مع العلم بحرمته عليه فهو مسلم لكن لا يجدي نفعها هنا لان الدافع لم يعلم أن القطع يسرى فيكون موجبه القود بل ظن أنه لا يسرى وكان موجبه المال وان أراد أن الباطل لا يورث شبهة وان لم يعلم بطلانه فهو ممنوع ألا يرى أنه اذا وطئ المطلقة الثلاث في عدتها ولم يعلم بحرمته عليه بل ظن أنها محل له فإنه يورث شبهة فيدرأ الحد كما صرحوا به في كتاب الحدود وفهم أيضا ههنا من قوله مع العلم

وذكر

لونص على ذلك ورضى به المولى صح فتمين انه اذا اعتق حصل بينهما صلح جديدا ابتداء واذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الاول وقع باطلا فيرد العبد الى المولى والا ولياء على خيرتهم في العفو والقتل

(قوله والذي وجد من القتل لم يكن وقت الصلح الخ) أقول الظاهر أن يقول لم يقع الصلح عنه

وقوله (وذ كرفي بعض النسخ) قال الامام نخر الاسلام رحمه الله وذ كرفي بعض نسخ هذا الكتاب أي كتاب الجامع الصغير هذه المسئلة على خلاف هذا الوضع وساق الكلام مثل ما ذ كرفي الهداية وبعض الشارحين عبر عن النسخة الاولى بالنسخة المعروفة وعن الثانية بغير المعروفة وقوله (الى آخر ما ذ كرنا) يعني وان لم يعتقه رد الى مولاه ويجعل الاولياء على خبرتهم بين القتل والعفو وقوله (وهذا الوضع برداشكالا) قبل أي الوضع الثاني وهو النسخة الغير المعروفة وانما خص هذا الوضع بورد الاشكال لان دفع العبد في هذا الوضع بطريق الصلح والصلح متضمن للعفو لانه ينشئ عن الخطيئة فيكون هذا نظير العفو ولا كذلك الوضع الاول لان الدفع ثمة ليس بطريق الصلح بل بطريق الدفع فلما لم يكن بطريق الصلح لم يكن فيه حظ شي فلا برداشكالا على مسئلة العفو وقيل هذا الوضع أي وضع الجامع الصغير في النسخة المعروفة وغيرها برداشكالا فيما اذا عفا عن اليد وسرى الى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هناك وهنالك يجب واختلف المشايخ زجهم الله في الجواب عن ذلك فقال بعضهم ما ذ كرهنامن وجوب القصاص جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان يعني وجوب القصاص في هذه المسئلة على النسختين جواب القياس وفي الاستحسان يجب الهدية وفي مسئلة العفو وجوب الهدية جواب الاستحسان وفي القياس يجب القصاص فكان الوضع في هذه المسئلة وتلك على القياس والاستحسان فاندفع التدافع وحصل التوافق وقال بعضهم بينهم ما فرق وهو أن العفو عن اليد صح طاهرا لان الحق له كان في اليد من حيث الظاهر (فيصح العفو ظاهرا) وتبطل به الجنابة كذلك (٣٧٣) لان العفو عنها يبطلها (بعد ذلك

وان بطل العفو بالسرية حكاييقي موجودا حقيقة) وذلك كاف لمنع وجوب القصاص (أما ههنا فالصلح لا يبطل الجنابة بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم تمتنع الجنابة لم تمتنع العقوبة هذا اذا لم يعتقه أما اذا أعتقه فالتخريج على ما ذ كرناه من قبل) وهو قوله لان اقدامه على الاعتاق يدل على قصده الخ وقوله (فعلية قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لولي الجنابة) يعني اذا كانت القيمة أقل

وذ كرفي بعض النسخ رجل قطع يدرجل عمد افسال الحاطع المقطوعة يده على عبد ودفعه اليه فأعتقه المقطوعة يده ثم مات من ذلك فالعبد صلح بالجنابة الى آخر ما ذ كرنا من الرواية وهذا الوضع برداشكالا فيما اذا عفا عن اليد وسرى الى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هنالك وهنالك يجب قيل ما ذ كرهنان جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان وقيل بينهم ما فرق ووجهه أن العفو عن اليد صح طاهرا لان الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا فبعد ذلك وان بطل حكاييقي موجودا حقيقة فذ كرفي ذلك لمنع وجوب القصاص أما ههنا فالصلح لا يبطل الجنابة بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم تمتنع الجنابة لم تمتنع العقوبة هذا اذا لم يعتقه أما اذا أعتقه فالتخريج ما ذ كرناه من قبل قال (واذا جنح العبد المأذون له جنابة وعليه ألف درهم فأعتقه المولى ولم يعلم بالجنابة فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لأولياء الجنابة) لانه أتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد الدفع للاولياء والبيع للفرمان فكذا عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين ابغاض من الرقة الواحدة بأن يدفع الى ولي الجنابة ثم يبيع للفرمان فيض منهما بالانلاف بجرمته عليه (قوله أما ههنا فالصلح لا يبطل الجنابة بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم تبطل الجنابة لم تمتنع العقوبة) أقول رد عليه انه ان أريد بقله صلح لا يبطل الجنابة بل يقررها أن الصلح لا يسقط موجب الجنابة بل يبقى على حاله فهو ممنوع كيف وقد صرحوا في صدر كتاب

من الارض وقوله (أتلف حقين) واضح وقوله (ويمكن الجمع بين الحقين) جواب عما يقال لا يستلزم من كون كل واحد منهما مضمونا بكل القيمة على الانفراد كونه كذلك عند الاجتماع لجواز أن يكونا متنافيين فلا يجتمعان ليكون الاتلاف واردا عليهما ووجهه أن الجمع بينهما ممكن أيضا من الرقة الواحدة بأن يدفع الى ولي الجنابة ثم يبيع للفرمان فيكون الاتلاف واردا عليهما فيض منهما به والأصل أن العبد اذا جنح وعليه دين يخير المولى بين الدفع والغداء فان دفع بيع في دين الفرمان فان فضل شيء كان لا هجاب الولا وانما بدأ بالدفع لان به توفير الحقين فان حق ولي الجنابة يصير موفى بالدفع ثم يبيع بعده لارباب الديون ومتى بدأ بالدفع في الدين تعدر الدفع بالجنابة لانه يتجدد للشترى الملك ولم يوجد في يده جنابة فان قيل ما الفائدة الدفع اذا كان البيع بالدين بعده واجبا أجب بانها اثبات حق الاستخلاص لولي الجنابة بالفرمان بالدين فان للناس في الأعيان اغراضا وانما يبطل الدين بحدوث الجنابة لان موجبا صيرورته حرا فاذا كان مشغولا لوجب دفعه مشغولا ثم اذا بيع وفضل من ثمنه شيء صرف الى أولياء الجنابة لانه يبيع على ملكهم وان لم يصف بالدين تأخر الى حال الحرية ككلو يبيع على ملاء المولى الأول وانما قيد المسئلة بعدم العلم يعني عليه قوله فعلية قيمتان لانه لو أعتقه وهو عالم بالجنابة كان عليه الهدية اذا كانت الجنابة في النفس لأولياءها وقيمة العبد لصاحب الدين لان الاعتاق بعد العلم بالجنابة يوجب الارض دون القيمة وقد صرح

(قوله وبعض الشارحين عبر عن النسخة الاولى الخ) أقول يعني الاتقاني

وقوله (بخلاف ما إذا أتلفه أجنبي) واضح وقوله (فلا يظهر في مقابله الحق) يعني حق الدفع (لانه دونه) أي الحق دون المالك فيكون الحق مع المالك مرجوحا قال (وإذا استدان الامة المأذون لها ثم ولدت) فرق بين ولادة الامة بعد استدانها وبين ولادتها بعد جنابتها في أن الولد يباع معها في الاولى دون الثانية فان الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقيتها استيفاء حتى صار المولى ممنوعا من التصرف في رقيتها يبيع أو هب أو غيرهما فكانت من الاوصاف الشرعية القارة في الام فتسرى الى الولد كالكتابة والتسدير والرهن وأما موجب الجنابة فالدفع أو القداء وذلك في ذمة المولى لا في ذمتها حتى لا يصير المولى ممنوعا من التصرف في رقيتها يبيع أو هب أو استخدام (وإنما يلاقيها أثر الفعل الحقيقي وهو الدفع) فلا يسرى الى الولد لانه وصف غير قار حصل عند الدفع وقوله (والسرابة في الاوصاف الشرعية دون الاوصاف الحقيقية) بناء على أن الوصف الحقيقي في محل لا يمكن أن ينتقل الى غيره وأما الوصف الشرعي فهو أمر اعتباري يتحول بتحويله واعتراض وجهين احدهما لا نسلم أن دين الامة في ذمتها فان المولى ان أعنتها ضمن قيمتها ولو كان في ذمتها ضمن كالمقتل مديون انسان فانه لا يضمن دينه والثاني ان ما ذكرتم لو كان صحيحا لم يسرى أثر الدفع الى أرض استحقتها بجنابة حتى يباعها جان ودفعه اليها بطريق الاولى لما ان ولدها جزؤها أو أورشها ليس كذلك ولما لم يسر الى جزئها لكونه أثر فعل حقيقي كان أولى أن لا يسرى الى ما ليس بجزء منها وأوجب عن الاول بأن وجوب ضمان قيمة العبد المديون على المولى لتعلقه به حق الغرماء بعبا واستيفاء من ثمنه لا باعتبار وجوب (٣٦٤) الدين على المولى والألوجب عليه ايفاء الديون لا ضمان قيمة العبد وإنما

لا يضمن القاتل دين من قتله لعدم الممانعة بين المتناف وهو الدين وما يقابله من العيين ضمانا وضمان العبد وان يعتمد الممانعة وهي مسألة تقوم المنافع وهي معروفة لا يقال هذا المانع موجود في صورة النزاع فهلا اعتبر لان الاتلاف هناك لاقى محلا يمكن الاستيفاء من ثمنه بخلاف صورة النقص فان قبل اذا كان تخصيص العلة قلت مخلصه معلوم وعن الثاني أن الأرض

بخلاف ما إذا أتلفه أجنبي حيث تجب قيمة واحدة للمولى ويدفعها المولى الى الغرماء لان الاجنبي إنما يضمن للمولى بحكم المالك فلا يظهر في مقابله الحق لانه ذمه وههنا يجب لكل واحد منهم ما يتلاف الحق فلا ترجح فيظهور ان فيضمن ما قال (وإذا استدان الامة المأذون لها أكثر من قيمتها ثم ولدت فانه يباع الولد معها في الدين وان جنت جنابة لم يدفع الولد معها) والفرق ان الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقيتها استيفاء فيسرى الى الولد كولد المرهونة بخلاف الجنابة لان وجوب الدفع في ذمة المولى لا في ذمتها وإنما يلاقيها أثر الفعل الحقيقي وهو الدفع والسرابة في الاوصاف الشرعية دون الاوصاف الحقيقية قال (وإذا كان العبد رجل زعم رجل آخر أن مولاه أعنته فقتل العبد ولما بالذالك الرجل الزاعم خطأ فلا شيء له) لانه لا يزعم أن مولاه أعنته فقد ادعى الدية على العاقلة وأبرأ العبد والمولى الا أنه لا يصدق على العاقلة من غير حجة قال (وإذا أعنت العبد فقال لرجل قتلت أخاك خطأ وأنا عبد وقال الآخر قتلته وأنت حر فالقول قول العبد) لانه منكر للضمان لما أنه أسنده الى حالة معهودة منافية للضمان اذ الكلام فيما اذا عرف رقه والوجوب في جنابة العبد على المولى دفعا أو فداء وصار كما اذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتى وأنا صبي أو بعت دارى وأنا صبي أو قال طلقت امرأتى وأنا مجنون أو بعت دارى الجنابات بأن موجب التمسك العمد القود الا أن يعفووا والولياء أو بصالحوا فقد جعلوا الصلح كالعفو في

بدل جزئ من متصل فأت بالجنابة وولى الجنابة قد استحقها بكل جزء منها فإتات من الاجزاء بعرض قام العوض مقامه وأنا كالموتى وأخذ المولى قيمتها كان عليه دفعها الى ولى الجنابة اعتبار الجزء بكل بخلاف الولد فانه بعد الانفصال ليس بجزء ولا بدلا عن جزء وقوله (وإذا كان العبد لرجل) صورته المذكورة ظاهرة وذ كرفي الكتاب الاقرار بالحرية قبل الجنابة وفي المبسوط بعدها ولا تفاوت في ذلك وقوله (واراء العبد) يعني من كل الدية لا من قسطه فيها وبراء المولى لانه لم يدع عليه بعد الجنابة اعتنا حتى يصير به مختارا للفداء ان علم بذلك أو مستمسكا حق الجنى عليه ان لم يعلم وكذلك لم يكن له سبيل على أخذ العبد بعد هذا الاقرار ولا على المولى بشئ ولا على العاقلة الا بحجة وقوله (وإذا أعنت العبد) يعني اذا أعنت عبد معترف بالرق (فقال لرجل قتلت أخاك خطأ وأنا عبد وقال الآخر لقتلته وأنت حر فالقول قول العبد لانه منكر للضمان) لانه أسند اقراره الى حالة معهودة منافية للضمان عليه اذ الكلام في عبد معترف بالرق والوجوب في جنابة العبد على المولى دفعا أو فداء واعتراض بأن العبد قد ادعى تاريخا سابقا في اقراره والمقر له منكر لذلك التاريخ فينبغي أن يكون القول قوله وأجيب بأن اعتبار التاريخ للترجيح بعد وجود أصل الاقرار وههنا هو منكر لاصله فصار كمن يقول عبده اعتقتك قبل أن تتخلق أو أخلق

(قوله وإنما لا يضمن القاتل دين من قتله الخ) أقول الظاهر أنه كان يكفي أن يقول وإنما لا يضمن القاتل الدين لانه لم يفتره (قوله فان قلت اذا كان تخصيص العلة) أقول كيف يكون تخصيص العلة والمضمون ههنا ليس هو الدين بل العين الذي أتلفه



وقوله (كان القول قوله) يعني مع عينه وقوله (لماذا كرنا) اشارة الى قوله لانه منكر للضمان قال (ومن اعتق جارية ثم قال لها) هذه المسئلة ايضا مبناها على اسناد الاقرار الى حالة منافية للضمان ومعنى قوله (الاجماع والغلة) ان يقول لها جاععتك وانت امتي او اخذت منك غلة عمك وانت امتي وقالت بل كان ذلك بعد العتق فان القول قول المقر الذي هو المولى استحسانا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد لا يضمن الاشيا قائما بعينه فانه يؤمر برده عليه اي يفي لو كان أقر بأخذ شئ منها بعينه والمأخوذ قائم في يده واختلافه على هذا الوجه فان الرد فيه مجمع عليه بناها محمد رحمه الله على الاصل المذكور وأجاب عن تخلف الشئ القائم بعينه بأنه أقر بيده أي بيد المأخوذ منه (حيث اعترف بالأخذ منه) (٣٦٥) ثم ادعى التملك عليه وهو منكر والقول

قول المنكر فلماذا يؤمر بالرد عليها ولها ما أنه أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله) وهذا لانه ما أسنده الى حالة منافية للضمان لانه يضمن بدها لقطعها وهي مدبونة بخلاف الوطء والغلة لان وطء المولى أمته المدبونة لا واجب العقر وكذلك اذا أخذ من غلتها وان كانت مدبونة لا يجب الضمان عليه فصل فيهما الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان بخلاف غيرهما (لانه بمنزلة ما اذا قال لغيره فقأت عينك النبي وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت) يريد بذلك براءته عن ضمان العين قصاصا وارشا) وقال المقر له بل فقأتها وعينك اليمنى مققوأة) يريد به وجوب نصف الدية عليه وهذا بناء على أن جنس العضو المتلف ان كان صحيحا حال

وأنا محنون وقد كان حنونه معروفا كان القول قوله لماذا كرنا قال (ومن اعتق جارية ثم قال لها اقطعك بذلك وانت امتي وقالت قطعتها وانحره قال قولها وكذلك كل ما أخذ منها الاجماع والغلة استحسانا وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد لا يضمن الاشيا قائما بعينه يؤمر برده عليها) لانه منكر وجوب الضمان لاسناده الفهم الى حالة معهودة منافية له كافي المسئلة الاولى وكافي الوطء والغلة وفي الشئ القائم أقر بيدها حيث اعترف بالأخذ منها ثم ادعى التملك عليها وهي منكرة والقول قول المنكر فلماذا يؤمر بالرد لها ولها ما أنه أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله كما اذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت وقال المقر له لا بل فقأتها وعينك اليمنى مققوأة فان القول قول المقر له وهذا لانه ما أسنده الى حالة منافية للضمان لانه يضمن بدها لقطعها وهي مدبونة وكذا يضمن مال الحربى اذا أخذه وهو مستأمن بخلاف الوطء والغلة لان وطء المولى امته المدبونة لا واجب العقر وكذا أخذ من غلتها وان كانت مدبونة لا يجب الضمان عليه فصل الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان

اسقاط موجب الجنابة وان أريد بذلك أن الصلح لا ينافي ثبوت موجب الجنابة في الاصل بل يقر بذلك حيث وقع الصلح عنه على حال وان سقط بعد تحقق الصلح فهو مسلم لكن لا يتم حينئذ قولهم فاذا لم تبطل الجنابة لم تمتنع العقوبة اذ لا يلزم من عدم بطلان الجنابة معنى ثبوتها في الاصل عدم امتناع العقوبة بعد تحقق الصلح عنها كما هو الحال فيما نحن فيه بل لا يتم حينئذ الفرق رأسا بين صورتي العفو والصلح اذ العفو أيضا لا ينافي ثبوت موجب الجنابة في الاصل قبل العفو كما لا يخفى (قوله ومن اعتق جارية ثم قال لها اقطعك بذلك وانت امتي وقالت بل قطعتها وانحره قال قولها) قال صاحب العناية هذه المسئلة أيضا مبناها على اسناد الاقرار الى حالة منافية للضمان أقول ليس هذا بسد لان مبنى هذه المسئلة التي جوابها كون القول قولها ليس على اسناد الاقرار الى حالة منافية للضمان كافي المسئلة الاولى والا لما كان القول قولها بل كان يجب أن يكون القول قول المقر كافي المسئلة الاولى وانما مبنى هذه المسئلة على أنه أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع قوله الا بجهة كما يظهر مما ذكر في الكتاب في تعليل جواب هذه المسئلة نعم مبناها على قول محمد اسناد الاقرار الى حالة منافية للضمان الا أن قوله ليس عطا بقى لجواب هذه المسئلة وانما ذكرها بطريق الاستطراد لا الاصاله تمام معنى بناء هذه المسئلة التي كان جوابها على قول أبي حنيفة وأبي يوسف كما صرح به في الكتاب على أصل قول محمد فيها (قوله وكذا يضمن مال الحربى اذا أخذه وهو مستأمن) قال صاحب العناية ليس له تعلق بما نحن فيه من مسئلة القطع لكنه ذكره بيان المسئلة أخرى صورتها مسلم دخل دار الحرب بأمان وأخذ

الاتلاف ثم تأنف سقط القصاص بناء على أصل أصحابنا راجعهم الله أن موجب العمد القود على سبيل التعيين وله العدول الى المال فقيل العدول اذا فاته المثل بطل الحق واعترض بان ذلك فيما يجب فيه القصاص كما اذا قطع عين شخص ثم شلت عينه وفق العين بالتعوير لقصاص فيه فلا يستقيم الاصل المذكور وأحيب بأن المراد فق عذبه به فورها ولم تخسف والقصاص فيه جار وقوله (وكذا يضمن مال الحربى اذا أخذه وهو مستأمن) ليس له تعلق بما نحن فيه من مسئلة القطع لكنه ذكره بيان المسئلة أخرى صورتها مسلم دخل دار الحرب بأمان وأخذ

قال المصنف (وكذلك كل ما أخذ منها الاجماع والغلة استحسانا) أقول سبق في كتاب المأذون أن للمولى أن يأخذ غلته مثله بعد الدين

مال حربى ثم أسلم الحربى ثم خرجا ليئنا فقال له المسلم أخذت منك مالا وأنت حربى فقال بل أخذت منى وأنا مسلم فأنهم اعلى الخلفاء  
 كذا قيل فان صح ذلك فوجه قول محمد رجه الله انه أسند اقراره الى حالة معهودة منافية للضمان ووجه قولهما انه ليس كذلك لان مال  
 الحربى قد يضمن اذا اخذته ديناف كان قد أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع الابحجة والله أعلم والحاصل ان هذه المسائل على  
 ثلاثة أوجه في وجهه يكون (٣٦٦) القول قول المولى وهو ما اذا أخذ الفدية او وطنها وفي وجهه يكون القول

قول الجارية وهو ما اذا أقر  
 المولى أنه أخذ منها مالا  
 وهو قائم في يده وفي وجه  
 اختلافها وهو ما اذا استهلك  
 مالها أو قطع يدها وقد  
 انفقوا على أصليين أحدهما  
 أن الاسناد الى حالة معهودة  
 منافية للضمان بوجه  
 سقوط المقر به والآثر أن  
 من أقر بسبب الضمان ثم  
 ادعى ما يبرئه لا يسمع منه  
 الابحجة فالوجه الاول  
 مخترج على الاصل الاول  
 بالاتفاق والوجه الثانى  
 مخترج على الاصل الثانى  
 بالاتفاق والوجه الثالث  
 خرج به محمد رجه الله على  
 الاول وهما على الثانى وقوله  
 (واذا أمر العبد المحجور)  
 على الوجه الذى ذكره  
 ظاهر وقوله (على ما بينا  
 من قبل) اشارة الى ما ذكره  
 قبيل فحسن الجنتين وقوله  
 (لأنه غير مضطر في دفع  
 الزيادة) أى لضرورة في  
 اعطاء الزيادة لأنه يتخلص  
 عن عهدة الضمان باعطاء  
 الاقل من الفداء أو قيمة  
 العبد لأنه انما تلف بأمره  
 ما هو الاقل منه ما قال (واذا  
 قتل العبد رجلين عدا)

قال (واذا أمر العبد المحجور عليه صيدا حرا يقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبي الدية) لأنه هو القاتل حقيقة  
 وعده وخطؤه مساويا على ما بينا من قبل (ولاشئ على الأمر) وكذا اذا كان الأمر صبيبا لانها لا يؤخذان  
 بأقوالهما لان المؤاخذة فيما باعتبار الشرع وما اعتبر قولهما ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي الأمر  
 أبدا ويرجعون على العبد إلا أمر بعد الاعتاق لان عدم الاعتبار لحق المولى وقد زال بالنقصان أهلية  
 العبد بخلاف الصبي لأنه فاصر الأهلية قال (وكذلك ان أمر عبدا) معناه أن يكون الأمر عبدا  
 والمأمور عبدا محجورا عليهما (يتخاطب مولى القاتل بالدفع أو القداء) ولا رجوع له على الاول في  
 الحال ويجب أن يرجع بعد العتق أقل من الفداء وقيمة العبد لأنه غير مضطر في دفع الزيادة وهذا اذا كان  
 القتل خطأ وكذا اذا كان عبدا والعبد القاتل صغيرا لان عده خطأ ما اذا كان كبيرا يجب القصاص  
 لجريته بين الحر والعبد قال (واذا قتل العبد رجلين عبدا ولكل واحد منهما وليان فعدا أحدهما على كل  
 واحد منهما فان المولى يدفع نصفه الى الآخر من أو يفديه بعشرة آلاف درهم) لأنه لما عفا أحد وليي  
 كل واحد منهما ما سقط القصاص وانقلب ما لفصار كما لو وجب المال من الابتداء وهذا لان حقهم في  
 الرقة أو في عشرين ألفا وقد سقط نصيب العاقدين وهو النصف وبقي النصف (فان كان قتل أحدهما  
 عبدا والآخر خطأ فعدا أحدهما الممد فان فداء المولى فداء بمخمسة عشر ألفا خمسة آلاف الذى لم يعف  
 من وليي العمد وعشرة آلاف لولي الخطا) لأنه لما انقلب الممد مالا كان حق وليي الخطا في كل الدية عشرة  
 آلاف وحق أحدهما الممد في نصفها خمسة آلاف ولا تضايق في الفداء فيجب خمسة عشر ألفا (وان  
 دفعه دفعه اليهم اثلاثا لثلاثاء لولي الخطا وثلاثة لغير العاق من وليي الممد عند أبي حنيفة وقال يدفعه  
 اربعا ثلاثة ارباعه لولي الخطا واربعة لولي العمد)

مال حربى ثم أسلم الحربى ثم خرجا ليئنا فقال له المسلم أخذت منك مالا وأنت حربى فقال بل أخذت منى  
 وأنا مسلم فأنهم اعلى الخلفاء كذا قيل فان صح ذلك فوجه قول محمد انه أسند اقراره الى حالة معهودة منافية  
 للضمان ووجه قولهما انه ليس كذلك لان مال الحربى قد يضمن اذا اخذته ديناف كان قد أقر بسبب  
 الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع الابحجة الى هنا كلامه (أقول) فيه نبذ من الاختلال أما أول فلان  
 قوله ليس له تعلق بما نحن فيه من مسألة القطع ممنوع فانه وان لم يكن داخل في مسألة القطع نفسها  
 الا انه نظير لها الا شرا كهما في العلة حيث لم يوجد في كل منهما اسنادا لقراره الى حالة منافية للضمان  
 عندهما وكونه نظير لما نحن فيه تعلق محض به فان التنظير كثير الوقوع في استدلالهم شائع فيما  
 بينهم فصار قوله هنا وكذا يضمن مال الحربى اذا أخذه وهو مستأمن بمنزلة قوله فيما قبل كما اذا قال لغيره  
 فقات عينك البني وعيني البني صحيحة الخ وأما ثانيا فلان قوله ووجه قولهما انه ليس كذلك لان  
 مال الحربى قد يضمن اذا أخذه وهو مستأمن بشرح مطابق للشرع وانما المطابق له أن يقال لان مال  
 الحربى قد يضمن اذا أخذه وهو مستأمن بتبر (قوله وان دفعه دفعه اليهم اثلاثا لثلاثاء لولي الخطا وثلاثة  
 لغير العاق من وليي الممد عند أبي حنيفة رجه الله وقال يدفعه اربعا الخ) قال صاحب النهاية وأصل هذا

كلامه واضح الى قوله وان دفعه دفعه اليهم اثلاثا لثلاثاء لولي الخطا وثلاثة لغير العاق من وليي الممد عند أبي حنيفة رجه الله فالقسمة

قال المصنف (ويجب أن يرجع بعد العتق) أقول قال صدر الشريعة في شرح الوفاية وانما قال ويجب أن يرجع بعد العتق الخ  
 اذ لا رواية لذلك أقول ينبغي أن لا يرجع بشئ لان الأمر لم يصح والأمر لم يوقع في هذه الورقة لكمال عقل المأمور بخلاف ما اذا كان  
 المأمور صبيبا انتهى أوجب بأن أمره استخدام وانما بسببه مال المولى واذا استخدم العبد فغضب ضمن المستخدم كذا هذافلتا مسلم

وأصل هذا ما اتفقوا عليه أن قسمة العين إذا وجبت بسبب دين في الذمة كالغريمين في التركة ونحوها كانت القسمة بطريق العول والمضاربة لعدم التضابق في الذمة فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه وأما إذا وجبت قسمة العين ابتداء لا بسبب دين في الذمة كسئلة بيع الفضولي وهي أن فضوليا يباع عبدانسان كله وفضوليا آخر باع نصفه وأجاز المالك البيعين كان العبد بين المشتريين أرباعا فكانت القسمة بطريق المنازعة لأن الحق الثابت في العين ابتداء لا يثبت بصفة الكمال عند المراجعة لأن العين الواحدة تضيق عن الحقيقتين على وجه الكمال وإذا ثبت هذا قال أبو يوسف ومحمد رحمه الله في هذه المسئلة ثلاثة أرباع العبد المدفوع لولي الخطأ وربعه لساكت من ولي العبد لأن حق ولي العبد لا ينفك عن حق ولي العبد لأن حق ولي الخطأ بهذا النصف بلامنازعة بقى النصف الآخر واستوت منازعة ولي الخطأ والساكت من ولي العبد في هذا النصف فنصار هذا النصف بينهما منصفين فكانت القسمة بينهما بطريق المنازعة أرباعا كما في مسئلة الفضولين ولا يخيصة رحمه الله أن أصل حقه هو الميس في عين العبد بل في الارش الذي هو بدل المتلف والقسمة في غير العين تكون بطريق العول والمضاربة وهذا لأن حق ولي الخطأ في عشرة آلاف وحق شريك العاق في خمسة فيضرب (٣٦٧) كل واحد منهما بمحصته كرجل

عليه ثلاثة آلاف درهم  
الفان لرجل وألف لا آخر  
مات وترك ألف درهم  
كانت التركة بين صاحبي  
الدين اثنا عشر بطريق العول  
والمضاربة ثلثها للصاحب  
الالفين وثلثها للصاحب  
الالف كذلك هذا بخلاف  
بيع الفضولي لأن المالك  
يثبت للمشتري في العين  
ابتداء وقوله (وإذا كان  
عبد بين رجلين فقتل  
مولى لهما) فسر المصنف  
رحمه الله بقوله أي قريبا  
لهما قال الله تعالى واني  
خفت المولى من ورائي أي  
الاقارب ويحتمل أن يراد  
به عبد لهما اعتقاه فعفا

فالقسمة عند مداهما بطريق المنازعة فيسلم النصف لولي الخطأ بلامنازعة واستوت منازعة الفريقين في النصف الآخر فينتصف فلهذا يقسم ارباعا وعند مداهما يقسم بطريق العول والمضاربة اثلاثا لأن الحق تعلق بالقسمة أصله التركة المستغرقة بالدين فيضرب هذا بالكل وذلك بالنصف ولهذه المسئلة تطاير واضداد ذكرناها في الزيادات قال (وإذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما) أي قريبا لهما (فعفا) أحدهما بطل الجميع عند أبي حنيفة وقال يدفع الذي عفا نصف نصيبه إلى الآخر أو يقديه بربيع الدية) وذكر في بعض النسخ قتل ولي لهما والمراد القريب أيضا وذكر في بعض النسخ قول محمد مع أبي حنيفة وذكر في الزيادات عبد قتل مولاه وله ابنان فعفا أحدا لابن بطل ذلك كله عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف الجواب فيه كالجواب في مسألة الكتاب ولم يذ كر اختلاف الرواية لأبي يوسف رحمه الله أن حق القصاص ثبت في العبد على سبيل الشروع

ما اتفقوا عليه وهو أن قسمة العين إذا وجبت بسبب دين في الذمة كالغريمين في التركة ونحوها كانت القسمة بطريق العول والمضاربة لأنه لا تضابق في الذمة فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه وأما إذا وجبت قسمة العين ابتداء لا بسبب دين في الذمة كما في مسئلة بيع الفضولي وهي أن فضوليا يباع عبدانسان كله وفضوليا آخر باع نصفه وأجاز المولى البيعين كان العبد بين المشتريين أرباعا فكانت القسمة بطريق المنازعة لأن الحق الثابت في العين ابتداء لا يثبت بصفة الكمال عند المراجعة لأن العين الواحدة تضيق عن الحقيقتين على وجه الكمال ولما ثبت هذا قال أبو يوسف ومحمد رحمه الله في مسئلته هذه ثلاثة أرباع العبد المدفوع لولي الخطأ وربعه لساكت من ولي العبد

أحدهما بطل حق الآخر في النفس والمال جميعا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال يقال للعاقى ادفع نصف نصيبك إلى شريكك أو افده بربيع الدية وذكر في بعض نسخ الجامع الصغير قول محمد مع أبي حنيفة رحمه الله والاشهر أنه مع أبي يوسف رحمه الله قال أبو يوسف ومحمد أن حق كل واحد من المولين في نصف القصاص شائعا

(قوله فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه) أقول يخالف لما أسلفه في باب ما يدعيه الرجلان فراجعه (قوله وأما إذا وجبت قسمة العين ابتداء) أقول ولم يكن تعاق الحق بالعين على وجه الشروع لكل واحد في البعض ولا بد من هذا التقييد على ما ذكره وافانه إذا كان ثبوت حق في العين على هذا الوجه تكون القسمة عولية عنده وعند مداهما أيضا لا بد من التقييد بأن لا يكون تعلق الحقيقتين على وجه الشروع في وقت واحد ولا تكون القسمة عولية (قوله فكانت القسمة بطريق المنازعة لأن الحق الثابت الخ) أقول فيه بحث (قوله ولا يخيصة أن أصل حقه هو الميس في عين العبد بل في الارش الذي هو بدل المتلف والقسمة في غير العين تكون بطريق العول والمضاربة) أقول سبق من المصنف في أول الباب أن الواجب الأصلي هو الدفع في الصحيح وإن كان للمولى حق النقل إلى الفداء وما ذكره الشارح بخالفه كما لا يخفى ثم قول المصنف هنا لأن الحق تعلق بالقسمة يخالف ما ذكره الشارح أيضا لأن يراد بالقسمة مجازا



(وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله) وهو قول أبي يوسف رحمه الله أولا (وقال أبو يوسف) آخره وهو قول الشافعي رحمه الله بحسب قيمته بالغته ما بلغت ولو غضب عبد قيمته عشرون ألفا وهلك في يده بحسب قيمته بالغته ما بلغت بالاجماع لهما ان الضمان بدل المالمية) وبدل المالمية بالقيمة فالضمان بالقيمة أما أنه بدل المالمية فلأنه (يجب للولي وهو لا يملك العبد الا من حيث المالمية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد وبقاؤه ببقاء المالمية أصلا) ان بقي العين (أوبدلا) ان (٣٦٩) هلكت (وصار كقليل القيمة

وكأنه غضب) وأما أنه بدل المالمية بالقيمة فظاهر وهذا كما ترى ترجيح الجانب المالمية على الأدمية لأن المماثلة واجب الرعاية والرعاية في ذلك أكثر لأن المال وان كثرت أعيان النفس وبمائل المال (ولابى حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله تعالى ودية مسلمة إلى أهله) ووجه الاستدلال ان الله تعالى أوجب الدية مطلقا فمن قتل خطأ حرا كان أو عبدا (والدية اسم للواجب بمقابلة الأدمية ولأن فيه معنى الأدمية حتى كان مكلفا) بلا خلاف (وفيه معنى المالمية) حتى ورد عليه الملك بلا خلاف (والأدمية أعلاهما) لا محالة (فيجب اعتبارها باهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما) إذ العكس يقضى إلى اهدارهما جميعا لأن الأدمية أصل لقيام المالمية بها وفي اهدار الأصل اهدار التابع واهدار أحدهما أولى من اهدارهما فان قيل لا نسلم أن الجمع بينهما متعذر بل باليجاب القيمة بالغته ما بلغت يوجد الجمع بينهما أوجب

وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف والشافعي بحسب قيمته بالغته ما بلغت ولو غضب عبد قيمته عشرون ألفا فهلك في يده بحسب قيمته بالغته ما بلغت بالاجماع لهما أن الضمان بدل المالمية ولهذا يجب للولي وهو لا يملك العبد الا من حيث المالمية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد وبقاؤه ببقاء المالمية أصلا وأبدلا وصار كقليل القيمة وكان غضب ولا بى حنيفة ومحمد قوله تعالى ودية مسلمة إلى أهله أوجبها مطلقا وهي اسم للواجب بمقابلة الأدمية ولأن فيه معنى الأدمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالمية والأدمية أعلاهما ما فيجب اعتبارها باهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما وضمنان الغضب بمقابلة المالمية إذ الغضب لا يرد إلا على المال وبقاء العقد يتبع الفائدة حتى يبقى بعد قتله عمد أو ان لم يكن القصاص بدلا عن المالمية فكذلك أمر الدية

على العبد وقدم الأولى ترجيح الجانب الفاعلية كذا في العناية وهو حق الاداء وقال في النهاية وغاية البيان انما قدم جنابة العبيد على الجنابة عليهم لأن الفاعل قبل المفعول وجودا فكذا ترتيبا (أقول) فيه بحث لأنه ان اردنا ان ذات الفاعل قبل ذات المفعول وجودا فهو ممنوع اذ يجوز أن يكون وجود ذات المفعول قبل وجود ذات الفاعل مدة طويلة مثلا يجوز أن يكون عمر المجنى عليه سبعين سنة أو أكثر وعمر الجاني عشرين سنة أو أقل وان اردنا فاعلية الفاعل قبل مفعولية المفعول وجودا فهو أيضا ممنوع فان المفعولية والفاعلية توحيدها معاني آن واحد وهو أن تعلق الفعل المتعدي بالمفعول بوقوعه عليه اذ قبل ذلك لا يتصف الفاعل بالفاعلية ولا المفعول بالمفعولية وكل ذلك غير خاف على الفطن العارف بالقواعد (قوله ولا بى حنيفة ومحمد رحمه الله قوله تعالى ودية مسلمة إلى أهله أوجبها مطلقا وهي اسم للواجب بمقابلة الأدمية) وجه الاستدلال ان الله تعالى أوجب الدية مطلقا فمن قتل خطأ حرا كان أو عبدا والدية اسم للواجب بمقابلة الأدمية كذا في العناية وغيرها (أقول) لقائل أن يقول لو كان الواجب قتل العبد أيضا خطأ هو الدية التي تكون واجبة بمقابلة الأدمية كان ينبغي أن لا تتفاوت ديات العبيد في المقدار لتساويهم في الأدمية كالتفاوت ديات الاحرار في القيمة لتساويهم في ذلك وان كان بعضهم أشرف من بعض بوجوده شتى مع أن ديات العبيد تتفاوت في المقدار بحسب تفاوت قيمتهم كما هو المذهب فتأمل (قوله ولأن فيه معنى الأدمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالمية والأدمية أعلاهما ما فيجب اعتبارها باهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل ولأن فيه معنى الأدمية حتى كان مكلفا بلا خلاف وفيه معنى المالمية حتى ورد عليه الملك بلا خلاف والأدمية أعلاهما لا محالة فيجب اعتبارها باهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما إذ العكس يقضى إلى اهدارهما جميعا لأن الأدمية أصل لقيام المالمية بها وفي اهدار الأصل اهدار التابع واهدار أحدهما أولى من اهدارهما انتهى واعترض عليه بعض الفضلاء بأنه منقوض بصورة الغضب فان فيها اهدار الأصل دون التابع انتهى (أقول) ليس هذا بوارد فان اهدار أحدهما ما انما يتصور فيما اذا وجد اتلافهما معا فاعتبرا أحدهما واهدرا الآخر

(٤٧ - تكمله ثامن) بأن الجمع انما يوجد بايجاب الدية مع كمال القيمة وذلك لا يجوز ز القول به لوجه من الاجماع وقوله (وضمان الغضب) جواب عن قولهما وكان كالفصل وقوله (وبقاء العقد) جواب عن قوله ما ولو قتل العبد المبيع (قوله لان الأدمية أصل لقيام المالمية بها وفي اهدار الأصل اهدار التابع) أقول منقوض بصورة الغضب فان فيها اهدار الأصل دون التابع

وقوله (وفي قليل القيمة) جواب عن قولهما واصل قليل القيمة وقوله (بأن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه) وقع في بعض النسخ  
 ابن عباس رضي الله عنهما وهو ما روى عنه لا يبلغ بقيمة العبدية الحر وينقص منه عشرة دراهم والاول أصح لما افتقه لاكثر  
 النسخ واسترض بان ابن مسعود رضي الله عنه معارض بما روى ان عمر وعلي بن عمر رضي الله عنهم أوجبوا في قتل العبد قيمته  
 بالغة ما بلغت وأجيب بان المروي (٣٧٠) عن ابن مسعود رضي الله عنه أوجب في ذلك المقدار وهو مما لا يهتدى اليه العقل

وليس فيما روى عن غيره ذلك بل فيه قياس سائر الاموال من تبليغ قيمته بالغة ما بلغت فكان محمولا على أنهم قالوا بالرأى ومنه لا يعارض ما هو معتزلة المسموع من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقوله (لايزاد على خمسة آلاف) أي لايزاد على هذا المقدار قال في النهاية هذا الذي ذكره خلاف ظاهر الرواية لأنه ذكر في البسوط فأما طرف المأول فقد بينا أن المعتبر فيه المالية لأنه لا يضمن بالقصاص ولا بالكفارة فلهذا كان الواجب فيه القيمة بالغة ما بلغت الآن محمد ارجه الله قال في بعض الروايات القول به إذا يؤدي الى أنه يجب بقطع طرف العبد فوذا يجب بقتله الى أن قال فلهذا قال لايزاد على نصف بدل نفسه فيكون الواجب خمسة آلاف الاخسة وقوله (لان القيمة في العبد كالدية في الحر) يعني يجب في موطنه العبد نصف عشر قيمة العبد لانه يجب في الحر نصف عشر الدية

وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الأدمية الا أنه لا يسمع فيه فقدرناه ب قيمته رأيا يخلاف كثير القيمة لان قيمة الحر مقدرة بعشرة آلاف درهم ونقصنا منها في العبد اظهارة لا بخطا طرئته وتعين العشرة بأثر عبد الله بن عباس رضي الله عنهما قال ( وفي يد العبد نصف قيمته لايزاد على خمسة آلاف الاخسة) لان البد من الأدمي نصفه فتعتبر بكمه وينقص هذا المقدار اظهارة لا بخطا طرئته وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد لان القيمة في العبد كالدية في الحر اذ هو بدل الدم على ما قررناه وان غصب أمة قيمتها عشرون ألفا غانت في يده فعليه تمام قيمتها ما بينا أن ضمان الغصب ضمان المالية قال (ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى ثم مات من ذلك فان كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه والاقتصاص منه وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لاقتصاص في ذلك وعلى القاطع أورش اليد وما نقصه ذلك الى أن يعتقه ويبطل الفضل) وانما لم يجب القصاص في الوجه الاول لاشتباه من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح

بأن يعطى لاتلاف احدهما حكم شرعي دون اتلاف الآخر كما فيما نحن فيه فان قتل العبد اتلاف أدمية ومالية معا بخلاف الغصب اذ ليس فيه اتلاف الأدمية أصلا وانما الحاصل به اتلاف المالية بازالة اليد المحقة عنه واثبات اليد المبطله فيه كما اشار اليه المصنف بقوله وضمن الغصب بمقابلة المالية اذ الغصب لا يرد الا على المال بحيث لم يوجد فيه اتلاف الأدمية لم يلزم فيه اهدار الاصل الذي هو الأدمية فان معنى اهداره ان لا يعطى لاتلافه حكم شرعي فاذا لم يوجد اتلافه لم يتصور أن ترتب عليه حكم شرعي فمن أين يلزم اهداره تفكر ( قوله وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الأدمية لانه لا يسمع فيه فقدرناه ب قيمته رأيا) أقول فيه اشكال اذ قد تقررت في علم الاصول وشاع في علم الفروع أيضا ان الرأي والقياس لا يجريان في المقادير بل انما يعرف المقادير بالسمع فكيف يجوز التقدير بالقيمة هنا بالرأى من غير سماع وأيضا ان العبد لا يتفاوتون في نفس الأدمية لاجتماعه عن هذا الاتفاوتون في شيء من تكاليف الشرع المتوجهة عليهم من حيث الأدمية كالتكاليف بالايمان والصلاة والصوم وغيرها من شرائع المعاملات والعقوبات كما صرحوا به فكيف يتم تقدير الواجب عليهم بمقابلة الأدمية فيما نحن فيه بقيمتهم وهم متفاوتون في القيم ( قوله وان غصب أمة قيمتها عشرون ألفا غانت في يده فعليه تمام قيمتها) أقول لقائل أن يقول ذكر هذه المسئلة مرة فيما قبل حيث قال ولو غصب عبد ا قيمته عشرون ألفا وهلك في يده يجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع فما وجه الاعادة هنا وتكرار مسئلة واحدة في موضع قريب ليس من دأب المصنفين كالأحنفي ويمكن أن يقال أصل المسئلة ما ذكرهنا فانه المذكور في الجامع الصغير والبداهة والذي ذكره فيما قبل انما هو بطريق الاستطراد فربما ينسب مسئلة قتل العبد خطأ بين مسئلة غصبه في الحكم حيث يجب في الاولى أقل من عشرة آلاف درهم اذ اذادت قيمته على دية الحر عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف والشافعي ويجب في الثانية قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع وجه الدليل تينك المسئلتين في البيان في موضع واحد ( قوله وانما لم يجب القصاص في الوجه الاول لاشتباه من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح

(اذ هو) أي القيمة (بدل الدم على ما قررناه) اشارة الى قوله ولا يبي حنيفة ومحمد رجما الله قوله تعالى ودية مسئلة الى أهله وقوله (وان غصب أمة) ظاهر قال (ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى) صورة المسئلة ظاهرة وكذا تحرير المذاهب وقوله (في الوجه الاول) يعني فيما اذا كان له ورثة غير المولى وقوله (لاشتباه من له الحق) يعني المستوفى وجهاته تمنع القصاص (قوله ولا بالكفارة فلهذا كان الواجب الخ) أقول فيه بحث

وقوله (وفيه الكلام) أي فيما إذا كان له ورثة غير المولى وقيل أي في وجوبه على وجه يستوفي لأعلى أصل الوجوب لانه لا فائدة الاستيفاء  
 فإذا فات المقصود سقط اعتباره وقيل أي في تعدد الاستيفاء وقيل أي في تحقق اشتباه من له القصاص ومعناه أن تعدد استيفاء  
 القصاص لتحقق اشتباه من له الاستيفاء وقد تحقق الاشتباه فيما نحن فيه فيتعدد الاستيفاء وقوله (واجتماعهما لا يزيل الاشتباه)  
 جواب عما يقال سلمنا أن من له الحق مشتبه لكن يزيل الاشتباه باجتماعهما ووجهه أن اجتماعهما لا يزيله لان الملك في الحالين  
 مختلف فان الملك للمولى وقت الجرح دون الموت ولا وورثة بالعكس وعند (٣٧١) الاجتماع لا يثبت الملك لكل واحد

منهما على الدوام في الحالين  
 فلا يكون الاجتماع مقيدا  
 (بجلاف العبد الموصى  
 بخدمته لرجل وبرقبته  
 لاخر) فان كل واحد منهما لم  
 يفرد بالقصاص لان الموصى  
 له بالخدمة لا ملك له في الرقبة  
 والموصى له بالرقبة اذا  
 استوفى القصاص سقط  
 حق الموصى له بالخدمة لان  
 الرقبة آتت الى المولى فلا  
 علك ابطال حقه عليه ولكن  
 اذا اجتمعا فقد رضى الموصى  
 له بالخدمة بقوات حقه  
 فيستوفيه الاخر لزال  
 الاشتباه وقوله (على اعتبار  
 احدي الحاليتين) وهي حالة  
 الجرح قبل العتق والحالة  
 الاخرى هي حالة الموت بعد  
 العتق وقوله (فما يحتاج  
 فيه) يعني في الذي لا يثبت  
 بالشبهات فانه يحترز بهذا  
 عن قال لاخر على  
 ألف من فرض فقال المقره  
 لابل من عن مبيع فانه يقضى  
 بالمال وان اختلف السبب  
 لان ذلك من الاموال  
 والاموال مما يقع البديل  
 والاباحة فيها فلا يبالى

يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه وتعدد الاستيفاء فلا يجب على  
 وجه يستوفي وفيه الكلام واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لان الملكين في الحالين بخلاف العبد الموصى  
 بخدمته لرجل وبرقبته لاخر اذا قتل لان مال كل منهما من الحق ثابت من وقت الجرح الى وقت الموت فاذا  
 اجتماع ال اشتباه والمخلاف في الخلافة وهو ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى أن سبب الولاية قد اختلف  
 لانه الملك على اعتبار احدي الحاليتين والوراثة بالولاء على اعتبار الأخرى فنزل منزلة اختلاف المستحق  
 فيما يحتاج فيه كما اذا قال لاخر بعني هذه الجارية بكذا فقال المولى زوجه تمنك لا يحمل له وطؤها  
 يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه الخ) واعترض عليه بعض  
 العلماء بأنه ما معنى هذا التردد وقد صرحوا فيما لو ضرب الامه الحامله فاعتق المولى الامه ثم ألقته حيا فماتت  
 الولدان باعتبار حاله الضرب حتى تجب القيمة لالديه اه أقول ليس هذا بشئ اذ قد صرحوا في بيان  
 تلك المسئلة بأنها اعتبار ما تاتي الضرب والتلف معا فأوجبنا القيمة دون الدية اعتبارا لحالة الضرب وأوجبنا  
 قيمته حيا اعتبارا لحالة التلف وقد مر ذلك في الكتاب وشروحه مفصلا في أو اخر فصل الجنين فكان  
 ذلك البعض حفظ بعض ما ذكره هناك ونسي بعضه فزعم أن الاعتبار هناك حالة الضرب فقط (قوله وفيه  
 الكلام) قال صاحب النهاية أي الكلام فيما اذا كان للعبد ورثة سوى المولى وقال ووصل شيخني  
 بخطه الضمير في وفيه الى وتعدد الاستيفاء لكن ما لذلك الى ما قلنا اه وقال صاحب الكفاية قوله  
 وفيه الكلام أي في وجوبه على وجه يستوفي ولا كلام في أصل الوجوب لان الوجوب لا فائدة الاستيفاء  
 فإذا فات المطلوب منه سقط اعتباره اه وقال صاحب الغاية قوله وفيه الكلام أي كلاما في تحقق  
 اشتباه من له حق استيفاء القصاص يعني ان تعدد استيفاء القصاص لتحقق اشتباه من له الاستيفاء  
 وقد تحقق الاشتباه فيما نحن فيه فيتعدد الاستيفاء اه واختار صاحب العناية من بين تلك الاقوال  
 ما ذكره صاحب النهاية من عند نفسه حيث قال قوله وفيه الكلام أي وفيما اذا كان له ورثة غير المولى  
 ونقل سائر الاقوال بقوله وقيل وقيل وقيل أقول ما ذهب اليه صاحب النهاية في تفسير مراد المصنف  
 هنا واختاره صاحب العناية ليس بشئ عندي لان المصنف بعد ان قال فيما قبل وانما لا يجب القصاص  
 في الوجه الاول مردياه ما اذا كان له ورثة غير المولى كما صرح به الشراح فاطبة كيف يحتاج هنالى  
 أن يقول والكلام فيما اذا كان له ورثة غير المولى وهلا يكون هذا القوام من الكلام كما شهد به الفطرة  
 السليمة وأما ما ذهب اليه شيخ صاحب النهاية وما ذهب اليه صاحب الغاية فلا يتخلو كل منهما عن  
 الر كما كبل عن القولية أيضا كما يدركه الذوق الصحيح وانما الحق الصريح هنا ما ذهب اليه صاحب  
 الكفاية اذ ينظم المعنى حينئذ جدا ويتعلق الكلام بقربه المتصل به من حيث اللفظ كما ترى (قوله  
 فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاج فيه) قال جهوه والشراح في تفسير ما يحتاج فيه أي الذي

باختلاف السبب كذا في الشروح وفيه نظر فان الاحتراز بالذي لا يثبت بالشبهات انما يكون مما يثبت بالشبهات والاموال ليست كذلك  
 والاولى أن يفسر ما يحتاج فيه بالاموال والفروج فانه استشهد بعدة بحمل الوطء وهو مما يثبت بالشبهات أو يفسر بالذي لا يجري فيه البديل  
 (قوله والاموال ليست كذلك) أقول فيه بحث بل هي كذلك الا ترى أنها تثبت بشه اذ رجل وامرأتين على ما مر تفصيله ولعل الشبهة  
 انما نشأت من اشتباه الشبهة بالشك فانها لا تثبت بالثاني دون الاول فتأمل (قوله فانه استشهد بعدة بحمل الوطء) أقول أي بعدم  
 حمل الوطء فالصنف مصدر (قوله وما يثبت بالشبهات) أقول لفظه ما نافية

وهو راجع الى الاول وقوله (ولان الاعتاق قاطع للسراية) دليل آخر وذلك لان الاعتاق يصير النهاية مخالفة للبدائية وذلك يمنع القصاص  
 ألا ترى أن من جرح عبد انسان (٣٧٣) ثم أعتقه مولاه ثم مات العبد من تلك الجراحة لم يكن عليه القصاص ولا

القيمة وانما ضمن النقصان فان كان خطافا لاتفاق وان كان عمدا فعند محمد رحمه الله لان الدليل وهو مخالفة النهاية للبدائية لا يفصل بينهما وبأنه قاطعهما يعني الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فممتنع القصاص كانه تلف باقعة سماوية فان قيل ينبغي أن يجب أرض السيد للمولى لكونه جرحا بلا سراية أوجب بأنه لا يجب نظرا الى حقيقة الجنابة وهو القتل لانه اذا سرى تبين أن الجنابة قتل لا قطع (ولهما أنا تبينا) ثبوت ولاية الاستيفاء في العمد للمولى فيستوفيه (لان القضي له) وهو المولى (معلوم والحكم) وهو استيفاء القصاص (متحد فوجب القول بثبوت الاستيفاء بخلاف الفصل الاول) يعني ما اذا كان له ورثة غير المولى حيث لم يجب القصاص بالاتفاق (لان المقضي له مجهول) لاننا لو اعتبرنا حالة الجرح كان المقضي له هو المولى ولو اعتبرنا حالة الموت كان الورثة (ولا معتبر باختلاف السبب هنا) أي في الفصل الثاني وهو ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى في العمد

ولان الاعتاق قاطع للسراية وبأنه قاطعها يسبق الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فممتنع القصاص  
 ولهما أنا تبينا بنبوت الولاية للمولى فيستوفيه وهـ ذالان المقضي له معلوم والحكم متحد فوجب القول  
 بالاسْتِيفَاء بخلاف الفصل الاول لان المقضي له مجهول ولا معتبر باختلاف السبب ههنا لان الحكم  
 لا يختلف بخلاف تلك المسئلة لان ملك الميرين يغاير ملك النكاح حكما

لا يثبت بالشبهات وقالوا فانه يحترز به هذا عن قال لا يخرجك على ألف من فرض فقال المقر له بل من عن  
 مبيع فانه يقضي بالمال وان اختلف السبب لان ذلك من الاموال والاموال مما يقع فيها البدل والاياحة  
 فلا يبالى باختلاف السبب اهـ وقال صاحب العناية بعد نقل هذا عن الشرح فيه نظر لان الاحتراز  
 بالذي لا يثبت بالشبهات انما يكون مما يثبت بالشبهات والاموال ليست كذلك اهـ أقول هذا النظر  
 ساقط جدا اذ لا شك ان الاموال مما يثبت بالشبهات الا ترى الى ما صرحوا به في كتاب الشهادة من  
 ان في شهادة النساء شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندري بالشبهات من الحدود  
 والقصاص وتقبل فيما سوى ذلك من الحقوق ما لا كانت أو غير مال ثم قال صاحب العناية والاولى  
 أن يفسر ما يحتاج فيه بالدماء والفروج فانه استشهد بعده بحمل الوطاء وهو مما يثبت بالشبهات اهـ  
 أقول فيه خلل أما أولا فلا ان المصنف ما استشهد بعده بحمل الوطاء وانما استشهد بعدم حمله كما ترى وأما  
 ثانيا فلا ان حمل الوطاء ليس مما يثبت بالشبهات قطعاً نعم لا يجب الحد بالوطء بشبهة الملك أو شبهة المجل  
 لكن لا يجب الوطاء بشئ من ذلك كما عرف في كتاب الحدود فان وجه الخلل الاول بتقدير المضاف بأن  
 يكون الاصل بعدم حمل الوطاء يبقى الخلل الثاني بلا تحمل توجيه ثم ان بعض الفضلاء قال في نقل عبارة  
 العناية وهو ما يثبت بالشبهات بدل وهو مما يثبت بالشبهات وقال لفظه ما نافية أقول نسخ العناية  
 التي رأيناها لا توافق ما ذكره وعلى فرض صحة ذلك لا يرتفع الاشكال عن كلام صاحب العناية هنا  
 لانه لما سمر ما يحتاج فيه بالدماء والفروج جازم أن يحترز به عن الاموال بالضرورة لانهم ليست من  
 الدماء ولا من الفروج فان كان عبارة العناية فانه استشهد بعده بحمل الوطاء وهو مما يثبت بالشبهات  
 وكان لفظه ما نافية لزم ان يرد عليه مثل النظر الذي أوردته على سائر الشرح بأن يقال الاموال أيضا  
 لا تثبت بالشبهات على زعمك فصارت كما استشهد به فاعنى الاحتراز عنها بتفسير ما يحتاج فيه بالدماء  
 والفروج فيلزم أن يكون ماعده أولى مشترك الا لزام تأمل تنهم (قوله ولان الاعتاق قاطع للسراية  
 وبأنه قاطعها يسبق الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فممتنع القصاص) هذا دليل آخر لمحمد رحمه الله  
 تعالى وذلك لان الاعتاق يصير النهاية مخالفة للبدائية وذلك يمنع القصاص ألا ترى أن من جرح عبد  
 انسان ثم أعتقه مولاه ثم مات العبد من تلك الجراحة لم يكن عليه القصاص ولا القيمة وانما ضمن  
 النقصان فان كان خطافا لاتفاق وان كان عمدا فعند محمد رحمه الله تعالى لان الدليل وهو مخالفة  
 النهاية للبدائية لا يفصل بينهما وبأنه قاطعها يسبق الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فممتنع القصاص  
 كانه تلف باقعة سماوية كذا في العناية وكثير من الشرح وقال في العناية بعد ذلك فان قيل ينبغي  
 أن يجب أرض السيد للمولى لكونه جرحا بلا سراية أوجب بأنه لا يجب نظرا الى حقيقة الجنابة وهو القتل  
 لانه اذا سرى تبين له ان الجنابة قتل لا قطع اهـ أقول فيه بحث وهو انه ان أراد بقوله في السؤال ينبغي  
 أن يجب أرض السيد للمولى أنه ينبغي أن يجب ذلك في مسألة الكتاب كما هو الظاهر من قوله أرض السيد دون

لان الحكم وهو استيفاء القصاص لا يختلف وهو في الحالين لواحد وهو المولى بخلاف تلك المسئلة يعني  
 المستشهد بها بقوله كما اذا قال لا آخر بعنى هذه الجارية الخ فان الحكم فيها مختلف (لان ملك الميرين يغاير ملك النكاح حكما) لان ملك  
 النكاح يثبت الخ لمقصود املك الميرين قد لا يثبت ولو أئتم لم يكن مقصودا واختلف الحكم كما اختلف السبب



وقوله (والاعتاق لا يقطع السراية) جواب عن قوله ولان الاعتاق قاطع للسراية ومعناه الاعتاق قاطع للسراية في صورة الخطادون العمد وذلك لانه لا يقطع السراية (لذاته بل لاشتباها من له الحق وذلك في الخطالان العمد لا يصلح مال كالمال) فيكون الحق حالة الجرح للمولى لكونه قبل العتق (وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت حريته فتقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه فجاء الاستنباه أما العمد فوجبه القصاص والعبد مبقى على أصل الحرية فيه) فالحق للعبد والمولى يستوفيه بطريق (٣٧٣) الخلافة عنه اذا فرض أنه (لا وارث

سواء فلا اشتباه فيمن له الحق)

والحاصل من هذا كله ان صور من قطع يد عبيد غيره فأعتقه المولى ثم مات لا تزيد على أربع لانه اما ان قطع عمدا أو خطأ فان كان الاول فاما ان يكون للعبد وارث سوى المولى أو لم يكن فان كان يقطع الاعتاق السراية بالاتفاق فلا يجب القصاص لجهالة المقتضى له والمقتضى به وان لم يكن لا يقطعها عندهما خلافاً لمحمد رحمه الله وان كان الثاني فالاعتاق يقطعها بالاتفاق سواء كان له وارث أو لم يكن فلا تجب القيمة أو الدية بل يجب نقصان القيمة بالقطع والباقي ظاهر قال (ومن قال لعبد به أحد كما حر ثم شجأ) اذا قال لعبد به أحد كما حر ثم شجأ فأوقع العتق على أحدهما أي بين ذلك المهم بالتعيين في أحدهما وانما ذكره بلفظ أوقع ليدل به على أن العتق لم ينزل على أحدهما في حق الارس معينا وان كان ظهرو وقوع العتق على أحدهما في بعض الصور كما في الموت والقتل فإنه اذا قال أحد كما

والاعتاق لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباها من له الحق وذلك في الخطادون العمد لان العمد لا يصلح مال كالمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت حريته فتقضى منه ديونه وينفذ وصاياه فجاء الاستنباه أما العمد فوجبه القصاص والعبد مبقى على أصل الحرية فيه وعلى اعتبار أن يكون الحق له فالمولى هو الذي يتولاه اذا وارث له سواء فلا اشتباه فيمن له الحق واذا امتنع القصاص في الفصلين عند محمد يجب أرض اليد وما نقصه من وقت الجرح الى وقت الاعتاق كما ذكرنا لانه حصل على ملكه ويبطل الفضل وعندهما الجواب في الفصل الاول كالجواب عند محمد في الثاني قال (ومن قال لعبد به أحد كما حر ثم شجأ فأوقع العتق على أحدهما فأرثهما للمولى) لان العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة (ولو قتلها رجل نجب دية حر وقيمة عبيد) والفرق أن البيان انشاء من وجهه واطهار من وجهه على ما عرف

أن يقول أرض الجرح فلا ورود للسؤال المذكور أصلاً إذ يجب أرض اليد للمولى عند محمد في مسألة الكتاب على ما صرح به في الكتاب فلا مجال للسؤال على دليل محمد رحمه الله بأنه ينبغي على مقتضاه أن يجب أرض اليد للمولى وان أراد به أنه ينبغي أن يجب ذلك في المسئلة التي ذكرها ههنا على سبيل التنوير وهي ان من جرح عبداً انسان ثم أعتقه مولا ثم مات العبد من تلك الجراحة فلا سؤال المذكور ورود ولكن الجواب عنه بما ذكره منقوض بمسئلة الكتاب فإنه يجري فيها أيضاً مع أنه يجب فيها أرض اليد عند محمد كما تحققته تدبر (قوله وذلك في الخطادون العمد لان العمد لا يصلح مال كالمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت حريته فجاء الاستنباه) أقول في هذا المقام ضرب من الاشكال لان الحق على اعتبار حالة الموت وان كان للميت الأمانة لا يتقرر عليه بل ينتقل الى المولى بالوراثة فكان من له الحق في المال على كلتا الحالتين هو المولى فلا اشتباه الا يرى الى قول المصنف في صورة العمد وعلى اعتبار أن يكون الحق للعبد فالمولى هو الذي يتولاه اذا وارث سواء فلا اشتباه فيمن له الحق وان ادعى ان اختلاف من له الحق ابتداء كاف في تحقق الاستنباه المقتضى لقطع الاعتاق السراية واتحاده بالنظر الى الانتهاء والمال غير مفيد في دفع ذلك بوجه الاشكال على صورة العمد فان حق القصاص في هاتيك الصورة للعبد على اعتبار حالة الجرح لكون العبد مبقى على أصل الحرية في حق القصاص كما صرحوا به للمولى على اعتبار حالة الموت بناء على أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى من ان حق استيفاء القصاص ثابت للوارث ابتداء من غير أن ينتقل اليه بطريق الوراثة كما في الدية لان ملك القصاص انما يثبت بعد الموت والميت ليس من أهله لانه ملك الفعل ولا يتصور الفعل من الميت بخلاف الدية لان الميت من أهل الملك في الاموال كما اذا نصب شبكة وتعمل بها صيد بعد موته على ما تقرر كله في أول باب الشهادة في القتل من كتاب الجنائيات في ائتم استنباه من له الحق ابتداء في صورة العمد أيضاً على أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى فلا يظهر الفرق بين صورتي الخطا والعمد بالوجه المذكور في الكتاب على أصله فلا يتم التقريب على قوله في مسئلتنا فليتنا مل في الدفع

حرفات أحدهما وقتل تعين العتق لا آخر (فأرثهما للمولى لان العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة) فيكون أرثهما للمالك (ولو قتلها رجل نجب دية حر وقيمة عبيد) لا قيمة عبيدين ولا دية حرين (والفرق ان البيان وهو تعيين العتق المهم في أحدهما انشاء من وجهه اظهار من وجهه على ما عرف) في أصول الفقه أن البيان انشاء من وجهه حتى يشترط صلاحية المجل للنشاء فلو مات أحدهما فبين العتق فيه لا يصح اظهار من وجهه حتى يجبر عليه ولو كان انشاء من وجهه لما جبر عليه اذا المرء لا يجبر على انشاء العتق

والعبد (بعد الشجة محل للبيان فاعتبر انشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق محلا له فاعتبرناه اظهارا محضاً واحدهما حريقتين فوجب قيمة عبد ودية حر بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل) والاصل في هذا ان القاتل اما ان يكون واحداً او اثنين فان كان واحداً فاما ان قتلها معا او متعاقبا فان كان الاول فالحكم ما ذكرناه من وجوب القيمة للولي والدية لورثته فان لم يكن له ورثة غير المولى فظاهر وان كانت فكل واحد منهما متجرب دية في حال وقيمته في حال ويقسم ذلك باعتبار الاحوال وهذا اذا استوت القيمان واما اذا اختلفنا فعليه نصف قيمة كل واحد منهما ودية حر لانه لا يتيقن انه قتل عبداً او حر او قتل الحر بوجوب الدية وليس أحدهما أولى من الاخر فيلزمه نصف قيمة كل واحد منهما ونصف دية كل واحد منهما وان كان الثاني فقد تعينت الحرية في الثاني يقتل الاول فكان على القاتل قيمة الاول للولي ودية الثاني للورثة وان كان القاتل اثنين فاما ان قتلا معا او متعاقبا فان كان الاول كان على كل واحد منهما قيمة عبدان كل واحد (٣٧٤) من القاتلين انما قتل أحدهما بعينه والعقوبة في حق العين كانه غير نازل

وانما هو نازل في المنكر ولا يتيقن ان كل واحد منهما قاتل لذلك المنكر فيجب على كل واحد منهما القدر المتيقن به وهو القيمة ولم يبين في المبسوط ان ذلك للولي أو لورثته ما قبل هذا والاول سواء النصف للولي من كل واحد منهما والنصف للورثة فان العتق في حق المولى نابت في أحدهما فلا يستحق بدل نفسه فيوزع ذلك عليهما نصفين وان لم يدايها قتل أو لاف الحكم كذلك وان كان الثاني فعلى القاتل الاول قيمته لولاه وعلى الثاني دية الثاني لو رثته لان العتق تعين فيه وقد ظهر لك من هذا ان ما ذكره المصنف رحمه الله فيما اذا كان قتلها معا سواء كان

وبعد الشجة بقي محلا للبيان فاعتبر انشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبرناه اظهارا محضاً واحدهما حريقتين فوجب قيمة عبد ودية حر بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل حيث تجب قيمة المملوكين لاننا نتيقن بقتل كل واحد منهما حراً وكل منهما بمنكر ذلك ولان القياس يأبى ثبوت العتق في المجهول لانه لا يفيد فائدة وانما خصناه ضرورة صحة التصرف وأثبتناه لولاية النقل من المجهول الى المعلوم فيقتدر بقتل الضرورة وهي في النفس دون الاطراف فبقي بمولو كافي حقها قال (ومن فقأ عيني عبداً فان شاء المولى دفع عبده وأخذ قيمته وان شاء أمسكه ولا شيء له من نقصان عند أي حنيفة وقال ان شاء أمسك العبد وأخذ ما نقصه وان شاء دفع العبد وأخذ قيمته) وقال الشافعي يضمه كل القيمة ويمسك الجنة لانه يجعل الضمان مقابلاً بالقائت فبقي الباقي على ملكه كما اذا قطع احدي يديه أو فقأ احدي عينيه ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات قصر اعليه

(قوله وبعد الشجة بقي محلا للبيان فاعتبر انشاء في حقهما) أقول لقاتل أن يقول الظاهر المطابق لوضع المسئلة أن يقال فاعتبر انشاء في حق من أوقع العتق عليه وهو أحدهما المتعين بالبيان فتأمل في التوجيه (قوله ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات قصر اعليه) قال جمهور الشراخ في حل هذا المقام يعني ان المالية معتبرة في حق الاطراف كما انهم معتبرة في حق الذات لسقوط اعتبار المالية في حق الذات قصر اعليه أي لان اعتبار المالية في حق الذات مقتصر اعليه ساقط بالاجماع يعني لم يقتصر اعتبار المالية على الذات فبسبب اعتبار في حق الذات والاطراف جميعاً اذا ذابدهما قالوا (أقول) فعلى هذا المعنى يكون كلام المصنف هنا منافية لما ذكره في تعليقه المسئلة المارة في صدر هذا الفصل من قبل أبي حنيفة ومحمد رحمه الله تعالى حيث قال ولان فيه أي في العبد معنى الأدمية حتى كان مكلفاً وفيه معنى المالية والأدمية اعلاهما فيجب اعتبارها باهدار الادنى عند تعدد الجمع بينهما اه فان مدلول

القاتل واحداً او اثنين وقوله (ولان القياس) معطوف على أن في قوله والفرق أن البيان انشاء ووجهه أن اذا القياس (بأبي ثبوت العتق في المجهول) لانه لا يفيد فائدة العتق من أهلية الولاية للقضاء والشهادة وما هو كذلك فلا معتبر به في الشرع (وانما خصناه ضرورة صحة التصرف وأثبتناه لولاية النقل من المجهول الى المعلوم) بطريق البيان بتعيين المبهم في أحدهما بعينه (فيقتدر بقتل الضرورة وهي في النفس) لانها محل العتق (دون الاطراف) لان ان حلها حل تبعاً فيقتدر العبد بمولو كافي في حق الاطراف على أصل القياس قال (ومن فقأ عيني بمولو) هذه المسئلة تسمى مسئلة الجنة المبيءة وصورتها ظاهرة ودليل الشافعي رحمه الله كذلك وقاس على ما اذا قطع بذي حر أو مدبر وعلى ما اذا قطع احدي يديه وفقاً احدي عينيه ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لان اعتبارها في حق الذات أي جميع البدن ووجه مقتصر اعليه ساقط بالاجماع فان الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الاطراف ولانها أولى باعتبار المالية فيها لانها يسلكها مسلك الاموال (قوله فان الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الاطراف) أقول فيه بحث

وإذا كانت معتبرة في الاطراف كان قيامها فيها كقيامها في الذات وفواتها بفواتها كقواتها (٣٧٥) بفوات الذات فكان اتلاف الاطراف

وإذا كانت معتبرة وقد وجد اتلاف النفس من وجهه بتفويت جنس المنفعة والضمان يتقدر بقيمة الكل فوجب أن يتملك الجنة دفعا للضرر ورعاية للماتلة بخلاف ما إذا فأن أعينى حر لانه ليس فيه معنى المالمية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفقء احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة ولهما ان معنى المالمية لما كان معتبرا ووجب أن يتخير المولى على الوجه الذي قلناه كإفى سائر الاموال فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا ان شاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه قيمته وان شاء أمسك الثوب وضمنه النقصان وله ان المالمية وان كانت معتبرة في الذات فالأدمية غير مهذرة فيه وفي الاطراف أيضا الأترى ان عبد الوقطع يد بعد آخر يؤمر المولى بالدفع والفداء وهذا من أحكام الأدمية لان موجب الجنائية على المال أن تباع رقبته فيها ثم من أحكام الأولى أن لا ينقسم على الاجزاء ولا يتملك الجنة

ما قاله هناك ان المالمية التي هي أدنى من الأدمية مهذرة في حق ذات العبد لانه عذر الجمع بينهما وبين الأدمية وانما المعتبرة فيه هي الأدمية عند أبي حنيفة ومحمد ورجهما الله ومدلول كلامه هنا على المعنى المذكور أن المالمية معتبرة في حق ذات العبد وأطرافه جميعا عند أئمتنا فينبغي ما تدافع لا يخفى ثم ان صاحب العناية من بين هؤلاء الجمهور قال في تقرير المعنى المذكور ونحن نقول ان المالمية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لان اعتبارها في حق الذات أى في جميع البدن وحده مقتصر عليه ساقط بالاجماع فان الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الاطراف اه (أقول) فيه خلل زائد أما أوله فلا لأنه فسر الذات بجمع البدن وليس يصحح لان جميع البدن من الاطراف قال في الصحاح بدن الانسان جسده وقوله تعالى فالنوم فنجيك ببدنك قالوا بجسد لارواح فيه اه وانما المراد بالذات ما يقابل الاطراف وهو النفس واتلافها بازالة الروح وأما ثانيا فلأنه علل سقوط اقتصار اعتبار المالمية على الذات بقوله فان الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الاطراف وليس بسديد لان ايجاب الشرع كمال الدية بتفويت ذلك لا يدل على اعتبار المالمية في حق الاطراف لجواز أن يكون ايجابها بانه الأدمية كإفى المرتد وقال تاج الشريعة من الشراح في حل كلام المصنف هنا يعني ان اعتبار المالمية في الاطراف لا في الذات لانها تسلك مسلك الاموال ولهذا لا يتحملها العقلة وفسر الذات في قول المصنف المالمية قائمة في الذات بالعبد حيث قال أى في العبد وقال في شرح قوله لسقوط اعتبارها في حق الذات قصر اعليه يعني ان سقوط اعتبار المالمية مقتصر في النفس لا في الاطراف ووجب الضمان بدل الأدمية لا بدل المالمية ولهذا لا يجاوز على عشرة آلاف بل ينص عشرة فتكون المالمية في العبد باعتبار الاطراف اه (أقول) هذا المعنى هو المطابق لما ذكره المصنف في تعليقه المسئلة المازة في صدر الفصل من قبل أبي حنيفة ومحمد ورجهما الله وان كان في استفادته من عبارة المصنف ههنا عمل كثير كما ترى لكنه غير مطابق لما ذكره هناك من قبل أبي يوسف وكلامه ههنا مسوق لا قامة الحجة على الشافعي من قبل أئمتنا جميعا ولهذا قال ونحن نقول فلا بد أن يطابق لاصلهم جميعا وقد فات ذلك وبالجملة ان كلام المصنف رحمه الله ههنا ليس بخال عن الاضطراب كالأدب على الفطن واعمل صاحب السكا في فطن له حيث ترك أسلوب تقرير المصنف هنا وسلك مسلكا آخر في التقرير والبيان مع كون عادته أن يقتضى أثر المصنف في وضع المسائل وتقرير الدلائل (قوله وله أن المالمية وان كانت معتبرة في الذات فالأدمية غير مهذرة فيه وفي الاطراف أيضا) أقول الظاهر من هذا البيان أن المالمية والأدمية معتبران معا في ذات العبد أى نفسه وأطرافه أيضا

كان اتلاف الذات من وجهه بتفويت جنس المنفعة (وقد وجد اتلاف النفس من وجهه بتفويت جنس المنفعة) فيجب الضمان (والضمان يتقدر بقيمة الكل) وأداء قيمة الكل يقتضى (تلك الجنة دفعا للضرر ورعاية للماتلة بخلاف ما إذا فأن أعينى حر لانه ليس فيه معنى المالمية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفقء احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة) حتى يصير بمنزلة اتلاف النفس \* ولما فرغ من الاستدلال على الشافعي رحمه الله شرع في الاستدلال لبعض أصحابنا رحمه الله فقال (ولهما) أى لابي يوسف ومحمد ورجهما الله (أن معنى المالمية لما كان معتبرا ووجب أن يتخير المولى على الوجه الذي ذكرناه) وهو قوله وقال ان شاء أمسك العبد الخ وبين الملازمة بقوله (كإفى سائر الاموال فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا ان شاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه قيمته وان شاء أمسك الثوب وضمنه النقصان وله أن المالمية وان كانت معتبرة في الذات فالأدمية غير مهذرة فيه وفي الاطراف أيضا

الأترى ان عبد الخ) وهو واضح وقوله (ثم من أحكام الأولى) أى الأدمية (أن لا ينقسم على الاجزاء) أى لا يتوزع كمال بدل النفس على النفس والفاتت من الطرف بل يكون بارزاه الفاتت لا غير كإفى فق عيني الحر (ولا يتملك الجنة)

وقوله (ومن أحكام الثانية) أي المالية (أن ينقسم) أي موجب الجناية وهو الضمان على الأجزاء والخسنة وتلك الخسنة كما في تخريب  
 الذئب (فوق راع على الشبهين حفظهما من الحكم) يعني بالنظر إلى الأدمية ينبغي أن لا يجب الضمان متوزعاً بل بأزاء الضمان لا غير  
 وبالنظر إلى المالية ليس له أن يأخذ كل بدل العين مع امساك الجسنة كما أنه ليس له ذلك في المال وفيما قال الغاء لجانب الأدمية  
 حيث جعله كالثوب المخروق وفيما قال الشافعي رحمه الله الغاء لجانب المالية أصلاً حيث جعله كحرف في عينه فوفاً على الشبهين  
 حفظهما وقلنا إن شاء المولى دفع عبده وأخذ قيمته تطرأ إلى المالية وإن شاء أمسكه ولا شيء له تطرأ إلى الأدمية والله أعلم  
 فصل في جنابة المدبر وأم الولد ( ٣٧٦ ) لماذا كرم باب جنابة المملوك والجناية عليه قد علم من هو كرم في

ومن أحكام الثانية أن ينقسم ويتكلم الخسنة فوفاً على الشبهين حفظهما من الحكم  
 فصل في جنابة المدبر وأم الولد قال (وإذا جنى المدبر وأم الولد جنابة ضمن المولى الأقل من  
 قيمته ومن أرشها) لما روى عن أبي عبيدة رضى الله عنه أنه قضى بجنابة المدبر على مولاه ولأنه صار  
 مانعاً عن تسليمه في الجنابة بالتدبير والاستيلاء من غير اختياره الفداء فصار كما إذا فعل ذلك بعد الجنابة  
 وهو لا يعلم وأنما يجب الأقل من قيمته ومن الأرض لأنه لاحق لولي الجنابة في أكثر من الأرض ولا يمنع من  
 المولى في أكثر من القيمة ولا تخيير بين الأقل والأكثر لأنه لا يفيد في جنس واحد لا اختياره الأقل لا بحالة  
 بخلاف القن لأن الرغبات صادقة في الاعيان فيفسد التخيير بين الدفع والفداء (وجنابات المدبر وإن  
 نالت لا توجب الأدمية واحدة) لأنه لا يمنع منه إلا في رقبة واحدة ولأن دفع القيمة كدفع العبد وذلك  
 لا يشكره فهذا كذلك

عند أبي حنيفة رحمه الله وقد مر من المصنف في أول الفصل أن المعتبر في ذات العبد عند أبي حنيفة  
 ومحمد رحمه الله هي الأدمية دون المالية فإنها ماهرة في ذاته عندهم في فصل الجنابة ولهذا زادت  
 قيمته على تمام الأدمية ينقص عنه عشرة دراهم عندهم فكان بين كلاميه في المقامين تدافع اللهم إلا أن  
 يحمل قوله هنا أن المالية وإن كانت معتبرة في الذات على مجرد الفرض فالعنى أن المالية وإن فرضت  
 معتبرة في الذات فالأدمية غير ماهرة فيه ولكنه لا يتجاوز عن بعد

فصل في جنابة المدبر وأم الولد والجناية على كل واحد منهما لماذا كرم باب جنابة  
 المملوك والجناية عليه قد علم من هو كرم في استحقاق اسم المملوك وهو العبد ثم كرم فصل  
 من هو أحط رتبة في اسم المملوك وهو المدبر وأم الولد كذا في الشروح قال بعض الفضلاء فيه  
 إن الملك كامل في المدبر وأم الولد دون الرق كما صرحوا به بخلاف المكاتب فإنه على العكس أي  
 (أقول) في الجواب عنه من طرف الشراح إن كمال الملك في المدبر وأم الولد بالنسبة إلى المكاتب  
 حيث عدا كهما المولى يدور رقبة بخلاف المكاتب فإن مولاه يملكه رقبة لا يبدأ كما عرف في محله  
 لا ينفى في كليمية الملك في العبد فإن مولاه كما يملكه يدور رقبة يملكه من جهات عامة التصرفات فيه  
 بخلاف المدبر وأم الولد فإن مولاهما لا يملك التصرف فيهما من جهة البيع والهبة وأشباهاهما  
 لأنهما لا يصلحان ذلك عندنا على ما عرف أيضاً في محله ولا يخفى أن كليمية الملك في العبد كافية في تفديعه  
 على المدبر وأم الولد في الذكوري باب جنابة المملوك والجناية عليه وقد أفصح عنه عبارة الشراح حيث

استحقاق اسم المملوكية  
 وهو العبد ثم كرم فصل من  
 هو أحط رتبة منه في اسم  
 المملوكية وهو المدبر وأم  
 الولد غير أن أم الولد أحط  
 رتبة أيضاً من المدبر في ذلك  
 الاسم حتى إن القاضي لو  
 قضى بجواز بيعها لا ينفذ  
 بخلاف المدبر وهي أنثى  
 أيضاً فالأثمنة والأخطاط  
 في اسم المملوكية أو جبا  
 تاخير ذكرها عن ذكر  
 المدبر قال (وإذا جنى  
 المدبر وأم الولد جنابة ضمن  
 المولى الخ) جنابة المدبر على  
 سببه في ماله دون عاقلة  
 حاله (لما روى أن أبا عبيدة  
 ابن الجراح رضى الله عنه  
 قضى بجنابة المدبر على  
 مولاه) وكان أميراً بالشام  
 وقضاياه تظهر بين الصحابة  
 رضى الله عنهم وكان حكمه  
 بمحض من الصحابة ولم  
 ينكره عليه أحد دخل محل  
 الإجماع (ولأنه صار مانعاً من  
 تسليمه) كما ذكره في الكتاب

ويضمن المولى الأقل من قيمته ومن الأرض لأنه لاحق لولي الجنابة في أكثر من الأرض ولا يمنع من المولى في  
 أكثر من القيمة وقوله (ولا يخير بين الأقل والأكثر) واضح

(قوله وفيما قاله الشافعي الغاء لجانب المالية أصلاً حيث جعله كحرف في عينه) أقول الشافعي اعتبر المالية فيما إذا قتل العبد خطأ  
 فيما لا اعتبره هنا الأدمية

فصل في جنابة المدبر وأم الولد (قوله وهو العبد) أقول الأولى وهو القن (قوله ثم كرم فصل من هو أحط رتبة في اسم المملوكية وهو  
 المدبر وأم الولد) أقول فيه أن الملك كامل في المدبر وأم الولد دون الرق على ما صرحوا به بخلاف المكاتب فإنه على العكس

وقوله (ويتضاربون بالخصص فيها) أي في القيمة (وتعتبر قيمته لكل واحد في حال الجنابة عليه) قال في النهاية ومن صورته ملذ كره في  
الميسوط قال وإذا قتل المدير رجلا خطأ وقيمه ألف درهم ثم زادت قيمته إلى ألفين ثم قتل آخر خطأ ثم أصابه عيب فرجعت قيمته إلى  
خمسائة ثم قتل آخر خطأ على مولاه ألف درهم لأنه جنى على الثاني وقيمه ألفان ولولم يكن منه إلا تلك الجنابة لسكان المولى ضامنا قيمته  
ألفين ثم ألف من هذا لولي القتل الأوسط خاصة لأن ولي الأول إنما ثبت حقه في قيمته يوم جنى على وليه وهو ألف درهم فلا حقه له في  
الألف الثانية فيسلم ذلك لولي القتل الأوسط وخمسائة من الألف الأولى بين ولي القتل الأول وبين الأوسط لأنه لاحق في هذه  
الجسمائة لولي القتل الثالث وإنما حقه في قيمته يوم جنى على وليه فتقسم هذه الجسمائة بين الأوسط والأول يضرب فيها الأول بعشرة  
آلاف والأوسط بتسعة آلاف لأنه وصل إليه من حقه ألف والجسمائة الباقية بينهم (٣٧٧) جميعا يضرب فيها الآخر بعشرة  
آلاف لأنه ما وصل إليه شيء

ويتضاربون بالخصص فيها وتعتبر قيمته لكل واحد في حال الجنابة عليه لأن المنع في هذا الوقت  
ينحصر في حق (فإن جنى جنابة أخرى وقد دفع المولى القيمة إلى ولي الأول بقضاء فلا شيء عليه) لأنه  
مجبور على الدفع قال (وإن كان المولى دفع القيمة بغير قضاء فالولي بالخيار إن شاء أتبع المولى وإن شاء  
أتبع ولي الجنابة وهذا عند أبي حنيفة وقال لا شيء على المولى) لأنه حين دفع لم تكن الجنابة الثانية  
موجودة فقد دفع كل الحق إلى مستحقه وصار كما إذا دفع بال قضاء ولا شيء إلا في نسخة إن المولى جان  
بدفع حق ولي الجنابة الثانية طوعا وولي الأول ضامن بقض حقه ظلما فيختار وهذا لأن الثانية مقارنة  
حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجنابة الأولى ومتأخرة حكما من حيث أنه يعتبر قيمته يوم الجنابة الثانية  
في حقه جعلت للمقارنة في حق التضمن لا بطلاله ما تعلق به من حق ولي الثانية عملا بالشبهين

من حقه ويضرب الأول  
بعشرة آلاف إلا ما أخذ لانه  
وصل إليه من حقه مقدار  
المأخوذ فلا يضرب به  
وكذلك الأوسط لا يضرب  
بما أخذ في المرتين وإنما  
يضرب بما بقى من حقه  
فتقسم الجسمائة بينهم على  
ذلك وقوله (فلا شيء عليه)  
أي على المولى لأنه ما لزمه  
أكثر من قيمة واحدة  
بجناياته وهو مجبور على  
الدفع فلم يبق عليه شيء وقوله  
(وإن دفع قيمته بغير  
قضاء فالولي بالخيار) أي  
فولي الجنابة الثانية بالخيار  
(إن شاء أتبع المولى) بنصف  
قيمه في ذمته ثم يرجع  
المولى على الأول لأنه تبين  
أنه استوفى منه زيادة على  
مقدار حقه (وإن شاء  
أتبع ولي الجنابة الأولى  
وهذا عند أبي حنيفة رجه  
الله وقال لا شيء على المولى)

قالوا قدم من هو أكل في استحقاق اسم المملوكية وهو العبد تبصر (قوله عملا بالشبهين) قال جمهور  
الشرائح يعني لما عملنا بشبه التأخر في ضمان الجنابة حتى اعتبرنا قيمته يوم الجنابة الثانية في حقه  
ووجب أن نعمل بشبه المقارنة في حق تضمين نصف المدفوع اه (أقول) فيه نظر إذ اللغصم أن يقول  
قد تحقق العمل بشبه المقارنة في حق تشارك ولي الجنابة الثانية لولي الجنابة الأولى إذ لولا العمل بذلك  
لكان المدفوع كله لولي الجنابة الأولى خاصة لتقدمه في استحقاقه المدفوع على ولي الجنابة الثانية  
حقيقة وكذا لو لم يكن لما عملنا الثانية مقارنة للأولى حكما عملنا بشبه المقارنة فنكرنا ولي الثانية لولي  
الأولى كإدلال عليه قول المصنف لأن الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجنابة الأولى فإذا  
وقع العمل بشبه المقارنة مرة فقد وجد العمل بالشبهين فلم يبق الاحتياج إلى العمل بشبه مارة أخرى  
بتضمن بعض المدفوع للولي وقال صاحب الغاية في بيان معنى المقام جعلت الثانية للمقارنة في حق  
التضمن إذا وقع بغير قضاء لأنه أطل ما تعلق به حق الثاني ولم يجعل للمقارنة إذا وقع بقضاء لأنه مجبور  
بالدفع عملا بشبه المقارنة والتأخر اه وقد نقله صاحب العناية بقيل بعد أن ذكر المعنى الأول ولم  
يتعرض له بشيء (أقول) فيه خلل لأن العمل بالشبهين أمر واجب مهما أمكن على ما عرف في موضعه  
فلما أمكن العمل به مافي صورة واحدة مما نحن فيه وهي ما إذا وقع الدفع بغير قضاء كما ظهر مما سبق لم  
يصح المصير في اعتبار العمل به مالى التوزيع على مجموع الصورتين كما فعل ذلك القائل وإنما كان يصح

(٤٨ - تكلمه ثامن) لأنه ليس بمجان في الدفع (لأنه حين دفع لم تكن الجنابة الثانية موجودة وقد دفع كل  
الحق إلى مستحقه فصار كما إذا دفع بالقضاء) لأنه فعل بنفسه عين ما أمره القاضي لو رفع إليه فيكون القضاء وغير القضاء فيه سواء كافي  
الرجوع في الهبة ولأبي حنيفة رجه الله إن كل واحد من الدافع والقابض جان أما الدافع وهو المولى فلا يندفع حق ولي الجنابة الثانية  
طوعا وأما القابض وهو ولي الجنابة الأولى فيقبض حق ولي الثانية ظلما والرجوع على الجاني جائز فيخير في الرجوع وبين ذلك بقوله (وهذا  
لأن الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجنابة الأولى ومتأخرة حكما من حيث أنه يعتبر قيمته يوم الجنابة الثانية في حقه  
فجعلت الثانية للمقارنة للأولى في حق التضمن لا بطلاله) أي إبطال المولى (ما تعلق به من حق ولي الجنابة الثانية) وذلك لأنه يجب عليه  
الضمان باعتبار منع الرقبة بالتدبير السابق وذلك في حق أولياء الجنابطين سواء فعمل كان الدفع كان بعد وجود الجنابطين جميعا  
وهناك لو دفع إلى أحدهما جميع القيمة بغير قضاء كان للاخر الخيار فكذلك ههنا وقوله (عملا بالشبهين)

يعني لما علمنا بنسبه التأخر في ضمان الجنابة حتى اعتبرنا قيمته يوم الجنابة الثانية في حقها واجب أن يعمل بنسبه المقارنة في حق تضمن نصف المدفوع وقيل جعلت الثانية كالمقارنة في حق التضمن اذا دفع بغير قضاء لانه أبطل ما يتعلق به حق الثاني ولم يجعل كالمقارنة اذا دفع بقضاء لانه مجبور بالدفع مما يشبهه المقارنة والتاخر وقوله (واذا أعتق المولى المدبر الخ) واضح

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجنابة في ذلك

لماذا كرحكم المدبر في الجنابة (٣٧٨) ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه وذ كرحكم من يلحق به قال (ومن قطع

(واذا أعتق المولى المدبر وقد جن جنابات لم تلزمه الاقيمة واحدة) لان الضمان انما واجب عليه بالمنع فصار وجود الاعتاق من بعد وعده بمنزلة (وأما الولد بمنزلة المدبر في جميع ما وصفنا) لان الاستيلاء مانع من الدفع كالتمديد (واذا أقر المدبر بجنابة الخطأ لم يجز اقراره ولا يلزمه به شيء عتق أو لم يعتق) لان موجب جنابة الخطأ على سيده واقاربه لا ينفذ على السيد والله أعلم

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجنابة في ذلك

قال (ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ومات في يده من القطع فعليه قيمته اقطع وان كان المولى قطع يده في يد الغاصب مات من ذلك في يد الغاصب لا شيء عليه) والفرق ان الغصب قاطع للسراية لانه سب الملك كالبيع فيصير كأنه هلك باق فسموية فيجب قيمته اقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني ذلك لولم يتصور العمل بهما في صورة واحدة بل كان اعتباره موقوفاً على مجموع الصورتين وليس فليس ثم انه يرد عليه أيضاً ان يقال يتحقق العمل بالشبهين بأن تجعل الثانية كالمقارنة للاولى في حق تشريةك ولي الثانية لولى الاولى وان تجعل متأخرة عنها من حيث أن يعتبر قيمته يوم الجنابة فلم يقتض العمل بهما ما هو المطلوب هنا كالا يخفى

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجنابة في ذلك

قال في النهاية لماذا كرحكم المدبر في الجنابة ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه وذ كرحكم من يلحق به اه واقفى أثره صاحب العناية (أقول) فيه قصور وقتوراً ما أو فلا ن وجه ذ كرحم العبد في هذا الباب كان ضائعاً على هذا التوجيه وأما نياً فلا ن ما ذكر في هذا الباب مما يرد على المدبر ويرد منه من قبيل الجنابة عليه أو الجنابة منه فكان من حكم المدبر في الجنابة فامعنى قوله لماذا كرحكم المدبر في الجنابة ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه وأما نياً فلا ن الصبي ليس يلحق بالمدبر في حكمه المذكور في هذا الباب كالا يخفى على الناظر المتأمل في المسائل الآتية في هذا الباب نعم يجوز أن يعدد ملحقاً بالمدبر بل بالعبد في كونه محجوراً عن التصرفات على ما بين في كتاب الحجر ولكنه لا يقتضى ذكر حكمه في هذا الباب دون الباب السابق فلا يتم التقريب في قوله وذ كرحم من يلحق به وقال في معراج الدراية لماذا كرحم العبد والمدبر في الجنابة شرع في بيان ما يرد عليه وما يرد منه ما وذ كرحم من يلحق بهما اه (أقول) وقع فيه تدارك دفع المحذور الاول من المحذورات الواردة على تقرير صاحبي النهاية والعناية ولكن بقي المحذوران الاخيران منها واردين عليه أيضاً كما ترى وقال في غاية البيان لماذا كرحنابة العبد والمدبر ذكر في هذا الباب جنابته مامع غصبهما لان المفرد قبل المركب ثم جرح كلامه الى بيان حكم غصب الصبي اه وتبعه العيني (أقول) هذا أشبه الوجوه المذكورة وان أمكن التقريب بأحسن منه نذر (قوله والفرق أن الغصب قاطع للسراية لانه سب الملك كالبيع فيصير كأنه هلك باق فسموية الخ)

يد عبده ثم غصبه رجل) ذكر في هذه المسئلة ان غصب العبد بعد ان قطع المولى يده يقطع السراية وقبله لا يقطعها وفرق بينهما (بان الغصب سب الملك كالبيع فيصير كأنه هلك باق فسموية فيجب قيمته اقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني

(قوله واجب أن يعمل بنسبه المقارنة) أقول قد عمل به في حق تشريةك لولى الجنابة الاولى ثم الاولى تبدل النصف بالبعض

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجنابة في ذلك

(قوله ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفاً فيصير مسترداً) أقول هذا الفرق مشكل لان السراية انما تنقطع باعتبار تبدل الملك لا اختلاف المستحقين والغصب ليس

بسبب الملك وصفوا الغاصب لايذاء الضمان ضرورة كالا يجتمع البدلان في ملك واحد وذلك بعد ملك المولى البدل ولم يوجد تحقيقه لان معنى قوله-م يقطع السراية أن ما حصل من التلف بالسراية يكون هدراً الآن ينسب ذلك الى غير الجاني كذا في شرح الزيلعي وفيه أن المراد بقطع السراية ليس ما هو المعروف بل أن لا يجعل الهلاك مضافاً الى قطع المولى فيبرأ الغاصب عن الضمان فانه يجعل في حق الغاصب كأنه مات باق فسموية فيضمن فليتمامل

فكانت السراية مضافة الى البداهة فصار المولى متلفا فيصير مستردا) وكيف لا يكون مستردا (وانه استولى عليه وهو استردا فيصير الغاصب عن الضمان) واعترض الامام قاضيان بأن هذا يخالف مذهبا فان الغصب لا يقطع السراية ما لم يملك البدل على الغاصب بقضاء أو رضالا ان السراية انما تنقطع به باعتبار تبدل الملك وانما يتبدل الملك به اذا ملك البدل على الغاصب أما قبله فلا قال نص عليه في آخر رهن الجامع الثاني من جناباته الا انه انما ضمن الغاصب هنا قيمة العبد اقطع لان السراية وان لم تنقطع فالغصب ورد على مال منقوم فانه قد سبب الضمان فلا يبرأ عنه الغاصب الا اذا ارتفع الغصب ولم يرتفع لان الشيء انما يرتفع عما هو فوقه أو مثله وبد الغاصب ثابتة على المعصوب حقيقة وحكاو بد المولى باعتبار السراية ثبتت عليه حكما لا حقيقة (٣٧٩) لان بعد الغصب لم تثبت يده

فكانت السراية مضافة الى البداهة فصار المولى متلفا فيصير مستردا كيف وان استولى عليه وهو استردا فيصير الغاصب عن الضمان قال (واذا غصب العبد المحجور عليه عبد المحجور راعيه فان في يده فهو ضمن) لان المحجور عليه مؤاخذا بفعاله قال (ومن غصب مدبرا فخفي عنده جنابة ثم رده على المولى فبني عنده جنابة أخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان) لان المولى بالتدبير السابق أجز نفسه عن الدفع من غير ان يصير مختارا للقاء العبد فيصير مطلقا حق اولياء الجنابة اذ حقه فيهم ولم يمنع الارقية واحدة فلا يرد على قيمته ويكون بين ولي الجنابة وبين نصفين لا ستوائهم ما في الموجب قال (و يرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب) لانه استحق نصف البدل بسبب كان في يد الغاصب فصار كما اذا استحق نصف العبد بهذا السبب قال (و يدفعه الى ولي الجنابة الاولى ثم يرجع بذلك على الغاصب وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجهما الله

واعترض الامام قاضيان في شرح الجامع الصغير على هذا التعليل بعد ان نقله عن بعض المشايخ ثم علل المسئلة بوجه آخر حيث قال بعد نقل ذلك الا ان هذا يخالف مذهبا فان الغصب لا يقطع السراية ما لم يملك البدل على الغاصب بقضاء أو رضالا ان السراية انما تنقطع به باعتبار تبدل الملك وانما يتبدل الملك به اذا ملك البدل على الغاصب وأما قبله فلا كما نص عليه في آخر رهن الجامع والباب الثاني من جناباته الا انه انما ضمن الغاصب هنا قيمة العبد اقطع لان السراية وان لم تنقطع فالغصب ورد على مال منقوم فانه قد سبب الضمان فلا يبرأ عنه الغاصب الا اذا ارتفع الغصب ولم يرتفع لان الشيء انما يرتفع عما هو فوقه أو مثله وبد الغاصب ثابتة على المعصوب حقيقة وحكاو بد المولى باعتبار السراية ثبتت عليه حكما لا حقيقة لان بعد الغصب لم تثبت يده على العبد حقيقة والثابت حكما دون الثابت حقيقة وحكاو لم يرتفع الغصب باتصال السراية الى فعل المولى فتقرر عليه الضمان بخلاف ما لو خفي عليه بعد الغصب لان الغصب يرتفع بها الى هنا كلام قاضيان وقد نقله جماعة من الشراح ولم يتعرضوا له بشيء وأما صاحب العناية فبعد ان نقل ما قاله قاضيان أو رد على ما اختاره من التعليل نظرا حيث قال وفيه نظرا لا لان سلم ان يد الغاصب عليه ثابتة حكما فان يد المولى ثابتة عليه حكما ولا يثبت على الشيء الواحدان حكمتان بكالهما والبد الحقيقة واجبة الرفع لكونها عدوانا لا تصلح معارضا ولا امر بها وقوله (واذا غصب العبد المحجور عليه) واضح وقوله (مؤاخذا بانفعاله) يعني في حال رقه وأما في أقواله فان كان فيما يوجب الحدود والقصاص فكذلك وان كان فيما يجب به المال فلا يؤاخذه في رقه وانما يؤاخذه بعد الحرية وقوله (ومن غصب مدبرا) واضح وقوله (من غير ان يصير مختارا للقاء) لان المولى لم يعلم وقت التدبير بجنابة

تحدث من المدبر في المستقبل فصار هذا بمنزلة اعتاق العبد الماني من غير علم بجنابته فان فيه الاقل من قيمته ومن الارش فكذا هذا وقوله (فصير) ظاهر وقوله (فصار كما اذا استحق نصف العبد بمذات السبب) أي بسبب كان عند الغاصب كما اذا غصب عبدا فبني في يده فرد الى المولى فبني جنابة فدفع الى ولي الجنابتين كان للمولى أن يأخذ من الغاصب نصف قيمته كذا هذا وقوله (و يدفعه) أي النصف المأخوذ من الغاصب (الى ولي الجنابة الاولى ثم يرجع بذلك) أي بالمدفوع الى ولي الجنابة (على الغاصب وهذا) أي هذا الدفع الثاني والرجوع الثاني (عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجهما الله)

(قوله لان السراية انما تنقطع به) أقول ضمير به راجع الى الغصب (قوله ولا يثبت على الشيء الواحدان حكمتان) أقول قال عليه الصلاة والسلام على البعث أخذت حتى ترد





قال (وان كان جنى عند المولى فغصبه رجل) هذه المسئلة فكس المسئلة المتقدمة من حيث الوضع وحكمه ما ذكره وهو بالاتفاق والفرق  
 محمد رجه الله بينهما وبين المسئلة المتقدمة أنه متى دفع نصف المقبوض من الغاصب (٣٨١) الى ولى الجناية الاولى لم يؤدى الى

قال (وان كان جنى عند المولى فغصبه رجل فبنى عنده جناية أخرى فعلى المولى قيمته بينهما ما  
 نصفان ويرجع نصف القيمة على الغاصب) لما بينا في الفصل الاول غير أن استحقاق النصف حصل  
 بالجناية الثانية إذ كانت هي في بد الغاصب في دفعه الى ولى الجناية الاولى ولا يرجع به على الغاصب  
 وهذا بالاجماع ثم وضع المسئلة في العبد فقال (ومن غصب عبدا فبنى في يده ثم رده فبنى جناية أخرى  
 فان المولى يدفعه الى ولى الجنايتين ثم يرجع على الغاصب نصف القيمة في دفعه الى الاول ويرجع  
 به على الغاصب وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجهما الله وقال محمد رجه الله يرجع بنصف القيمة  
 فيسلم له وان جنى عند المولى ثم غصبه فبنى في يده دفعه المولى نصفين ويرجع بنصف قيمته في دفعه  
 الى الاول ولا يرجع به) والجواب في العبد كالجواب في المدين في جميع ما ذكرنا لأن في هذا الفصل يدفع  
 المولى العبد وفي الاول يدفع القيمة قال (ومن غصب مديرا فبنى عنده جناية ثم رده على المولى ثم غصبه  
 ثم جنى عنده جناية فعلى المولى قيمته بينهما نصفان) لانه منع رقبة واحدة بالتدبير فيجب عليه قيمة  
 واحدة (ثم يرجع بقيمته على الغاصب) لان الجنايتين كانتا في بد الغاصب (في دفع نصفها الى  
 الاول) لانه استحق كل القيمة لان عند وجود الجناية عليه لاحق لغيره وانما انتقص بحكم المراجعة من  
 بعد قال (ويرجع به على الغاصب) لان الاستحقاق بسبب كان في يده ويسلم له ولا يدفعه الى  
 ولى الجناية الاولى ولا الى ولى الجناية الثانية لانه لاحق له الا في النصف لسبق حق الاول وقد وصل ذلك  
 اليه ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف كالاولى وقيل على الاتفاق والفرق لمحمد أن في الاول الذي  
 يرجع به عوض عما سلم لولى الجناية الاولى لان الجناية الثانية كانت في بد المالك فلودفع اليه ثانيا  
 يشكر والاستحقاق

الجمع بين البدل والبدل  
 لانه لا كانت الجناية الاولى  
 عند المولى كان ما أخذه  
 المولى من الغاصب بدلا عما  
 دفع الى ولى الجناية الثانية  
 دون الاولى لان الثانية هي  
 الموجودة عند الغاصب  
 واذا لم يكن بدلا عما دفع  
 اليه لا يلزم بالدفع جمع بين  
 البدل والمبدل وقوله (ثم  
 وضع) يعني أن محمد رجه  
 الله وضع في الجامع الصغير  
 هذه المسئلة في العبد بعد  
 ما وضعها في المدين وكلامه  
 فيه واضح وقوله (ومن  
 غصب مديرا فبنى عنده  
 جناية) كذلك وقوله (ثم  
 قيل هذه المسئلة على  
 الاختلاف) يعني قال بعض  
 المشايخ رجهم الله في هذه  
 المسئلة خلاف محمد رجه الله  
 أيضا كما في المسئلة الاولى  
 حتى يسلم للمولى ما رجع  
 به من القيمة على الغاصب  
 ولا يأخذ ولى الجناية  
 الاولى ما بقي من حقه وقيل  
 على الاتفاق وبأخذ ولى  
 الجناية الاولى تمام حقه  
 وهو نصف القيمة من المولى  
 اذا رجع على الغاصب قيل  
 وهذا هو الصحيح لان محمد  
 رجه الله ذكر هذه المسئلة  
 في الجامع الصغير بدلا  
 خلاف وكذا قرر من غير  
 الاسلام رجه الله وغيره

بالاجماع فليتمل في الجواب الشافي (قوله ولا الى ولى الجناية الثانية لانه لاحق له الا في النصف لسبق  
 حق الاول) أقول القائل أن يقول ان كان حق ولى الجناية الثانية يتعلق رأسا بنصف القيمة لا يكملها  
 كما هو الظاهر من قوله لانه لاحق له الا في النصف ينبغي أن لا تكون التي وجبت على المولى بين ولى  
 الجنايتين نصفين كما هو المذكور في وضع المسئلة بل ينبغي أن يكون بينهما ماثلان لثما لولى الجناية  
 الاولى وثلاثة لولى الجناية الثانية لان حق ولى الجناية الاولى قد يتعلق بكل القيمة كما صرح به  
 المصنف فيما قبل حيث قال لانه استحق كل القيمة وعلى تقدير أن يتعلق حق ولى الجناية الثانية  
 بنصف القيمة يكون حقه في القيمة نصف حق ولى الجناية الاولى فينبغي أن يتضارب في القيمة  
 بقدر حقه ما فيها اذ قدم في الفصل السابق أن جنايات المدين اذا اؤلت لا توجب الاقيمة واحدة  
 لانه لا يمنع من المولى الا في رقبة واحدة وأولياء الجنايات يتضاربون بالخصص فيها وان كان حق ولى  
 الجناية الثانية يتعلق أيضا بكل القيمة ولكن يسقط نصفها بالتزامه فيكون حقه الباقي له نصفها  
 وكان هذا هو المراد بقول المصنف لاحق له الا في النصف ينبغي أن يدفع المولى ما يرجع به على الغاصب  
 ثانيا الى ولى الجناية الثانية لان حقه كان في كل القيمة كولى الجناية الاولى الا أنه سقط نصفها بالتزامه  
 فلما اندفع التزامه بوصول حق ولى الجناية الاولى اليه بتمامه كان ينبغي أن يعود حق ولى الجناية  
 الثانية في النصف الساقط بالتزامه اليه حتى ولى الجناية الاولى \* ثم أقول يمكن أن يجاب بأن يختار  
 الشق الثاني ويقال في الفرق بين ولى الجنايتين ان حق الاول يتعلق بكل القيمة ثم ينتقص نصفها  
 بتزامه الثاني من بعد ذلك ولكن لا يسقط بالكلية وحق الثاني أيضا يتعلق بكلها ولكن يسقط نصفها

في شروح الجامع الصغير فعلى هذا يحتاج محمد رجه الله الى الفرق بين هاتين المسئلتين وقد ذكر في الكتاب لكن

(قوله قبل وهذا هو الصحيح) أقول القائل هو الاتقاني

قوله (فأما في هذه المسئلة فيمكن الخ) فيه نظر فإن الجناية الثانية وإن حصلت في يد الغاصب لكن أخذ المولى منه حقها أول مرة ولم يبق لوليه استحقاق حتى يجعل المأخوذ من الغاصب نائبا في مقابلة ما أخذه وقوله (ومن غصب صيد احرا) أي ذهب به بغير إذن وليه فيكون ذكر الغصب في هذا الموضوع بطريق المشاكلة وهو أن يذكر الشيء بلفظ غيره لوقوعه في صحبته وكلامه ظاهر خلا أنه يرد على وجه الاستحسان ما إذا غصب مكاتبا ونقله إلى هذه الأما كن وهلك فإنه لا ضمان والتعدي في التسبب فيه موجود وأجيب بأن المكاتب في يذ نفسه وإن كان صغيرا فإنه ليس لاحد ولاية تزويجه فكان كالحرف الكبير والحرف الكبير في يذ نفسه فكذلك المكاتب وإن كان صغيرا فإن قبل ما حكم الحرف الكبير إذا نقل إلى هذه الأما كن تعدى فأصابه شيء من ذلك أجيب بأن حكى أن يتقران كان الناقل قيده ولم يمكن التحرر عنه ضمن لأن الغصب (٣٨٣) عجز عن حفظ نفسه بما صنع فيه فيجب الضمان على الغاصب وإن لم يمنع من

حفظ نفسه لا يضمن لان البالغ العاقل اذا لم يحفظ نفسه بما صنع فيه فيجب الضمان على الغاصب وان لم يمنع من حفظ نفسه لا يضمن لان البالغ العاقل اذا لم يحفظ نفسه مع امكانه كان التلف مضافا الى تقصيره لا الى الغاصب فلا يضمن فكان حكم الحرف الصغير كما الحرف الكبير المقيد بحيث لا يمكنه حفظ نفسه قال (واذا أودع صبي عبدا فقته) كلامه ظاهر وذكر في شرح الطحاوي ومن أودع عبده بي ما لفهك في يده لا ضمان عليه بالاجماع وان استهلكه الصبي فإنه ينظر ان كان الصبي مأذونا له في التجارة يضمن بالاجماع وان كان محجورا عليه ولكنه قبل الوديعة بأمر وليه ضمن بالاجماع وان قبل بغير إذن وليه فلا ضمان عليه في قول

فأما في هذه المسئلة فيمكن أن يجعل عوضا عن الجناية الثانية لمصولها في يد الغاصب فلا يؤدي إلى ما ذكرناه قال (ومن غصب صيد احرا) أي ذهب به بغير إذن وليه أو نهسة حية فعلى عاقلة الغاصب الدية) وهذا استحسان والقياس ان لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعي لان الغصب في الحرف لا يتحقق الا يرى انه لو كان مكاتبا صغيرا لا يضمن مع انه حر اذا كان الصغير حرا رقبته وبدا أولى وجه الاستحسان أنه لا يضمن بالغصب ولكن يضمن بالاتلاف وهذا اتلاف تسيبا لانه نقله إلى أرض مسبعة أو إلى مكان الصواعق وهذا الان الصواعق والحيات والسباع لا تكون في كل مكان فاذا نقله اليه فهو متعدي فيه وقد أزال حفظ المولى فيضاف اليه لان شرط العلة ينزل منزلة العلة اذا كان تعديا كالحرف في الطريق بخلاف الموت فجاءة أو يهجم لان ذلك لا يختلف باختلاف الأما كن حتى لو نقله إلى موضع يغلب فيه الحي والامراض تقول بأنه يضمن فتجب الدية على العاقلة لكونه قتل تسيبا قال (واذا أودع صبي عبدا فقته فعلى عاقلة الدية وان أودع طعاما فأكله لم يضمن) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف والشافعي يضمن في الوجهين جميعا وعلى هذا اذا أودع العبد المحجور عليه مالا فاستهلكه لا يؤاخذ بالضمان في الحال عند أبي حنيفة ومحمد ويؤاخذ به بعد العتق وعند أبي يوسف والشافعي يؤاخذ به في الحال وعلى هذا الخلاف الاقراض والاعارة في العبد والعبي وقال محمد في أصل الجامع الصغير صبي قد عطل وفي الجامع الكبير وضع المسئلة في صبي ابن اثني عشرة سنة وهذا يدل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق لان التسليط غير معتبر وقوله معتبر لهما انه أتلف مالا متقوما معصوما حقا للمالك فيجب عليه الضمان كما اذا كانت الوديعة عبدا

أبي حنيفة ومحمد رحمه الله لا في الحال ولا بعد الادراك وقال أبو يوسف رحمه الله يضمن في الحال وأجمعوا على أنه لو استهلك مال الغير من غير أن يكون عبده وديعة ضمن في الحال وهو تفسير حسن وقوله (وهذا يدل على أن غير العاقل يضمن بالاتفاق) يساعده فيه نحر الاسلام رحمه الله حيث ذكره في الجامع الصغير هكذا وأما في غيره من شروح الجامع الصغير لصدر الاسلام وقاضيان والتمرتا في فالحكم على خلاف هذا حيث قالوا فيها هذا الخلاف فيما اذا كان الصبي عاقلا وان لم يكن عاقلا فلا يضمن في قولهم جميعا (قوله فيه نظر فإن الجناية الثانية الخ) أقول فيه نظر فإنه لما أخذ المولى الجناية الأولى ما رجع به المولى أول مرة على الغاصب عوضا عما سلم لولي الثانية لوجده أنه شيا فأرغام من بدل العقل في يد المالك رجع المولى نائبا على الغاصب لان الاستحقاق كان بسبب كان في يده ولا يلزم في ذلك أن يبقى لولي الثانية استحقاق كما لا يخفى فتأمل

وقوله ( وكذا أتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع) يعني أنه يضمن المتلف ولو كان التسليط على الاستهلاك في حق الصبي المودع ثبت في حق غيره أيضا لان المال الذي تسلط على استهلاكه بمنزلة المال المباح فكل من أتلفه لا يجب الضمان عليه ومعنى التسليط تحويل يده في المال اليه وقوله (في يد مانعة) أي من الأيداع والاعارة يعني ان المودع وضع المال في يد مانعة عن الأيداع ومن فعل كذلك لا يستحق النظر لانه أوقع ماله في يد تمنع يد غيره عليه باختياره الا اذا كان وضعه فيها باقامة غيره مقام نفسه في الحفظ ولم توجد الاقامة لانه لا ولاية له على الصبي وللصبي على نفسه فكان تضديعا من جهته وفي قوله (لانه لا ولاية له على الصبي) نظر لان اقامة غيره مقام نفسه لا يستدعي ثبوت ولاية القيم على المقام مقام نفسه والالانسداد باب الوديعة ويمكن أن يقال انما قال ذلك جوابا عما يقال لو كان الأيداع من الصبي تسلطه على الاتلاف ضمن الاب مال الوديعة بتسليمه ابنه الصغير ليحفظها لان التسليم اليه تضيق على هذا التقدير والمودع يضمن بالتضيق ومع ذلك لا ضمان عليه فكانه قال اقامة غيره مقام نفسه تستلزم اما ولاية القيم على من أقامه مقامه كما في هذه الصورة أو ولاية المقام على نفسه كما في سائر صور (٣٨٣) الودائع ولم يوجد شيء من ذلك

في ايداع الصبي الاجنبي وقوله (لان عصمته لحقه) أي لحق العبد يعني لا باعتبار أن المالك يعصمه لان عصمة المالك انما تعتبر فيما له ولاية الاستهلاك حتى يمكن غيره من الاستهلاك بالتسليط وليس للمولى ولاية استهلاك عبده فلا يجوز له تمكن غيره من الاستهلاك فلما لم يوجد التسليط منه يضمن المستهلك سواء كان صغيرا أو كبيرا بخلاف سائر الاموال فان للمالك أن يستهلكها فيجوز تمكن غيره من استهلاكها بالتسليط ونوقض بما اذا أودع الصبي شاة فقتلها فانه لا يضمن ورب الشاة ما كان يملك ذلك بحكم ملكه فلم يوجد التسليط

وكذا أتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع ولا ي حنيفة ومحمد انه أتلف ما لا غير معصوم فلا يجب الضمان كما اذا أتلفه باذنه ورضاه وهذا لان العصمة تثبت حقا له وقد قوتها على نفسه حيث وضع المال في يد مانعة فلا يبيح مستحقا للنظر الا اذا أقام غيره مقام نفسه في الحفظ ولا اقامة ههنا لانه لا ولاية له على الاستقلال على الصبي ولا الصبي على نفسه بخلاف البالغ والمأذون له لان لهما ولاية على أنفسهما وبخلاف ما اذا كانت الوديعة عند الان عصمته لحقه اذ هو مبقى على أصل الحرية في حق الدم وبخلاف ما اذا أتلفه غير الصبي في يد الصبي لانه سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي الذي وضع في يده المال دون غيره قال (وان استهلك ما لا ضمن) يريد به من غير ايداع لان الصبي يؤخذ بأفعاله وصحة القصد لا معتبر بهما في حقوق العباد والله أعلم بالصواب

باب القسامة

قال (واذا وجد القاتل في محلة ولا يعلم من قتله استخلف خسون رجال منهم

حصلت في يد الغاصب لكن أخذ المولى منه حقهما أول مرة ولم يبق لولهما استحقاق حتى يجعل المأخوذ من الغاصب ثانيا في مقابلة ما أخذه اه (أقول) هذا النظر ثانيا من غلط في استخراج مراد المصنف رحمه الله فان الشارح المذكور زعم أن مراد المصنف بما يجعل عوضا عن الجناية الثانية في قوله يمكن أن يجعل عوضا عن الجناية الثانية هو الذي يرجع به المولى على الغاصب ثانيا فبني نظره المزبور عليه ولا شك ان مراد المصنف بذلك هو الذي يرجع به المولى على الغاصب أول مرة وهو النصف الذي كان حقا للمولى الجناية الثانية ورجع به المولى على الغاصب أول مرة في ضمن رجوعه عليه بالكل فلا اتجاه أصلا لما قال وماذا بعد الحق الا الضلال

باب القسامة

لما كان أمر القاتل يؤل الى القسامة فيما اذا لم يعلم قاتله ذكرها في باب على حدة في آخر الدييات ثم ان

والجواب ان كلامنا فيما لا يملك اتلافه من حيث كونه اجنبيا والشاة ليست كذلك وانما يملك خنقتها من حيث انه تضيق فكان كالتسبيح وقوله (لانه سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي الذي وقع في يده المال دون غيره) يعني أن المالك لا يبدع عند الصبي انما أسقط عصمة ماله عن الصبي لاجن غيره وماله معصوم في حق غيره كما كان والله تعالى أعلم

باب القسامة

لما كان أمر القاتل في بعض الاحوال يؤل الى القسامة ذكرها في آخر الدييات في باب على حدة وهي في اللغة اسم وضع موضع الاقسام وفي الشرع ايمان يقسم بها أهل محلة أو دار وجود فيها قاتل به أثر بقول كل واحد منهم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا وسيبها وجود القاتل فيما ذكرنا وركنهما الجراء العيين المذكورة على لسانه

(قوله ولو كان التسليط) أقول أي ثبت (قوله فيه نظر لان اقامه غيره مقام نفسه الخ) أقول في تشبيه النظر تأمل

باب القسامة

وشرطها بلوغ المقسم وعقله  
 وحرية ووجود أثر القتل  
 في الميت وتكميل اليمين  
 بخسين وحكمها القضاء  
 بوجوب الدية ان حلقوا  
 والحبس الى الحلفان ابوا  
 ان ادعى الولي العمد والدية  
 عند النكول ان ادعى الخطأ  
 ومحاسنها تعظيم خطر الدماء  
 وصيانتها عن الاهدار  
 وخلص المتهم بالقتل عن  
 الفصاح ودليل شرعيتها  
 الاحاديث المذكورة على  
 ماسياتي وقوله (بتخيرهم  
 الولي) أي يختار من القوم  
 من يحلفهم وقوله (بالله  
 ماقتلناه) على طريق الحكاية  
 عن الجميع وأما عند الحلف  
 فيحلف كل واحد منهم بالله  
 ماقتلت ولا يحلف بالله  
 ماقتلنا لجواز أنه باشر القتل  
 بنفسه فيجترئ على اليمين  
 بالله ماقتلنا

(قوله وشرطها بلوغ المقسم  
 وعقله وحرية) أقول  
 وذكوره ويجوز أن يقال  
 أشار إليه بلفظ المقسم وفيه  
 شيء والأصوب أن يقال  
 المرأة من أهل القسامة في  
 الجملة الأخرى اذا وجد قاتل  
 في قرية لامرأة فعند أبي  
 حنيفة ومحمد القسامة  
 عليها كما يجي في آخر الباب

بتخيرهم الولي بالله ماقتلناه ولا علمناه قاتلا) وقال الشافعي اذا كان هناك لوث استخلف الاولياء بخسين  
 عيناو يقضى لهم بالدية على المدعي عليه عمدا كانت الدعوى أو خطأ وقال مالك يقضى بالقود اذا  
 كانت الدعوى في القتل العمد وهو أحد قولي الشافعي واللوث عندهما أن يكون هناك علامة القتل  
 على واحد بعينه أو ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة أو شهادة عدل أو جماعة غير عدول أن أهل  
 المحلة قتلوه

القسامة في اللغة اسم وضع موضع الاقسام كذا في عامة الشروح أخذ من المغرب وقال في معراج  
 الدراية القسامة لغة مصدر أقسم قسامة أو اسم وضع موضع الاقسام انتهى أقول لا يرى وجه صحة  
 لكون القسامة مصدرا قسم كالا يخفى على من له دراية بعلم الادب وأما في الشريعة فهي أيمان يقسم  
 بها أهل محلة أو دار وجد فيها قاتل به أثر جراحة يقول كل منهم بالله ماقتلته وما علمت له قاتلا كذا  
 في العناية أقول فيه قصور فإنه يخرج منه ما اذا وجد القاتل لاني محلة ولا في دار بل في موضع خارج  
 من مصر أو قرية قريب منه بحيث يسمع الصوت منه مع أنه يجب في هذه الصورة أيضا قسامة شرعية كما  
 صرحوا به ويجي في الكتاب ولا يقال انه بنى الكلام على ما هو الا كثر وقوعه لان المقام مقام تعريف  
 لمعنى القسامة في الشريعة فلا بد من أن يكون جامعاً وما ناعما كما لا يخفى فالاولى أن يراى عليه فيؤذون يقال  
 هي في الشريعة أيمان يقسم بها أهل محلة أو دار أو موضع خارج من مصر أو قرية قريب منه بحيث  
 يسمع الصوت منه اذا وجد في شيء مما قيل به أثر لايه لم من قتله يقول كل واحد منهم بالله ماقتلت ولا  
 علمت له قاتلا وقال في النهاية وأما تفسيرها شرعا فاروى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه قال في القاتل  
 يوجد في المحلة أو دار رجل في المصران كان به جراحة أو أتر ضرب أو أتر خنق ولا يعلم من قتله يقسم  
 بخسون رجلا من أهل المحلة كل منهم بالله ماقتلته ولا علمت له قاتلا انتهى أقول فيه سماحة لا تخفى  
 فان ماروى أبو يوسف عن أبي حنيفة على ما ذكر في النهاية انما هو مسئلة القسامة لا تفسير القسامة  
 شرعا فان التفسير من قبيل التصورات وما ذكر فيها تصديق من قبيل الشرطيات كما ترى نعم يمكن أن  
 يؤخذ منه تفسير القسامة شرعا بتدقيق النظر لكنه في موضع بيان معنى القسامة شرعا في أول الباب  
 تعسف خارج عن سنن الصواب ثم قال في النهاية وأما شرطها فهو أن يكون المقسم رجلا بالغاعاقلا  
 حرا فلذلك لم يدخل في القسامة المرأة والصبي والمجنون والعبد وأن يكون في الميت الموجود أثر القتل  
 وأما لو وجد ميتا لا أثر به فلا قسامة ولا دية ومن شرطها أيضا تكميل اليمين بالخمسين انتهى وفي  
 غاية البيان أيضا كذلك أقول فيه كلام أما أوله فلان شرطها غير منحصرة بما ذكر فان منها أيضا أن  
 لا يعلم قاتله فان علم فلا قسامة فيه ولكن يجب الفصاح أو الدية كما تقدم ومنها أن يكون القاتل من  
 بني آدم فلا قسامة في بهيمة وجدت في محلة قوم ولا غرم فيها ومنها الدعوى من أولياء القاتل لان القسامة  
 عين واليمين لا يجب بدون الدعوى كما في سائر الدعاوى ومنها انكار المدعي عليه لان اليمين وظيفة المنكر  
 ومنها المطالبة بالقسامة لان اليمين حق المدعي وحق الانسان في عند طلبه كما في سائر الايمان ومنها  
 أن يكون الموضوع الذي وجد فيه القاتل ملكا لا حدا وفي بدأ حد فان لم يكن ملكا لا حدا ولا في بدأ حدا أصلا  
 فلا قسامة فيه ولا دية ومنها أن لا يكون القاتل ملكا صاحب الملك الذي وجد فيه فلا قسامة ولا دية  
 في فن أو مدبرا أو أم ولدا أو مكاتب أو مأذون وجد قتيلا في دار مولاة نص في البدائع على هاتيك الشروط  
 كلها بالوجه الذي ذكرناه مع زيادة تفصيل فما وجه ذكر بعض الشروط وتركها كثيرا وأما نائبا فلانه  
 اذا وجد قاتل في دار مكاتب فعليه القسامة واذا حلف يجب عليه الاقل من قيمته ومن الدية نص  
 عليه في البدائع وقال ذكره القاضى في شرحه المختصر الطحاوى فإمعنى جعل كون المقسم  
 حرا من شرطه اللهم إلا أن يقال المكاتب حريدا وان لم يكن حرا رقبته كما صرحوا به ومهر في

وان لم يكن الظاهر شاهدا له فذهب مثل مذهبنا غير أنه لا يكره اليمين بل يرد على الولي فان حلفوا لاديه عليهم الشافعي في البدعة يمين الولي قوله عليه السلام لا اوباء فيقسم منكم خمسون أنهم قتالوه ولان اليمين تجب على من يشهد الظاهر ولهذا تجب على صاحب اليد فاذا كان الظاهر شاهدا للولي يبدأ بيمينه وورد اليمين على المدعي أصله كما في النكول غير أن هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص لا يجامعها والمال يجب معها فلهذا وجبت الدية ولنا قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر وفي رواية على المدعي عليه وروى سعيد بن المسيب أن النبي عليه السلام بدأ باليهود بالقسامة وجعل الدية عليهم لوجود القليل بين أظهرهم ولان اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق وحاجته الولي الى الاستحقاق ولهذا لا يستحق بيمينه المال المتبدل فأولى أن لا يستحق به النفس المحترمة وقوله بتخيرهم الولي اشارة الى أن خيار تعيين الخمين الى الولي لان اليمين حقه والظاهر أنه يختار من يتمه بالقتل أو يختار صالحى أهل الحلة لما أن تحرزهم عن اليمين الكاذبة أبلغ التحرز فيظهر القاتل

الباب السابق فوجد فيه الحرية في الجملة بخلاف اشتراط الحرية في القسامة مطلقا بناء على ذلك لكن لا يخفى ما فيه وقال في الغنابة وشرطها بلوغ المقسم وعقله وسرته ووجود أثر القتل في الميت وتكبير اليمين خمسين انتهى أقول فيه شيء من الاخلال زائد على ما في النهاية وغاية البيان وهو أنه لم يتعرض فيه لاشتراط الذكورة في المقسم مع كونها شرطاً أيضاً ثم أقول في امكان توجيه ذلك احتمالان أحدهما انه كفى في افادة ذلك الشرط أيضاً بتذكير لفظ المقسم في قوله بلوغ المقسم وتذكير الضمير في قوله وعقله وسرته وان كان تغليب المذكر على المؤنث شائعاً في أحكام الشرع وانهما تارة تذكرا اشتراط الذكورة بناء على وجوب القسامة على المرأة في مسألة عند أبي حنيفة ومحمد رجهما الله وهي ماسيحية في آخر هذا الباب من أنه لو وجد قتييل في قرية لا امرأة فعند أبي حنيفة ومحمد عليها القسامة تكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها وقال أبو يوسف القسامة على العاقلة أيضاً فكانت المرأة أهلاً للقسامة في الجملة عندهما (قوله وان لم يكن الظاهر شاهداً فذهب مثل مذهبنا) أقول في تحرير المصنف هنا مقصود بل اختلال أما أولاً فلان مذهب الخصم مثل مذهبنا اذا لم يكن هناك لوث أى قرينه حال توقع في القلب صدق المدعى سواء كان ذلك اللوث من قبل علامة القتل على واحد بعينه كالداء أو من قبل ظاهر يشهد للمدعى كعداوة ظاهرة ونحوها فلا وجه لتخصيصه بالشافعي كما هو الظاهر من قوله وان لم يكن الظاهر شاهداً بعد عطف قوله أو ظاهر يشهد للمدعى فيما قبل على قوله علامة القتل على واحد بعينه حتى العبارة أن يقال وان لم يكن هناك لوث وأما ثانياً فلان إيراد الضمير المفرد في قوله فذهب بعد أن ذكر فيما قبل مذهب كل واحد من الشافعي ومالك وان قال اللوث عندهما الخ من قبل الاغلاق حيث لا يفهم أن مرجعه أى منهما وعن هذا حمله بعض الشراح على الشافعي وبعضهم على مالك حتى المقام الاظهار دون الاضمار كما لا يخفى (قوله ولنا قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر وفي رواية على المدعي عليه) أقول لقائل أن يقول ان قوله عليه السلام واليمين على المدعي عليه ان أفاد قصر اليمين على المدعي عليه بناء على ما صرحوا به في علم الادب من أن المعروف بلام الجنس اذا جعل مبتدأ فهو مقصور على الخبر نحو الكرم التقوى والتوكل على الله والائمة من قرين وقد أشار اليه المصنف في باب اليمين من كتاب الدعوى حيث استدلل فيه على أن لا يرد اليمين على المدعي عندنا قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر وقال في وجهه جعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء انتهى لزم أن لا يصح تغليب غير المدعي عليه من أهل الحلة فيما إذا ادعى الولي القتل على بعض منهم بعينه مع أنه يستحلف خمسون رجلاً من أهل الحلة في هذه الصورة أيضاً كما صرح به المصنف فيما سيجي وعجل اطلاق جواب الكتاب دليلاً عليه

وقوله (وان لم يكن الظاهر شاهداً فذهب) أى مذهب الشافعي رحمه الله (كذهبنا غير أنه لا يكره اليمين) وقوله (ولان اليمين تجب على من يشهد الظاهر) يعنى كما في سائر الدعاوى فان الظاهر يشهد للمدعي عليه لان الاصل برائة ذمته فأما في القسامة فالظاهر يشهد للمدعي عند قيام اللوث فتكون اليمين حجة وبقية كلامه واضح

(قال المصنف وان لم يكن الظاهر شاهداً الخ) أقول الظاهر أن يقول وان لم يكن ثمة لوث فان النكوة اذا أعيدت معرفة تكون عين الاول لكن المراد من الظاهر هو اللوث كما لا يخفى



ولنا أن النبي عليه السلام جمع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل وفي حديث زياد بن أبي مرير  
وكذا جمع عمر رضي الله عنه بينهما على وادعة وقوله عليه السلام تبرئكم اليهود محمول على الإبراء  
عن القصاص والحبس وكذا اليمين مبرئة عما وجب له اليمين والقسامة ما شرعت لتجب الدية إذا  
نكلوا بل شرعت ليظهر القصاص بخبرهم عن اليمين الكاذبة فيقر وبالقتل فإذا حلفوا حصلت البراءة  
عن القصاص

ويقال في الرمط في الطواف كذا هذا والثاني أنه لا يمنع أن يكون واحد منهم أمر صبياً ومجنوناً أو عبداً  
مجنوناً بالقتل فلا أثر به يلزمه في ماله فحلف بالله ما علمت له قاتلاً لأنه لو قال علمت له قاتلاً وهو الصبي الذي  
أمره بقتله لكان حاصل الضمان عليه ويسقط الحكم عن غيره فكان مفيداً إلى هنا لفظ البدائع فليكن  
هذا على ذكر منك (قوله ولنا أنه عليه السلام جمع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل) قال بعض  
الفضلاء فيه بحث فإنه لم يجز القسامة بينهم بالكلية وإنما وادع رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده  
وفي رواية من إبل الصدقة على ما ذكر في الصحيحين وغيرهما ونقله الشراح هنا انتهى أقول أشار رسول  
الله صلى الله عليه وسلم إلى وجوب القسامة على اليهود بقوله تبرئكم اليهود بأيمانها وإنما لم يجز القسامة  
بينهم لعدم طلب أولياء القتل إياها حيث قالوا الأرضي بأيمان قوم كفار لا يبالون ما حلفوا عليه  
ومطالبة ولي القتل بالقسامة شرط لأجرائها على الخصوم كما عرفته فيما مر أثناء أن ذكرنا شروط  
القسامة على التفصيل نقلاً عن البدائع وإنما وادع رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده أوجباته من  
إبل الصدقة على سبيل الجمالة عنهم بناء على أن أهل الذمة من أهل البراهمة وقد أفصح عنه صاحب النهاية  
ومعراج الدراية هنا حيث قال لا بعد نقل الحديث وإنما وادع رسول الله صلى الله عليه وسلم لأنه يجوز الجمالة عن  
أهل الذمة فإن قضاء دين الغير بره وأهل الذمة من أهل البراهمة حتى جاز عندنا صرف الكفارات  
اليهم ولا يجوز من مال الزكاة الأعلى سبيل الاستقراض على بيت المال انتهى ثم إن هذا القدر من التوجيه  
انما يحتاج إليه على ما روي من حديث عبد الله بن سهل بن أبي حنيفة كما وقع في الصحيحين وأما  
ما رواه سعيد بن المسيب كما وقع في شرح الآثار للطحاوي قصراً على الزهري وأخرجه كثير من المحدثين  
عن الزهري عن سعيد بن المسيب منهم عبد الرزاق رواه في مصنفه ومنهم ابن أبي شيبة رواه أيضاً في  
مصنفه ومنهم الواقدي رواه في مغازيه في غزوة خيبر فإيجاب النبي صلى الله عليه وسلم القسامة والدية  
على اليهود صريح بين وقد ذكره المصنف اجبالاً من قبل حيث قال وروى ابن المسيب أن النبي عليه  
السلام بدأ باليهود في القسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتل بين أظهرهم وفضله الشراح حيث  
قالوا روى الزهري عن سعيد بن المسيب أن القسامة كانت من أحكام الجاهلية فقررها رسول الله  
صلى الله عليه وسلم في قتل من الأنصار ووجد في جب اليهود بخير وذكروا الحديث إلى أن قال فالزم رسول  
الله صلى الله عليه وسلم اليهود الدية والقسامة انتهى وكذا أمر إيجاب القسامة والدية معاً على اليهود وظاهر  
على ما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل خيبر أن هذا قتل وجد  
بين أظهركم الذي يجرجه عنكم فكتبوا له أن مثل هذه الحادثة وقعت في بني إسرائيل فأرسل الله  
تعالى على موسى عليه السلام أمر أن كنت نبياً فاسأل الله تعالى مثل ذلك فكتب إليهم أن الله تعالى  
أراني أن أختار منكم خمسين رجلاً لحلفون بالله ما قتلنا ولا علمنا له قاتلاً ثم تعرمون الدية قالوا قد  
قضيت فينا بالتأمير من أي بالوحي كذا ذكر الحديث في الكافي والبدائع وغيرهما فظهر أن منشأ البحث  
المزبور عدم الإحاطة بوجوب المقام خبراً (قوله وكذا اليمين تبرئ عما وجب له القصاص والقسامة  
ما شرعت لتجب الدية إذا نكلوا بل شرعت ليظهر القصاص بخبرهم عن اليمين الكاذبة فيقر وبالقتل  
فإذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص) أقول الظاهر أن المراد بهذا هو الجواب عن قول الشافعي ولأن

قال عليه الصلاة والسلام  
تبرئكم اليهود بأيمانها  
فقالوا الأرضي بأيمان قوم  
كفار لا يبالون ما حلفوا عليه  
فقال عليه الصلاة والسلام  
أحلفون وتستحفون دم  
صاحبكم فقالوا كيف تحلف  
على أمر لم نعاين ولم نشاهد  
فكره رسول الله صلى الله  
عليه وسلم أن يبطل دمه  
فوداه بمائة من إبل الصدقة  
واستدل الشافعي رحمه الله  
بقوله عليه الصلاة والسلام  
تبرئكم اليهود بأيمانها على  
أنه لا دية بعد الحلف والاملا  
كان لغة براءة ووادة قبيلة  
من همدان

(قال المصنف ولنا أنه  
جمع بين الدية والقسامة  
في حديث ابن سهل) أقول  
فيه بحث فإنه لم يجز بينهم  
القسامة بالكلية وإنما وادع  
رسول الله صلى الله عليه  
وسلم من عنده وفي رواية  
من إبل الصدقة على ما ذكر  
في الصحيحين وغيرهما  
ونقله الشراح هنا

ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهر الوجود القليل بين أظهرهم لا ينكولهم أو وجبت بتقصيرهم في المحافظة كما في القتل الخطأ (ومن أبي منهم اليمين حبس حتى يحلف) لان اليمين فيه مستحقة لذاتها تعظيما لامر الدم ولهذا يجمع بينه وبين الدية بخلاف النكول في الاموال لان اليمين بدل عن أصل حقه ولهذا يسقط به نكول المدعي وفيما نحن فيه لا يسقط ببذل الدية هذا الذي ذكرنا اذا ادعى الولى القتل على جميع أهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض لا باعيانهم والدعوى في العمد والخطا لا تنهم لا يميزون عن الباقي ولو ادعى على البعض باعيانهم أنه قتل ولبه عدا أو خطأ فكذلك الجواب يدل عليه اطلاق الجواب في الكتاب وهكذا الجواب في المسوط وعن أبي يوسف في غير رواية الاصل أن في القياس تسقط القسامة والدية عن الباقي من أهل المحلة ويقال للولى أنك يئنة فان قال لا يستحلف المدعي عليه عينا واحدة ووجهه أن القياس بأباه لاحتمال وجود القتل من غيرهم وانما عرف بالنص فيما اذا كان في مكان ينسب الى المدعي عليهم والمدعي يدعى القتل عليهم وفيما وراءه يبق على أصل القياس وصار كما اذا ادعى القتل على واحد من غيرهم

وقوله (يدل عليه اطلاق الجواب في الكتاب) أى في كتاب القدوري أشار به الى ما ذكره بقوله واذا وجد القليل في محلة لا يعلم من قتله استخلف حسون رجال منهم الخ (وهكذا الجواب في المسوط) يعنى أوجب القسامة والدية فيما اذا كان الدعوى على البعض بعينه

اليمين عهد في الشرع مبرثا للمدعي عليه لكن رد عليه أنه انما يتم فيما اذا ادعى ولى القليل للقتل العمد فان الموجب حينئذ هو القصاص على تقدير أن يقر بذلك فان حلفوا وحصلت البراءة عنه وأما فيما اذا ادعى القتل خطأ فلا يتم ذلك لان الموجب حينئذ هو الدية على تقدير أن يقر وابه فاذا حلفوا لا تحصل البراءة عنها بل تجب الدية عليهم أيضا عندنا ويمكن أن يقال ولى القليل وان ادعى القتل الخطأ يحلف أهل المحلة بانما قتلناه ولا علمنا له فاننا باطلاق القتل عن قيد العمد والخطا فيجوز ان وقع القتل منهم عدا ولم يعلمه الولى بل ظن أنهم قتلوا قرينه خطأ فلو أقر وافي مثل ذلك بالقتل العمد تجوز عن الايمان الكاذبة بناء على اطلاق القتل في تخليفهم لظاهر القصاص فاذا حلفوا وحصلت البراءة عنه قطعاً فان قلت اذا كانت دعوى الولى مخصوصة بالقتل الخطا كيف يصح اطلاق القتل عند الخلف وهل له نظير في الشرع قلت لا غرو في ذلك وله نظير في الشرع ألا يرى أنه لو ادعى الولى على واحد من أهل المحلة بعينه قتل قرينه عدا أو خطأ استخلف حسون منهم بالله ما قتلناه ولا علمنا له فاننا كما استخلف كذلك لو ادعاه على جميعهم على ما سيجي في الكتاب فتأمل فان حل هذا المحل بهذا الوجه مما يضطر اليه في تصحيح كلام المصنف هنا وان كان يرى تعسفا في بادئ الرأي (قوله ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهر الوجود القليل بين أظهرهم لا ينكولهم) أقول لا وجه له ذكر قوله لا ينكولهم هنا بل الحق أن يذكره لا باعيانهم لانا الآن بصدد بيان موجب ايمانهم وأما موجب نكولهم فانما يأتي بيانه من بعد بقوله ومن أبي منهم اليمين حبس حتى يحلف فلا ارتباط لقوله لا ينكولهم بما نحن بصدده ولان الظاهر أن قوله ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهر الخ جواب عن قول الشافعي لا ملازما كما في سائر الدعوى يعنى ما عهد اليمين في الشرع ملازما كما في سائر الدعوى فالدافع له أن يقال الدية انما يجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا لا باعيانهم فلم يكن اليمين ملازما كما في سائر الدعوى فقوله لا ينكولهم حشو محض في دفع ذلك وانما اللازم أن يقال بده لا باعيانهم كما لا يخفى (قوله ومن أبي منهم اليمين حبس حتى يحلف) قال تاج الشريعة هذا اذا ادعى الولى القتل عدا أما اذا ادعاه خطأ فنسلك أهل المحلة قائمه بقضى بالدية على عاقلة ولا يجسسون ليحلفوا انتهى وأما سائر الشراح فلم يقيده أحد منهم ههنا مثل ما قيده تاج الشريعة الا أن صاحبي النهاية والعناية قالوا في صدر هذا الباب حكم القسامة القضاء وجوب الدية ان حلفوا والحبس حتى يحلفوا ان أو الوادعى الولى العمد ولو ادعى الخطأ فالقضاء بالدية عند النكول انتهى ولا يخفى أن ظاهر ما ذكره هناك يطابق ما ذكره تاج الشريعة هنا أقول لا يذهب عليك أن الظاهر من اطلاق جواب مسألة الكتاب هنا ومن اقتضاه دليلها الذي ذكره المصنف ومن دلاله قوله فيما بعده هذا الذي



وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على أهل المحلة لانه لا فصل في الطلاق النصوص بين دعوى ودعوى  
 فنوجبه بالنص لا بالقياس بخلاف ما اذا ادعى على واحد من غيرهم لانه ليس فيه نص فلو اوجبناهما  
 لأوجبناهما بالقياس وهو ممنوع ثم حرم ذلك أن يثبت ما ادعاه اذا كان له يمينه وان لم تكن استخلفه  
 يميناً واحدة لانه ليس بقسامة لاعدام النص وامتناع القياس ثم ان حلف برئ وان نكل والدعوى  
 في المال ثبت به وان كان في القصاص فهو على اختلاف مضي في كتاب الدعوى قال (وان لم يكمل  
 أهل المحلة كبرت الايمان عليهم حتى تم خمسين) لما روي أن عمر رضي الله عنه لما قضى في القسامة  
 واتي اليه تسعة وأربعون رجلاً فكرر اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية وعن  
 شريح والنخعي رحمهما الله مثل ذلك ولان الخمسين واجب بالسنة فيجب انما هما ما أمكن ولا يطلب فيه  
 الوقوف على الفائدة لثبوتها بالسنة ثم فيه استعظام أمر الدم فان كان العدد كاملاً فأراد الولي  
 أن يكره على أحدهم فليس له ذلك لان المصير الى التكرار ضرورة الاكمال قال (ولا قسامة على صبي  
 ولا مجنون) لانهما ليسا من أهل القول الصحيح واليمين قول صحيح

وقوله (على اختلاف مضي  
 في كتاب الدعوى) بين أبي  
 حنيفة وصاحبيه حيث  
 قال ومن ادعى قصاصاً على  
 غيره فجهد استخلف بالاجماع  
 الخ قال (وان لم يكمل أهل  
 المحلة خمسين) واتي اليه أي  
 أتى اليه وأهل اللغة يقولون  
 وأقاربه

ذكرناه اذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض لا باعيانهم والدعوى في العمد  
 أو الخطأ أن يكون الحبس الى أن يحلف الناكل موجب التناول في كل واحدة من صورتى دعوى العمد  
 ودعوى الخطأ وعن هذا ترى أصحاب المتون قاطبة أطلقوا جواب هذه المسئلة وكذا أطلقه  
 الامام قاضيخان في فتاواه حيث قال فان امتنعوا عن اليمين حبسوا حتى يحلفوا انتهى وكذا حال سائر  
 ثقات الأئمة في تصانيفهم وكان صاحب الغاية تنبه لهذا حيث قال في صدر هذا الباب حكم القسامة  
 القضاء وجوب الدية على العاقلة في ثلاث سنين عندنا وعند الشافعي اذا حلفوا برئوا وما اذا أبوا القسامة  
 فحبسوا حتى يحلفوا أو يقرروا انتهى فانه جرى في بيان حكمها أيضاً على الاطلاق كما ترى ثم أقول  
 التحقيق هنا هو أن في جواب هذه المسئلة روايتين أحدهما أنهم ان نكلوا حبسوا حتى يحلفوا على  
 الاطلاق وهو ظاهر الروايتين عن أئمتنا الثلاثة والآخرى أنهم ان نكلوا لا يحبسون بل يقضى بالدية على  
 عاقلتهم في ثلاث سنين بلا تقييد بدعوى الخطأ وهو رواية الحسن بن زياد عن أبي يوسف وقد أفصح عنه  
 في المحيط البرهاني حيث قال ثم في كل موضع وجبت القسامة وحلف القاضي خمسين رجلاً فكلوا عن  
 الحلف حبسوا حتى يحلفوا هكذا ذكر في الكتاب وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف أنه قال  
 لا يحبسون ولكن يقضى بالدية على عاقلتهم في ثلاث سنين وقال ابن أبي مالك هذا قوله الآخر وكان  
 ما ذكر في هذه الرواية قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الاول الى هنا لفظ المحيط ثم أقول بقي  
 هنا اشكال وهو أنه قد مر في باب اليمين من كتاب الدعوى أن من ادعى قصاصاً على غيره فجهد استخلف  
 بالاجماع ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يحلف  
 أو يقر عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لزمه الارش في النفس وفما دونها انتهى فقتضى اطلاق  
 ذلك أن يكون موجب النكول في القسامة أيضاً هو القضاء بالدية دون الحبس عند أبي يوسف ومحمد  
 وان ادعى ولي القتل القصاص مع أن المذكور في عامة الكتب أن يكون موجب النكول في القسامة  
 هو الحبس الى الحلف بخلاف فيه من أبي يوسف ومحمد كما هو ظاهر الرواية نعم قد ذكر أيضاً في المحيط  
 والذخيرة أنه روى الحسن بن زياد عن أبي يوسف أنه يقضى بالدية في القسامة أيضاً عند النكول لكن  
 يبقى اشكال التناقض بين ما ذكر في المقامين على قول أبي يوسف في ظاهر الرواية وعلى قول محمد مطلقاً  
 فتأمل في الدفع (قوله وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على أهل المحلة لانه لا فصل في الطلاق  
 النصوص بين دعوى ودعوى فنوجبه بالنص لا بالقياس) أقول فيه بحث لانه ان أراد باطلاق النصوص  
 اطلاقها بحسب لفظها فهو مسلم لكن لا يجدي هنا فاعاد من القواعد المقررة عندهم أن النص

قال (ولا امرأة ولا عبد) لانهما ليسا من أهل النصرة واليمين على أهلها قال (وان وجد ميتا لاثربه فلا قسامة ولا دية) لانه ليس يقتل اذا القتل في العرف من فاته حياته بسبب يباشره حتى وهذا ميت حتف نفسه والغرامة تتبع فعل العبد والقسامة تتبع احتمال القتل ثم يجب عليهم القسم فلا بد من أن يكون به أثر يستدل به على كونه قتيلا وذلك بان يكون به جراحة أو أثر ضرب أو خنق وكذا اذا كان خرج الدم من عينه أو أذنه لانه لا يخرج منها الا بقل من جهة الحي عادة بخلاف ما اذا خرج من فيه أو بده أو ذكروه لان الدم يخرج من هذه الخارج عادة بغير فعل أحد وقد ذكرناه في الشهيد (ولو وجد بدن القتل أو أكثر من نصف البدن أو النصف ومعه الرأس في محلة فعلى أهلها القسامة والدية وان وجد نصفه مشقوبا بالطول أو وجد أقل من النصف ومعه الرأس أو وجد يده أو رجله أو رأسه فلا تقي عليهم) لان هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به في البدن الآن لا أكثر حكم الكل تعظيما للآدمي بخلاف الاقل لانه ليس يبدن ولا ملحق به فلا تجرى فيه القسامة

ولم يذكر الاتف وحكمه حكم دبره وذكره وذكر الفم مطلقا وقد قيل اذا سعد من جوفه الى فيه وأما اذا نزل من رأسه الى فيه فليس يصلح دليلا على القتل ذكره في الاسلام في شرح الزبادات وكلامه ظاهر

(قال المصنف ثم يجب عليهم القسم) أقول فيه أنه تكرر (قال المصنف الآن لا أكثر حكم الكل تعظيما للآدمي) أقول فيه بحث لان هذا قياس

الوارد على خلاف القياس يختص عورده والنصوص فيما نحن فيه واردة على خلاف القياس كما صرحوا به فلا بد وأن تكون مخصوصة بعوردها وهو ما اذا وجد القتل في مكان ينسب الى المدعى عليهم والمدعى يدعى القتل عليهم كما ذكر في وجه القياس وان أراد باطلا فها اطلاقها بحسب المورد أضافه وممنوع اذا لم يسمع في حق القسامة نص ورد فيما اذا ادعى الولى القتل على بعض من أهل المحلة بعينه كما لا يخفى على من تتبع النصوص الواردة في هذا الباب (قوله ولا امرأة ولا عبد لانهما ليسا من أهل النصرة واليمين على أهلها) أقول يشكل اطلاق هذا بقول أبي حنيفة ومحمد في مسألة تقي في آخر هذا الباب وهي أنه لو وجد قتل في قرية لأمراه فعند أبي حنيفة ومحمد عليها القسامة يكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها وأما عند أبي يوسف فالقسامة أيضا على العاقلة انتهت وسيجيء في كتاب المعامل ما يتعلق بهذا من الجواب وما فيه من الخلل (قوله لان هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به في البدن الآن لا أكثر حكم الكل تعظيما للآدمي بخلاف الاقل لانه ليس يبدن ولا ملحق به فلا تجرى فيه القسامة) يعني أن وجوب القسامة على أهل المحلة ووجوب الدية على عواقلهم ثبت بالنص على خلاف القياس والنص ورد في كل البدن وأكثر البدن كل حكا وان لم يكن كلاحقيقة فألحق أكثر البدن بالبدن في وجوب القسامة والدية تعظيما لأمراه الدم وما سواه ليس بكل أصلا للاحقيقة ولا حكا فبقى على أصل القياس فلم يجب فيه القسامة والدية كذا في غاية البيان أقول في هذا التعليل شيء وهو أنه قد ذكر في وضع المسئلة أنه لو وجد بدن القتل أو أكثر من نصف البدن أو النصف ومعه الرأس في محلة فعلى أهلها القسامة والدية والتعليل المذكور انما يفيد وجوب القسامة والدية على أهل المحلة فيما اذا وجد بدن القتل أو أكثر من نصف البدن في هاتيك المحلة لا فيما اذا وجد النصف ومعه الرأس فيما كان الموجود فيها في هذه الصورة ليس كل البدن ولا أكثره فلم يكن ما ورد فيه النص ولا ملحقا به فلم يتم التقريب اللهم الا أن يقال النصف اذا كان معه الرأس يصير في حكم أكثر البدن بناء على شرف الرأس وكونه أصلا كما صرحوا به فيصير قول المصنف الآن لا أكثر حكم الكل تعظيما للآدمي شاملا لما هو الاكثر حقيقة أو حكا فتم التقريب بهذا التأويل ثم بقي شيء آخر وهو أن قول المصنف بخلاف الاقل لانه ليس يبدن ولا ملحق به فلا تجرى فيه القسامة فاصرح عن افادة تمام المقصود اذ قد ذكر من قبل أنه ان وجد نصفه مشقوبا بالطول أو وجد أقل من النصف ومعه الرأس أو وجد يده أو رجله أو رأسه فلا تقي عليهم ولا يخفى أن قوله بخلاف الاقل الخ لا يشمل ما وجد نصفه مشقوبا بالطول فلا يحصل تمام التقريب فالاولى أن يقال بخلاف الاقل والنصف الذي ليس معه الرأس الخ وكان صاحب الغاية ذاق هذه

وقوله (ولاناواعتبرناه يتكرر القسامتان والديتان) وفي بعض النسخ (٣٩١) يتكرر ذلك لانه اذا وجب بالاقبل وجب

بالاكثر اذا وجد وكذلك  
لوجب بالنصف لو وجب  
بالنصف الاخر فتكرر  
القسامتان والديتان بمقابلة  
نفس واحدة وذلك لا يجوز  
فان قيل ينبغي ان تجب  
القسامات اذا وجد الرأس  
لانه يعبر به عن جميع البدن  
أجيب بان ذلك بطريق  
المجاز والمعتبر هو الحقيقة  
ولانه لو وجبت به لو جبت  
بالبدن بطريق الأولى فلزم  
التكرار وقيل كان ينبغي ان  
يقول تتكرر القسامات  
والدية بلفظ المفرد دون  
التثنية لان غرضه ثبوت  
القسامات مكررا وثبوت  
الدية مكررا وعبارة التثنية  
تستلزم ان يكون أكثر من  
القسامتين والديتين ويجوز  
ان يكون مراده القسامتان  
والديتان على القطعتين  
يتكرران في خسين نفسا  
وقوله (والمعنى ما أشترنا  
اليه) يريد به التكرار  
المذكور وعدمه وقوله (لان  
الظاهر ان تام الخلق ينفصل  
حيا) اعترض عليه بان  
الظاهر يصلح للدفع دون  
الاستحقاق ولهذا قلنا في  
عين الصبي وذكره ولسانه  
اذ لم تعلم صحته حكومة

ولاناواعتبرناه تتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا تتواليان والاصل فيه ان الموجود  
الاول ان كان بحال لو وجد الباقي تجري فيه القسامات لا تجب فيه وان كان بحال لو وجد الباقي لا تجري  
فيه القسامات تجب والمعنى ما أشترنا اليه وصلاة الجنائز في هذا نسحب على هذا الاصل لانها لا تتكرر  
(ولو وجد فيهم جنين أو سقط ليس به أثر الضرب فلا شيء على أهل الخلة) لانه لا يفوق الكبير حالا (وان  
كان به أثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامات والدية عليهم) لان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا  
(وان كان ناقص الخلق فلا شيء عليهم) لانه ينفصل ميتا لاحيا

الشاعرة حيث قال في شرحه بدل قول المصنف بخلاف الاقل الخ وما سواها ليس بكل أصلا لا حقيقة  
ولا حكما فبقي على أصل القياس فلم تجب فيه القسامات والدية اه وأورد بعض الفضلاء على قول المصنف  
الآن للاكثر حكم الكل تعظيما لا دمي حيث قال فيه بحث لان هذا قياس انتهى أقول ليس ذلك  
يوارد فان هذا الذي ذكره المصنف ليس بقياس بل هو الحاق بدلالة النص كما يرشد اليه قوله ولا ملحق  
به في قوله بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به والذي لا يجوز في هذا الباب هو القياس لادلالة  
النص كما لا يخفى (قوله ولاناواعتبرناه تتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا تتواليان) يعني  
لو وجبت بالاقبل لو جبت بالاكثر أيضا اذا وجد وكذلك لو وجبت بالنصف لو جبت بالنصف الاخر أيضا  
اذا وجد فلزم ان تتكرر القسامتان والديتان في مقابلة نفس واحدة وذلك لا يجوز اذ لم تشرعا مكررتين  
قط قال في غاية البيان كان ينبغي ان يقول يتكرر القسامات والدية بلفظ المفرد ولا يذكرهما بلفظ التثنية  
لانه حينئذ يكون أكثر من القسامتين والديتين وليس كذلك وقد صاحب العناية توجيه عبارة المصنف  
حيث قال بعد نقل ما في غاية البيان ويجوز ان يكون مراده القسامتان والديتان على القطعتين  
يتكرران في خسين نفسا انتهى أقول ليس هذا بشيء لان القسامات في الشرع اسم لمجموع أعيان  
يقسم بها خسون من أهل الخلة وكذا الدية اسم لمجموع ما وجب من المال بمقابلة دم انسان فكيف  
يتصور ان يتحققا في كل واحد من خسين نفسا حتى يصح توجيه تكرار القسامتين والديتين على  
القطعتين يتكررهما في خسين نفسا وانما الموجود في أحد خسين نفسا بعض القسامات والدية لانفسهما  
والكلام في اسناد التكرار الى نفس القسامتين والديتين فلا ماساغ لذلك التوجيه (قوله والاصل فيه  
ان الموجود الاول ان كان بحال لو وجد الباقي تجري فيه القسامات لا تجب الخ) أقول فيه نظر لانه اذا كان  
الباقي نصف التمثيل مشقوبا بالطول مثلا يصدق عليه أنه بحال لو وجد لا تجري فيه القسامات اذ قد  
صرح فيما قبل بأنه ان وجد نصفه مشقوبا بالطول فلا شيء عليهم مع أنه لا تجب القسامات حينئذ في  
الموجود الاول أيضا بناء على ذلك المصريح به فيما قبل فانتقض بمثل هذه الصورة قوله وان كان بحال  
لو وجد الباقي لا تجري فيه القسامات تجب كما لا يخفى (قوله ولو وجد فيهم جنين أو سقط ليس به أثر الضرب  
فلا شيء على أهل الخلة) أقول في تحريره هذه المسئلة بهذا الاداء فتور من وجوه الاول ان الجنين على  
ما صرح به في عامة كتب اللغة الولد مادام في البطن فكيف يتصور ان يوجد فيهم جنين وحده وهو في  
بطن أمه أو ما وجوده مع أمه فهو بعزل عما نحن فيه ليكون الحكم هنالك للام دون الجنين والثاني ان  
ذكر الجنين يعني عن ذكر السقط لان السقط على ما صرح به في كتب اللغة الولد الذي سقط قبل تمامه  
والجنين يتم تام الخلق وغير تامه والثالث ان قوله ليس به أثر الضرب غير كاف في جواب المسئلة اذ  
لا بد فيه من أن لا يكون به أثر الجراحة والخلق أيضا كما تقرر فيما سبق فلا اقتصار هنا على نفي أثر  
الضرب تفصيلا والظاهر ان يقال ولو وجد فيهم ولد صغير ساقط ليس به أثر القتل فلا شيء عليهم تدبر  
(قوله وان كان به أثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامات والدية عليهم لان الظاهر ان تام الخلق  
ينفصل حيا) فان قيل الظاهر يصلح للدفع دون الاستحقاق ولهذا قلنا في عين الصبي ولسانه وذكره اذا

قوله ويجوز ان يكون مراده  
القسامتان والديتان على  
القطعتين يتكرران في  
خسين نفسا) أقول جزء  
الدية لا يسمى دية حتى يقال

يتكرر في خسين نفسا تامل (قوله اعترض عليه بان الظاهر الى قوله وأجيب عنه بأنه الخ) أقول الاعتراض والجواب الاتقاني

عدل عندنا وان كان الظاهر سلامتها وأجيب عنه بأنه انما يجب في الاطراف قبل أن تعلم صحتها ما يجب في السلم لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال وليس لها تعظيم كتعظيم النفوس فلم يجب فيها قبل العلم بالصحة قصاص أودية بخلاف الجنين فإنه نفس من وجهه عضو من وجهه فاذا انفصل تام الخلق وبه أثر الضرب وجب فيه القسامة والدية تعظيما للنفوس لان الظاهر أنه قتييل لو جرد دلالة القتل وهو الاثر اذا الظاهر من حال تام الخلق أن ينفصل حيا أو ما اذا انفصل ميتا ولا أثر به فلا يجب فيه شيء لان حاله لا يفوق حال الكبير فاذا وجد الكبير ميتا ولا أثر به لا يجب فيه شيء فكذا هذا وهذا كما ترى مع تطويله لم يرذالسؤال وربما قواه لان الظاهر اذا لم يكن حجة للاستحقاق في الاموال وما يسلك به مسلكها فلا أن لا يكون فيها هو أعظم خطرا أولى والصواب أن يقال الظاهر هنا أيضا اعتبار دفاع الماعسى يدعى القاتل عدم حياته وأما دليل الاستحقاق فهو حديث جمل بن مالك وهو قوله عليه الصلاة والسلام أسبغ كسبج الكهان قوم موافدوه قال (واذا وجد القتييل على دابة يسوقها رجل الخ) اذا وجد القتييل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلة السائق دون أهل المحلة سواء كان مالكها أو لم يكن وكذا اذا كان قائدها أو ركبها لانه في يده فصار كما اذا كان في داره فان اجتمع الراكب والسائق والقائد فالدية عليهم لان القتييل في أيديهم فصار كما اذا وجد في دارهم وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا وجد القتييل (٣٩٣) في الدار فان الدية هنا على عاقلتهم والقسامة عليهم سواء كانوا ملاك أو لم يكونوا وهناك

على المالك لاعلى السكان وأجيب أو لا بانا لان سلم أن الدية لا تجب على مالك الدابة بل تجب عليه والمذكور في الكتاب فيما اذا لم يكن للدابة مالك معروف وانما يعرف ذلك بقول القائد أو السائق أو الراكب وأما اذا كان لها مالك معروف فانها يجب عليه ونائبها وهو المفهوم من اطلاق جواب الكتاب أن القسامة تجب على النبي في يده الدابة والدية على عاقلته سواء كان للدابة مالك معروف أو لم يكن والفرق أن العبرة في

قال (واذا وجد القتييل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون أهل المحلة) لانه في يده فصار كما اذا كان في داره وكذا اذا كان قائدها أو ركبها (فان اجتمعوا فعلمهم) لان القتييل في أيديهم فصار كما اذا وجد في دارهم قال (وان مرت دابة بين القريةتين وعليها قتييل فهو على أقربهما) لما روي أن النبي عليه السلام أتى بقتيل وجد بين قريةتين فأمر أن يذرع وعن عمر رضي الله عنه أنه لما كتب اليه في القتييل الذي وجد بين وادعة وأرحب كتب بأن يقيس بين قريةتين فوجد القتييل الى وادعة أقرب ففضى عليهم بالقسامة قبل هذا محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ أهله الصوت لانه اذا كان بهذه الصفة يلحقه الغوث فتمكنهم النصرة وقد قصروا

لم تعلم صحتها حكومة عدل عندنا وان كان الظاهر سلامتها أجيب عنه بأنه انما يجب في الاطراف قبل أن يعلم صحتها ما يجب في السلم لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال وليس لها تعظيم كتعظيم النفوس فلم يجب فيها قبل العلم بالصحة قصاص أودية بخلاف الجنين فإنه نفس من وجهه عضو من وجهه فاذا انفصل تام الخلق وبه أثر الضرب وجب فيه القسامة والدية تعظيما للنفوس لان الظاهر أنه قتييل لو جرد دلالة القتل وهو الاثر اذا الظاهر من حال تام الخلق أن ينفصل حيا أو ما اذا وجد ميتا ولا أثر به فلا يجب فيه شيء لان حاله لا تفوق حال الكبير واذا وجد الكبير ميتا ولا أثر به لا يجب فيه شيء فكذا هذا وكذا قال جمهور الشراح ورد صاحب العناية جوامهم المزبور حيث قال بعد ذكر السؤال والجواب وهذا كما ترى مع تطويله لم يرذالسؤال وربما قواه لان الظاهر اذا لم يكن حجة للاستحقاق في الاموال وما يسلك بها

هذا الباب للرأى والتصرف والتدبير وذلك في الدار للمالك لان يده لا تنقطع عنها بالاجارة وأما في الدابة فالتصرف والرأى والتدبير الى من بيده الدابة لزوال يد المالك عنها بالاجارة وبالانقلا فتكون القسامة على الذي في يده الدابة وقوله (وادعة وأرحب) هما قبيلتان من همدان وما بعده ظاهر

(قوله وأما اذا انفصل ميتا) أقول الظاهر اذا وجد ميتا (قوله وهذا كما ترى مع تطويله لم يرذالسؤال وربما قواه) أقول بل يرده فان حاصله كون الظاهر حجة للاستحقاق هنا تعظيما لامر النفوس ومنع كاية القضية الفائلة أن لا يكون حجة للاستحقاق وبه قوى هذا المنع ما سبق من المصنف في الدرر الامس ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا فليتامل (قوله فلا أن لا يكون فيها هو أعظم خطرا أولى) أقول الاستحقاق هنا للمالك أيضا لا غير (قوله وأما دليل الاستحقاق فهو حديث جمل بن مالك) أقول ذلك في الغرة والقسامة والدية ليستاني معناها (قوله فالتصرف والرأى والتدبير الى من بيده الدابة) أقول ما الحسواب اذا كان المالك مع الراكب يسوق الدابة أو يقودها أو يكون الراكب هو المالك والآخرة يقود أو يسوق فان اطلاق الكتاب يشمل هذه الصور قال الاتقاني فيما سيجي عن مسألة السفينة لو كان صاحب السفينة معهم ينبغي أن تجب عليه كافي الدار فينبغي أن يكون هنا كذلك

وقوله (ولا تدخل السكان في القسامة مع الملاك) يشير الى اختلاط السكان بالملاك وقوله (وهو قول محمد) يشير الى أن محمد ليس في هذا القول باصيل فانه ذكر في الاسرار بعد ما ذكر الاختلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف رجما الله هذا الاختلاف فقال وقول محمد مضطرب (وقال أبو يوسف) يعني آخر أو كان قوله أو لا كقولهما أو بعده ظاهر (٣٩٣) وقوله (وهو على أهل الخطة دون المشتريين)

الخطة المكان المختط لبناء داراً وغيرها من العمارات ومعناه على أصحاب الاملاك القديمة الذين كانوا يملكونها حين فتح الامام البلدة وقسمها بين الفاعين فانه مختط خطة تتميز أنصباؤهم والضمير راجع الى المذكور وهو وجوب القسامة والدية أي القسامة على أهل الخطة والدية على عاقلته وقوله (وقيل ان أبا حنيفة رجه الله بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة) يعني من أصحاب الخطة في كل محلة هم الذين يقومون بتدبير المحلة ولا يشار لهم المشتريون في ذلك ويجوز أن يكون فيه تالوج الى الجواب عما يقال ما الفرق بين المحلة والدار فانه لو وجد قتل في دار بين مشتري وخطة فانه ما متساويان في القسامة والدية بالاجماع وفي المحلة فرقا فوجب القسامة على أهل الخطة دون المشتريين مع أن كل واحد منهما لو انفرد كانت القسامة عليه والدية على عاقلته ووجه ذلك أن في العرف أن المشتريين قليا يراجون أصحاب الخطة في التدبير والقيام بحفظ المحلة وليس في حق الدار كذلك فان في عمارة ما استتم من الدار

قال (واذا وجد القتل في دار انسان فالقسامة عليه) لان الدار في يده (والدية على عاقلته) لان نصرته منهم وقوته بهم قال (ولا تدخل السكان في القسامة مع الملاك عند أبي حنيفة) وهو قول محمد (وقال أبو يوسف هو عليهم جميعا) لان ولاية التدبير كما تكون بالملاك تكون بالسكنى ألا ترى أنه عليه السلام جعل القسامة والدية على اليهود وان كانوا سكانا نخسيرا ولهما أن المالك هو المختص بنصرة البقعة دون السكان لان سكنى الملاك ألزم وقرارهم أدم فكانت ولاية التدبير اليهم فيتحقق التقصير منهم وأما أهل خيبر فالنبي عليه السلام أقرهم على أملاكهم فكان يأخذ منهم على وجه الخراج قال (وهي على أهل الخطة دون المشتريين) وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف الكل مشتركون لان الضمان انما يجب بتلك الحفظ من له ولاية الحفظ وبهذا الطريق يجعل جانيهما مقصرا والولاية باعتبار الملاك وقد استتروا فيه ولهما أن صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف ولانه أصيل والمشتري دخيل وولاية التدبير الى الاصيل وقيل أبو حنيفة بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة قال (وان بقي واحد منهم فكذلك) يعني من أهل الخطة لما ينسا (وان لم يبق واحد منهم بان باعوا كلهم فهو على المشتريين) لان الولاية انتقلت اليهم وأخلصت لهم لزوال من يتقدمهم أو يراجهم

مسلكها فلا أن لا يكون فيها هو أعظم خطرا أو لي انتهى أقول ليس الامر كما زعمه فان حاصل جوابهم منع عدم كون الظاهر حجة للاستحقاق في باب القسامة فانه يكون حجة للاستحقاق فيه تعظيما لامر النفوس وصيانة لها عن الاهدار وعن هذا قالوا يجب الدية بالقتل الموجود منهم ظاهرا لوجود القتل بين أظهرهم فقوله لان الظاهر اذا لم يكن حجة للاستحقاق في الاموال وما يسلك به مسلكها فلا أن لا يكون فيها هو أعظم خطرا أو لي ممنوع فان ما لزمن من عدم كون الظاهر حجة في الاموال وما يسلك به مسلكها اهدار أمر حقير وما لزمن من عدم كونه حجة في النفوس اهدار أمر خطير ولا شك أن اهدار الحقير أهون وأولى من اهدار الخطير ثم قال صاحب العناية والصواب أن يقال الظاهر هنا اعتبار دفاعا لما عسى يدي القاتل عدم حياته وأما دليل الاستحقاق فهو حديث جل بن مالك وهو قوله صلى الله عليه وسلم أسجع كسجع الكهان قوموا فادوه انتهى أقول برد عليه أن حديث جل بن مالك ورد في جنين انفصل ميتا ومو جبه الغرة وهي نصف عشر الدية وانما سماها رسول الله صلى الله عليه وسلم دية حيث قال فادوه انكوتها بدل النفس كما تفسر في باب الجنين والكلام هنا في جنين انفصل حياتها على أن الظاهر أن تام الخلق ينفصل حيا والموجب فيه القسامة والدية كما ذكر في الكتاب فأين هذا من ذلك وقد كان صاحب العناية ذكر حديث جل بن مالك في باب الجنين على التفصيل حيث قال وهذا الحديث حديث جل بن مالك بالحاء المهملة والميم المفتوحين قال كنت بين جار يتين لي فضربت احدهما بطن صاحبتهما بعمود فسطاط أو بسطح خيمة فألقت جنينا ميتا فاخصم أولياؤها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام لا ولياء الضاربة دوه فقال أخوها أندي من لاصح ولا استمل ولا تئرب ولا كل ومثل دمه بطل فقال عليه السلام أسجع كسجع الكهان وفي رواية دعني وأراجيز العرب قوموا فادوه الحديث انتهى فكانه نسي ما قدمت يدها

(٥٠ - تكلمة ثامن) واجازتها وعاترتها هما متساويان فكذلك في القيام بحفظ الدار وقوله (لما ينسا) إشارة الى قوله ان صاحب الخطة هو المختص وقوله (ولاية اصيل) والمشتري دخيل وقوله (لان الولاية انتقلت اليهم) يعني على قول أبي حنيفة ومحمد رجما الله أوخلصت لهم على قول أبي يوسف وقوله (لزوال من يتقدمهم) يرجع الى قوله انتقلت اليهم وقوله (أو يراجهم) يرجع الى قوله أوخلصت لهم

وقوله (واذا وجد القتل في دار) يعني اذا وجد القتل في دار فالدية على عاقلة صاحبها باتفاق الروايات وفي القسامة روايتان ففي احدهما يجب على صاحب الدار وفي الاخرى على عاقلته وبهذا يندفع ما يرى من التدافع بين قوله قبل هذا وان وجد القتل في دار انسان فالقسامة عليه وبين قوله ههنا فالقسامة على رب الدار وعلى قومه بحمل ذلك على رواية وهذا على اخرى وحكي عن الكرخي رحمه الله انه كان يوفق بينهما ويقول الرواية التي توجهها على صاحب الدار محمولة على ما اذا كان قومه غيبا والرواية التي توجهها على قومه محمولة على ما اذا كانوا حاضرا كذا في الذخيرة والمذكور (٣٩٤) في الكتاب يدل على انها عليهم جميعا اذا كانوا حاضرا او وانقره رواية فتاوى

(واذا وجد قتل في دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة في القسامة ان كانوا حاضرا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار بكره عليه الايمان) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا قسامة على العاقلة لان رب الدار اخص به من غيره فلا يشار به غيره فيها كاهل الهلة لا يشار بهم فيها عواقلهم وله ما ان الحضور لم تتمهم نصرة البقعة كما تلزم صاحب الدار فيشار كونه في القسامة قال (وان وجد القتل في دار مشتركة نصفها الرجل وعشرها الرجل ولاخر ما بقي فهو على رؤس الرجال) لان صاحب القليل يراحم صاحب الكثير في التدبير فكأنوا سوا في الحفظ والتقصير فيكون على عدد الرؤس منزلة الشفعة قال (ومن اشترى دارا ولم يقبضها حتى وجد فيها قتل فهو على عاقلة البائع وان كان في البيع خيار لاحدهما فهو على عاقلة الذي في يده) وهذا عند أبي حنيفة وقالان لم يكن فيه خيار فهو على عاقلة المشتري وان كان فيه خيار فهو على عاقلة الذي تصير له لانه انما انزل فان لا باعتبار التقصير في الحفظ ولا يجب الاعلى من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك ولهذا كانت الدية على عاقلة صاحب الدار دون المودع والملك للمشتري قبل القبض في البيع البات وفي المشروط فيه الخيار يعتبر قرار الملك كافي صدقة الفطر

(قوله واذا وجد قتل في دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة في القسامة اذا كانوا حاضرا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار بكره عليه الايمان) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام يعني اذا وجد القتل في دار فالدية على عاقلة صاحبها باتفاق الروايات وفي القسامة روايتان ففي احدهما يجب على صاحب الدار وفي الاخرى على عاقلته وبهذا يندفع ما يرى من التدافع بين قوله قبل هذا وان وجد القتل في دار انسان فالقسامة عليه وبين قوله ههنا فالقسامة على رب الدار وعلى قومه بحمل ذلك على رواية وهذا على اخرى انتهى أقول فيه بحث أما أولا فلان قول المصنف فيما قبل وان وجد القتل في دار انسان فالقسامة عليه وان حاز أن يحمل على احدي الروايتين التين ذكرهما صاحب العناية الا أن قوله ههنا فالقسامة على رب الدار وعلى قومه لا يجوز أن يحمل على الاخرى منهما فان القسامة في عاقلة صاحب الدار لا على صاحب الدار وعلى عاقلته جميعا وفيما ذكره المصنف ههنا على رب الدار وعلى قومه جميعا فتعبرا أو أمانا فلان قول المصنف فتدخل العاقلة في القسامة ان كانوا حاضرا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار بكره عليه الايمان صريح في التوفيق بين المسئلة التي ذكرها هنا وبين المسئلة المذكورة فيما قبل حيث كان وجوب القسامة على رب الدار وعلى قومه فيما اذا كان قومه حاضرا ووجوبها على رب الدار وحده فيما اذا كانوا غيبا والمصري الى الحمل على الروايتين انما يكون فيما لا يمكن التوفيق وهو خلاف مدلول كلام المصنف صراحة فكيف يصح أن يكون شرح المراد (قوله لانه انما انزل فان لا باعتبار التقصير في الحفظ ولا يجب الاعلى من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك) أقول هذا التعليل على قول أبي يوسف مشكل لانه ان أراد بقوله والولاية تستفاد بالملك الحصر بمعنى أن الولاية تستفاد بالملك لا بغيره و ينتقض ذلك بما مر من أن السكان يدخلون في القسامة والدية مع الملاك عنده بناء على أن ولاية التدبير كما تكون

العقابي وما بعده ظاهر قال (ومن اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتل الخ) أجمعوا على أن وجوب الضمان عند وجود القتل يتعلق بولاية الحفظ لانه ضمان ترك الحفظ ثم اختلفوا فقال أبو حنيفة رحمه الله ولاية الحفظ بالسد والملك سنيها وقالوا بولاية الحفظ تستفاد بالملك فاذا وجد في واحد ارتفع الخلاف وان كان لاحدهما الملك والاخر البتة كان اعتبار الدية عنده أولى لان القدرة الحقيقية ثبتت بها وعندهما اعتبار الملك وعلى هذا اذا اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتل فاما أن يكون البيع باتا وفيه الخيار فان كان الاول فهو أي المذكور وهو الدية على عاقلة البائع وان كان الثاني فهو على عاقلة من هي في يده عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما ان كان الاول فعلى عاقلة المشتري وان كان الثاني فعلى الذي تصير

له ودليلهما واضح وقوله (ولهذا) أي وليكون ولاية الحفظ تستفاد بالملك (كانت الدية) في هذا الموضوع (على) عاقلة صاحب الدار دون المودع لعدم ملكه وان كان له يد وكذا دليل أبي حنيفة واضح ولم يذكر الجواب عن فصل الوديعه المستشهد به لانه قد اندرج في دليله وذلك لانه

(قوله وفي الاخرى على عاقلته) أقول الاظهر أن يقول وفي الاخرى عليه وعلى عاقلته حتى يستقيم تقرير اندفاع التدافع عليه (قوله وان كان الثاني فهو على عاقلة من هي في يده) أقول لا أدري ما فائدة هذا التفصيل والاجتهاد فان اليد البائع اذا فرض انتفاء قبض المشتري ففي صورتين الضمان على عاقلة البائع وهذه الراكحة مخصوصة بتقريره وسباق المصنف سالم عن أمثالها

قال (ان القدرة على الحفظ باليد) أطلق اليد والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل في اليدما كان أصالة ويدا المودع ليست كذلك وكذلك المستعير والمستأجر قيل ما الفرق لابي حنيفة بين الجناية وصدقة الفطر فانه يعتبر البتة الملك في الثانية دون الاولى والجواب أن صدقة الفطر مؤونة الملك فكانت على (٣٩٥) المالك والجناية موجبة للضمان

بترك الحفظ والحفظ انما يتحقق باليد لانه اذا كان في يده دار فوجدها فيها قتييل لم تعقله العاقلة يعني اذا أنكرت العاقلة كون الدار لصاحب اليد وقالوا انها اربعة أو مستعارة أو مستأجرة (حتى تشهد الشهود أنها التي في يده) ولا يختلج في وهمة صورة تناقض في عدم الاكتفاء باليد مع ما تقدم أن الاعتبار عند أبي حنيفة ليس باليد المعبرة عنده هي التي

وله أن القدرة على الحفظ باليد لا بالملك الأرى أنه يقتدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقتدر بالملك دون اليد وفي البات اليد البائع قبل القبض وكذا فيما فيه الخيار لاحدهما قبل القبض لانه دون البات ولو كان المبيع في يد المشتري والخيار له فهو أخص الناس به تصرفا ولو كان الخيار للبائع فهو في يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب فتعتبر يده اذ بها بقدر على الحفظ قال (ومن كان في يده دار فوجد فيها قتييل لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهود أنها التي في يده) لانه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه واليدوان كانت دليلا على الملك لكنهما محتملة فلا تكفي لإيجاب الدية على العاقلة كما لا تكفي لاستحقاق الشفعة به في الدار المشفوعة فلا بد من إقامة البينة قال (وان وجد قتييل في سفينة فالقسامة على من فيها من الركاب والملاحين) لانها في أيديهم واللفظ يشمل أربابها حتى نجب على الأرباب الذين فيها وعلى السكان وكذا على من عدها والمالك في ذلك وغير المالك سواء وكذا العجالة وهذا على ما روى عن أبي يوسف ظاهر والفرق لهما أن السفينة تنقل وتتحول فيعتبر فيها اليد دون الملك كما في الدابة بخلاف الحلة والدار لانها لا تنقل قال (وان وجد في مسجد محلة فالقسامة على أهلها) لان التدبير فيه اليهم (وان وجد في المسجد الجامع أو الشارع الأعظم فلا قسامة فيه والدية على بيت المال) لانه للامة لا يختص به واحد منهم وكذلك الجسور العامة وما لبيت المال مال عامة المسلمين

تكون بالسكنى وان لم يرد ذلك معنى الحصر لا يتم التقرير في اثبات مدعاها في هذه المسئلة كما لا يخفى (قوله وله أن القدرة على الحفظ باليد دون الملك الأرى أنه يقتدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقتدر بالملك دون اليد) أقول هذا التنوير غير واضح لانه ان أراد باليد المطلق أى سواء كانت يد أصالة أو يد نيابة فليس يصحح اذ لا يجب شئ من القسامة والدية على المودع ونحوه بالاتفاق لكون يده يد نيابة لا يد أصالة كما صرحوا به فاطبة فلو أمكن الاقتدار على الحفظ بيد النيابة أيضا لم يصح ذلك وان أراد بها يد الأصالة فقط كما هو الظاهر فالخصم وهو صاحبها لا يسلم انه يقتدر على الحفظ بيد الأصالة فقط بدون الملك ولا أنه لا يقتدر عليه بالملك بدون تلك اليد بل يقول ولاية الحفظ انما تنفذ بالملك دون اليد كما في مسئلتنا المتنازع فيها وبالجملة ما ذكر في هذا التنوير ليس بأجلى من أصل المسئلة (قوله ومن كان في يده دار فوجد فيها قتييل لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهود أنها التي في يده) قال صاحب الغنابة ولا يختلج في وهمة صورة تناقض في عدم الاكتفاء باليد مع ما تقدم أن الاعتبار عند أبي حنيفة ليس باليد المعبرة عنده وهي التي تكون بالأصالة والعاقلة تنكر ذلك أى قولهم سوا في القسامة (على ما روى عن أبي يوسف رحمه الله) أن السكان تدخل في القسامة مع الملاك (ظاهر) وأما على قول أبي حنيفة ومحمد رحمه الله فلا بد من الفرق وهو ما ذكره في الكتاب وهو ظاهر قال (وان وجد

بالمالك تكون بالسكنى وان لم يرد ذلك معنى الحصر لا يتم التقرير في اثبات مدعاها في هذه المسئلة كما لا يخفى (قوله وله أن القدرة على الحفظ باليد دون الملك الأرى أنه يقتدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقتدر بالملك دون اليد) أقول هذا التنوير غير واضح لانه ان أراد باليد المطلق أى سواء كانت يد أصالة أو يد نيابة فليس يصحح اذ لا يجب شئ من القسامة والدية على المودع ونحوه بالاتفاق لكون يده يد نيابة لا يد أصالة كما صرحوا به فاطبة فلو أمكن الاقتدار على الحفظ بيد النيابة أيضا لم يصح ذلك وان أراد بها يد الأصالة فقط كما هو الظاهر فالخصم وهو صاحبها لا يسلم انه يقتدر على الحفظ بيد الأصالة فقط بدون الملك ولا أنه لا يقتدر عليه بالملك بدون تلك اليد بل يقول ولاية الحفظ انما تنفذ بالملك دون اليد كما في مسئلتنا المتنازع فيها وبالجملة ما ذكر في هذا التنوير ليس بأجلى من أصل المسئلة (قوله ومن كان في يده دار فوجد فيها قتييل لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهود أنها التي في يده) قال صاحب الغنابة ولا يختلج في وهمة صورة تناقض في عدم الاكتفاء باليد مع ما تقدم أن الاعتبار عند أبي حنيفة ليس باليد المعبرة عنده وهي التي تكون بالأصالة والعاقلة تنكر ذلك أى قولهم سوا في القسامة (على ما روى عن أبي يوسف رحمه الله) أن السكان تدخل في القسامة مع الملاك (ظاهر) وأما على قول أبي حنيفة ومحمد رحمه الله فلا بد من الفرق وهو ما ذكره في الكتاب وهو ظاهر قال (وان وجد

في مسجد محلة) كلامه واضح سوى ألفاظ نذكرها

(قال المصنف لانه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه) أقول يناقض ما تقدم فان البائع اذا لم يقبض المشتري الدار صاحب يد بلاملك مع أنه تعقل عواقله وكذا في بعض صور البيع المنجز

قوله (فعدأبي يوسف نجب على السكان) أي سواء كان السكامل أو غير مملوك وقوله (كالشوارع العامة التي بنيت فيها فعلى بيت المال) قال في النهاية وإنما أراد به (٣٩٦) أن يكون نائبا عن المحال أما الاسواق التي تكون في المحال فهي محفوظة بحفظ

أهل المحلة فتكون القسامة والدية على أهل المحلة وكذا في السوق الثاني إذا كان من سكنها في اليا إلى أو كان لاحدهم فيها دار مملوكة تكون القسامة والدية عليه لأنه يلزمه صيانة ذلك الموضع فيوصف بالتقصير فيجب عليه موجب التقصير وقوله (وقد بيناه) يعني في مسألة وان مرت دابة بين قريتين وعلم اقتيل وقوله (وان وجد في وسط القران) يريد به القران وكل نهر عظيم لعدم خصوصية القران بذلك وكذلك ذكر الوسط ليس للتخصيص بل الماء مادام جاريا بالقتيل كان حكم الشط كحكم الوسط قالوا وهذا إذا كان موضع انبعات الماء في دار الحرب لأنه إذا كان كذلك فقد يكون هذا اقتيل دار الشرك وأما إذا كان موضع انبعات الماء في دار الاسلام فيجب الدية في بيت المال لأن موضع انبعات الماء في يد المسلمين فسواء كان قتيلا مكان الانبعات أو مكان آخر دون ذلك فهو قتيلا المسلمين فيجب الدية في بيت المال وقوله (على التفسير الذي تقدم) أراد به قوله قبل

(ولو وجد في السوق ان كان مملوكا فعند أبي يوسف نجب على السكان وعندهما على المالك وان لم يكن مملوكا كالشوارع العامة التي بنيت فيها فعلى بيت المال) لأنه لجماعة المسلمين (ولو وجد في السجن فالدية على بيت المال وعلى قول أبي يوسف والدية والقسامة على أهل السجن) لأنهم سكان وولاية التسديروا اليهم والظاهر أن القتل حصل منهم وهما يقولان ان أهل السجن مقهورون فلا يتصورون فلا يتعلق بهم ما يجب لاجل النصره ولأنه بنى لاستيفاء حقوق المسلمين فإذا كان غنمه يعود اليهم فغرمه يرجع عليهم قالوا وهذه فرقة المالك والسكان وهي مختلف فيها بين أبي حنيفة وأبي يوسف قال (وان وجد في قرية ليس بقرية عمارة فهو هدر) وتفسير القرب ما ذكرنا من استماع الصوت لأنه إذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره فلا يوصف أحد بالتقصير وهذا إذا لم تكن مملوكة لاحد أما إذا كانت فالدية والقسامة على عاقلته (وان وجد بين قريتين كان على أقربهما) وقد بيناه (وان وجد في وسط القران عمريه الماء فهو هدر) لأنه ليس في بدأ حد ولا في ملكه (وان كان محتسبا بالشاطيء فهو على أقرب القرى من ذلك المكان) على التفسير الذي تقدم لأنه اختص بنصره هذا الموضع فهو كال موضوع على الشط والشط في بدمن هو أقرب منه ألا ترى أنهم يستقون منه الماء ويوردون بها أنفسهم فيها بخلاف النهر الذي يستحق به الشفعة لاختصاص أهلها به لقيام يدهم عليه فتكون القسامة والدية عليهم قال (وان ادعى الولى على واحد من أهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم) وقد ذكرناه في القياس والاستحسان قال (وان ادعى على واحد من غيرهم سقطت عنهم) وقد بيناه من قبل ووجه الفرق هو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الامر لأنهم مختلفون بخلاف ما ذكره ابن من غيرهم لأن ذلك بيان أن القاتل ليس منهم وهم انما يغرمون إذا كان القاتل منهم لكونهم قتيلا تقديرا حيث لم يأخذوا على يد النظام

ما يوافق حيث قال وفي جامع الكرايسى اعتبر أبو حنيفة يد المالك لا مجرد اليد في المسئلة المتقدمة وهنا لا يثبت ذلك إلا بالينة فلا يرد نضاع عليه انتهى أقول هذا التوجيه مشكل لأن المالك في المسئلة المتقدمة كان لأشترى لا للمحالة وعن هذا انشا النزاع بين أبي حنيفة وصاحبيه في تلك المسئلة اذ لو كان المالك أيضا للبائع لما صار محل الخلاف واقامة الحجية من الجانبين على ما مر بيانه فاذا كان المالك هناك لأشترى فكيف يتحقق للبائع اذ ذلك يد المالك اذ ثبت يد المالك يقتضى ثبوت نفس المالك أيضا فيلزم أن يجتمع على الدار المبيعة في حالة واحدة ملكان وهما ملك البائع وملك المشتري وهو محال وان أريد بيد المالك غير معناه الظاهر رأى السيد القاسم كان اصحابا ملك في الاصل وان زال ذلك المالك في المحال بالبائع فماعتنى اعتبار مثل ذلك الامر الزائل في ترتب الحكم الشرعي عليه في المحال وهل يليق أن يعد ذلك أصلا لا مأمنا الاعظم فعليك بالتأمل الصادق (قوله وان ادعى على واحد من غيرهم سقطت عنهم) وقد بيناه من قبل قال صاحب العناية يريد به قوله هذا الذي ذكرنا اذ ادعى الولى القتل على جميع أهل المحلة انتهى واقضى أثره العيني أقول الظاهر أنه أراد به قوله بخلاف ما ذكرنا اذ ادعى على واحد من غيرهم لأنه ليس فيه نص فلأوجبناها لأوجبناها بالقياس وهو ممتنع فإنه هو المطابق لهذه المسئلة التي ذكرها المصنف هنا دون ما جعل عليه الشارحان المزبوران كما لا يخفى على الفطن (قوله ووجه الفرق هو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم) أقول لقائل أن يقول ان أريد أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم بدون أن يتعين خصوصه فهو مسلم لكن لانسلم أن

هذا محمول على ما إذا كان بحيث يبلغ أهله الصوت وقوله (لم تسقط القسامة عنهم) يعني والدية على عواقلهم وقوله (وقد ذكرناه) يعني المذكور في بعض النسخ وهو قوله ولو ادعى على البعض باعيتهم أنه قتل وليه الخ وقوله (وقد بيناه من قبل) يريد به قوله هذا الذي ذكرنا اذ ادعى الولى القتل على جميع أهل المحلة ولان



ولان أهل المحلة لا يفرمون بمجرد ظهور القتل بين أظهرهم الا بدعوى الولي فاذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقده شرطه قال (واذا اتى قوم بالسيف فأجلوا عن قتل فهو على أهل المحلة) لان القتل بين أظهرهم والحفظ عليهم (الا أن يدعى الاولياء على أولئك أو على رجل منهم بعينه فلم يكن على أهل المحلة شيء) لان هذه الدعوى تضمنت راءة أهل المحلة عن القسامة قال (ولا على أولئك حتى يقيموا البيعة) لان بمجرد الدعوى لا يثبت الحق للحديث الذي رويناها أما بسقطه الحق عن أهل المحلة لان قوله حجة على نفسه (ولو وجد قتل في معسكراً قاموا بفلاة من الارض لملك لاحد فيها فان وجد في خيلاء أو فسطاط فعلى من يسكنهم الدية والقسامة وان كان خارجا من الفسطاط فعلى أقرب الاخبية) اعتبار اليمد عند انعدام الملك

تعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الامر حينئذ فان ابتداء الامر اذ ذلك كون القاتل منهم بدون أن يتعين خصوصه وتعيينه واحدا منهم يلزم أن يتعين خصوصه وان كان منهم ولا ريب أن تعيين خصوص القاتل ينافي عدم تعيينه وان أراد أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم تعيين خصوصه فهو ممنوع كالأجنبي وان أراد أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم سواء تعيين خصوصه أو لم يتعين فهو أيضا ممنوع اذا لا يظهر وجه كون الجنابة الصادرة عن واحد منهم عند تعيين خصوصه سبباً لوجوب الغرم عليهم جميعاً ألا يرى انه اذا أقر واحد منهم بعينه بقتل القاتل الموجودين أظهرهم أو ثبت ذلك بالبيعة لا يجب شيء على غيره أصلاً فان قيل يجوز أن يكون سبب وجوب الغرم عليهم جميعاً عند تعيين خصوص القاتل منهم كونهم قتلة أيضاً تقديراً لبركهم النصرة لعدم أخذهم على بذلك القاتل الظالم كما يشعر به قول المصنف فيما بعد وهم انما يفرمون اذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديراً حيث يأخذوا على يد الظالم قلنا ذلك انما يظهر اذا علموا قتل ذلك الظالم فستر كوا النصرة وأما اذا لم يعلموا ذلك بان كان قتله خفية فلا ولئن سلم ذلك مطلقاً لعدم احتياطهم في حفظ المحلة بشكل بما اذا أقر واحد منهم بعينه بالقتل أو ثبت ذلك بالبيعة فانه لا يجب على غيره شيء هناك مع تحقق ذلك السبب فيه أيضاً فامل في التوجيه وذكر في الشروح نقلاً عن المبسوط أنه روى ابن المبارك عن أبي حنيفة أنه تسقط القسامة والدية عن أهل المحلة لان دعوى الولي على واحد منهم بعينه تكون ابراه لاهل المحلة عن القسامة فان القسامة في قتل لا يعرف قاتله فاذا زعم الولي أنه يعرف القاتل منهم بعينه صار مبرئاً لهم عن القسامة وذلك صحيح منه انتهى قلت هذه الرواية أظهر عندى دراية والله تعالى أعلم بالصواب (وقوله ولان أهل المحلة لا يفرمون بمجرد ظهور القتل بين أظهرهم الا بدعوى الولي فاذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقده شرطه) أقول يشكل هذا التعليل بما اذا ادعى الولي على واحد من أهل المحلة بعينه فانهم اذا لم يفرموا بمجرد ظهور القتل بين أظهرهم الا بدعوى الولي فاذا ادعى الولي على واحد منهم بعينه دون غيره لم يلزم أن تسقط الغرامة عن غيرهم لفقده شرط الغرامة وهو دعوى الولي عليهم فتفكر في الفرق وتعلم لا يتيسر بدون التسف قال العيني واعلم أن قوله وجه الفرق الى قوله قال واذا اتى قوم بالسيف لم يوحى في كثير من النسخ ولهذا لم يشرحه أكثر النحاح انتهى قلت وعن هذا ترى ما فيه من الوهن كما ثبت عليه أفتاقى الموضوعين (وقوله واذا اتى قوم بالسيف فأجلوا عن قتل فهو على أهل المحلة لان القتل بين أظهرهم) أي وجد بين أظهرهم أي بينهم والظهر والاطهر يجيئان مقعمين كما في قوله عليه الصلاة والسلام لا صدقة الا عن ظهر غنى أي صادرة عن غنى فالظهر فيه مقعّم كما في ظهر القلب وظهر الغيب وكذا في الاظهر يقال أقام بين أظهرهم أي بينهم كذا في الشروح فان قيل الظاهر أن قاتله من غير أهل المحلة وأنه من خصمائه قلنا قد تعذر الوقوف على

أظهرهم) أي وجد بين أظهرهم يعني بينهم والظهر والاطهر يجيئان مقعمين كما في قوله صلى الله عليه وسلم لا صدقة الا عن ظهر غنى أي صادرة عن غنى فان قيل الظاهر أن قاتله من غير أهل المحلة وأنه من خصمائه أجب بأنه قد تعذر الوقوف على قاتله حقيقة فيتعلق بالسبب الظاهر وهو وجوده فتبلا في محلتهم وقوله (لان بمجرد الدعوى لا يثبت الحق) أي الاستحقاق عند انكار المدعى عليه للحديث الذي رويناها أي في أوائل باب القسامة وأوله قوله صلى الله عليه وسلم لو أعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم لكن البيعة على المدعى واليمين على من أنكر لا يقال الظاهر أنهم قتلوه لما علمت غير مرة أن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وقوله (وان وجد في خيلاء أو فسطاط) الخباء الخيمة من الصوف والفسطاط الخيمة العظيمة فكان أعظم من الخباء وقوله (فعلى أقرب الاخبية) قيل هذا اذا نزلوا قبائل قبائل متفرقين أما اذا نزلوا محتطين فالدية والقسامة عليهم

(قوله لما علمت غير مرة أن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق) أقول مع أن استعظام أمر الدم باق على حاله حيث يجب على أهل المحلة القسامة والدية

وقوله (وان كان القوم لقوا قتالا) يجوز أن يكون حالا أي مقاتلين ويجوز أن يكون مفعولا مطلقا لان لقوا في معنى اللقاء وأنه يكون مفعولا أي للقتال وقوله (لان الظاهر أن العدو قتله فكان هذرا) يجوز الى ذكر الفرق بين هذه وبين المسلمين اذا اقتتلا عصبية في محلة فأجلاوا عن قتلهم القسمة والدية كما مر آنفا وقالوا في ذلك ان القتال اذا كان بين المسلمين والمشركين في مكان في دار الاسلام ولا يدري أن القاتل من أيهما يرجح احتمال قتل المشركين جلالا لمر المسلمين على الصلاح في أنهم لا يتركون الكافرين في مثل ذلك الحال ويتناولون المسلمين وأما في المسلمين من الطرفين فليس نعمة جهة الحمل على الصلاح حيث كان الفريقان مسلمين فبقي حال القتل مشكلا فأوجبنا القسمة والدية على أهل ذلك المكان لورود النص باضافة القتل اليهم عند الاشكال فكان العمل بما ورد فيه النص أولى عند الاحتمال من العمل بالذي لم يكن كذلك وقوله (وان لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناه) اشارة الى قوله ولو وجد قتل في معسكر أو قاموا الخ وقوله (وقد ذكرناه) اشارة الى ما ذكر عند قوله ولا يدخل السكان مع الملاك في القسمة عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قول محمد وقال أبو يوسف هو عليهم جميعا وقوله (واذا قال المستخلف قتله فلان استخلف بالله) يعني لا تسقط اليمين عنه بقوله قتله فلان غاية ما في الباب أنه استثنى عن يمينه حيث قال قتله فلان وهذا الاينافي أن يكون المقر شريكه في القتل وأن يكون غيره شريكا معه واذا كان كذلك يخلف على أنه (٣٩٨) ما قتله ولا عرفه فأتا غير فلان قال (واذا شهد اثنان من أهل المحلة

(وان كان القوم لقوا قتالا ووجد قتل بين أظهرهم فلا قسمة ولا دية) لان الظاهر أن العدو قتله فكان هذرا وان لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناهم وان كان للارض مالك فالعسكر كالسكان فيجب على المالك عند أبي حنيفة) خلافا لابي يوسف وقد ذكرناه قال (واذا قال المستخلف قتله فلان استخلف بالله ما قتلت ولا عرفت له فأتا غير فلان) لانه يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل فيخلف على ما ذكرنا لانه لما أقر بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين فبقي حكم من سواه فيخلف عليه قال (واذا شهد اثنان من أهل المحلة على رجل من غيرهم أنه قتل لم تقبل شهادتهما) وهذا عند أبي حنيفة وقالوا تقبل لانهم كانوا بعرضية أن يصيروا خصماء وقد بطلت العرضية بدعوى الولى القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كلوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة وله أنهم خصماء بازالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا من محلة الخصوم كالوصى اذا خرج من الوصاية بعد ما قبلها ثم شهد قال رضى الله عنه

الخ) اذا ادعى الولى على رجل من غير أهل المحلة وشهد اثنان من أهل المحلة عليه أنه قتله قال أبو حنيفة رحمه الله لم تقبل شهادتهما وقالوا تقبل لانهم كانوا بعرضية أن يصيروا خصماء وقد بطلت بدعوى الولى القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كلوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة ولا يوجب حنيفة رحمه الله أنهم جعلوا خصماء تقديرا للتقصير الصادر منهم وان خرجوا من محلة الخصوم فلا تقبل شهادتهم كالوصى اذا خرج من الوصاية بعد ما قبلها ما يلوغ الغلام أو بعزل القاضى

فانه حقيقة فينتقل الحكم بالسبب الظاهر وهو وجوده قتيلا في محلتهم كذا في النهاية والعناية أقول يرد على هذا الجواب أن يقال ما بالكم تجعلون هذا الظاهر وهو وجوده قتيلا في محلتهم موجبا للاستحقاق القسمة والدية على أهل المحلة ولا تجعلون ذلك الظاهر وهو كون قاتله خصما من غير أهل المحلة دافعا للقسمة والدية عن أهل المحلة مع أن الاصل الشائع أن يكون الظاهر حجة للدفع دون الاستحقاق فالأظهر في الجواب أن يقال الظاهر لا يكون حجة للاستحقاق فبقي حال القتل مشكلا فأوجبنا القسمة والدية على أهل المحلة لورود النص باضافة القتل اليهم عند الاشكال فكان العمل بما ورد فيه النص وسيأتي مثل هذا عن قريب (قوله وان كان القوم لقوا قتالا ووجد قتل بين أظهرهم فلا قسمة ولا دية

وعلى

مألفها ما يلوغ الغلام أو بعزل القاضى

(قال المصنف وان كان القوم لقوا قتالا) أقول قال صاحب النهاية انتصاب قتالا لا يمتثل أن يكون على الحال أي مقاتلين وان يكون على المفعول به كما في قوله بعده وان لم يلقوا عدوا وأن يكون على المفعول له أي للقتال انتهى والمفعول به محذوف أي لقوا العدو (قوله وقوله لان الظاهر أن العدو قتله الخ) أقول الفرق ظاهر فان الظاهر هنا حجة للدفع عن المسلمين فيصلى حجة وثمة ولو كان حجة لكان حجة للاستحقاق وذلك غير جائز فيجب على أهل المحلة للنص (قوله وأما في المسلمين من الطرفين الى قوله فبقي حال القتل مشكلا) أقول وذلك أن تقول العداوة ترفع الاشكال فلا يلزم من انتفاء جهة الحمل على الصلاح كون حال القتل مشكلا ولو صح ما ذكره لكان الامر كذلك اذا كانت احدى الطائفتين الخوارج (قال المصنف وان كان للارض مالك فالعسكر كالسكان) أقول قال الزبيلى وان كان للارض مالك فيجب على المالك بالاجماع لانهم سكان فلا يترجحون المالك في القسمة والدية وهذا عندهما ظاهر والفرق لابي يوسف بينه وبين المحلة والدار أن العسكر نزوا فيه للانتقال والارحام لا للقرار فلا يعتبر الا للضرورة بخلاف الدار والمحلة فانهم يسكنون فيه للقرار فلا بد من اعتباره انتهى ولا يخفى عليك محققته لما نص عليه المصنف من خلاف أبي يوسف (قال المصنف لانهم لا يقبلون القتل على واحد) أقول اقرار القتل هنا على التجوز كما لا يخفى

وقوله (وعلى هذين الاصلين) يعني الاصلين المجمع عليهما أحدهما أن كل من انتصب خصما في حادثة ثم خرج من كونه خصما لم تقبل شهادته في تلك الحادثة بالاجماع كالوكيل اذا خاصم ثم عزل والثاني اذا كانت لرجل عرضية أن يصير خصما ثم بطلت تلك العرضية فشهدت قبل شهادته بالاجماع وأبو حنيفة رحمه الله جعل مانحن فيه من الاصل الاول لانهم صاروا خصما في هذه الحادثة لوجود القتل بين أظهرهم فانه السبب الموجب للقسماء والدية قال عمر وأنا أغرمكم الدية لوجود القتل بين أظهركم وادعى الولي القتل على غير أهل المحلة لا يتبين أن هذا السبب لم يكن ولكن خرجوا بذلك عن كونهم خصما وهما جعلاه من الاصل الثاني لانهم انما يكونون خصما لو ادعى الولي القتل عليهم فاذا ادعى على غيرهم زالت العرضية فتقبل شهادتهم وقوله (يخرج كثير من المسائل من هذا الجنس) أما على الاصل الاول فمسئلة الوكيل اذا خاصم في مجلس الحكم ثم عزل كما مر والوصى في حقوق اليتيم خاصم أو لم يخاصم كما مر وأما على الاصل الثاني فمسئلة الشفيعين اذا شهدا على المشتري بالشراء وهما لا يطلبان الشفعة (٣٩٩)

تقبل شهادتهما لانهما  
بعرضية أن يصيرا خصمين  
يطلب الشفعة وقد بطلت  
بتركها وقوله (ولو ادعى)  
ظاهر وقوله (على  
ما ينه) اشارة الى ما ذكر  
من مسئلة وان ادعى الولي  
على واحد من أهل المحلة في  
بيان الفرق بقوله وهو أن  
وجوب القسماء عليهم دليل  
على أن القتال منهم فتعينه  
واحداهم لا ينافي ابتداء  
الامر وقوله (ومن جرح في  
قبيلة) يعني ولم يعلم الجرح  
لانه لو علم سقط القسماء بل  
فيه القصاص على الجرح  
ان كان عمدا والدية على  
العاقلة اذا كان خطأ فاذا  
لم يعلم الجرح فاما أن يصير  
صاحب فراش حين جرح  
أو يكون صحابته ثم

وعلى هذين الاصلين يخرج كثير من المسائل من هذا الجنس قال (ولو ادعى على واحد من أهل المحلة بعينه فشهد شاهدان من أهلها عليه لم تقبل الشهادة) لان الخصومة قائمة مع الكل على ما ينه والشاهد يقطعها عن نفسه فكان متهما وعن أبي يوسف أن الشهود يملفون بالله ما قتلناه ولا يزدادون على ذلك لانهم أخبروا أنهم عرفوا القاتل قال (ومن جرح في قبيلة فنقل الى أهله غات من تلك الجراحة فان كان صاحب فراش حتى مات فالقسماء والدية على القبيلة وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف لا قسماء ولا دية) لان الذي حصل في القبيلة والمحلة مادون النفس ولا قسماء فيه قصاص كما اذا لم يكن صاحب فراش وله أن الجرح اذا اتصل بالموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص فان كان صاحب فراش أضيف اليه وان لم يكن احتمال أن يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك (ولو أن رجلا معه جرح به رمق حمله انسان الى أهله فكذب يوما أو يومين ثم مات لم يضمن الذي حمله الى أهله في قول أبي يوسف وفي قياس قول أبي حنيفة يضمن) لان يده بمنزلة المحلة فوجوده جرح محافي يده كوجوده فيها وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله من مسئلة القبيلة

لان الظاهر أن العدو وقتله فكان هدرا) قال في العنايه قوله لان الظاهر أن العدو وقتله فكان هدرا يجوز الى ذكر الفرق بين هذه وبين المسلمين اذا اقتتلوا عصبية في محلة فاجلوا عن قتل فان عليهم القسماء والدية كما مر آنفا وقالوا في الفرق ان القتال اذا كان بين المسلمين والمشركين في مكان في دار الاسلام ولا بدري أن القتال من أيهما يرجح احتمال قتل المشركين جلالا لأمير المسلمين على الصلاح في أنهم لا يتركون الكافرين في مثل ذلك الحال ويقتلون المسلمين وأما في المسلمين من الطرفين فليس ثمة جهة الحمل على الصلاح حيث كان القر يقان مسلمين ففي حال القتل مشكلا فأوجبنا القسماء والدية على أهل ذلك المكان لو ورد النص باضافة القتل اليهم عند الاشكال وكان العمل بما ورد فيه النص أولى عند الاحتمال من العمل بالذي لم يكن كذلك انتهى وقال بعض الفضلاء طعنا في المصير الى الفرق المذكور الفرق ظاهر فان الظاهر هنا حجة الدفع عن المسلمين فيصلح حجة ونعمه لو كان حجة لكان حجة للاستحقاق وذلك غير جائز فيجب على أهل المحلة للنص انتهى أقول لیس هذا الفرق تمام فضلا عن كونه ظاهرا اذا

يحيى وبذهب فان كان الثاني فلا ضمان فيه بالاتفاق وان كان الاول فضه القسماء والدية على القبيلة عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف لاشي عليه وهو مذهب ابن أبي ليلى ووجه قول أبي يوسف قوله ان الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص واعترض عليه بانه لو كان كذلك لما افترق الحكم بين صيرورته صاحب فراش وعدم صيرورته كذلك كما لا يفترق في حق القصاص فانه اذا لم يكن وقت الجرح صاحب فراش ثم سرى غات وجب القصاص وأوجب بأن القسماء والدية وردت في قتل في محلة لم يعلم له قاتل بالنص على خلاف القياس فبراعى ذلك بقدر الامكان والمجروح في محلة لم يعلم جرحه اذا صار صاحب فراش قتل شرعا لانه صار مريض الموت وحكمه حكم الميت في التصرفات فجعل كانه مات حين جرح فوجب الدية والقسماء وأما اذا كان صحابته ويحيى فهو في حكم التصرفات لم يجعل كالميت من حيث جرح فكذلك في الدية والقسماء وقوله (ولو أن رجلا معه جرح الخ) حكمه ظاهر من مسئلة من جرح في قبيلة فنقل الى أهله ولهذا قال في آخره وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله في مسئلة القبيلة



بأنها يجب القتل حتى تقضى منها دينه وتنفذ وصاياه ثم يخلفه الوارث فيه وهو نظير الصبي والمعتوه إذا قتل أباه بحب الدية على عاقلته وتكون ميراثه ثم أعلم بأنه صنع مثل ذلك في ذكره الدية في الحكم والقسامة في دليل أبي حنيفة رحمه الله إشارة إلى أن القسامة واجبة عليهم وجوب الدية وهو اختيار بعض المشايخ فإن القسامة لم تذكر في الأصل واختلف المشايخ في وجوبها على العاقلة على قول أبي حنيفة فمنهم من قال لا يجب لأنها تختص عن يعلم بحال القتل وليس ههنا من يعلمه فلا تلزم القسامة ومنهم من قال يجب لجواز أن يكون جماعة انفقوا على قتله فقتلوه في داره فيكون ثمة من يعلم بحاله واختاره المصنف واكتفى بذكرها في الدليل عن ذكر الدية لأن وجوبها يستلزم وجوب الدية وما أطفه مخبر بل الله تراه ولما (٤٠١) استشعر ورود مسألة المكاتب

إذا وجد قتيلا في داره كالنقض على ما ذكرنا أشار إلى الجواب بقوله لأن حال ظهوره الخ يعني انحصار دم المكاتب هدر الان حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه لأن الكتابة لا تنسخ إذا مات عن وفاء بل يقضى به ما عليه وإذا كان الدار على حكم ملك نفسه جعل قتيلا نفسه ومن قتل نفسه كان دمه هدرًا بخلاف الحر فإنه حال ظهور قتله لم تكن الدار على حكم ملكه لعدم قابلية الميت للملك وإنما انتقل إلى ورثته فكان قتيلا وجد في دار غيره ولم يعلم له قاتل فيجب فيه القسامة والدية وقوله (ولو أن رجلين كانا في بيت) ظاهر وقوله (كما إذا وجد قتيلا في محلة) يعني أن توهم قتل نفسه فيه موجود ولم يعتبر فكذلك ههنا وقوله (قال المتأخرون)

بخلاف المكاتب إذا وجد قتيلا في دار نفسه لأن حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه فيصير كأنه قتل نفسه فيهدومسه (ولو أن رجلين كانا في بيت وليس معهما ثالث فوجد أحدهما مذبوحا قال أبو يوسف بضمن الآخر الدية وقال محمد لا يضمنه) لأنه يحتمل أنه قتل نفسه فكان التوهم ويحتمل أنه قتله الآخر فلا يضمنه بالشك ولا ييوسف أن التناهر أن الانسان لا يقتل نفسه فكان التوهم ساقطا كما إذا وجد قتيلا في محلة (ولو وجد قتيلا في قرية لا حرة فعند أبي حنيفة ومحمد عليها القسامة تكرر عليها الأيمان والدية على عاقبتها أقرب القبائل إليها في النسب وقال أبو يوسف على العاقلة أيضا) لأن القسامة إنما تجب على من كان من أهل النصرة والمرأة ليست من أهلها فاشبهت الصبي وأهلها أن القسامة تلتقي التهمة وتهممة القتل من المرأة متحققة قال المتأخرون ان المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسئلة لأننا نزلناها قاتلة والقاتل يشارك العاقلة (ولو وجد رجل قتيلا في أرض رجل إلى جانب قرية ليس صاحب الأرض من أهلها قال هو على صاحب الأرض) لأنه أحق بنصرة أرضه من أهل القرية

للورثة فكيف يستقيم أن يعاقبوا عنهم لهم وأجيب بأنها يجب القتل حتى تقضى منها دينه وتنفذ وصاياه ثم يخلفه الوارث فيه وهو نظير الصبي والمعتوه إذا قتل أباه بحب الدية على عاقلته وتكون ميراثا له كذا في العناية وعليه أكثر الشراح أقول يرد على ظاهر هذا الجواب أنه ينافي ما ذكر في وضع جواب المسئلة فإن المذكور فيه فدته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة ومقتضى جواب الاعتراض أن تكون دية له لورثته ويمكن دفعه بان المراد بالذكور في وضع جواب المسئلة أن دية المقتول على عاقلته لورثته في نافي الحال أي تصير لهم بالخلافة عن المقتول بعد أن كانت له أولا ومثل هذا التسامح في العبارة ليس بعزيفي كلمات الثقات ثم أقول بقي هنا إشكال قوي وهو أنه قد مر أن دعوى ولي القتل شرط لوجوب القسامة والدية وولي القتل فيما نحن فيه هو الورثة فلا بد من دعواهم فيلزم أن تكون دعواهم على أنفسهم لأن الدار كانت لهم حال ظهور القتل ولا يخفى ما فيه ويمكن دفعه أيضا بتعمل فليتأمل وأجاب صاحب الغاية عن أصل الاعتراض بوجه آخر حيث قال قلت العاقلة أعم من أن تكون ورثة أو غير ورثة فما وجب على غير الورثة من العاقلة يجب للورثة منهم انتهى أقول ليس هذا بشيء أما أول فلان الدية اسم لمجموع ما قدره الشرع من الأنواع المخصوصة من المال كما تقرر في أول الديات وبعض ذلك لا يسمى دية كما صرحوا به فلو كان ما يجب للورثة من العاقلة ما وجب على غير الورثة منهم فقط لما تم جواب هذه المسئلة وهو قوله فدته على عاقلته لورثته لأن دية المقتول مجموع

(٥١ - تكمله ثامن) أي من مشايخنا رحمه الله (ان المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسئلة) يشير إلى أنها لا تدخل في غير هذه الصورة على ما يجبي على العاقلة ان شاء الله تعالى وإنما دخلت في هذه الصورة لأنها ترات قاتلة تقديرا حيث دخلت في القسامة فكما دخلت فيها دخلت في العقل أيضا بخلاف غيرهما من الصور فإنها لا تدخل فيه في القسامة بل تجب على الرجال فلا تدخل في العقل أيضا وقوله (لأنه أحق بنصرة أرضه) لأن الحفظ والتدبير في الأرض إلى صاحب الأرض لا إلى أهل القرية والله سبحانه وتعالى أعلم

(قال المصنف وتهممة القتل من المرأة متحققة) أقول بخلاف لما مر في بيان قوله ولا قسامة على المرأة وأشار إلى كمال الجوابه في الدرس الثاني من المعامل

كتاب المعامل

لما كان موجب القتل  
الخطا وما في معناه الدية على  
العاقلة لم يكن من معرفتها بد  
فذكرها وأحكامها في هذا  
الكتاب وقال (المعامل  
جمع معقلة) يقع الميم وض  
القاف وبين معناه وقوله  
(وكل دية) مبتدأ وقوله  
(على العاقلة) خبره وقوله  
(وجبت بنفس القتل) يعني  
ابتداء فان ما يجب منها  
بسبب الصلح أو الابوة فهي  
في مال القاتل لا على العاقلة  
وقوله (وقد ذكرناه) يعني  
الدية بتأويل العقل وقوله  
(وكذا الذي تولى شبه العمد)  
وهو الذي ضربه بالسوط  
الصغير حتى قتله وقوله (وفي  
ايجاب مال عظيم اجحافه)  
فسر الاجحاف بقوله واستنصاه  
وقوله (انما قصر) يعني  
أن القاتل انما قصر حالة  
الرمي في الثبوت والتوقف  
وقوله (وتلك) أي القوة

كتاب المعامل

أقول كان الاولى أن يقال  
كتاب العواقل لان  
المعاقلة جمع معقلة وهي  
الدية كما قال هو فكانه قال  
كتاب الديات فصارت تكرارا  
والعواقل جمع عاقلة وهو  
من يتصل بالدية وهذا هو  
المناسب هنا كما لا يخفى (قوله)  
وهو الذي ضربه بالسوط  
الصغير) أقول وفيه بحث

كتاب المعامل

المعاقل جمع معقلة وهي الدية وتسمى الدية عقلا لانها تعقل الدما من أن تسفلك أي تمسك قال  
(والدية في شبه العمد والخطا وكل دية تجب بنفس القتل على العاقلة والعاقلة الذين يعقلون) يعني  
يؤدون العقل وهو الدية وقد ذكرناه في الديات والاصل في وجوبها على العاقلة قوله عليه السلام  
في حديث جمل بن مالك رضي الله عنه لا ولياء قوموا فندوه ولان النفس محترمة لا وجه الى الاهدار  
والخطا في معذور وكذا الذي تولى شبه العمد تنظر الى الآلة فلا وجه الى ايجاب العقوبة عليه  
وفي ايجاب مال عظيم اجحافه واستنصاه فيصير عقوبة قضم اليه العاقلة تحقيقا للتخفيف وانما خصوا  
بالضم لانه انما قصر لقوة فيه وتلك بانصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقتة نخصوا به  
قال (والعاقلة أهل الديوان ان كان القاتل من أهل الديوان يؤخذ من عطاياهم في ثلاث سنين) وأهل  
الديوان أهل الرايات وهم الجيش الذين

ما يجب على العاقلة كلهم لا ما يجب على بعض منهم وأما ثانيا فلان المذمور المذكور في الاعتراض  
المزبور وانما هو أن يكون الذين عقلا عنهم هم الذين عقلاوهم وهم الورثة كما ينادى عليه قول المعترض  
فكيف يستقيم أن يعقلوا عنهم لهم لأن يكون من وجبت الدية عليهم عين من وجبت لهم حتى يقال  
ان من وجبت الدية عليهم غير الورثة ومن وجبت لهم هم الورثة فلا اتحاد على أن العاقلة اذا كانت أعم  
من أن تكون ورثة أو غير ورثة كما صرح به ذلك المحيى تكون الورثة أيضا من وجبت عليهم الدية لان  
الدية انما تجب على العاقلة كلهم لا على بعض منهم فيلزم اتحاد من وجبت الدية عليهم ومن وجبت لهم  
بالنظر الى الورثة لا محالة فلا يصح الجواب المزبور على كل حال كما لا يخفى

كتاب المعامل

أقول هكذا وقع العنوان في عامة المعتبرات لكن كان ينبغي أن يذكر العواقل بدل المعاقل لان المعاقل  
جمع المعقلة وهي الدية كما صرح به المصنف وغيره فيصير المعنى كتاب الديات وهو ذامع كونه مؤديا  
الى التكرار ليس يتام في نفسه لان بيان أقسام الديات وأحكامها قدر مستوفى في كتاب الديات وانما  
المقصود بالبيان ههنا بيان من تجب عليهم الدية بتفاصيل أنواعهم وأحكامهم وهم العاقلة فالمناسب  
في العنوان ذكر العواقل لانها جمع العاقلة قال صاحب النهاية لما كان موجب القتل الخطا وما  
في معناه الدية على العاقلة لم يكن بد من معرفتها ومعرفة أحكامها فذكرها في هذا الكتاب انتهى واقتنى  
أثره صاحب العناية أقول ليس ذلك بسديد لان مداره أن يكون المقصود بالذات في هذا الفصل  
معرفة الديات نفسها ومعرفة أحكامها وليس كذلك فان محلها كتاب الديات واستوفيت هناك على  
التفصيل وانما المقصود بالذات هنا معرفة العواقل وأحكامها وذلك في سبيل الاستطراد ولولا  
ذلك لما ذكر الكتاب هنا بل كان ينبغي أن يذكر الباب أو الفصل ليكون المذمور هنا اذ ذلك شعبة من  
الديات بخلاف العواقل فانها أمر متغاير للديات ذاتا وحكما فكأن محلا لذكر الكتاب وكأن ذلك  
الشارح انما اغترى بذلك المعاقل في عنوان هذا الكتاب بدل العواقل كما فصلناه آنفا والوجه  
السديد هنا ما ذكره صاحب معراج الدراية حيث قال لما بين أحكام القتل الخطا وتوابعه شرع في بيان  
من يجب عليه الدية اذ لا بد من معرفتها انتهى (قوله والدية في شبه العمد والخطا وكل دية وجبت بنفس  
القتل على العاقلة) قال جمهور الشراح قوله وكل دية مبتدأ وقوله على العاقلة خبره أقول فيه خلل  
اذ لو كان الامر كما قاله لكان قوله وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة كلاما مستأنفا مستقلا  
وكان ما قبله وهو قوله والدية في شبه العمد والخطا كلاما تاما مستقلا أيضا فيلزم أن يكون قوله والدية

وقوله ( كتبت أساميه في الديوان ) الديوان الجريدة من دؤن الكتب ( ٤٠٣ ) اذا جمعها الاثم اقطع من القراطيس

مجموعة ويروي أن عمر رضي  
الله عنه أول من دؤن  
الدواوين أي رتب الجرائد  
للولاة والقضاة ويقال  
فلان من أهل الديوان  
أي من أتت اسمه في  
الجريدة وقوله ( من  
عطاياهم ) العطاء اسم  
ما يعطى والجمع عطية  
والعطايا جمع عطية وهو  
معنى العطاء وقوله ( وذلك  
ليس بنسخ بل هو تقرير  
معنى ) جواب عن قول  
الشافعي رحمه الله ولا نسخ  
بعده وقوله ( بالهلف )  
الهلف بكسر الحاء العهد  
بين القوم ومنه قولهم  
تحالفوا على التناصر والمراد  
به ولاء السؤالاة وقوله  
( والولاء ) أي ولاء العتاقة  
وقوله ( والعد ) هو من  
العد وهو أن يعد فهم يقال  
فلان عددي بنى فلان اذا  
عد فهم وقوله ( فان خرجت  
العطاياي أكثر من ثلاث )  
أي ثلاث سنين أو أقل مثل  
أن تخرج عطاياهم الثلاث  
في ست سنين يؤخذ منهم في  
كل سنة سدس الدية وان  
خرجت عطاياهم الثلاث في  
سنة واحدة أخذ منهم الدية  
فهم أو قوله ( للحصول المقصود )  
يعني أن المقصود أن يكون  
المأخوذ منهم من الاعطية  
وذلك يحصل بالأخذ من  
عطاياهم سواء كانت في

كتبت أساميه في الديوان وهذا عندنا وقال الشافعي الدية على أهل العشرة لانه كان كذلك على عهد  
رسول الله عليه السلام ولا نسخ بعده ولانه صلة والاولى بها الاقارب ولنا قضية عمر رضي الله عنه فانه لما  
دؤن الدواوين جعل العقل على أهل الديوان وكان ذلك بمحض من الصحابة رضي الله عنهم من غير تكبير  
منهم وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير بمعنى لان العقل كان على أهل النصره وقد كانت بأشواع بالقرابة  
والهلف والولاء والعد وفي عهد عمر رضي الله عنه قد صارت بالديوان فعلها على أهل اتباع المعنى ولهذا  
قالوا لو كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم أهل الحرفة وان كان بالهلف فأهل الدية صلة كما قال  
لكن يجب ان يفهماه صلة وهو العطاء أو لى منه في أصول أموالهم والتقدير بثلاث سنين مروى عن النبي  
عليه السلام وحكى عن عمر رضي الله عنه ولان الأخذ من العطاء التخفيف والعطاء مخرج في كل سنة  
مرة ( فان خرجت العطاياي أكثر من ثلاث سنين أو أقل أخذ منها ) للحصول المقصود وتأويله اذا  
كانت العطايا للسنين المستقبله بعد القضاء حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء ثم خرجت  
بعد القضاء لا يؤخذ منها لان الوجوب بالقضاء على ما بين ان شاء الله تعالى ولو خرج للقائل ثلاث عطايا  
في سنة واحدة معناه في المستقبل

مبتدأ وقوله في شبه العمد والخطا خبره في صير المعنى والدية كائنة أو واجبة في شبه العمد والخطا  
وهذا مع استلزامه أن يكون قوله والدية في شبه العمد والخطا مستدر كالاطائل تحته ههنا إذ كون  
الدية واجبة في شبه العمد والخطا وقد ذكر مفصلا في أول كتاب الجنائيات وكتاب الذيات وليس له  
تعلق بكتاب المعاقل يفوت به المعنى المقصود ههنا وهو بيان كون الدية في شبه العمد والخطا على العاقلة  
اذ بهذا الحثية تصير هذه المسئلة من مسائل كتاب المعاقل والحق الصريح عندى أن قوله والدية  
مبتدأ وقوله في شبه العمد والخطا صفة أى الدية الكائنة أو الواجبة في شبه العمد والخطا وقوله  
وكل دية وجبت بنفس القتل عطف على قوله والدية في شبه العمد والخطا وقوله على العاقلة خبر المبتدأ  
وهو قوله والدية في صير الحكم بكونه على العاقلة منسجبا على المعطوف والمعطوف عليه جيعا فلا يلزم  
المحذور أصلا ويحصل المعنى المقصود ههنا بل ارب ( قوله ولان الأخذ من العطاء التخفيف والعطاء  
يخرج في كل سنة مرة ) أقول في تمام هذا التعليل كلام لانه يجوز أن يكون العطاء الخارج في سنة  
واحدة أو في سنتين واقيا بتمام الدية لكثرة آحاد العاقلة فيمكن أخذها بالتمام من العطاء الخارج في سنة  
أو سنتين فلا يفيد هذا التعليل المزبور المدعى وهو التقدير بثلاث سنين وأيضا يجوز أن لا تكون العطايا  
الخارجة في ثلاث سنين وافية بتمام الدية لقلة آحاد العاقلة فلا بد أن تؤخذ اذ ذلك من العطايا الخارجة  
في أكثر من ثلاث سنين فلا يفيد التعليل المذكور المدعى من هذه الحثية أيضا كما ترى نعم يفيد  
التأجيل مطلقا لكن المدعى هنا هو التأجيل بثلاث سنين لا التأجيل مطلقا ( قوله فان خرجت العطايا  
في أكثر من ثلاث سنين أو أقل أخذ منها الحصول المقصود ) أقول فيه بحث وهو أن القياس كان يأبى  
ايجاب المال بمقابلة النفس المحترمة لعدم المائثلة بينهما ما الآن الشرع ورد بذلك كما صرحوا به  
والشرع اعمورد بواجبه مؤحلا بثلاث سنين فانه هو المروى عن النبي صلى الله عليه وسلم وهو المحكى  
عن عمر رضي الله تعالى عنه كما مر أنفا فينبغي أن يختص التأجيل بثلاث سنين اذ قد تقرر عندهم أن  
الشرع الوارد على خلاف القياس يختص بما ورد به وسيجي نظيره في الكتاب في تعليل أن ما وجب  
على القائل في ماله كما اذا قتل الابن عمدا ليس بحال عندنا بل مؤرجل بثلاث سنين فتأمل هل يمكن  
دفعه ( قوله ولو خرج للقائل ثلاث عطايا في سنة واحدة ) قال صاحب معراج الدراية وفي بعض النسخ  
ولو خرج للقائل أى العام القابل وهو الواضح انتهى وتبعه الشارح العيني أقول كيف يكون ذلك هو

أكثر من ثلاث سنين أو في أقل منها وقوله ( وتأويله ) أى تأويل كلام القدرى رحمه الله فإنه أطلق ذكر السنين وانما يؤخذ منهم في  
ثلاث سنين بعد القضاء فيكون المراد ثلاث سنين في المستقبل فلا بد من التأويل

يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا واذا كان جميع الدية في ثلاث سنين فكل ثلث منها في سنة وان كان الواجب بالعقل ثلث دية النفس أو أقل كان في سنة واحدة وما زاد على الثلث الى تمام الثلثين في السنة الثانية وما زاد على ذلك الى تمام الدية في السنة الثالثة وما وجب على العاقلة من الدية أو على القاتل بان قتل الاب ابنه عمدا فهو في ماله في ثلاث سنين وقال الشافعي رحمه الله ما وجب على القاتل في ماله فهو حال لان التأجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض ولنا أن القياس بأباه والشرع ورد به مؤجلا فلا يتعداه

الاصح وحينئذ يلزم أن يكون قول المصنف معناه في المستقبل لغرا محض لان ما يخرج للعام القابل أي المقبل لا يكون الا في المستقبل قطعاً فمعنى تفسير المراد بقوله معناه في المستقبل اللهم إلا أن يفرق بين خروج في العام القابل وبين خروج للعام القابل ويدعى امكان كون الخروج للعام القابل في الماضي بان خرج العطاء في الماضي للعام القابل أي لاجل العام القابل بطريق تجميل اعطاء عطية العام الآتي أيضاً المصلحة لكنه تعسف لا يخفى نعم في النسخة الاولى أيضاً كلام وهو أنه قال في جواب هذه المسئلة يؤخذ منها كل الدية ولا شك أن كل الدية انما يؤخذ من العطايا التي خرجت للعاقلة أجمعهم لانها خرجت للقاتل فقط الا أنه يمكن أن يقدر المضاف في قوله ولو خرج للقاتل أي لو خرج لعاقلة القاتل وتقدير المضاف طريقة معهودة حينئذ ينظم جواب المسئلة كما لا يخفى (قوله يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا) قال الشراح قوله لما ذكرنا إشارة الى قوله لان الوجوب بالقضاء أقول أراهم خرجوا عن سنين الصواب اذا ظاهر أن قوله لما ذكرنا دليل على قوله يؤخذ منها كل الدية فينشأ لاجل ان يكون قوله المزبور إشارة الى قوله لان الوجوب بالقضاء اذ لا تأتير ان يكون الوجوب بالقضاء في أن يؤخذ كل الدية من العطايا الخارجة في سنة واحدة في مسئلتنا هذه بل انما يكون قوله المزبور حينئذ إشارة الى قوله لحصول المقصود فانه يصلح أن يكون دليلاً عليه اذ ذلك كما لا يخفى على ذي مسكة نعم لو جعل قوله المزبور دليلاً على قوله معناه في المستقبل اصح جعل ذلك إشارة الى قوله لان الوجوب بالقضاء لكن جعله دليلاً على ما وقع ذكره من المصنف استطراداً و بالتبع وهو قوله معناه في المستقبل وتلك ما هو أصل المسئلة وهو مقصود بالذات هنا خالي عن الدليل بالكيفية مما لا تقبله الفطرة السليمة على أنه لو كان مراد المصنف ذلك لما أخر قوله لما ذكرنا عن جواب المسئلة بل كان عليه أن يذكره متصلاً بقوله معناه في المستقبل (قوله وما وجب على العاقلة من الدية أو على القاتل بان قتل الاب ابنه عمدا فهو في ماله في ثلاث سنين) أقول هذا الخبر يمتثل اذا ظاهر أن خبر ما في قوله وما وجب على العاقلة انما هو قوله فهو في ماله اذ لو كان خبره في ثلاث سنين لم يكن للقاء في قوله فهو في ماله معنى بل لم يظهر لضمير هو في قوله فهو في ماله ارتباط بما قبله وهذا كله مما لا ستر به عندهم له درية بأساليب الكلام والقواعد الادبية فان كان خبر ما قوله فهو في ماله لم يصح معنى الكلام في المقام فان ما وجب على العاقلة من الدية ليس من مال القاتل بل ارباب فالخوف في محراب المقام أن يقال وما وجب على العاقلة من الدية أو على القاتل في ماله بان قتل الاب ابنه عمدا فهو في ثلاث سنين (قوله ولنا أن القياس بأباه والشرع ورد به مؤجلا فلا يتعداه) قال صاحب العناية في شرح قوله أن القياس بأباه أي القياس بأبي ايجاب المال بمقابلة النفس يعني لا يقتضيه لان القياس من حجج الشرع وهي لا تتناقض انتهى أقول ليس هذا بشرح صحيح أما ولافلان لو كان معنى قول المصنف أن القياس بأباه هو أنه لا يقتضيه لما أثبت دليلنا المذكور ههنا مدعانا فان ايجاب المال بمقابلة النفس لا يكون حينئذ مخالفاً للقياس لان عدم اقتضاء القياس اياه ليس باقتضاء لعدمه والمخالفة انما تحقق في الثاني دون الاول فاذا لم يكن ذلك مخالفاً للقياس لم يلزم من ورود الشرع بايجاب المال في الخطأ مؤجلا أن لا يتعدى غيره لان الذي لا يتعدى مورد اعماهو

وقوله (لما ذكرنا) إشارة الى قوله لان الوجوب بالقضاء وقوله (واذا كان جميع الدية) واضح وقوله (ولنا أن القياس بأباه أي القياس بأبي ايجاب المال بمقابلة النفس يعني لا يقتضيه لان القياس من حجج الشرع وهي لا تتناقض والشرع ورد به أي بايجاب المال مؤجلا في الخطأ فلا يتعداه فان قيل هذا ليس في معنى الخطأ فلا يلحق به قلنا هو في معناه من حيث كونه ما لا وجب بالقتل ابتداء والمساواة من جميع الوجوه غير ملتزمة وكون التأجيل للتخفيف حكمة لا يترتب الحكم عليها

(قوله وقوله لما ذكرنا إشارة الى قوله لان الوجوب بالقضاء) أقول ولعل الاظهر أن يكون إشارة الى قوله لحصول المقصودة (قوله وكون التأجيل للتخفيف حكمة لا يترتب الحكم عليها) أقول يعني لا يترتب الحكم على الحكمة



وقوله (لان الواجب الاصلى المتسل) لان ضمان المتلفات انما يكون بالمثل بالنص ومثل النفس النفس الا انه اذا رفع الى القاضى وتحقق العجز عن استيفاء النفس لمافيه من معنى العقوبة تحول الحق الى القيمة بالقضاء (فيعتبر ابتداءها من وقته) أى من وقت القضاء (كفى ولد المغرور) فان قيمته انما تجب بقضاء القاضى وان كان رد عينه قبل القضاء معذرا لکن جعل الواجب رد العين وتحول الى القيمة بالقضاء لما تحقق العجز عن رد العين ولهذا هو الهلك الولد قبل (٤٠٥) القضاء لم يضمن المغرور شيئا وهذا هو الموعود

من قبل بقوله لان الواجب بالقضاء على ما تبين وقوله (وهذا) أى قول القدرى رحمه الله لا يزداد الواحد على أربعة دراهم فى كل سنة وينقص منها (اشارة الى انه يجوز ان يزداد على أربعة من جميع الدية) فاذا أخذ من كل واحد منهم فى كل سنة ثلاثة وأربعة دراهم كان من جميع الدية تسعة وأثنا عشر وليس كذلك فان محمد رحمه الله نص على انه لا يزداد على كل واحد من جميع الدية فى ثلاث سنين على ثلاثة أو أربعة فلا يؤخذ من كل واحد فى كل سنة الادرههم أو درهم وثلاث درهم وقوله (وهو الاصح) احتراز عما ذهب اليه بعض مشايخهم الله عما فهم من اشارة كلام القدرى ذكر فى المسوط وقال ذلك غلط وقوله (ضم اليهم أقرب القبائل معناه نسبيا) قالوا هذا الجواب انما يستقيم فى حق العرب لان العرب حفظت أنسابهم فامكننا ايجاب العقل على أقرب القبائل من حيث النسب

ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى كل واحد عشر الدية فى ثلاث سنين اعتبارا بالجزء بالكل اذ هو بدل النفس وانما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية لان الواجب الاصلى المتسل والتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداءها من وقته كفى ولد المغرور قال (ومن لم يكن من أهل الديوان فعاقبته قبيلته) لان نصرته بهم وهم هى المعتبرة فى التعاقب قال (وتقسم عليهم فى ثلاث سنين لا يزداد الواحد على أربعة دراهم فى كل سنة وينقص منها) قال رضى الله عنه كذا ذكره القدرى رحمه الله فى مختصره وهذا اشارة الى انه يزداد على أربعة من جميع الدية وقد نص محمد رحمه الله على انه لا يزداد على كل واحد من جميع الدية فى ثلاث سنين على ثلاثة أو أربعة فلا يؤخذ من كل واحد فى كل سنة الادرههم أو درهم وثلاث درهم وهو الاصح قال (وان لم يكن تتسع القبيلة لذلك ضم اليهم أقرب القبائل) معناه نسبا كل ذلك لعنى التخفيف ويضم الاقرب فالاقرب على ترتيب العصابات الاخوة ثم بنوهم ثم الاعمام ثم بنوهم وأما الآباء والابناء فقيل يدخلون لقرهم

ما يخالف القياس كما تقرر فى علم الاصول وأما ما نأى فلانه ان أراد بقوله وهى أى حجج الشرع لا تتناقض أن يحجمه المعمول بها لا تتناقض فسلم لكن القياس فيما نحن فيه ليس بمعمول به بل هو متروك بالنص الوارد بايجاب المال فلا محذور فى اقتضائه عدم ايجاب المال بمقابلته النفس وان أراد به أن حجج الشرع لا تتناقض مطلقا أى سواء كانت معمولا بها ولا فمنوع وكيف وقد وضعوا فى كتب الأصول بابا للمعارضة بين الأدلة الشرعية والترجيح وبينوا أحكام ذلك على التمهيل والعجب من الشارح المزبور أنه رفض هنا عدم من القواعد الفقهية بلا ضرورة أصلا ثم قال ذال الشارح فان قيل هذا ليس فى معنى الخطأ فلا يلحق به قلنا هو فى معناه من حيث كونه مالا وجب بالقتل ابتداء أقول ان قيد الابتداء فى قوله وجب بالقتل ابتداء ينافى ما مر منه فى أول كتاب المعاقل فانه لما قال فى الكتاب هناك وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة قال ذلك الشارح وغيره فى شرح قوله وجبت بنفس القتل يعنى ابتداء وقالوا يحتز به عن دية تجب بسبب الصلح أو الابوة فى القتل المدفاهم فى مال القاتل لا على العاقلة انتهى ووجه المناقضة غير خاف على ذى مسكة (قوله ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى كل واحد عشر الدية فى ثلاث سنين اعتبارا بالجزء بالكل) أقول قد مر فى كتاب الجنائيات انه اذا قتل جماعة واحدا عدا اقتض من جميعهم وقالوا فى بيان وجهه ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال لان القتل لا يتجزأ بجفاء التماثل بين الواحد والجماعة من هذه الهيئة فوجب القصاص على جميعهم فلما قاتل أن يقول هنا فلم لا تجب على كل واحد من العشرة القاتلين واحد خطأ دية كاملة باعتبار أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال كفى المدفاهم على أن القتل لا يتجزأ وقد مر فى كتاب الديات أنه قد روى أن عمر رضى الله عنه قضى بأربع ديات فى ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر فلينأمل فى الفرق (قوله وانما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية لان الواجب الاصلى المتسل والتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداءها من وقته) قال الشارح فى بيانه لان ضمان المتلفات انما يكون بالمثل بالنص ومثل

أما فى حق العجمى فلا يستقيم لان العجم ضيعوا أنسابهم فلا يمكننا ايجاب العقل على أقرب القبائل من القاتل نسبيا بعد ذلك

(قال المصنف لان الواجب الاصلى المتسل والتحول الى القيمة بالقضاء) أقول بل الواجب الاصلى الدية قال الله تعالى ودية مسلمة الى أهله فليس التحول اليها بالقضاء فان القضاء قضاء الله تعالى لأحكام الاحكامه (قال المصنف ومن لم يكن من أهل الديوان فعاقبته قبيلته لان نصرته بهم) أقول أى بالقبيلة ويحتمل أن الباء للإباسة والمعنى لان نصرته القبيلة لم تنسب به (قوله مما فهم من اشارة كلام القدرى) أقول من للنسبة فى قوله مما

اختلف المشايخ رجعهم الله فقال بعضهم يعتبر الحال والقرى الاقرب فالاقرب وقال بعضهم يجب الباقي في مال الجاني وقوله (فيسوى بين الكل) يعنى الآباء والابناء وغيرهم لانه صلة لانه يجب على العاقلة على سبيل المواساة وقوله (ولو كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق) قيل الفرق بين العطية والرزق ان العطية ما يفرض للقائلة والرزق ما يجعل للفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة والباقي ظاهر

(قوله قيل الفرق بين العطية والرزق ان العطية ما يفرض للقائلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة) أقول فيه بحث لانه لا يلائم قوله وان كان لهم أرزاق فتأمل (قال المصنف ثم ينتظر ان كانت أرزاقهم تخرج في كل سنة) أقول في المغرب الرزق ما يخرج الجندى عن رأس كل شهر وقيل يوما بيوم والمرتبة الذين يأخذون الرزق يوما بيوم وان لم يشتموا في الديوان وفي مختصر الكرخي العطاء ما يمرض للقائلة والرزق للفقراء انتهى

وقيل لا يدخلون لان الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحدا أكثر من ثلاثة أو أربعة وهذا المعنى انما يتحقق عند الكثرة والآباء والابناء لا يكثران وعلى هذا حكم الرايات اذ لم يتسع لذلك أهل رايته ضم اليهم أقرب الرايات يعنى أقربهم نصرة اذا خرجهم أمر الاقرب فالأقرب ويفرض ذلك الى الامام لانه هو العالم به ثم هذا كله عندنا وعند الشافعي رحمه الله يجب على كل واحد نصف دينار فيسوى بين الكل لانه صلة فيعتبر بالزكاة وأدناها ذلك اذ خمسة دراهم عندهم نصف دينار ولكننا نقول هي أحط رتبة منها الأتري انما لا تؤخذ من أصل المال فينقص منها تحقيقا لزيادة التخفيف (ولو كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق يقضى بالدية في أرزاقهم - في ثلاث سنين في كل سنة الثلث) لان الرزق في حقهم بمنزلة العطاء فائم مقامه اذ كل منهما صلة من بيت المال ثم ينتظر ان كانت أرزاقهم تخرج في كل سنة فكما يخرج رزق يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطاء وان كان يخرج في كل ستة أشهر يخرج بعد القضاء يؤخذ منه سدس الدية وان كان يخرج في كل شهر يؤخذ من كل رزق بمحضته من الشهر حتى يكون المستوفى في كل سنة مقدار الثلث وان خرج بعد القضاء بيوم أو أكثر أخذ من رزق ذلك الشهر بمحضه الشهر وان كانت لهم أرزاق في كل شهر وأعطية في كل سنة فرضت الدية في الاعطية دون الارزاق لانه أيسر الامان الاعطية أكثر اولان الرزق لكفاية الوقت فيتعدد الاداء منه والاعطيات ليكون في الديوان قائمين بالنصرة فيتيسر عليهم

النفس النفس الا أنه اذا رفع الى القاضي وتحقق العجز عن استيفاء النفس لما فيه من معنى العقوبة وهو مرفوع عن الخاطئ تحول الحق بالقضاء الى المال انتهى أقول فيه نظر لانهم ان أرادوا أن ضمان المتلفات مطلقا حتى النفس المتلفة بالقتل خطأ انما يكون بالمثل بالنص فهو ممنوع كيف وقد قال الله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتمن برقبته مؤمنة ودية مسلمة الى أهله الآية وهو نص صريح في كون جزاء القتل خطأ تخرج برقبته مؤمنة ودية مسلمة الى أهله لا لقتل القاتل بقا بله ذلك نعم ان قوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم كان بة تضي باطلاقه أن يكون الضمان في النفس المتلفة بالقتل خطأ أيضا بالمثل لو لم يكن حكم القتل خطأ مخصوصا منه بنص آخر وهو قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتمن برقبته مؤمنة ودية مسلمة الى أهله ولما خص به من ذلك كان وجوب الدية في القتل خطأ مخصوصا عليه من قبل رب العزة ثابتا قبل القضاء بل قبل أن يخاق القاضي وان أرادوا أن ضمان المتلفات ما عدا النفس انما يكون بالمثل بالنص فهو مسلم لا محالة ولكن لا يجدي شيئا فيما نحن فيه كما لا يخفى

(قوله وقيل لا يدخلون لان الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحدا أكثر من ثلاثة أو أربعة وهذا المعنى انما يتحقق عند الكثرة والآباء والابناء لا يكثران) أقول فيه كلام وهو ان عدم كثرة الآباء مسلم وأما عدم كثرة الأبناء فكثرة الاخوة فمنوع كيف واخوته أبناء آبيه فاذا جاز أن يكثر أبناء آبيه فلم لا يجوز أن يكثر أبناء نفسه فتأمل (قوله وان كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق يقضى بالدية في أرزاقهم في ثلاث سنين في كل سنة الثلث لان الرزق في حقهم بمنزلة العطاء فائم مقامه اذ كل منهما صلة من بيت المال) قال تاج الشريعة الفرق بين الرزق والعطاء ان الرزق ما يفرض للانسان في مال بيت المال بقدر الحاجة والكفاية يفرض له ما يكفيه كل شهر أو كل يوم والعطاء ما يفرض كل سنة لا بالحاجة انتهى أقول تفسير العطاء بما ذكره لا يلائم مستله مرت فيما قبل وهي قوله ولو خرج للقائل ثلاث عطايا في سنة واحدة يؤخذ منها كل الدية فان المفهوم منها جواز أن يفرض لرجل عطاء في كل سنة من الثلاث فخرج له في سنة واحدة ثلاث عطايا او الظاهر من التفسير المزبور أن يكون العطاء ما يفرض كل سنة مرة واحدة نعم يلائم قول المصنف قيل تلك المسئلة والعطاء يخرج في كل سنة مرة واحدة فالذي يمكن في التوفيق أن يحمل قول المصنف والعطاء يخرج في كل سنة مرة

قال (وأدخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدي كالحدهم) لأنه هو الفاعل فلا معنى لاجراجه ومؤاخذه غيره وقال الشافعي لا يجب على القاتل شيء من الدية اعتبارا للجزء بالكل في النفي عنه والجامع كونه معذورا قلنا يجب الكل بحاف به ولا كذلك يجب الجزء ولو كان الخاطئ معذورا فالبريء منه أولى قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر أخرى (وليس على النساء والذرية من كان له حظ في الديوان عقل) لقول عمر رضي الله عنه لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امرأه ولأن العقل إنما يجب على أهل النصرة لتركهم مراقبته والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة وهو الجزية

واحدة وكذا التفسير الذي ذكره تاج الشريعة للعطاء على ما هو الاكثر الاغلب وقوعا ومثل هذا ليس بعز في المتعارف وقال صاحب الغاية الفرق بين الرزق والعطية أن الرزق ما يفرض لكفاية الوقت والعطية ما يفرض ليكونوا قائمين بالنصرة ثم قال قال صاحب المغرب العطية ما يفرض للقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذ لم يكونوا مقاتلة وفيه نظر لان محمدا قال اذا كان لهم أرزاق وأعطيت فرضت الدية في أعطياتهم دون أرزاقهم فعلم بذلك أن الرزق يفرض للمقاتلة أيضا انتهى أقول ان صاحب المغرب قد ذكر الفرق بين الرزق والعطاء في الموضوعين من المغرب أحدهما موضع بيان الرزق والثاني موضع بيان العطاء فقال في الاول الرزق ما يخرج الجندى عند رأس كل شهر وقيل يوما بيوم ثم قال وفي مختصر الكرخي العطاء ما يفرض للمقاتلة والرزق للفقراء وقال في الثاني العطاء اسم ما يعطى والجمع أعطية وأعطيات وقوله لا يجوز بيع العطاء والرزق ففرق ما بينهما أن العطاء ما يخرج الجندى من بيت المال في السنة مرة أو مرتين والرزق ما يخرج له كل شهر ثم قال وفي شرح القدوري في العاقلة الدية في أعطياتهم ثلاث سنين فان لم يكونوا أهل عطاء وكانت لهم أرزاق جعلت الدية في أرزاقهم وقال الفرق بينهما أن العطية ما يفرض للمقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذ لم يكونوا مقاتلة انتهى فنظر صاحب الغاية لا يرد على ما ذكره في الموضوع الثاني أولا بقوله ففرق ما بينهما أن العطاء ما يخرج الجندى من بيت المال في السنة مرة أو مرتين والرزق ما يخرج له كل شهر وإنما يرد على ما نقله من شرح القدوري بقوله وقال الفرق بينهما أن العطية ما يفرض للمقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذ لم يكونوا مقاتلة وهو ليس بعرضي عند صاحب المغرب فنسب ذلك القول الى صاحب المغرب نفسه وإيراد النظر عليه ليس كما ينبغي والعجب ههنا من صاحب العناية أنه خص بالذكري من بين ما ذكره في الفرق بين العطية والرزق ذلك القول الذي رده صاحب الغاية ولم يتعرض لما فيه من المحذور ولم يذكري شيئا يدفعه مع ظهور أن المسئلة الآتية في الكتاب بقوله وان كانت لهم أرزاق في كل شهر وأعطية في كل سنة فرضت الدية في الاعطية دون الارزاق يأتي ذلك القول جدا (قوله وأدخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدي كالحدهم) قال صاحب النهاية اعلم أن القاتل إنما يكون كاحد العواقل في أداء نصيبه من الدية اذا كان القاتل من أهل العطاء في الديوان وأما اذ لم يكن هو من أهل العطاء فلا يجب عليه شيء من الدية عندنا أيضا لان الدية تؤخذ من الاعطيات وقال وهو هكذا منصوص في المسوط واقتنى أثره في تقييد هذه المسئلة بالوجه المزبور أكثر الشراح منهم صاحب العناية أقول هذا مشكل عندى اذ قدم في الكتاب أن من لم يكن من أهل الديوان فعاقلته قبيلته لان نصرتهم وهي المعتبرة في التعاقل ولا شك أن قبيلة من لا يكون من أهل العطاء في الديوان قد لا تكون هي أيضا من أهل العطاء في الديوان وقد مر أيضا أنهم قالوا لو كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم أهل الحرفة وان كان بالحلف فأهله وعلى مقتضى ما ذكر في النهاية من قوله لان الدية تؤخذ من الاعطيات في تعيل قوله وأما اذ لم يكن

وقوله (وأدخل القاتل مع العاقلة) يعني اذا كان القاتل من أهل الديوان أما اذ لم يكن فلا شيء عليه من الدية عندنا أيضا كما لا يجب عند الشافعي رحمه الله قال (وليس على النساء والذرية من كان له حظ في الديوان عقل) كلامه واضح

(قال المصنف قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر أخرى) أقول قال القاضي في تفسيره أي ولا تجعل نفس آتية ثم نفس أخرى وقال القاضي في تفسير سورة الانعام جواب عن قولهم اتبعوا سبيلنا ولا تجعل خطاياكم انتهى فعلى هذا لا يتجه التمسك بها في هذا المقام لاثبات الملازمة وأما المصنف لم يجعل على هذا المعنى بل قال أي لا تجعل نفس حاملة تحمل نفس أخرى فاستدل بها فيلزم النسخ أو التخصيص

وقوله (وعلى هذا لو كان القاتل صبياً وامرأة لاشئ عليهم من الدية) قيل انه يتناقض قوله في المسئلة التي ذكرها قبل المعامل فيما اذا وجد القاتل في دار امرأة حيث أدخلها المتأخرون هناك في تحمل الدية مع العاقلة وليس بصحيح لان فرض المسئلة فيما اذا كانت قاتلة حقيقة وهناك تقدر قاتلة بسبب وجوب القسامة لا يقال اذ لم يجب على المرأة شئ من الدية وهي قاتلة حقيقة فلا ن لا يجب عليها شئ منها وهي قاتلة تقدير اولي لاننا نقول القسامة تستلزم وجوب الدية على المقسم اما بالاستقلال أو بالدخول في العاقلة عندنا بالاستقراء وقد تحقق المزموم فيتحقق الا لازم بخلاف القتل مباشرة فانه قد لا يستلزم الدية فان قلت هذا الجواب ينبئ على ايجاب القسامة عليها وفي ذلك تناقض لانه قال قبل هذا ولا قسامة على صبي الى ان قال ولا امرأة وعبد وقال ههنا ولو وجد قاتل في قرية لامرأة فعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله القسامة عليها تكرر الايمان وذلك تناقض البتة فالجواب أن ذلك مذكور في سياق قوله وان (٤٠٨) لم تكمل أهل الحلة خمسين كسرت الايمان ومعناه لا يكمل أهل

الحلة خمسين من الصبي والمرأة والعبد لانهم ليسوا من أهل النصره واليمن على أهلها وأما ههنا فالقتيل وجد في قريتها فيجب عليها نفيا للمهمة القتل فانها تتحقق منها ويتبين من هذا أن القسامة اذا وجبت على جماعة تعزل بالنصره فمن كان أهلاً لها يدخل ومن لا فلا فلا يدخل الصبي والعبد والمرأة واذا وجبت على واحد تعزل بتممة القتل فمن كان من أهلها وجبت عليه ومن لا فلا تدخل المرأة والله أعلم قوله (والفرض لهما من العطاء) جواب عما يقال فرض الامام لنساء الغزاة وذراريهم من العطاء والعطاء انما يدفع بنصره أهل الاسلام كافي حق

وعلى هذا لو كان القاتل صبياً وامرأة لاشئ عليهم من الدية بخلاف الرجل لان وجوب جز من الدية على القاتل باعتبار أنه أحد العواقل لانه ينصرف نفسه وهذا الايو جدهم ما والفرض لهما من العطاء للمعونة لان النصره كفرض أزواج النبي عليه السلام ورضي الله عنهن (ولا يعقل أهل مصر عن مصر آخر) يريد به أنه اذا كان لاهل كل مصر ديوان على حدة لان التناصر بالديوان عند وجوده ولو كان باعتبار القرب في السكنى فأهل مصره أقرب اليه من أهل مصر آخر (ويعقل أهل كل مصر من أهل سوادهم) لانهم أتباع لاهل المصر فانهم اذا خربهم أمر استنصر واهم فيعقلهم أهل المصر باعتبار معنى القرب في النصره (ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة فعقل عنه أهل الكوفة) لانه يستنصر بأهل ديوانه لا بجيرانه والحاصل أن الاستنصار بالديوان أنظر فلا يظهر معه حكم النصره بالقرابة والنسب والولاء وقرب السكنى وغيره وبعد الديوان النصره بالنسب على ما بيناه وعلى هذا يخرج كثير من صور مسائل المعامل (ومن جن جنابه من أهل المصر وليس له في الديوان عطاء

من أهل العطاء فلا يجب عليه شئ من الدية عندنا أيضاً يلزم أن لا يجب الدية على العاقلة أيضاً فيما اذا لم يكن القاتل ولا عاقلته من أهل العطاء لعدم امكان الاخذ من الاعطيات هناك لافي حق القاتل ولا في حق عاقلته واللازم باطل لا محالة فان وجوب الدية على العاقلة في القتل الخطا وشبهه العمد مجمع عليه فاذا وجب عليهم الدية البتة ينبغي أن يجب على القاتل أيضاً شئ منها وان لم يكن من أهل العطاء للعلة التي ذكرت في الكتاب وهي أن القاتل هو الفاعل فلا معنى لانجراجه ومؤاخذه غيره فتدبر (قوله وعلى هذا لو كان القاتل صبياً وامرأة لاشئ عليهم) قال صاحب النهاية ان قوله هنا لا يجب على المرأة شئ من الدية وان كانت هي القاتلة بخلاف المسئلة التي ذكرها قبل كتاب المعامل فيما اذا وجد القاتل في دار امرأة حيث أدخلها المتأخرون هناك في تحمل الدية مع العاقلة انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك بقيل وليس بصحيح لان فرض المسئلة فيما اذا كانت قاتلة حقيقة وهناك تقدر قاتلة بسبب وجوب القسامة لا يقال اذ لم يجب على المرأة شئ من الدية وهي قاتلة حقيقة فلا ن لا يجب عليها شئ منها وهي قاتلة تقدير اولي لاننا نقول القسامة تستلزم وجوب الدية على المقسم اما بالاستقلال أو بالدخول في العاقلة عندنا بالاستقراء وقد تحقق المزموم فيتحقق الا لازم بخلاف القتل مباشرة فانه قد

وأهل

الغزاة ثم الغزاة عواقل لغيرهم فكذلك النساء ووجه ما قاله ان الدفع اليهن باعتبار المعونة أي معونة الامام لهما لا باعتبار نصرته ما غيرهما

(قوله وهي قاتلة حقيقة) أقول الواو حاله (قوله أو بالدخول في العاقلة عندنا بالاستقراء) أقول فيه بحث الأبري أنه لا يجب على تلك المرأة دية على رواية الأصل بل أدخلها المتأخرون في تحملها مع العاقلة (قال المصنف والفرض لهما من العطاء للمعونة لان النصره كفرض أزواج النبي عليه الصلاة والسلام) أقول قال الاتقاني بيانه أن بيتهما متصل لمعاونة الجند بالطبخ والخياطة وحفظ المنزل ونحو ذلك ولا تصلح للنصره لضعفهما فكان الفرض للمعونة لان النصره ويجوز أن يقال الفرض لهما من الامام على سبيل العون لهما كفرض أزواج النبي عليه الصلاة والسلام لا لوجود النصره منهم لغيرهما فلم يدل فرض العطاء للنصره انتهى والتشبيه في قول المصنف كفرض أزواج النبي عليه الصلاة والسلام على الاحتمال الاول في كون الفرض لان النصره لافي كونه للمعونة كما لا يخفى

وأهل البادية أقرب إليه ومسكنه المصراعقل عنه أهل الديوان من ذلك المصراع ولم يشترط أن يكون  
بينه وبين أهل الديوان قرابة قيل هو صحيح لأن الذين يذنون عن أهل المصراع يقومون بنصرتهم  
ويدفعون عنهم أهل الديوان من أهل المصراع ولا يحرصون به أهل العطاء وقيل تأويله إذا كان قريبا  
لهم وفي الكتاب إشارة إليه حيث قال وأهل البادية أقرب إليه من أهل المصراع وهذا لأن الوجوب  
عليهم بحكم القرابة وأهل المصراع أقرب منهم مكانا فكانت القدرة على النصرة لهم وصارت نظير مسألة الغيبة  
المنقطعة (ولو كان البدوي نازلا في المصراع لا مسكن له فيه لا يعقله أهل المصراع) لأن أهل العطاء لا ينصرون  
من لا مسكن له فيه كما أن أهل البادية لا تعقل عن أهل المصراع النازل فيهم لأنه لا يستنصر بهم (وان كان  
لأهل الذمة عواقب معروفة يتعاقلون بها فقتل أحدهم قتيلا فدينه على عاقلة بمنزلة المسلم) لأنهم التزموا  
أحكام الإسلام في المعاملات لاسيما في المعاني العاصمة عن الاضرار ومعنى التناصر موجود في حقهم  
(وان لم تكن لهم عاقلة معروفة فالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم قضى بها عليه) كما في حق المسلم لما  
بيننا أن الوجوب على القاتل وانما يتحول عنه إلى العاقلة أن لو وجدت فاذم لو وجدت عليه بمنزلة تاجر  
مسلمين في دار الحرب قتل أحدهم ما صاحبه يقضى بالدية عليه في ماله لأن أهل دار الإسلام لا يعقلون  
عنه وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم (ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر) لعدم التناصر  
لا يستلزم الدية انتهى أقول فيه تطرأ لان استلزام القسامة وجوب الدية على المقسم عندنا ما بالاستقلال  
أو بالدخول في العاقلة بالاستقراء ممنوع فانه اذا وجد القاتل في قرية امرأة فعند أبي حنيفة ومحمد يجب  
عليها القسامة ولا يجب علم شيء من الدية على ما هو المنصوص عليه من محمد كما ذكر في غاية البيان  
والكفاية وغيرهما والمتأخرون وان قالوا ان المرأة تدخل مع العاقلة في تحمل الدية في تلك المسئلة  
الآن تعدلهم اياها بقولهم لاننا ائزناها قاتلة والقاتلة تشارك العاقلة كما مر في الكتاب قبل كتاب  
المعقل بابي الفرق بين القاتلة حقيقة والمقدرة قاتلة بل يقتضى قياس المنزلة قاتلة على القاتلة حقيقة  
والا لا يتم تديلتهم المذكور على قاعدة الفقه ولا على قاعدة الميزان كما يظهر بالتأمل الصادق فالحق  
في التوفيق بين المسئلتين المذكورتين في المقامين ما ذكره سائر الشراح فانه قال في الكفاية هذا مخالف  
ما ذكره قبيل المعقل من اختيار المتأخرين أن المرأة تدخل في تحمل مع العاقلة الا ان ذلك ليس بأصل  
الرواية وانما هو اختيار بعض المتأخرين وما ذكرهنا هو اختيار الطحاوي وهو الاصح وهو أصل رواية  
محمد انتهى وقال في معراج الدراية هذه المسئلة مخالفه لما مر قبيل كتاب المعقل أنه لو وجد قاتل في  
دار امرأة أن المرأة تشارك العاقلة عند المتأخرين الا أنه يمكن أن يكون هذا على رواية المتقدمين أن  
المرأة لا تدخل في العاقلة في صورة من الصور انتهى وقال في غاية البيان فان قلت قدم قبيل كتاب  
المعقل أن القاتل اذا وجد في قرية امرأة تجب القسامة عليها والدية على عاقلة عند أبي حنيفة ومحمد  
وذهب المشايخ المتأخرون إلى أنها تشارك العاقلة في الدية فكيف لم تشاركهم هنا قلت نعمه أيضا  
لانشاركهم في الدية على ما هو المنصوص من محمد وانما استحسن المتأخرون في تلك المسئلة خاصة  
انتهى ثم قال صاحب العناية فان قلت هذا الجواب يفتي على إيجاب القسامة عليها وفي ذلك تناقض  
لأنه قال قبل هذا ولا قسامة على صبي إلى أن قال ولا امرأة ولا عبد وقال ههنا لو وجد قاتل في قرية  
لا امرأة فعند أبي حنيفة ومحمد القسامة عليها تكرار الايمان وذلك تناقض التثنية فالجواب أن ذلك  
مذكور في سياق قوله وان لم يكمل أهل الحلة نجسين كررت الايمان فعناه لا يكمل أهل الحلة نجسين من  
الصبي والمرأة والعبد لانهم ليسوا من أهل النصرة واليمين على أهلها وما هنا فالقتل وجد في قرية  
فتجب عليها نفي القاتلة فانهما تحقق منها وتبين من هذا ان القسامة اذا وجبت على الجماعة تهمل  
بالنصرة فمن كان أهلا لها يدخل ومن لا فلا يدخل الصبي والعبد والمرأة اذا وجبت على واحد تعقل

وقوله (وأهل البادية أقرب  
إليه) يعني نسبا وقوله (قيل  
هو صحيح) الضمير راجع  
إلى قوله لم يشترط أن يكون  
بينه وبين أهل الديوان قرابة  
وقوله (من أهل المصراع)  
بيان لقوله أهل الديوان أي  
أهل الديوان الذين هم من  
أهل المصراع وقوله (وصارت نظير  
مسئلة الغيبة المنقطعة)  
يعنى أن الولي لا بعد أن  
يزوج اذا كان الأقرب غائبا  
وقوله (لا سيما في المعاني  
العاصمة) كعدم القذف  
والسرقة والقصاص ووجوب  
الدية وقوله (فالدية في ماله  
في ثلاث سنين) أي لا على  
بيت المسال لان النصرة  
الموجبة للعقل غير موجودة  
بين الذي والمسلمين لانقطاع  
الولاية بيننا بخلاف المسلم  
فان دينه على بيت المال  
اذ لم يوجد له عاقلة على  
ظاهر الرواية وسيجيء وقوله  
(وتمكنه من هذا القتل ليس  
بنصرتهم) أي ليس بسبب  
نصرة أهل الإسلام اياه  
وقوله (لعدم التناصر) لان  
التعاقل يفتي على الموالاة  
وذلك لعدم عند اختلاف  
الملة قال الله تعالى والذين  
كفروا بعضهم أولياء بعض

والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم لان الكفر كله مله واحدة قالوا هذا اذا لم تكن المعادة فيما بينهم ظاهرة أما اذا كانت ظاهرة كاليهود والنصارى ينبغى أن لا يتعاقلون بعضهم عن بعض وهكذا عن أبي يوسف لا تقطع التناصر ولو كان القاتل من أهل الكوفة وله بها عطاء فقول ديوانه الى البصرة ثم رفع الى القاضي فانه يقضى بالدية على عاقبته من أهل البصرة وقال زفر يقضى على عاقبته من أهل الكوفة وهو رواية عن أبي يوسف لان الموجب هو الجناية وقد تحقت وعاقبته أهل الكوفة وصار كما اذا حوّل بعد القضاء ولنا أن المال انما يجب عند القضاء لما ذكرنا أن الواجب هو المتسل وبالقضاء ينتقل الى المال وكذا الوجوب على القاتل وتحمل عنه عاقبته واذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقبته عند القضاء بخلاف ما بعد القضاء لان الواجب قد تقرر بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك لكن حصة القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة لانها تؤخذ من العطاء وعطائه بالبصرة

بثمة القتل فمن كان من أهلها وجبت عليه ومن لا فلا قد دخل المرأة الى هنا كلامه أقول فيه أيضا نظر أما أول فلان كون ذلك مذكورا في سياق قوله وان لم يكمل أهل المحلة تحسين كررت الايمان ممنوع بل ذلك مسألة مبتدأة مقصودة بالبيان على الاستقلال اذ لو كان معناه لا يكمل أهل المحلة تحسين من الصبي والمجنون والمرأة والعبدة لاني صلاحيتهم للقسامة مطلقة أي سواء كانوا من ضمنين الى الغير لتكميل الحسين أو كانوا منفردين وحدهم لزم أن يكون بيان حال الصبي والمجنون والعبدة في أمر القسامة عند كونهم منفردين غير منضمين الى الغير مبرور كالكتابة في هـ ذال الكتاب وكثير من الكتب المعتبرة اذا فرض أن عدم الصلاحية للقسامة حال الانضمام الى الغير لتكميل الحسين لا يستلزم عدم الصلاحية لها حال الانفرد اذ هو حاصل الجواب الذي ذكره لدفع التناقض بين المقامين في حق المرأة كما ترى وأما نانيا فلان ما ذكره من أن القسامة اذا وجبت على الجماعة تعال بالنصرة واذا وجبت على الواحد تعلل بثمة القتل من عند ياته لا يساعده العقل ولا النقل أما عدم مساعدة العقل فلان كل واحد من ترك النصرة واحتمال القتل متحقق في كل واحدة من صورتي وجوب القسامة على الجماعة ووجوبها على الواحد فتعديلهما بالاول والاخرى بالثاني دون العكس أو الجمع تحكم بحيث وأما عدم مساعدة النقل فلانهم كانوا يعقلون وجوب القسامة والدية مطابقتا بكل واحدة من العلتين المذكورتين كما لا يخفى على من يرجع المعتبرات وقدمت الاشارة الى ذلك في مواضع من نفس الكتاب فتذكر (قوله والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم لان الكفر كله مله واحدة) قال بعض الفضلاء هذا مخالف لما سبق في أول باب جنابة المملوك أن أهل الذمة لا يتعاقلون فيما بينهم وجوابه أن ذلك مبني على الغالب انتهى أقول بأبي هـ ذال الجواب قول المصنف هناك فلا عاقلة بعد قوله انهم لا يتعاقلون فيما بينهم لان النكرة المنفية تفيد العموم على ما عرف فالاولى في الجواب أن يقال المراد هناك في الوقوع أي لم يقع التعاقل فيما بينهم والمراد هنا بيان الجواز أي لو وقع التعاقل فيما بينهم جاز ولا يضر اختلاف مللهم تبصر (قوله ولو كان القاتل من أهل الكوفة وله بها عطاء فقول ديوانه الى البصرة ثم رفع الى القاضي فانه يقضى على عاقبته من أهل البصرة) أقول لقائل أن يقول قد مر في أوائل كتاب المعاقلة أن العاقلة انما خصوا بالضم الى القاتل في ادعائه لان القاتل انما قصر لقوة فيه وتلك القوة بانصاره وهم العاقلة انما خصوا المقصرين في تركهم مراقبته لخصوا به ولا ريب أن مقتضى ذلك أن يكون القضاء بالدية في هذه المسئلة على عاقلة القاتل من أهل الكوفة كما ذهب اليه زفر لان الجناية انما صدرت عنه حال كون عاقبته أهل الكوفة فالقوة فيه وقت صدورها عنه انما كانت بانصاره الذين هم أهل الكوفة والتقصير في مراقبته وقتئذ انما وقع منهم اذ لا شك أن عهدة المراقبة في ذلك الوقت كانت عليهم لا على أهل البصرة فكان ينبغى

وقوله (والكفار يتعاقلون فيما بينهم) ظاهر الالفاظ نذكرها وقوله (وعاقبته أهل الكوفة) الواو للمحال وقوله (لكن حصة القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة) يعني وان كان بعد القضاء

قال المصنف (والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم) أقول مخالف لما سبق في أول باب جنابة المملوك أن أهل الذمة لا يتعاقلون فيما بينهم وجوابه أن ذلك مبني على الغالب (قال المصنف فاذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقبته عند القضاء) أقول فيه أن تحمل العاقلة لتقصيرهم في تركهم مراقبته على ما مر غير مرة وهذا التقصير انما وقع من أهل الكوفة فينبغى أن يجب عليهم

بمخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم حيث يضم اليهم أقرب القبائل في النسب لان في النقل ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتعلمين لما قضى به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الاول لا ابطاله وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة قضى بالدية على أهل البصرة ولو كان قضى بها على أهل الكوفة لم ينتقل عنهم وكذا البدوي اذا ألقى بالديوان بعد القتل قبل القضاء بقضى بالدية على أهل الديوان وبعد القضاء على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم وهذا بخلاف ما اذا كان قوم من أهل البادية قضى بالدية عليهم في أموالهم في ثلاث سنين ثم جعلهم الامام في العطاء حيث تصير الدية في أعطياتهم وان كان قضى بها أول مرة في أموالهم لانه ليس فيه نفص القضاء الاول لانه قضى بها في أموالهم وأعطياتهم أموالهم غير أن الدية تقضى من أيسر الاموال أداء والاداء من العطاء أيسر اذا صاروا من أهل العطاء الا اذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضى به عليه بان كان القضاء بالابل والعطاء دراهم فينشد لا يتحول الى الدراهم ابد الما فيه من ابطال القضاء الاول لكن يقضى ذلك من مال العطاء لانه أيسر قال (وعاقلة المعتق قبيلة مولاه) لان النصرة بهم يؤيد ذلك قوله عليه السلام مولى القوم منهم قال (ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته) لانه ولا يعتنصره فأنسبه ولا العنافة وفيه خلاف الشافعي وقدم في كتاب الولاية

أن يقضى بالدية عليهم لاعلى أهل البصرة ويمكن الجواب بان ما ذكرهناك حكمة أن خصت العاقلة بالضم الى القاتل في تحمل الدية لاعتائه وقد تقرر عندهم أن الحكمة تراعى في الجنس لاني كل فرد كافي الاستبراء في الكفر فلا يقدح عدم عشية ما ذكرهناك في مستلثاتها فذ فان ملاك الامر في تمام جواب المسئلة هو الدليل وقد ذكره المصنف بقوله ولنا أن المال انما يجب عند القضاء الخ ولا محالة أنه يقضى أن يقضى بالدية على أهل البصرة لاعلى أهل الكوفة لان وجوب الدية لما كان عند القضاء لاقبله وكان ديوان القاتل متحولاً الى البصرة قبل القضاء لم يبق مجال أن يقضى بالدية على أهل البصرة فانهم لم يكونوا عاقلة القاتل وقت القضاء ولم يجب عليهم الدية حال كونهم عاقلة لعدم سبق وجوبها القضاء فلا بد أن يقضى بها على من هو عاقلته وقت الوجوب تحقيقاً للتحفيف عن القاتل المعذور كما تقرر فيهما من قوله بخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم حيث يضم اليهم أقرب القبائل في النسب الخ قال جماعة من الشراح منهم صاحب العناية في شرح هذا المقام قوله بخلاف ما اذا قلت العاقلة متعلق بقوله بخلاف ما بعد القضاء ومعناه لا يقضى بالدية على عاقلته من أهل البصرة اذا كان القاضي قضى بدينه على عاقلته من أهل الكوفة بخلاف ما اذا قلت العاقلة بموت بعضهم حيث يضم اليهم أقرب القبائل في النسب وان كان بعد القضاء مع أن فيه أيضاً نقل الدية من الموجودين وقت القضاء الى أقرب القبائل وقد ذكر الفرق بينهما بقوله لان في النقل ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتعلمين لما قضى به عليهم فكان فيه تقرير حكم الاول لا ابطاله انتهى أقول مقدمتهم القائلة مع أن فيه أيضاً نقل الدية من الموجودين وقت القضاء الى أقرب القبائل مع كونها مستدركة في بيان معنى المقام غير صحيحة في نفسها اذ ليس فيما اذا قلت العاقلة بعد القضاء نقل الدية من أحد الى أحد قط بل انما فيه تكثير المتعلمين لما قضى به عليهم ولا شك أن التكثير يغير النقل بل يتأهله وعن هذا قال المصنف في الفرق بين الصورتين ان في النقل ابطال حكم الاول وفي الضم تقرير حكم الاول لا ابطاله ولو كانت المقدمة الكاذبة معتبرة في معنى المقام لقال المصنف في الفرق بين الصورتين المذكورتين ان امر النقل في صورة القلة كذا وفي صورة التحول بعد القضاء كذا تأمل تفق

قال المصنف ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته) أقول لا بد على قول من يقول لا يدخل الابناء والابناء في العاقلة لانهم لا يكثرون من الفرق بين المولى وبينهم واعل التزامه لاداء الدية في العقد هو الفارق ولاجل ذلك لم يعقل في المعتق مولاه وقبيلته اذ لا التزام بالعقد فيه تأمل

وقوله (ولا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الدية) لان القصاص لا يجب في عمده ولا يتقدر أرشه فصار كضمان الاموال قبل هذا اذا كانت الجنابة فيما دون النفس فأما بدل النفس فتحمله العاقلة وان كان أقل من نصف العشر ألا ترى أن التمسيلة اذا كانت مائة كانت الدية على عاقبتهم وان كان نصيب كل واحد منهم مائة درهم لانها بدل النفس وكذلك من قتل عبدا قيمته مائة ونجسون درهمها فانه تحمله العاقلة لان تحمل بدل النفس ثابت بالنص وتحمل فيما دون النفس ثابت بعلة النص فلا يعتبر التحمل فيما دون النفس مقدار لم يوجد في التحمل لا بالنص ولا بعلة فيجب في ماله وقوله (ولا عبدا) قال أبو عبيد اختلافوا في تأويل قوله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا (٤١٣) فقال لي محمد بن الحسن رحمه الله انما معناه ان يقتل

العبد حرا فليس على عاقلة مولاه شيء من جنابة عبده انما جنابته في رقبته ان يدفعه الى الهنئ عليه أو يقديه ثم قال وهذا قول أبي حنيفة وقال ابن أبي ليلى انما معناه ان يكون العبد مجنبا عليه بقتله حر أو يجرحه يقول فليس على عاقلة الجناني شيء انما معناه في ماله خاصة قال أبو عبيد فذا كرت الاصمعي في ذلك فاذا هو يرى القول فيه قول ابن أبي ليلى لجره على كلام العرب ولا يرى قول أبي حنيفة جازا يذهب الى أنه لو كان المعنى على ما قال لكان الكلام لا تعقل العاقلة عن عبده ولم يكن ولا تعقل عبدا ومعنى قول الاصمعي ان في كلاب العرب يقال عقلت القليل اذا أعطيت دية وعقلت عن فلان اذا لزمته دية فأعطيتها عنه قال الاصمعي كلمت بأبي يوسف القاضي في ذلك بحضرة الرشيد فلم يفرق بين عقلته وعقلت عنه حتى فهمته وأجيب بأن عقلته يستعمل في معنى عقلت عنه وساق الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم

قال (ولا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الدية وتحمل نصف العشر فصاعدا) والاصل فيه حديث ابن عباس رضي الله عنهما موقوف على قوله ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا مادون أرض الموضحة وأرض الموضحة نصف عشر بدل النفس ولان التحمل للحرز عن الاجحاف ولا اجحاف في القليل وانما هو في الكثير والتقدير الفاصل عرف بالسمع قال (وما نقص من ذلك يكون في مال الجناني) والقياس فيه التسوية بين القليل والكثير فيجب الكل على العاقلة كما ذهب اليه الشافعي أو التسوية في أن لا يجب على العاقلة شيء الا أن تركناه بما روينا وبما روى أنه عليه السلام أو جب أرض الجنين على العاقلة وهو نصف عشر بدل الرجل على ما مر في الديات فادونه بذلك به تلك الاموال لانه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم فلهذا كان في مال الجناني أخذ بالقياس

(قوله قال ولا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الدية وتحمل نصف عشر الدية فصاعدا) قال في النهاية والدليل على أنها لا تحمل مادون نصف العشر أن القصاص لا يجب في عمده ولا يتقدر أرشه فصار كضمان الاموال كما في شرح الاقطع انتهى واقتنى أثره صاحب العناية أقول برده عليه أن لكل مفصل من اصبع فيها ثلاثة مفاصل ثلث عشر الدية كما مر في كتاب الديات حيث قال وفي كل اصبع من اصابع اليدين أو الرجلين عشر الدية ثم قال وفي كل اصبع فيها ثلاثة مفاصل ففي أحدها ثلث دية الاصبع فكان لكل مفصل من اصبع فيها ثلاثة مفاصل أرض مقدرة هو أقل من نصف عشر الدية ويجب القصاص في عمده لا لمحالة لا مكان رعاية المائة التي هي مبنى القصاص كما تقر في باب القصاص فيما دون النفس من كتاب الجنابات فانقض به كل واحد من قوله ان القصاص لا يجب في عمده ومن قوله ولا يتقدر أرشه كما ترى نعم قد تدارك صاحب الغاية اصلاح المقدمة الثانية أعني قوله ولا يتقدر أرشه حيث قال ويدل عليه من جهة النظر أن مادون الموضحة ليس له أرض مقدرة في نفسه فأشبهه ضمان الاموال ثم قال فان قيل أرض الاغلة مقدرة وهو ثلث دية الاصبع فينبغي أن تحمله العاقلة قيل له ليس أرشه مقدرة بنفسها بل هو مقدرة بغيرها وهو الاصبع ونحن انما شبهنا مادون الموضحة بالاموال من حيث انه لم يكن له أرض مقدرة بنفسه انتهى لكن بقيت المقدمة الاولى وهي قوله ان القصاص لا يجب في عمده مجروحة تدبر (قوله والاصل فيه حديث ابن عباس رضي الله عنهما موقوفاً عليه ومرفوعاً الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا مادون أرض الموضحة) قال أبو عبيد اختلافوا في تأويل قوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا

قال قال (ولا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الدية وتحمل نصف العشر فصاعدا) والاصل فيه حديث ابن عباس رضي الله عنهما موقوفاً على قوله ومرفوعاً الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا مادون أرض الموضحة وأرض الموضحة نصف عشر بدل النفس ولان التحمل للحرز عن الاجحاف ولا اجحاف في القليل وانما هو في الكثير والتقدير الفاصل عرف بالسمع قال (وما نقص من ذلك يكون في مال الجناني) والقياس فيه التسوية بين القليل والكثير فيجب الكل على العاقلة كما ذهب اليه الشافعي أو التسوية في أن لا يجب على العاقلة شيء الا أن تركناه بما روينا وبما روى أنه عليه السلام أو جب أرض الجنين على العاقلة وهو نصف عشر بدل الرجل على ما مر في الديات فادونه بذلك به تلك الاموال لانه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم فلهذا كان في مال الجناني أخذ بالقياس

(قوله وقوله ولا عبدا قال أبو عبيد اختلافوا في تأويل قوله عليه الصلاة والسلام لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا فقال لي محمد بن الحسن انما معناه ان يقتل العبد حرا فليس على عاقلة مولاه شيء من جنابة عبده انما جنابته في رقبته ان يدفعه الى الهنئ عليه أو يقديه ثم قال وهذا قول أبي حنيفة وقال ابن أبي ليلى انما معناه ان يكون العبد مجنبا عليه بقتله حر أو يجرحه يقول فليس على عاقلة الجناني شيء انما معناه في ماله خاصة قال أبو عبيد فذا كرت الاصمعي في ذلك فاذا هو يرى القول فيه قول ابن أبي ليلى لجره على كلام العرب ولا يرى قول أبي حنيفة جازا يذهب الى أنه لو كان المعنى على ما قال لكان الكلام لا تعقل العاقلة عن عبده ولم يكن ولا تعقل عبدا ومعنى قول الاصمعي ان في كلاب العرب يقال عقلت القليل اذا أعطيت دية وعقلت عن فلان اذا لزمته دية فأعطيتها عنه قال الاصمعي كلمت بأبي يوسف القاضي في ذلك بحضرة الرشيد فلم يفرق بين عقلته وعقلت عنه حتى فهمته وأجيب بأن عقلته يستعمل في معنى عقلت عنه وساق الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العاقلة عمدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا مادون أرض الموضحة وأرض الموضحة نصف عشر بدل النفس ولان التحمل للحرز عن الاجحاف ولا اجحاف في القليل وانما هو في الكثير والتقدير الفاصل عرف بالسمع قال (وما نقص من ذلك يكون في مال الجناني) والقياس فيه التسوية بين القليل والكثير فيجب الكل على العاقلة كما ذهب اليه الشافعي أو التسوية في أن لا يجب على العاقلة شيء الا أن تركناه بما روينا وبما روى أنه عليه السلام أو جب أرض الجنين على العاقلة وهو نصف عشر بدل الرجل على ما مر في الديات فادونه بذلك به تلك الاموال لانه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم فلهذا كان في مال الجناني أخذ بالقياس



(ولا تعقل العاقلة جنابة العبد) إضافة المصدر الى فاعله وأما إذا جنى الحر على العبد فقتله خطأ كانت على العاقلة وقوله (والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم) الآن في الاقرار تجب الدية في ثلاث سنين وفي الصلح عن العديب المال حالا اذا شرط الاجل في الصلح فيكون مؤجلا وقوله (ففي الثابت بالاقرار أولى) يريد أن الثابت بالبيعة أولى منه بالاقرار لان الثابت بها كالناتب معاينة وفي الشتل معاينة الدية انما تجب بقضاء القاضى فهذا أولى (٤١٣) وقوله (وتصادقهما محجة في حقهما) لان

أحد المتصادقين ولو  
 القتل ومن زعمه أن الدية  
 انما وجبت لاعلى المقر  
 فاقراره محجة على نفسه  
 وقوله (بخلاف الاول) أراد  
 به قوله والاقرار والصلح  
 لا يلزمان العاقلة فيفهم من  
 هذا أنه يلزم موجب الاقرار  
 في مال المقر وانما وجبت  
 الدية هناك في مال المقر  
 لان هناك لم يوجد تصادقهما  
 بقضاء الدية على العاقلة

فوجب في مال المقر ضرورة  
 فان قيل لما كان أصل الوجوب  
 عليه وقد تحول بزعمه الى  
 عاقلة بقضاء القاضى فاذا  
 توى على العاقلة بمجموعهم  
 عاد الدين الى ذمة المحيل  
 أوجب بان هذا يستقيم  
 فيما اذا كان أصله ديناً لرفع  
 التوى عن مال المسلم وهذا  
 ليس كذلك فانه صلة شرعت  
 صيانة لدم المقتول عن الهدر  
 فعد ما تقرر على العاقلة  
 بقضاء القاضى لا يتحول  
 اليه بمحال سواء استوفى من  
 العاقلة أو لم يستوف

(قوله وفي القتل معاينة  
 الدية) أقول ليس كلام  
 المصنف في الدية بل في  
 التأجيل كما لا يخفى ولعل

قال (ولا تعقل العاقلة جنابة العبد ولا يلزم بالصلح أو باعتراف الجاني) لما روينا ولانه لا تناصر بالعبد  
 والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم قال (الآن بصدقوه) لانه ثبت بتصادقهم  
 والامتناع كان لحقهم ولهم ولاية على أنفسهم (ومن أقرب يقتل خطأ ولم يرفعوا الى القاضى الا بعد  
 سنين قضى عليه بالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى) لان التأجيل من وقت القضاء في الثابت  
 بالبيعة ففي الثابت بالاقرار أولى (ولو تصادق القاتل وولى الجنابة على أن قاضى بلد كذا قضى بالدية  
 على عاقلة بالكوفة بالبيعة وكذا ما العاقلة فلا شئ على العاقلة) لان تصادقهما ليس بمحجة عليهم  
 (ولم يكن عليه شئ في ماله) لان الدية بتصادقهما ما تقرر على العاقلة بالقضاء وتصادقهما محجة في  
 حقهما بخلاف الاول (الآن يكون له عطاء معهم فيئذ يلزمه بقدر حصته) لانه في حق حصته مقرر  
 على نفسه وفي حق العاقلة مقرر عليهم قال (واذا جنى الحر على العبد فقتله خطأ كان على عاقلة قيمته)  
 لانه بدل النفس على ما عرف من أصلنا وفي أحد قولى الشافعى تجب في ماله لانه بدل المال عنده ولهذا  
 يوجب قيمته باعنة ما بلغت

ولا عبد فقال محمد بن الحسن انما معناه أن يقتل العبد حر فليس على عاقلة له مولاة شئ من جنابة  
 عبده انما جنابته في رقبته أن يدفعه الى المجنى عليه أو يفديه ثم قال وهذا قول أبى حنيفة  
 وقال ابن أبى ليلى انما معناه أن يكون العبد مجنبا عليه يقتله حر أو يجرحه فليس على عاقلة للجاني  
 شئ انما غنمه في ماله خاصة قال أبو عبيد فذا كرت الأصمى في ذلك فاذا هو يرى القول فيه قول ابن  
 أبى ليلى على كلام العرب ولا يرى قول أبى حنيفة جازا يذهب الى أنه لو كان المعنى على ما قاله كان  
 الكلام لا تعقل العاقلة عن عبد ولم يكن ولا تعقل عبدا ومعنى قول الأصمى ان في كلام العرب  
 يقال عقلت القتل اذا عطيته دينه وعقلت عن فلان اذا زمته دية فأعطيته ما عنده قال الأصمى  
 كملت أبى يوسف القاضى في ذلك بمحضرة الرشيد فلم يفرق بين عدلته وعقلت عنه حتى فهمته وأجيب  
 بان عقلت يستعمل في معنى عقلت عنه وسباق الحديث وهو قوله لا تعقل العاقلة عبدا وسياقه  
 وهو قوله صلى الله عليه وسلم ولا صلحا ولا اعترافا يدلان على ذلك لان معناه عن عبد وعن صلح وعن  
 اعتراف كذا في العناية أقول الجواب محل الكلام ان الخصم أن يمنع كون معناه ما ذكره يقول بل  
 معناه لا تعقل العاقلة من قتل عبدا بصيغة المجهول ومن صلح عن دمه ومن اعترف بقتله على صيغة  
 المجهول أيضا فيقول المعنى في الكل الى معنى عقلت القتل الى معنى عقلت عن فلان فلا يتم الجواب  
 الزاما (قوله لان التأجيل من وقت القضاء في الثابت بالبيعة ففي الثابت بالاقرار أولى) قال صاحب  
 العناية يريد أن الثابت بالبيعة أقوى منه بالاقرار لان الثابت بها كالناتب معاينة وفي القتل معاينة  
 الدية انما تجب بقضاء القاضى فهذا أولى انتهى ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال ليس كلام المصنف  
 في الدية بل في التأجيل كما لا يخفى وقال واعلى الاول أن يقال اذا ثبت القتل الخطأ بالبيعة يلزم الدية على  
 العاقلة ومع هذا يؤجل الى ثلاث سنين تحققة التخفيف في الثابت بالاقرار أولى يؤجل للتخفيف  
 لان الوجوب حينئذ على المقر وحده دون العاقلة فليتامل انتهى أقول ليس ما قاله بسديد اذ ليس

الاولى أن يقال اذا ثبت القتل الخطأ بالبيعة تسلزم الدية العاقلة ومع هذا يؤجل الى ثلاث سنين تحققة التخفيف في الثابت بالاقرار أولى  
 أن يؤجل للتخفيف لان الوجوب حينئذ على المقر وحده دون العاقلة فليتامل (قوله فيفهم من هذا أنه يلزم موجب الاقرار الخ) أقول  
 الفهم منه بعيد ولعل المراد به قوله (ومن أقرب يقتل خطأ الى قوله قضى عليه بالدية في ماله) (قوله أوجب بان هذا يستقيم فيما اذا كان أصله  
 دينا لرفع التوى الخ) أقول قوله لرفع متعلق بقوله يستقيم

ومادون النفس من العبد لا تحمله العاقلة لانه يسلك به مسلك الاموال عندنا على ما عرف وفي أحد  
قوله العاقلة تحمله كما في الحر وقد مر من قبل قال أصحابنا ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت  
المال لان جماعة المسلمين هم أهل نصرته وليس بعضهم أخص من بعض بذلك ولهذا لو مات كان ميراثه  
لبيت المال فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال وعن أبي حنيفة رواية شاذة ان الدية في ماله ووجهه  
أن الاصل أن تجب الدية على القاتل لانه بدل متلف والاتلاف منه إلا أن العاقلة تحمله تحقيقاً  
للتخفيف على ماهر واذا لم يكن له عاقلة عاد الحكم الى الاصل (وابن الملا عن تعمله عاقلة أمه) لان  
نسبه ثابت منه اذ ادون الأب (فان عقلا عنه ثم ادعاء الأب رجعت عاقلة الام بما أدت على عاقلة الاب في  
ثلاث سنين من يوم يقضى القاضى لعاقلة الام على عاقلة الأب) لانه تبين أن الدية واجبة عليهم لان

كلام المصنف هنا أصالة في الدية ولا في التأجيل نفسه لان وجوب الدية بطريق التأجيل في القتل  
الخطا اذ قد علم في كتاب الجنائيات وفي كتاب الديات وفيما مر غير مره في كتاب المعاقلة وانما الكلام ههنا  
أصالة في كون التأجيل من وقت القضاء ودون وقت الأقرار ولهذا قصر المصنف البيان عليه في تعليل  
هذه المسئلة وما ذكره ذلك البعض بقوله ولعل الاولى أن يقال الخ انما يفيد كون الدية مؤجلة الى  
ثلاث سنين في هذه المسئلة لا كون التأجيل فيها من وقت القضاء ودون وقت الأقرار والمقصود  
بالبيان هنا هو الثاني دون الاول وأما ما ذكره صاحب العناية في قيد الثاني لانه قال وفي القتل معاينة  
انما تجب الدية بقضاء القاضى فهذا أولى وهذا يثبت كون التأجيل من وقت القضاء ودون وقت الأقرار  
لان وجوب الدية اذا كان بقضاء القاضى فلا جرم لا يتحقق وجوبها قبل قضاء القاضى وتأجيل الدية  
فرع وجوبها لا محالة انما يتصور التأجيل من وقت القضاء لا قبله وعن هذا قال في المبسوط كما نقل  
عنه في النهاية والتأجيل فيه من وقت القضاء لان وقت الأقرار لان الثابت بالأقرار بالقتل لا يكون  
أقوى من الثابت بالمعاينة وفي القتل المعين الدية انما تجب بقضاء القاضى فهذا أولى انتهى (قوله  
ومادون النفس من العبد لا تحمله العاقلة لانه يسلك به مسلك الاموال عندنا على ما عرف) أقول فيه  
كلام وهو أنه ان كان مراد المصنف بقوله على ما عرف ما ذكره في باب القصاص فيما دون النفس في  
تعليل أن لا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين عندنا  
بقوله ولنا أن الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعدم التماثل بالغايات في القيمة كما صرح به  
صاحب الغاية حيث قال هنا لانا أن الاطراف يسلك بها مسلك الاموال ولهذا لا يجري القصاص في العبد  
بين طرف الحر والعبد فلا تحمله العاقلة كطرف البهمة وقد مر ذلك في باب القصاص فيما دون النفس  
وهذا معنى قوله على ما عرف انتهى ينتقض حينئذ ما ذكره في تعليل مسئلةنا هذه بتحمل العاقلة  
مادون النفس من الحر الى مادون نصف عشر الدية فان الدليل المذكور هنا يجري هناك أيضاً بخلاف  
الحكم عنه وان كان مراده ما ذكره في فصل بعد باب جنابة المملوك من أن المعتبر فيما دون النفس  
من العبد هي المالية دون الأدمية بخلاف النفس من العبد فان المعتبر في اتلافها هي الأدمية دون  
المالية عندنا جازان لا ينتقض ما ذكره هنا بتحمل العاقلة مادون النفس من الحر الى مادون نصف  
عشر الدية اذ لم يصرح أحد بسقوط اعتبار الأدمية في أطراف الحر بالكلية الا أنه لا يتم الدليل  
المذكور هنا حينئذ على أصل أبي حنيفة فانه يعتبر المالية والأدمية معاً في أطراف العبد وانما يتم  
هذا على أصل أبي يوسف ومحمد فانهما لا يعتبران الأدمية فيها بالكلية وقد مر ذلك كله في الفصل  
المزبور في بيان مسئلة من فقأ عيني عبد انسان والمسئلة التي نحن فيها متفق عليها بين أئمتنا فلا معنى  
لان يبنى دليلها على أصل بعض منهم دون بعض وبالجملة لا يتناول المقام على ككل حال عن نوع من  
الاضطراب كما ترى (قوله وفي أحد قوله تحمله كما في الحر وقد مر من قبل) قال صاحب الغاية أي

وقوله (وقدم من قبل)  
أي في أول فصل بعد باب  
جنابة المملوك وقوله (قال  
أصحابنا رحمه الله ان  
القاتل اذا لم يكن له عاقلة  
فالدية في بيت المال) يعني  
اذا كان القاتل مسلماً بديل  
قوله لان جماعة المسلمين هم  
أهل النصره والنصرة بالولاية  
وهي منقطة بيننا وبينهم  
والباقي ظاهر

وقوله (ثم أدبت الكتابة) أي فانه حينئذ يرجع قوم الام على الاب وقوله (والاصل الذي يخرج عليه أن يقال حال القاتل اذا تبدل حكما فانتقل ولاؤه الى ولاه بسبب حادث لم تنتقل جنانيته عن الاولى قضي بها القاضي أو لم يقض) كقولودين عبدوسرة اذا جنى ثم اعتق العبد لا تتحول الجنانية عن عاقلة الام لان ههنا تبدل حاله بان انتقل ولاؤه عن موالى الام الى موالى الاب وكالغلام اذا حفر بئر اقبل أن يعتق أبوه ثم سقط في البئر رجل بعدما اعتق أبوه فان القاضي (٤١٥) يقضى بالدية على عاقلة الام ولا يجعل على عاقلة الاب من ذلك شي لان الحادث بعد الحفر وولاه العتاقة فيعتبر بالملك الحفر ولو حدث في ملك ثم حدث فيه ملك آخر لغير قبل الوقوع فان الجنانية لا تنتقل الى الملك الحادث بل تبقى في الملك الذي وجد فيه الحفر فان العبد اذا حفر بئر في طريق المسلمين بغير إذن مولاه فقبل أن يقع فيه انسان باعه ثم وقع في ملك المشتري انسان فبات الضمان على البائع لا على المشتري لان ملك المشتري حادث بعد الحفر فكذا الولاء الحادث بعد الحفر يعتبره فلا تتحول الجنانية وان ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعة حوالت الجنانية الى الأخرى ووقع القضاء بها أو لم يقع وقد ذكر صورته في الكتاب وكذا اذا مات المكاتب عن ولاء فلم يؤد كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم أمه ثم أدبت الكتابة لانه عند الاداء يتحول ولاؤه الى قوم أمه من وقت حرة الاب وهو آخرجز من أجزاء حياته فبين ان قوم الام عتقوا عنهم فيرجعون عليهم وكذلك رجل أمر صبياً بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة الصبي الدية رجعت بها على عاقلة الأمران كان الأمر ثبت بالبينة وفي مال الأمران كان ثبت باقراره في ثلاث سنين من يوم يقضى بها القاضي على الأمر أو على عاقلته لان الديات تجب مؤجلة بطريق التيسير قال رضى الله عنه ههنا عدة مسائل ذكرها محمد متفرقة والاصل الذي يخرج عليه أن يقال حال القاتل اذا تبدل حكما فانتقل ولاؤه الى ولاه بسبب أمر حادث لم تنتقل جنانيته عن الاولى قضي بها أو لم يقض وان ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعة حوالت الجنانية الى الأخرى وقع القضاء بها أو لم يقع ولولم يختلف حال الجناني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء فان كان قضي بها على الاولى لم تنتقل الى الثانية وان لم يكن قضي بها على الاولى فانه يقضى بها على الثانية وان كانت العاقلة واحدة فلهما ازبادة ونقصان اشترى كوا في حكم الجنانية قبل القضاء وبعده الا فيما سبق أدائه فمن أحكم هذا الاصل متأملا يمكنه التخرج فيما ورد عليه من النظائر والاضداد

عند الا كذاب ظهر أن النسب لم يرل كان ثابتا من الاب حيث بطل اللعان بالا كذاب ومتى ظهر من الاصل فقوم الام تحموا ما كان واجبا على قوم الاب فيرجعون عليهم لانهم مضطرون في ذلك وكذلك ان مات المكاتب عن ولاء فلم يؤد كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم أمه ثم أدبت الكتابة لانه عند الاداء يتحول ولاؤه الى قوم أمه من وقت حرة الاب وهو آخرجز من أجزاء حياته فبين ان قوم الام عتقوا عنهم فيرجعون عليهم وكذلك رجل أمر صبياً بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة الصبي الدية رجعت بها على عاقلة الأمران كان الأمر ثبت بالبينة وفي مال الأمران كان ثبت باقراره في ثلاث سنين من يوم يقضى بها القاضي على الأمر أو على عاقلته لان الديات تجب مؤجلة بطريق التيسير قال رضى الله عنه ههنا عدة مسائل ذكرها محمد متفرقة والاصل الذي يخرج عليه أن يقال حال القاتل اذا تبدل حكما فانتقل ولاؤه الى ولاه بسبب أمر حادث لم تنتقل جنانيته عن الاولى قضي بها أو لم يقض وان ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعة حوالت الجنانية الى الأخرى وقع القضاء بها أو لم يقع ولولم يختلف حال الجناني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء فان كان قضي بها على الاولى لم تنتقل الى الثانية وان لم يكن قضي بها على الاولى فانه يقضى بها على الثانية وان كانت العاقلة واحدة فلهما ازبادة ونقصان اشترى كوا في حكم الجنانية قبل القضاء وبعده الا فيما سبق أدائه فمن أحكم هذا الاصل متأملا يمكنه التخرج فيما ورد عليه من النظائر والاضداد

في أول فصل بعد باب جنانية المملوك واقيني أثره في هذا التفسير صاحب العناية والشارح العميق ولم يتعرض لنفسه بذلك أصلا سائر الشراح أقول لو كان مراد المصنف بقوله وقد مر من قبل ما فسره به هؤلاء الشراح الثلاثة كانت حواشي هماغير راجحة قطعاً ليدكر في ذلك الفصل تحمل العاقلة مادون النفس ولا تحمله ادية النفس لا عند الشافعي ولا عندنا كما لا يخفى على من تتبع مسائل ذلك الفصل برمتها

كتاب الوصايا

قال الشراح اراد كتاب الوصايا في آخر الكتاب تظاهرا المناسفة لان آخر احوال الأدي في الدنيا الموت والوصية معاملة وقت الموت أقول برده عليه أن كتاب الوصايا ليس بمورد في آخر هذا الكتاب وانما المورد في آخره كتاب الخنثى كما ترى نعم ان كثير من أصحاب التصانيف أوردوه في آخر كتبهم لكن الكلام في شرح هذا الكتاب ويمكن الجواب من قبل الشراح بحمل الآخر في قولهم في آخر الكتاب على الاضافي فان آخره الحقيقي وان كان كتاب الخنثى الآن كتاب الوصايا أيضا آخره بالاضافة الى ما قبله حيث كان في قرب آخره الحقيقي وعن هذا ترى القوم يقولون وقع هذا في أوائل كذا أو أخره فان صيغة الجمع لا تنسب في الاول الحقيقي والآخر الحقيقي وانما المخلص من ذلك تميم الاول والاخر للحقيقي والايضا في ويمكن أن يقال أيضا لما كان ما ذكر في كتاب الخنثى نادرا من حيث الوقوع ومن حيث المسائل أيضا جعلوه في حكم العدم واعتبروا كتاب الوصايا آخر الكتاب ثم ان الوصية في اللغة اسم بمعنى المصدر الذي

عاقلة الاب من ذلك شي لان الحادث بعد الحفر وولاه العتاقة فيعتبر بالملك الحفر ولو حدث في ملك ثم حدث فيه ملك آخر لغير قبل الوقوع فان الجنانية لا تنتقل الى الملك الحادث بل تبقى في الملك الذي وجد فيه الحفر فان العبد اذا حفر بئر في طريق المسلمين بغير إذن مولاه فقبل أن يقع فيه انسان باعه ثم وقع في ملك المشتري انسان فبات الضمان على البائع لا على المشتري لان ملك المشتري حادث بعد الحفر فكذا الولاء الحادث بعد الحفر يعتبره فلا تتحول الجنانية وان ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعة حوالت الجنانية الى الأخرى ووقع القضاء بها أو لم يقع وقد ذكر صورته في الكتاب وكذا اذا مات المكاتب عن ولاء فلم يؤد كتابته حتى جنى ابنه وهو من امرأة حرة مولاة لبني تميم والمكاتب لرجل من همدان فعقل عنه جنانيته قوم أمه ثم أدبت الكتابة فان عاقلة الام يرجعون بها أو ادوا على عاقلة

الاب لان عتق المكاتب عند اداء البذل يستند الى حال حياته فبين أنه كان للولد وولاه من جانب الاب حين جنى وان موجب جنانيته على موالى أمه فلذلك يرجعون على موالى الاب ولولم يختلف حال الجناني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء كما ذكر في الكتاب في صورة تحويل الديوان من الكوفة الى البصرة من قبل وان كانت العاقلة واحدة فلهما ازبادة ونقصان اشترى كوا في حكم الجنانية قبل القضاء وبعده كما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم وبعده أخذ البعض منهم ضم اليهم أقرب القبائل نسبا وقد تقدم وقوله (الا فيما سبق أدائه) استثناء من قوله اشترى كوا يعني لا يشترى كوا في نفسه بل يقع ذلك من الذين أدوا قبل ضم أقرب القبائل اليهم

هو التوصية ومنه قوله تعالى حين الوصية ثم سمي الموصى به وصية ومنه قوله تعالى من بعد وصية  
 يوصون بها وفي الشريعة تملك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان ذلك في الايمان  
 او في المنافع كذا في عامة الشروح قال بعض المتأخرين ثم الوصية والتوصية وكذا الايصاف في اللغة  
 طلب فعل من غيره ليفعله في غيبته حال حياته او بعد وفاته وفي الشريعة تملك مضاف الى ما بعد  
 الموت على سبيل التبرع عينا كان او منفعة هذا هو التعريف المذكور في عامة الكتب والوصية بهذا  
 المعنى هي المحكوم عليهم بانها مستحبة غير واجبة وان القياس بأبي جوازها فعلى هذا يكون بعض  
 المسائل مثل مسألة الوصية بحقوق الله تعالى وحقوق العباد والمسائل المتعلقة بالموصى المذكورة في  
 كتاب الوصايا بطريق التطفل لكن التحقيق ان هذه الالفاظ كما أنهم موضوعة في الشرع للمعنى  
 المذكور موضوعة فيه أيضا لطلب شئ من غيره ليفعله بعد مماته فقط نقل هذا عن مبسوط شيخ الاسلام  
 خواهر زاده لكن بشرط استعمال لفظ الايصاف باللام في المعنى الاول وبالي في المعنى الثاني فحينئذ يكون  
 ذكر المسائل المذكورة على أنها من فروع المعنى الثاني لا على سبيل التطفل الى هنا لفظه أقول ما عده  
 محققا ليس بشئ أما ولا فلان التي تكون من فروع المعنى الثاني من المسائل المذكورة انما هي  
 المسائل المتعلقة بالموصى دون مسائل الوصية المتعلقة بحقوق الله تعالى وحقوق العباد فان استعمال  
 لفظ الايصاف باللام لا بالي يقال أوصى لحقوق الله تعالى أو لحقوق العباد ولا يقال أوصى اليها كما  
 لا يخفى في حق التطفل في حق تلك المسائل من المسائل التي ذكرها من قبل اذ لم يشمله شئ من المعنيين  
 المذكورين قط وأما نائبا فلأن مسائل التبرعات الواقعة من الانسان في مرض موته بطريق التخيير  
 المذكورة أيضا في كتاب الوصايا ومنها باب العتق في المرض كما ينبغي في الكتاب ولا ريب في عدم شمول  
 شئ من المعنيين المذكورين شيئا من تلك المسائل في حق التطفل في حق تلك المسائل كلها بالنظر  
 الى ذنبك المعنيين معا فمن أين كان ارتكاب جمعها في لفظ واحد بتأويل بعيد مع عدم عموم المشترك عندنا  
 حقيقيا بان يعد محققا كما زعمه ذلك القائل ثم أقول الوجه في التفصي عن أمر التطفل في حق المسائل  
 التي ذكرها ذلك القائل حمل معنى الوصية شريعة على ما ذكره صاحب البدائع حيث قال وأما بيان  
 معنى الوصية فالوصية اسم لما أوجبه الموصى في ماله بعد موته ويقرب منه ما ذكره صاحب الوقاية  
 حيث قال هي ايجاب بعد الموت فانهم ما يشعرون تلك المسائل جملة كما لا يخفى على التأمل والوجه في  
 التفصي عن أمر التطفل في حق مسائل كتاب الوصايا كلها من المعلمات والمنجزات حمل معنى الوصية  
 شريعة على مانقوله صاحب النهاية عن الايضاح حيث قال ذكر في الايضاح الوصية ما أوجبه الموصى  
 في ماله بعد موته أو مرضه الذي مات فيه فانه يشمل جميع ما ذكر في كتاب الوصايا كما لا يخفى على ذي  
 مسكة ثم ان سبب الوصية سبب سائر التبرعات وهو ارادة تحصيل ذكر الخير في الدنيا ووصول الدرجات  
 العالمة في العقبى وشراؤها كون الموصى أهلا للتبرع وأن لا يكون مديونا وكون الموصى له حياة وقت  
 الوصية وان لم يكن مولودا حتى اذا أوصى للجنين اذا كان موجودا حيا عند الوصية يصح والافلا وانما  
 تعرف حياته في ذلك الوقت بان ولد قبل ستة أشهر حيا وكونه أجنبيا حتى ان الوصية للوارث لا تجوز  
 الا باجازة الورثة وأن لا يكون فائدا وكون الموصى به شيا قابلا للتمليك من الغير بعقد من العقود حال  
 حياة الموصى سواء كان موجودا في الحال أو معدوما وأن يكون بمقدار الثلث حتى انما التصح فيما زاد  
 على الثلث كذا في النهاية وفي العناية أيضا بطريق الاجمال أقول فيه قصور بل خلل أما والأفلا انه  
 جعل من شراؤها أن لا يكون الموصى مديونا بدون التقييد بان يكون الدين مستغرا فالتركة والشرط  
 عدم هذا الدين المقيد دون عدم الدين المطلق كما صرح به في البدائع وغيره وأما نائبا فلانه جعل من  
 شراؤها كون الموصى له حياة وقت الوصية والشرط كونه موجودا وقت الوصية لا كونه حيا فيه

كتاب الوصايا باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعاً عنه

أراد كتاب الوصايا في آخر الكتاب ظاهر المناسبة لأن آخر أحوال الأدي في الدنيا الموت والوصية معاملة وقت الموت وله زيادة اختصاص بكتاب الجنائز والديات لما أن الجنابة قد تفضى إلى الموت الذي وقته وقت الوصية والوصية اسم يعنى المصدر ثم سمى الموصى به وصية وهي في الشريعة تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق (٤١٧) التبرع وسببها سبب التبرعات وشرائطها

كون الموصى أهلاً للتبرع وأن لا يكون مدوناً وكون الموصى له حياً وقت الوصية وأن لم يولد وأجنبياً عن الميراث وأن لا يكون قائلاً وكون الموصى به بعدموت الموصى شيئاً قابلاً للتملك من الغير بعقد من العقود حال حياة الموصى سواء كان موجوداً في الحال أو معدوماً وأن يكون بمقدار الثلث وركنها أن يقول أوصيت بكذا لفلان وما يجري مجراها من الألفاظ المستعملة فيها وأما حكم الوصية ففي حق الموصى له أن يملك الموصى به ملكاً جديداً كافي الهبة وفي حق الموصى أهامة الموصى له فيما أوصى به مقام نفسه كالوارث وصفتها ما ذكره

كتاب الوصايا باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعاً عنه

الآري أنهم جعلوا الدليل على الولادة قبل ستة أشهر حياً وتلك إنما تدل على وجود الجنين وقت الوصية لأعلى حياته في ذلك الوقت كما لا يخفى على العارف بأحوال الجنين في الرحم وبأقل مدة الحمل وعن هذا كان المذكور في عامة المعترات عند بيان هذا الشرط أن يكون الموصى له موجوداً وقت الوصية بدون ذكر قيد الحياة أصلاً وأما ثالثاً فلأنه جعل من شرائطها أن يكون الموصى به بمقدار الثلث لازماً إذا عليه وهو ليس بسديد على إطلاقه فإن الموصى إذا ترك ورثته فأما لا تصح وصيته بما زاد على الثلث إن لم تجز الورثة وإن أجازوه صحَّت وصيته به وأما إذا لم يترك وارثاً فصحت وصيته بما زاد على الثلث حتى بجميع ماله عندنا كما تقرر في موضعه فلا بد من التقييد مرتين مرة بأن يكون له وارث وأخرى بأن لا يجزئه الوارث

باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعاً عنه

قال بعض المتأخرين في حل هذا التركيب أي ما يجوز منه وما لا يجوز وما يستحب منه وما لا يستحب وقال ثم ظاهر الأدل بقيد أن المراد بيان صفة الوصية بيان ما يجوز منه وما يستحب منه لكن الظاهر كما صرحوا به أن المراد به ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة فالأولى إرادته بالواو العاطفة انتهى أقول فيه خلل فاحش أما أولاً فلأنه سلك مسلك التقدير في قول المصنف ما يجوز من ذلك وما يستحب منه حيث قال أي ما يجوز منه وما لا يجوز وما يستحب منه وما لا يستحب ولا يذهب عليك أن ذلك التقدير انصح في قوله ما يجوز من ذلك لا يصح في قوله وما يستحب منه إذ ليس في جنس الوصية ما يحتاج عن الجواز وعدمه لكونها من قبيل ما لا يرتفعان عن شيء فلم يبق من جنس الوصية شيء يغير ما يجوز منه وما لا يجوز حتى يصلح ذلك لأن يذكّر بعدهما فإن قيل كل واحد منهما بشئ يخرج منه ما يستحب منه لا يبقى من ذلك شيء يغير ما يجوز منه وما لا يجوز وما يستحب منه حتى يتدرج فيما لا يستحب منه فيصح تقديره لا يقال المراد بالجواز تساوي الطرفين وعدم الجواز عدم صحة طرف الفعل أصلاً لا مجرد دفع التساوي حتى يكون من قبيل التقيضين فيبقى الاستحباب والوجوب واسطة بينهما ويجوز أن يكون المراد بالاستحباب منه ما هو الواجب منه لأننا نقول نفي الاستحباب مع الجواز والوجوب وعدم صحة طرف الفعل أصلاً فمن أين يدل ما لا يستحب منه على ما هو الواجب منه فقط حتى يجوز أن يراد به ذلك ولترسماً جواز إرادة ذلك به فيفسد معنى المقام إذ يلزم حينئذ أن يدرج في عنوان الباب ما هو الواجب من الوصية فتخالف ما ذكره في أول الباب من أن الوصية غير واجبة وهي مستحبة وبالجملة لم يوجد ما ارتكبه محل جمع قط فالصواب أن لا تقدير في شيء من كلام المصنف هنا فإن صفات الوصية الشرعية هي الجواز والاستحباب والرجوع عنها أي كونها رجوعاً عنها وهذه الصفات كلها حاصلة بما ذكره في عنوان الباب صراحة فلا حاجة إلى تقدير شيء أصلاً حتى عند الجواز فإنه صفة للوصية الغير الشرعية وعنوان الباب إنما كان في صفة الوصية الشرعية نعم قد يدكر في أثناء مسائل الباب ما لا يجوز من الوصايا لكن لأجل إزالة أن يتوهم كونها الوصايا الجائزة الشرعية لئلا يفتقدوا بالبيان بالذات كما هو الحال في مسائل ما مر

كتاب الوصايا باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعاً عنه (قوله وسببها سبب التبرعات) أقول وهو طلب بئذنة الرئس في العقب كما مر في الوقت (قوله وشرائطها) كون الموصى أهلاً للتبرع

الميراث) أقول أي وقت الموت (قوله وأن لا يكون قائلاً) أقول قال في البدائع وأن لا يكون حياً غير متأسماً فإن كان لا تصح الوصية له من مسلم أو ذمي

قال (الوصية غير واجبة وهي مستحبة) والقياس بأبي جوازها لانه تعليق مضاف الى حال زوال مالكته ولو اضعف الى حال قيامها بان قيل ملكتك غدا كان باطلا فهذا أولى الا أنا استحسننا حاجة الناس اليها فان الانسان مغرور بأمله مقصر في عمله فاذا عرض له المرض وخاف البيات يحتاج الى تلافى بعض ما فرط منه من التفريط بماله على وجه لومضى فيه يتحقق مقصده المآلى ولو أنهضه البره بصرفه الى مطلبه الحالى وفي شرع الوصية ذلك فشرعناه ومثله في الاجارة بيننا

بقوله (الوصية غير واجبة وهي مستحبة) فقوله غير واجبة رد لقول من يقول ان الوصية للوالدين والاقربين اذا كانوا ممن لا يرثون فرض ولقول من يقول الوصية واجبة على كل أحد من له ثروة ويسارق قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين والمكتوب علينا ففرض ولما لم يفهم الاستحباب من نقي الوجوب بل جواز الاباحة قال وهي مستحبة والقياس بأبي جوازها لانه تعليق مضاف الى حال زوال مالكته ولو اضعفه الى حال قيامها بان قال ملكتك غدا كان باطلا فهذا أولى الا أنا استحسننا حاجة الناس اليها الى آخر ما ذكر في الكتاب وقوله (ومثله في الاجارة بيننا) في أنها عقد بأبي القياس جوازها لكونها مضافة الى زمان في المستقبل وكان جوازه بالاستحسان لحاجة الناس اليه

(قوله اذا كانوا ممن لا يرثون) أقول بسبب الكفر والارق

الكتب وأماناته فلان قوله لكن الظاهر كما صرحوا به أن المراد ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة ليس بسديد اذ لا نسلم أن الظاهر ذلك ولا نسلم أن أحدنا صرح به وإنما الذي صرحوا به أن صفة الوصية في الشرع ما ذكره المصنف بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة لأن مراد المصنف بالصفة في قوله باب في صفة الوصية هو الذي ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة ألا يرى أنهم اغماز كروا ما صرحوا به عند بيان متعلقات الوصية من سببها وشرائطها وركبها وحكمها وحفتها لا عند شرح قول المصنف باب في صفة الوصية الخ وكمن المقامين وأماناتنا فلان قوله كالاولى ارادته بالواو العاطفة لا يكاد يصح اذ لو اورد المصنف بالواو العاطفة على فرض أن يكون المراد بالصفة في قوله باب في صفة الوصية ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة كما زعمه القائل لصار معنى الكلام باب في صفة الوصية أي فيما يستحب منها وفيما يجوز من ذلك وما يستحب منه فيصير قوله وما يستحب منه لغوامن الكلام لكونه تكرر ارحضاف كان هذا القائل نسي قول المصنف وما يستحب منه عند كتب قوله فالاولى ارادته بالواو العاطفة وامرئ انه يعجب من مثله (قوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة) أقول الحكم بالاستحباب على الوصية مطلقا لا يناسب ما مرأنا في عنوان الباب من قوله ما يجوز من ذلك وما يستحب منه ولا ما سأتى في الكتاب من أن الوصية بالثالث الاجتبي جائزة وبدون الثالث مستحبة ان كانت الورثة أغنياء أو يستغنون بنصيبتهم وان كانوا فقراء لا يستغنون بما يرثون فترك الوصية أولى فكان الظاهر أن يقال الوصية غير واجبة بل هي مستحبة أو جائزة اللهم إلا أن يوجه قوله وهي مستحبة بأن المراد به أن غاية أمرها الاستحباب دون الوجوب لا أنها مستحبة على الإطلاق فيكون حالها اتصل الى مرتبة الوجوب بل قصارى أمرها الاستحباب لكن رد عليه النقض بالوصية لحقوق الله تعالى كالصلاة والزكاة والصوم والحج التي فرط فيها اذ الظاهر أنها واجبة كما صرح به الامام الزيني في التبيين قال في العناية أخذنا من النهاية قوله غير واجبة رد لقول من يقول ان الوصية للوالدين والاقربين اذا كانوا ممن لا يرثون فرض ولقول من يقول الوصية واجبة على كل أحد من له ثروة ويسارق قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين والمكتوب علينا فرض ولما لم يفهم الاستحباب من نقي الوجوب بل جواز الاباحة قال وهي مستحبة انتهى أقول في قوله غير واجبة رد لقول من يقول ان الوصية للوالدين والاقربين اذا كانوا ممن لا يرثون فرض نظر لان الفرض غير الواجب عندنا اذا الفرض ما ثبت بدليل قطعي والواجب ما ثبت بدليل ظني كما تقر في علم الاصول فلا يلزم من كون الوصية غير واجبة كونها غير فرض فكيف يحصل الرد بقوله الوصية غير واجبة لقول من يقول انهم افرض في حق الوالدين والاقربين بل الظاهر أن الرد لقول ذلك انما يحصل بقوله وهي مستحبة ثم ان في أسلوب بحر به مما حجة ظاهرة اذ الظاهر من تأخير قوله لقوله تعالى كتب عليكم الخ عن مجموع القولين أن تكون الآية المذكورة دليلا على ما قبل المتبادر أن تكون دليلا على قرينها ولا يخفى أنها لا تصلح لان تكون دليلا على القول الثاني وصاحب النهاية وان شاركه في تأخير ذكر الدليل المذكور عن مجموع القولين المزبورين الا أنه ذكر دليلا آخر

وقوله (وقد تبقى المالكية بعد الموت) جواب عن وجه القياس وقوله (وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين إلى آخر ما ذكر) بيان لوجه الاستحسان وقد استدل أبو بكر الرازي رحمه الله على نسخ قوله تعالى كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت بهذه الآية وقد ذكره الامام المحقق خراساني في أصوله وقرره في التقرير بان الله تعالى رتب الموارث على وصية منكرة والوصية الاولى كانت معهودة فانها الوصية للوالدين فلو كانت تلك (٤١٩) الوصية باقية مع الميراث لرتب هذه

الوصية عليها وبين بان هذا المقدر بعد المقدر المفروض لان المحل محل بيان ما فرض للوالدين وحيث رتبها على وصية منكرة دل على أن الوصية المفروضة لم تبق لازمة بل بعد أي وصية كانت نصيبها ذلك المقدر وذلك يستلزم انتفاء وجوب الوصية المفروضة واذا انتسخ الوجوب انتسخ الجواز عندنا وكذا في غير الاسلام وجه آخر وقد قررناه في التقرير واستدلنا بالسنة ظاهر وقوله (وعليه) أي على جواز الوصية (الامة) وقوله (للماروننا) اشارة الى قوله عليه الصلاة والسلام ثبتت أموالكم من غير تقييد بإجازة وقوله (وسنين ما هو الافضل فيه) أي في فعل الوصية أو في قدر الوصية

وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين والسنة وهو قول النبي عليه السلام ان الله تعالى تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعمالكم زيادة لكم في أعمالكم تضعون بها حيث شئتم أو قال حيث أحببتم وعليه اجماع الامة ثم نصح الإجماع في الثلث من غير إجازة الورثة للماروننا وسنين ما هو الافضل فيه ان شاء الله تعالى

بعده من السنة حيث قال وقال عليه السلام لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر اذا كان له مال يريد الوصية فيه أن يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عند رأسه انتهى بخازن يجعل الدليل الاول دليلا على القول الاول والدليل الثاني على القول الثاني بطريق التوزيع على اللقب والنشر المرتب وأما صاحب الغاية فقد قصر الذكرك على دليل واحد فقصر ثم اعلم أن الجواب عن كل واحد من دليلي الخصمين مستقصى ومستوفى في النهاية وغيرها فلا علينا أن لا نذكر ههنا (قوله وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين) قال صاحب العناية قوله وقد تبقى المالكية بعد الموت جواب عن وجه القياس واقتضى أثره الشارح العسني أقول فمعه يبحث اذا يصلح الجواب عن وجه القياس المذكور بمجرد بقاء المالكية بعد الموت فانه قال في وجه القياس ولو أضيف الى حال قيامها بأن قال ملكك غدا كان باطلا فهذا أولى فاللازم من بقاء المالكية بعد الموت انتفاء أولوية البطلان لا انتفاء نفس البطلان فلا يجدي نفعا اللهم الا أن يجعل بأن يقال معنى كونه جوابا عن وجه القياس مجرد تضمنه قدح مقدمة مذكورة فمعه وهي قوله لانه تعليق مضاف الى حال زوال مالكيته لا كونه جوابا قاطعا عن عرفه والاوجه أن يكون هذا الكلام مجرد تقييد لوجه الاستحسان فانما كان في تجويز تعليق مضاف الى حال زوال المالكية نوع استبعاد لكون التعليق فرع بقاء الملك تدارك دفعه بأن قال ان المالكية لا تزول عن الانسان بالملكية بعد الموت بل تبقى مالكيته بعده في حق ما يحتاج اليه كما في قدر التجهيز والدين ومنه الوصية بقدر الثلث (قوله وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين) قال صاحب العناية وقد استدل أبو بكر الرازي على نسخ قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقرين بهذه الآية وقد ذكره الامام المحقق خراساني في أصوله وقد قررناه في التقرير بان الله تعالى رتب الموارث على وصية منكرة والوصية الاولى كانت معهودة فانها الوصية للوالدين فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لرتب هذه الوصية عليها وبين بان هذا المقدر بعد المقدر المفروض لان المحل محل بيان ما فرض للوالدين وحيث رتبها على وصية منكرة دل على أن الوصية المفروضة لم تبق لازمة بل بعد أي وصية كانت نصيبها ذلك المقدر وذلك يستلزم انتفاء وجوب الوصية المفروضة واذا انتسخ الوجوب انتسخ الجواز عندنا انتهى أقول يدعي عليه أن هذا لا يدل على أن الوصية الاولى لم تبق لازمة فان الموارث وان لم ترتب في هذه الآية على الوصية الاولى المعهودة لكنها رتب على وصية مطلقة حيث قيل من بعد وصية يوصي بها فدخلت تلك الوصية الاولى أيضا تحت اطلاق هذه الوصية المنكرة فمن أين يلزم انتفاء

(قوله فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لرتب هذه الوصية) أقول لعل هنا سهوا والعبارة الصحيحة لرتبها عليها (قوله بل بعد أي وصية كانت نصيبها) أقول ولنا فيه بحث فان

دلالة ما ذكره على عدم بقاء الوصية المفروضة متنوعة وانما دلالة على أن تأخير الميراث ليس عن الوصية المفروضة فقط بل هو متأخر عنها عن غيرها أيضا وان وجدت كيف ولو رتب الميراث على الوصية المفروضة لم يبدل الكلام علم تأخير الميراث عن الوصية بالتبرعات مع أنه مقصود عليكم بالتأمل

قال (ولا تجوز بما زاد على الثلث) لقول النبي عليه السلام في حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه  
 الثلث والثلث كثير بعد ما نفي وصيته بالكل والنصف

(ولا يجوز بما زاد على الثلث  
 لقوله عليه السلام في  
 حديث سعد بن أبي وقاص)  
 وهو ما روي محمد بن الحسن  
 رحمه الله في كتاب الآثار  
 قال أخبرنا أبو جعفر قال  
 حدثنا عطاء بن السائب  
 عن أبيه عن سعد بن أبي  
 وقاص قال دخل النبي صلى  
 الله عليه وسلم بعودني فقلت  
 يا رسول الله أفأوصي بحالي  
 كله قال لا فقلت فما النصف  
 قال لا قلت فما الثلث قال  
 الثلث والثلث كثير لا يدع  
 أهلك يتكفون الناس  
 وفي صحيح البخاري أنك أن  
 تدع ورثتك أغنياء خير من  
 أن تدعهم عالة يتكفون  
 الناس

(قول المصنف ولا يجوز بما زاد  
 على الثلث لقوله عليه الصلاة  
 والسلام في حديث سعد  
 الثلث والثلث كثير) أقول  
 قال النووي يجوز رفع الثلث  
 ونصبه فالرفع على أنه فاعل  
 أي بكفيتك الثلث أو على أنه  
 مبتدأ محذوف الخبر أو  
 عنك والنصب على الأجراء  
 أو على تقدير أعط الثلث

وجوب الوصية الأولى حتى يلزم انتساح الآية الأولى بهذه الآية وقائدة ترتيب الموارث على الوصية  
 المطلقة دون الوصية الأولى المعهودة فقط فأداة تأخر الموارث عن الوصية الشرعية أيضا كما هو المذهب  
 في مقدار الثلث وعن هذا أورد القاضي البيضاوي في تفسير الآية الأولى على من قال كان هذا  
 الحكم في بدء الإسلام ففسح بآية الموارث بان قال فيه نظر لأن آية الموارث لا تعارضه بل تؤكد من  
 حيث أنها تدل على تقدم الوصية المطلقة انتهى ثم إن بعض الفضلاء رد قول صاحب العناية لترتب  
 هذه الوصية عليها في قوله فلو كانت تلك الوصية باقية مع المرات لترتب هذه الوصية عليها حيث قال  
 ولعل هنا سهوا والعبارة الصحيحة لرتبه عليها انتهى أقول إنما الساهى نفسه لأن مراد صاحب  
 العناية بهذه الوصية في قوله لترتب هذه الوصية هو الميراث ومراده بالوصية هنا وصية الله تعالى  
 لا وصية العباد كما في قوله تلك الوصية وإنما عبر عن الميراث بالوصية تأسيا بكلام الله تعالى فإنه تعالى  
 قال في أول آية الموارث يوصيكم الله في أولادكم وقال المفسرون أي بأمركم ويعهد إليكم في شأن  
 ميراثهم ثم قال تعالى في آخر تلك الآية وصية من الله فلم يكن في العبارة للذ كونه سهوا بل كان فيها  
 لطافة وحسن (قوله ولا تجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه السلام في حديث سعد بن أبي وقاص  
 رضي الله عنه الثلث والثلث كثير بعد ما نفي وصيته بالكل والنصف) قال بعض المتأخرين يعني أن  
 هذا الحديث دل على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث صراحة وقوله عليه الصلاة والسلام  
 إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم الخ وإن دل عليه أيضا لانه دل على جواز الوصية بالثلث على خلاف  
 القياس فبقي ما فرفقه على الأصل لكن لا بطريق الصراحة ولهذا استدل عليه بهذا دون ذلك انتهى  
 أقول ليس هذا بسيديا ولا يخفى عليك أن قوله عليه الصلاة والسلام إن الله تصدق عليكم بثلاث  
 أموالكم الخ لا يدل على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث لاصراحة وهو ظاهر ولا دلالة لأن مفهوم  
 المخالفة غير معتبر عندنا كما عرف وانما يدل على جواز الوصية بالثلث جواز الوصية بما زاد على الثلث  
 وعدم جوازها مسكوت عنهم بالنظر إلى ذلك الحديث فلما معنى لقوله وقوله عليه السلام إن الله تصدق  
 عليكم بثلاث أموالكم الخ وإن دل عليه أيضا ولا وجه لتعليل ذلك بقوله لانه دل على جواز الوصية بالثلث  
 على خلاف القياس فبقي ما فرفقه على الأصل فإن بقا ما فرفقه على أصل القياس ليس بدلول ذلك الحديث  
 أصلا وإنما هو مقتضى القياس فلا مجال للاستدلال على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث بذلك  
 الحديث وقال ذلك البعض الآن لقائل أن يقول نفي جواز الوصية بالكل والنصف وانبات جوازها  
 بالثلث لا يدل صراحة على نفي جوازها بما بين النصف والثلث فالرجوع إلى الأصل في هذا المقدار  
 ضروري في الاستدلال بحديث سعد أيضا انتهى أقول هذا أيضا ليس تمام لان نفي جواز  
 الوصية بالكل والنصف وانبات جوازها بالثلث وان لم يدل على نفي جوازها بما بين النصف والثلث الآن  
 قوله عليه السلام والثلث كثير بعد انبات جوازها بالثلث بقوله الثلث بالنصب على تقدير أعط الثلث  
 أو أوصى الثلث أو بالرفع على أنه مبتدأ محذوف الخبر أي بالثلث كلف أو على أنه فاعل محذوف الفعل أي  
 بكفيتك الثلث يدل على نفي الزيادة على الثلث فان المراد به أن الثلث كثير لا يجوز التجاوز عنه إذ لا فائدة  
 في ذكر قوله والثلث كثير بعد قوله الثلث سوى نفي جواز التجاوز عن الثلث فيحصل عليه لا محالة وقد  
 أشار إليه المصنف في تقريره حيث قال لقوله عليه السلام في حديث سعد رضي الله عنه الثلث والثلث  
 كثير بعد نفي وصيته بالكل والنصف ولم يقل حديث سعد فقوله ذلك القائل فالرجوع إلى الأصل في هذا



ولانه حق الورثة وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال فأوجب تعلق حقهم به الآن  
الشرع لم يظهره في حق الاجانب بقدر الثلث ليتدارك نقصه على ما بيناه وأظهره في حق الورثة لان  
الظاهر انه لا يتصدق به عليهم تجرزا عما يتفق من الايثار على ما بينه وقد جاء في الحديث الخفيف في  
الوصية من أكبر الكبار وفسره بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث قال (الآن يجيزه الورثة  
بعدموته وهم كبار) لان الامتناع لحقهم وهم أسقطوه (ولامعتبر باجازتهم في حال حياته) لانها  
قبل ثبوت الحق اذ الحق ثبت عند الموت فكان لهم أن يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد الموت لانه بعد  
ثبوت الحق فليس لهم أن يرجعوا عنه

المقدار ضروري في الاستدلال بجديت سعاد أيضا ممنوع (قوله ولانه حق الورثة وهذا لانه انعقد  
سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال فأوجب تعلق حقهم به) وأوضحه صاحب الكافي بان قال  
ولانه انه قد سبب زوال أملا كعنه الى غيره لان المرض سبب الموت وبالموت نزول ملكه لاستغناؤه  
عنه ولو تحقق السبب لزال من كل وجه فاذا انعقدت ثبت ضرب حق انتهى أقول في هذا التعليل  
قصور لانه انما يتمشى فيما اذا وقعت وصيته حال مرضه لانه اذا وقعت حال صحته اذ لا ينعقد سبب الزوال  
اليهم في حال الصحة لعدم استغناؤه عن ماله في حال صحته فلا توجب وصيته في تلك الحالة تعلق حقهم به  
فالاولى في تعليل هذه المسئلة ما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولان الوصية بالمال ايجاب الملك عند  
الموت وعند الموت حق الورثة متعلق بماله الا في قدر الثلث فالوصية بالزيادة على الثلث تتضمن ابطال  
حقهم وذلك لا يجوز من غير اجازتهم وسواء كانت وصيته في المرض أو في الصحة لان الوصية ايجاب  
مضاف الى زمان الموت فيعتبر وقت الموت لا وقت وجود الكلام الى هنا لفظه تدبر (قوله الآن يجيزه  
الورثة بعدموته وهم كبار) استثناء من قوله ولا يجوز بما زاد على الثلث قال بعض المتأخرين في شرح  
قوله ولا يجوز بما زاد على الثلث أراد لا تجوز في حق الفضل على الثلث بل في حق الثلث فقط لانه  
لا تجوز هذه الوصية أصلا وقال هنا فان قلت كيف يجوز اعمال اللفظ الواحد في بعض مدلوله دون بعض  
وبأى توجيه أمكن ذلك حتى جازت في الثلث وبطلت في الفضل ان ردوا قلت يجعله في حكم وصايا  
متعددة بان يجعل مثلا قوله أو صبت لفلان بثلثي مالي في قوة أو صبت له ثلثه وثلثه الآخر ويجعل قوله  
أو صبت له بعشرة آلاف درهم وقد كان ثلث ماله ثمانية آلاف بمنزلة أن يقال أو صبت له بثمانية آلاف  
وبالقيين الى غير ذلك صيانة لكلام العاقل عن الغائه ما أمكن وحذر عن ابطال حق يمكن اثباته بقدر  
صدر عن عاقل بلفظ يجوز تعجبه بضر من التأويل فتدبر فان هذا مما بهم فهمه انتهى أقول حسب  
انه أي بأمرهم يتوقف عليه صحة معنى المقام ولم يدبره انما ارتكب شططا فان صحة بعض أجزاءه  
واحد وفساد بعض آخر منه ليس بمستبعد لا بحسب العقل ولا بحسب الفقه الا يرى أنهم صرحوا بانه  
اذا جمع بين عبد ومدر في بيع بصفحة واحدة أو جمع بين عبد ومكاتب أو أم ولد فيه صح البيع في  
العبد بحصته من الثمن وفسد فيما ضم اليه من المدر أو المكاتب أو أم الولد لانه على أن الفساد بقدر  
المفسد فلا يتعدى الى الآخر وكذا الحال فيما اذا جمع بين الاجنبية وأختها في النكاح والمخذور بحسب  
العقل انما يلزم أن لو كان محل الصحة والفساد واحدا وأما اذا كان متعددا بان كان محل الصحة بعضا  
من شيء ذي أجزاء ومحل الفساد بعضا آخر منه كما فيما نحن فيه فلا محذور فيه عقلا أصلا فلا وجه لجعل  
وصية واحدة في حكم وصايا متعددة بلا أمر داع اليه وصيانة كلام العاقل عن الالغامهما أمكن  
والحذر عن ابطال حق يمكن اثباته بقدر صدر عن عاقل مما لا يدعوا اليه أصلا فيما نحن فيه لان الغاء  
الوصية فيما فضل عن الثلث اذ ارد الموت والورثة واثباتها في مقدار الثلث ضروري على مقتضى الشرع سواء  
جعلت وصية بما زاد على الثلث بكلام واحد في حكم وصايا متعددة أو أقيمت على حالها الظاهرة من

وقوله (وهذا لانه) ظاهر  
والضمير البارز في قوله لم  
يظهره وأظهره للاستغناء  
وقوله (تجرزا عما يتفق من  
الايثار) أي احترازا عما يوجد  
من تأذي البعض وقطبة  
الرحم بسبب ايثار البعض  
على البعض (على ما بينه)  
يعنى عند قوله بعد هذا ولا  
تجوز لوارثه وقد جاء في  
الحديث الخفيف في الوصية  
روى بالحاء المهمله وسكون الياء  
وهو الظلم وروى الخنف  
بالجيم والنون المفتوحين  
وهو الميل وقوله (الآن  
تجيز الورثة) استثناء من قوله  
ولا تجوز بما زاد على الثلث  
(قال المصنف وهذا لانه  
انعقد سبب الزوال اليهم)  
أقول فرق بين انعقاد السبب  
وتحققه كما يعلم من الكافي  
حيث قال لأن المرض  
سبب الموت وبالموت نزول  
ملكه لاستغناؤه عنه ولو  
تحقق السبب لزال من كل وجه  
فاذا انعقد ثبت ضرب حق  
انتهى وفي مباحث العلة من  
كتب الاصول ان المرض  
علة تشبه الاسباب

وقوله (لان الساقط متلاش) دليل قوله فكان (٤٣٣) لهم أن يردوه بعد وفاته وتقرر به لان اجازتهم في ذلك الوقت كانت ساقطة لعدم

مصادفتها بحلا والساقط متلاش فاجازتهم متلاشية فكان لهم أن يردوا بعد الموت ما اجازوه في حال حياة الموصي فان قيل لان السلم عدم مصادفة المحل فان حق الورثة ثبت في مال المورث من أول المرض حتى منع عن التصرف في الثلثين فلما مات ظهر أنها صادفت محلها فصارت كاجازتهم بعد موت المورث بسبب الاستناد اجاب بقوله (غاية الامر) يعني أن حقهم وان استناد الى أول المرض لكن الاستناد يظهر في حق القائم يعني كافي العقود الموقوفة اذا لحقتها الاجازة وكتبوت الملك في الغصب عند أداء الضمان فان الملك يثبت في ماستند الى أول العقد والغصب (وهذا) يعني ما نحن فيه من الاجازة (قد مضى وتلاشى) حين وقع اذ لم يصادف محله فلا يلحقها الاستناد وقوله (ولان الحقيقة) دليل آخر تقريره حقيقة الملك للورث ثبت عند الموت لا قبله وانما يثبت قبله مجرد حق الملك

( قال المصنف ولان الحقيقة ثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق) أقول ظاهره مخالف لما سبق أنفان قوله اذ الحق يثبت عند الموت الا أن

لان الساقط متلاش غاية الامر أنه يستند عند الاجازة لكن الاستناد يظهر في حق القائم وهذا قد مضى وتلاشى ولان الحقيقة ثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق

كلامه وبالجملة ما ذهب اليه ذلك البعض هنا أمر وهمي لا أصل له كما ترى (قوله لان الساقط متلاش) قال السراج قاطبة قول المصنف هذا لتعليل لقوله فكان لهم أن يردوه بعد وفاته وتقرر به لان اجازتهم في ذلك الوقت كانت ساقطة لعدم مصادفتها محلها والساقط متلاش فاجازتهم متلاشية فكان لهم أن يردوا بعد الموت ما اجازوه في حال حياة المورث انتهى أقول فيه اشكال أما أولاً فلانه لا وجه لان يقال ان اجازتهم في حال حياة المورث ساقطة لان اجازتهم في ذلك الوقت غير معتبرة أصلاً كما صرح به فيما قبل وبينه والسقوط انما يستعمل فيما له ثبوت واعتبار في الاصل لكن زال ذلك ادع الأيرى أنه لا يقال سقط حق غير الوارث عن مال المورث بل يقال لم يتعلق به حقه أصلاً وأما ثانياً فلانه يلزم الفصل بين المدعى ودليله على تقدير كون قوله المذكور تعليلاً لما ذكره بمسئلة أخرى مع دليلها وهي قوله بخلاف ما بعد الموت لانه بعد ثبوت الحق فليس لهم أن يرجعوا عنه ولا يخفى ركا كته وبعده عن شأن المصنف والحق عندى أن قول المصنف هذا لتعليل لقوله قبله فليس لهم أن يرجعوا عنه يعني أن اجازتهم بعد الموت اسقاط لحقهم بعد ثبوته والساقط متلاش لا يعود فلم يتيسر لهم الرجوع عنه حينئذ ينتظم اللفظ والمعنى كما لا يخفى (قوله غاية الامر أنه يستند عند الاجازة) وفي بعض النسخ عند الاستغناء (لكن الاستناد يظهر في حق القائم وهذا قد مضى وتلاشى) هذا جواب عن شبهة ترد على هذا التفسير وهي أن حق الورثة وان ثبت عند الموت الأنة يستند الى أول المرض فبالموت يظهر أن حقهم كان ثابتاً قبل الموت فينبغي أن نصير اجازتهم في حال حياة المورث بمنزلة اجازتهم بعد موته بسبب الاستناد فأجاب بأن الاستناد انما يظهر في حق القائم كافي العقود الموقوفة اذا لحقتها اجازة فانها تصح اذا كان المعقود عليه قائماً وكتبوت الملك في الغصب عند أداء الضمان وهذا أى ما نحن فيه من الاجازة في حال حياة المورث قد مضى وتلاشى لكونه لغوا وقتئذ فلم يكن قائماً فلا يظهر في حقه الاستناد هذا خلاصة ما في عامة الشروح والى هذا التقرير بأشارت في الاسلام في مبسوطه كما فصل في النهاية وقال صاحب العناية في تقرير السؤال والجواب هنا فان قيل لان السلم عدم مصادفة المحل فان حق الورثة ثبت في مال المورث من أول المرض حتى منع عن التصرف في الثلثين فلما مات ظهر أنها صادفت محلها فصارت كاجازتهم بعد موت المورث بسبب الاستناد اجاب بقوله غاية الامر يعني أن حقهم وان استند الى أول المرض لكن الاستناد يظهر في حق القائم يعني كافي العقود الموقوفة اذا لحقتها الاجازة وكتبوت الملك في الغصب عند أداء الضمان فان الملك يثبت في ماستند الى أول العقد والغصب وهذا يعني ما نحن فيه من الاجازة قد مضى وتلاشى حين وقع اذ لم يصادف محله فلا يلحقها الاستناد انتهى أقول فيه خلل فانه قال في أول تقرير السؤال لان السلم عدم مصادفة المحل واستند الى منع ذلك بقوله فان حق الورثة ثبت في مال المورث من أول المرض حتى منع من التصرف في الثلثين وقال في آخره تقرير الجواب تعليلاً لقول المصنف وهذا قد مضى وتلاشى اذ لم يصادف محله وعدم مصادفته المحل هو الذي قد كان منع في أول السؤال فتم الجواب به مصادفة كما لا يخفى (قوله ولان الحقيقة ثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق) قال بعض الفضلاء ظاهره مخالف لما سبق أنفان قوله اذ الحق يثبت عند الموت الا أن المراد هنا ثبوته بطريق الاستناد بخلاف ما سبق كما لا يخفى انتهى أقول منشأ توهم المخالفة الغفول عن قيد مجرد في قول المصنف وقبله يثبت مجرد الحق فان المراد به الحق الذي لا يجامع الحقيقة وهو الحق الذي يمنع تصرف المورث في الثلثين قبل موته كما تقرر من قبل في تعلييل عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث بقوله ولانه حق الورثة

(فلواستند) ملكه الى أول المرض (من كل وجه لاقلب الحق حقيقة) وذلك باطل لوقوع الحكم قبل السبب وهو مرض الموت وانما قيد بقوله من كل وجه دفعالوهم من يقول حق الوارث يتعلق بحال المورث من أول المرض حتى منع ذلك التعلق تصرف المورث في الثلثين فيجب أن يظهر أثر ذلك التعلق في حق اسقاطهم بالاجازة أيضا ووجه الدفع أنه لو ظهر أثر ذلك التعلق في ذلك أيضا لانقلب الحق حقيقة من كل وجه وهو لا يجوز لما مر فان قيل الوارث اذا عفا عن جارح أبيه قبل موت أبيه فانه يصح ويلزم من ذلك أحد أمرين اما أن لا يلزم من الاستناد من كل وجه قلب الحق حقيقة واما أن لا يكون هذا القلب مانعا أوجب بان هذا القلب مانع اذا لم يتحقق السبب والجرح سبب الموت وقد يتحقق بخلاف الاجازة فان السبب لم يتحقق ثمة لان السبب هو مرض الموت (٤٣٣) ومرض الموت هو المتصل بالموت فقيل

الاتصال وانقلب الحق حقيقة ووقع الحكم قبل السبب وهو باطل ففحن بين أمرين اما أن تبطل العفو عن الجرح نظرا الى عدم الحقيقة واما أن نجيز الاجازة نظرا الى وجود الحق وفي ذلك ابطال لاحدهما فقلنا لا تجوز الاجازة نظرا الى انتفاء الحقيقة وجاز العفو نظرا الى وجود الحق ولم نعكس لكون العفو مطلوب الحصول وقوله (والرضا بطلان الحق لا يكون رضا بطلان الحقيقة) جواب عما يقال الاجازة اسقاط من الوارث لحقه رضاه فكان كسائر الاسقاطات وفيه لارجوع فكذلك افيها ووجه انه قد عرف ان ثمة حقا وحقيقة وانما رضى بطلان الحق لا يبطل لان الحقيقة لان الرضا بطلانها يستلزم وجودها ولا وجود لها قبل السبب وقوله (وكذا ان كانت الوصية للوارث) ظاهر (قال المصنف فلواستند من

فلواستند من كل وجه ينقلب حقيقة قبله والرضا يبطلان الحق لا يكون رضا يبطلان الحقيقة وكذا ان كانت الوصية للوارث واجازة البقية حكمه ما ذكرناه الى آخره والمراد بالحق في قوله فيما سبق انفا اذا الحق ثبت عند الموت هو الحق المجامع للحقيقة فلا مخالفة أصلا واما الحق الثابت بطريق الاستناد فانما يتصور عند الموت اكون الاستناد فرع تحقق حقيقة الملك التي تثبت عند الموت فلا حاجة الى أن يحمل على ذلك قول المصنف وقوله يثبت مجرد الحق بل لا وجه له بالنظر الى ربط ما بعده كما يظهر بالتأمل الصادق (قوله فلواستند من كل وجه لاقلب حقيقة قبله) يعني لو استند ملك الورثة الى أول المرض من كل وجه لانقلب الحق حقيقة قبل الموت وذلك باطل لاستلزامه وقوع الحكم قبل السبب وهو مرض الموت قال صاحب العناية وانما قيد بقوله من كل وجه دفعالوهم من يقول حق الورثة يتعلق بحال المورث من أول المرض حتى منع ذلك التعلق تصرف المورث في الثلثين فيجب أن يظهر أثر ذلك التعلق في حق اسقاطهم بالاجازة أيضا ووجه الدفع أنه لو ظهر أثر ذلك التعلق في ذلك أيضا لانقلب الحق حقيقة من كل وجه وهو لا يجوز لما مر انتهى أقول لما منع أن يمنع استلزام أن يظهر أثر ذلك التعلق في حق اسقاطهم بالاجازة أيضا انتفاء الحقيقة أصلا فضلا عن استلزامه انقلابها بما من كل وجه لجواز أن يظهر أثر ذلك التعلق بمجرد تعلق حقهم بحال المورث من أول المرض في كلا الأمرين معا بدون أن ينقلب الحق حقيقة أصلا اذ لا ريب أن لزوم ذلك الانقلاب ليس بيدهي ولم يعم عليه برهان ولهذا وقع على اعتبار اجازتهم قبل الموت أيضا اجتهاد مالك وابن أبي ليلى والزهري والاوزاعي وعطاء وغيرهم كما ذكرنا ثم قال صاحب العناية فان قيل الوارث اذا عفا عن جارح أبيه قبل موت أبيه فانه يصح ويلزم من ذلك أحد أمرين اما أن لا يلزم من الاستناد من كل وجه قلب الحقيقة حقيقة واما أن لا يكون هذا القلب مانعا أوجب بان هذا القلب مانع اذا لم يتحقق السبب والجرح سبب الموت وقد يتحقق بخلاف الاجازة فان السبب لم يتحقق ثمة لان السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت فقيل الاتصال وانقلب الحق حقيقة ووقع الحكم قبل السبب وهو باطل ففحن بين أمرين اما أن تبطل العفو عن الجرح نظرا الى عدم الحقيقة واما أن نجيز الاجازة نظرا الى وجود الحق وفي ذلك ابطال لاحدهما فقلنا لا تجوز الاجازة نظرا الى انتفاء الحقيقة وجاز العفو نظرا الى وجود الحق ولم يعكس لكون العفو مطلوب الحصول انتهى أقول فيه خلل لان قوله ففحن بين أمرين الخ منفرعا على ما قبله ليس بسديد اما أولا فلان قوله واما أن نجيز الاجازة نظرا الى وجود الحق مما لا مجال له بعد أن قرر فيما قبل ان ذلك يستلزم انقلاب الحق حقيقة وأن انقلاب الحق حقيقة مانع كل وجه) أقول لو حذف هذه الشرطية واكتفى بقوله والرضا يبطلان الحقيقة الخ كافي لسكان له وجه (قال المصنف ينقلب حقيقة قبله) أقول في الملازمة كلام (قوله فلواستند الى أول المرض) أقول فيه بحث (قوله فان قيل الوارث اذا عفا عن جارح أبيه) أقول أي جارح خطأ (قوله واما أن لا يكون هذا القلب مانعا) أقول الاولى واما أن لا يصلح هذا العفو أو تبديل مانعا بقوله باطلا فتأمل فان لما في الكتاب وجهها ظاهرا ثم قوله هذا القلب يعني لزوم القلب وقوله مانعا يعني عن صحة الاجازة (قوله لان السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت) أقول وكذلك السبب الجرح المتصل بالموت فلا فرق ولذلك قال ففحن بين أمرين الخ (قوله وفي ذلك ابطال احدهما) أقول يعني الحقيقة

وقوله (وكل ما جاز باجازه الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي) ذكره تفر بعا على مسألة القدوري وجه قول الشافعي رحمه الله أن بنفس الموت صار قدر الثلثين من المال مملوكا للوارث لان الميراث يثبت للوارث بغير قبوله ولا يرتد بدمه فاجازته تكون اخراجا عن ملكه بغير عوض وذلك هبة لا تتم الا باقبض ولنا أن الموصي (٤٣٤) صدر منه السبب وكل من صدر منه السبب يثبت منه الملك وكل ذلك ظاهر فالوصي

له يملك من الموصي وقوله (والاجازة رفع المانع) جواب عن جعل الاجازة اخراجا عن الملك يعني أن الاجازة ليست بسبب الخروج عن الملك وانما هو رفع للمانع وقوله (وليس من شرطه القبض) رد لكونها هبة فكانه يقول لو كان هبة المكان القبض شرطا وهو ممنوع فصار ما نحن فيه كالترهن اذا اجاز بيع الرهن في كون السبب صدر من الراهن والملك للمشتري يثبت من قبله فاجازة المرتهن رفع المانع وعدم ورض بان الوارث ان اجاز الوصية في مرض موته كان من ثلث ماله وذلك يدل على كونه مالكا فيكون التملك من جهته واجب بان الوارث كان له حق أسقطه بالاجازة واسقاط الحقوق المالية معتبر من الثلث وان لم يكن تملك كالعتق والفائدة تظهر فيما اذا اجاز في مشاع يمتثل القسمة فان الاجازة صحيحة وتصير ملكا للموصي له قبل التسليم ويجوز الوارث على التسليم بعد ما عندنا ولو كان

(وكل ما جاز باجازه الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي) عندنا وعند الشافعي من قبل الوارث والصحيح قولنا لان السبب صدر من الموصي والاجازة رفع المانع وليس من شرطه القبض فصار كالترهن اذا اجاز بيع الراهن قال (ولا تجوز للقاتل عامدا كان أو خاطئا بعد ان كان مباشرا) لقوله عليه السلام لا وصية لقاتل

اذ لم يتحقق السبب لاستلزامه وقوع الحكم قبل السبب وان السبب لم يتحقق في صورة الاجازة قبل الموت بناء على أن السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت وأما نائبان فان قوله ولم يعكس لكون العفو مطلوب الحصول غير تام لاقتضائه جواز العكس لولا كون العفو مطلوب الحصول مع أن ما قرره فيما قبل وما ذكر في الكتاب يمنعان جواز ذلك أصلا وبالجملة لا مجال لربط قوله فحين بين أمرين الخ بما ذكره نفسه فيما قبله بل بما ذكر في الكتاب أيضا فالوجه ترك ذلك والاكتفاء في الجواب عن النقص بصحة عفو الوارث عن جرح أبيه قبل موت أبيه بما ذكره قبله كما فعله صاحب النهاية ومعراج الدرية ثم ان بعض الفضلاء أورد على قوله لان السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت بان قال وكذا السبب الجرح المتصل بالموت فلا فرق وقال ولذلك قال فحين بين أمرين الخ انتهى أقول ليس شيء من كلامه مستقيم اما نقضه بالجرح فلان الجرح فعل واحد صادر عن الجرح لا تكثر فيه الى أن يموت المجرم حتى يقال ان السبب هو الجرح المتصل بالموت بل انما السبب هو الجرح الواحد الصادر عن الجرح الا أنه يحتمل أن يكون قاتلا وغير قاتل وبالموت يظهر أنه قاتل بخلاف المرض فانه حاله انفعالية تكثر وتتجدد الى الموت فالقاتل منها هي التي تتصل بالموت فهي السبب للموت فافترا وأما قوله ولذلك قال فحين بين أمرين الخ فلان فاه التفرع تنافي ذلك كما لا يخفى على من له دربة بأساليب الكلام (قوله وكل ما جاز باجازه الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي) عندنا وعند الشافعي من قبل الوارث) قال صاحب النهاية والعناية وجه قول الشافعي ان بنفس الموت صار قدر الثلثين من المال مملوكا للوارث لان الميراث يثبت للوارث من غير قبوله ولا يرتد بدمه فاجازته تكون اخراجا عن ملكه بغير عوض وذلك هبة لا تتم الا باقبض انتهى وهكذا ذكر في الكافي أيضا أقول قد قصر وافي تقرير وجه قول الشافعي في مسئلتنا هذه حيث قيد المال الذي صار مملوكا للوارث بنفس الموت بقدر الثلثين فلمن أن لا يمتشي فيما اذا كان ما اجاز الوارث أقل من قدر الثلث أو كان قدر الثلث كما في صورة اجازته الوصية لوارث أو قاتل بأقل من الثلث أو بالثلث فان الحكم في تلك الصورة أيضا داخل في كيسة مسئلتنا هذه مع عدم جريان ما ذكره من الدليل للشافعي فيها كما ترى فالاولى في بيان وجه الشافعي هنا ما ذكر في معراج الاربعة من أن الشارع أبطل الوصية بما زاد على الثلث والوارث ولا تقاتل والاجازة لا يعمل في الباطل فتكون هبة مبتدأة لانها تملك بلا عوض انتهى فانه يعلم السبل ثم ان الصحيح في هذه المسئلة قولنا ما ذكر في الكتاب (قوله ولا تجوز للقاتل عامدا كان أو خاطئا بعد ان كان مباشرا) لقوله عليه السلام لا وصية لقاتل) أقول للقاتل أن يقول ان هذا الحديث مما يعارضه اطلاق قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين وقوله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعماركم زيادة لكم في أعمالكم تضعونها

التمليك من جهة الوارث انعكست هذه الاحكام لكون الاجازة حينئذ هبة قال (ولا تجوز للقاتل عامدا كان أو خاطئا الخ) لا تجوز الوصية لمباشرة القتل عامدا كان أو خاطئا لقوله صلى الله عليه وسلم لا وصية للقاتل (قوله وقوله وليس من شرطه القبض رد لكونها هبة) أقول كيف يكون رد اذا الشافعي يقول بكون القبض من شرطه (قوله لا انعكست هذه الاحكام) أقول كما عند الشافعي

(ولما استجمل ما أخره الله تعالى في حرم الوصية بحرم الميراث) ورد بأن حرمان الارث لا يستلزم بطلان الوصية كما في الرق واختلاف الدين وأجيب بأن حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغايظة الورثة مقاسمة قاتل أبيهم في تركته والموصى له يشاركه في هذا المعنى بخاز القياس عليه والمشاكلة بين المقيس والمقيس عليه من كل وجه غير ملتزم ولعل التقصيص عن عهدة كونه قياسا على طريقتنا عسر جدا وسلك طريق الدلالة أسهل (وقال الشافعي رحمه الله تجوز الوصية للقاتل) مطلقا لأنه أجنب منه فصحت له كما صحت لغيره (وعلى هذا الخلاف) بيننا وبينه (إذا وصى لرجل ثم انه قتل الموصى تبطل الوصية عندنا وعندنا لا تبطل) (٤٣٥) والجملة عليه في الفصلين (يعني فيما إذا كان

القتل قبل الوصية أو بعدها (ما بيناه) يعني من الحديث فانه باطلا لانه لا يفصل بين تقدم الجرح على الوصية وتأخره عنها ومن المعقول الذي ذكره واعترض عليه بأن ذلك صحيح إذا كان القتل بعد الوصية وأما إذا كان الجرح قبلها فلا استصحاب ثمه وأجيب بجعل الجرح مستتبلا وان تقدم جرحه على الوصية لما ذكر شيخ الاسلام رحمه الله أن المعتبر في كون الموصى له قاتلا أو غير قاتل لجواز الوصية وفسادها يوم الموت لا يوم الوصية فبالنظر إلى وقت الموت كان القتل مؤخرًا عن الوصية واعترض بنقض اجمال بأن ما ذكرتم لوضع بجميع مقدماته لما عتق المدبر إذا قتل مولاه لان التدبير وصية وهي لا تصح للقاتل وأجيب بان عتقه من حيث ان موته جعل شرطًا لعتقه وقد وجد ولكن يسمى المدبر في جميع قيمته لانه تعذر الرد من حيث الصورة لوجود شرط العتق الذي لا يقبل الرد فيرد من حيث المعنى باليجاب السعاية (ولو أجازت الورثة

ولانه استجمل ما أخره الله تعالى في حرم الوصية كما يحرم الميراث وقال الشافعي تجوز للقاتل وعلى هذا الخلاف إذا وصى لرجل ثم انه قتل الموصى تبطل الوصية عندنا وعندنا لا تبطل والجملة عليه في الفصلين ما بيناه (ولو أجازتها الورثة جاز عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا تجوز) لان جنابته باقية والامتناع لاجلها

حيث شتم أو قال حيث أحببتم كما مر ثم ان هذا الحديث من قبيل أخبار الاحاد فلا يصلح أن يكون مقيد الاطلاق الكتاب قط على ما عرف في أصول الفقه وان صلح أن يكون مخصصا للعموم ذلك الحديث الآخرفا ما يتصور ذلك عند ثبوت تأخر ورود هذا الحديث عن ورود ذلك الحديث وهو ليس بثابت قط فاذا لم يعلم التاريخ يحمل على المقارنة فيلزم أن يتعارضوا ويتساقطا في حق الوصية للقاتل كما هو مقتضى قاعدة الاصول على ما عرف في محله فمن أين يتم الاستدلال بهذا الحديث على عدم جواز الوصية للقاتل قال في البدائع قال مالك تصح الوصية للقاتل واحتج بما ذكرنا من الدلائل لجواز الوصية في أول الكتاب من غير فصل بين القاتل وغيره ثم قال ولنا ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا وصية لقاتل وهذا نص ويروى أنه قال ليس لقاتل شيء ذكر الشئ تكره في محل النبي فيعم الميراث والوصية جميعا وبه تبين أن القاتل مخصوص من عمومات جواز الوصية انتهى أقول ليدت شعري من أين تبين أن القاتل مخصوص من عمومات جواز الوصية ومن شرط التخصيص أن يكون المخصص متأخرا عن العام في الوجود وهو لم يثبت قط ولو ثبت تأخر هذا الحديث لم يصلح أن يكون مخصصا لكتاب الله تعالى لكونه خبرا واحدا ومن الدلائل المذكورة في أول الكتاب لجواز الوصية من غير فصل بين القاتل وغيره كتاب الله تعالى كما عرفته فكيف يكون القاتل مخصوصا منه (قوله ولانه استجمل ما أخره الله تعالى في حرم الوصية كما يحرم الميراث) قال في العنابة ورد بان حرمان الارث لا يستلزم بطلان الوصية كما في الرق واختلاف الدين وأجيب بأن حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغايظة الورثة مقاسمة قاتل أبيهم في تركته والموصى له يشاركه في هذا المعنى بخاز القياس عليه والمشاكلة بين المقيس والمقيس عليه من كل وجه غير ملتزم انتهى أقول لا الرد شي ولا الجواب أما الأول فلان التعليل المذكور في الكتاب لا يدل على قياس الحرمان من الوصية مطلقا على الحرمان من الميراث حتى يرد بان حرمان الارث لا يستلزم بطلان الوصية كما في الصورتين المزبورتين بل انما يدل على قياس حرمان القاتل من الوصية على حرمانه من الميراث لعله الاستصحاب بفعل محذور وهو القتل ولا شك أن هذه العلة غير متحققة في صورتي الرق واختلاف الدين فلا يجزى هذا القياس فيه - ما وأما الثاني فلان كون حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغايظة الورثة مقاسمة قاتل مورثهم في تركته ممنوع كيف ولو كان الامر كذلك لجاز أن يرث القاتل عند اعادة سائر الورثة اياه وتركهم المغايظة كما جازت الوصية له عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله إذا أجازها الورثة وليس كذلك كما صرحوا به وأيضا لو كان الامر كذلك لزم أن لا يحرم القاتل عن الميراث إذا لم يكن

(٥٤ - تنبيه ثامن) الوصية للقاتل جاز عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يجوز لان جنابته باقية والامتناع لاجلها

قال المصنف ولانه استجمل ما أخره الله تعالى في حرم الوصية (أقول فيه تأمل فان هذا مذهب المعتزلة والاجل عندنا واحد والجواب أن الانقضاء بعد قطع عليه الاجل كما تقوله المعتزلة بل نقول كما قلنا في تأويل قوله عليه الصلاة والسلام الصدقة تريد في العمر (قوله مقاسمة قاتل أبيهم) أقول مثلا (قوله وسلك طريق الدلالة أسهل) أقول نعم لو ثبت شرط الدلالة وذلك محل نظر (قوله فبالنظر الى وقت الموت كان القتل مؤخرًا عن وقت الوصية) أقول فيه تأمل

ولهما أن الامتناع لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود اليهم كنعق بطلان الميراث ولانهم لا يرضونها  
للقاتل كما يرضونها لاحدهم قال (ولا تجوز لوارثه) لقوله عليه السلام ان الله تعالى أعطى  
كل ذي حق حقه ألا لوصية لوارث ولانه يتأذى البعض بإيثار البعض ففي تجوز قطيعة الرحم

لانتبول وارث غير القاتل وليس كذلك قطعا والحق ان سبب حرمان القاتل عن الميراث صدور جنابة  
عظيمة منه وهي القتل بغير حق فانه يستدعي العقوبة بأبلغ الوجوه وقد جعلها الشرع حرمانه عن  
الميراث والقاتل الموصى له يشاركه في هذا المعنى بخيار قياس حرمانه عن الوصية على حرمانه عن الميراث  
واليه أشار المصنف بقوله ولانه استعمل ما أخره الله تعالى بعنى استعماله بارتكاب جنابة عظيمة فيحرم  
الوصية كما يحرم الميراث وقد صرح به صاحب البدائع حيث قال ولان القتل بغير حق جنابة عظيمة  
فيستدعي الزجر بأبلغ الوجوه وحرمان الوصية يصلح زاجرا كحرمان الميراث فيثبت انتهى ثم قال صاحب  
العناية ولعل التفصي عن عهدة كونه قياسا على طريقتهما سجدوا سولوا طريق الدلالة أسهل انتهى  
أقول فيه بحث لان من شرط طريق الدلالة أن يكون المعنى الذي كان الحكم لاجله في المنطوق متحققا  
في الملحق بالدلالة بطريق الاولوية أو بالتساوي ونحوه ذلك فيما نحن فيه بالطريق المذكور ممنوع على  
أصل أبي حنيفة ومحمد فان المعنى المقضى لحرمان القاتل عن الميراث لا يتغير ولا يتكسر بأجازة الورثة  
أصلا ولهذا لا يرث القاتل سواء أجازة الورثة أو لم تجزه بخلاف المعنى المقضى لحرمانه عن الوصية فانه  
يتغير ويتكسر بأجازة الورثة عند أبي حنيفة ومحمد ولهذا تصح الوصية له عندهما إذا أجازتها الورثة كما  
ستطلع عليه عن قريب فكان ذلك المعنى في حق الميراث أقوى منه في حق الوصية عندهما فلم يوجد  
شرط طريق الدلالة في شأن الوصية على أصلهما ثم أقول ههنا احتمال آخر وهو أن لا يكون مراد المصنف  
بقوله كما يحرم الميراث القياس الفقهي ولا الاحتاق بطريق الدلالة بل كان مراده مجرد التنظير  
والتشبيه ويدل عليه أنه لو لم يذكر قوله كما يحرم الميراث لثم دليله العقلي بلا احتياج اليه فان استعمل  
الناتل ما أخره الله تعالى جرم عظيم يستدعي حرمانه عن الوصية مع قطع النظر عن استدعائه حرمانه عن  
الميراث وعلى هذا المعنى لا يتوهم الرد المذكور أصلا وتسقط الكلمات المتعاقبة به بخلافها كما لا يخفى  
(قوله ولهما أن الامتناع لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود اليهم كنعق بطلان الميراث) أقول أرى دليلهما  
هذا ضاع فاحد فان قوله ان الامتناع لحق الورثة ليس بظاهر وعلى الاطلاق إذ قد تقرر فيما مر أن  
الشرع لم يعتبر تعاقب حقهم بقدر الثلث ولهذا أجازت الوصية بهذا القدر للاجانب وان لم يجزها الورثة  
وفيما نحن فيه لم تجز الوصية بشئ والقاتل بدون أجازة الورثة فكيف يتصور أن يكون الامتناع في قدر  
الثلث أيضا لقتلهم ثم ان تعليل ذلك بقوله لان نفع بطلانها يعود اليهم كنعق بطلان الميراث ليس بنام لان  
مجرد عود نفع بطلانها اليهم لواقضى كون الامتناع في الوصية لحقهم لا قضي كونه في الارث أيضا  
لحقهم فلزم أن يجوز ارث القاتل أيضا بأجازتهم عندهما ولم يقل به أحد قال في العناية فان قيل ما الفرق  
بينها وبين الميراث اذا أجازت الورثة حيث صححت في الوصية دون الميراث أوجب بأن الاجازة تصرف من  
العبد فتعمل فيما كان من جهة العبد والوصية من جهة العبد فتعمل فيه بخلاف الميراث فانه من جهة  
الزعرع لاصنع للعبد فيه فلا يعمل فيه تصرف العبد انتهى أقول فيه نظر لان الكلام ههنا ليس في  
نفس الوصية والميراث حتى يتم الفرق بينهما بأن أحدهما من جهة العبد والاخر من جهة الشرع بل  
انما الكلام هنا في أن حرمان القاتل عن الوصية كحرمانه عن الميراث أم لا ولا شك أنه لا فرق بين حرمانه  
عن الوصية وحرمانه عن الميراث في كونهما من جهة الشرع نظرا الى دليلهما وفي كونهما من جهة  
العبد نظرا الى صدور سببهما وهو القتل عن العبد فبمعنى أن تعمل الاجازة التي هي تصرف من العبد

ولهما أن الامتناع لحق  
الورثة) الى آخر ما ذكر في  
الكتاب فان قيل ما الفرق  
بينها وبين الميراث اذا أجازت  
الورثة حيث صححت الوصية  
دون الميراث أوجب بان  
الاجازة تصرف من العبد  
فتعمل فيما كان من جهة  
العبد والوصية من جهة العبد  
فتعمل فيه بخلاف الميراث  
فانه من جهة الشرع لاصنع  
للعبد فيه فلا يعمل فيه  
تصرف العبد وقوله (ولانهم  
لا يرضونها) أي الوصية  
(للقاتل كما لا يرضونها  
لاحدهم) أي لاحد الورثة  
وفي الوصية لاحدهم ان  
أجازها البقية نفذت فكذا  
القاتل وقوله (ولا تجوز  
لوارثه) أي لوارث الموصى  
(لقوله عليه السلام ان الله  
أعطى كل ذي حق حقه ألا  
لاوصية لوارث ولانه يتأذى  
البعض) الى آخر ما ذكر في  
الكتاب

وقوله (بالحديث الذي روينا) اشارة الى ما تقدم في كتاب الهبة فيمن خصص بعض اولاده في العطيبة وقوله (يعتبر كونه وارثا وغير وارث وقت الموت) ذكر في فتاوى فاضلخان ولو اوصى لآخونه الثلاثة المتفرقين وله ابن جازت الوصية لهم بالسوية ان لا لانهم لا يرثون مع الابن فان كانت له بنت ممكن الابن جازت الوصية للاخ لاب وللأخ لام وبطلت للاخ لاب وأم لأنه يرثه مع البنت وان لم يكن له ابن ولا بنت كانت الوصية كلها للاخ لأب لأنه لا يرثه وبطلت للاخ لاب وأم وللأخ لام لانهم ما يرثانه وقوله (واقرار المريض للوارث على عكسه) أي على عكس الوصية بتأويل الايصاء أو المذكور أي يعتبر في الاقرار للوارث وقت الاقرار لا وقت الموت ذكر في النهاية أن اعتبار وقت الاقرار دون وقت الموت ليس على اطلاقه بل ذلك اذا كان كونه وارثا بسبب حادث وأما اذا كان كونه وارثا بسبب كان وقت الاقرار فيه يعتبر كونه وارثا وقت الموت أيضا ثم بين ذلك في مريض أقر لابنه العبد فاعتق فمات الاب بحيث صح الاقرار لان وراثته نبتت بسبب حادث وهو الاعتاق وقبله كان عبدا وكسب العبد (٤٣٧) لمولاه فهذا الاقرار في المعنى حصل

للولي وهو أجنبي فلا يبطل بصيرورة الابن وارثا بسبب حادث ولو أقر لآخيه وله ابن ثم مات الابن قبله حتى صار الاخ وارثا بطل اقراره عندنا لأنه لما كان وارثا بسبب قائم وقت الاقرار تبين أن اقراره حصل لوارثه وذلك باطل هذا حاصل ما ذكره وأرى أن اطلاق المصنف يعني عن ذلك التطويل وذلك لأنه قال يعتبر في اقرار المريض لوارثه كونه وارثا عند الاقرار والعبد ليس يوارث عند الاقرار لكونه محررا وما فلا يكون اقرار الوارث وكلامنا فيه والاخ ليس بمحرور فيكون وارثا عند الاقرار وان كان

ولأنه حيف بالحديث الذي روينا ويعتبر كونه وارثا أو غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لأنه تعليق مضاف الى ما بعد الموت وحكمه يثبت بعد الموت (والهبة من المريض للوارث في هذا نظير الوصية) لأنها وصية حكمها حتى تنفذ من الثالث واقرار المريض للوارث على عكسه لأنه تصرف في الحال فيعتبر ذلك وقت الاقرار في ارتفاع أحدهما دون الآخر وبعبارة أخرى ان الميراث وان كان من جهة الشرع بدون صنع العبد الأثر حرمان الغائب عنه كان من جهة العبد حيث باشر القتل فكان نفعه هذا مانعا عن ميراثه من المقتول فلم لا تجوز أن يعمل الاجازة في رفع هذا المانع الذي كان من جهته وبصنعه (قوله ولأنه حيف بالحديث الذي روينا) قال صاحب العناية قوله بالحديث الذي روينا اشارة الى ما تقدم في كتاب الهبة فيمن خصص بعض اولاده في العطيبة انتهى أقول هذا خبط ظاهر من الشارح المزبور اذ لم يتقدم من المصنف في كتاب الهبة ذكر حديث في حق من خصص بعض اولاده في العطيبة بل لم يتقدم منه عمدة ذكر تلك المسئلة قط فكيف تصور الحوالة عليه بها ههنا والصواب أن مراد المصنف هنا بقوله بالحديث الذي روينا هو الاشارة الى ما ذكره في هذا الكتاب فيما مضى عن قريب بقوله وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية من أكبر الكبائر وفسره بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث انتهى (قوله واقرار المريض للوارث على عكسه) قال صاحب النهاية ومعراج الدرية أي على عكس الوصية بتأويل الايصاء وقال صاحب العناية أي على عكس الوصية بتأويل الايصاء أو المذكور ورده عليه التأويل الثاني بعض الفضلاء بان قال الوصية هي المذكورة بالهاء لأن المذكور فالاولى أو ما ذكرنا انتهى أقول رده ساقط لان الوصية انما تكون هي المذكورة بتاء التأنيث لا المذكور لأن لو كان الالف واللام في اسم المفعول حرف تعريف وقد تقرر في علم الادب أن الالف واللام في اسم الفاعل والمفعول عند غير المازني من عامة أئمة العربية اسم موصول لا حرف تعريف وصلته اسم الفاعل أو المفعول فينثني بصير لفظ المذكور في معنى ما ذكر في يعود الضمير المستتر في اسم الفاعل والمفعول الى الموصول الذي هو الالف واللام ولا يلزم الحاق تاء التأنيث بصلته لعدم علامة التأنيث في لفظ ذلك الموصول فإنه في اللفظ مفرد مذ كرمال

مجبوبا والاقرار للوارث باطل

(قوله بتأويل الايصاء أو المذكور) أقول الوصية هي المذكورة بالهاء لا المذكور فالاولى أو ما ذكر (قوله ثم بين ذلك في مريض أقر لابنه العبد فاعتق فمات الاب صح الاقرار) أقول قوله أقر لابنه العبد الذي ليس عليه دين قال في الكافي في فصل في اعتبار حالة الوصية قبيل باب العتق في المرض واذا وصى المريض لابنه الكافرا والرقيق أو وهب له وسلمه أو أقر له بدين فاسلم الابن واعتق قبل موته بطل ذلك كله أما الوصية والهبة فلما مر أن المعتبر فيهما حال الموت وأما الاقرار وان كان ملازم بنفسه ولكن سبب الارث وهو البنوة قائم وقت الاقرار فيورث تهمة الابن اقرارا باعتبار التهمة ملحقا بالصوابا وذلك كمن أقر لآخيه وله ابن فهلك الابن ثم هلك المأخ والمقر له وارثه أنه باطل لما قلنا انتهى ولا يخفى عليك مخالفته لما ذكره صاحب النهاية فتأمل (قوله وكلامنا فيه والاخ ليس بمحرور) أقول فمبحث فإنه يقتضي أن لا تجوز الوصية للاخ ولا الاقرار له أصلا مع وجود الابن فليتأمل فان مراده فيكون وارثا عند الاقرار بالتين وأما ما ذهب اليه الابن تبين أنه ليس يوارث فيصح

وقوله (الآن تجيزها الورثة) استثناء من قوله ولا تجوز ووارثه ويروي هذا الاستثناء فيمار وبنامه من قوله صلى الله عليه وسلم الا الوصية لو ارضت وقوله (ولان الامتناع لحقهم) أي لحقهم الذي هو تأديهم بايثار البعض دون البعض والتفسير على هذا الوجه بندفع ما قيل لو كان الامتناع لحقهم لجاز فيما دون الثلثين أجازوا أولم يجيزوا لانه لاحق لهم في الثلث كافي الوصية للاجنبي قوله (ولو أجاز بعض) ظاهر

قال (الآن تجيزها الورثة) ويروي هذا الاستثناء فيمار وبنامه ولان الامتناع لحقهم فيجوز باجازتهم ولو أجاز بعض ورد بعض تجوز على المجيز بقدر حصته لولا ينه عليه وبطل في حق الراد للثني والمجموع والمؤث أيضا كلمة ما وكلمة من كما صرحوا به نعم يجوز الحاقها باعتبار المعنى المراد بذلك هنا وهو الوصية لكن الامر في كلمة ما أيضا كذلك فلا فرق بين المذكور وما ذكر في جواز تذكير الصلة نظرا الى انفظ الوصول وجواز تأنيها نظر الى المعنى المراد بالوصول وعن هذا ترى نقات أهل العربية يؤولون المؤث الذي عبر عنه بضمير المذكر وأولم المشاركة المذكور في مواضع شتى من كتب علم البلاغة بل في التفاسير أيضا المذكر كور كما يؤولونهم كما ذكر من غير فرق ثم ان كان المراد بقوله لهم يتأويل المذكور في أمثال هذا المقام أن يقال يتأويل الشيء المذكور على أن يقدر المرصوف المذكور كأن الامر أسهل ويرتفع الاشتباه بالكلمة ثم ان الشراح طلبة قالوا في تفسير قول المصنف واقرار المريض للوارث على عكسه أي يعتبر في الاقرار للوارث وقت الاقرار لا وقت الموت وقال صاحب النهاية بعد ذلك ان اعتبار وقت الاقرار دون وقت الموت ليس على اطلاقه بل ذلك اذا كان كونه وارثا بسبب حادث وأما اذا كان كونه وارثا بسبب كان وقت الاقرار فيعتبر كونه وارثا وقت الموت أيضا ثم بين ذلك في مريض أقر لانه العبد فاعتق فمات الاب حيث صح الاقرار لان وراثته تثبت بسبب حادث وهو الاعتاق وقبله كان عبدا وكسب العبد لولاه فهذا الاقرار في المعنى حصل للولي وهو أجنبي فلا يبطل بصيرورة الابن وارثا بسبب حادث ولو أقر لآخيه وله ابن ثم مات الابن قبله حتى صار الاخ وارثا بطل اقراره عندنا لانما كان وارثا بسبب قائم وقت الاقرارين أن اقراره حصل لوارثه وذلك باطل هذا حاصل ما ذكره وقال صاحب الغاية بعد نقل ما ذكر في النهاية على الوجه المزبور وأرى أن اطلاق المصنف يعني عن ذلك التطويل وذلك لانه قال يعتبر في اقرار المريض لوارثه كونه وارثا عند الاقرار والعبد ليس بوارث عند الاقرار لسكونه محررا فلا يكون اقرار الوارث وكلا من قبته والاخ ليس بمحرور فيكون وارثا عند الاقرار وان كان محجورا بالوارث باطل انتهى أقول فيه نظرا لانه مدار هذا التوجيه أن يكون مرادا المصنف بالوارث ما يعم المحجور وبقابل المحجور وليس بسديد اذ لو كان مراده بالوارث هنادك لكان مراده به في قوله ويعتبر كونه وارثا أو غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية أيضا ذلك والام يتم قوله واقرار المريض للوارث على عكسه فان أمر الانعكاس انما يتحقق عند اتحاد المراد بالوارث ولو كان المراد بالوارث هناك أيضا ذلك لفسد المعنى اذ لا يخفى أن الموصى له اذا كان محجورا عن الميراث عند موت الموصى تجوز الوصية له كما يدل عليه قطع ما ذكره الامام فاضلان في فتاواه ونقله الشراح بأسرهم عنه من قبل وهو أنه لو وصى لآخوته الثلاثة المتفرقين وله ابن جازت الوصية لهم بالسوية أنلانا لانهم لا يرون مع الابن فان كانت له بنت مكان الابن جازت الوصية للاخ لاب والاخ لام وبطلت للاخ لاب وأم لانه يرث مع البنت وان لم يكن له ابن ولا بنت كانت الوصية للاخ لاب لانه لا يرثه وبطلت للاخ لاب وأم وللاخ لام لانهم ما يرثه انتهى فظهر أن المراد بالوارث هنا ما ثبت له الارث بالفعل بان لا يكون محرورا ولا محجورا فاقتضى الى التقييد في صورة الاقرار بما ذكره صاحب النهاية ثم ان صاحب الغاية رد على صاحب النهاية هنا وجه آخر حيث قال وذكر في وصايا الجامع الصغير لو ان المريض أقر لابنه بدين وهو نصراني أو عبدا ثم أسلم الابن أو اعتق العبد ثم مات الرجل فالأقرار باطل لانه حين أقر كان سبب التهمة بينهما قائما وهو القرابة التي صارها وارثا في نافي الحال ثم قال فعن هذا عرفت أن ما ذكر بعضهم في شرحه سهو منه لا يصح نقله وهو أنه قال أقر لابنه بدين وابنه عبدا ثم اعتق ثم مات الاب وهو من ورثته فالأقراره بالدين جائز لان كسب العبد لولاه فهذا الاقرار حصل من المريض في المعنى للولي وهو أجنبي منه انتهى أقول السامى هنا صاحب الغاية نفسه لان ذلك البعض الذي نسب السهو



قال (ويجوز أن يوصى المسلم الكافر) وقالوا لكم في الدين الآتية والناسي لانهم يعقد الذممة ساووا المسلمين في المعاملات ولهذا جاز التبرع من الجانيين في حالة الحياة فكذلك بعد الممات (وفي الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة) لقوله تعالى انما نهيكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الآتية

اليه فان المصنف ذكر ما ذكره ذلك البعض نقل من كتاب الاقرار في فصل اعتبار حالة الوصية من باب الوصية بالثلث فيما سأتى واعترف صاحب الغاية أيضا بقوله بان الصدر الشهيد وغيره ذكره وما ذكره المصنف هناك نقل عن كتاب الاقرار في قوله هنامن أنه سهو منه لا يصح لعلة غفول عن ذلك وسهو من نفسه كما لا يخفى نعم ما ذكره ذلك البعض هنا يخالف رواية وصايا الجامع الصغير لكن لا يلزم منه السهو فانه نبي كلامه هنا على رواية كتاب الاقرار ومثل هذا ليس بعز في كلمات النقات ثم ان تاج الشريعة بعد ان فسر قول المصنف واقرار المرضي للوارث على عكسه بقوله أي يعتبر كونه وارثا وغير وارث وقت الاقرار لان زمان الموت قال فلو كان وقت الاقرار وارثا لا يصح الاقرار وان لم يكن وارثا زمان الموت ولو لم يكن وقت الاقرار وارثا يصح الاقرار وان صار وارثا زمان الموت لان الاقرار واجب في الحال ولهذا عليك المقر له في الحال ويصح رده في الحال انتهى أقول فيه بحسب ما قلناه فان قوله فلو كان وقت الاقرار وارثا لا يصح الاقرار وان لم يكن وارثا زمان الموت مما ينافيه ما نص عليه الامام قاضيان في فتاواه في فصل اقرار المريض من كتاب الاقرار حيث قال ولو اقر لوارث ثم خرج من أن يكون وارثا بان اقر الاخ له ثم ولد له ابن ثم مات المريض صح اقراره انتهى ثم ان لبعض المتأخرين هنا كلمات مفصلة غير خالية عن الاختلال في بعض مواضعها تذكرها وبيان اختلالها مخافة عن الاطناب الممل (قوله قال ويجوز أن يوصى المسلم الكافر) قال في الكفاية أراد به الذي يدل على التعليل ورواية الجامع الصغير أن الوصية لاهل الحرب باطلة انتهى أقول فيه أن قوله ويجوز أن يوصى المسلم الكافر لفظ القدوري والتعليل ورواية الجامع الصغير انما هما من كلام المصنف فكيف يصح جعل كلام المصنف دليلا على ارادة القدوري بالكافر الذي دون مطلق الكافر كما هو الظاهر من لفظه على أن المراد باهل الحرب في رواية الجامع الصغير هو الحرب الغير المستأمن لان لفظ الجامع الصغير هكذا الوصية للحربي هو في دارهم باطلة كما ذكر في الكافي وغيره في الحربي المستأمن خارجا عن مسئلة الجامع الصغير فكيف تكون رواية الجامع الصغير دليلا على كون المراد بالكافر في لفظ الكتاب هو الذي دون ما يعبر الحربي المستأمن وقد صرح في المحيط وغيره بأنه يجوز أن يوصى المسلم للعربي المستأمن في ظاهر الرواية كما يجوز أن يوصى الذي نعم يجوز أن يكون اختصاص التعليل الذي ذكره المصنف بالذي دليلا على حل المصنف مراد القدوري بالكافر على الذي وان لم يكن دليلا على أن يكون مراد القدوري بذلك في نفسه هو الذي وأما ذكر المصنف رواية الجامع الصغير التي تخص بالحربي الغير المستأمن فلا يكون دليلا على حل المصنف أيضا بناء على الذي فقط كما لا يخفى (قوله وفي الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة) قال شرح الجامع الصغير ذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية لهم فوجه التوفيق بين الروايتين أنه لا ينبغي أن يفعل وان فعل حاز وثبت الملك لانهم من أهل الملك انتهى واقفي أثرهم صاحب الكافي وشرح هذا الكتاب أقول والانصاف أن لفظه باطلة في عبارة الجامع الصغير مما يأتي التوفيق المذكور جدا انقد تقر عندهم أن الباطل من العقود لا يفيد الملك بخلاف الفاسد منها فانه يفيد الملك عند تحقق القبض نالو كان المذكور في الجامع لفظه فاصد بدل لفظه باطلة لكان ذلك التوفيق وجه وليس فليس ثم أقول لعل الحق هنا رأى صاحب المحيط فانه لم يقبل قولهم ذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية للحربي بل نقل ما ذكر في السير الكبير واستنبط منه بطلان الوصية

قال (ويجوز أن يوصى المسلم الكافر) وصية المسلم للكافر الذي وعكسها جائزة قاما الاول فلعله تعالى لانها كم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين الآتية نفي النهي عن البر اليهم والوصية لهم باليهم فكانت غير منبهة وأما الثاني فلما ذكره في الكتاب وأما الوصية لاهل الحرب ففي رواية الجامع الصغير باطلة وقالوا في شروح الجامع الصغير انه ذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية لهم ووجه التوفيق بين الروايتين أنه لا ينبغي أن يفعل وان فعل ثبت الملك لهم لانهم من أهل الملك وأما وصية الحربي بعد ما دخل دارنا بأمان فانها جائزة لانه ولاية تملك ماله في حياته فكذلك بعد وفاته خلافة لافرق بين وصيته بالثلث وبجميع ماله لان منع المسلم عما زاد على الثلث لحق وورثته المسلمين لانه معصوم عن الابطال وورثة الحربي ايست كذلك

قال المصنف والثاني لانهم يعقد الذممة ساووا المسلمين في المعاملات) أقول لاختصاص لهذا الدليل بالثاني بل بعدم الاول أيضا (قوله وانما جعل هذا التصديق أفضل) أقول فيه بحث

وقوله (وقبول الوصية بعد الموت) على ما ذكره في الكتاب ظاهر والقبول ليس بشرط لصحة الوصية وانما هو شرط ثبوت الملك للموصى له وللوصية تشبها بالمراث من حيث انها تملك بالموت وشبهه بالهبة من حيث انها تملك بتسليمك الغير فاعتبرنا شبه الهبة في حق القبول مادام يمكن من الموصى له فقلنا لا تملك قبل القبول واعتبرنا شبه الميراث بعد القبول فقلنا انه يملكها بعده من غير قبض عملا بالشبهين بقدر الامكان وان مات الموصى له من غير رد وقبول فقد ذكر في الكتاب أن الوصية تبطل قياسا ويلزم ذلك وورثة الموصى له ردوا أو قبلا وفي الاستحسان وقوله (ويستحب أن يوصى الانسان) واضح وحاصله أن التقليل في الوصية أفضل واليه الاشارة في قوله انك ان تدع عيالك الحسب ومعهن ورثتك أقرب اليك من الاجانب فترك المال لهم خير من الوصية

قال (وقبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له حال الحياة أو ردها فذلك باطل) لان أو ان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد قال (ويستحب أن يوصى الانسان بدون الثلث) سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء لان في التنقيص صلة القريب بترك ما له عليهم بخلاف استكمال الثلث لانه استيفاء عام حقه فلا صلة ولا منة

للحربي حيث قال وفي شرح الطحاوي قالوا واذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية للحربي واختلف المشايخ فيه منهم من وفق بين ما ذكر في الاصل وبين ما ذكر في السير الكبير فقال لا ينبغي المسلم أن يوصى للحربي كما ذكر في الاصل ولكن لو فعل جازت وثبت الملك للموصى له كما ذكر في السير الكبير ومنهم من قال في المسئلة روايتان هكذا قالوا والمذكور في السير الكبير أن الوصية للحربي باطلة والصورة المذكورة ثمة لو أوصى مسلم لحربي والحربي في دار الحرب لا تجوز فان خرج الحربي الموصى له الى دار الاسلام بأمان وأراد أخذ وصيته لم يكن له من ذلك شيء وان أجازت الورثة لان الوصية وقعت بصفة البطلان فلا تعمل اجازة الورثة فيها فقد نص على عدم الجواز في أصل المسئلة ونص على البطلان في الفرع وانه دابل على بطلانها الى هذا لفظ المحيط فتأمل ثم ان صاحب الدرر والغرر بعد أن ذكر التوفيق المار الذي ذكر في عامة الكتب وعزاه الى الكافي والنهاية قال أقول لا يخفى بعده بل وجه التوفيق ما يدل عليه قول الجامع الصغير وهو في دارهم فانه احتراز عن حربي ليس في دارهم وهو المستأمن فان الحربي مادام في دار الحرب بمن يقاثلنا بخلاف المستأمن فانه ليس كذلك وهو المراد مما ذكر في السير الكبير انتهى كلامه أقول هذا كلام عجيب فان لفظ السير الكبير على ما نقله صاحب المحيط لو أوصى مسلم لحربي والحربي في دار الحرب لا يجوز انتهى فكيف يمكن أن يكون المستأمن هو المراد مما ذكر في السير الكبير (قوله وقبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له حال الحياة أو ردها فذلك باطل) قال بعض المتأخرين لا يخفى أن بيان وقت القبول حقه أن يقدم على بيان وجوب القبول فينبغي أن يقدم قوله فالموصى به يملك بالقبول على قوله وقبول الوصية بعد الموت فضلا عن أن يتوسط بينهما مسألة استحباب الوصية بمدون الثلث اه أقول تحبط ذلك القائل في تحريره هذا خط عشوائي لان بيان وقت القبول ان كان حقه أن يقدم على بيان وجوب القبول فكيف يصح قوله فينبغي أن يقدم قوله فالموصى به يملك بالقبول على قوله وقبول الوصية بعد الموت لان الذي ينبغي أن يقدم انما هو ما حقه أن يقدم وهو بيان وقت القبول على مقتضى صريح كلامه المذكور في لزم أن يكون الذي ينبغي عكس ما ذكره وذلك عين ما وقع في كلام المصنف فكانه أراد أن يقول لا يخفى أن بيان وجوب القبول حقه أن يقدم على بيان وقت القبول فخط في تحريره عكس الامر (قوله) ويستحب أن يوصى الانسان بدون الثلث سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء لان في التنقيص صلة القريب بترك ما له عليهم) أقول لقائل أن يقول كما أن في التنقيص صلة القريب كذلك في التكميل صدقة على الاجنبي وفيما اذا كانت الورثة أغنياء كانت الصلة لهم هبة منهم فالصدقة أولى من الهبة كما سيجي والنصر مح في تسليم كون الوصية بدون الثلث أولى من تركها فيما اذا كانت الورثة أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فينبغي أن يكون التكميل أيضا أولى من التنقيص فيما اذا كانت الورثة أغنياء تلك الصلة لها وجه التعميم هنا والجواب أن في التنقيص أصل صلة القريب لازادتها وفي التكميل زيادة الصدقة لأصلها التحقق أصلها بمدون الثلث بدون التكميل ففي اختيار التكميل تفويت صلة القريب عن أصلها أي بالكلية وليس في التنقيص تفويت الصدقة بالكلية بل فيه تفويت بعضها فكان في اختيار التنقيص العمل بالفضيلتين معا ففضيلة الصدقة وفضيلة صلة القريب وفي اختيار التكميل العمل بفضيلة واحدة فقط وهي فضيلة الصدقة ولا يجب أن العمل بهما

ثم الوصية بأقل من الثلث أولى أم تركها قالوا ان كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فالترك أولى لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال عليه السلام أفضل الصدقة على ذى الرحم الكاشح ولان فيه رعاية حق الفقراء والقراة جميعا وان كانوا أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فالوصية أولى لانه يكون صدقة على الاجنبي والتركة هبة من القريب والاولى أولى لانه يتغنى بهم اوجه الله تعالى

معا أولى من العمل بأحدهما فقط (قوله ثم الوصية بأقل من الثلث أولى أم تركها) أقول ولقائل أن يقول قد حرمكم فيما مر أنقبا بان الوصية بدون الثلث مستحبة سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء ولا شك أن المستحب هو الذى كان فعله أولى من تركه فبما معنى التردد هنا بان الوصية بأقل من الثلث أولى أم تركها والتفصيل بقوله قالوا ان كانت الورثة فقراء الخ والجواب أن الاستحباب في قوله سابقا ويستحب أن يوصى الانسان بدون الثلث ليس بناظر الى قوله أن يوصى الانسان بل الى قوله بدون الثلث أى مصب الافادة في ذلك الكلام قيده لانه نفسه قال معناه الى أن التتقيص عن الثلث في الوصية مستحب مطلقا وهذا لما يقتضى أن يكون التتقيص من الثلث في الوصية أولى من التكميل مطاوعا ولهذا قال المصنف في تعليقه لانه في التتقيص صلة القريب بترك ماله عليهم وهذا المعنى لا ينافى أن يكون ترك الوصية بالكلية أولى من التتقيص عن الثلث أيضا في بعض الصور فبين المصنف ذلك بما قالوا ان كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فتركها بالكلية أولى وان كانوا أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فالوصية أولى فلم يكن ترديده وتفصيله ههنا محالفا لما سبق أنقبا بل كان ملاحظة ذلك ورعايته على حاله هكذا ينبغي أن يفهم هذا المقام (قوله لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال عليه السلام أفضل الصدقة على ذى الرحم الكاشح) والكاشح العدو الذى أولى كسحه وهو ما بين الخاصرة الى الضلع وقيل الكاشح الذى أضمر العداوة في كسحه وانما جعل هذا التصديق أفضل لان في التصديق عليه مخالفة النفس وقهرها كذا في العناية وغيرها أقول فيه شئ وهو أن الحديث حينئذ انما يدل على أفضلية الصدقة على ذى الرحم الكاشح لا على أفضلية الصدقة على القريب مطلقا كما هو المطلوب فلا يتم التقریب وقد تنبه به بعض الفضلاء حيث قال هذا الحديث لا يفي بتمام المدعى ولذلك لم يصدره باداة التعليل الا أن قوله ولذلك لم يصدره باداة التعليل لا يجدى نفعاً لان ذلك الحديث في مقام التعليل هنا سواء صدره باداة التعليل أو لم يصدره بها ولهذا صدره صاحب الكافي باللام حيث قال لقوله عليه السلام أفضل الصدقة على ذى الرحم الكاشح ثم ان بعض المتأخرين كأنه قصد دفع ذلك القصور واصلح المقام فقال في شرح قول المصنف لما فيه من الصدقة على القريب هذا قياس من الشكل الاول كبراه مطوية وهى وكل صدقة على القريب أولى من الصدقة على غيره أقيم دليلها مقامها وهو قوله وقد قال عليه السلام أفضل الصدقة على ذى الرحم الكاشح فانه بصري يحيد على أفضلية الصدقة على ذى رحم كاشح من الصدقة على ذى رحم غير كاشح وتخصيص الكاشح بذى الرحم يدل على أفضلية الصدقة على ذى الرحم منها على غير ذى الرحم انتهى أقول ليس ذلك أيضا تمام فانا ان أغضنا عن منع قوله فانه بصري يحيد على أفضلية الصدقة على ذى رحم كاشح من الصدقة على ذى رحم غير كاشح نمنع جدا قوله وتخصيص الكاشح بذى الرحم يدل على أفضلية الصدقة على ذى الرحم على غير ذى الرحم فان تخصيص الكاشح بذى الرحم انما يدل على أن يكون التصديق على ذى الرحم تأسيروا أفضلية الصدقة كما أن لكونه كاشحا تأثيرا فيها ولا يلزم منه أن يكون التصديق على ذى الرحم الغير الكاشح أفضل من التصديق على غير ذى الرحم الكاشح لان في كل منهما انتفاء أحد سببي الأفضلية المستفادين من الحديث الشريف فنأين يعلم أفضلية أحدهما من الآخر تأمل تقف (قوله وان كانوا أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فالوصية أولى لانه يكون صدقة على الاجنبي والتركة هبة من القريب والاولى أولى)

وهو مروى عن أبي بكر وعمر  
فالا لأن يوصى بالخمسة أحب  
اليامن أن يوصى بالربع  
ولان يوصى بالربع أحب  
اليامن أن يوصى بالثلث  
والكاشح العدو الذى أولى  
كسحه وهو ما بين الخاصرة  
الى الضلع وقيل الكاشح  
الذى أضمر العداوة في  
كسحه وانما جعل هذا التصديق  
أفضل لان في التصديق عليه  
مخالفة النفس وقهرها

(قال المصنف وقد قال  
النبي عليه الصلاة والسلام  
أفضل الصدقة على ذى  
الرحم الكاشح) أقول هذا  
الحديث لا يفي بتمام المدعى  
وان ذلك لم يصدره باداة التعليل

وقوله (والموصى به عليك بالقبول) واضح وقد تقدم لنا الكلام عليه قبيل هذا وقوله (ولهذا لا يرث الموصى له بالعيب) صورته أن يشتري المريض شيئا ويوصى به لرجل ثم الموصى له يجده معيبا فإنه لا يرده على بائعه (ولا يرده عليه بالعيب) صورته أن يوصى بجميع ماله لانسان ثم باع شيئا من التركة ووجد (٤٣٣) المشتري به عيبا لا يرده على الموصى له ولو كان ثبوت الملك للموصى له

وقيل في هذا الوجه بخير لا اشتغال كل منهما على فضيلة وهو الصدقة والصلوة فخير بين الخيرين قال (والموصى به عليك بالقبول) خلافا لفرقوه وأحد قول الشافعي هو يقول الوصية أخت الميراث أذ كل منهما خلافة لما أنه انتقل ثم الارث يثبت من غير قبول فكذلك الوصية ولنا أن الوصية اثبات ملك جديد ولهذا لا يرث الموصى له بالعيب ولا يرده عليه بالعيب ولا يملك أحد اثبات الملك لغيره الا بقبوله أما الورثة خلافة حتى يثبت فيها هذه الاحكام فثبت حرام من الشرع من غير قبول قال (الافى مسألة واحدة وهي أن يموت الموصى ثم يموت الموصى له قبل القبول فيدخل الموصى به في ملك ورثته) استحسانا والقياس أن تبطل الوصية لما ينشأن الملك موقوف على القبول فصار كوث المشتري قبل قبوله بعد ايجاب الباقع وجسه الاستحسان أن الوصية من جانب الموصى قد عتبت بعمته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته وانما عتقت لحق الموصى له فاذا مات دخل في ملكه كافي البيع المشروط فيه الخيار للمشتري اذا مات قبل الاجازة قال (ومن أوصى وعليه دين يحيط به لم تجز الوصية) لان الدين مقدم على الوصية لانه أهم الحاجتين فانه فرض والوصية تبرع وأبدا يبدأ بالأهم فالأهم (الآن يبرئه الغرماء) لانه لم يبق الدين فتنفذ الوصية على الحد المشروع لحاجته اليها قال (ولا تصح وصية الصبي) وقال الشافعي تصح اذا كان في وجهه الخير لان عمر رضي الله عنه أجاز وصية يافع أو يافع وهو الذي راهق الحلم ولانه نظره بصرفه الى نفسه في نيل الرزق ولو لم تنفذ يبق على غيره ولنا أنه تبرع والصبي ليس من أهله ولان قوله غير مانع في تصحيح وصيته قول بالزام قوله

أقول لما منع أن يمنع كون الوصية صدقة على الاجنبي مطلقا اذا احتج الموصى له فغيره يكون غنيا أيضا فلم يثبت أولوية الوصية من تركها على الاطلاق فيما اذا كانت الورثة أغنياء أو يستغنون بتصميمهم فتدبر (قوله) ولهذا لا يرث الموصى له بالعيب ولا يرده عليه بالعيب قال جماعة من الشراح منهم صاحب العنابة صورة الاول أن يشتري المريض شيئا ويوصى به لرجل ثم الموصى له يجده معيبا فإنه لا يرده على بائعه وصورة الثاني أن يوصى بجميع ماله لانسان ثم باع شيئا من التركة ووجد المشتري به عيبا لا يرده على الموصى له انتهى أقول في تصور الثاني عمدا كرتظر لان الموصى اذا باع شيئا من الموصى به يصير ارجاعا عن وصيته كما يجبي وتفصيله عن قريب في الصورة المذكورة يكون عدم ثبوت ولاية رثته للمشتري ما اشترى من الموصى له بالعيب الرجوع الموصى عن وصية ما باعه من التركة يبيعه وعدم تعلق حق الموصى له بذلك بعد تحقق الرجوع عن الوصية لكون الوصية اثبات ملك جديد فلا يتم التبرع (قوله) ومن أوصى وعليه دين يحيط به لم تجز الوصية لان الدين مقدم على الوصية لانه أهم الحاجتين فانه فرض والوصية تبرع) أقول هذا التعليل منقوض بالوصية بنحو الحج والزكاة والكفارات فانها واجبة على ماصرحوا به فالاولى في التعليل البسط بأن يقال لانه حق العبد وأداءه فرض والوصية تكون بطريق التبرع في الغالب وقد تكون بطريق الوجوب وذلك فيما اذا كانت لاداء حقوق الله سبحانه وتعالى الفاتحة كالحج والزكاة ونحوهما وأما ما كان يقدم الدين عليها ما في الشق الأول فظاهر لان أداء الدين فرض والفرض مقدم على التبرع لا المحالة وأما في الشق الثاني فلان الدين حق العبد وحق العبد مقدم على حق الله تعالى اذا اجتمعا لاحتياج العبد دون الله

بطريق الخلافة لثبوت ولاية الردي الصوتين جميعا كافي الوارث وقوله (ولا يملك أحد اثبات الملك لغيره الا بقبوله) لثلا يعود على موضوعه بالنقض وذلك لان تنفيذ الوصية انفعة الموصى له ولو ائبنتنا الملك له قبل قبوله لربما تضرر فانه لو أوصى له بعد أعي وجب عليه نفقته بلا منفعة تعود اليه وأمثال ذلك كثيرة وقوله (الافى مسألة واحدة) استثناء من قوله والموصى به عليك بالقبول يعني الافي مسألة واحدة فانها تملك بدون القبول وقوله (لان الدين مقدم على الوصية) يعني في الحكم فان قيل هذا التقدم مخالف لتنظيم الكتاب وهو قوله تعالى من بطو وصية يوصي بها أو دين فالجواب ما ذكرناه في مختصر الضوء في الفرائض قال (ولا تصح وصية الصبي) كلامه واضح وقوله (ولو لم تنفذ نبي على غيره) يعني اذا نفذنا الوصية كان ماله باقيا على نفسه فانه يحصل له بسببها نيل الرزق والدرجة العليا ولو لم تنفذ يبق ماله على غيره فكان الوصية أولى

والاثر

تنفذ يبق ماله على غيره فكان الوصية أولى

(قوله ثم باع شيئا من التركة) أقول أي باع الموصى (قوله لا يرده على الموصى له) أقول بعدم موت الموصى (قال المصنف فانه فرض والوصية تبرع) أقول فيه أن بعض الوصايا واجبة كالمصيبة بالحج والزكاة فالدليل قاصر كالأجنبي

وقوله (والاثر محمول على أنه كان قريب العهد بالحلم) يعني كان بالغام يعض على بلوغه زمان كثير ومثله يسمى يافعا مجازا تسمية للشيء باسم ما كان عليه أو كانت وصيته في تجهيزه وأمر دفنه ورد بأنه صح في رواية الحديث أنه كان غلاما لم يحتلم وأنه أوصى لابنته عمه بحال فكيف يصح التأويل بكونه يافعا مجازا أو بكون الوصية في التجهيز أو أمر الدفن واجب بقوله كان غلاما لم يحتلم معنى اليافع حقيقة فيجوز أن يكون الراوي نقله بمعناه وقوله (انه أوصى لابنته عمه بحال) لا ينافي أن يكون مما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه قال الطحاوي والاحتجاج بهذا الاثر لا يصح من الشافعي لانه مرسل لانه رواية عمرو بن سليم وهو لم يلق عمر وعندنا المرسل وان كان حجة لكن هذا يخالف قوله عليه السلام رفع القلم عن ثلاث وفيه نظر لان المراد بالقلم التكليف وما نحن فيه ليس منه وقال ابن خزم هو مخالف لقوله تعالى وابتلوا النباي الآية فانهم اتدل على أن الصبي ممنوع عن ماله وقوله (وهو يحرز ٤٣٣) الثواب) جواب عن قوله ولانه نظره

بصرفه الى نفسه في نيل الزاني وقوله (كأبناؤه) إشارة الى قوله فالترك أولى لما فيه من الصدقة على القريب الخ فإنه يفيد اما أفضلية الترك في الثواب أو تساويهما فيه وقوله (والمعتبر في النفع والضرر) تنزل في الجواب كانه يقول سلمنا أن بالوصية يحصل الثواب دون تركها لكن المعتبر في النفع والضرر هو النظر الى أوضاع التصرفات دون العوارض الا لاحقة الا ترى أن الطلاق لا يصح منه وان أمكن أن يكون نافعا بان يطلق امرأه معسرة شوهاء ويستزوج باختم الموسرة الحسناء لتكون ذلك من العوارض والوصية في الاصل تبرع والصبي ليس من أهله

والاثر محمول على أنه كان قريب العهد بالحلم مجازا أو كانت وصيته في تجهيزه وأمر دفنه وذلك جائز عندنا وهو يحرز الثواب بالترك على ورتته كأبناؤه والمعتبر في النفع والضرر النظر الى أوضاع التصرفات لا الى ما يتفق بحكم الحال اعتبر بالطلاق فإنه لا يملكه ولا وصيه وان كان يتفق نافع في بعض الاحوال وكذا اذا أوصى ثم مات بعد الادراك لعدم الاهلية وقت المباشرة وكذا اذا قال اذا أدركت فقلت مالي لفلان وصية لقصور اهليته فلا يملكه تيجيزا وتعليقا كما في الطلاق والعناق تعالى كما عرف في محله (قوله والاثر محمول على أنه كان قريب العهد بالحلم مجازا) يعني كان بالغام يعض على بلوغه زمان كثير ومثله يسمى يافعا مجازا تسمية للشيء باسم ما كان عليه كذا في العناية وغيرها (أو كانت وصيته في تجهيزه وأمر دفنه وذلك جائز عندنا) قال صاحب العناية وفيه نظر عندى لانه صرح الراوي بأنه أوصى لابنته عمه بحال فكيف يسمى ذلك وصية بتجهيز نفسه وكيف يحتمل أن يقال انه كان أدرك لكن سمي غلاما مجازا لانه صح في رواية الحديث انه كان غلاما لم يحتلم انتهى ورد صاحب العناية حاصل نظره والجواب عنه حيث قال ورد بأنه صح في رواية الحديث أنه كان غلاما لم يحتلم وأنه أوصى لابنته عمه بحال فكيف يصح التأويل بكونه يافعا مجازا أو بكون الوصية في التجهيز وأمر الدفن واجب بان قوله كان غلاما لم يحتلم معنى اليافع حقيقة فيجوز أن يكون الراوي نقله بمعناه وقوله انه أوصى لابنته عمه بحال لا ينافي أن يكون مما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه أقول ليس ذلك الجواب بسديد أما أولا فلانه اذا كان لفظ اليافع في الاثر المزبور مجازا عن كان بالغام يعض على بلوغه زمان كثير كان معنى اليافع حقيقة غير مراد في ذلك الاثر بل غير واقع في أصل القصة فلو كان الراوي نقله بمعناه الحقيقي لزم أن يكذب في نقله ولا يخفى ما فيه وأما ثانيا فلان قوله وقوله انه أوصى لابنته عمه بحال لا ينافي أن يكون مما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه ممنوع جدا فان معنى أوصى له بحال ملكه اياه وما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه لا تكاد أن يكون ملكا لغيره كما لا يخفى نعم لو كان المروي في الاثر أنه أوصى الى ابنته عمه بكلمة الى بدل كلمة الام لم يلزم التناهي لان معنى أوصى اليه جعله وصيا فيجوز أن تكون ابنته عمه وصيته في تجهيزه وأمر دفنه ولما كان المروي في ذلك أنه أوصى لابنته عمه بحال لم يبق للتأويل المسد كور مجال (قوله وهو يحرز الثواب بالترك على ورتته كأبناؤه) قال في العناية قوله يحرز الثواب جواب عن قوله ولانه نظره بصرفه الى نفسه في نيل الزاني وقوله كأبناؤه إشارة

(قوله ورد بأنه صح في رواية الحديث أنه كان غلاما لم يحتلم)

(٥٥ - تكمله ثامن) قوله نقله بمعناه أقول الردلاتقاني وفي شرح الوحي للرافعي في وصية الصبي المميز بتدبيره قولان أحدهما عند الاستاذ أي منصور أنهم ما صححان لما روى أن غلاما من غسان حضرته الوفاة وله عشر سنين فأوصى لبنت عمه وله وارث فرفعت القضية الى عمر فاجاز وعن عثمان أجاز وصية غلام ابن احدى عشرة سنة ولان الوصية لا تزول ملكه في الحال ونفي الثواب بعد الموت فنصح كسائر القربات وبهذا القول قال مالك وأحمد والثاني وهو الاظهر عند الاكثرين وبه قال أبو حنيفة انهم ما باطلان كهنته واعتاقه وذلك لانه لا عبارة له ولهذا لا يصح بيعه وان كان فيه غبطة انتهى (قوله وقوله انه أوصى لابنته عمه بحال لا ينافي أن يكون مما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه) أقول لو أريد ذلك لتقليل الينا الى ابنته عمه (قوله وهو مخالف لقوله تعالى وابتلوا النباي الآية) أقول هذه الآية في أوائل سورة النساء (قوله أو تساويهما ما فيه) أقول فيه بحث فان التساوي فيه ضعيف ولذلك أورد المصنف بصيغة التمريض (قوله كانه يقول سلمنا أن بالوصية يحصل الثواب) أقول فيه بحث فان الوصية نوع مضبوط ليس كالطلاق وغيره فليست تأمل

وقوله (بخلاف العبد والمكاتب) يعني اذا قال العبد والمكاتب اذا اعتقت فقلت مالي وصية يصح (لان اهلتم ما مستمة) أي تامة والمانع حق المولى فتصح اضافته الى حال سقوط المانع وقوله (ولا تصح وصية المكاتب) يعني تحيزه لان الاضافة الى العتق صحيحة كما مر آنفاً وقوله (والخلاف فيها معروف عرف في موضعه) يعني في باب الخنث في ملك المكاتب والمأذون من أعيان الجامع الكبير وما عرف ثمة هو أن المكاتب اذا قال كل مملوك أملكه (٤٣٤) فيما استقبل فهو حر فعتق فقلت لم يعتق عند أبي حنيفة وعتق عندهما مالهما ان

ذكر الملك ينصرف الى ملك كامل قابل للاعتاق وهو ما بعد الحرية ولا ي خنيفة أن للمكاتب نوعين من الملك أحدهما ظاهر وهو ما قبل الاعتاق والثاني غير ظاهر وهو ما بعد الاعتاق فينصرف اليه الى الظاهر دون غير الظاهر وقوله (وتجوز الوصية للحمل) مثل أن يقول أوصيت بنتك مالي لمافي بطن فلانة (وبالحمل) كما اذا أوصى بما في بطن جاريته ولم يكن من المولى اذا علم أنه ثابت موجود في البطن وقت الوصية له أو به ومعرفة ذلك بان جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية على ما ذكره الطحاوي واختاره المصنف وصححه الاستيعابي في شرح الكافي ومن وقت موت الموصى على ما ذهب اليه الفقيه أبو الليث واختاره صاحب النهاية (أما الاول) وهو الوصية للحمل فلانها استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة في بعض ماله) بعدم ربه لانه يملك في الحال والاستخلاف

بخلاف العبد والمكاتب لان اهلتم ما مستمة والمانع حق المولى فتصح اضافته الى حال سقوطه قال (ولا تصح وصية المكاتب وان ترك وفاء) لان ماله لا يقبل التبوع وقيل على قول أبي حنيفة لا تصح وعندهما تصح رد الهالي مكاتب يقول كل مملوك أملكه فيما استقبل فهو حر ثم عتق فقلت والخلاف فيها معروف عرف في موضعه قال (وتجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية) أما الاول فلان الوصية استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة في بعض ماله والخمين صلح خليفة في الارث فكذا في الوصية اذ هي أخته الا أنه يرتد بارداً ما فيه من معنى التملك الى قوله فالترك أولى لما فيه من الصدقة على الترتيب الخ فانه يفيد ما أفضلية الترك في الثواب أو تساويهما فيه انتهى أقول فيه اشكال لانه ان أراد أن قوله لما بيناه اشارة الى قوله فالترك أولى لما فيه من الصدقة الى آخره أي الى آخر تعليل تلك المسئلة وهو ما ينهي عن صدق قوله وان كانوا أغنياء يلزم أن لا يتم كلام المصنف هنا فانه انما يشي في صورة ان كانت الورثة فقراء فلا يصل الجواب عن قول الشافعي رحمه الله تعالى ولانه نظره بصرفه الى نفسه في نيل الزئبق في صورة ان كانوا أغنياء ويلزم أن لا يصح قول الشارح فانه يفيد ما أفضلية الترك في الثواب أو تساويهما فيه اذ الأفضلية متعينة حينئذ فلا معنى للترديد وان أراد بقوله الخ قوله والموصى به عكلاً بالقبول لتناوله صورة ان كانوا أغنياء أيضاً يلزم أن لا يجزى كلام المصنف هنا وكلام الشارح أيضاً في صورة ان كانوا أغنياء الاعلى القول الضعيف المذكور هناك بقيل وهو التخيير بين الوصية وتر كها على القول المختار المذكور هناك أولاً وهو كون الوصية أولى من تركها وبالجملة لا يخلو المقام على كل حال عن نوع من الاختلال قال بعض المتأخرين هنا بعد نقل ما في العناية وفيه أن التساوي مبني على قول ضعيف كما سبق ولا حاجة اليه في المقصود انتهى أقول ان قوله ولا حاجة اليه في المقصود ليس بصحيح اذ الأفضلية للترك في صورة ان كانت الورثة أغنياء بل الأفضلية فيها للوصية على القول المختار أو الوصية وتر كها سيان فيها على القول الضعيف كما تقرر فيما سبق والمقصود هنا هو الجواب عن قول الشافعي ولانه نظره بصرفه الى نفسه في نيل الزئبق ولا ريب أن ذلك المقصود لا يحصل بقول المصنف هنا وهو يحجز الثواب بالترك على ورثته في صورة ان كانوا أغنياء الا بالثبوت بالقول الضعيف في تلك المسئلة وهو تساوي الوصية وتر كها على القول المختار فيها تكون الوصية أفضل فلا يتيسر احراز الثواب بتر كها فتصحق الحاجة الى ذكر التساوي ليتم الجواب بالنظر الى تلك الصورة أيضاً وعن هذا أورد بعض الفضلاء على ما في العناية ما أوردته ذلك ولم يذ كر المقدمة القائلة ولا حاجة اليه في المقصود حيث قال فيه بحث فان التساوي فيه ضعيف ولذلك البعض أورد المصنف بصيغة التبريض انتهى (قوله وتجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية) أي وتجوز الوصية للحمل مثل أن يقول أوصيت بنتك مالي لمافي بطن فلانة وبالحمل كما اذا أوصى بما في بطن جاريته ولم يكن منه لکن بشرط أن يعلم أنه موجود في البطن وقت الوصية له أو به بان جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية على ما ذكره الطحاوي

### بخلاف

يصلح الخنين ان تافكذ اوصية لانها مأخضان فان قيل لو كانتا أختين لما جازدها كالم يجزوه أجاب بقوله (الا أنه) أي فعل الوصية أو الايضاء (يرتد بارداً ما فيه من التملك) دون الميراث لعدم ذلك فيه (قال المصنف وتجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة أشهر) أقول هذا اذا لم تكن المرأة التي أوصى بحملها معتدة فانها حينئذ اذا ولدت لاقل من سنتين حتى حكمه بثبوت النسب كان ذلك حكماً بوجوده في البطن حين الوصية أو حين موت الموصي ففي كلامه نوع قصور (قوله واختاره صاحب النهاية) أقول وصاحب الكافي أيضاً

بمخلاف الهبة لانها تمليك محض ولا ولاية لاحد عليه لئلا يملكه شيئا

وصححه الاستيعابي في شرح الكافي واختاره المصنف أو من وقت موت الموصي بان جاءت به لافضل من ستة أشهر من وقت موته على ما ذكره الفقيه أبو الليث في باب الوصايا والامام الاستيعابي في شرح الطحاوي واختاره صاحب النهاية هذا زيادة ما في العناية وغاية البيان قال بعض المتأخرين بعد أن شرح المقام هذا المنوال أقول ليس مبنى هذا الاختلاف على الاختلاف في أنه هل يكفي في صحة الوصية وجود الموصي له وبه وقت موت الموصي أو لابد مع ذلك من وجودهما وقت الوصية لاتفاق مشايخنا على أن الشرط لصحتها وجودهما وقت الموت فقط لا وقت الوصية أيضا لانها تمليك بعد الموت فلا بد من وجودهما اذذاك دون وقت الايجاب بدليل ما ذكره الامام فاضلخان وسيجيء أيضا أنه لو قال أوصيت بثلث مالي لفلان وليس له مال ثم استفاد مالا كان للموصي له ثلث ما تركه وبدليل ما ذكره صاحب المحيط نقلا عن الاصل أنه اذا أوصى بثلث ماله لبنى فلان وليس لفلان ابن يوم الوصية ثم حدث له بنتون بعد ذلك ومات الموصي كان الثلث للذين حدثوا من بنيه فبينه فبين أن منشأ الاختلاف ليس بذلك بل خصوصية في المسئلة اعتبارها الطحاوي ولم يتنبه لها غيره وهي أن المفهوم عرفا ولغة اذا قيل أوصيت لمالي بطنها بكذا كونه موجودا في بطنها وقتئذ لان المعنى لما ثبت وتحقق في بطنها في هذا الوقت الى هنا كلام ذلك البعض أقول فيه اختلال فاحش فان قوله لاتفاق مشايخنا على أن الشرط لصحتها وجودهما وقت الموت فقط لا وقت الوصية أيضا ممنوع كيف وقد وضع في المحيط والذخيرة فصل على حدة لبيان أن الاعتبار لصحة الايجاب في الوصايا وجود الموصي به يوم موت الموصي أو وجوده يوم الوصية وذكره هناك أن حاصل هذا الفصل أن الموصي به اذا كان معينا يعتبر لصحة الايجاب وجوده يوم الوصية حتى ان من أوصى لانسان بعين لا يملكه ثم ملكه يوما من الدهر لا تصح الوصية واذا كان العين الموصى به في ملك الموصي يوم الوصية فالوصية تتعلق به حتى اذا هلك ذلك العين تبطل الوصية ومتى كان الموصي به غير معين وهو شائع في بعض التركة فكذلك يعتبر لصحة الايجاب وجود الموصي به يوم الوصية وتعلق الوصية به فلو قال أوصيت لك بثلث غنمي أو بشاة من غنمي وليس في ملكه غنم يوم الوصية لا تصح الوصية حتى لو وجدت للموصي اغنام بعد ذلك قبل أن يموت لا يكون للموصي له من الاغنام الحادثة شئ ومتى كان الموصي به غير معين وهو شائع في جميع التركة يعتبر لصحة الايجاب وجود الموصي به يوم موت الموصي فاذا أوصى لرجل بثلث ماله وله مال فهلك ذلك المال واكتسب مالا غيره فان ثلث ماله الذي اكتسبه للموصي له ولم يتعلق الوصية بالمال الموجود يوم الوصية حتى لا تبطل بهلاكه انتهى فقد ظهر لك بذلك أن الاعتبار لصحة الايجاب في أكثر أقسام الوصايا وجود الموصي به وقت الوصية لا وقت الموت فلامعنى لقوله بانفاق مشايخنا على أن الشرط لصحتها وجودهما أي وجود الموصي له وبه وقت الموت فقط لا وقت الوصية أيضا وقوله في تعليل ذلك لانها تمليك بعد الموت فلا بد من وجودهما اذذاك دون وقت الايجاب ليس تمام لان سبب الاستحقاق هو الوصية فيجوز أن يعتبر وجودهما وقت وجود ذلك السبب كما يجوز أن يعتبر وجودهما وقت تحقق الحكم وهو الملك ومن هذا منشأ الاختلاف الواقع بين المشايخ على ما مر من قبيل وقوله بدليل ما ذكره الامام فاضلخان وسيجيء أيضا أنه لو قال أوصيت لفلان بثلث مالي وليس له مال ثم استفاد مالا كان للموصي له ثلث ما تركه ليس بصحيح لان ذلك انما يكون دليلا على كون المعتبر وقت الموت فيما اذا كان الموصي به غير معين وهو شائع في جميع التركة كما هو الحال في قوله أوصيت بثلث مالي لفلان لا فيما اذا كان الموصي به معينا كما فيما نحن فيه وعن هذا قال صاحب النهاية وغيره في شرح تلك المسئلة التي سيجيء

وقوله (بمخلاف الهبة)  
متصل بقوله ويجوز الوصية  
للعمل يعني أن الهبة للعمل  
لا تصح (لانها تمليك محض)  
والجنين ليس بصالح لذلك  
لان الملك بالهبة انما ينبت  
بالقبض (ولا قدرة لاحد عليه  
ليملكه شيئا) يحصل الملك  
فيه بالقبض

في الكتاب هذا اذا كان الموصى به غير معين وهو شائع في جميع التركة كما في اسم المال وأما اذا كان معينا في نوع من المال فالحكم بخلافه ونقلوا عن الذخيرة ما نقلناه عن المحيط والذخيرة من التفصيل فيما مر آتفا وقوله وبديل ما ذكره صاحب المحيط نقلا عن الاصل أنه اذا أوصى بثلاث ماله لثلاث فلان وليس لفلان ابن يوم الوصية ثم حدث له بنون بعد ذلك ومات الموصى كان الثلث للذين حددوا من بينه ليس يتم لان ما ذكره صاحب المحيط هناك جواب ظاهر الرواية ولا يلزم منه أن يكون الجواب في غير ظاهر الرواية أيضا كذلك سماعه الطحاوي في أن ثبت الاتفاق بذلك وعن هذا قال صاحب البدائع ثم يعتبر ذلك من وقت الموت في ظاهر الرواية وعند الطحاوي من وقت وجود الوصية انتهى وقوله فتبين أن منشأ الاختلاف ليس بذلك بل خصوصية في المسئلة التي اعتبرها الطحاوي ولم يتنبه له غيره وهو أن المفهوم عرفا ولغة اذا قيل أوصيت لثلاثي بطنها بكذا كونه موجودا في بطنها وقتئذ لا يكاد يصح اذا نسلم جدا أن المفهوم عرفا ولغة اذا قيل أوصيت لثلاثي بطنها بكذا كونه موجودا وقتئذ بل يكفي كونه موجودا وقت موت الموصى لثبوت حكم الوصية عند موته وكيف يتصور من أساطين الفقهاء سيما أصحاب ظاهر الرواية أن لا يتنبهوا لما يفهم من الكلام عرفا ولغة ولا ينبغي أن ينسب إلى أحد منهم الغفلة عن شيء من اللغة والعرف فضلا عن الغفلة عنهم معا وقوله لان المعنى لما ثبت وتحقق في بطنها في هذا الوقت فتحكم بحتم بل المعنى لما ثبت وتحقق في بطنها وأما كون ثبوته في وقت الوصية أو في وقت الموت فأمر خارج عن مفهوم نفس اللفظ وإنما المعنى له شيء آخر وهو محل الاجتهاد من الفريقين وقد بينه صاحب البدائع بان قال وجه ما ذكره الطحاوي أن سبب الاستحقاق هو الوصية فيعتبر وقت وجوده ووجه ظاهر الرواية أن وقت نفوذ الوصية واعتبارها في الحكم وقت الموت فيعتبر وجوده من ذلك الوقت انتهى ثم ان ذلك البعض قال واعلم أن في كلام صاحب الكافي هنا اضطرابا لانه دل أوله على أن اعتبار المدة من وقت الوصية فيهما أي في الموصى له وبه وآخروه دل على أنه من وقت الموت اذا كانت الوصية للحمل ولم يظهر لي وجهه انتهى أقول ان صاحب الكافي قال في أول كلامه وتجاوز الوصية للحمل وبالجل ان ولدت لاقبل من ستة أشهر من وقت الوصية ثم قال في آخره وأما الثاني فلانه تجرى فيه الورثة فتجري فيه الوصاية لما مر من أن الوصية أخت الميراث وقد يتقنوا بوجوده يوم الموت متى جاءت بالولد لاقبل من ستة أشهر من يوم الموت انتهى فيجوز فيه الوجهان أحدهما أن يكون المضاف مقدرًا في قوله من وقت الوصية فيكون المعنى من وقت وجود الوصية ولا يخفى أن وقت وجود الوصية هو وقت موت الموصى فيوافق أول كلامه آخره وقد أشار صاحب معراج الدراية إلى تأويل كلام المصنف بهذا الوجه ليوافق كلامه ما ذكر في المبسوط وثانيهما أن يكون مراده بإيراد آخر كلامه مخالفاً لآوله هو الاشارة إلى وقوع الروايتين في تعيين أول المدة التي يعلم فيها وجود الحمل في البطن وقد خفي على ذلك البعض كل من ذينك الوجهين حيث قال لم يظهر لي وجهه ثم انه أخطأ في قوله وآخروه دل على أنه من وقت الموت اذا كانت الوصية للحمل فان الذي في آخره انما هو الوصية بالجل لا الوصية للحمل لانه قال فيه وأما الثاني ولا ريب أن الثاني في قوله وتجاوز الوصية للحمل وبالجل هو الوصية بالجل ثم ان الزبلي قال في شرح الكنزود كوفي الكافي ما يدل على أنه ان أوصى له يعتبر من وقت الوصية وان أوصى به يعتبر من وقت الموت انتهى أقول ليس ذلك أيضا بسديد لان عبارة الكافي في أول الكلام هكذا وتجاوز الوصية للحمل وبالجل ان ولدت لاقبل من ستة أشهر من وقت الوصية ولا يخفى أن قوله من وقت الوصية ان لم يتعلق بقوله بالحمل فقط لكونه قريناً منه فلا أقل من أن يتعلق بمجموع قوله للحمل وبالجل فن أن يدل ذلك على اختصاص الاعتبار من وقت الوصية بما اذا أوصى له نعم ما ذكره صاحب



(وأما الثاني) وهو الوصية به (فلانه) أي (الجل بعرضية الوجود إذا الكلام) فيما إذا علم وجوده وقت الوصية فإن وضع المسئلة فيما إذا وضعت لاقبل من ستة أشهر من وقت الوصية أو الموت وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لا محالة ولقائل أن يقول في كلام المصنف تناقض ظاهر لانه لا يعلم وجوده شي الأبعد أن يكون موجودا وإذا كان موجودا لا يكون بعرض الوجود والجواب أن معنى قوله بعرض الوجود بعرض وجود يصلح لورود القبض عليه ومعنى قوله إذا علم وجوده تحققه وكونه في بطن الام فاندفع التناقض وقوله (وبأيها أوسع لحاجة الخ) وان اختلج في ذهنك تناقض آخر بين سعيه لاثبات الوجود لجواز الوصية وتوضيحه للعواز بصحتها في غير الموجود فالجواب سئمه ان شاء الله تعالى وقوله (ومن أوصى بجارية) يعني من قال أوصيت بهذه الجارية لفلان الاجلها صحت الوصية والاستثناء جميعا (لان اسم الجارية لا يتناول الجمل لفظا) لانه ليس بموضوع له ولا هو داخل في الموضوع وما لا يتناوله اسم الجارية صح استثناءه من الجارية كقبضها وسراويلها مما يتلبس بها وفيه إشارة الى ما يقال الجمل جزء من الام قبل الانفصال كاليد والرجل ولواستثنى اليد والرجل لم يجز فكذلك الجمل وذلك لان اسم الجارية يتناولها (٤٣٧) فان قيل كيف صح الاستثناء وهو

تصرف لفظي لا يرد على ما لا يتناوله اللفظ فالجواب ان صحته باعتبار تقرير ملك الموصى فيه كما كان قبل الوصية كما لو قال أوصيت لفلان بأف درهم الا فرسا فان الوصية في الاف صححة والاستثناء أيضا صحيح في تقرير ملكه في الفرس لا باعتبار خروجه عن المستثنى منه فانه لم يكن داخلًا فان قيل لانتم أن اسم الجارية لا يتناول الجمل فانه لو لم يستثنى استحققه الموصى له ولو لم يتناوله لما استحقه كغيره من أحواله أجب بقوله ولكنه يستحق بالاطلاق تبعًا لعني انه لم يتناوله بالعموم بل يستحق اذا أطلق الموصى عن قيد

وأما الثاني فلانه بعرض الوجود إذا الكلام فيما إذا علم وجوده وقت الوصية وبأيها أوسع حاجة الميت وجزءه ولهذا تصح في غير الموجود كالقرعة فلان تصح في الموجود وأولى قال (ومن أوصى بجارية الاجلها صحت الوصية والاستثناء) لان اسم الجارية لا يتناول الجمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعًا فاذا أفرد الام بالوصية صح افرادها ولانه يصح افراد الجمل بالوصية بخلاف استثناءه وهذا هو الاصل أن ما يصح افراده بالعقد يصح استثناءه منه اذ لا فرق بينهما وما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناءه منه وقد مر في البيوع

الكافي في آخر كلامه يدل على كون الاعتبار من وقت الموت فيما إذا أوصى بالجمل وبهذا ترد المخالفة بين أول كلامه وآخره والمخلص ما بيناهما نفا من أحد الوجهين فتبصر (قوله وأما الثاني فلانه بعرض الوجود إذا الكلام فيما إذا علم وجوده وقت الوصية) قال صاحب العناية في شرح هذا الجمل وأما الثاني وهو الوصية به فلانه أي الجمل بعرضية الوجود إذا الكلام فيما إذا علم وجوده وقت الوصية فان وضع المسئلة فيما إذا وضعت لاقبل من ستة أشهر من وقت الوصية أو الموت وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لا محالة انتهى أقول فيه خلل ظاهر فان زيادة قوله أو الموت في قوله من وقت الوصية أو الموت مع كونها غير مطابقة للشروح تقتضي أن لا يصح قوله وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لا محالة اذ على تقدير أن وضعت لاقبل من ستة أشهر من وقت موت الموصى لا يعلم وجوده وقت الوصية أصلا فيما إذا مضت بين الوصية والموت مدة يصير بها زمان وضع الجمل أكثر من ستة أشهر من وقت الوصية وهذا مما لا يستره به (قوله ومن أوصى بجارية الاجلها صحت الوصية والاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول الجمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعًا فاذا أفرد الام بالوصية صح افرادها) أقول لقائل أن يقول هذا التعليل ينتقض بصورة البيع فانه اذا باع جارية الاجلها فسد البيع مع امكان جريان هذا التعليل هناك أيضا لا يقال انما فسد البيع لاصل وهو أن ما لا يصح افراده بعقد لا يصح استثناءه من ذلك العقد

الافراد فاذا أفرد الام لم يبق مطلقا بل تقيدت الام بالافراد فصحت الوصية بمقردة وقوله (ولانه يصح) قد ذكره في البيوع

(قوله فان وضع المسئلة فيما إذا وضعت لاقبل من ستة أشهر من وقت الوصية أو الموت وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لا محالة) أقول فيه بحث فاتها اذا وضعت لاقبل من ستة أشهر من موت الموصى لانه وجود الجمل وقت الوصية اذ قد يكون بين الموت والوصية شهر أو شهران أو يزيد فليتأمل (قوله والجواب سئمه) أقول في آخر باب الوصية بالخدمة والسكنى حيث فرق المصنف بين الثمرة المعدومة والولد المعدوم (قوله ولا هو داخل في الموضوع) أقول عطف على قوله ليس بموضوع (قوله وما لا يتناوله اسم الجارية صح استثناءه) أقول الاستدلال بهذا على عدم صحة الاستثناء أظهر كما لا يخفى على من يعرف معنى الاستثناء ثم قوله صح استثناءه يعني لتقرير الملك (قوله لان اسم الجارية يتناولها) أقول ان أرادته مقصودا فليس كذلك وان أرادته بما للجمل كذلك (قوله كما لو قال أوصيت لفلان بأف درهم الا فرسا) أقول فيه بحث فانه صرح في كتاب الاقرار أن ما لا يتناوله اللفظ مقصودا بل يدخل فيه تبعًا لايصح استثناءه لان الاستثناء تصرف لفظي ولو صح الاستثناء باعتبار تقرير الملك لصح في الاقرار أيضا استثناء البناء من الدار والغصن من الخاتم والخلعة من البستان فليتأمل في الفرق

قال (ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية) (٤٣٨) الرجوع عن الوصية جائز لوجهين أحدهما أنه تبرع لم يتم لان تمامها

بعون الموصي والتبرع  
التمام كالهبة جاز الرجوع  
فيه ففيما يتم أولى والثاني  
أن القبول يتوقف على الموت  
والإيجاب المفرد يجوز  
إبطاله في المعاوضات كما في  
البيع ففي التبرع أولى ثم  
الرجوع قد يكون صريحا  
وهو أن يقول رجعت عما  
أوصيت به لفلان وقد يكون  
دلالة وله أنواع ذكر المصنف  
لهافي الكتاب صوابها هي  
جامعة واضحة وقوله (وان  
جحد الوصية لم يكن رجوعا  
كذا ذكره محمد) اعلم أن محمدا  
ذكر في الجامع أن جحد  
الوصية ليس برجوع وذكر  
في المبسوط أنه رجوع فن  
مشايخنا من أهل المذكور  
في الجامع على الجحد في  
غيبه الموصي له وهو ليس  
برجوع في الروايات كلها  
لان الجحد انما يفتت اليه  
اذا صح الانكار والانتكار  
على الغائب لا يصح لانه من  
باب المعارضة المقضية  
معارضوا والمذكور في  
المبسوط محمول على الجحد  
بجزمه الموصي له وهو  
رجوع في الروايات كلها الصحة  
الانتكار حينئذ ومنهم من حمل  
المذكور في الجامع على صورة  
الجحد لا على الجحد الحقيقي  
فانه قال فيه اذا وصي الرجل  
لرجل بثلث ماله ثم قال لقوم  
(قوله اعلم أن محمدا ذكر في

قال (ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية) لانه تبرع لم يتم فجاز الرجوع عنه كالهبة وقد حققناه  
في كتاب الهبة ولان القبول يتوقف على الموت والايجاب يصح ابطاله قبل القبول كما في البيع  
قال (واذا صرح بالرجوع أو فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعا) أما الصريح فظاهر وكذا  
الدلالة لانها تعمل عمل الصريح فقام مقام قوله قد أبطلت وصار كالبيع بشرط الخيار فانه يبطل  
الخيار فيه بالدلالة ثم كل فعل لو فعله الانسان في ملك الغير ينقطع به حق المالك فاذا فعله الموصي كان  
رجوعا وقد عددنا هذه الافعال في كتاب الغصب وكل فعل يوجب زيادة في الموصي به ولا يمكن  
تسليم العين الا بها فهو رجوع اذا فعله مثل السويق بثلثه بالسمن والداريني فيه الموصي والقطن  
يخشو به والبطانة يبطن بها والظهاره يظهر بها لانه لا يمكن تسليمه بدون الزيادة ولا يمكن نقضها لانه  
حصل في ملك الموصي من جهته بخلاف تخصيص الدار الموصي بها وهدم بناؤها لانه تصرف في  
التابع وكل تصرف أو جحد زال ملك الموصي فهو رجوع كما اذا باع العين الموصي به ثم اشتراه أو وهبه  
ثم رجع فيه لان الوصية لا تنفذ الا في ملكه فاذا أزاله كان رجوعا وبيع الشاة الموصي بها رجوع لانه  
للصرف الى حاجته عادة فصار هذا المعنى أصلا أيضا وغسل الثوب الموصي به لا يكون رجوعا لان  
من أراد أن يعطى ثوبه غيره يغسله عادة فكان تصرفا قال (وان جحد الوصية لم يكن رجوعا) كذا  
ذكره محمد

والجمل مما لا يصح افراده بالبيع فلا يصح استثناءه منه كما مر في باب البيع الفاسد من كتاب البيوع  
بخلاف الامر في الوصية فان افراد الجمل بالوصية يصح فكذا استثناءه منها كما سيأتي في التعليل الثاني  
لانا نقول ذلك الفرق موجب التعليل الآتي وكلامنا في هذا التعليل الاول فلما معنى للخلط ثم ان صاحب  
العناية قال في شرح أول هذا التعليل لان اسم الجارية لا يتناول الجمل لانه ليس بموضوع له ولا هو داخل  
في الموضوع وما لا يتناوله اسم الجارية يصح استثناءه من الجارية كقبضه لوسر او لبها مما يتلبس بها  
انتهى أقول مقتضى تقريره هذا أن يكون قول المصنف لان اسم الجارية لا يتناول الجمل لفظا صغرى  
لقياس من الشكل الاول كبراه مطوية وهي قوله وما لا يتناوله اسم الجارية يصح استثناءه من الجارية  
وأن يكون ذلك القياس وحده دليلا مستقلا على صحة استثناء الجمل في مسئلتنا هذه لكن فيه بحث  
وهو أنه كيف يتم الاستدلال بعدم تناول اسم الجارية للحمل على صحة استثناءه منها ومعنى الاستثناء  
يقضى خلاف ذلك فان معناه هو الانراج عما يتناوله صدر الكلام كما هو المتعارف أو المنع عن دخول  
بعض ما تناوله صدر الكلام كما اختاره صاحب التوضيح وقال المصنف في باب الاستثناء من كتاب  
الاقرار الاستثناء ما لولا ما دخل تحت اللفظ وعلى كل من التبعيرات فتناول صدر الكلام للستنى مما لا بد  
منه في الاستثناء الحقيقي الذي هو المتصل وأما المنقطع فصيغة الاستثناء مجازية كما عرف في محله  
سما في كتب الاصول ويمكن أن يقال ان صيغة الاستثناء وان كانت مجازا في المنقطع الا أن لفظ الاستثناء  
حقيقة اصطلاحية في القسمين معا كما نص عليه صاحب التلويح في فصل الاستثناء فيجوز أن يراد  
بالاستثناء المذكور في هذه المسئلة هو الاستثناء المنقطع وهو لا يقتضى تناول صدر الكلام للستنى بل  
ينافي ذلك فيتم التقرير وقال صاحب العناية بعد كلامه السابق وفيه اشارة الى ما يقال الجمل جزء من الام  
قبل الانفصال كاليد والرجل ولو استثنى اليد والرجل لم يجز فكذلك الجمل وذلك لان اسم الجارية  
يتناولها انتهى واعتراض بعض الفضلاء على قوله لان اسم الجارية يتناولها حيث قال ان أراد  
مقصودا فليس كذلك وان أراد تبعا فالجمل كذلك انتهى أقول هذا في غاية السقوط اذ لا شك أن المراد أن  
اسمها يتناولها مقصودا وقوله فليس كذلك ليس بشئ اذ لا ريب أن اسم الجارية فيما اذا قال أوصيت

وقال أبو يوسف يكون رجوعا لان الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فأولى أن يكون رجوعا

اشهدوا اني لم أوص لفلان  
لا بقليل ولا بكثير لا يكون هذا  
رجوعا لان قوله اشهدوا  
اني لم أوص لفلان طلب  
شهادة الزور منهم فيكون  
معناه قد أوصيت لفلان  
بكذا الأني سأنتكم أن  
تشهدوا لي بالباطل وطلب  
شهادة بالباطل لا يكون  
رجوعا لانه ليس به رجوع  
حقيقة وما ذكره في المسبوط  
على الجحود الحقيقية وه  
رجوع على الروايات كلها  
ومهم من قال المذ كورفي  
الجامع جواب القياس  
والمذ كورفي المسبوط جواب  
الاستحسان ومهم من قال  
في المسئلة روايتان قال شيخ  
الاسلام وهو الاصح ومنهم  
من قال المذ كورفي الجامع  
قول محمد والمذ كورفي المسبوط  
قول أبي يوسف قال شمس  
الائمة السرخسي هو الاصح  
لان المعلى قال في فوائده قال  
سألت أبا يوسف عن رجل  
أوصى لرجل بوصية ثم عد  
قال يكون رجوعا وسألت  
محمد قال لا يكون الجحود  
رجوعا وهو مختار المصنف  
واستدل لابي يوسف بان  
الرجوع نفي في الحال والجحود  
نفي في الماضي والحال واذا  
كان نفي الحال وحده رجوعا  
فني الماضي والحال أولى  
أن يكون رجوعا

بهذه الجارية يتناولها بجميع أجزائها الحقيقية مقصودا اذ لا معنى لايصاء الجارية بدون يدها أو رجلها  
أو نحو ذلك لا امتناع الانتفاع بها بدون أجزائها الحقيقية لعدم انفكاكها عنها بخلاف الرجل فإنه ليس  
بجزء منها حقيقة قبل الانفصال أيضا بل هو بمنزلة الجزء منها عند اتصالها بها كما صرح به المصنف في  
اليوم ويمكن انفكاكها عنه بوضعها ياه بخاز أن لا يكون مقصودا عند ايصالها كما لا يخفى ثم قال  
صاحب العناية فان قيل فكيف صح الاستثناء وهو تصرف لفظي لا يراد على ما لا يتناوله اللفظ فالجواب أن  
صحته باعتبار تقرير ملك الموصي فيه كما كان قبل الوصية كقولنا أوصيت لفلان بالف درهم الا فرسان  
الوصية في الالف صححة والاستثناء أيضا صحح في تقرير ملكه في الفرس لا باعتبار خروجه من المستثنى  
منه فإنه لم يكن داخلا انتهى وقال بعض الفضلاء فيه بحث فإنه صرح في كتاب الاقرار أن ما لا يتناوله  
اللفظ مقصودا بل يدخل فيه تبعه الا يصح استثناءه لان الاستثناء تصرف لفظي ولو صح الاستثناء باعتبار  
تقرير الملك لصح في الاقرار أيضا استثناء البناء من الدار والفص من الخاتم والنخلة من البستان فليتنامل في  
التفرق انتهى وقصد بعض المتأخرين الجواب عنه فقال فان قلت يشكل حينئذ ما ذكر في كتاب الاقرار  
أنه لو قال هذه الدار لفلان الابناء فانها في وللقمر له الدار والبناء لان الدار اسم لما أدير عليه الخط والبناء  
يدخل تبعه والاستثناء انما يصح عما يتناوله الكلام نصا لا تبعه عاقل حكوا بطلان الاستثناء هناك ولم  
يصحوه باعتبار تقرير الملك كما صححوا به هنا قلت انما لم يصحوا ذلك لاستلزامه ابطال حق ثبت بالاقرار  
ولا يلزم ذلك في الوصية لانها تبرع يصح الرجوع عنه غاية أن يحمل الاستثناء على الرجوع عنها في حق  
التابع انتهى أقول جوابه ليس بمستقيم فان ابطال حق ثبت بالاقرار انما يلزم في تلك المسئلة المذ كورفي  
كتاب الاقرار على تقدير أن لا يصح الاستثناء فيها ولا يجعل البناء للقمره وأما على تقدير أن يصح الاستثناء  
فيها فلا يلزم ابطال ذلك أصلا اذ بصير الاقرار حينئذ مخصوصا بمعامدة البناء اذ قد تقرر في مباحث  
الاستثناء أن حكم الكلام يتوقف فيما وقع فيه الاستثناء على تمام الكلام بذكر المستثنى فيثبت الحكم  
فيما عدا المستثنى فيصير معنى قوله منسلا هذه الدار لفلان الابناء على تقدير أن يصح الاستثناء غير  
بناء هذه الدار لفلان ويهدا يندفع التناقض التوهم بين أول الكلام وآخره في أمثلة الاستثناء فظهر  
أنه لو صح الاستثناء في مسئلة الاقرار لم يستلزم ذلك ابطال حق ثبت بالاقرار قط ثم ان المصير الى جعل  
الاستثناء فيما نحن فيه على الرجوع عن الوصية في حق التابع ليس بسديد أيضا اذ لو كان الأمر كذلك  
لما احتج الى شيء من التعليلين المذ كورين في الكتاب لمستلزامه ولزم أن يكون ذلك من قبيل التزام  
ما لا يلزم فان مسئلة جواز الرجوع عن الوصية سيجي بعبقارها وتفاريعها بعيد هذه المسئلة (قوله)  
وقال أبو يوسف يكون رجوعا لان الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فأولى أن يكون  
رجوعا قال بعض المتأخرين قلت هذا كلام ظاهري والافان نفي في الرجوع عنها بمعنى فسحتها ورفعها  
وفي الجحود بمعنى سلبها ونفي وقوعها وأين هذا من ذلك انتهى أقول ليس المراد بقول أبي يوسف ان جحود  
الوصية يكون رجوعا عنها أن الجحود والرجوع متحدان معني بل المراد أنهما متحدان حكما وهو ابطال  
الوصية بان لا يثبت الملك للموصي له في تركه الموصي فكون النفي في الرجوع بمعنى الفسخ وفي الجحود بمعنى  
سلب الوقوع انما ينافي الاتحاد في المعنى لا الاتحاد في الحكم ومبني استدلاله المذ كور على الثاني دون  
الأول فلا محذور على أن ما ذكره ذلك البعض على تقدير وروده انما يتوكل الى ما ذكره المصنف في

(ولمحمد أن الجحود) وهو أن يقول لم أوص لفلان أو ما وصبت له (نفي في الماضي) لكونه موضوعاً لذلك والانتفاء في الحال ضرورة ذلك لا استمرار ذلك إن ثبت ما لم يغير وإذا كان الكذب ثابتاً في الحال لكونه كاذباً في جوده إذا الفرض أنه أوصى ثم محمد كان النفي في الماضي باطلاً فيبطل ما هو من ضرورته وهو الانتفاء في الحال فكان الجحود لغواً وفي بعض الشروح جعل اسم كان في قوله وإذا كان ثابتاً في الحال الوصية وفي بعضها الحق وكلاهما مصادرة عن المطلوب فتأمل وقوله (أولان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال) دليل آخر لتحقيقه أن أحدهما مركب من النفي والاثبات والآخر مجرد النفي فلا يكون الجحود رجوعاً حقيقة ولا العكس أيضاً وفيه نظر من وجهين أحدهما (٤٤٠) أنه قال في الدليل الأول أن الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال

ولمحمد أن الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك وإذا كان ثابتاً في الحال كان الجحود لغواً وأولان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فيلا يكون رجوعاً حقيقة ولهذا لا يكون جحوداً للكاح فرقة

التعليل الثاني لمحمد رجه الله كما لا يخفى على التأمل فلا وجه لتسبته إلى نفسه بقوله قلت (قوله ولمحمد أن الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك وإذا كان ثابتاً في الحال كان الجحود لغواً) قال صاحب العناية في شرح هذا التعليل ولمحمد أن الجحود وهو أن يقول لم أوص لفلان أو ما وصبت له نفي في الماضي لكونه موضوعاً لذلك والانتفاء في الحال ضرورة ذلك لاستمرار ذلك إن ثبت ما لم يغير وإذا كان الكذب ثابتاً في الحال لكونه كاذباً في جوده إذا الفرض أنه أوصى ثم محمد كان النفي في الماضي باطلاً فيبطل ما هو من ضرورته وهو الانتفاء في الحال فكان الجحود لغواً انتهى أقول فيه خلل أما أولاً فلأنه جعل اسم كان في قول المصنف وإذا كان ثابتاً في الحال الكذب وليس بعقيد لان الكذب ما لم يتقدم ذكره في كلام المصنف لالفاظ ولا معنى ولا حكاية فكيف يصح أن يكون اسم كان في قوله المذكور ضميراً لاجعاً إلى الكذب وأما ثانياً فلأنه لو كان المراد بذلك أن يكون قول المصنف في الحال في قوله وإذا كان ثابتاً في الحال مستدر كالأطائل تحته فان ثبوت الكذب في الجحود يقتضي كون الجحود لغواً غير فصل بين أن يكون ثبوت ذلك في الحال أو في غيره من الأزمان وأما ثالثاً فلأنه لو كان المعنى ذلك لما تحقق الفائدة من قول المصنف والانتفاء في الحال ضرورة ذلك فإنه إذا كان الكذب في جوده ثابتاً بناءً على كون الفرض أنه أوصى ثم محمد كان جوده لغواً باطلاً لا حكم له أصلاً سواء كان الانتفاء في الحال من ضرورة ذلك أو لم يكن من ضرورته ثم قال صاحب العناية وفي بعض الشروح جعل اسم كان في قوله وإذا كان ثابتاً في الحال الوصية وفي بعضها الحق وكلاهما مصادرة على المطلوب فتأمل انتهى أقول فيه نظر لأن المصادرة على المطلوب إنما تلزم أن لو كان معنى كلام المصنف وإذا كان الوصية أو الحق ثابتاً في الحال لعدم كون الجحود رجوعاً كان الجحود لغواً وليس معناه ذلك بل معناه وإذا كان الإيصال والحق ثابتاً في الحال لكونه كاذباً في جوده إذا الفرض أنه أوصى فيما مضى ثم محمد كان الجحود لغواً حيث كان النفي في الماضي باطلاً لفظاً والكذب فيبطل ما هو من ضرورته وهو الانتفاء في الحال ولا مصادرة في هذا كما لا يخفى على ذي مسكة (قوله أولان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فيلا يكون رجوعاً حقيقة ولهذا لا يكون جحوداً للكاح فرقة) قال في العناية فيه نظراً من وجهين أحدهما أنه قال في الدليل الأول أن الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك وهذا قال والجحود نفي في الماضي

ضرورة ذلك وهما قال والجحود نفي في الماضي والحال وبينهما متساو والثاني أنه لا يلزم من عدم كون الجحود رجوعاً حقيقة عدم جواز استعماله فيه مجازاً صوتاً لكلام العاقل عن الالتفاء والجواب عن الأول أن قوله نفي في الماضي والحال معناه نفي في الماضي وضعاً وحقيقة وفي الحال ضرورة لا وضعاً وهو الأول فلان نفي وعن الثاني بأن الرجوع والجحود بالنظر إلى الماضي متضادان والتضاد ليس من مجازات المجاز في الالفاظ الشرعية على ما قررناه في الأوقار والتقرير ولهذا لا يكون جحوداً للكاح فرقة يعني مستعاراً للطلاق لان الجحود يقتضي عدم الكاح في الماضي والطلاق يقتضي وجوده فكانا متقابلين فلا يجوز استعارتهما أحدهما للآخر

(قوله وإذا كان الكذب ثابتاً في الحال) أقول لا يخفى عليك أن الكذب غير مذكور هنا ولا هو في حكم المذكور (ولو حتى يرجع إليه الضمير أيضاً إذا كان المراد ذلك كان التقيد بقوله في الحال خالفاً عن الفائدة (قوله وكلاهما مصادرة عن المطلوب) أقول فيه بحث فإنه إذا جعل اسم كان ضميراً الوصية واستدل على صدق المقدم بما ذكره كقاعله الاتفاق لا يلزم المصادرة فإن المدعى هو عدم كون الجحود رجوعاً كما لا يخفى (قوله والجواب عن الأول أن قوله الخ) أقول ويجوز أن يجاب عنه أيضاً بأنه مبني على التثنية والتسليم (قوله وعن الثاني بأن الرجوع والجحود بالنظر إلى الماضي الخ) أقول وقد سبق منه أيضاً في باب الوكالة بالخصومة والقبض

وقوله (ولو قال كل وصية

أوصيت بها) واضح وقوله (لأن اللفظ يدل على قطع الشركة) قيل لأنه لم يذكر بينهما حرف الاشتراك وإنما جعل تلك الوصية بعينها غيره وقوله (لما يتنا) إشارة إلى هذا التعليل وقوله (وقد ذكرنا حكمه) يريد به ما تقدم من التوقف على إجازة بقية الورثة فإن أجازوا جازوا ولا فلا

(ولو قال كل وصية أوصيت بها فلان فهو حرام وورثا لا يكون رجوعا) لأن الوصف يستدعي بقاء الأصل (بمخلاف ما إذا قال فهي باطلة) لأنه الغائب المتلشى (ولو قال آخرتها لا يكون رجوعا) لأن التأخير ليس للسقوط كتأخير الدين (بمخلاف ما إذا قال تركت) لأنه اسقاط (ولو قال العبد الذي أوصيت به فلان فهو لفلان كان رجوعا) لأن اللفظ يدل على قطع الشركة (بمخلاف ما إذا أوصى به لرجل ثم أوصى به لآخر) لأن المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها (وكذا إذا قال فهو لفلان وارثي يكون رجوعا عن الأول) لما يتنا ويكون وصية للوارث وقد ذكرنا حكمه (ولو كان فلان لا تخرم متباين أوصى فالوصية الأولى على حالها) لأن الوصية الأولى إنما تبطل ضرورة كونها الثانية ولم يتحقق فسق الأولى (ولو كان فلان حين قال ذلك حيا ثم مات قبل موت الموصى فهي للورثة) لبطان الوصيتين الأولى بالرجوع والثانية بالموت

باب الوصية بثلاث المال

باب الوصية بثلاث المال

لما كان أقصى ما يدور عليه مسائل الوصايا عند عدم إجازة الورثة ثلث المال ذكر تلك المسائل التي تتعلق به في هذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا الكتاب قال (ومن أوصى لرجل بثلاث ماله الخ) ومن أوصى لرجل بثلاث ماله ثم أوصى لآخر أيضا بذلك فالورثة إما أن يجزواهما أولا فإن أجازوا فلهما الثلثان ولهم الثلث وإن لم يجزوا فالثالث بينهما نصفان إذا لم يزد على الثلث حية ولو ليس أحدهما أولى به من الآخر فقساوي سبب الاستحقاق والتساوي فيه يوجب التساوي في الاستحقاق فإن كان المحل يقبل الشركة جعل بينهما وإن لم يكن كرجلين أو أما البينة على نكاح امرأة تبطل البيعتان جميعا وقوله (وان أوصى لأحدهما بالثلث وللاخر بالسدس) واضح

قال (ومن أوصى لرجل بثلاث ماله ولا آخر بثلاث ماله ولم تجز الورثة فالثالث بينهما) لأنه يضيّق الثلث عن حقهما إذ لا يزد عليه عند عدم الإجازة على ما تقدم وقد تناوينا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق والمحل يقبل الشركة فيكون بينهما (وان أوصى لأحدهما بالثلث وللاخر بالسدس فالثالث بينهما أثلاثا) لأن كل واحد منهما ما يدل بسبب صحيح وضاق الثلث عن حقيقه ما فيقسم ماله على قدر حقيقه ما يكفي أصحاب الدين فجعل الأقل سهما والأكثر سهمين فصارت ثلاثة أسهم لصاحب الأقل وسهمان لصاحب الأثر (وان أوصى لأحدهما بجميع ماله ولا آخر بثلاث ماله ولم تجز الورثة فالثالث بينهما على أربعة أسهم عندهما) وقال أبو حنيفة الثلث بينهما نصفان

والحلال وبينهما متناف والثاني أنه لا يلزم من عدم كون الجود رجوعا حقيقة عدم جواز استعماله فيه مجازا صونا للكلام العاقل عن الانعفاء والجواب عن الأول أن قوله نفي في الماضي والحال معناه نفي في الماضي وضاع حقيقة وفي الحال ضرورة لا وضاعا وهو الأول فلا تنافي وعن الثاني بان الرجوع والجود بالنظر إلى الماضي متضادان والتضاد ليس من مجوزات المجاز في اللفاظ الشرعية على ما قررناه في الأفرار والتقرير انتهى أقول بردي على جوابه عن النظر الثاني أن جواز استعمال الجود في الرجوع مجاز لا يتوقف على اعتبار علاقة المجاز التصاديبيتهما حتى يلزم من عدم كون التضاد من مجوزات المجاز في اللفاظ الشرعية أن لا يجوز استعمال الجود في الرجوع مجازا أصلا بل يجوز أن تكون العلاقة بينهما اشتراكا في معنى خاص وهو كونهما تافيين في الحال وإن كان الجود نافيا في الماضي أيضا كما أفصح عنه في غاية البيان وعن هذا قال في الذخيرة والمبسوط والاصح قول أبي يوسف رجه الله ووجهه أن الجود كذب حقيقة لأنه لا يشتمل الفسخ مجازا فيجعل على المجاز وهو الفسخ صيانة لكلام العاقل عن الانعفاء بدر الامكان وأمكن جعله على الفسخ لأن الموصى بنفرد بفسخ الوصية بخلاف البيع والإجازة إذا جحد أحد المتعاقدين لأن هناك تمدرجه على الفسخ لأن أحد المتعاقدين هناك لا ينفرد بفسخ حتى لو جحد أحدنا قول بانفساخ العقد وبمخلاف ما لو جحد الزوج النكاح من الأصل بان قال لم أتزوجك لأن هناك أيضا تعذر جعله على الفسخ لأن النكاح لا يشتمل الفسخ ولا يمكن أن يجعل كناية عن الطلاق إذ لا مشابهة بينهما لأن الجود ينفي العقد والطلاق يقطع العقد ولا ينفيه انتهى تبصر

باب الوصية بثلاث المال

لما كان أقصى ما يدور عليه مسائل الوصايا عند عدم إجازة الورثة ثلث المال ذكر تلك المسائل التي

وقوله (ولا يضرب أبو حنيفة) أي لا يجعل من ضرب في ماله سهماً أي جعل ومفعول لا يضرب محذوف أي لا يضرب شيئاً بصورة المحاباة  
عبدان لرجل قيمة أحدهما ألف ومائة وقيمة الآخر ستائة وأوصى بأن يباع أحدهما للفنان بمائة والآخر للفنان بمائة فإنه حصلت  
المحاباة لأحدهما بألف وللآخر بمائة والكل وصية لانه في حال المرض فإن لم يكن له غيره ولم تجز الورثة جازت المحاباة بقدر الثلث  
فيكون بينهم الثلث لا يضرب الموصى له بالألف بحسب وصيته وهي الألف والموصى له الآخر بحسب وصيته وهي خمسمائة فلو كان  
هذا كسائر الوصايا على قول أبي حنيفة وجب أن لا يضرب الموصى له بالألف في أكثر من خمسمائة وصورة السعاية أن يوصى بعق  
عبدان قيمة أحدهما ألف وقيمة الآخر ألفان ولا مال له غيره ما ان اجازت الورثة عتقاً جميعاً وان لم يجزوا عتقاً من الثلث وثلث ماله  
ألف فادلف بينهما على قدر وصيتهما اثنا الألف الذي قيمته ألفان ويسمى في الباقي والثلث الذي قيمته ألف ويسمى في الباقي وصورة  
الدراهم المرسله أي المطلقة هي أن يوصى لرجل بألفين وللآخر بألف درهم وثلث مائة ألف درهم ولم تجز الورثة فإنه يكون بينهم ما اتلانا  
كل واحد منهما يضرب بجمع وصيته (٤٤٣) لان الوصية في مخرجها صحيحة لجواز أن يكون له مال آخر يخرج هذا القدر من

الثلث ولا كذلك فيما إذا  
أوصى لرجل بثلث ماله  
ولا آخر بنصف ماله أو  
بجميع ماله لان اللفظ في  
مخرجه لم يصح لان ماله لو  
كثراً أو خرج له مال آخر  
يدخل فيه تلك الوصية ولا  
يخرج من الثلث (لهم في  
الخلافية) وهي ما إذا أوصى  
لأحدهما بجمع ماله  
ولا آخر بثلثه (ان الموصى  
قصدي شين الاستحقاق)  
على الورثة فيما زاد على  
الثلث وتفضيل بعض  
أهل الوصايا على بعض  
(وقد امتنع الاستحقاق لحق  
الورثة ولا مانع من التفضيل  
فيثبت كما في المحاباة)  
والسعاية والدراهم المرسله  
ولا يحنيفة أن الوصية

ولا يضرب أبو حنيفة للموصى له بما زاد على الثلث الا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسله) اهمافي  
الخلافية أن الموصى قصدي شين الاستحقاق والتفضيل وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من  
التفضيل فيثبت كما في المحاباة واختيها وله أن الوصية وقعت بغير المشروع عند عدم الاجازة من  
الورثة اذ لا تنفيذ لها بحال فيبطل أصلها والتفضيل يثبت في ضمن الاستحقاق فبطل بطلانه كالمحاباة  
الثابتة في ضمن البيع بخلاف مواضع الاجماع لانها تنفذ في الجملة بدون اجازة الورثة بان كان في  
المال سعة فتعتبر في التفاضل لكونه مشروعاً في الجملة بخلاف ما نحن فيه وهذا بخلاف ما إذا أوصى  
بعين من تركته وقيمه تزيد على الثلث فإنه يضرب بالثلث وان احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث

تعلق به في هذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا الكتاب كذا في النهاية والعناية (قوله وهذا بخلاف  
ما إذا أوصى بعين من تركته وقيمه تزيد على الثلث فإنه يضرب بالثلث وان احتمل أن يزيد المال فيخرج  
من الثلث) أشار به هذا الكلام الى صورة نقض ترد على وجه الفرق لابي حنيفة رحمه الله بين المسائل  
الثلاث المجمع عليها وبين الخلافية وهي على ما ذكر في الكافي ومعراج الدرابة ما إذا أوصى بعين بعينه  
لانسان قيمته ألف وبعيد آخر بعينه لانسان آخر قيمته ألفان ولا مال له سواهما فان الخلاف المذكور  
نابت فيه أيضاً مع انه يتصور هناك تنفيذ الوصية لكل واحد منهما في جميع ماسماه له بدون اجازة الورثة  
لاحتمال أن يزيد مال الميت فيخرج العبدان من الثلث وقال تاج الشريعة وصاحب العناية  
في تصوير صورة النقض ههنا بان كان عبداً أوصى به لرجل و بثلث ماله لا آخر ولا مال له سوى العبد  
ولم تجز الورثة فالثلث بينهما منصفان وان احتمل أن يكسب هذا العبد مالا فتصير رقبته مساوية لثلث  
المال أو يظهر له مال بحيث يصير العبد ثلث المال اه (أقول) فيه خلل لان الموصى به يصير اذ ذلك  
هو العبد وثلث المال ولا يتصور حينئذ تنفيذ الوصية لكل واحد من الموصى له في جميع ماسماه له  
بدون اجازة الورثة وان زاد مال الميت جداً لان العبد يكون رائداً على الثلث في تلك الصورة لا محالة ولا

وقعت بغير المشروع وحاصله أن التفضيل انما يثبت بناء على  
الاستحقاق واذا بطل الاستحقاق بطل ما ثبت في ضمنه (كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع) تبطل بطلان البيع وهذا لان الزيادة لما  
بطلت بقي كل منهما موصى له بالثلث وفي ذلك يتساوى بان فكذلك ههنا (بخلاف مواضع الاجماع) يعني المحاباة واختيها وهو واضح وقوله  
(وهذا بخلاف ما إذا أوصى بعين من تركته) صورة نقض ترد على المسائل المجمع عليها وقوله (وان احتمل أن يزيد المال فيخرج  
من الثلث) يعني بان كان عبداً أوصى به لرجل و بثلث ماله لا آخر ولا مال له سوى العبد ولم تجز الورثة فالثلث بينهما منصفان وان  
احتمل أن يكسب هذا العبد مالا فتصير رقبته مساوية لثلث المال أو يظهر له مال بحيث يصير العبد ثلث المال

(قوله أي لا يجعل من ضرب في ماله سهماً) أقول المراد بالضرب بالضرب المصطلح بين الحساب وتفضيله في شرح الوفاية لصدر  
الشريعة (قوله وصورة الدراهم المرسله أي المطلقة) أقول يعني غير المقيدة بأثمانها ثلث أو نصف أو نحوهما كذا في صدر الشريعة  
(قوله صورة نقض ترد على المسائل المجمع عليها) أقول أي على دليلها

وقوله ( لان هناك الحق تعلق بعين التركة ) يعني أن حق الموصي له تعلق بعين التركة ولهذا لو هلكت العين بطلت الوصية وان استفاد مالا آخر وحق الورثة أيضا تعلق بعين التركة فيما زاد على الثلث فيبطل حقه فيما زاد على الثلث لاستحالة اجتماع الحقيين بخلاف الألف المرسلة ولهذا لو هلكت بنفذ فيما استفاد لم تتعاق بعين ما تعلق به حق الورثة فلا يلزم بطلانه قال (ومن أوصى بنصيب ابنه) ومن أوصى بنصيب ابنه وهو موجود بطلت وصيته وان لم يكن له ابن يحمي (وان أوصى بمثل نصيب ابنه جاز) كان له ابن أولم يكن (لان الأول وصية بمال الغير لان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت) بنص الكتاب والوصية بمال الغير لا تجوز (والثاني وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشيء غيره وان كان يتقدر بقدره) وقال زفر جازت الأولى كالثانية نظر الى حال الوصية فان المال كله له في ذلك الحال لكونه حيا بعد للمالك أن يتصرف في ملكه كيف يشاء (٤٤٣) (وجوابه ما قلنا) وهو قوله لان الأول

وصية بمال الغير (قوله ولو أوصى بسهم من ماله) معناه فله السدس لا يزداد عليه ولا ينقص منه فان قيل أحسن الانصباء اقله والنسب أقل من السدس فكيف جعله بمعنى السدس قلت جعله بمعناه بما ذكر في الكتاب من الاثر واللغة أما لا تفرار وي عن ابن

لان هناك الحق تعلق بعين التركة بدليل انه لو هلك واستفاد مالا آخر تبطل الوصية وفي الألف المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما استفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة قال (واذا أوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة ولو أوصى بمثل نصيب ابنه جاز) لان الأول وصية بمال الغير لان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت والثاني وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشيء غيره وان كان يتقدر به فيجوز وقال زفر يجوز في الأول أيضا فينظر الى الحال والشكل ماله فيه وجوابه ما قلنا قال (ومن أوصى بسهم من ماله فله أخس سهام الورثة الآن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزداد عليه وهذا عند أبي حنيفة وقاله مثل نصيب أحد الورثة ولا يزداد على الثلث إلا أن يجيز الورثة) لان السهم براديه أحد سهام الورثة عرفا لاسمها في الوصية والأقل متيقن به فيصرف اليه الا اذا زاد على الثلث فيرد عليه لانه لا يزداد عليه عند عدم اجازة الورثة وله أن السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه وقد رفعه الى النبي عليه الصلاة والسلام فيما يروى

يصح تنفيذ ما زاد على الثلث بدون اجازة الورثة فتكون تلك الصورة مخالفة للسائل الثالث المجموع عليها حيث أمكن في هاتيك المسائل الثلاث تنفيذ الوصية في جميع ما سماه له ما في الجملة بخلاف تلك الصورة فلا تصلح لان تكون صورة نقض للفرق المذكور من قبل أبي حنيفة هنا بل انما تكون نظيرا للخلافة المذكورة من قبل (قوله لان هناك الحق تعلق بعين التركة بدليل انه لو هلك واستفاد مالا آخر تبطل الوصية وفي الألف المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما استفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة) هذا هو الجواب عن النقض الذي أشار اليه آنفا قال الزبلي في التبيين بعد ما نقل ما في الهداية هنا وهذا ينتقض بالمحابة فانها تعلقت بالعين مثله ومع هذا يضرب بما زاد على الثلث اه (أقول) ليس هذا النقض بوارد لان المحابة متعلقة بالتمن لا بالعين وقد أفصح عنه صاحب الكافي حيث قال والوصية بالسعاية بمنزلة الدراهم المرسلة وكذا بالمحابة لانها وصية بالتمن فصارت بمنزلة المال المرسل اه (قوله ولو أوصى بسهم من ماله فله أخس سهام الورثة الآن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزداد عليه) اعلم أن هذا المحل من مداحض هذا الكتاب ولهذا تبحر الشراح في حله فقال أكثرهم منهم صاحب العناية معناه فله السدس لا يزداد عليه ولا ينقص عنه (أقول) لا يخفى على ذي فطرة سليمة انه

قال في الكافي فعلى رواية الأصل جوز أبو حنيفة النقصان من السدس ولم يجوز الزيادة على السدس وعلى رواية الجامع الصغير جوز الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس ورواية المصنف تخالف كل واحدة منهما لان قوله الآن ينقص عن السدس فيتم له السدس ليس في رواية الميسر وقوله (ولا يزداد عليه) ليس في رواية الجامع الصغير فامانه اطلع على رواية غيرهما واما أنه جمع بينهما (وقالاه مثل نصيب أحد الورثة ولا يزداد على الثلث إلا أن يجيزه الورثة) ومقرزهما العرف (فان السهم براديه أحد سهام الورثة عرفا لاسمها في الوصية والأقل متيقن به فيصرف اليه الا اذا زاد) أي الأقل (على الثلث فيرد اليه لانه لا يزداد عليه عند عدم اجازة الورثة) ولأبي حنيفة ما ذكرناه آنفا في جواب السؤال من أن ابن مسعود وقول ابان

(قوله ولم يجوز النقصان عن السدس) أقول الى هنا افظ الكافي (قوله وقوله ولا يزداد عليه الخ) أقول فيه تأمل فان الظاهر ان المراد ان الزيادة على السدس اذا نقص أخس السهام عن السدس لا مطلقا حيث يكون ما في الكتاب رواية الجامع الصغير

وفي بعضها فيعطى الأقل  
منهما وفسر الاولى بعض  
الشارحين فقال يعنى  
ان كان أخس سهم  
الورثة أقل من السدس  
يعطى السدس لما ذكرنا  
أن السهم عبارة عن السدس  
وان كان أخس السهام  
أكثر منه يعطى ذلك لان  
السهم يذ كر ويراد به  
سهم من سهام الورثة عملا  
بالدليلين فان كان مراده  
بقوله ذلك أخس السهام  
وان كان أكثر من السدس  
فليس ذلك بدليل لما ذكر  
في الكتاب فان فيه الزيادة  
على السدس وقد قال في  
الكتاب ولا يزداد عليه وان  
كان مراده السدس فإثم  
عمل بالدليلين وأما الثانية  
وهو قوله فيعطى الأقل  
منها ما يؤدى الى نقصان  
عن السدس وفي الكتاب  
الآن ينقص عن السدس  
فيتمه السدس

(قوله وقد قال في الكتاب  
ولا يزداد عليه) أقول  
فيه بحث اذ ليس المراد  
نفي الزيادة مطلقا بل على  
تقدير كون أخس السهام  
ناقصا من السدس فيصعب  
ذلك دليلا لما في الكتاب  
نعم يراد به أن العمل  
بالدليلين يوجد اذا أعطى  
السدس اذا كان أخس  
السهام أكثر وأعطى ذلك

ولانه يذ كر ويراد به السدس فان ايا سا قال السهم في اللغة عبارة عن السدس ويذ كر ويراد به سهم من  
سهام الورثة فيعطى

لو كان المراد هذا المعنى لما كان لادائه بمثل هذا التركيب المعضل المشوش وجه وهل يليق هذا بمنصب  
المصنف وقال بعضهم معنى قوله ولا يزداد عليه في هذه الصورة المستثناة في الكتاب وهي ما اذا كان  
أخس السهام أنقص من السدس ليوافق رواية الجامع الصغير فعلى هذا يكون ما في الكتاب ساكتا عن  
بيان الحكم اذا كان أخس السهام أزيد من السدس اه (أقول) لا يخفى على الفطن ان قول المصنف  
رحمه الله في تعليل قول أبي حنيفة في هذه المسئلة وله أن السهم هو السدس الخ يقتضى أن يكون  
ما للموصى له في هذه المسئلة عنده هو السدس مطلقا أى سواء كان أخس السهام هو السدس أو ناقصا عنه  
أوزا ئدا عليه فلا مجال لأن يكون ما في الكتاب موافقا لرواية الجامع الصغير على مقتضى التعليل  
الذ كر فان في رواية الجامع الصغير تجوز الزيادة على السدس دون النقصان عنه والتعليل المذكور  
ينافي ذلك وقال صاحب العناية فان قيل أخس الانصاء أقله والثلث أقل من السدس فكيف جعله  
بمعنى السدس قلت جعله بمعناه ما ذكره في الكتاب من الاثر واللغة اه (أقول) الجواب منظور  
فيه لان ما ذكر في الكتاب انما يستدعى جعل السهم بمعنى السدس لاجل أخس الانصاء الذى هو  
أقلها بمعنى السدس وكلام السائل في الثاني دون الاول كما ترى والحق في الجواب ما يفهم عما ذكر  
في النهاية نقلا عن المبسوط وهو ان أقل الانصاء باعتبار الاصل وهو القرابة انما هو السدس وأما  
الثلث فانما هو أقلها باعتبار العارض وهو الزوجة وما يكون عارضا في مزاجته ما هو أصل كالعدم  
فيحمل اللفظ على أقل ما يستحق من السهام بالقرابة وهو السدس ثم قال صاحب العناية واعلم أن  
عبارة المشايخ والشارحين في هذا الموضوع اختلفت اختلافا لا يكاد يعلم منه شئ وسبب ذلك اختلاف  
رواية المبسوط والجامع الصغير قال في الكافي فعلى رواية الاصل يجوز أبو حنيفة النقصان عن السدس  
ولم يجوز الزيادة على السدس وعلى رواية الجامع الصغير يجوز الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان  
عن السدس ورواية المصنف تخالف كل واحدة منهما لان قوله الآن ينقص عن السدس فتمه  
السدس ليس في رواية المبسوط وقوله ولا يزداد عليه ليس في رواية الجامع الصغير فإثم اطالع على رواية  
غيره ما واما انه جمع بينهما ما الى هنا لفظ العناية (أقول) كيف يتصور الجمع بينهما وقد صرح  
في الكافي بأن أبو حنيفة جوز على رواية الاصل النقصان عن السدس ولم يجوز الزيادة على السدس  
وجوز على رواية الجامع الصغير الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس ونقل صاحب  
العناية ما في الكافي على وجه الارتضاء ومعنى رواية المصنف على ما صرح به الشارح المزبور في صدر  
المسئلة ان أبو حنيفة رحمه الله لم يجوز النقصان عن السدس ولا الزيادة عليه فلا جرم تكون هذه الرواية  
منافية لكل واحدة من روايتي المبسوط والجامع الصغير لا تحتمل الجمع بينهما كما لا يخفى فلا وجه لقوله  
واما انه جمع بينهما وأورد بعض الفضلاء على قوله وقوله ولا يزداد عليه ليس في رواية الجامع الصغير  
حيث قال فيه تأمل فان الظاهر ان المراد نفي الزيادة على السدس اذا نقص أخس السهام عن السدس  
لامطلقا حينئذ يكون ما في الكتاب رواية الجامع الصغير اه (أقول) ليس هذا بتقييم فان التعليل  
الذي ذكره المصنف من قيل أبي حنيفة رحمه الله تعالى بقوله وله أن السهم هو السدس الخ يقتضى  
لا محالة أن يكون المراد بما في الكتاب نفي الزيادة على السدس مطلقا كما يقتضى أن يكون المراد نفي  
النقصان عن السدس مطلقا فلا مجال لان يكون المراد به رواية الجامع الصغير كما لا مجال لأن يكون المراد  
به رواية الاصل وقد كنت نيهت عليه فيما مر أنفا (قوله ولا يذ كر ويراد به السدس الخ) قال



وأيضاً قوله (ماد كرنا) ان أراد به السدس فلا تعلق لقوله وقد يذكرو ويراد به سهم من سهام الورثة بالدليل لانه يتم بقول اباس وان اراد به الأقل منهما عاد الاعتراض المذكور وهو الاداء الى النقصان عن السدس وأرى أن المراد بقوله ماد كرنا هو الأقل منهما ليكون معنى النسخين واحداً وأشار بذلك الى رواية المبسوط وهي ماد كرنا من جواز النقصان دون الزيادة على السدس تنبيهاً بذلك على أن المذكور في الكتاب من قوله الآن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزداد عليه ليس رواية واحدة وانما هو مركب من روايتين فان كان هذا مراده فهو كما ترى تسمية وان كان غير ذلك فانه أعلم به وجهه المقلد مع وجوده وصورة المسئلة ما اذا أوصت المرأة بسهم من مالها ماتت وتركت زوجاً وبناتاً على رواية الجامع الصغير يعطى السدس في قول أبي حنيفة (٤٤٥) وعندهما يعطى الربع أي مثل الربع فيعطى الخمس فجعل المسئلة

ماد كرنا فالوا هذا كان في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزة

صاحب العناية قوله ولانه يذكرو ويراد به السدس الخ مشكل لانه وقع في بعض نسخ الهداية فيعطى ماد كرنا وفي بعضها فيعطى الأقل منهما وقسم الاولى بعض الشارحين فقال يعني ان كان أخس سهام الورثة أقل من السدس يعطى السدس لماد كرنا أن السهم عبارة عن السدس وان كان أخس السهام أكثر منه يعطى ذلك لان السهم يذكرو ويراد به سهم من سهام الورثة عملاً بالدليلين فان كان مراده بقوله ذلك أخس السهام وان كان أكثر من السدس فليس ذلك بدليل لما في الكتاب فان فيه الزيادة على السدس وقد قال في الكتاب ولا يزداد عليه وان كان مراده السدس فما عملاً بالدليلين اه  
واعترض بعض الفضلاء على قوله وقد قال في الكتاب ولا يزداد عليه حيث قال فيه بحث اذ ليس المراد نفي الزيادة مطلقاً بل على تقدير كون أخس السهام ناقصاً عن السدس فيصلح ذلك دليلاً لما في الكتاب اه (أقول) قد مر منا غير مرة ان قول المصنف رحمه الله في تعليل هذه المسئلة من قبل أبي حنيفة بقوله انه ان السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه وقد رفعه الى النبي عليه السلام يقتضي كون المراد من مسئلة الكتاب نفي الزيادة مطلقاً فلا يصلح ماد كره بعض الشارحين دليلاً عليه كما قاله صاحب العناية ثم قال صاحب العناية وأما الثانية وهو قوله فيعطى الأقل منهما فتؤدي الى النقصان عن السدس وفي الكتاب الآن ينقص عن السدس فيتم له السدس وأيضاً قوله ماد كرنا ان أراد به السدس فلا تعلق لقوله وقد يذكرو ويراد به سهم من سهام الورثة بالدليل لانه يتم بقول اباس وان اراد به الأقل منها عاد الاعتراض المذكور وهو الاداء الى النقصان عن السدس اه  
وقصد بعض الفضلاء أن يجيب عن قوله وأيضاً قوله ماد كرنا الخ حيث قال لم لا يجوز أن يكون معنى الكلام أن السهم يذكرو ويراد به السدس ويذكرو ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى السدس لتعيينه بأثر ابن مسعود رضي الله عنه فليتامل اه (أقول) ليس هذا بشئ لان أثر ابن مسعود رضي الله عنه هو الدليل الاول فلو كان معنى الدليل الثاني ما ذكره ذلك القائل كان مدار هذا الدليل أيضاً أثر ابن مسعود في لزوم التكرار والاستدراك كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية وأرى أن المراد بقوله ماد كرنا هو الأقل منهما ليكون معنى النسخين واحداً وأشار بذلك الى رواية المبسوط وهي ماد كرنا من جواز النقصان دون الزيادة على السدس تنبيهاً بذلك على أن المذكور في الكتاب من قوله الآن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزداد عليه ليس رواية واحدة وانما هو مركب من روايتين اه

على قوله على ستة لحاجتنا الى السدس للوصى له سهم بقيت خمسة للزوج منه الربع ولا يستقيم عليه فيضرب في أصل المسئلة فيخرج التكرار وهو أربعة تبلغ أربعة وعشرين كان للوصى له سهم يضرب في أربعة فهو أربعة وهو سدس المال بقي عشرون للزوج منها الربع وهو خمسة والباقي للبت وعلى قولها على خمسة يزداد مثل أخس سهام الورثة وهو واحد على الفريضة وهي أربعة فتصير خمسة يعطى الموصى له سهماً والزوج سهماً وهو ربع الباقي بعد نصيب الموصى له وما بقي فللبت وانما كان كذلك لان الموصى أو وصى مثل نصيب الزوج ومثل الشئ غيره فيزداد مثل الربع على الاربعة ليكون المزيد مثلاً للربع وأما على رواية الاصل فتخرج به كتحريميهما

وعلى هذا قس أمثالها وخرجهما على الرويتين وقوله (فالوا) أي مشايخنا كان هذا في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزة

(قوله وأيضاً قوله ماد كرنا الخ) أقول لم لا يجوز أن يكون معنى الكلام أن السهم يذكرو ويراد به السدس ويذكرو ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى السدس لتعيينه بأثر ابن مسعود فليتامل (قوله وأرى أن المراد بقوله ماد كرنا هو الأقل) أقول كيف يراد ما ذكره وأثر ابن مسعود وبدل على تعيين السدس فلا يستقيم التفريع في قوله فيعطى وأرى ان ذلك ليس إشارة الى رواية المبسوط والاولى رواية الجامع الصغير والافيزم المخالفة بين الدليلين فتدبر (قوله على رواية الجامع الصغير يعطى السدس) أقول بل ذلك رواية المبسوط على ما نقله من الكافي وعلى رواية الجامع الصغير يعطى له الربع (قوله وأما على رواية الاصل فتخرج به الخ) أقول فيه نظر بل على رواية الجامع الصغير يخرج به كتحريميهما

قال ( ولو أوصى بجزء من ماله قبل للورثة أعطوه ماشتم ) لأنه مجهول يتناول القليل والكثير غير أن الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فالهيم البيان قال ( ومن قال سدس مالى لفلان ثم قال فى ذلك المجلس أوفى مجلس آخره ثلث مالى وأجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه ومن قال سدس مالى لفلان ثم قال فى ذلك المجلس أوفى غيره سدس مالى لفلان فله سدس واحد ) لأن السدس ذكر معرفاً بالاضافة الى المال

( أقول ) هذا الذى ذهب اليه سقيم جداً لا ينبغي أن يريده العاقل فضلاً عن مثل المصنف الفطن الكامل فان قوله فيعطى ماذ كرنا مذ كور بصداقامة الدليل على ما قدمه من الرواية المخالفة لرواية المبسوط ورواية الجامع الصغير كما اعترف به هذا الشارح فيما قبل فكيف يصح منه الاشارة فى الدليل الى ما يخالف المدعى وينافيه ثم ان كون المذكور فى الكتاب من كتاب من روايتى المبسوط والجامع الصغير مما لا مجال له كما يئنه فيما قبل فلا وجه لقوله وانما هو من كتب من روايتين ( قوله ولو أوصى بجزء من ماله قبل للورثة أعطوه ماشتم ) لأنه مجهول يتناول القليل والكثير غير أن الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فالهيم البيان ) قال صاحب التسهيل أقول دلت هذه المسئلة على ان أحداً لو أقر بمجهول كقوله لفلان على دين ولم يبين قدره فمات مجهولاً يجبر ورثته على البيان وكذا لو أقيم البيئته على اقراره بمجهول ينبغي أن يقبل ويجبر ورثته على البيان اهـ ورد عليه بعض المتأخرين حيث قال بعد نقل ذلك قلت ماذ كره قياس مع الفارق لان الاقرار ولو بمجهول يوجب تعلق الغير به من وقت الاقرار فيجبر المقر على بيانه بطلب المقر له فاذا مات الجبر فى حياته بوفاته سقط سيما اذا كان بتقصير من المقر له فلم ينب عنه ورثته بخلاف الوصية بمجهول لعدم ثبوت حق الغير الا بعد موت الموصي فقبل موته لا يجبر على بيانه وبعد موته تعلق الحق بتركه ولا يمكن جبره فيجبر من يقوم مقامه احياء لحق ثابت اهـ ( أقول ) ليس هذا بسدس بل انهم صرحوا بان ليس من شرط القياس أن يكون المقيس فى معنى المقيس عليه من كل الوجوه بل يكفي الاشتراك فى علة هى مدار الحكم فى المقيس عليه فجرد الفرق بين ما نحن فيه وبين الاقرار بالمجهول فى كون تعلق حق الغير به فى الاقرار من وقت الاقرار وفى الوصية بعد الموت لا يضر بجهة القياس المنفهم مما ذكره صاحب التسهيل وانما يضرهما الفرق فى العلة التى هى مدار الحكم وهو ليس بمحقق هنا فانه لما كان مدار ثبوت الجبر بالبيان لورثة الموصي الذين يقومون مقام الموصي احياء حق ثابت بالوصية كان ينبغي أن يثبت الجبر بالبيان لورثة المقر بالمجهول أيضاً اذا مات مجهولاً لاجتماعه على ثبوت الاقرار فقول ذلك البعض فاذا مات الجبر فى حياة المقر بوفاته سقط ان اراد به انه سقط عنه الحق أصلاً فليس يصح ادلائك انه لا يسقط حقوق العباد المتعلقة بالمال بموت من عليه الحق بل تؤخذ من تركه وان اراد به انه سقط عنه الجبر لعدم امكانه وان كان بنى أصل الحق عليه فهو مسلم لكن لان سلم قوله فلم ينب عنه ورثته فانه لما بقى حق المقر عليه وكان ذلك عليه مجهولاً محتاجاً الى البيان لعدم امكان القضاء بالمجهول وكان من عليه الحق عاجزاً عن البيان بعدم موته كان ينبغي ان ينوب عنه ورثته فى البيان كما فى الوصية بالمجهول تأمل تقف ( قوله ومن قال سدس مالى لفلان ثم قال فى ذلك المجلس أوفى مجلس آخره ثلث مالى وأجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه ) لان الكلام الثانى يحتمل أنه اراد به زيادة السدس على الاول حتى يتم له الثلث ويحتمل أنه اراد به ايجاب ثلث على السدس حتى بصير المجموع نصفاً وعند الاحتمال لا يثبت له الا القدر المتيقن فحصل السدس داخل فى الثلث جلالاً لكلامه على المتيقن هذا زيادة ما فى الشروح قال بعض المتأخرين بعد ذكر الدليل على هذا المنوال هكذا قالوا وهذا كما ترى جل لكلام على أحد محتمله ولك أن تقول لما كان الكلام محتملاً للعنيين وكان القدر الثابت به ييقن على الاحتمالين الثلث فلنا ما ثبت

ولو أوصى بجزء من ماله قبل للورثة أعطوه ماشتم لأنه مجهول يتناول القليل والكثير غير أن الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فالهيم البيان ( ولو أوصى ببعض من ماله أو بطائفة أو بنصيب أو بشئ فالحكم كذلك وقوله ) وأجازت الورثة فله ثلث المال ( فان قيل اذا أجازت الورثة كان الواجب أن يكون له نصف المال والالم يبقى لقوله وأجازت الورثة فائدة فالجواب أن معناه حقه الثلث وان أجازت الورثة لان السدس يدخل فى الثلث من حيث انه يحتمل أنه اراد بالثانية زيادة السدس على الاول حتى يتم له الثلث ويحتمل أنه اراد بها ايجاب الثلث على السدس فيجعل السدس داخل فى الثلث لانه متيقن وجملاً لكلامه على ما يملكه وهو الايصاء بالثلث

وقوله (والمعرفة متى أعيدت يراد بالثاني عين الاول) قد قرر زناه في التقرير بمستوفى بتوفيق الله تعالى قال (ومن أوصى بثلاث دراهمه أو بثلاث غنمه) ومن أوصى بثلاث دراهمه أو بثلاث غنمه (فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي وقال زفر له ثلث ما بقي لان كل واحد منهما) أى من الهالك والباقي (مشترك بين الورثة والموصى له والمال المشترك يتوى ما توى منه على الشركة ويبقى ما بقي منه عليها وصار كما اذا كانت التركة أجناسا مختلفة) وهو القياس (ولنا أن هذا جنس واحد والجنس الواحد يمكن فيه جمع حق أحدهم في الواحد) أى يمكن جمع حق شائع لكل واحد في فرد واحد يجرى فيه الجبر على القسمة) مع ما فيه من الجمع وإذا أمكن الجمع جمعنا حق الموصى له فيما بقي تقديم الوصية على الارث لان الموصى له جعل حاجته في هذا المعين مقدمة على حق الورثة بقدر الموصى به فكان حق الورثة كالتبعية وحق الموصى له كالاصل والاصل في مال اشتمل على أصل وتبع اذا هلك شئ منه أن يجزئ الهالك من التبع دون الاصل كمال المضاربة اذا كان فيه ربح وهلك بعضه يصرف الهالك الى الربح الذي هو تبع لارث رأس المال (وصارت الدراهم) أى صارت الوصية بثلاث الدراهم كالوصية بالدراهم الواحد ولو أوصى بدرهم وله ثلاثة دراهم فهلك درهمان وبقي درهم وهو يخرج من الثلث كان له الدرهم فكذلك هذا وقوله (بخلاف الاجناس المختلفة) (٤٤٧) جواب عن قول زفر كما اذا كانت

التركة أجناسا ووجهه أن الجمع فيها غير ممكن فانه اذا تركها وطلب بعض الورثة القسمة وأبى الباقي فان القاضي لا يجبرهم على القسمة لان الغرض من القسمة الانتفاع فلا بد من المعادلة وهي فيها متعذرة واذا تعذر الجمع تعذر التقديم لان فيه الجمع فبقى الكل مشترك بين الورثة والموصى له اذ لا نأنا فما هلك هلك على الشركة وما سبق بقى عليها اذ لا نأنا ونظهر من هذا قوله ولو أوصى بثلاث ثيابه وأما اذا أوصى بثلاث ثلاثة من رقيقه من جنس واحد

والمعرفة اذا أعيدت يراد بالثاني عين الاول هو المعهود في اللغة قال (ومن أوصى بثلاث دراهمه أو بثلاث غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي) وقال زفر له ثلث ما بقي لان كل واحد منهما مشترك بينهم والمال المشترك يتوى ما توى منه على الشركة ويبقى ما بقي عليها وصار كما اذا كانت التركة أجناسا مختلفة ولنا أن في الجنس الواحد يمكن جميع حق أحدهم في الواحد ولهذا يجرى فيه الجبر على القسمة وفيه جمع والوصية مقدمة فجمعها في الواحد الباقي وصارت الدراهم كالدرهم بخلاف الاجناس المختلفة لانه لا يمكن الجمع فيها جبرا فكذلك تقديمها قال (ولو أوصى بثلاث ثيابه فهلك ثلثاها وبقي ثلثها وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق الا ثلث ما بقي من الثياب قالوا هذا) اذا كانت الثياب من أجناس مختلفة ولو كانت من جنس واحد فهو بمنزلة الدراهم وكذلك المكيل والموزون بمنزلة ما لا يجرى فيه الجمع جبرا بالقسمة (ولو أوصى بثلاث ثلاثة من رقيقه فمات اثنين لم يكن له الا ثلث الباقي وكذا الدور المختلفة) وقيل هذا على قول أبي حنيفة وحده لانه لا يرى الجبر على القسمة فيها وقيل هو قول الكل لان عندهما القاضي أن يجتهد ويجمع وبدون ذلك يتعذر الجمع والاول أشبه للفقهاء المذكور

به من الرصية هو الثلث لكن لا بطريق حمله على احد محتمله كما زعموا بل يجعله بمنزلة أن يقال بدأ ثلث مالي وصية لان المتيقن ثبوت الثلث بجموع الاحتمالين لا بأوله الى هنا كلامه (أقول) ليس هذا بشئ اذ لا شك أن المتيقن ثبوت الثلث بأول الاحتمالين فان زيادة السدس على السدس كما هو الاحتمال الاول يقتضى ثبوت الثلث بلا ريب وانضمام الاحتمال الثاني اليه انما يفيده جواز اعادة النصف

أو بثلاث ثلاثة من الدور فليس له الا ثلث الباقي اكثره التفاوت هكذا أجاب محمد في الجامع الصغير من غير ذكر خلاف واختلاف المشايخ (فقيل هذا قول أبي حنيفة وحده لانه لا يرى الجبر على القسمة) فيها أما على قولهما فالدور رجنس واحد وكذلك الرقيق فيكون للموصى له العبد الباقي والدار الباقية لان للقاضي أن يقسم قسمة واحدة فيجمع نصيب كل واحد منهم في عيدين باعتبار القيمة لا اتحاد الجنس والى هذا مال الفقيه أبو الليث والامام نضر الاسلام وقيل المذكور في الجامع قول الكل لان عندهما لا يجب على القاضي القسمة بل يجوز له (أن يجتهد ويجمع وبدون ذلك) أى بدون اجتهاد القاضي ووجهه (بتعذر الجمع) واذا هلك لم يكن هناك فعل من القاضي فكان المال على الشركة ما بقي وما هلك (والاول) وهو أن يكون في المسئلة اختلاف (أشبه للفقهاء المذكور) وهو أن أباحنيفة لا يرى الجبر على القسمة في الرقيق والدور المختلفة لانه يجزئها أجناسا مختلفة وهم يرون ذلك لانهم ما يجعلونها أجناسا واحدا

(قوله لان كل واحد منهما أى من الهالك والباقي) أقول ويجوز أن يكون المعنى كل فرد من فروع الدراهم والغنم بل هذا المعنى الأم لقوله يتوى ما توى الخ قال العلامة الاتقاني في وجه قول زفر ان الموصى له المال مشترك بين الهالك على الشركة واذا بقي يبقى على الشركة فكذلك ههنا الذي هلك هلك اثنان والذي بقي بقي اثنان لا يقول زفرنا خذ فهو القياس انتهى وفيه فوائد لا تحصى (قوله ونظهر من هذا قوله) أقول قوله قوله فاعل ظهر

قال (ومن أوصى لرجل بألف درهم) ومن أوصى لرجل بألف درهم (وله مال عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين) بأن كان له ثلاثة آلاف درهم نقدا (دفع) الالف منه (الى الموصى له) وان لم يخرج فان كان النقد ألفا دفع منه اليه ثلثه (وكما خرج شئ من الدين أخذ ثلثه حتى يستوفى الالف لان الموصى له شريك الوارث) والاصل في المال المشترك أن يوفى حق كل من الشر كاه بلا بخش ولا بخش في حق احد بتخصيص الموصى له بالعين (٤٤٨) في الاول فيصار اليه وفي الثانية بخش في حق الورثة بتخصيص الموصى له بألفين لان للعين

فضلا على الدين) على ما ذكر في الكتاب فكان فيما ذكرنا تعديل النظر للجانبين قيل الموصى به ألف من المال والدين ليس عمل فان من حلف أنه لا مال له لم يحنت بدون له على الناس سلناه وأمكن لان سلم أن الموصى له شريك الورثة مطاعا فان من أوصى لرجل بشئ معين وهو يخرج من الثلث فهلك فلا ضمان على الوارث ولو كان شريكه لوجب على الوارث حصة الموصى له فيما بقي من المال والجواب عن الاول أن الموصى به ألف أعم من أن يكون مالا في الحال أو في المال لان الوصية تتعلق بالتركة وكلاهما تركة وعن الثاني بأنه شريك الوارث اذا كانت في غير معين وأما في العين فان الوارث كالمودع لا يضمن اذ لم يتعد وقوله (ومن أوصى لزيد وعمرو وثلث ماله) واضح وان دفع بقوله (فلا يراحم الحي) ما اذا أوصى لزيد وعمرو وهما بالحياة فمات ثم مات أحدهما فان الباقي نصف الثلث لوجود المراجعة

قال (ومن أوصى لرجل بألف درهم وله مال عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين دفع الى الموصى له) لانه أمكن ابقاء كل ذى حق حقه من غير بخش فيصار اليه وان لم يخرج دفع اليه ثلث العين وكلما خرج شئ من الدين أخذ ثلثه حتى يستوفى الالف لان الموصى له شريك الوارث وفي تخصيصه بالعين بخش في حق الورثة لان للعين فضل عن الدين ولان الدين ليس عمال في مطلق الحال وانما يصير مالا عند الاستيفاء فانما يعتدل النظر بما ذكرناه قال (ومن أوصى لزيد وعمرو وثلث ماله فاذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد) لان الميت ليس بأهل للوصية فلا يراحم الحي الذي هو من أهلها كما اذا أوصى لزيد وجدار ولا تأثيره في ثبوت الثلث لثبوته بدون ذلك فالعنى الصحيح هنا ما ذكره الجمهور ولا ما زاد ذلك البعض من عند نفسه وقال صاحب العناية فان قيل اذا أجازت الورثة كان الواجب أن يكون له نصف المال والاصل يبقى لقوله وأجازت الورثة فائدة فالجواب أن معناه حقه الثلث وان أجازت الورثة لان السدس يدخل في الثلث من حيث انه يحتمل انه أراد بالثانية زيادة السدس على الاول حتى يتم له الثلث ويحتمل انه أراد بهما الثلث على السدس فيعمل السدس داخل في الثلث لانه متيقن وجلال الكلامه على ما يملكه وهو الايصاء بالثلث اه (أقول) في قوله وجلال الكلامه على ما يملكه وهو الايصاء بالثلث بحث لان ما يملكه انما يكون هو الايصاء بالثلث اذ لم تجز الوارثة وأما اذا أجازت كما هو المفروض هنا فمالك الايصاء بما زاد على الثلث أيضا ويملكه المجازة من قبل الموصى عندنا كما هو في أوائل هذا الكتاب فلا يتم هذه اللمة تدبر (قوله لانه أمكن ابقاء كل ذى حق حقه من غير بخش فيصار اليه) أقول فيه نأمل فانه انما يظهر أن لو كان حق الموصى له في الاله من خاصة وليس كذلك بل هو شائع في العين والدين معا كما صرحوا به وقالوا الاصل فيه ان الوصية المرسلة تكون شائعة في كل المال لكون الموصى له اذ ذلك شريك الورثة وعن هذا الاخذ الالف كمالا في صورة ان لم يخرج الالف من ثلث العين وادا كان حق الموصى له شائعا في جميع التركة الذي هو العين والدين كشروع حق الورثة فيه كان تخصيص حق الموصى له بالعين في صورة ان خرج الالف من ثلث العين تخصا في حق الورثة كما في الصورة الاخرى اذ يلزم حينئذ أن يأخذ الموصى له جميع حقه من العين الذي له فضل على الدين وبأخذ الورثة بعض حقه من العين وبعض حقه من الدين وهذا بخش في حقهم لاحتمال منافاة ما يقتضيه حق الشركة من تعديل النظر للجانبين فليست تأمل في الدفع ولعله تسكب فيه العبرات (قوله ومن أوصى لزيد وعمرو وثلث ماله فاذا عمرو وميت فالثلث كله لزيد) لان الميت ليس بأهل للوصية فلا يراحم الحي الذي هو من أهلها كما اذا أوصى لزيد وجدار) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وان دفع بقوله فلا يراحم الحي ما اذا أوصى لزيد وعمرو وهما بالحياة فمات ثم مات أحدهما فان الباقي نصف الثلث لوجود المراجعة بينهما حال الملك ثم بعد ذلك موت أحدهما لا يبطل حقه بل يقوم وارثه فيه مقامه كوت أحد الورثة بعد موت الورث اه (أقول) في تقرير الشارح المذكور هنا قصور أما أولا فلانه أضاف اندفاع الاشكال

بينهما حال الملك ثم بعد ذلك موت أحدهما لا يبطل حقه بل يقوم وارثه فيه مقامه كوت أحد الورثة بعد موت الورث ولم يفرق بين علم الموصى بحياته وعدمه في ظاهر الرواية لان استحقاق الحي منه ما لجميع الثلث بعدم المراجعة عند ايجاب الموصى وفي هذا الفرق بين العلم وعدمه

(قوله فان الباقي نصف الثلث لوجود المراجعة بينهما) أقول قد سبق أن الوصية تلك بالقبول الا في مسألة فنذكر فانه يقع ههنا (قوله حال الملك) أقول يعني حال موت الموصى

وعن أبي يوسف رحمه الله انه اذا لم يعلم بموته فله نصف الثلث لان الوصية عنده صحيحة لعمره ولم يرض للمحى  
 الا نصف الثلث بخلاف ما اذا علم بموته لان الوصية لليت الخوف كان راضيا بكل الثلث للمحى وان قال  
 ثلث مالي بين زيد وعمرو وزيد ميت كان لعمر ونصف الثلث لان قضية هذا اللفظ أن يكون لكل واحد  
 منهما نصف الثلث بخلاف ما تقدم ألا ترى أن من قال ثلث مالي لزيد وسكت كان له كل الثلث ولو قال  
 ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث قال (ومن أوصى بثلث ماله ولا مال له واكتسب مالا استحق  
 الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت) لان الوصية عقد واستخلاف مضاف الى ما بعد الموت وثبت  
 حكمه بعد في شرط وجود المال عند الموت لا قبله وكذلك اذا كان له مال فهلك ثم اكتسب مالا لم يبق  
 ولو أوصى له بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته أو لم يكن له غنم في الاصل فالوصية باطلة لئلا يرى أنه  
 ايجاب بعد الموت فيعتبر بقيامه حينئذ وهذه الوصية تملقت بالعين فتبطل بقواته عند الموت وان لم  
 يكن له غنم فاستفاد ثمرات

والضمير في قوله لان الوصية  
 عنده للوصى والباقي  
 ظاهر وقوله (ومن أوصى  
 بثلث ماله) ظاهر

بالمسئلة التي ذكرها الى قوله فلا يترجم المحى مع أن اندفاعه بمجموع التعليل بل بقوله لان الميت ليس  
 بأهل للوصية في الحقيقة وانما قوله فلا يترجم المحى متفرع على ذلك والاصل أن يضاف الحكم الى  
 الاصل دون الفرع وأما ثانيا فلأن الظاهر من قوله لوجود المراجعة بينهما حال الملك أن يكون  
 المراد بالمراجعة النقية في قول المصنف فلا يترجم المحى هو المراجعة حال الملك وهي حال موت الموصى  
 وذلك مع كونه غير تام في نفسه لانه اذا أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله وهما بالحياة مات أحدهما قبل موت  
 الموصى كان للباقي منهما نصف الثلث لانه كما صرحوا به مع أن العلة هناك أيضا التزام وان التزام  
 فيه انما يتصور في حال ايجاب الموصى لاني حال الملك اذا كان أحدهما ميتا في حال الملك ولا يترجم الميت  
 غير مطابق لما ذكره الشارح المذکور في تعليل جواب ظاهر الرواية فيما بعد حيث قال ولم يفرق بين  
 علم الموصى بجماعته وعدمه في ظاهر الرواية لان استحقاق المحى منهما لجميع الثلث بعدم المراجعة عند  
 ايجاب الموصى وفي هذا الفرق بين العلم وعدمه اهـ وأما الثالث فلا يترجم لبيان اندفاع الاشكال  
 بمسئلة أخرى أيضا بعبارة الكتاب وهي أي تلك المسئلة ما اذا أوصى لزيد وعمرو وهما بالحياة مات  
 أحدهما قبل موت الموصى فان للباقي نصف الثلث هناك أيضا كما ذكرنا من قبل مع ان التعليل المذکور  
 في الكتاب يفيد اندفاع ذلك أيضا فالتقرير اظهر الواسع في شرح هذا المقام ما أفاده صاحب النهاية  
 حيث قال وبهذا التعليل خرج الجواب عما لو وردوا شبهة على هذه المسئلة بأن قالوا ما الفرق بين هذه  
 المسئلة وبين ما لو أوصى لزيد وعمرو وهما بالحياة ثم مات الموصى ثم مات أحدهما كان للباقي نصف الثلث  
 والنصف الآخر لورثة الميت منهما وكذلك لو مات أحدهما قبل موت الموصى كان للباقي نصف  
 الثلث ولكن هنا كان النصف الآخر للموصى لما ان في المسئلة الاولى قد تمت الوصية لهما بموت الموصى  
 ثم بعد ذلك موت أحدهما لا يبطل حقه بل يقوم وارثه فيه مقامه كوت أحد الورثة بعد موت المورث  
 وفي المسئلة الثانية لما مات أحدهما قبل موت الموصى بطلت حصته لان الوصية في معنى عقد مضاف  
 الى ما بعد الموت فيشترط بقاء من أوجبه عند وجود الوصية ولم يوجد حيث مات قبل موت الموصى  
 فيبطل نصيبه كالمات أحد الورثة قبل موت المورث وللاخر نصف الثلث لان الاقسام قد حصل  
 بينهما عند ايجاب لكون كل واحد منهما أهلا لا يوجب الوصية له فيبطلان حق أحدهما لا يزداد  
 نصيب الآخر كما لو ردا أحدهما الوصية كان للاخر نصف الثلث وهذا على خلاف مسئلة الكتاب فان  
 فيها للمحى كل الثلث لان الميت ليس من أهل الوصية له فانما ينقص حقه بإثبات المراجعة ولم تثبت  
 المراجعة حيث كان الآخر ميتا فبقى الثلث للمحى منها بمنزلة ما لو قال ثلث مالي لفلان وللولى فالثلث كله

فالصحيح ان الوصية تصح لانها لو كانت بلفظ المال تصح فكذلك اذا كانت باسم نوعه وهذا لان وجوده قبل الموت فضل والمعتبر قيامه عند الموت ولو قال له شاة من مالي وليس له غنم يعطى قيمة شاة لانه لما اضافه الى المال علمنا ان مراده الوصية بمال الشاة اذ ماليته يوجد في مطلق المال ولو اوصى بشاة ولم يصفه الى ماله ولا غنم له قبل لا يصح لان الصحيح اضافته الى المال وبدونها تعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل تصح لانه لما ذكر الشاة وليس في ملكه شاة علم ان مراده المالية ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لانه لما اضافه الى الغنم علمنا ان مراده عين الشاة حيث جعلها جزءا من الغنم بخلاف ما اذا اضافه الى المال وعلى هذا يخرج كثير من المسائل

وقوله ( فالصحيح ان الوصية تصح ) استرا عن قول بعض المشايخ ان الوصية باطلة لانه اضاف الى مال خاص فصار بمنزلة التعيين كالمال اوصى به هذه الشاة ولم تكن في ملكه ثم ملك فانها غير صحيحة قال الفقيه ابو الليث هذا القول ليس بصحيح عندنا لانه اضاف الوصية الى غنم مرسل بغير تعيين فصار بمنزلة اضافته الى ثلث المال وقوله ( وعلى هذا يخرج كثير من المسائل ) فثم اما ذكره في المبسوط بقوله لو قال بغير من حنطة من مالي وبثوب من مالي فانه يصح الايجاب وان لم يكن ذلك في ملكه بخلاف ما اذا قال من حنطتي او من ثيابي فانه اذا لم يوجد ذلك في ملكه او هلك قبل موته فلا شيء للوصي له والفرق ما ذكرناه

( قوله قال الفقيه ابو الليث ) اقول في كتاب نكت الوصايا

لعل ان الى هنا لفظ النهاية فتبصر ( قوله ) ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لانه لما اضافه الى الغنم علمنا ان مراده عين الشاة حيث جعله جزءا من الغنم ) اعلم انه وقع في عبارة الوقاية ولا شاة له موضع ولا غنم له الواقع في عبارة الهداية في وضع هذه المسئلة فقال صدر الشريعة في شرحه للوقاية واعلم انه قال في الهداية ولا غنم له وقال في المتن ولا شاة له وبينهما فرق لان الشاة فرد من الغنم فاذا لم يكن له شاة لا يكون له غنم لكن اذا لم يكن له غنم لا يلزم ان لا يكون له شاة لاحتمال ان يكون له واحد لا كثير فعبارة الهداية تناوت صورتين ما اذا لم يكن له شاة أصلا وما يكون له شاة لا غنم له ففي صورتين تبطل الوصية وعبارة المتن لم تتناول الا الصورة الاولى ولم يعلم منها الحكم في الصورة الثانية فعبارة الهداية اشمل لكن هذه أحوط اه كلامه ورد عليه صاحب الاصلاح والابضاح حيث قال في شرحه انما قال ولا شاة له ولم يقل ولا غنم له كما قال صاحب الهداية لان الشاة فرد من الغنم فاذا لم يكن له شاة لا يكون له غنم بدون العكس والشرط عدم الجنس لاعدم الجمع حتى لو وجد الفرد تصح الوصية بفتح عن ذلك قول الحاكم الشهيد في الكافي ولو قال شاة من غنمي أو قف يزن من حنطتي فان الحنطة اسم جنس لا اسم جمع اه وقال في حاشيته اخطأ هنا صدر الشريعة حيث قال تبطل الوصية في صورتين اه وقد صد بعض المتأخرين ان يجب عنه حيث قال به ونقل كلام صدر الشريعة واعترض عليه بعض الافاضل بما حاصله ان عبارة الوقاية هي الصواب وأن الحكم في وجود الفرد صحة الوصية وزعم ان الشرط عدم الجنس لاعدم الجمع قلت بعد تسليم أن الغنم جمع أو اسم جمع لا اسم جنس أن نقي الغنم كما وقع في عبارة الهداية وعامة الكتب هو الصواب وأنه لا تصح الوصية بوجود شاة واحدة لان الشرط عدم الجمع لاعدم الجنس كما زعمه المعتضد لانه اوصى بشاة من غنمه فاذا لم يكن له غنم بل فرد لم يتحقق شاة من غنمه فتبطل الوصية فهذا هو السر في تعميم الغنم دون الشاة الى هنا كلامه ( اقول ) الظاهر عندي مما ذكره في تعليقه هذه المسئلة أن تصح الوصية بوجود شاة واحدة لان الموصى به في هذه المسئلة وهو الشاة يصير موجودا حينئذ فتصير الوصية بشيء موجود لا معدوم ولا مانع لصحة الوصية هنا سوى كون الموصى به معدوما فاذا وجدت شاة واحدة اتى المانع نعم لا يوجد حينئذ ذما اضيفت الشاة اليه من الغنم على تقدير ان يكون الغنم اسم جمع لا اسم جنس لكون المقصود من الاضافة الى الغنم تعيين ان مراده عين الشاة لا ماليتها ويحصل ذلك المقصود من مجرد الاضافة اليها ولا يقتضى وجودها البتة كوجود الشاة التي هي الموصى به وبما يرشد الى كون جواب هذه المسئلة فيما اذا لم توجد شاة أصلا أنه قال الحاكم الشهيد في الكافي ولو قال شاة من غنمي أو قف يزن من حنطتي وليس له غنم ولا حنطة فالوصية باطلة وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسيحي في شرحه لانه لما اضافه الى الغنم علمنا ان مراده الوصية بعين الشاة لانه جعله جزءا من الغنم وأنه يصلح جزءا من الغنم بصورته ومعناه فصارت الوصية بشيء معدوم

قال (ومن أوصى بثلث ماله لامهات أولاده) ما ذكره واضح صورته وتعليلاً لخالقه وأصله ان الوصية لامهات الاولاد جائزة فانه يحتاج الى بعض بيان وهو ان الوصية لمن جائزة استحساناً والقياس أن لا تصح لان الوصية تملك مضاف الى ما بعد الموت فاعتماستحق الوصية بعدموت مولاه واذلك حال حلول العتق بها فالعتق يحلها وهي أمة فتستحق الوصية وهي أمة والوصية لامته بشئ غير رقبته باطله وجه الاستحسان أن الوصية مضافة الى ما بعد عتقها لا حال حلول العتق بها بدلالة حال الموصى لان الظاهر من حاله أن يقصد وصية صحيحة لا باطله والصحيحة هي المضافة الى ما بعد عتقها فان قيل الوصية بثلث المال لعبده جائزة ولم يعتق بعدموته وأم الولد ليست أقل حالاً منه فكيف لم تصح الوصية لها قياساً أجيب بان الوصية بثلث المال للعبد بما جازت لتساوله ثلث رقبته فكان وصية برقبته والوصية برقبته اعتناق وهو يصح منجزاً ومضافاً بخلاف أم الولد فان الوصية لها بذلك ليست اعتناقاً لانها تعتق بموت المولى وان لم يكن ثم وصية أصلاً ولقائل أن يقول الوصية بثلث المال اما ان صادقتها بعدموت المولى وهي حرة وأمة فان كان الاول فلا وجه لنفي القياس وان كان الثاني فكذلك لانها كالعبد الموصى له بثلث المال والجواب أنها ليست كالعبد لان عتقها لا بد وان يكون بموت المولى فلو كان بالوصية أيضاً وتواردت ان مسنة لثلاث على معول واحد بالشخص وهو ثلث رقبته وذلك باطل وقوله (واذناه في السيرات) قيد بذلك احترازاً عن فصل الزكاة فان لفظ الجمع هناك منصرف الى الواحد بالاجماع بين أصحابنا ثم لما كان لفظ الجمع في الميراث مصرحاً في الاثنان والوصية في معناه من حيث ان كلامهم ما عليك المال بعد الموت كان الجمع (٤٥١) هناك أيضاً منصرفاً الى الاثنان وقوله

(نجسد ذلك في القرآن)  
يريد به قوله تعالى فان كان  
له اخوة فلا مة السادس  
والمراد بها الاثنان فصاعداً  
وقد عرف في موضعه وكذا  
قوله (وانه يتناول الاثنى مع  
احتمال الكل)

قال (ومن أوصى بثلث ماله لامهات أولاده) وهن ثلاث وللفقراء والمساكين فلهن ثلاثة أسهم من خمسة أسهم) قال رضي الله عنه وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعن محمد رحمه الله انه يقسم على سبعة أسهم لهن ثلاثة ولكل فريق سهمان وأصله ان الوصية لامهات الاولاد جائزة والفقراء والمساكين جنسان وفسرناه ما في الزكاة لمحمد رحمه الله أن المذكور لفظ الجمع واذناه في السيرات اثنان نجسد ذلك في القرآن فكان من كل فريق اثنان وأمهات الاولاد ثلاث فلهذا يقسم على سبعة ولهما ان الجمع المهي بالالف واللام يراد به الجنس وانه يتناول الاثنى مع احتمال الكل لاسيما عند تعذر صرفه الى الكل فيعتبر من كل فريق واحد فبلغ الحساب خمسة والثلاثة للثلاث قال (ولو أوصى بثلثه لفلان ولسا كين فنصفه لفلان ونصفه لسا كين عندهما) وعند محمد ثلثه لفلان وثلثه لسا كين ولو أوصى لسا كين له صرفه الى مسكين واحد عندهما وعنده لا يصرف الا الى مسكينين بناء على ما بيناه

ولا وجوده عند الموت أيضاً فلا تصح اه تأمل تفهم (قوله وأصله ان الوصية لامهات الاولاد جائزة) وهذا استحسان وكان القياس أن لا تصح الوصية لام الولد لان الوصية تملك مضاف الى ما بعد الموت فهي

لانها ليست من أهل أن يملك ما سوى رقبته ولا انها تكون وصية للوارث وليس احدى تينك العلتين بوجوده في أم الولد أما الاولى فلان الموصى له يملك الوصية بالقبول وهي حينئذ حرة أهل لان تلك وأما الثانية فلانها لا تنقل الى الورثة حتى يلزم الوصية للوارث فلي تأمل (قوله فان قيل الوصية بثلث المال لعبده جائزة ولم يعتق بعدموته) أقول وفي المحيط وفي الكافي في المنفقات من كتاب الوصايا ولو أوصى بثلث ماله لعبد عتق ثلثه بعدموته عند أبي حنيفة لانه من جملة مال الميت فلك ثلث نفسه كما يملك ثلث سائر أمواله ومن ملك نفسه عتق وسعى في ثلثي قيمته للوارث وملك ثلث سائر أمواله لانه كالمتكاتب عنده والوصية للمتكاتب صحيحة وعندهما يعتق كله ويبدأ بالعتق من الثلث فان فضل شيء دفع اليه وهي حينئذ فرع تجزى الاعناق انتهى وفي المحيط ولو أوصى لعبد بشئ من رقبته بصح ولو أوصى له بشئ من ماله لا يصح لان العبد من أهل أن يملك رقبته وليس من أهل أن يملك ما سوى رقبته ولان الوصية لعبده بحال وصية لوارثه لان المثلث في العبد والموصى به يقع لوارثه والوصية لوارثه باطله فاما الوصية بالرقبة فوصية له لوارثه لان الوصية بالرقبة اعتناق ولو أوصى له بثلث ماله ورقبته أقل من ثلثه عتق لانه أوصى له بثلث رقبته فان رقبته من مال الميت والوصية للعبد برقبته جائزة ويستحق ثلث باقي المال لانه وان كان الثلث أقل عتق بقدر الثلث وله ثلث ما سوى رقبته من المال لانه حر عندهما وعقبة المتكاتب عند أبي حنيفة والوصية للحر والكتابة جائزة وان بقي كان ثلث ما بقي من المال مثل ثلثي السعاية يتقاصان وان كان أكثر أخذ الفضل منهم وان كان أقل أعطى الفضل انتهى كلامه

قال ( ومن أوصى لرجل بمائة درهم ولا آخر بمائة ثم قال لا آخر قد أشركتكم معهما فله ثلث كل مائة ) لان الشركة للمساواة لغة وقد أمكن اثباته بين الكل بما قلناه لان اتحاد المال لانه يصيب كل واحد منهم ثلثا ما ثمة بخلاف ما اذا أوصى لرجل بأربعمائة ولا آخر بمائتين ثم كان الاشرار لانه لا يمكن تحقيق المساواة بين الكل لتفاوت المالين فحملناه على مساواته كل واحد بتدقيق نصيبه عملا باللفظ بقدر الامكان

انما تستحق الوصية بعدموت مولاها او بعدموت مولاها حال حلول العتق بها فالعتق يحلها وهي أمة والوصية لامته بشئ غير رقبته باطلة وجه الاستحسان أن الوصية مضافة الى ما بعد عتقها الى حال حلول العتق بها بدلالة حال الموصى لان الظاهر من حاله أن يقصد بايصاله وصية صحيحة لا باطلة والصحيحة هي المضافة الى ما بعد عتقها كذا في عامة الشروح وعزاه جماعة من السراخ الى الذخيرة ( أقول ) فيما ذكره من وجه القياس نظر لان قولهم وبعدموت مولاها حال حلول العتق بها ممنوع بسبل حال حلول العتق بها انما هي حال موت مولاها لا بعدموت مولاها اذ لا شك ان أم الولد تعتق حين موت مولاها ولا ينتظر عتقها الى ما بعد موته فهي بعدموت مولاها حرة فلم تكن الوصية لام الولد وصية لامة في شئ فلم يتم وجه القياس ولم يحتج الى ما تكلفوه في وجه الاستحسان ولعل الامام قاضيان والامام المجبوبي عن هذا قال اما جواز الوصية لامهات أو اولاده فلان أو ان ثبوت الوصية وعملها بعد الموت وهن حرائر بعد الموت فجزو الوصية لهن كما ذكره صاحب النهاية نقل عنهما ثم قال في العناية فان قيل الوصية بثلث المال لعبد حرة ولم يعتق بعدموته وأم الولد ليست أقل حال منة فكيف لم تصح لها الوصية قياسا أوجب بأن الوصية بثلث المال للعبد انما جازت لتناوله ثلث رقبته فكانت وصية برقبته والوصية برقبته اعتناق وهو يصح منجزا أو مضافا بخلاف أم الولد فان الوصية ليست اعتناقا لانهما تعتق بموت المولى وان لم يكن ثم وصية أصلا ولقائل ان يقول الوصية بثلث المال اما ان صادفتها بعدموت المولى وهي حرة أو أمة فان كان الاول فلا وجه لتقي القياس وان كان الثاني فكذلك لانها كالعبد الموصى له بثلث المال والجواب انها ليست كالعبد لان عتقها لا بد وان يكون بموت المولى فلو كان بالوصية أيضا توردها لعلنا مستقلتان على معاول واحد بالشخص وهو ثلث رقبته او ذلك باطل الى هنا لفظ العناية ( أقول ) لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان السؤال الثاني وجوابه لغو من الكلام بعد ان ذكر ما قبله ما على الوجه الذي قرره لان التردد الواقع في هذا السؤال ان كان على موجب الاستحسان دون القياس فالشئ الاول متعين ولا معنى لقوله فلا وجه لتقي القياس وان كان على مقتضى القياس كما هو الظاهر فالشئ الثاني مختار والفرق بين أم الولد والعبد الموصى له بثلث المال قد علم في جواب السؤال الاول قطعا فلما معنى للاعادة ( قوله ومن أوصى لرجل بمائة درهم ولا آخر بمائة ثم قال لا آخر قد أشركتكم معهما فله ثلث كل مائة ) قال صاحب النهاية وهذا استحسان وفي القياس له نصف كل مائة لان لفظ الاشرار يقتضى التسوية عند الاطلاق قال الله تعالى فهم شركاء في الثلث وقد اشرك الثالث فيما يوصى به لكل واحد منهما في استحقاق المائة وذلك يوجب أن يكون له نصف كل مائة وجه الاستحسان انه أثبت الشركة بينهم وهي تقتضى المساواة وانما تثبت المساواة اذا أخذ من كل واحد منهما ثلث المائة أما اذا أخذ من كل واحد منهما نصف المائة حصل له مائة فلا تثبت المساواة بينهم فعلم بهذا انه أشركه معهما بجملة واحدة فلا يعتبر باشراكه اياه مع كل واحد منهما متفرقا انتهى واقفي أثره صاحب العناية ( أقول ) فسه بجهت لان الشركة للمساواة لغة كما صرح به المصنف في مقتضى لفظ الاشرار التسوية بلا ريب فان كان معنى قول الموصى الثالث قد اشركتكم معهما اشراكه معهما بجملة واحدة أى التسوية بين الكل لا اشراكه مع كل واحد منهما منفردا أى تسويته مع كل واحد بنصف نصيبه

قال ( ومن أوصى لرجل بمائة درهم ) صورة المسئلة ظاهرة ودليلها وجه الاستحسان والقياس أن يكون له نصف كل مائة لان لفظ الاشرار يقتضى التسوية عند الاطلاق قال الله تعالى فهم شركاء في الثلث وقد اشرك الثالث فيما أوصى به لكل واحد منهما في استحقاق المائة وذلك يوجب أن يكون له نصف كل مائة وجه الاستحسان أنه أثبت الشركة وهي تقتضى المساواة والمساواة انما تثبت اذا أخذ من كل واحد منهما ثلث المائة مقتضى اشراكه اياه بجملة واحدة وانما يأخذ نصف كل مائة لو كان اشراكه مع كل واحد منفردا وليس كذلك ( بخلاف ما اذا أوصى لرجل بأربعمائة درهم ولا آخر بمائتين ثم كان الاشرار ) أى ثم قال لا آخر أشركتكم معهما فان له نصف كل مالكل منهما لان تحقيق المساواة فيهم غير ممكن ( لتفاوت المالين ) فلا بد من العمل بعفوهوم لفظ الاشرار ( فحملناه على مساواته لكل ) واحد منهما كما هو وجه القياس ( عملا باللفظ بقدر الامكان )



وقوله (ومن قال) يعني لورثته (على لفلان دين فصدقه) يصدق الى الثلث استحسانا (وفي القياس لا يصدق لانه اقر بمجهول) والاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكن اذا اقترن به من جهة المقر بيان (٤٥٣) وقد فات بوجوه وقوله فصدقه يعني فيما قال

لا يصلح بيان الكونه (صدر مخالفا للشرع لان المدعى لا يصدق الا بجهة فتعذر اثباته اقرارا مطلقا من كل وجه فلا يعتبر وجه الاستحسان انا تعلم ان المقر قصد بهذا الكلام تقديمه على الورثة) وهو مال الثلث في الثلث وامكن تنفيذه بطريق الوصية فينفذ فان قيل لو كان قصده الوصية لصرح بها اجاب بقوله (وقد يحتاج) أي المقر الى مثل هذا الكلام لعله بأصل الحق الذي عليه دون مقداره

قال (ومن قال لفلان على دين فصدقه) معناه قال ذلك لورثته (فانه يصدق الى الثلث) وهذا استحسان وفي القياس لا يصدق لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان وقوله فصدقه صدر مخالفا للشرع لان المدعى لا يصدق الا بجهة فتعذر اثباته اقرارا مطلقا فلا يعتبر وجه الاستحسان انا تعلم ان من قصده تقديمه على الورثة وقد امكن تنفيذه بطريق الوصية وقد يحتاج اليه من يعلم باصل الحق عليه دون مقداره سعيامن في تفرغ ذمته فيجعلها وصية جعل التقدير فيها الى الموصي له كانه قال اذا جاءكم فلان وادعى شيئا فاعطوه من مالي ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق على الثلث دون الزيادة قال (وان اوصى بوصيا غير ذلك يعزل الثلث لاصحاب الوصايا والثلثان للورثة) لان ميراثهم معلوم وكذا الوصايا معلومة وهذا بمجهول فلا يراحم المعلوم فيقدم عزل المعلوم وفي الاقرار فائدة أخرى وهو ان احد المقرين يقين قد يكون اعلم عقدار هذا الحق وأبصر به والاخر ادخضا ما وعسا هم يخلفون في الفضل اذا ادعاه الخصم وبعد الافراز يصح اقرار كل واحد فيما في يده من غير منازعة (واذا عزل يقال لاصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه فيما شئتم) لان هذين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ فاذا اقر كل فريق بشئ ظهر ان في التركة دينان شاعفي النصيبين (فيؤخذ اصحاب الثلث بثلت ما اقر واو الورثة بثلتي ما اقر وا) تنفيذا لاقرار كل فريق في قدر حقه

بهينه فلا معنى لوجه القياس المذكور وان كان معناه هو الثاني فلا معنى لوجه الاستحسان المذكور وبالجملة ما ذكره الشارحان المزبوران من وجهي القياس والاستحسان معنيين متضادان لا يمكن اجتماعهما في محل واحد فعني كلام الموصي لغة وعرفا أحدهما لا غير فلم يصلح هذه المسئلة للقياس والاستحسان على ما ذكره وعن هذا ما اراحد اذ كر القياس والاستحسان في هذه المسئلة سوى ذلك الشارحين والذي يظهر من كلام المصنف هو ان التسوية بين الكل هو المعنى فيما يمكن تحقيق المساواة بين الكل والايحتمل على المساواة مع كل واحد نصف نصيبه عملا بالانظ بقدر الامكان وبهذا فردين المستثنين كاترى ولا غبار فيه (قوله وفي القياس لا يصدق لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان) يعني لا يحكم به الا اذا قرن ببيان من جهة المقر وقد فات بوجوه كذا في العناية وغيرها (أقول) لقائل ان يقول لم لا ينوب عنه الورثة في البيان كما في الوصية بالمجهول مثل ان اوصى بجزء من ماله فانه يقال هناك للورثة اعطوا ما شئتم بناء على انه مجهول يتناول القليل والكثير والورثة قائمون مقام الموصي فالهسم البيان كما هم في الكتاب فتأمل (قوله واذا عزل يقال لاصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه فيما شئتم لان هذين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ الخ) قال صاحب العناية حاصله انه تصرف يشبه الاقرار لفظا ويشبه الوصية تنفيذا فبا اعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث و باعترار شبه الاقرار يجعل شاعفي الاثلاث ولا يخص بالثلث الذي لاصحاب الوصايا اعلاما بالشبهين اه وقد سبقه تاج الشريعة الى بيان حاصل هذا المقام بهذا الوجه (أقول) فيه كلام وهو ان العمل بمجموع الشبهين ان كان أمرا واجبا كما هو الظاهر المعروف فالهسم لم يعملوا شبه الاقرار في هذا التصرف اذ لم يوص بوصيا غير ذلك كما تقدم بل جعلوه وصية جعل التقدير فيها الى الموصي له كما اذا قال اذا جاءكم فلان وادعى شيئا فاعطوه من مالي ولم يعتبروا شبه الاقرار قط حيث بالثلث الذي لاصحاب الوصايا اعلاما بالشبهين

(قوله فبا اعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة) أقول فيه بحث فانه لا يؤخذ بقوله في هذه الصورة لافي الثلث ولا في أقل منه بل يؤخذ بقول الورثة واصحاب الوصايا فتأمل

وعلى كل فريق منهما الممين على العلم ان ادعى المقر له زيادة على ذلك لانه يخالف على ما جرى بينه وبين غيره قال (ومن اوصى لأخيه ولوارثه فلا جني نصف الوصية وتبطل وصية الوارث) لانه اوصى بما عاك الايصاعه وبما لا يملك فضع في الاول وبطل في الثاني بخلاف ما اذا اوصى لحي وميت لان الميت ليس باهل للوصية فلا يصلح من اجا فيكون الكل للحي والوارث من أهلها ولهذا تصح باجازة الورثة فافترقا وعلى هذا اذا اوصى للقاتل والاخني

لم يجعلوا له حكما أصلا في تلك الصورة وان لم يكن ذلك أمرا واجبا فكيف يصلح ذلك تعليلا لجواب هذه المسئلة في هذه الصورة واعترض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال فيه بحث فانه لا يؤخذ بقوله في هذه الصورة لافي الثلث ولا في أقل منه بل يؤخذ بقول الورثة وأصحاب الوصايا فتأمل اه وقصد بعض المتأخرين أن يجيب عنه فقال في الحاشية بعد نقل ذلك قلت بعد تسليم ذلك ان عدم التصديق في الزيادة على الثلث لا يوجب التصديق في الثلث فالعنى لا يصدق في صورة دعوى الزيادة بل يؤخذ بقولهم فلا اعتبار فيه فتأمل اه (أقول) ليس هذا مستقيم فان مر اد ذلك المعترض أنه لا يؤخذ بقول المدعي في هذه الصورة لافي الثلث ولا في أقل منه كما لا يؤخذ بقوله في الزيادة على الثلث بل يؤخذ بقول الورثة وأصحاب الوصايا بالتمام بل في أين يظهر اعتبار شبه الوصية وليس مراده أن قول صاحب العناية فباستبارسه الوصية لا يصدق في الزيادة يدل على أن يصدق في الثلث وما دونه وليس كذلك حتى يتم الجواب عنه بما ذكره ذلك الجيب تأمل تقف ثم ان الامام الزليعي استشكل هذا المحل بوجه آخر حيث قال في شرح الكثر هذا مشكل من حيث ان الورثة كافوا بصدقونه الى الثلث ولا يلزمهم أن يصدقوه في أكثر من الثلث وههنا الزمهم أن يصدقوه في أكثر من الثلث لان أصحاب الوصايا يأخذوا الثلث على تقدير أن تكون الوصايا تستغرق الثلث كله ولم يبق في أيديهم من الثلث شيء فوجب أن لا يلزمهم تصديقه انتهى (أقول) هذا الاشكال ساقط جدا اذ لا يلزم الورثة في هذه الصورة ان يصدقوه الى الثلث كما لا يلزمهم أن يصدقوه في أكثر من الثلث وانما اللازم لهم ولاصحاب الوصايا في هذه الصورة أن يصدقوه فيما شأوا وليس في هذه الصورة الزام الورثة أن يصدقوه في أكثر من الثلث فان أصحاب الوصايا فيما اذا كانت الوصايا تستغرق الثلث كله لا يأخذون الثلث بطريق التملك التام بل انما يأخذونه بطريق العزل والافراز فكان ذلك الثلث باقيا على حكم جواز تصرف الورثة فيه بتصديقهم المدعي فيما شاء ولا يضر بذلك عدم بقاء ذلك الثلث في أيديهم من كل الوجوه حتى من جهة جواز تصرفهم فيه بتصديقهم المدعي أيضا فيكون جواز التصرف لهم في مطلق الثلث الشائع في جميع المال وعن هذا قالوا ان هذا تصرف يشبه الاقرار والوصية فباستبارسه الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث وباعتبار شبه الاقرار يحصل شائعا في الاثلاث ولا يخص بالثلث الذي لأصحاب الوصايا عملا بالنسبة تأمل ترشد (قوله وعلى كل فريق منهما الممين على العلم ان ادعى المقر له زيادة على ذلك) قال بعض المتأخرين ينبغي أن لا يخلف الورثة اذا بلغ ما أخذ من الفريقين ثلث المال ان كان ما ادعاه زائدا عليه ويخلف أصحاب الوصايا البقاعشي من الثلث في أيديهم فتأمل اه (أقول) ليس هذا كلام صحيح أماقوله ينبغي أن لا يخلف الورثة اذا بلغ ما أخذ من الفريقين ثلث المال ان كان ما ادعاه زائدا عليه فلا تخلف الورثة فيما اذا كان ما ادعاه زائدا على الثلث ليس بموجب هذه المسئلة بل لكون المدعي هناك ممن يدعي حقا لنفسه من تركه الميت ولا ريب أن ادعاه ما زاد على الثلث من تركه الميت لا يمنع صحة الدعوى فاذا صحت الدعوى فلا جرم يخلف الورثة اذا أنكره وأما قوله ويخلف أصحاب الوصايا البقاعشي من الثلث في أيديهم فلا ند دعوى الدين لا تختص بالثلث الذي في أيدي أصحاب الوصايا بل يختص بثلث مال الميت

وقوله (ومن اوصى لاجنبي  
ولوارثه) ظاهر



(الآن تسلم لهم الورثة الثوبين الباقيين) فان المانع حينئذ قد زال فيقسم فيما بينهم على ما ذكر المصنف في الكتاب وهو واضح اذا ابتداء بتعليل جانب صاحب الجيد وصاحب الردي وان ابتداء بتعليل جانب صاحب الوسط فله وجه آخر وهو ان يقال الهالك ان كان ارفع من الباقيين فحق صاحب الوسط في الجيد منهما وان كان الهالك ارفع من الباقيين فحق صاحب الوسط في الردي منهما فحقه يتعلق بهذا امره وبذلك اخرى وان كان الهالك هو الوسط فلا حق له في الباقيين فاذا كان حقه يتعلق بكل واحد من الباقيين في حال ولا يتعلق في جالين فإخذ ثلث كل واحد في حق صاحب الجيد وصاحب الردي فمما صاحب الجيد يدعي الجيد ولا يدعي الردي لانه لاحق له فيه قطعاً وصاحب الردي يدعي الردي دون الجيد فيسلم ثلثا الجيد لصاحب الجيد وثلثا الردي لصاحب الردي وقوله ( واذا كانت الدارين رجلين ) ظاهر الى قوله ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع وأما قوله ( هذا ) ففيه بحث وهو انه قال في كتاب القسمة والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات ( ٤٥٦ ) ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض وما نحن فيه من العرض

فكيف كانت المبادلة فيه تابعة وأجيب بأنه قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في العروض الأربعة كانت من جنس واحد الجبر التام على القسمة عند طلب أحد الشركاء وما نحن فيه كذلك فكان معنى المبادلة فيه تابعاً كما ذكره هنالك الجبر لا يجري في المبادلة ويكون معنى قوله هناك ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض اذالم تكن من جنس واحد

قال المصنف (لانه اما ان يكون وسطاً أو ردياً ولا حق له فيهما) أقول ويحتمل أن يكون الجيد هو الجيد الاصل (قوله فاذا كان حقه يتعلق الخ) أقول

قال ( الآن يسلم الورثة الثوبين الباقيين فان سلموا زال المانع وهو الخو وفيكون لصاحب الجيد ثلث الثوب الاجود ولصاحب الاوسط ثلث الجيد وثلث الادون فثبت الادون ولصاحب الادون ثلثا الثوب الادون ) لان صاحب الجيد لاحق له في الردي عبيقين لانه اما ان يكون وسطاً أو ردياً ولا لاحق له فيه - ما وصاحب الردي لاحق له في الجيد الباقيين لانه اما ان يكون جيداً أو وسطاً ولا لاحق له فيه - ما ويحتمل أن يكون الردي هو الردي الاصل فيعطى من محل الاحتمال واذا ذهب ثلثا الجيد وثلثا الادون لم يبق الا ثلث الجيد وثلث الردي فثبت حق صاحب الوسط فيه بعينه ضرورة قال ( واذا كانت الدارين رجلين فأوصى أحدهما بيت بعينه لرجل فانها تقسم فان وقع البيت في نصيب الموصى فهو للموصى له ) عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجهما الله وعند محمد نصفه للموصى له وان وقع في نصيب الآخر فللموصى له مثل ذرع البيت وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد مثل ذرع نصف البيت له أنه أوصى بملكه وبملك غيره لان الدار بجميع أجزائها مشتركة فينفذ الاول ويوقف الثاني وهو أن ملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة لا تنفذ الوصية السالفة كما اذا أوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم اذا اقتسموها ووقع البيت في نصيب الموصى تنفذ الوصية في عين الموصى به وهو نصف البيت وان وقع في نصيب صاحبه له مثل ذرع نصف البيت تنفذ الوصية في بدل الموصى به عند فواته كالجارية الموصى بها اذا قتلت خطأ تنفذ الوصية في بدلها بخلاف ما اذا بيع العبد الموصى به حيث لا تتعلق الوصية بثمنه لان الوصية تبطل بالاقدم على البيع على ما يناء ولا تبطل بالقسمة ولها أنه أوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لان الظاهر انه يقصد الايصاء بملك منتفع به من كل وجه وذلك يكون بالقسمة لان الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر ملكه في جميع البيت اذا وقع في نصيبه فننفذ الوصية فيه ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع

المراد ووافق صاحب الكافي في هانيسك العبارة مع ظهور ركاكتها ( قوله ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع وانما المقصود الافراز تكميلاً للنفقة وهذا يجبر على القسمة ) قال صاحب العناية

مثلاً يتعلق بالجيد حال كون الهالك أجود ولا يتعلق به حال كونه وسطاً وحال كونه أردياً من الردي وقس عليه تعلقه واعلم بالردي قال المصنف (وعندهما يقسم على أحد عشر سهماً لان الموصى له يضرب بال عشرة وهم بخمسة وأربعين فتصير السهام أحد عشر) أقول قال الاتقاني ولنا فيه نظر لانه على هذا التقدير كان ينبغي أن يكون نصيب شريك الموصى خمسة وأربعين ذراعاً فينقص اذن منه خمسة أذرع لان نصيبه من جميع الدار خمسة اذرعاً كاملاً وقد نقص الخ فلابد يجوز لانه حينئذ يلزم تعليق الموصى ملك شريكه وليس له ذلك وايضاً اذا كان للموصى له سهمان من أحد عشر ينقص نصيبه لانه لا سهمين من أحد عشر أقل من خمسة وايضاً يزداد حق الورثة ايضاً بسهم لان لهم ما ورثه من البيت من نصيب الموصى ونصيبه من خمسة اذرعاً وربع للموصى له عشرة من نصيبه فبق أربعون وهم أخذوا خمسة أخرى وقال بعض المشايخ يقسم نصيب الموصى بين الموصى له والورثة على خمسة اسهم أخرى عندهما فالعشرة أذرع للموصى له وأربعون ذراعاً للورثة فيجعل كل عشرة سهم ما وهذه القسمة أصح عندى انتهى هذا النظر يراد على تقدير الكافي ورود اظهرا

وانما المقصود الافراز تكميلا للنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه وعلى اعتبار الافراز بصير كان البيت ملكه من الابتداء وان وقع في نصيب الآخر تنفذ في قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه اما لانه عوضه كما ذكرناه وان مراد الموصى من ذكر البيت التقدير به بحسب المقتضى ما يمكن الا انه يتعين البيت اذا وقع في نصيبه جمعا بين الجهتين التقدير والتملك وان وقع في نصيب الآخر علمنا بالتقدير

فيه بحث وهو انه قال في كتاب القسمة والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض وما نحن فيه من العروض فكيف كانت المبادلة فيه تابعة وأجيب بأنه قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في العروض الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضى على القسمة عند طلب أحد الشر كاه وما نحن فيه كذلك فكان معنى المبادلة فيه تابعا كما ذكر ههنا لان الجبر لا يجرى في المبادلة ويكون معنى قوله هناك ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض اذا لم تكن من جنس واحد والى هذا أشار بقوله وانما المقصود الافراز تكميلا للنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه اه وقد سبقه الى اصل هذا السؤال والجواب صاحب التمهية (أقول) قد خبط الشارحان المزبوران في الجواب المذكور جدا حيث قصد التوفيق بين كلامي المصنف في المقامين ولكن خالفنا صريح ما ذكره المصنف في كتاب القسمة وما أطبق عليه مع سائر الشراح في بيان مراده هناك فان المصنف قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضى على القسمة عند طلب أحد الشر كاه لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد وقال معنى المبادلة مما يجرى فيه الجبر كما في قضاء الدين وقال ذلك الشارحان وسائر الشراح في شرح ذلك المقام لما ورد على قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض أن يقال لو كان معنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض لما اجبر القاضى على القسمة في ذلك أجاب بقوله الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضى على القسمة عند طلب أحد الشر كاه لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد ولا منافاة بين الجبر والمبادلة فان المبادلة مما يجرى فيه الجبر لدفع الضرر عن الغير كما في قضاء الدين فان المديون يجبر على قضاء الدين والدين تقضى بأمثالها فصار ما يؤدي بدلا عما في ذمته اه ولا يذهب على ذي مسكة ان مضمون الجواب المذكور هنا مما بنا في ذلك والصواب في حل مراد المصنف بقوله هنا ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع على وجه ين دفع عنه السؤال الذي جعل الشارحان المزبوران لدفعه ماعلا أن يقال بمعنى ان معنى المبادلة وان كان ظاهرا في غير المكيل والموزون الا أنه يجعل ذلك المعنى في هذه القسمة تابعا ويجعل معنى الافراز فيها مقصودا تصحيفا لتصرف الموصى وقصد الذي هو تكيل المنفعة فان مبنى الوصية على المساهلة وسرعة الثبوت وقد أفصح عن هذا المعنى الامام فاضيلنا حيث قال ولهما ان القسمة فيما لا يكال ولا يوزن وان كانت مبادلة من وجه حتى لا ينفردا أحدهما بالقسمة ولو اشترى اذرا واقتسم لم يكن لاحدهما أن يبيع نصيبه مما يبيعه على ما اشترى فهي افراز في حق بعض الاحكام الا يرى أنه يجبر عليها ولو بني أحدهما في نصيبه بعد القسمة بناء ثم استحق الارض لا يرجع على شريكه بقيمة البناء ولا يثبت للشفيع الشفعة في القسمة والمشتري لو قاسم البائع لم يكن للشفيع نقضه ولو كانت القسمة مبادلة من كل وجه لكانت الاحكام على عكسها فثبت انها افراز من وجه مبادلة من وجه فجعل افرازا في حكم الوصية تصحيفا للوصية لان ميناه اعلى المساهلة وسرعة الثبوت ولهذا صحت الوصية بالمعدوم على خطر الوجود كالثمره والغلة واذا جعلت القسمة افرازا ظهر أنه أوصى بما يملكه اه تدبر (قوله وان وقع في نصيب الآخر تنفذ في قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه اما لانه عوضه كما ذكرناه) يعني في الجارية الموصى بها كذا في العناية وغيرها (أقول) لقائل أن يقول ليس قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه عوضه أى

والى هذا أشار بقوله (وانما المقصود الافراز تكميلا للنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه) والباقي ظاهر وقوله (اما لانه عوضه كما ذكرناه) يعنى في الجارية الموصى بها

وقوله (أولانه أراد التقدير على اعتبار أحد الوجهين) يعني في وقوعه في نصيب الشريك (والتملك بعينه على اعتبار الوجه الآخر) يعني في وقوعه في نصيبه وقوله (٤٥٨) (فتصير السهام أحد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة) فإن قيل ينبغي أن يقسم نصيب

الموصى بين الورثة والموصى له على خمسة أسهم سهم للموصى له وأربعة للورثة لأنه لما صحت الوصية عندهما في عشرة أذرع بقي حق الورثة في أربعين قلنا زعم الورثة أن حقهم في خمسة وأربعين وحق الموصى له في خمسة تسكا عندهم محمد وزعم الموصى له أن حقه في عشرة وحق الورثة في أربعين فمعتبر زعم كل فريق فعملنا كل خمسة سهمًا فصار الكل أحد عشر وقوله (وقيل لا خلاف فيه لمحمد) بل قوله في الإقرار كقولهما في الوصية والباقي ظاهر قال (ومن أوصى من مال رجل لا آخر بألف) ومن أوصى من مال رجل لا آخر بألف بهننا فبلغه فاما أن يجيز الوصية أولا فإن كان الثاني بطلت وإن كان الأول جازت فإن دفعها إلى الموصى له تمت وإن لم يدفع فله أن يمنع وإن أجازها لأن هذا تبرع بمال الغير إلى آخر ما ذكر في الكتاب وهو واضح

أولانه أراد التقدير على اعتبار أحد الوجهين والتملك بعينه على اعتبار الوجه الآخر كما إذا علق عتق الولد وطلاق المرأة بأول ولد تلده أمته فالمراد في جزاء الطلاق مطلق الولد وفي العتق ولد حتى ثم إذا وقع البيت في نصيب غير الموصى والمدار مائة ذراع والبيت عشرة أذرع يقسم نصيبه بين الموصى له وبين الورثة على عشرة أسهم تسعة من الورثة وسهم للموصى له وهذا عند محمد في ضرب الموصى له بخمسة أذرع نصف البيت وهم بنصف الدار سوى البيت وهو خمسة وأربعون فيجعل كل خمسة سهمًا نصيب عشرة وعنده ما يقسم على أحد عشر سهمًا لأن الموصى له يضرب بالعشرة وهم بخمسة وأربعين فتصير السهام أحد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة ولو كان مكان الوصية أقرار قبيل هو على الخلاف وقيل لا خلاف فيه لمحمد والفرق له أن الإقرار بملك الغير صحيح حتى إن من أقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم إلى المقر له والوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لا تصح وصيته ولا تنفذ قال (ومن أوصى من مال رجل لا آخر بألف بعينه فأجاز صاحب المال بعد موت الموصى فإن دفعه فهو جائز وله أن يمنع) لأن هذا تبرع بمال الغير فيتوقف على إجازته وإذا أجاز يكون تبرعًا منه أيضًا فله أن يمنع من التسليم بخلاف ما إذا أوصى بالزيادة على الثلث وأجازت الورثة لأن الوصية في مخربها صحيحة لمصادقة مالك نفسه والامتناع لحق الورثة فإذا أجاز وهما سقط حقهم فنقد من جهة الموصى قال (وإذا اقسم الابن تركه الأب ألفًا ثم أقر أحدهما لرجل أن الأب أوصى له بثلث ماله فإن المقر يعطيه ثلث ما في يده) وهذا استحسان والقياس أن يعطيه نصف ما في يده وهو قول زفر رحمه الله لأن إقراره بثلثه تضمن إقراره بما واثه أيام التسوية في إعطاء النصف ليقب له النصف وجه الاستحسان أنه أقر له بثلث شائع في التركة وهي في أيديهما فيكون مقرًا بثلث ما في يده بخلاف ما إذا أقر أحدهما بدين لغيره لأن الدين مقدم على الميراث

عوض جميع ذلك البيت الواقع في نصيب الآخر بل قدر ذرعان نصفه مما وقع في نصيبه عوض نصفه ولا معاوضة في نصفه الآخر لأن الدار بجميع أجزائها كانت مشتركة بين الموصى وصاحبه فيكون ذلك البيت وما وقع في نصيب الموصى مشتركين بينهما قبل القسمة فالمعاوضة بعد القسمة انحلت تصور بين نصف ذلك البيت الواقع في نصيب الآخر وبين قدر ذرعان نصفه ذلك مما وقع في نصيب الموصى وأما نصفه الآخر وقدر ذرعان نصف ذلك مما وقع في نصيب الموصى فباقيان على حالتها الأصلية في ملك الموصى وصاحبه فلم يكن قوله ألاما لأنه عوضه صالحا لأن يكون دليلًا مستقلا في إفادة المطلوب ههنا وهو أن يكون قدر ذرعان جميع البيت الموصى به ملكًا للموصى له عندهما فيما إذا وقع ذلك البيت في نصيب الآخر بدون ملاحظة أحد الداليلين الآخرين وتحرير المصنف يقتضي استقلاله فيها كما ترى فتأمل (قوله والفرق له أن الإقرار بملك الغير صحيح حتى إن من أقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم إلى المقر له) أقول فيه كلام وهو أن هذا الفرق إنما ينشئ في صورة أن وقع البيت بعد القسمة في نصيب الموصى وأما في صورة أن وقع بعد ما في نصيب الآخر فلا لأن الموصى حينئذ كان مقرًا بملك الغير لغيره ولم يصير مالكه بعد ذلك حتى يؤمر بتسليمه إلى المقر له ومستلثنا تم الصورتين فلا يتم التقريب (قوله وجه الاستحسان أنه أقر بثلث شائع في التركة وهي في أيديهما فيكون مقرًا بثلث ما في يده) قال صاحب التسهيل أقول مضى في فصل إقرار المريض إن ابنه لو أقر بأخ فبعده أخوه الآخر دفع إليه

فلم يعتبر زعمه تسكا عندهم محمد إذا وقع البيت في نصيبه قال المصنف (والامتناع لحق الورثة) أقول وقد مر في أوائل كتاب الوصايا أن كل ما جاز باجازه الورثة يملكه المجاز له من قبل الموصى عندنا خلافا للشافعي

فيكون

فلم يعتبر زعمه تسكا عندهم محمد إذا وقع البيت في نصيبه قال المصنف (والامتناع لحق الورثة) أقول وقد مر في أوائل كتاب الوصايا أن كل ما جاز باجازه الورثة يملكه المجاز له من قبل الموصى عندنا خلافا للشافعي

الى قوله (فيكون مقررا بتقدمه فيقدم عليه) فان كان الدين مستغرا فجميع نصيبه دفعه اليه كله والباقي ظاهر وقوله (فلا يخرج عنها بالانفصال كافي البيع) يعني تسري الوصية الى الولد الحادث قبل القسمة كما يسرى البيع الى الولد الحادث قبل القبض واذا سرت الوصية الى الولد صار كان موجودا فاصحى به ما وقيمت ما مثل نصف المال تنفذ الوصية في ثلثي كل واحد منهما كذلك ههنا (وله ان الام اصل) يعني في الوصية (والولد تبع فيه) أي في الوصية على تأويل الابناء (٤٥٩) وانما كانت الام أصلا لان الإيجاب

تناولها قصدا ثم سري حكم الإيجاب الى الولد ولا مساواة بين الاصل والتبع فتنفذ الوصية بالام ثم يكون له من الولد قدر ما بقي من الثلث وتنفيذ الوصية في جميع الام كان مستحقا قبل الولادة فلا يعتبر زيادة المال لانه يؤدي الى نقصها في بعض الاصل وذلك لا يجوز لان فيه ابطال الاصل بالتبع وقوله (الا انه لا يقابله بعض العوض) جواب عما يقال لان السلم أن تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي الى نقصه في الاصل فان بعض الثمن لا يقابله شيء في ذلك وفيه نقص له بخصته ووجهه انه انما لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد اذا اتصل به القبض فان العوض الواحد لا يقابل بعوضين لكن لاوجب ذلك النقص في المبيع لان الثمن تابع الى آخر ما ذكره وقوله (واذا اتصل به القبض) انما قيد بذلك لان مقابلة بعض الثمن بالولد انما يكون أن لو كان مقبوضا بالاصل حتى لو هلك قبل القبض بأقفة

فيكون مقررا بتقدمه فيقدم عليه اما الموصى له بالثلث شريك الوارث فلا يسلم له شيء الا ان يسلم للورثة مثله ولانه لو اخذ منه نصف ما في يده فربما يقرأ الابن الاخر به ايضا فخذ نصف ما في يده فيصير نصف التركة فيزداد على الثلث قال (ومن اوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصى ولدا وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له) لان الام دخلت في الوصية أصالة والولد تبع احسين كان متصلا بالام فاذا ولدت قبل القسمة والتركة قبلها مبقاة على ملك الميت حتى يقضى بهاد يونه دخل في الوصية فيكونان للموصى له (وان لم يخرج من الثلث ضرب بالثلث واخذ ما يخصه منهما جميعا في قول أبي يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة يأخذ بذلك من الام فان فضل شيء اخذ من الوالد) وفي الجامع الصغير عن صورة وقال رجل له ستمائة درهم وأمة تساوي ثلثمائة درهم فأوصى بالجارية لرجل ثم مات فولدت ولدا يساوي ثلثمائة درهم قبل القسمة فلموصى له الام وثلث الولد عنده وعندهما ثلثا كل واحد منهما لهما ما ذكرنا ان الولد دخل في الوصية تبع محالة الاتصال فلا يخرج عن الاتصال كافي البيع والعقود فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم الام وله ان الام اصل والولد تبع والتبع لا يراحم الاصل فلونفذنا الوصية فيهما جميعا تنقض الوصية في بعض الاصل وذلك لا يجوز بخلاف البيع لان تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي الى نقصه في الاصل بل يبقى تاما صحح فيه الا انه لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد اذا اتصل به القبض ولكن الثمن تابع في البيع حتى ينفذ البيع بدون ذكره وان كان فاسدا (هذا اذا ولدت قبل القسمة فان ولدت بعد القسمة فهو للموصى له) لانه انما خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة

المقرر نصف نصيبه كما قال زفر رحمه الله تعالى ههنا لانه أقر بالمساواة وعند مالك يدفع اليه ثلث نصيبه كما قلنا ههنا نحن والحاصل اننا علمنا ههنا بأصل مالك ثم وعمل زفرهما بأصلنا ثمه فلا بد للثمة الحنفية من الفرق بين الاقرار والوصية أو الاتحاد ويحتمل أن يكون في المسئلة روايتان الى هنا لفظ التسهيل وقصد بعض المتأخرين أن يجيب عنه فقال بعد نقل ذلك قلت الفرق بينهما ما بين فان المساواة من الوازم بينة للاخوة دون الوصية بالثلث فانها ليست من لوازمها فضلا عن كونها بينة فالاقرار بالوصية فانها لا تتضمن الاقرار بها اه (أقول) ليس هذا بشيء فان الذي من لوازم الاخوة انما هو المساواة في جملة التركة لا المساواة فيما في يد أحد الاخوان فقط كنهى التركة مثلا والاي لازم أن يكون حصة أحد الاخوة النصف وحصة مجموع الاخوان النصف وهذا ظاهر البطلان والمساواة في جملة التركة انما تقتضي كون حصة الاخ المقر له ثلث ما في يد المقر لانصفه كما فيما نحن فيه من الاقرار بوصية ثلث المال فورد ما قاله صاحب التسهيل من مطالبة الفرق بين المستثنين ثم ان قول ذلك البعض دون الوصية بالثلث فانها ليست من لوازمها فضلا عن كونها بينة ليس تمام ايضا لان المساواة انما لا تكون من لوازم مطلق الوصية مع مطلق الورثة وأما فيما نحن فيه فالمساواة لازمة قطعاً لا محصراً الوارث في الابنين وكون اقرار أحدهما بوصية المورث لرجل بثلث ماله فلا بد من الفرق بين المستثنين بوجه آخر كما لا يخفى

سماوية لا يقابله شيء من الثمن بل يأخذ الام بجميع الثمن والله أعلم

قال المصنف (أما الموصى له بالثلث شريك الوارث) أقول وكذا الأخ الذي أقر أحد الابنين بأخوته وأتكره الآخر شريك الوارث مع أنه يعطى له نصف ما في يد المقر كما سبق في آخر كتاب الاقراره لا بد من الفرق قال المصنف (وان لم يخرج من الثلث ضرب بالثلث واخذ ما يخصه منهما جميعا) أقول الظاهر أنه بالجماع المهملة أي ما يصير حصته من ما يقال حصتي منه كذا أي صار حصتي منه

**فصل في اعتبار حالة الوصية** قال في النهاية لما ذكر الحكم الكلي في الوصية وهو الحكم الذي يتعلق بثلك المال ذكر في هذا الفصل احكاما تتعلق بالاحوال المتغيرة من وصف الى وصف لما أن هذه الاحوال بمنزلة العوارض والاحكام المتعلقة بثلك المال بمنزلة الاصول والاصل مقدم على (٤٦٠) العارض قوله (واذا أقر المريض لامرأة) واضح مبني على المعتد به في جواز

الوصية وفسادها كون الموصي له وارثا وغير وارث يوم الموت لا يوم الوصية والمعتبر في فساد الاقرار وجوازه كون المقر له وارثا للحال لان الاقرار عليك للحال متى كان المقر له وارثا يوم الاقرار لا يصح اقراره اذا كان المقر مريضا وقوله (لان الاقرار ملزم) فيه تلويح الى رد قول زفر وهو ان الاقرار ايضا باطل لان اقرار المريض بمنزلة التملك ولهذا يصح للوارث ووجه ذلك أن الاقرار

**فصل** في اعتبار حالة الوصية قال (واذا أقر المريض لامرأة بدين أو وصى لها بشئ أو وهب لها ثم تزوجها ثم مات جازا الاقرار وبطلت الوصية والهبة) لان الاقرار ملزم بنفسه وهي اجنبية عند صدوره ولهذا يعتبر من جميع المال ولا يبطل بالدين اذا كان في حالة الصحة أو في حالة المرض الا أن الثاني يؤخر عنه بخلاف الوصية لانها يجب عند الموت وهي وارثة عند ذلك ولا وصية للوارث والهبة وان كانت منجزة صورة فهي كالصافي الى ما بعد الموت حكلا لان حكمها يتقرر عند الموت الا ترى انها تبطل بالدين المستغرق وعند عدم الدين تعتبر من الثلث قال (واذا أقر المريض لابنه بدين وابنه نصراني أو وهب له أو وصى له فأسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله) أما الهبة والوصية فلما قلنا انه وارث عند الموت وهما المحبان عنده أو بعده والاقرار وان كان ملزما بنفسه ولكن سبب الارث وهو البتة قائم وقت الاقرار فيعتبر في ايراث تهمة الاثبات بخلاف ما تقدم لان سبب الارث الزوجية وهي طارئة حتى لو كانت الزوجة قائمة وقت الاقرار وهي نصرانية ثم أسلمت قبل موته لا يصح الاقرار اقيام السبب حال صدوره وكذلك لو كان الابن عبدا أو مكاتباً فاعتق لما ذكرنا وذكر في كتاب الاقرار ان لم يكن عليه دين يصح لانه أقر لمولاه وهو اجنبي وان كان عليه دين لا يصح لانه اقراره وهو ابنه والوصية باطلة لما ذكرنا أن المعتبر فيها وقت الموت وأما الهبة فيرى أنها تصح لانها عليك في الحال وهو رقيق وفي عامة الروايات هي في مرض الموت بمنزلة الوصية فلا تصح

بثلك الحكم بنفسه من غير توقف على أمر زائد كالموت في باب الوصية وقوله (الا أن الثاني يؤخر عنه) أي تنفيذ حكم الاقرار في حالة المرض يؤخر عن تنفيذ حكم الاقرار الذي في حالة الصحة (بخلاف الوصية لانه) يعني الوصية بنا ويصل اليباء وقوله (وكذا لو كان الابن عبدا أو مكاتباً فاعتق) يعني لا تصح الوصية والهبة لان الوصية مضافة الى وقت الموت أما اذا أقر له بدين ثم أعتق قبل الموت لم يذكره هنا وذكر في كتاب

**فصل في اعتبار حالة الوصية** لما ذكر الحكم الكلي في الوصية وهو الحكم الذي يتعلق بثلك المال ذكر في هذا الفصل احكاما تتعلق بالاحوال المتغيرة من وصف الى وصف لما ان هذه الاحوال بمنزلة العوارض والاحكام المتعلقة بثلك المال بمنزلة الاصول والاصل مقدم على العارض كذا في الشروح (قوله واذا أقر المريض لامرأة بدين أو وصى لها بشئ أو وهب لها ثم تزوجها ثم مات جازا الاقرار وبطلت الوصية والهبة) قال صاحب النهاية وهذا بناء على ان المعتبر في جواز الوصية وفسادها كون الموصي له وارثا وغير وارث يوم الموت لا يوم الوصية والمعتبر في فساد الاقرار وجوازه كون المقر له وارثا للحال لان الاقرار عليك للحال متى كان المقر له وارثا يوم الاقرار لا يصح اقراره اذا كان المقر مريضا اه واقفي أثره في هذا التقرير صاحب العناية (أقول) في عبارته ما خلل حيث قال لان الاقرار عليك للحال مع انهم قد صرحوا في كتاب الاقرار بأن الاقرار ليس بتمليك بل هو اظهار للقرية وقالوا ولهذا لو أقر غيره بالمال والمقر له يعلم انه كاذب في اقراره لا يحل له أخذه وفرغوا على ذلك مسائل كثيرة منها ان المريض اذا أقر بجميع ماله لاجنبي صح اقراره ولا يتوقف على اجازة الورثة ولو كان مملوكا مبتدأ لم ينفذ الا بقدر الثلث عند عدم اجازتهم فق العبارة أن يقال لان الاقرار تصرف في الحال كما قاله المصنف رحمه الله في أوائل كتاب الوصايا فتذكر (قوله وكذا لو كان الابن عبدا أو مكاتباً فاعتق لما ذكرنا) قال صاحب النهاية والعناية في شرح هذا المقام أي لا تصح الوصية والهبة لان الوصية مضافة الى وقت الموت أما اذا أقر له بدين ثم أعتق قبل الموت لم يذكره هنا وذكر في كتاب الاقرار انه ان لم يكن عليه دين على العبد بدين يصح اه (أقول) لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان ما ذهب اليه في شرح هذا المقام مما ياباه سداد

قال

الاقرار أنه ان لم يكن عليه أي على العبد (دين يصح) الى آخر ما ذكر في الكتاب

**فصل في اعتبار حالة الوصية** (قوله أما اذا أقر له بدين ثم أعتق قبل الموت لم يذكره هنا) أقول فيه بحث فان لفظ الجامع الصغير ههنا هكذا على ما نقله الاتقاني وقال في المريض أقر لابنه وهو نصراني بدين أو وهب له هبة فقبضها أو وصى له وصية ثم أسلم الابن ثم مات الرجل قال ذلك كله باطل وكذلك ان كان الابن عبدا فاعتق في هذا اه



وقوله (والمقعد والمفلوج) المقعد من لا يقدر على القيام والمفلوج من ذهب نصفه وبطل عن الحس والحركة (والاشل) من شلت يده (والمسلول هو الذي به مرض السل) وهو عبارة عن اجتماع المرة (٤٦١) في الصدر ونفتها وقوله (صار

طبعاً من طباعه) يعني يخرج من أن يركون مريضاً مرض الموت فيعتبر تصرفه من جميع المال (فالوصار بعد ذلك

صاحب فراش فهو كمرض حادث) فيعتبر فيه تصرفه من الثلث كما لو تصرف

عندما أصابه ذلك وصار صاحب فراش ومات من أيامه (لأنه يخاف منه الموت ولهذا ابتدأوى فيكون مرض الموت والله أعلم)

باب الاعتاق في مرض الموت

الاعتاق في المرض من أنواع الوصية لكن لما كان له أحكام مخصوصة أفرد به باب على حدة وأخره عن صريح الوصية لأن الصريح هو الأصل قال (ومن أعتق عبداً في مرضه) كلامه واضح

باب العتق

في مرض الموت

قال المصنف (ويضرب

بمع أصحاب الوصايا) أقول الاظهر أن يقال يضرب كل من هو ولا يحكم كل من العتق والمحابة والهبة مع أصحاب الوصايا أي في الثلث

قال (والمقعد والمفلوج والاشل والمسلول إذا تناول ذلك ولم يخف منه الموت فهبته من جميع المال) لأنه إذا تقدم العهد صار طبعا من طباعه ولهذا لا يشتغل بالتداوى ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث (وان وهب عندما أصابه ذلك ومات من أيامه فهو من الثلث إذا صار صاحب فراش) لأنه يخاف منه الموت ولهذا ابتدأوى فيكون مرض الموت والله أعلم

باب العتق في مرض الموت

قال (ومن أعتق في مرضه عبداً أو باع أو وهب أو وهب فذلك كله جائز وهو معتبر من الثلث ويضرب به مع أصحاب الوصايا)

المعنى وانتظام الكلام فانه ما حلق قول المصنف وكذا لو كان الابن عبداً أو مكاتباً على عدم صحة الوصية والهبة فقط مع ان الظاهر من قوله المذكور عموم عدم الصحة للصور الثلاث المذكورة فيما قبل جميعاً وهي الاقرار والهبة والوصية لأنه كان عاماً لها في المسئلة السابقة فانتظام اطلاق التشبيه في قوله وكذا لو كان الابن عبداً أو مكاتباً يقتضى العموم لها في هذه المسئلة أيضاً بجميع انضمام قوله لما ذكرنا اليها فان ما ذكره من قبل من الدليل يدل على عدم الصحة في الصور الثلاث جميعاً بالرب ثم ان قوله ما إذا أقره يدين ثم أعتق قبل الموت لم يذكرونا ان أراد بذلك ان صورة الاقرار لم تذكرونا بعينها صراحة فهو مسلم لكن صورته الوصية والهبة أيضاً لم تذكرونا بعينها صراحة بل اندرجنا في اشارة قوله وكذا لو كان الابن عبداً أو مكاتباً فاعتق فيما معنى جعل هذه المسئلة شاملة لصورتي الوصية والهبة دون صورة الاقرار وان أراد بذلك ان صورة الاقرار لم تذكرونا أصلاً لاصراحة بعينها ولا اندراجاً في اطلاق اشارة شئ فهو ممنوع فان مسئلةنا هذه مع ما قبلها من مسائل الجامع الصغير ولفظ الجامع الصغير هنا على ما نقل في غاية البيان هكذا وقال في المريض أقر لابنه وهو نص في يدين أو وهب له هبة فقبضها أو أوصى له وصية ثم أسلم الابن ثم مات الرجل قال ذلك كله باطل وكذلك لو كان الابن عبداً فاعتق في هذا اه ولا يذهب عليك ان صورة الاقرار وصورتي الوصية والهبة سيان في الاندراج تحت اطلاق اشارة قوله وكذلك لو كان الابن عبداً فاعتق في هذا فالحق أن مراد المصنف بقوله وكذا لو كان الابن عبداً أو مكاتباً فاعتق لما ذكرناه وان يبطل الاقرار والهبة والوصية كلها في هذه المسئلة أيضاً بالدليل ما ذكرناه في المسئلة السابقة وان مراده بقوله وذكر في كتاب الاقرار الى قوله قال والمقعد بيان ان في صورة الاقرار رواية للصحة أيضاً وكذا في صورة الهبة وأما في صورة الوصية فلارواية للصحة أصلاً تبصر ترشد

باب العتق في مرض الموت

قال جهور الشراح الاعتاق في المرض من أنواع الوصية لكن لما كان له أحكام مخصوصة أفرد به باب على حدة وأخره عن صريح الوصية لأن الصريح هو الأصل اه (أقول) فيه فتور لأن الاعتاق في المرض ليس من أنواع الوصية بل هو أمر مغاير للوصية حقيقة فان الوصية يجب بعد الموت وهذا من غير مضاف كما سيصرح به المصنف رحمه الله فكيف يكون هذا من أنواع الوصية نعم انه في حكم الوصية

وقوله (والمراد الاعتبار من الثلث) أي المراد بقوله فهو وصية الاعتبار من الثلث لاحقيقة الوصية لان الوصية عبارة عما أوجبه الموصي في ماله بعد موته من متوقعا وقوله (كالضمان والكفالة) غاير بينهما بالعطف لان الضمان أعم من الكفالة فان من الضمان ما لا يكون كفالة بأن قال لاجنبي خالع امرأتك على ألف على أي ضامن وكذا الوفاة بع هذا العبد بألف على أي ضامن لك بمائة من الثمن سوى الاثني فان بدل اطلع يكون على الاجنبي لا على المرأة والمائة على الضامن دون المشتري وقوله (وما نفذ من التصرف) أي نجزه في الحال ولم ينفذه الى ما بعد الموت (٤٦٣) (فالمعتبر فيه حالة العقد فان كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان مريضا فهو من الثلث

وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة لانه بالبرتين أنه لاحق لاحد في ماله) وقوله (فان جابى ثم أعتق) صورته رجل باع في مرضه عبدا يساوي الفين من رجل بألف وأعتق عبدا يساوي ألفا ولا مال له سواهما (فالمحابة أولى) وان ابتدأ بالعتق تحاصفيه (عند أي حنيفة في الأول يسلم العبد للمشتري بألف) ولم يبق من الثلث شيء إلا أن العتق لا يمكن رده فيسعى العبد في قيمته لورثته وفي الثانية يتحصان في مقدار الثلث (وقال العتق أولى) سواء قدم المحابة أو آخرها فيعتق العبد محابا لان قيمته بقدر الثلث ويخير المشتري ان شاء انقض البيع ورد العبد للزمن من الزيادة في الثمن من غير رضاه وان شاء أمضى العقد وادى كمال قيمة العبد التي درهم والاصل المذكور في الكتاب ظاهر وقوله (الاالعتق الموقع) أي المنجز لا المفوض الى اعتاق الورثة مثل أن يقول أعتقه أو يوصي

وفي بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز والمراد الاعتبار من الثلث والضرب مع أصحاب الوصايا لاحقيقة الوصية لانها يجاب بعد الموت وهذا من غير مضاف واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة وكذلك ما ابتداء المريض ايجابه على نفسه كالضمان والكفالة في حكم الوصية لانه يتهم فيه بكافي الهبة وكل ما أوجبه بعد الموت فهو من الثلث وان أوجبه في حال صحته اعتبارا بمحابة الاضافة دون حالة العقد وما نفذ من التصرف فالمعتبر فيه حالة العقد فان كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان مريضا فن الثلث وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة لان البرتين انه لاحق في ماله قال (وان جابى ثم أعتق وضاق الثلث عنهما فالمحابة أولى عند أي حنيفة وان أعتق ثم جابى فهما سواء وقال العتق أولى في المستثنين) والاصل فيه أن الوصايا اذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل من أوجبها يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض الا العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح والمحابة في البيع اذا وقعت في المرض لان الوصايا قد تساوت والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب لتساوي في نفس الاستحقاق وانما قدم العتق الذي ذكرناه آنفالا لانه أقوى فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وغيره بلحقه وكذلك المحابة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي

ذا وجد في مرض الموت حيث يعتبر من الثلث لان جميع المال كما سيأتي أيضا في الكتاب فالوجه أن يقال لما كان الاعتاق في المرض أمرا يغير حقيقة الوصية ولكن كان في حكمها أفردته بباب على حدة وأخره عن حقيقة الوصية لكونها هي الاصل (قوله وفي بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز) أقول في عبارة المصنف هنا تسامح فان قوله جائز في النسخة الأولى محمول في الكلام وقوله فهو وصية في هذه النسخة موضوع ومحمول فكيف يكون الثاني مكان الاول فالظاهر أن يقال مكان قوله فذلك كماه جائز (قوله وانما قدم العتق الذي ذكرناه آنفالا لانه أقوى فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وغيره بلحقه الفسخ وكذلك المحابة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي) أقول في هذا التحرير في صور بل خلل أما أولا فلأن قدم من جهة الموصي في قوله فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي حشو مفسد لانه يدل بطريق مفهوم المخالفة المعتبر عندنا أيضا في الروايات كما صرحوا به على أن يلحقه الفسخ من جهة غير الموصي كما في المحابة مع ان الفسخ لا يلحق العتق من جهة أحد أصلا وان سلق المحابة من جهة غير الموصي وهو المشتري وأما ثانيا فلأن قوله وغيره بلحقه الفسخ بهم باطلا لانه أن يلحق الفسخ المحابة أيضا من جهة الموصي مع انه قال وكذلك المحابة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي فالحق في تحرير هذا المقام أن يقال فانه لا يلحقه الفسخ أصلا والمحابة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي وأما غيرهما فيلحقه الفسخ من جهة الموصي وغير الموصي أيضا ثم ان كثيرا من الشراح منهم صاحب العناية قالوا في تفسير قول المصنف هنا وغيره بلحقه الفسخ أي غير العتق الموقع بلحقه الفسخ كالوصية بالعتق

بعقه بعد موته مستثنى من قوله لا يقدم وقوله (كالتدبير الصحيح) احتراز عن الفاسد منه مثل أن يقول أنت حر بعد موتي بيوم كاسمىء وقوله (والمحابة في البيع) بالرفع معطوف على قوله الاالعتق الموقع وقوله (وغيره بلحقه) أي غير العتق الموقع بلحقه الفسخ كالوصية بالعتق والوصية بالمال

قال المصنف (لانها يجاب بعد الموت) أقول قياس من الشكل الثاني (قوله وغيره بلحقه أي غير العتق الموقع) أقول فيه أن الظاهر أن يقول أي غير ما ذكرنا من العتق الموقع والعتق المعلق وتعميم الموقع به ما خلاص الظاهر

وقوله (يستوى فيه من سواهما) أي سوى العتق والمحاباة وقوله (٤٦٣) (لهما في الخلافة) وهي التي قدم فيها

المحاباة على العتق وقوله (لا يوجب التقدم في الثبوت) ألا ترى أنه إذا أوصى بثلاث ماله لفلان ولفلان ولفلان كان بينهم اثلاثا واصل أو فصل ولا عبرة بالبداءة فكذلك هنا وقوله (لأنها ثبتت في ضمن عقد المعاوضة) يعني وبالمرض لا يلحقه الحجر عنها (فكان تبرعا بمعنى لا بصيغته والاعتاق تبرع صيغة ومعنى) لأنه لم يثبت في ضمن المعاوضة وبالمرض يلحقه الحجر عنه

(قوله يستوى فيه من سواهما أي سوى العتق والمحاباة) أقول فيه شيء فان لفظة من تأتي هذا التفسير (قوله وهي التي قدم الخ) أقول فيه شيء فان الظاهر التعميم للمستثنين (قوله) وقوله لأنها ثبتت في ضمن عقد المعاوضة يعني وبالمرض لا يلحقه الحجر عنها) أقول ضمير عنها راجع الى المعاوضة (قوله) فكان تبرعا بمعنى أقول تذكير الضمير الراجع الى المحاباة ما باعتبار الخبر أولكونه بمعنى أن مع الفعل أو على تأويل

وإذا تقدم ذلك فبأبى من الثالث بعد ذلك يستوى فيه من سواهما من أهل الوصايا ولا يقدم البعض على البعض له ما في الخلافة أن العتق أقوى لأنه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها ولا يعتبر بالتقديم في ذلك لأنه لا يوجب التقدم في الثبوت وله أن المحاباة أقوى لأنها ثبتت في ضمن عقد المعاوضة فكان تبرعا بمعنى لا بصيغته والاعتاق تبرع صيغة ومعنى فإذا وجدت المحاباة أو لادفع الأضعف وإذا وجد العتق أو لا وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المراجعة وعلى هذا قال أبو حنيفة رحمه الله إذا جاب ثم أعتق ثم جاب

والوصية بالمال اه (أقول) ليس ذلك بسديد فان العتق المعلق غير العتق الموقع ولهذا عطفه المصنف عليه فيما قبل حيث قال ان العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح مع انه لا يخفى أن العتق المعلق أيضا يلحقه الفسخ عندنا فالحق أن يقال في تفسير قوله وغيره يلحقه الفسخ أي غير العتق الذي ذكرناه أن ما هو العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي في حينه يستقيم المعنى جدا كما لا يخفى واللفظ أيضا ساعد لا محالة فان العتق الذي ذكره يم العتق الموقع والمعلق كما ترى (قوله) وإذا تقدم ذلك فبأبى من الثالث بعد ذلك يستوى فيه من سواهما من أهل الوصايا) قال صاحب النهاية في تفسير قوله يستوى فيه من سواهما أي سوى العتق والمحاباة واقتنى أثره صاحب العناية (أقول) فيه سماجة ظاهرة فان كلمة من في قوله من سواهما تأتي هذا التفسير جدا كما لا يخفى وكذا قوله من أهل الوصايا بعد قوله من سواهما ينافي ذلك كما ترى فالوجه في تفسير ذلك أن يقال أي سوى المعلق والذي حو به أو سوى أهل العتق والمحاباة نعم يمكن تقدير المضاف في تفسير الشارحين المزبورين وهو لفظ الأهل أو لفظ صاحب لكنه خلاف الظاهر في مقام التفسير إذ المقصود من التفسير الكشف والبيان لا الإخفاء والتعمية فبقيت السماجة في تفسيرهما المذكور لا محالة (قوله) (لها في الخلافة) قال صاحب العناية في بيان الخلافة وهي التي قدم فيها المحاباة على العتق وتبعه العيني (أقول) هذا شرح فاسد لان الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه في كلتا المسئلتين المذكورتين وهما التي قدم فيها المحاباة على العتق والتي قدم فيها العتق على المحاباة والدليل المذكور من قبله ما وكذا الدليل المذكور من قبله يتمشيان في تينك المسئلتين معا بلا كلغة كما لا يخفى على ذي مسكة فلا وجه لتفسير الخلافة هنا بما يخص المسئلة الأولى منهما والصواب في بيانها أن يقال وهي التي اجتمع فيها العتق والمحاباة سواء قدم العتق على المحاباة أو قدمت المحاباة على العتق (قوله) ولا يعتبر بالتقديم في ذلك لأنه لا يوجب التقدم في الثبوت) قال في العناية ألا ترى أنه إذا أوصى بثلاث ماله لفلان ولفلان ولفلان كان بينهم أثلاثا واصل أو فصل ولا عبرة بالبداءة فكذلك هنا اه وهكذا ذكر في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الاسرار (أقول) لقائل أن يقول حكم الإيصاء في صورة التنوير نازل وقت موت الموصي في حق كل واحد منهم لان الوصية تعليق مضاف الى ما بعد الموت فكان فهم معنى التعليق والحكم في التعليلات ينزل عند وجود الشرط وزمان تحقق الشرط الذي هو الموت في حق كل واحد منهم في صورة التنوير زمان واحد فلهذا كان الثلث الموصى به لهم بينهم أثلاثا بخلاف ما نحن فيه فان العتق الموقع في المرض منجز غير مضاف الى ما بعد الموت وكذا المحاباة في البيع اذا وقعت في المرض والمنجز يوجب الحكم في الحال لا محالة فينبغي أن يثبت الحكم في المقدم في ذلك كقولنا أن يثبت في المؤخر فيه فافتقرت صورتان فتأمل (قوله) وعلى هذا قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى إذا جاب ثم أعتق ثم جاب

ما ذكر قال المصنف (وهو لا يحتمل الدفع) أقول لكونها محاباة أقوى منه

وقوله (قسم الثلث بين المحاباة بن نصفين لتساويهما ثم ما أصاب المحاباة الأخيرة قسم بيننا وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان) فيه بحث وهو أن يقال المحاباة الأولى مساوية للمحابة الثانية والمحابة الثانية مساوية للعتق المتقدم عليها فالمحابة الأولى مساوية للعتق المتأخر عنها وهو يناقض الدليل المذكور من جانب أبي حنيفة وأيضاً لو حابي ثم حابي ولم يخرج من الثلث فما هو ما ذكرتم من أن التقديم يقتضي الترجيح يستدعي أن تنفذ الأولى ثم الثانية والجواب عن الأول أن شرط الانتاج أن يلزم النتيجة القياس لذاته وقياس المساواة ليس كذلك عرف في موضعه وعن الثاني بأنه إنما تحصل لان ما يحتمل النقص من تبرعات المريض بنفذ ثم ينقض اذا لم يخرج من الثلث واذا كان كذلك نفذناه جميعاً ثم نقضناه بعد الموت ونبت لهم ما يحكم الوصية وهما نافذتان فاستويا كذا في النهاية وقوله (قسم الثلث بين العتق الأول والمحابة وما أصاب العتق قسم بينهما وبين العتق الثاني) فان قلت لم يقسم بين العتق والعتق ثم بين العتق الثاني والمحابة قلت لا يستقيم لان المحابة مقدمة على العتق الثاني فلا يكون مساوياً لها والعتق الأول مقدم على المحابة فيزاحمها في الثلث ثم ما أصاب العتق الأول شاركه فيه العتق الآخر للجانسة والمساواة بينهما فان قيل كيف يستقيم هذا ولم يصل الى صاحب المحابة كمال حقه كان ينبغي أن يسترد صاحب المحابة ما أخذ صاحب العتق الثاني لان حق صاحب المحابة مقدم على صاحب العتق الثاني كمالو كانا وليس معهما عتق آخر وتقدمت (٤٦٤) المحابة أوجب بأنه لو استرد ذلك لثمنه لاسترد منه صاحب العتق الأول لان حق العتق الأول

وحق المحابة سواء في الثلث فيؤدي الى الدوران نقض صاحب المحابة البيع لما لزمه من زيادة الثمن كان الثلث بين المعتقين نصفين لاستواء حقهما قال (وان أوصى بان يعتق عنه بهذه المائة عبد) كلامه واضح وقوله (وبقي شيء من الحجة يرد على الورثة) قال الامام الكنتاني الا أن يكون الموصى جعل الفضل للذي حج عنه فيكون له

قسم الثلث بين المحاباة بن نصفين لتساويهما ثم ما أصاب المحابة الأخيرة قسم بينهما وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان ولو أعتق ثم حابي ثم أعتق قسم الثلث بين العتق الأول والمحابة نصفين وما أصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني وعندهما العتق أولى بكل حال قال (ومن أوصى بأن يعتق عنه بهذه المائة عبد فلهك منها درهم لم يعتق عنه بما بقي عند أبي حنيفة رحمه الله وان كانت وصيته بحجة يبيع عنه بما بقي من حيث يبلغ وان لم يهلك منها بقي شيء من الحجة يرد على الورثة وقال يعتق عنه بما بقي) لانه وصية بنوع قرية فيجب تنفيذها ما أمكن اعتبار الوصية بالحج وله انه وصية بالعتق لعبد يشترى بمائة وتنفذها فمن يشترى بأقل منه تنفيذ لغير الموصى له وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لانها قرية بمحضة وهي حق لله تعالى والمستحق لم يتبدل فصار كما إذا أوصى لرجل بمائة فلهك بعضها يدفع الباقي اليه وقيل هذه المسئلة بناء على أصل آخر يختلف فيه وهو أن العتق حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق وعنده حق العبد حتى لا تقبل البيعة عليه من غير دعوى فاختلف المستحق

(قوله وهو يناقض الدليل المذكور) أقول أي ثبت نقض ما أثبتته قال المصنف

قسم الثلث بين المحاباة بن نصفين لتساويهما ثم ما أصاب المحابة الأخيرة قسم بينهما وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان) قال في العناية فيه بحث وهو أن يقال المحاباة الأولى مساوية للمحابة الثانية والمحابة الثانية مساوية للعتق المتقدم عليها فالمحابة الأولى مساوية للعتق المتأخر عنها وهو

وهذا (ثم ما أصاب المحابة الأخيرة قسم بينهما وبين العتق) أقول قال في الكافي فان قيل ينبغي أن يكون تمام الثلث للمحابة الأولى عنده لان المحابة الثانية مساوية للعتق والمحابة الأولى مرجحة على العتق والمساوي المرجوح مرجوح وكذا في المسئلة التي قبلها ينبغي أن لا يشارك العتق الثاني الأول عنده لان العتق الأول يساوي المحابة والمحابة راجحة على العتق الثاني والمساوي للراجع قلنا لا يترجم العتق على المحابة والمحابة على المحابة بالاجماع اذا لم يكن الغير متخللاً وكذا اذا تخلل الغير اه وذكر المسئلتين فيه على عكس ترتيب الهداية (قوله وما ذكرتم من أن التقديم يقتضي الترجيح) أقول لم يذ كر ذلك صريحاً بل يجرى ان يفهم من قوله والعتق مقدم عليها فيستويان فان التقدم اذا كان سبباً للمساواة المرجوح للراجع يكون سبباً أيضاً للرجحان المساوي والجواب ان سببية التقدم لمساواة المرجوح من حيث انه لا يحتمل دفع المتأخر فتثبت المزاجه ضرورة واحد التساويين اذا تقدم لا يحتمل دفع الآخر أيضاً لانه ليس أقوى منه فتثبت المزاجه أيضاً ولعل هذا الجواب أولى مما ذكر في الشرح (قوله والجواب عن الأول أن شرط الانتاج أن يلزم النتيجة القياس لذاته وقياس المساواة ليس كذلك عرف في موضعه) أقول فيه تأمل فانهم صرحوا بأنه متى صدقت المقدمة الاجنبية التي نسبتها نخرج قياس المساواة لزمه النتيجة وهي ههنا أقولنا مساوي المساوي مساو وهم صرحوا بصدورها ويجوز أن يقال ذلك في المساواة الحسية فليتامل (قوله أوجب بأنه لو استرد ذلك لثمنه لاسترد منه الخ) أقول يعني نصف ما أخذه (قوله فيؤدي الى الدوران) أقول لانه يسترد منه أيضاً صاحب العتق الثاني للجانس

وقوله (وهذا أشبه) يعنى الى الصواب لانه ثبت بالليل انه حق العبد عنده فيصاف المستحق اذا هلك منه شئ ونبتل الوصية وترد المائة الى ورثته وقوله (ومن أوصى بعقوبه) أى باعتاق عبده وقوله (لانه يتلقى الملك من جهته) أى لان الموصى له يتلقى الملك من جهة الموصى (الآن ملكه) أى ملك الموصى (باق) فيه حاجته حتى لو كان العبد ذارح (٤٦٥) محرم من الورثة لم يعق عليهم لما ينسان ملك الميت فيه

باق بعد حاجته (وانما يزول) ملكه (بالدفع فاذا خرج به) أى بالدفع عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باع الموصى أو وارثه بعد وفاته بسبب الدين (فان فداء الورثة كان الفداء في أموالهم) أى كانوا متبرعين فيما فادوه به

(قوله وقوله وهذا أشبه يعنى الى الصواب) أقول الظاهر تبديل الالباء (قوله لانه ثبت بالليل انه حق العبد) أقول فيه بحث قال المصنف (ومن أوصى بعقوبه) ثم مات فعنى العبد جناية ودفعها بطلت الوصية لان الدفع قد صح لما أن حق ولي الجناية مقدم على حق الموصى) أقول قال فى الكافي والاصل أن الالباء بالاعتاق لا يبطل ملك الورثة فان شأوا دفعوه وان شأوا فادوه فان دفعوه صح الدفع لان حق أولياء الجناية مقدم على حق المالك فكذا يتقدم على من يتلقى الملك من المالك وهو الموصى له وبطلت الوصية لان الدفع يبطل حق المالك

وهذا أشبهه قال (ومن ترك ابنين ومائة درهم وعبد قيمته مائة درهم وقد كان أعتقه في مرضه فأجاز الوارثان ذلك لم يسع في شئ) لان العتق في مرض الموت وان كان في حكم الوصية وقد وقعت بأكثر من الثلث الا أنها تجوز باجازه الورثة لان الامتناع لحقهم وقد أسقطوه قال (ومن أوصى بعقوبه ثم مات فعنى جناية ودفعها بطلت الوصية) لان الدفع قد صح لما أن حق ولي الجناية مقدم على حق الموصى فكذلك على حق الموصى له لانه يتلقى الملك من جهته الا أن ملكه فيه باق وانما يزول بالدفع فاذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باع الموصى أو وارثه بعد موته فان فداء الورثة كان الفداء في مالهم لانهم هم الذين التزموه وجازت الوصية لان العبد ظهر عن الجناية بالفداء كما أنه لم يجز فتنفذ الوصية

يناقض الدليل المذكور من جانب أبي حنيفة رحمه الله تعالى وأيضاً لو جازي ثم جازي ولم يخرج من الثلث تخصصاً وما ذكرتم من ان التقديم يقتضى الترجيح يستدعى أن ينفذ الاولى ثم الثانية والجواب عن الاول ان شرط الانتاج أن يلزم النتيجة القياس لذاته وقياس المساواة ليس كذلك عرف في موضعه وعن الثاني انه انما يخص الاصلان ما يحتمل النقص من تبرعات المريض ينفذ ثم ينقض اذا لم يخرج من الثلث واذا كان كذلك نفذناه جميعاً ثم نقضناه بعد الموت ونبت لهما بحكم الوصية وهما نافذتان فاستويا كذا في النهاية الى هنا لفظ العناية (أقول) فيه نظر من وجوه الاول ان السؤال الثاني غير متجه على كلام المصنف أصلاً إذ لم يقل المصنف قط ان التقديم مطلقاً يقتضى الترجيح بل انما قال ان تقديم الاقوى يقتضى الترجيح كافي تقديم الهباة على الاعتاق لكون المقدم اذ ذلك دافعا للاضعف المؤخر وأما تقديم غير الاقوى فلا يقتضى الترجيح لعدم احتمال دفع المؤخر الاقوى كافي تقديم العتق على الهباة ولا دفع المؤخر المساوى كافي تقديم احدى الحسابتين على الاخرى على ما هو المذكور في السؤال الثاني فلا انجازه اصلاً على ما ذكره المصنف والثاني ان الجواب المذكور عن السؤال الاول ليس بسديد لان لزوم النتيجة القياس لذاته انما هو شرط الانتاج مطلقاً لا شرط الانتاج في الجملة فانهم مصرحون في علم الميزان بان قياس المساواة وان لم يستلزم النتيجة لذاته الا أنه يستلزمها بواسطة مقدمة غريبة اذا صدقت تلك المقدمة كافي قولنا مساو وبمساو بل فانه ينتج ويستلزم ان مساو بل بواسطة مقدمة غريبة صادقة وهى ان كل مساوى المساوى مساو والسؤال الاول يمثل هذه الصورة فلا يدفعه عدم استلزامه النتيجة لذاته كما لا يخفى والثالث أن الجواب المذكور عن السؤال الثاني مما لا حاصل له فانه ان أريد أن يتنفيذ الحساباتين جميعاً ثم يقضى بهما بعد الموت يرتفع تقدم احدهما على الاخرى فذلك أمر لا يساعده العقل وان أريد به أن التقدم والتأخر بينهما باقيان ولكن لا تأثير لهما في ترجيح المقدم على المؤخر في هاتيك الصورة فذلك لا يدفع ذلك السؤال المبني على كون ما ذكره المصنف ان التقديم يقتضى الترجيح مطلقاً فالصواب في رد السؤال الثاني ما تبين عليه أن تقام ان الذى ذكر في الكتاب ان تقديم الاقوى يقتضى الترجيح لأن التقديم مطلقاً يقتضى ذلك فلا انجازه لذلك السؤال وفي دفع السؤال الاول ما ذكره صاحب معراج الدرابة نقلاً عن الفوائد الحميدية حيث قال فان قيل ينبغى ان يقسم الثلث بين الكل أثلاثاً لان الهباة الثانية مساوية للاولى والعتق مساو للهباة الثانية فكان مساو للاولى لان المساوى للمساوى مساو قلنا العتق مساو الثانية بمعنى يخصه

(٥٩ - تكمله ثامن) لو كان حياً فكذا يبطل حق من يتلقى الملك من جهته الا يرى أن الموصى لو باعه أو بيع بعد موته بسبب الدين تبطل الوصية فكذا هنا وان اختاروا الفداء فعليهم الدية لا التزامهم وجازت الوصية انهم ولا يخفى عليك المخالفة بينه وبين ما في الهداية والتوفيق أن العبد وجب اعتاقه بالوصية فيما يتعلق بالتنفيذ تبقى الرقبة على ملك الميت وفيما وراء ذلك عليهم نص عليه التمرثاشي

وقوله (ومن أوصى بثلث ماله لا آخر) واضح وقوله (وان كان على المعتق دين) يعني أن من أعتق عبدا في صحته ثم مات وعليه دين لم يسع العبد في شيء وهذا لان الاقرار بهذين الامرين في حالة المرض انما ينع أحدهما الا آخر ان لو كان أحدهما مائتا خرا عن الآخر فيمنع المتقدم المتأخر وههنا ما حصل ما تصدقني واحد بقوله صدقتم جعل كأن الامرين كانا وثبتا بالبينه فينبئنا معا كذلك (وله أن الاقرار بالدين) أي ولاي حنيفة وجهان أحدهما أن الاقرار بالدين أقوى على ما ذكر والثاني أن العتق لا يمكن اسناده الى حالة الصحة فكذلك ثبت الدين من كل وجه وثبت العتق من حيث الصورة لا من حيث المعنى لان اعتناق المريض المديون يرد من حيث المعنى بوجوب السعاية وصار تصدقني (٤٦٦) الوارث بمنزلة تصدق الميت ولو قال العبد لولا المريرض أعتقتني في صحته

وقال رجل آخري عليك ألف درهم دين فقال المريض صدقتما عتق العبد ويسمى في قيمته للغيريم كذلك ههنا وقوله (وعلى هذا الخلاف الخ) لهما أن الوديعة لم تظهر الا والدين طاهر معها فبما صان كالأقرب بالدين ثم بالوديعة اذ الاقرار من الوارث بالدين على الميت يتناول التركة اللازمة فقد وقع معا بخلاف المورث وله أن حقه يثبت في عين الالف مقدار الثبوت الدين في الذمة وعند انتقالها منها الى الالف كان الالف مستحقا بالوديعة كالأقرب المسورن حيا وقاله ذلك فقال صدقتما والاختلاف في هذه المسئلة ذكر على عكس ما ذكر في الكتاب في عامة الكتب

**فصل** في تقديم باب العتق في المرض على هذا الفصل لقوة العتق في المرض لانه لا يلحقه الفسخ بخلاف مسائل هذا الفصل \* اعلم أن من مات

قال (ومن أوصى بثلث ماله لا آخر فأقر الموصي له والوارث أن الميت أعتق هذا العبد فقال الموصي له أعتقه في الصحة وقال الوارث أعتقه في المرض فالقول قول الوارث ولا شيء للموصي له الا أن يفضل من الثلث شيء أو تقوم له البينة ان العتق في الصحة) لان الموصي له يدعى استحقاق ثلث ما بقي من التركة بعد العتق لان العتق في الصحة ليس بوصية ولهذا يتقدم من جميع المال والوارث ينكر لان مدعاها العتق في المرض وهو وصية والعتق في المرض مقدم على الوصية بثلث المال فكان منكره والقول قول المنكر مع اليمين ولان العتق حادث والحوادث تضاف الى أقرب الاوقات لتيقن بها فكان الظاهر شاهدا للوارث فيكون القول قوله مع اليمين الا أن يفضل شيء من الثلث على قيمة العبد لانه لا من احمه فيه أو تقوم له البينة أن العتق في الصحة لان الثابت بالبينة كالثابت معانته وهو خصم في اقامته بالاثبات حقه قال (ومن ترك عبدا فقال الوارث أعتقتني أبوك في الصحة وقال رجل لي على أربك ألف درهم فقال صدقتما فان العبد يسب في قيمته عند أي حنيفة وقال يعق ولا يسب في شيء) لان الدين والعتق في الصحة ظهرهما بتصديق الوارث في كلام واحد فصارا كأنهما كأنهما والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وان كان على المعتق دين وله أن الاقرار بالدين أقوى لانه يعتبر من جميع المال والاقرار بالعتق في المرض يعتبر من الثلث والأقوى يدفع الادنى فقضيته أن يبطل العتق أصلا لانه بعد وقوعه لا يحتل البطلان في دفع من حيث المعنى باليجاب السعاية ولان الدين أسبق لانه لا مانع له من الاستناد فيستند الى حالة الصحة ولا يمكن اسناد العتق الى تلك الحالة لان الدين يمنع العتق في حالة المرض مجانا فوجب السعاية وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك ألف درهم فقال رجل لي على الميت ألف درهم دين وقال الآخر كان لي عنده ألف درهم وديعة فعنده الوديعة أقوى وعندهما سواء

وهو تقدمه عليها فلا يساوي الاولى وبهذا خرج الجواب عن اشكال آخر وهو أن يقال المحاباة الاولى ترجحت على العتق والثانية مساوية للاولى فينبغي أن ترجح على العتق كالاولى لان المساوي للراجع راجح لما أمر أن رجحان الاولى بمعنى يخصها وهو تقدمها عليه وكذا يقال ينبغى أن لا يكون للمحاباة الثانية شيء لانها مساوية للعتق والعتق مرجوح والمساوي للرجوح مرجوح كذا في الفوائد الحميدية اه فتأمل

\* (فصل) \* ترجم هذا الفصل في مختصر الكرخي باب الوصايا اذا ضاق عنها الثلث كذا في غاية البيان وقد المصنف باب العتق في المرض على هذا الفصل لقوة العتق في المرض لانه لا يلحقه الفسخ

وعليه حقوق الله تعالى من صلاة أو صيام أو زكاة أو حج أو كفارة أو نذرا أو صدقة فطر فاما أن يوصى بها أو لاقان كان الثاني لم تؤخذ من تركه ولم يجبر الوارثه على اخراجها لكن لهم أن يتبرعوا بذلك وان كان الاول يتقدم ثلث ماله عندنا ثم الوصايا ما أن تكون كلها لله تعالى أو كلها للعباد أو يجمع بينهما فالعباد خاصة تقدم ذكرها والله تعالى اما أن يكون كله فرائض كالزكاة والحج والصوم والصلاة أو واجبات كالكفارات والنذور وصدقة الفطر أو كله تطوعا كالحج التطوع

قال المصنف (وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك ألف درهم) أقول قال في المنظومة في كتاب الاقرار في باب أي حنيفة خلافا لصاحبه لو تركت ألف وهذا يدعى \* دينا وذلك قال هذا مودعي والابن قد صدق هذين معا \* استويا وأعطيا من أودعا

والصدقة على الفقراء وما أشبههما أو يجمع بين هذه الوصايا كلها بأن جمع بينها والثالث يحتمل جميع ذلك تنفذ وصاياها كلها من ثلث ماله وكذلك ان لم يحتمل ذلك ولكن أجازت الورثة وان لم يجزوها فان كانت كلها وهي فرائض كلها أو واجبات كلها أو تطوع عبداً بما بدأ به الميت وان اختلفت يبدأ بالفرائض قدمها الموصى أو آخرها مثل الحج والزكاة والكفارات لان الفريضة أهم من النافلة والظاهر منه البداهة بما هو أهم وان تساوت في القوة يعني ان يكون الكل فرضاً أو واجباً أو تطوعاً كما ذكرنا بدئياً بما قدمه الموصى لان الظاهر أنه يتبدى بالاهم فان قيل أين ذهب قول أبي يوسف ومحمد (٤٦٧) ولا معتبر بالتقديم في الذكرفانه لا يوجب

التقديم في الثبوت ففي هذه المسئلة حجة لابي حنيفة رحمه الله عليهما أوجب بأن هـ اذا مختص بحقوق الله تعالى ان يكون صاحب الحق واحداً أو اما اذا تعدد المستحق فلامعتبر بالتقديم كما لو وصى بثلثه لانسنان ثم وصى بثلثه لآخر وقوله (فالزكاة تعلق بها حق العباد) يعني باعتبار أن الفقير حقه في القبض ثابت فكان بمنزلة حاجتين وقوله (اذ جاء فيهما من الوعيد مالم يأت في الكفارات) أما في الزكاة فقوله تعالى والذين يكتزون الذهب والفضة الآية وأما في الحج فقوله تعالى ومن كفر فان الله غفي عن العالمين مكان قوله ومن لم يهجم وقوله صلى الله عليه وسلم من مات وعليه حجة الاسلام ان شاء مات يهودياً بالحديث

**فصل** قال (ومن أوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصى أو آخرها مثل الحج والزكاة والكفارات) لان الفريضة أهم من النافلة والظاهر منه البداهة بما هو الأهم (فان تساوت في القوة بدئياً بما قدمه الموصى اذا ضاق عنها الثلث) لان الظاهر أنه يتبدى بالاهم وذكر الطحاوي انه يتبدى بالزكاة ويقدمها على الحج وهو واحد الروايتين عن أبي يوسف وفي رواية عنه انه يقدم الحج وهو قول محمد وجه الاولي انه ما وان استويا في الفريضة فالزكاة تعلق بها حق العباد فكان اولي وجه الأخرى ان الحج يقام بالمال والنفس والزكاة بالمال قصر عليه فكان الحج أقوى ثم تقدم الزكاة والحج على الكفارات لمزيتها ما عليها في القوة اذ قد جاء فيهما من الوعيد مالم يأت في الكفارات بخلاف مسائل هذا الفصل كدافي عامة الشروح (قوله ومن أوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصى أو آخرها) أقول بشكل اطلاق هذه المسئلة بالتعلق الموقع في المرض والتعلق بعون الموصى على أصل أبي يوسف ومحمد رحمه الله فان التعلق عندهما من حقوق الله تعالى حتى تقبل الشهادة عليه عندهما من غير دعوى كما تقر في محله ومر في الباب السابق أيضاً مع انه يقدم على الفرائض منها بالاتفاق وان كان نفسه من التطوعات كما صرح به في عامة المعبرات وذكروا في النهاية وغاية البيان أيضاً نقل عن شرح الطحاوي فتأمل (قوله لان الفريضة أهم من النافلة والظاهر منه البداهة بما هو الأهم) أقول يرد على ظاهر هذا التعليل أنه ينافي قوله في وضع المسئلة قدمها الموصى أو آخرها اذ على تقدير ان آخر الفرائض تكون بداهته بالنافلة لا محالة فلا يقع منه البداهة هناك بالأهم اذ لا شك ان الأهم هو الفرائض فكيف يتمشى هناك أن يقال الظاهر منه البداهة بما هو الأهم والجواب ان المراد بالبداهة في قوله والظاهر منه البداهة بما هو الأهم هو البداهة في الاعطاء والتلميل لا البداهة في الذكر والتلفظ فالمعنى ان الظاهر من حال الموصى البداهة في الاعطاء والتلميل كما هو الأهم في الشرع وان أخره في الذكر والتلفظ ووجه آخر وهو أن يكون المراد بالبداهة المذكورة بداهة من تنفذ وصاياها وتؤديها الى محلها من الوصى والقاضي ونحوهما لا بداهة نفسه فالمعنى ان الظاهر من حال الموصى أن يقصد بداهة من تنفذ وصاياها ويصرفها الى محلها بما هو الأهم في الشرع من بين ما ذكره نفسه (قوله فان تساوت في القوة بدئياً بما قدمه الموصى اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر أنه يتبدى بالاهم) يعني ان تساوت الوصايا التي من حقوق الله تعالى في القوة بان كان كلها فرائض أو واجبات أو تطوعاً بدئياً بما قدمه الموصى اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر من حال الانسان أن يتبدى بالاهم (أقول) لغائل أن يقول في تمام التعليل نظر اذ الظاهر أن الأهم في حقوق الله تعالى ما هو الأقوى منها المفروض في وضع مسئلتنا هذه تساوي تلك الحقوق فكيف يتصور أهمية بعضها من

**فصل** ومن أوصى بوصايا (قوله والصدقة على

الفقراء) أقول فانها تقع في كف الرحمن فهي حق الله تعالى (قوله وان لم يجزوها فان كانت كلها لله تعالى) أقول الكلام يحتاج الى توجيه كالاجتناب (قوله لان الفريضة أهم من النافلة) أقول لعله أراد بالفريضة هنا ما يعم الواجب فلا يخالف جعل الكفارات من الفرائض لما أسلفه أنهما من الواجبات والقربة لتلك الارادة مقابلتها بالنافلة (قوله فان قيل أين ذهب) أقول يعني في الفصل السابق (قوله في هذه المسئلة حجة لابي حنيفة عليهما) أقول أبو حنيفة لم يعتبر التقديم في الذكر والافلاو وصى بثلثه لانسنان ثم به لا خزلزم أن يقدم المقدم وجوابه اعتبار عدم المجانسة عنده فيه صرح به الخبازي فراجع (قوله أوجب بان هذا مختص بحقوق الله تعالى) أقول فيه بحث

والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر لانه عرف وجوبها دون صدقة  
 الفطر وصدقة الفطر مقدمة على الاضحية للاتفاق على وجوبها بالقرآن والاختلاف في الاضحية  
 وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض

بعض وان وجد التفاوت بينها في القوة من جهة بعد تساويها في القوة من جهة القرنية أو الوجوب  
 أو التنقل فان ظاهر أنه أهمها ما هو أقواها في اعتبار الشرع دون اعتبار الموصى فان أريد بالأهم في قوله  
 لان الظاهر أنه يتبدى بالأهم ما هو الأهم أي الأقوى في اعتبار الشرع فلا نسلم أن الظاهر أن يتبدى به  
 اذ لا يهتدى كل أحد الى معرفة ما هو الأقوى في اعتبار الشرع من بين الفرائض أو الواجبات أو  
 النوافل فكيف يجعل البتة أوهني شيء منها دليل على كونه أقوى من غيره في اعتبار الشرع وان أريد  
 بالأهم في ذلك ما هو الأهم عند المتبدئ كما صرح به في الكافي حيث قال لان الظاهر من حال الانسان أن  
 يبدأ بما هو الأهم عنده فيكون الظاهر أن يتبدى به فسلم لكن كون مثل هذا الظاهر موجبا للبداءة  
 في التنفيذ والاداء بما قدمه الموصى في الذكرمع العلم بكون ما أخره أهم في اعتبار الشرع غير واضح  
 فان كون الظاهر من حال الانسان أن يبدأ بما هو الأهم عنده متحقق في المسئلة المتقدمة هنا ايضا مع أنه  
 لم يعمل به هناك بل عمل هناك بما هو الأهم عند الشرع حيث قدمت الفرائض سواء قدمها الموصى  
 أو أخرها فليتدر في الدفع ثم ان صاحب العناية قصد تفصيل المسائل المتعلقة بهذا المقام وضبطها  
 فقال ثم الوصايا اما أن تكون كلها لله تعالى أو كلها للعباد أو يجمع بينهما فالعباد خاصة تقدم ذكرها  
 ومالله تعالى اما أن يكون كله فرائض كالزكاة والحج والصوم والصلاة أو واجبات كالكفارات والندور  
 وصدقة الفطر أو كله تطوعا كالخج التطوع والصدقة على الفقراء وما أشبهها أو يجمع بين هذه الوصايا  
 كلها فان جمع بينها الثلث يحتمل جميع ذلك تنفذ وصاياه كلها من ثلث ماله وكذلك ان لم يحتمل ذلك  
 ولكن اجازة الورثة وان لم يجز وما فان كان كلها لله وهي فرائض كلها أو واجبات كلها أو تطوع يبدأ  
 بما بدأ به الميت وان اختلطت يبدأ بالفرائض قدمها الموصى أو أخرها مثل الحج والزكاة والكفارات  
 لان الفريضة أهم من النافلة والظاهر منه البداءة بما هو الأهم اه كلامه (أقول) في تقريره  
 خليل لان ضمير المفعول في قوله وان لم يجزها ما أن يرجع الى الوصايا الجامعة بين الفرائض والواجبات  
 والنوافل أو يرجع الى مطلق الوصايا جامعة كانت بينها أو غير جامعة فان رجع الى الاولى كما هو  
 الظاهر من سياق كلامه حيث قال فان جمع بينها فساق كلامه الخ يلزم أن لا يصح قوله فان كان كلها لله  
 وهي فرائض أو واجبات كلها أو تطوع يبدأ بما بدأ به لان الوصايا التي كلها فرائض والتي كلها واجبات  
 والتي كلها تطوع قسيمات للوصايا الجامعة بينها كما ذكره من قبل فكيف يتصور أن تجعل هنا قسما  
 منها وان رجع الى الثانية فتح كونه مما بدأ به سابق كلامه يلزم أن يكون كثير من الاقسام مع أحكامها  
 مهملا متروكا في مقام التفصيل وذلك مثل أن تكون الوصايا كلها فرائض أو واجبات أو نوافل والثلث  
 يحتمل الكل أو لا يحتمل ذلك ولكن اجازة الورثة فان كلاهما قد خرج بقوله فيما قبل فان جمع بينها  
 ولم يذكر فيها بعد أصلا فيقوت المقصود من البسط والبيان وهو الضبط والجمع ثم ان الشارح المذكور  
 انما وقع فيما وقع بزيادة قوله فان جمع بينها بعد قوله أو يجمع بين هذه الوصايا كلها ولو سلم في التقرير  
 مسلك غيره من شراح هذا الكتاب وغيرهم فقال بعد قوله أو يجمع بين هذه الوصايا كلها فان كان  
 ثلث ماله يحتمل جميع ذلك وساق كلامه الخ نسلم عن جميع ما ذكرنا في بيان الخلل تأمل نقف (قوله  
 وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض) قال الشراح فن ذلك أن يقدم صدقة الفطر  
 على الندور لكونها واجبة بإيجاب الشرع وكون الندور واجبة بإيجاب العبد اه (أقول) لقائل أن

وقوله (والكفارة في القتل  
 والظهار واليمين مقدمة  
 على صدقة الفطر) ترك  
 كفارة الافطار لانها ليست  
 مقدمة على صدقة الفطر  
 لثبوتها بخبر الواحد  
 وثبوت صدقة الفطر  
 باننا مستفيضة وقوله  
 (وعلى هذا القياس  
 يقدم بعض الواجبات  
 على البعض) فن ذلك أن  
 تقدم صدقة الفطر  
 على الندور لكونها واجبة  
 بإيجاب الشرع والندور  
 واجب بإيجاب العبد  
 والندور تقدم على  
 الاضحية لوقوع الاختلاف  
 في وجوبها دون وجوب  
 الندور



( وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي لما بينا ) يعني قوله لان الظاهر انه يتدنى بالأهم وصار كما اذا صرح بذلك وقال ابدوا بما بدأت به ولو قال كذلك لزم تقدم ما قدم فكذا هو ظاهر الرواية وروى الحسن عن أصحابنا انه يبدأ بالفضل فالفضل يبدأ بالصدقة ثم الحج ثم العتق مثلا سواء رتب على هذا الترتيب أو لم يرتب وما جمع بينهما قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان الله وما كان للبعد وتعمل كل جهة من جهات القرية مفردة بالضرب ويقسم على عددها فاذا قال ثلث مالي في الحج والزكاة والكفارات ولزم ان يقسم على أربعة أسهم لان المقصود بجميعها وان كان متصدا وهو (٤٦٩) رضا الله فكل واحدة في نفسها

مقصودة فتفرد كما تفرد وصايا الأدميين فان الجميع منها وان كان المقصود منه القرية اذا أوصى للفقراء والمساكين وابن السبيل لكن يجعل لكل جهة سهم على حدة فكذا هذا قال (ومن أوصى بحجة الاسلام أجموعه رجالا من بلده يجمع راكبا) لان الواجب لله تعالى الحج من بلده ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده والوصية لاداء ما هو الواجب عليه وانما قال راكبا لانه لا يلزمه أن يجمع ماشيا فانصرف اليه على الوجه الذي وجب عليه قال (فان لم تبلغ الوصية النفقة أجموعه من حيث تبلغ) وفي القياس لا يجمع عنه لانه أمر بالحجة على صفة عدمها فيه غير أن يجوزنا لاننا نعلم أن الموصي قصد تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما أمكن والممكن فيه ما ذكرناه وهو أولى من ابطاها راسا وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل قال (ومن خرج من بلده حاجا في الطريق وأوصى ان يجمع عنه يجمع عنه من بلده) عند أبي حنيفة وهو قول زفر وقال أبو يوسف ومحمد يجمع عنه من حيث تبلغ استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غيره في الطريق يعارض ويقول عرف وجوب النذور بالقرآن وهو قوله تعالى وليوفوا نذورهم وعرف وجوب صدقة الفطر بالسنة فينبغي أن تقدم النذور على صدقة الفطر بناء على ذلك كما قدم الكفارة في القتل والظهار واليمين علم لذلك على ما ذكر في الكتاب (قوله قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان الله تعالى وما كان للبعد الخ) وفي غاية البيان قال شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي فان قيل اذا كانت الوصية بحجة الاسلام فينبغي أن تقدم على الوصية لانسان لان ذلك ليس بفرض والحج فريضة قلنا هذا اذا اتحد المستحق فاما عند اختلاف المستحق فلا تعتبر قوة الوصية اه (أقول) في الجواب نظرفانه منقوض بالعتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي وبالمحاباة في البيع اذا وقعت في المرض فان كلامها يقدم على جميع ما روى وصايا ما كان الله وما كان للبعد لقوة العتق من حيث انه لا يلحقه الفسخ أصلا وقوة المحاباة أيضا من حيث انه لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي كما هو في باب العتق في المرض ولولم تعتبر قوة الوصية عند اختلاف المستحق لما قدمت المحاباة عند اجتماعهما وصايا من حقوق الله تعالى لان المستحق في المحاباة هو العبد وفي حقوق الله تعالى هو الله تعالى فقد اختلف المستحق وكذا الحال في العتق الموقع في المرض أو المعلق بالموت عند اجتماعهما مع حقوق الله تعالى عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان العتق حق العبد عنده وعند اجتماعهما مع حقوق العباد عند صاحبيه لان العتق حق الله تعالى عندهما على ما عرف تدبر بنفسه لتجهز من حيث هو فكذلك اذا أوصى

قال (وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي) لما بينا وصار كما اذا صرح بذلك قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان الله تعالى وما كان للبعد فما أصاب القرب صرف اليها على الترتيب الذي ذكرناه ويقسم على عدد القرب ولا يجعل الجميع كوصية واحدة لانه ان كان المقصود بجميعها رضا الله تعالى فكل واحدة في نفسها مقصودة فتفرد كما تفرد وصايا الأدميين فان الجميع منها وان كان المقصود منه القرية اذا أوصى للفقراء والمساكين وابن السبيل لكن يجعل لكل جهة سهم على حدة فكذا هذا قال (ومن أوصى بحجة الاسلام أجموعه رجالا من بلده يجمع عنه من بلده) عند أبي حنيفة وهو قوله زفر وقال أبو يوسف ومحمد يجمع عنه من حيث تبلغ استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غيره في الطريق يعارض ويقول عرف وجوب النذور بالقرآن وهو قوله تعالى وليوفوا نذورهم وعرف وجوب صدقة الفطر بالسنة فينبغي أن تقدم النذور على صدقة الفطر بناء على ذلك كما قدم الكفارة في القتل والظهار واليمين علم لذلك على ما ذكر في الكتاب (قوله قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان الله تعالى وما كان للبعد الخ) وفي غاية البيان قال شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي فان قيل اذا كانت الوصية بحجة الاسلام فينبغي أن تقدم على الوصية لانسان لان ذلك ليس بفرض والحج فريضة قلنا هذا اذا اتحد المستحق فاما عند اختلاف المستحق فلا تعتبر قوة الوصية اه (أقول) في الجواب نظرفانه منقوض بالعتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي وبالمحاباة في البيع اذا وقعت في المرض فان كلامها يقدم على جميع ما روى وصايا ما كان الله وما كان للبعد لقوة العتق من حيث انه لا يلحقه الفسخ أصلا وقوة المحاباة أيضا من حيث انه لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي كما هو في باب العتق في المرض ولولم تعتبر قوة الوصية عند اختلاف المستحق لما قدمت المحاباة عند اجتماعهما وصايا من حقوق الله تعالى لان المستحق في المحاباة هو العبد وفي حقوق الله تعالى هو الله تعالى فقد اختلف المستحق وكذا الحال في العتق الموقع في المرض أو المعلق بالموت عند اجتماعهما مع حقوق الله تعالى عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان العتق حق العبد عنده وعند اجتماعهما مع حقوق العباد عند صاحبيه لان العتق حق الله تعالى عندهما على ما عرف تدبر بنفسه لتجهز من حيث هو فكذلك اذا أوصى

( قوله وروى الحسن عن أصحابنا انه يبدأ بالفضل فالفضل يبدأ بالصدقة الخ ) أقول قال السرخسي في محيطه لان الصدقة أفضل الطاعات وأجود الخيرات قال عليه الصلاة والسلام تباهت العبادات عند الله تعالى فقالت الصدقة أنا أفضلها ولان نفعها عائد الى غيره ونفع غيرهما مقصور عليه وقال عليه الصلاة والسلام خير الناس من ينفع الناس والحج أفضل من العتق لانه من الاركان الخمسة والبداهة بالفضل أولى لانه أجره ثوابا وأعظم أجرا اه وأنت خير بان قوله ونفع غيرهما مقصور عليه منقوض بالعتق

وقوله (لهم ان السفر بنية الحج وقربه الخ) مدفوع بقوله صلى الله عليه وسلم كل عمل ابن آدم ينقطع بموته الا ثلاثة فان الخروج للحج ليس منه وورد بان المكفر اذا اطعم بعض المساكين ومات فأوصى وجب الاكمال بما بقى بالاتفاق ولم ينقطع ما اطعمه بالموت ذكره في الاسرار فما هو جواب أبي حنيفة عن ذلك فهو وجوب ابتاعن الحج وأجيب بالفرق بأن سفر الحج لا يتجزأ في حق الأمر بدليل أن الاول اذا بدا له في الطريق أن لا يحج بنفسه بعد ما مشى (٤٧٠) بعض الطريق وفوض الامر الى غيره برضا الوصى لم يجز ولزمه رد ما أنفقه وأما الاطعام

فانه يقبل التجزى حتى ان المأمور بالاطعام اذا اطعم البعض ثم ترك البعض وأمر به غيره فانه يجزئه كذا في الاسرار وهذا ليس بدافع لان الحديث لم يفصل بين التجزى وغيره في الانقطاع الا أن يقال التجزى في الاطعام مستند الى الكتاب فانه لم يشترط فيه التابع أصلا حتى لو جامع في خلال الاطعام مثلا لم يجب عليه إعادة ما سبق والكتاب أقوى وان كان دلالة فعل به والحج لم يكن فيه دليل أقوى من الحديث فعمل به وقوله (على ما قررناه) أراد به قوله قيل هذا ومن أوصى بحجة الاسلام أجواعه ورجل الخ

قال المصنف (لهم ان السفر بنية الحج وقربه) أقول وقررت العلامة النسفي في الكافي دليل الطرفين هكذا لهم ان السفر بنية الحج وقربه وقد وقع أجوه على الله تعالى لقوله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا الآية ولم ينقطع بموته بل يكتب له حج مبرور فبدأ من ذلك

لهم ان السفر بنية الحج وقربه وسقط فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع أجره على الله فينتدى من ذلك المكان كأنه من أهله بخلاف سفر التجارة لانه لم يقع قربه فيجى عنه من بلده وله أن الوصية تنصرف الى الحج من بلده على ما قررناه أداء الواجب على الوجه الذي وجب والله أعلم

(قوله لهم ان السفر بنية الحج وقربه وسقط فرض قطع المسافة بقدره الخ) قال صاحب العناية قوله لهم ان السفر بنية الحج وقربه الخ مدفوع بقوله عليه الصلاة والسلام كل عمل ابن آدم ينقطع بموته الا ثلاثة فان الخروج للحج ليس منه وورد بان المكفر اذا اطعم بعض المساكين فمات وأوصى به وجب الاكمال بما بقى بالاتفاق ولم ينقطع ما اطعمه بالموت ذكره في الاسرار فما هو جواب أبي حنيفة عن ذلك فهو وجوب ابتاعن الحج وأجيب بالفرق بأن سفر الحج لا يتجزأ في حق الأمر بدليل ان الاول لو بدا له في الطريق أن لا يحج بنفسه بعد ما مشى بعض الطريق وفوض الامر الى غيره برضا الوصى لم يجز ولزمه رد ما أنفقه وأما الاطعام فانه يقبل التجزى حتى ان المأمور بالاطعام اذا اطعم البعض ثم ترك البعض وأمر به غيره فانه يجزئه كذا في الاسرار وهذا ليس بدافع لان الحديث لم يفصل بين التجزى وغيره في الانقطاع الا أن يقال التجزى في الاطعام مستند الى الكتاب فانه أقوى وان كان دلالة فعل به والحج لم يكن فيه دليل أقوى من الحديث فعمل به الى هنا لفظ العناية (أقول) السؤال والجواب اللذان ذكرهما بقوله وورد وأجيب مذكوران في النهاية وغيرها وتصرف هذا الشارح نفسه انما هو في قوله وهذا ليس بدافع الخ ساقط اذ ليس مدار الجواب المذكور على ان التجزى لا ينقطع وغير التجزى ينقطع حتى يرد عليه ما قاله من ان الحديث لم يفصل بين التجزى وغيره بل مداره على ان الانقطاع لا يضر في التجزى وانما يضر في غير التجزى فان كل عمل غير متجزأ اذا انقطع قبل التمام يبطل من الاصل باضرورة ويلحق بالعدم كما في الصوم والصلاة والحج غير متجزأ اذا انقطع بموت الحاج في الطريق وجب أن يحج من بلد الوصى أداء الواجب على الوجه الذي وجب عليه بخلاف العمل المتجزى فانه لا يلزم من انقطاعه قبل تمامه أن يبطل من الاصل بل يجوز أن يتم الاخر ما بقى منه كما اذا اطعم المأمور بالاطعام بعض المساكين ثم ترك البعض وأمر به غيره فانه يجزئه كما نص عليه في الاسرار وعلى هذا كان الجواب المذكور دافعا للسؤال قطعا ولعدم فرق الشارح المزبورين المدارين قال في تقرير السؤال ولم ينقطع ما اطعمه بالموت والواقع في النهاية يدل ذلك ولم يبطل هناك ما اطعمه بالموت وفي معراج الدراية بده ولم يجب الاستئناف هناك بل وجب الاكمال بما بقى بالاتفاق ثم ان مدار التوجيه الذي ذكره صاحب العناية بقوله الا أن يقال التجزى في الاطعام مستند الى الكتاب الخ على ان التجزى يناق في الانقطاع والالم يكن بين الحديث المذكور والكتاب الدال على تجزى الاطعام تعارض أصلا حتى يترك العمل بالحديث المذكور في حق الاطعام ويعمل بالكتاب فيه لقوته وقد عرفت أن التجزى لا يناق في الانقطاع بل يتحقق الانقطاع في التجزى وغيره الا أن الاكمال بما بقى متصور في التجزى دون غيره فلا يقتضى العمل بالكتاب في حق الاطعام ترك العمل بالحديث المذكور في حق ذلك كما لا يخفى فما ارتكبه الشارح المزبور هنا من ضيق العطن كما ترى

المكان كأنه من أهل ذلك المكان بخلاف ما اذا خرج بنية التجارة لانه لم يقع قربه فيجى عنه من بلده وله أن عمله انقطع بموته بقوله عليه الصلاة والسلام كل عمل ابن آدم ينقطع بموته الا ثلاثة ولا ينشأ على المنقطع ونظر بموته أن سفره كان سفر الموت لا سفر الحج فكان هذا في المعنى وخروجه للتجارة سواء وعه يحج عنه من بلده فهنا كذلك (قوله حتى ان المأمور بالاطعام) أقول يعني في كفارة الظهار

\* (باب الوصية للاقارب وغيرهم) \*

انما آخر هذا الباب عما تقدمه لان في هذا الباب ذكر أحكام الوصية (٤٧١) اقوم مخصوصين وفيما تقدمه

ذكر أحكامها على وجه العموم والخصوص أبدا يتناول العموم قال (ومن أوصى لجيرانه فهم الملائقون) كان حق الكلام ان يقدم وصية الاقارب نظر الى ترجحة الباب ويجوز ان يقال الواو لا تدل على الترتيب وان يقال فعل ذلك اهتم بما أمر الجار (قوله لانه لما تعذر صرفه الى الجميع) يعني لعدم دخول جار المحلة و جار القرية و جار الارض صرف الى أخص الخصوص وهو الملائق وقوله ( وذلك عند اتحاد المسجد) قيل حتى لو كان في المحلة مسجدان صغيران متقاربان فالجميع جيران

\* (باب الوصية للاقارب وغيرهم) \*

(قوله كان حق الكلام ان يقدم وصية الاقارب نظرا الى ترجحة الباب) أقول فانه نص على خصوص الاقارب وقدم على غيرهم المذكور مجتمعا وكل ذلك يدل على أهميته وما ذكره بقوله ويجوز لا يدخله وكذا قوله وان يقال الخ نعم يمكن أن يقال لكل

باب الوصية للاقارب وغيرهم

قال (ومن أوصى لجيرانه فهم الملائقون عند أبي حنيفة وقالاهم الملائقون وغيرهم عن يسكن محلة الموصى ويجمعهم مسجد المحلة) وهذا استحسان وقوله قياس لان الجار من المجاورة وهي الملائقة حقيقة ولهذا يستحق الشفعة بهذا الجوار ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع يصرف الى أخص الخصوص وهو الملائق وجه الاستحسان أن هؤلاء كلهم يسمون جيرانا عرفا وقد تأيد بقوله صلى الله عليه وسلم لاصلاة لجار المسجد الا في المسجد وفسره بكل من سمع النداء ولان المقصد بالجيران واستجابته ينتظم الملائق وغيره لانه لا بد من الاختلاط وذلك عند اتحاد المسجد وما قاله الشافعي رحمه الله الجوار الى أربعين دارا بعيد

باب الوصية للاقارب وغيرهم

آخر هذا الباب عما تقدمه لانه ذكر في هذا الباب أحكام الوصية لقوم مخصوصين وذكر فيما تقدمه أحكام الوصايا على وجه العموم والخصوص أبدا يتناول العموم كذا في الشروح (قوله ومن أوصى لجيرانه فهم الملائقون) قال صاحب العناية كان حق الكلام ان يقدم وصية الاقارب نظرا الى ترجحة الباب ويجوز أن يقال الواو لا تدل على الترتيب وأن يقال فعل ذلك اهتم بما أمر الجار اه كلامه (أقول) كل واحد من توجيهيه كاسد أما الاول فلان الواو انما لا يدل على الترتيب الخارجى أى لا يدل على وقوع مدخوله فى الخارج بعد وقوع المعطوف عليه وأما ما تأخر مدخوله فى الذكر عن المعطوف عليه فامر ضرورى ولا يخفى ان مدار قوله كان حق الكلام ان يقدم وصية الاقارب نظرا الى ترجحة الباب على الثانى يعنى لما تقدم ذكر الوصية للاقارب فى ترجحة الباب كان حق الكلام ان يقدم ذلك فى بسط المسائل أيضا للحصل التناسب بين الاجال والتفصيل وعدم دلالة الواو على الترتيب فى الوقوع الخارجى لا يدفع ذلك بل لا يرب وأما الثانى فلان الاهتمام بما أمر الجار لو كان واجبا أو مستحسنا لفعل ذلك فى ترجحة الباب أن قال باب الوصية للجيران وغيرهم ولما لم يفعله هناك علم ان اهتمامه كان بما أمر الاقارب فكان حق الكلام هنا أن يساق على منواله رعاية للتناسب (قوله ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع يصرف الى أخص الخصوص وهو الملائق الخ) أو ضحه فى الكافي حيث قال ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع ألا يرى أنه لا يدخل فيه جار المحلة و جار الارض و جار القرية صرف الى أخص الخصوص وهو الملائق اه وعن هذا قال فى العناية فى شرح قول المصنف لما تعذر صرفه الى الجميع يعنى عدم دخول جار المحلة و جار القرية و جار الارض (أقول) لقائل أن يقول عدم دخول جار المحلة و جار القرية و جار الارض فى الوصية للجيران الموصى لعدم انطلاق لفظ الجيران المضاف الى الموصى نفسه على شئ من ذلك لاحقيقة ولا عرفا بخلاف من يسكن محلة الموصى ويجمعهم مسجد محلة فان هؤلاء كلهم يسمون جيران الموصى عرفا كما سيأتى فى وجه الاستحسان فلا يلزم من تعذر صرفه الى الجميع تعذر صرفه الى أهل مسجد محلة كما قاله الامامان حتى يتعين صرفه الى أخص الخصوص كما قاله أبو حنيفة فتأمل (قوله ولان المقصد بالجيران فاستجابته ينتظم الملائق وغيره) أقول ولقائل أن يقول نعم ان مقصود الموصى من إيصاله لجيرانه بالجيران لكن الجيران هم الملائقون لا غير لان الجار من المجاورة وهى الملائقة فكيف ينتظم الملائق وغيره وان صير الى كون غير الملائق أيضا من أهل المحلة جيرانا عرفا يلزم المصير الى الدليل

من الاقارب والجيران خصوصية تستدعى الاهتمام فنبه على أهمية كل منهما من وجهه بطريق حيث قدم الاقارب فى الاجمال والجيران فى التفصيل

وقوله (وما يروى فيه ضعیف) یعنی (٤٧٣) ما روئی أنه صلی الله علیه وسلم قال الجار اربعون دارا هكذا وهكذا اربع مرات اشارت الى

الجواب الاربعة فان قيل هذا خبر لا يعرف راويه وقال ابن قدامة هذا ان صح كان نصافي الباب وقد طعن في راويه (قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك والذکر والانی والمسلم والذي لان اسم الجار يتناولهم ويدخل فيه العبد الساكن عنده لا يطلقه ولا يدخل عندهما لان الوصية وصية لمولاه وهو غير ساكن قال (ومن أوصى لاصهاره فالوصية لكل ذي رحم محرم من امرأته) لاروى أن النبي عليه الصلاة والسلام لما تزوج صفية أعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها كرامالها وكافوا بسمنون أصهار النبي عليه الصلاة والسلام وهذا التفسير اختيار محمد وأبي عبيدة وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لان الكل أصهار وتومات الموصى والمرأة في نكاحه أوفى عنده من طلاق رجمي فالصهر يستحق الوصية

محمد في الزيادة وينبغي على قياس قول أبي حنيفة أن يدخل السكان تحت الوصية من الجيران المتلاصقين وان كانوا لا يعلكون المسكن ومن كان مالكاً ولم يكن ساكناً لا يدخل قال أبو بكر بن شاهويه هذه كرخدانية من محمد في مذهب أبي حنيفة وليس كذلك فإنه بنى هذا الحكم على استحقاق الشفعة وهو المالك وأقول ينبغي على قول محمد أن لا يدخل الذي لان المسجد لا يضمه الا اذا أريد بفتح المسجد سماع الأذان وقوله (ومن أوصى لاصهاره) أي لا قرباء امرأته قال في الصحاح الاصهار أهل بيت المرأة وانما قال وهذا التفسير اختيار محمد وأبي عبيدة

(قوله اشارة الى الجوانب الاربعة) أقول وفي بعض الشروح أشار الى الجوانب الثلاثة ويسار وخلف (قوله وقال ابن قدامة) أقول

وما يروى فيه ضعیف قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك والذکر والانی والمسلم والذي لان اسم الجار يتناولهم ويدخل فيه العبد الساكن عنده لا يطلقه ولا يدخل عندهما لان الوصية وصية لمولاه وهو غير ساكن قال (ومن أوصى لاصهاره فالوصية لكل ذي رحم محرم من امرأته) لاروى أن النبي عليه الصلاة والسلام لما تزوج صفية أعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها كرامالها وكافوا بسمنون أصهار النبي عليه الصلاة والسلام وهذا التفسير اختيار محمد وأبي عبيدة وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لان الكل أصهار وتومات الموصى والمرأة في نكاحه أوفى عنده من طلاق رجمي فالصهر يستحق الوصية

الاول فلا يكون جعل هذا التعليل دليلاً لاننا كما هو مقتضى التحرير ووجهه كما لا يخفى (قوله قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك والذکر والانی والمسلم والذي لان اسم الجار يتناولهم) أقول التعميم المستفاد من قولهم ويستوي فيه الساكن والمالك يتأني في تقييد المصنف فيما سبقه من يسكن محله الموصى الا أن يكون مانق له من المشايخ رواية أخرى لكن أسلوب تحريره بأبي ذلك كما لا يخفى على الفطن وقال بعض المتأخرين المفهوم من قول المصنف من يسكن محله الموصى الخ اشتراك السكنى في استحقاقهم الوصية عندهما ملا كأوغرهم ومما نقله عن المشايخ عدم اشتراط السكنى عندهما ان كانوا ملا كدليل تخصيص خلافهما بالعبد الساكن فتأمل اه كلامه (أقول) ليس هذا تمام لان تخصيص خلافهما بالعبد الساكن انما يكون دليلاً على عدم الخلاف في الحر الساكن لا على عدم اختلاف في الحر الغير الساكن اذا كانوا ملا كما حتى يفهم منه عدم اشتراط السكنى عندهما ان كانوا ملا كما ثمان تعليل قولهما في العبد الساكن بقوله لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن بمنزلة الصريح في اشتراط السكنى عندهما في استحقاقهما الوصية وان كانوا احراراً وملا كافاته قال وهو غير ساكن ولم يقل وهو غير مالك لادرا فدل قطعاً على ان عدم دخول العبد الساكن عندهما لعدم تحقق سكنى مولاه الذي هو الموصى له في الحقيقة وهذا انما يتم باشتراط السكنى عندهما في استحقاقهم الوصية فلامعنى لاستنباط عدم اشتراط السكنى عندهما ان كانوا ملا كما من الخلافية المذكورة كما فعله ذلك البعض (قوله لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن) قال بعض المتأخرين ولقاتل أن يقول لعله أراد دخوله كونه نفسه موصى له ومستحقاً للوصية فيجعل على أنه لو أعتق قبل موت الموصى صار مستحقاً له ولا يضره كونه عبداً وقت الوصية اذا العبرة بوقت الموت فالخلاف بينهما غير حقيقي وأيضاً الوصية بدأ للعبد ثم لمولاه لان العبد وما يملكه لمولاه فسكناء كاف في استحقاقه الوصية فتأمل الى هنا كلامه (أقول) كل من شق كلامه غير صحيح أما الاول منهم فلان العبرة اذا كانت بوقت الموت دون وقت ايجاب الوصية كان الخلاف المذكور بينهما فمما بين كان عبداً وقت الموت وكان الخلاف في ذلك حقيقياً لا محالة وأما الذي كان عبداً وقت ايجاب الوصية ثم أعتق قبل الموت فصار حراً وقت الموت فخارج عن محل الخلاف المذكور قطعا لانه انما صار حراً في الوقت الذي له العبرة في أحكام الوصية عامة وهو وقت موت الموصى صار من قبيل سائر الاحرار بل تفاوت فلا يصلح أن يكون محل الخلاف فيما نحن فيه بل لا ريب فكيف يحمل الكلام عليه وأما الثاني فلأنه لا شك أن ليس معنى الوصية للعبد أن يملك شيئاً للعبد تملكها كالمالك مضافاً الى الموت فملكه العبد ابتداء عند الموت ثم ينتقل الملك من ذلك العبد الى مولاه نانيا بل معناها تملك شيئاً لمولى العبد كما هو الحال في سائر التملكيات للعبد على ما صرحوا به ولا يلزم أن يكون العبد أهلاً للملك لنفسه ابتداء ولم يقبله أحد فاذن كانت الوصية للعبد ووصية لمولاه وكان التملك تملكاً للمولاه فلا معنى لقول ذلك البعض فسكناء كاف في استحقاقه الوصية فتأمل ترشد (قوله ومن أوصى لاصهاره) قال صاحب النهاية أي لا قرباء امرأته وفي الصحاح الاصهار أهل

لان الصهر في اللغة يعني بمعنى الختن ايضا وقوله (وان كانت في عدة من طلاق بائن لا يستحقها) يعني وان ورثت منه بان يكون الطلاق في المرض وقوله (ومن أوصى لاختانه) يعني ان الاختان تطلق على أزواج المحارم كزوج البنت والاخت والعمة والخالة وغيرها وعلى محارم الأزواج فيكون كل ذي رحم محرم من أزواج المحارم من الذكور والانثى كلهم في قسمة الثلث سواء وقوله (ومن أوصى لأقاربه) يعني تصرف الى الاثنين فصاعدا الاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم من جهة الاب والام غير الوالدين والولد اذا لم يكونوا وارثين عند أبي خنيفة وقوله (وفائدة الخلاف تطهر في آل أبي طالب) يعني أن الموصى اذا كان (٧٣ ع) عليا فعلى القول الاول أقصى الاب على

فلا يدخل في الوصية أولاد عقيل وحعفر وعلى القول الثاني أقصى الاب أبو طالب لانه أدرك الاسلام وان لم يسلم فيدخل فيه أولاد عقيل وحعفر وبقصة كلامه واضح الى قوله ولما اعتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه وهو جواب عن قولهما ان القريب مشتق من القرابة فيكون اسم المن قامت به وبين كونه متروكا بالاجماع بقوله (فان عنده) أي عند أبي خنيفة بقيد ما ذكرناه من الاقرب فالاقرب بالقيود الستة التي ذكرناها (وعندهما بأقصى أب له في الاسلام وعند الشافعي بالاب الادنى) وما كان متروكا بالاجماع لا يصح الاستدلال به لاحتماله وقوله

وان كانت في عدة من طلاق بائن لا يستحقها لان بقاء الصهرية ببقاء النكاح وهو شرط عند الموت قال (ومن أوصى لاختانه فالوصية لزوج كل ذات رحم محرمة منه وكذا محارم الأزواج) لان الكل يسمى ختناقيل هذا في عرفهم وفي عرفنا لا يتناول الأزواج المحارم ويستوى فيه الحر والعبد والاقرب والابعد لان اللفظ يتناول الكل قال (ومن أوصى لأقاربه فهي للاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرمة منه ولا يدخل فيه الوالدان والولدو يكون ذلك للاثنتين فصاعدا وهذا عند أبي خنيفة وقال صاحباه الوصية لكل من ينسب الى أقصى أب له في الاسلام) وهو أول أب أسلم وأول أب أدرك الاسلام وان لم يسلم على حسب ما اختلف فيه المشايخ وفائدة الاختلاف تطهر في أولاد أبي طالب فانه أدرك الاسلام ولم يسلم له ما أن القريب مشتق من القرابة فيكون اسم المن قامت به فينظم بحقيقة مواضع الخلاف وله أن الوصية اخت الميراث وفي الميراث يعتبر الاقرب فالاقرب والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية والمقصود من هذه الوصية تلافى ما فرط في اقامته واجب الصلة وهو يختص بندي الرحم المحرم منه ولا يدخل فيه قرابة الولاد فانهم لا يسمون اقرباء ومن سمي والده قريبا كان منه عقوقا وهذا لان القريب في عرف اللسان من يتقرب الي غيره بوسيلة غيره وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره ولما اعتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه فعنده بقيد ما ذكرناه وعندهما بأقصى الاب في الاسلام وعند الشافعي بالاب الادنى

بيت المرأة اه وافتنى أثره في هذا التفسير والاستشهاد بما في الصحاح صاحبها العناية ومعراج الدرابة (أقول) تفسير الاصهار في هذه المسئلة بأقرب بقاء امرأته لا يناسب قول المصنف فيما بعد وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لان الكل اصهار فان كلامهم ليس من أقرب بقاء امرأته مع انهم يدخلون في الايصاء بالاصهار بناء على كون كلهم اصهارا كما صرح به المصنف فالوجه أن يفسر الاصهار في هذه المسئلة بما هو أعم من أقرب بقاء امرأته وقد جاء في اللغة جعل الاصهار أعم من أقرب بقاء المرأة قال في الصحاح الاصهار أهـ بيت المرأة عن التليل قال ومن العرب من يجعل الصهر من الاجماء والاختان جميعا اه وقال في القاموس الصهر بالكسر القرابة وحرمة الختونة جمعه اصهار ثم قال وزوج بنت الرجل وزوج اخته والاختان اصهارا أيضا اه تدبر (قوله وله أن الوصية أخت الميراث وفي الميراث يعتبر الاقرب فالاقرب والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية) أقول فيه بحث وهو انه ان أراد ان الوصية أخت الميراث في جميع الاحكام فهو ممنوع كيف وقد مر في الكتاب أنه يجوز أن يوصى المسلم للكافر والكافر للمسلم بلا خلاف ولا واثرت بينهما ما لا اختلاف الدينين على ما تقر في محله وكذا قد مر فيه أنه تجوز الوصية للقاتل عند اجازة

(قوله لان الصهر في اللغة يعني بمعنى الختن ايضا) أقول بدليل قولهم لكل أبي بنت اذا ما ترعرعت ثلاثة اصهار اذا عتد الصهر فأولهم خدرونا ثمهم امرؤ ونالهم قبر وخبرهم القبر

(٦٠ - تكمله ثامن)

فالاقرب) أقول يعني يقدم الاقرب فالاقرب وبالجملة فيه شرائط الاول أن يكون اثنين فصاعدا والثاني كونه قريبا والثالث كونه من ذي رحم محرم والرابع كونه من جهة الآباء والام والخامس كونه غير الوالدين والولد والسادس عدم كونه وارثا قال المصنف (وقال صاحباه الوصية لكل من ينسب الى أقصى أب له في الاسلام) أقول قال في الكافي يستوى فيه الاقرب والابعد والواحد والجمع والكافر والمسلم انتهى وهذا الكلام ل محمد يخالف ما قاله اذا أوصى رجل لامهات أو ولاده بالثلث والفقراء والمساكين حيث اعتبر فيه معنى الجمعية ولم يعتبرها

( واذا أوصى لا قاربه وله عمان وخالان ) يعني وله ولد يجوز ميراثه فالثلث لعميه وهذا الى آخره تفصيل ما اجمله من القيود على مذهب أبي حنيفة وقوله ( لانه لا بد من اعتباره معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية ) يعني لو كان العم اثنين كان لكل واحد منهما النصف فكذا اذا انفرد كان له النصف أيضا واعترض بأن في هذا جعل عدم الميراث بمنزلة الميراث حيث قال اذا كان معه عم آخر كان له النصف فكذا اذا لم يكن معه عم آخر وحديثه ذلك لقائل أن يقول اذا كان عم واحد كان له الثلث لانه اذا كان معه عمان كان له الثلث فكذا اذا لم يكن معه غيره وعلى هذا يقال يجب له الربع أو الخمس عند انفراده على تقدير أن يكون معه

ثلاثة أعمام أو أربعة أعمام وهم جوا وأجيب بأن ذلك غير لازم لان اعتبار الجموع كلها ساقط لتعذره فتعيب أدنى ما يستعمل فيه وهو الاثنان لتمقنه والعم الواحد نصف الأثنين فيكون له نصف مالهما واذا أخذ العلم النصف صار كأن لم يكن فيكون الباقي من الثلث للخالين وفي قولهما الثلث بينهم اثلانا وقوله ( لما بيناه ) أراد به قوله لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان الخ وقوله ( وهي أقوى ) أي قرابة العمومة أقوى من قرابة الخولة وقوله ( والعم ) وان لم تكن وارثة جواب عما يقال العم لا تستحق العسوية ويقدم العم على الاخوال بسببها فلم تكن قرابتها أقرب ووجهه أنها مستحقة للوصية ومساوية للعم في الدرجة وعدم استحقاقها العسوية لوصف قام بها وهو الاثنية لا يخرجها عن مساواتها

قال ( واذا أوصى لا قاربه وله عمان وخالان فالوصية لعميه ) عنده اعتبار الاقرب كما في الارث وعندهما بينهم ارباعا اذ هما لا يعتبران الاقرب ( ولو ترك عمًا وخالين فلم يوصى الوصية والنصف للخالين ) لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية كما في الميراث بخلاف ما اذا أوصى لذي قرابته حيث يكون للعم كل الوصية لان اللفظ للفردي مجرد الواحد كما اذا هو الاقرب ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بيناه ولو ترك عمًا وعمة وخالًا وخالة فالوصية للعم والعمة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما وهي أقوى والعمة وان لم تكن وارثة فهي مستحقة للوصية كما لو كان القريب قريبًا وكافرًا وكذا اذا أوصى لذي قرابته أو لاقربائه أو لانسبائه في جميع ما ذكرنا لان كل ذلك لفظ جمع ولو انعقد المحرم بطلت الوصية لانها مقيدة بهذا الوصف قال ومن أوصى لاهل فلان فهي على زوجته عند أبي حنيفة وقال يتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقته اعتبارا للعرف وهو مؤيد بالنص قال الله تعالى واتتوني بأهلكم أجمعين وله ان اسم الاهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى وسار بأهلك

الورثة اياها على ما تقر في محله عند أبي حنيفة ومحمد ولا يجوز الميراث للقاتل عند أحد ولو أجازته الورثة كما صرحوا به وكذا امر فيه أنفا في مسألة الايصاء لاختنا أنه يستوي فيه الحر والعبد والاقرب والابعد ولا ميراث للعبد أصلا ولا يستوي في الميراث الاقرب والابعد على ما تقر وان أراد ان الوصية أخت الميراث في بعض الاحكام فهو مسلم لكنه لا يفيد المطلوب اذا الخصم لا يسلم كون ما ضمن فيه من ذلك القبيل بل هو اول المسئلة ثم ان أبي حنيفة رحمه الله لم يعتبر الاخوة بين الوصية والميراث في مسئلتنا هذه أيضا من جهات متعددة حيث قال فيها باستواء الحر والعبد والذكروالانثى والمسلم والكافر كما قال به صاحباه على ما نص عليه الامام الزبيدي في التبيين حيث قال ويستوي الحر والعبد والمسلم والكافر والغير والكبير والذكروالانثى على المذهبين اه وقد أفصح عنه في الكافي وغيره أيضا ولا ميراث للعبد والكافر أصلا فضلا عن التساوي مع الحر والمسلم وأما الانثى فانها وان ورثت الا أنها لا تستوي مع الذكر في الاستحقاق البتة فلم يعتبر الاخوة بين الوصية والميراث في هاتيك الامور في مسئلتنا هذه أيضا فكيف يتم الاستدلال على مدعى أبي حنيفة ههنا بأن الوصية أخت الميراث فيعتبر فيها ما يعتبر فيه ولعل صاحب البدائع تظن له فلم يتعرض في الاستدلال على قول أبي حنيفة في هذه المسئلة لحديث الاخوة بين الوصية والميراث بل استدلال عليه بوجه آخر ذكره وفصله كما لا يخفى على الناظر في كتابه ذلك ( قوله ) وله ان اسم الاهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى وسار بأهلك ومنه قولهم تأهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة أقول في الاستسهااد بقوله تعالى وسار بأهلك

العم في استحقاق هذه الوصية كالعالم الرقيق أو الكافر لما ان حرمان الميراث لوصف قام به لا لضعف في القرابة وقوله ( لانسبائه ) الانسباء جمع النسب وهو القريب كالانصباء في جمع النصب وقوله ( في جميع ما ذكرنا ) يعني من القيود المذكورة على قول أبي حنيفة خلافا له ما قال ( ومن أوصى لاهل فلان فهي على زوجته ) الوصية لاهل فلان تنصرف الى الزوجة عند أبي حنيفة والى كل من يضم نفقة فلان من الاحرار عندهما اعتبارا للعرف المؤيد بقوله تعالى واتتوني بأهلكم أجمعين فانه ليس المراد به الزوج خاصة وكذا قوله تعالى فنجيناه وأهله الامر أنه وله ان الاهل في الزوجة حقيقة يشهد بذلك قوله تعالى وسار بأهلك فلا يصار الى غيرهما مع امكان العمل بها

قبل في الاستدلال بهذه الآية نظراً لأنه خاطب بلفظ الجمع بقوله أمكنوا والمرأة لا تخاطب بذلك والجواب أنه لم يقل أنه كان معه أحد من أقاربه أو أفاضلهم من ضمتهم نفقته فان كان معهم من الأرقاء أحد لم يدخل فيه بالاتفاق على أن الحقائق لا يستدل عليها إلا بطريق معرفتها السماع كما عرف في الأصول وإنما استشهد بالآية تأنيهاً فان ثبت أن ما في الآية ليس على معنى الحقيقة لا ينافي مطلوبه كالاتيات التي استدلالها وقوله فلان تاهل ببلدة كذا هو المسموع العدل على الحقيقة لتبادر الفهم اليه وقوله (لأن الإنسان يتجنس بأبيه) فان إبراهيم ابن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان من جنس قريش وأولاد الخلفاء صلحوا للخلافة وان كان أكثرهم من الاماء فعلم أنهم يدخلون في هذا اللفظ دون عشيرة الام وقوله (ولو أوصى لابن فلان) اليتيم اسم لمن مات أبوه قبل الحلم قال صلى الله عليه وسلم لا يتم بعد احتلام والعيان والزمن معروفة والارمل هو الذي لا يقدر على شيء رجلاً كان أو امرأة من أرمل اذا افتقر من الرمل كاذق من الدقعاء وهي التراب ومن الناس من قال الارمل في النساء خاصة والمختار عند المصنف هو الاول حيث قال ذكورهم واناثهم وهو اختصار الشعبي فاذا أوصى لهؤلاء فالأمر أن يكونوا قومًا يحصون أو لا فان كان الاول وحده الاحصاء عند أبي يوسف أن لا يحتاج في الاحصاء الى كتاب ولا حساب فان احتج الى ذلك فهم لا يحصون وقال محمد اذا كانوا أكثر من مائة فانهم لا يحصون وهو الايسر وقال بعضهم هو مفوض الى رأي القاضي دخل في الوصية فقراؤهم واغنياؤهم ذكورهم واناثهم لان الوصية (٤٧٥) تملك وتحقق التملك فيهم يمكن

وان كان الثاني فالوصية للقراء منهم لما ذكره في الكتاب وهو واضح

ومنه قولهم تاهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة قال ولو أوصى لآل فلان فهو لاهل بيته لان الآل القبيلة التي ينسب اليها ولو أوصى لاهل بيت فلان يدخل فيه أبوه وجدته لان الأب أصل البيت ولو أوصى لاهل نسبه أو لجنسه فالتسبب عبارة عن ينسب اليه والنسب يكون من جهة الآباء وجنسه أهل بيت أبيه دون أمه لان الإنسان يتجنس بأبيه بخلاف قرابته حيث تكون من جانب الام والاب ولو أوصى لابن فلان أو لعيانهم أو لزمناهم أو لاراملهم ان كانوا قومًا يحصون دخل في الوصية فقراؤهم واغنياؤهم ذكورهم واناثهم لانه يمكن تحقيق التملك في حقهم والوصية تملك وان كانوا لا يحصون فالوصية في الفقراء منهم لان المقصود من الوصية القرية وهي في سدان الخ لورد الجوعة وهذه الاسامي تشعر بتحقيق الحاجة فيما رجع له على الفقراء

(قوله قبل في الاستدلال) أقول القائل هو الاتقاني (قوله على أن الحقائق لا يستدل عليها) أقول ان أراد أنه لا يستدل عليها بالقياس فسلم ولكن ليس الاستدلال عليها بالآية الكريمة كذلك بل هو من قبيل السماع وان أراد مطلقاً فغير مسلم (قوله كالاتيات التي استدلالها) أقول منها ما ذكره في الكتاب ومنها

نظراً لأنه إنما يدل على أن لفظ الاهل يطلق على الزوجة بطريق الحقيقة ولا يدل على أنه لا يطلق على غيرها أيضاً بطريق الحقيقة اذ لا يلزم من أن يراد بلفظ في موضع فرد مخصوص من أفراد معناه أن لا يجوز اطلاق ذلك اللفظ بطريق الحقيقة على فرد آخر من أفراد ذلك المعنى الا يرى انك اذا قلت رأيت انساناً يفعل كذا وأردت بالانسان هناك فرداً مخصوصاً من أفراد لا يلزم منه أن لا يطلق لفظ الانسان بطريق الحقيقة على فرد آخر من أفراد في موضع آخر فاذا لا يثبت تلك الآية المطلوب أبي حنيفة هنا وهو اختصاص الوصية لاهل فلان بزوجه بل يجوز ان تتناول غيرها أيضاً كما قال صاحبها واعترض عليه صاحب الغاية بوجه آخر حيث قال وقول صاحب الهداية وغيره في الاحتجاج لابي حنيفة بقوله تعالى

فحينئذ وأهل الأمانة ومنها زوجها وأهلها ومنهم معهم كذا قال الاتقاني وقال ولم يرد في هذه المواضع الزوجة خاصة فتصمل على الكل الا أن المالك لا يدخلون لانهم خدم الاهل تبع لهم (قوله اليتيم اسم لمن مات أبوه قبل الحلم) أقول قوله قبل لظرف لاسم والظاهر أنه من باب التنازع قال الكافي اليتيم صغير لا أب له وفي الجامع الكبير لشمس الأئمة فان قيل ليس ان الكفار يسمون رسول الله صلى الله عليه وسلم يقيم أبي طالب قلنا هذا اللطف من الله تعالى له عليه الصلاة والسلام فانهم كانوا يسمون اليتيم وهو ليس بيتيم فلا يتناول به كما يسبون مذهباً وهو ليس كذلك بل كان محمداً عليه الصلاة والسلام انتهى (قوله والارمل هو الذي لا يقدر على شيء رجلاً كان أو امرأة) أقول في المحيط الارامل كل امرأة فقيرة بلغت فارقها زوجها أو مات عنها دخل بها أو لم يدخل وقول محمد حجة وهكذا قال صاحب الزاهر ان الارملة هي التي لا زوج لها مأخوذ من قولهم أرمل القوم اذا فاق زادهم والذكري يسمى أرملًا مجازاً اخلاقاً للشعبي وابن قتيبة قال صاحب الزاهر لا يقال رجل أرمل الا في الشذوذ ومطلق الكلام يحمل على الشائع المستفيض بين الناس لا على الشاذ النادر انتهى (قوله والمختار عند المصنف هو الاول حيث قال ذكورهم واناثهم) أقول في دلالة ذلك على ما ذكره بحث فان الظاهر ان كلامه على التوزيع بناء على عدم الالتباس وانظر الى الكافي (قوله وقال بعضهم هو مفوض الى رأي القاضي) أقول وعليه الفتوى (قوله دخل في الوصية فقراؤهم) أقول هذا جواب ان كان الاول

وقوله (بخلاف ما إذا أوصى لشبان بنى فلان وهم لا يحصون أو لا يابى بنى فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية) فيه إشارة إلى أنهم إذا كانوا يحصون كان الحكم كما تقدم في دخول الغني والفقير وهل يدخل الذكروالانثى في الأباي دخوله في الأراامل أو لا قال الكرخي يدخل لأن الأيم هي التي لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا أو يقال رجل أيم أيضا وقال محمد الأيم هي الثيب خاصة وقول المصنف محتمل والظاهر دخوله لأنه تركه اعتمادا على ذكره في الأراامل وإنما بطلت الوصية في الشبان والأباي لأنه ليس في اللفظ ما يدل على الفقير حتى يصرف إلى الفقراء ولا يمكن تصحيحه تليكا في حق الكل للجهالة المتفاحشة وتعذر الصرف إليهم أكثرتهم فبطلت قال محمد الغلام ما كان له أقل من خمسة عشر والفتي من بلغ خمسة عشر وفوق ذلك والكهل إذا بلغ أربعين فراد عليه وما بين خمسين إلى ستين إلى أن يغلب الشيب فينشد يكون شيخا وفي الوصية للفقراء والمسكين يجب الصرف إلى اثنين منهم اعتبارا بمعنى الجمع وأقله اثنان في الوصايا على ما مر وقوله (ولو أوصى لبنى فلان) يعني إذا أوصى لبنى فلان فلا يخالوا ما إن يريد مفهومه الأضياف أو يكون اسم قبيلة أو نخد فان كان الأول لم يدخل فيه الأناث عند أبي حنيفة رجوع إليه وكان يقول أولاد يدخل وهو قولهما وانحلاف عند الاختلاط أما إذا كانت الأناث منفردات فلا تدخل بالاتفاق وجه قولهما أن جمع الذكور يتناول الأناث وقد عرف في موضعه ووجه قوله الآخر أن حقيقة هذا الاسم وانتظامه الأناث تجوز ولا يصار إليه عند إمكان العمل بالحقيقة وإن كان الثاني يتناول لأن المراد به مجرد الانتساب لبنى آدم ولهذا يدخل فيه مولود العتاقة والموالات وحلفاء وهم يقسم الوصي بين من يقدر عليهم من فقرائهم قال (ومن أوصى لولد فلان) ومن أوصى لولد فلان أما أن يكون أباحاصا أو نخد فان كان (٤٧٦) الأول فالوصية تناولت الأولاد دون أولادهم الذكروالانثى عند الانفراد

والاختلاط سواء لأن اسم الولد يتناول الصلبي كله انتظاما واحدا بطريق الحقيقة وولد الولد مجازا لا يصار إليه عند إمكان العمل بها فان لم يكن له ولد من الصلب يدخل أولاد الأولاد وأولاد الأبناء رواية واحدة وفي أولاد البنات واثنان هـ إذا تظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة أن الوصية لولد فلان تتناول الولد

بخلاف ما إذا أوصى لشبان بنى فلان وهم لا يحصون أو لا يابى بنى فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية لأنه ليس في اللفظ ما يبيّن عن الحاجة فلا يمكن صرفه إلى الفقراء ولا يمكن تصحيحه تليكا في حق الكل للجهالة المتفاحشة وتعذر الصرف إليهم وفي الوصية للفقراء والمسكين يجب الصرف إلى اثنين منهم اعتبارا بمعنى الجمع وأقله اثنان في الوصايا على ما مر ولو أوصى لبنى فلان يدخل فيهم الأناث في قول أبي حنيفة أولاد يدخل وهو قولهما أن جمع الذكور يتناول الأناث ثم رجوع وقال يتناول الذكور خاصة لأن حقيقة الاسم للذكور وانتظامه للأناث تجوز والكلام لحقيقته بخلاف ما إذا كان بنو فلان اسم قبيلة أو نخد حيث يتناول الذكور والأناث لأنه ليس يراد بها أعيانهم أذهب مجرد الانتساب كبنى آدم ولهذا يدخل فيه مولود العتاقة والموالات وحلفاء وهم قال (ومن أوصى لولد فلان فالوصية بينهم والذكروالانثى فيه سواء) لأن اسم الولد ينتظم الكل انتظاما واحدا وسار بأهله فيه نظر لأنه لم يرد في الآية الزوجة خاصة لأنه تعالى قال فلما قضى موسى الأجل وسار بأهله آتس من جانب الطور نارا قال لأهله امكثوا أأبى أن يرى أنه خاطبهم بخطاب الجمع اهـ وأجاب عنه

وولد الولد فهم ذلك من قوله تعالى يوصيكم الله في أولادكم قال القدروري والصحيح أنهم لا يدخلون وذكرفيه الحقيقة والمجاز كما ذكرنا وإن كان الثاني يدخلون وإن كان الصلبي فأعمالا فلانا إذا كان نخدا فبنوه وبناته لا تخلوع عن الأولاد عادة فتكون مرادة فتدخل بخلاف ما إذا كان أباحادة فان بنيه وبناته قد تخلوع عن الأولاد فلا تكون مرادة

قال المصنف (وفي الوصية للفقراء والمسكين يجب الصرف إلى اثنين) أقول بخالف لما سبق في باب الوصية بثلاث المال فيما إذا أوصى لامهات أولاده وللفقراء والمسكين الأناث يكون هذا قول محمد ثم رأيت في غاية البيان أن المسئلة تختلف فيها وإن هذا قول محمد والحمد لله تعالى (قوله ولو أوصى لبنى فلان يدخل فيهم الأناث في قول أبي حنيفة أولاد يدخل وهو قولهما) أقول وفي الكافي بخالف لما في الكتاب ففيه ولو أوصى لبنى فلان فهو ولد كور لا غير عند أبي يوسف وهو قول أبي حنيفة آخر اعتبارا للحقيقة وقال محمد يدخل فيه الأناث وهو قول أبي حنيفة أولا اهـ فلعل فيه روايتين (قوله فهم ذلك من قوله تعالى يوصيكم الله في أولادكم) أقول أي يورثكم فان ولد الابن يدخل في الميراث مع البنت الصلبية والجواب أنه يدخل في الميراث مع البنت بدليل آخر كذا في معراج الدراية وعندى أن الفهم بطريق آخر فإنه إذا لم يكن لليت صبي وكان له ابن وابن وبنت ابن مثلا يكون المال بينهم المثل كمثل حظ الاثنين بهذه الآية فعلم أن الأولاد يتناول أولاد الأولاد لأن فلانا إذا كان نخدا فبنوه وبناته لا تخلوع عن الأولاد عادة أقول فيه بحث فان الخلو وعدم الخلو لا يدخل له في كون أولاد الأولاد مرادة إذا كانت معنى مجازا بالأولاد إذا قامت قرينة على إرادتها أيضا والظاهر أن يقال إذا كان فلان نخدا يكون المراد مجرد الانتساب إليه فيدخل الكل بخلاف ما إذا كان أباحاصا فليتامل



وقوله (ومن أوصى لورثة فلان) واضح وقوله (ومن أوصى لمواليه) مبنية على جواز عموم المشترك وعدم جوازه والشافعي يميز ذلك فأجاز هذا وأصحابنا ما جوزه وكذلك هذا المروي عن الشافعي رواية عن أبي حنيفة لكن لا على جواز عموم المشترك بل على أن انظر المولى يطلق على الاعلى والأسفل متواطئ كالأخوة على بنى الاعيان وبنى العلات وبنى الاخياف وليس بظاهر لان معنى الاخوة في الجميع واحد وهو اشتغال صلب الاب والرحم عليهم ومعنى المولى ليس كذلك فان معنى الاعلى منهم ومعنى الاسفل منهم عليه فكان في أحدهما معنى الفاعل وفي الآخر معنى المفعول واليه أشار بقوله ان الجهة مختلفة وقوله (في موضع الاثبات) احتراز عن صورة النقي كما ذكر في الكتاب وهو اختيار شمس الأئمة وعامة أصحابنا على أن لا عموم للشرك لافي النقي ولا في الاثبات وأجابوا عن مسألة الخلف بترك الكلام مع المولى مطلقا ليس لوقوعه في النقي بل الحامل (٤٧٧) على اليمين بغضه وهو غير مختلف فيصير

بذلك المعنى كالشيء وقد قررناه في التقرير بمستوفى بعون الله وتأييده فان قيل سلطنا أن لفظ المولى مشترك لكن حكمه التوقف فكيف قال فالوصية باطلة أوجب بأن الكلام فيما اذا مات الموصى قبل البيان والتوقف في مثله لا يفيد فان قيل الترجيح من جهة أخرى يمكن وهو أن تصرف الوصية الى المولى الذي أعتقه لان شكر المنعم واجب وأما فضل الانعام في حق المنعم عليه فنذوب والصرف الى الواجب أولى منه الى المندوب كما هو المروي عن أبي يوسف بهذا المعنى أوجب بأنهم معارضة بجهة أخرى وهو أن العرف جار بوصية ثلث المال للفقراء والغالب في المولى الاسفل الفقير وفي الاعلى الغني والمعروف عرفا كالمشروط

(ومن أوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين) لانه لما نص على لفظ الورثة آذن ذلك بأن قصده التفضيل كما في الميراث ومن أوصى لمواليه موال اعتقهم وموال اعتقه فالوصية باطلة وقال الشافعي في بعض كتبه ان الوصية لهم جميعا واذكر في موضع آخر أنه يوقف حتى يصالحوا له أن الاسم يتناولهم لان كلامهم يسمى مولى فصار كالأخوة ولنا ان الجهة مختلفة لان أحدهما يسمى مولى النعمة والآخر منهم عليه فصار مشتركا فلا ينتظمهما اللفظ واحد في موضع الاثبات بخلاف ما اذا خلف لا يكلم مولى فلان حيث يتناول الاعلى والأسفل لانه مقام النقي ولا تنافي فيه ويدخل في هذه الوصية من أعتقه في الصحة والمرض ولا يدخل مدبره وأمها وأولاده لان عتق هؤلاء ينبت بعد الموت والوصية تضاف الى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله

صاحب العنابة حيث قال بعد نقله والجواب أنه لم ينقل أنه كان معه أحد من أقاربه أو أقاربها ممن ضمهم نفقته فان كان معه الأرقاء لم يدخل فيه أحد بالاتفاق اه (أقول) لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان هذا كلام خال عن التحصيل في دفع نظر صاحب العنابة فان حصل نظره القدرح في الاحتجاج لابي حنيفة بقوله تعالى وسار بأهله بناء على ان ما وقع في سياقه من خطاب الاهل بل لفظ الجمع بأبي كرون المراد بالاهل هنالك الزوجة خاصة لا الاستدلال على قول صاحبيه تلك الآية حتى يتم ما ذكره صاحب العناية جوا بانه تأمل تفهم فالظاهر في تعديل قول أبي حنيفة هنا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولابي حنيفة أن الاهل عند الاطلاق يراد به الزوجة في متعارف الناس يقال فلان متأهل وقلان لم يتأهل وقلان له أهل وقلان ليس له أهل ويراد به الزوجة فتحمل الوصية على ذلك اه تبصر توقف (قوله) ولا يدخل مدبره وأمها وأولاده لان عتق هؤلاء ينبت بعد الموت والوصية تضاف الى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله (أقول في التعديل كلام لان مقتضى قوله لان عتق هؤلاء ينبت بعد الموت والوصية تضاف الى حالة الموت أن لا تجوز الوصية لاحد من هؤلاء أصلا اذ يلزم حينئذ أن يكونوا أرقاء في حالة تضاف الوصية اليها وهي حالة الموت فان المروض كون ثبوت عتقهم بعد الموت وكون اضافة الوصية الى حالة الموت والوصية للرقيق بشي غير رقيقه لا تجوز كما نصوا عليه وقدم في الكتاب أن الوصية لامهات الا ولاد ينبت ماله جائز ولا يمكن أن تتعلق تلك الوصية برقيقه لان الوصية بالرقيقة اعتاق والوصية لها لا تشمل أن تكون اعتاقا لانها تعلق بموت مولاها وان لم تكن ثم وصية أصلا كما

شرطا كما هو المروي عن أبي يوسف بهذا المعنى ولو أوصى لمواليه وليس له المولى الاعلى فالوصية جائزة ويدخل فيها المعتق في حال الصحة والمرض ولا يدخل مدبره وأمها وأولاده لان عتقه لا ينبت بعد الموت لان المتوقف على الشيء لا بالعلية يعقبه وجود الوصية تضاف الى حالة الموت لانها اخت الميراث والميراث كذلك فلا بد من تحقيق اسم المولى قبل الموت ولم يوجد فيها

(قوله فيصير بذلك المعنى كالشيء وقد قررناه في التفسير) أقول قال في التقرير يتناول الموجودات المختلفة باعتبار معنى واحد انتهى ثم قال كذا في أصول شمس الأئمة وفيه نظر لانه يقضى الى جواز ارادتها فيما يصح الجمع بينهما ولسنا نقول به الا اذا جعل معنى كلامه أن الكلام متروك بدلالة اليمين الى مجاز بينهما وهو أن يكون المولى من تعلق به عتق وهذا المعنى بعمومه يتناول الاعلى والأسفل انتهى ما في التقرير

(وعن أبي يوسف أنهم يدخلون) لان سبب استحقاق الولاء وهو التدبير والاستيلاء (لازم) أي ثابت مستقر والاصح الاول لانهم لا ينسبون اليه بالولاء بنفس الاستحقاق بل بالاحياء الحاصل بالعتق وذلك انما يكون بعد الموت (ويدخل فيه) أي في هذا الايباء يعني بالاجماع عبد قاله مولاه وهو واضح ولو أوصى (٤٧٨) لمواليه وموال وأولاد الموالى وموالى الموالاته دخل معتقوه وهو ظاهر

وأولادهم لان نسبهم اليه بالولاء بالعتق الذي ياتسرى آبائهم والفروع أجزاء الاصول فكان الاطلاق حقيقة فيهم كافي أصولهم ولهذا لا يصح نفي اسم المولى عنهم بخلاف ما تقدم من نفي فلان وأولادهم لان النفي عن الفروع صحيح حيث يجوز أن يقال ليسوا بنى فلان وانما هم بنو بنيه وعن أبي يوسف أنهم يعني موالى الموالاته يدخلون أيضا لما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله (والاعتناق لازم) جواب عما يقال لما كانت الجهة مختلفة ويجب بطلان الوصية كالمولى الاعلى والاسفل ووجهه أن المشترك لا يعمل به الا اذا لم تكن قرينة على أحد المعنيين وههنا قرينة تميز أحدهما وهوان ولاء الاعتناق بمنزلة النسب لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته وولاء الموالاته ضعيف مختلف فيه بين العلماء وسببه عقد يحتمل الفسخ فلا تتحقق المزاجية بينهما ولو لم يكن له الاموالى موالاته كان الثلث لهم لان الحقيقة

وعن أبي يوسف أنهم يدخلون لان سبب الاستحقاق لازم ويدخل فيه عبد قاله مولاه ان لم اضربك فانت حر لان العتق يثبت قبيل الموت عند تحقق عجزه ولو كان له موال وأولاد موال وموالى موالاته يدخل فيها معتقوه وأولادهم دون موالى الموالاته وعن أبي يوسف أنهم يدخلون أيضا والكل شركاء لان الاسم يتناولهم على السواء ومحمد يقول الجهة مختلفة في المعتق الانعام وفي الموالى عقد الالتزام والاعتناق لازم فكان الاسم له أحق ولا يدخل فيهم موالى الموالى لانهم موالى غير حقيقة بخلاف مواليه وأولادهم لانهم ينسبون اليه باعتناق وجد منه وبخلاف ما اذا لم يكن له موال ولأولاد الموالى لان اللفظ لهم مجاز فيصرف اليه عند تعذرا اعتبار الحقيقة

حقيقة الشراح هناك فكان بين تلك المسئلة وبين هذا التعليل تدافع ويمكن أن يقال جواب تلك المسئلة على موجب الاستحسان كما ذكره هناك وهذا التعليل على موجب القياس ووجه الاستحسان الذي ذكره هناك غير متشبه هنا كما يعرف بالتأمل الصادق فلا يصار اليه ههنا (قوله وعن أبي يوسف أنهم يدخلون أيضا والكل شركاء لان الاسم يتناولهم على السواء) قال بعض المتأخرين قلت لا يخفى ان تناول الاسم للاعلى والاسفل بطريق التواطؤ ليس بأبعد من كون هذا تناول كذلك فالجواب أن أبو يوسف جوز هذا دون ذلك اه (أقول) ان أبو يوسف جوز ذلك أيضا في رواية عنه كما صرح به صاحب الكافي هناك حيث قال وقال الشافعي الوصية لهم جميعا وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف وهو قول زفر لان الاسم يتناولهم اه وصرح به صاحب معراج الدراية أيضا هناك حيث قال وروى عن أبي حنيفة وأبي يوسف أن الوصية لهم جميعا وهو قول زفر وأحمد والشافعي في قول اه وما ذكره المصنف في هذه المسئلة رواية أيضا عن أبي يوسف لاقوله مطلقا كما يشير اليه قول المصنف وعن أبي يوسف حيث ذكره بكلمة عن ولم يقل وقال أبو يوسف ويرشد اليه أيضا أن شمس الأعمدة ذكر هذه المسئلة في شرح الجامع الكبير ولم يذكر الاختلاف فيها بل ذكر فيها القياس والاستحسان فقال في القياس يدخلون وفي الاستحسان لا يدخلون كما ذكر تفصيله في النهاية ومعراج الدراية فالجواب من ذلك البعض أنه لم يطلع على رواية تجوز رأي يوسف تناول الاسم للكل في المسئلتين معام كونها مذكورة في الكتب المشهورة المتداولة فتعجب أنه جوز تناول الكل في هذه المسئلة دون الاولى ومفاسد قلة التدبير والتبعية مما يضيق عن الاطاحة به نطاق البيان (قوله وبخلاف ما اذا لم يكن له موال ولأولاد الموالى لان اللفظ لهم مجاز فيصرف اليه عند تعذرا اعتبار الحقيقة) قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام وبخلاف ما اذا لم يكن له موال أى موالى العتاقه ولأولاد الموالى أى ولأولاد موالى العتاقه يعني حينئذ الثلث لموالى الموالاته وقال في الجامع الكبير وان لم يكن له الاموالى الموالاته كان الثلث لهم لان الاحق اذا لم يوجد وجب العمل بما دونه انتهى واقتفى أثره صاحب العناية (أقول) ليس هذا بشرح صحيح اذ لو كان مراد المصنف ذلك لما صح تعليقه بقوله لان اللفظ لهم مجاز فيصرف اليه عند تعذرا اعتبار الحقيقة فان لفظ المولى مشترك بين المعتق ومولى الموالاته كما يدل عليه قول المصنف آنفا ومحمد يقول الجهة مختلفة في المعتق الانعام وفي المولى عقد الالتزام وقد صرح الشراح قاطبة باشتراكه بينهما وبينوا مراد المصنف هناك على وفق ذلك فلو كان مراد المصنف ههنا ما ذهب اليه صاحب النهاية

ولو

اذا لم يمكن وجب العمل بالمجاز صور الكلام العاقل عن الالغاء

(قوله وهوان ولاء الاعتناق بمنزلة النسب لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته وولاء الموالاته الخ) أقول فيه بحث (قوله لان الحقيقة اذا لم يمكن وجب العمل بالمجاز) أقول بخلاف لما ذكره أنما من القول بالاشتراك الآن يبنى على التسليم والتنزل

(ولو كان له معتق واحد وموالى الموالى فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز) وحكم ولد المعتق حكم المعتق  
 لما ذكرنا أن اسم الموالى لاولاد الموالى حقيقة وقوله (ولا يدخل فيه) أى فيما إذا وصى لموالياه (موال أعتقهم) هكذا وقع في النسخ ولكن  
 الصواب أن يقال موال أعتقهم أبوه أو ابنه لان التعليل يطابق ذلك دون المذكور في الكتاب وهذا لان الحقيقة هو أن يباشراعتاق  
 مملوك فيصير به مولى عنه والمجاز أن يتسبب لذلك باعتاق مملوك فيعتق ذلك المعتق مملوكا ولم يوجد في حق موالى الاب والابن فعل الاعتاق  
 ولا تسببه فقلنا أنهم لا يدخلون في هذه الاضافة وهذا المعنى كما ترى لا يستقيم على ما وقع في النسخ لان الذين أعتقهم موالياه حقيقة  
 وقوله (وانما يحزر ميراثهم بالعصوبة) جواب عمار وى عن أبي يوسف أن موالى أبيه تدخل اذامات أبوه وورث ولاعهم لانهم موالياه  
 حكما وهذا يحزر ميراثهم ووجه ذلك ان احرازه الميراث ما كان لكونهم موالياه لكن الشرع أقام عصبة المعتق مقام المعتق في حق الميراث  
 لان الولاء كالنسب لا يورث نص عليه صاحب الشرع قال الوالامة كاهمة (٤٧٩) النسب لا يباع ولا يوهب ولا

ولو كان له معتق واحد وموالى الموالى فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز  
 ولا يدخل فيه موال أعتقهم ابنه أو أبوه لانهم ليسوا بوالديه لاحقيقة ولا مجازا وانما يحزر ميراثهم  
 بالعصوبة بخلاف معتق البعض لانه ينسب اليه بالولاء والله أعلم بالصواب

والعناية لما صح قوله في التعليل لان اللفظ لهم مجازا اذ لا شك أن اللفظ المشترك حقيقة في كل واحد من  
 معنياه أو معانيه والصواب أن مراد المصنف هنا هو أنه اذا لم يكن له موال ولا اولاد الموالى فالثالث  
 لموالى الموالى حينئذ يرتبط قوله وبخلاف ما اذا لم يكن له موال ولا اولاد الموالى بما قبله أشد ارتباطا  
 وينتظم تعليله بقوله لان اللفظ لهم مجاز الخ انتظاما تاما كما لا يخفى وقد صرح في الكافي بعين  
 ما قلنا عند تقرير هذه المسئلة وفي غاية البيان أيضا عند شرح كلام المصنف هنا وكان صاحب النهاية  
 انما اغتر بما نقله عن الجامع الكبير فان المذكور فيه موالى الموالات دون موالى الموالى لكن التعليل  
 المذكور هناك وهو قوله لان الأحق اذا لم يوجد وجب العمل بما دونه مطابق للمسئلة غير أب عنها فانه لا ينافي  
 الاشتراك لجواز أن يكون أحدهم معنى المشرك الأحق بالارادة من الآخر لا من مرجح وان كان  
 اللفظ حقيقة في كل واحد منهما كما أشار اليه المصنف فيما مر بقوله والاعتاق لازم فكان الاسم أحق  
 بخلاف تعليل المصنف هنا على تقدير أن يراد بالمسئلة ما ذكر في الجامع الكبير كما توهمه صاحب النهاية  
 وتبعه صاحب العناية فانه لا يطابق المسئلة حينئذ بل يابا جمدا كما بيناه انفا (قوله ولو كان له معتق  
 واحد وموالى الموالى فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز) أقول لقائل  
 أن يقول لم لا يصار ههنا الى عموم المجاز صيانة لكلام العقائل عن الالغاء في حق النصف والمصير الى عموم  
 المجاز لمخلص معروفا في دفع الجمع بين الحقيقة والمجاز وطريقه ههنا أن يحمل الموالى على من كان  
 للموصى مدخل في عتقه أعم من أن يكون بطريق المباشرة كما في معتق نفسه أو بطريق التسبب كما  
 في معتق معتقه فلي تأمل والله أعلم

يورث وهو نص صريح في  
 عدم الانتقال فكان بطريق  
 العصوبة وقوله (بخلاف  
 معتق البعض) قال في النهاية  
 هكذا وقع في النسخ وليس  
 بصواب والصواب أن يقول  
 بخلاف معتق المعتق كما هو  
 المذكور في الايضاح لانه  
 يثبت بهذا الفرق بين موالى  
 الموالى وبين موال أعتقهم  
 أبوه أو ابنه على ما ذكرنا من  
 النسخة الصحيحة فيه أيضا  
 وذلك انما يستقيم اذا كان  
 بخلاف معتق المعتق وأما  
 معتق البعض فعند أبي  
 حنيفة لم ينسب اليه بالولاء بعد  
 لانه بمنزلة المكاتب والمكاتب  
 لا يدخل تحت اسم المولى عند  
 قيام الكتابة وعندهما ان  
 نسب اليه انما ينسب اليه  
 بالولاء حقيقة فلا يحتاج  
 الى ذكره وذكر بعض

الشارحين أن النسخة في قوله ولا يدخل فيه موال أعتقهم باثبات افضة ابنه وههنا بخلاف معتق البعض فجعله مرتبطا بقوله ولا يدخل  
 فيه موال أعتقهم ابنه ومعناه فان معتق البعض يدخل تحت الوصية للمولى لانه مولاة حقيقة بخلاف موالى الام لانهم ليسوا موالياه  
 أصلا ولكن ينبغي أن يكون هذا على مذهب مالان معتق البعض كالمكاتب والمكاتب لا يدخل تحت اسم المولى عند تمام الكتابة وهذا  
 فيه تصحيح نسخة الكتاب في الموضوعين وان كان فيه بعد من حيث الابراد على مذهب ما خاصة والله أعلم

قال المصنف (ولو كان له معتق واحد وموالى الموالى فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز) أقول لم  
 لا يجوز أن يراد المعنى العام لكليم ما بقريئة صيغة الجمع والمحصار المعتق في الواحد وجوابه أن المحصر وقت الوصية لا يمنع صيغة  
 الجمع في معناها ابتداء على تجوز أن يوجد له معتق آخر حين الموت (قوله لانه يثبت بهذا الفرق) أقول قوله الفرق فاعل يثبت  
 (قوله وذكر بعض الشارحين) أقول أراد الاتقاني (قوله لان معتق البعض كالمكاتب) أقول الظاهر أن يقال لان معتق البعض عند  
 أبي حنيفة كالمكاتب

باب الوصية بالسكنى والخدمة والتمرة

لما فرغ من أحكام الوصايا المتعلقة بالاعيان شرع في بيان أحكام الوصايا المتعلقة بالمنافع وأخر هذا الباب لما أن المنافع بعد الاعيان وجودا فأخرها عنها وضعا قال (وتجوز الوصية بخدمته عبده وسكنى داره) كلامه واضح وبفيد الموافقة بين الوصية والعارية في كون كل منهما متملك المنافع بغير عوض والمباينة بينهما ما وبين الارث لان الوصية تعتمد التملك والمنافع تقبل ذلك للحاجة حالة الحياة (فكذا بعد المات) لان الموت (٤٨٠) لا يزيلها والارث خلافة (فيما يملكه المورث وذلك في عين تبق والمنفعة عرض

باب الوصية بالسكنى والخدمة والتمرة

قال (وتجوز الوصية بخدمته عبده وسكنى داره سنين معلومة وتجوز بذلك أبدا) لان المنافع يصح تملكها في حالة الحياة ببدل وغير بدل فكذا بعد المات لحاجته كما في الاعيان ويكون محبوسا على ملكه في حق المنفعة حتى يملكها الموصى له على ملكه كما يستوفى الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف وتجوز مؤقتا ومؤبدا كما في العارية فانها تملك على أصلنا بخلاف الميراث لانه خلافة فيما يملكه المورث وذلك في عين تبق والمنفعة عرض لا يبق وكذا الوصية بغلة العبد والدار لانه بدل المنفعة فأخذ حكمها والمعنى يشملها ما قال (فان خرجت رقبة العبد من الثلث يسلم اليه لخدمته) لان حق الموصى له في الثلث لا يترجم الورثة (وان كان لامل له غيره خدم الورثة يومين والموصى له يوما) لان حقه في الثلث وحقتهم في الثلثين كما في الوصية في العين ولا يمكن قسمة العبد أجزا لانه لا يتجزأ فصرنا الى المهابة ابقاء للحقين بخلاف الوصية بسكنى الدار اذا كانت لا تخرج من الثلث حيث تقسم عين الدار انلا بالانتفاع لانه يمكن القسمة بالأجزاء وهو أعدل للنسوية بينهم ما زمانا واذانا وفي المهابة تقديم أحدهما زمانا ولو اقتسموا الدار مهابة من حيث الزمان تجوز أيضا لان الحق لهم الآن الاول وهو الأعدل أولى وليس للورثة أن يبيعوا ما في أيديهم من ثلثي الدار وعن أبي يوسف رحمه الله أن لهم ذلك لانه خاص بملكهم

باب الوصية بالمنافع

لما فرغ من بيان أحكام الوصايا المتعلقة بالاعيان شرع في بيان الوصايا المتعلقة بالمنافع وأخر هذا الباب لما أن المنافع بعد الاعيان وجودا فأخرها عنها وضعا كذا في الشروح (أقول) فيه شيء وهو أن هذا انما يتم في حق الوصية بالسكنى والوصية بالخدمة دون الوصية بالتمرة لان التمرة من قبيل الاعيان والباب يشمل الاقسام الثلاثة كلها عنوانا وأحكاما فلا يتم التقريب وان صير الى التوجيه بيناء الكلام على الاكثر يسبق تأخير الوصية بالتمرة خالبا عن بيان التمكنة كالا يخفى (قوله الآن الاول وهو الأعدل أولى) قال بعض المتأخرين فيه أن المفروض كون المهابة باختيارهم فالتأخير يسقط حقه فلا تبق الاولوية الا بالزام الحاكم حتى يكون أولى انتهى (أقول) ليس هذا بسديد لان اسقاط التأخر حقه لا يلزم أن يكون بطيب خاطر بل يجوز أن يكون مع الكراهة لامر بدعوا اليه فكيف يساوى هذا استيفاء حقه كمالا كما في الاول ثم ان سلم كون اسقاط حقه عن طيب خاطر البتة فهو لا يقتضي الانتفاء الظلم له وتحقق العدل في الجملة وذلك لا ينافي كون الاول أعدل منه

لا يبق) واذا جازت الوصية بتمتعة العبد جازت بغلته لانها بدلها فأخذت حكمها (والمعنى) وهو الحاجة (يشملها) يعني المنفعة والغلة وقوله (فان خرجت رقبة العبد) فيه تفصيل وهو أنه اذا أوصى بخدمة عبده لشخص فاما ان قال أبدا أو جعل ذلك زمانا فان كان الاول وخرجت رقبة العبد من الثلث أو لم يخرج ولكن أجازت الورثة التسليم اليه يسلم اليه لخدمته وان لم تجزه الورثة تخدم الورثة يومين والموصى له يوما الى أن يموت وان كان الثاني فاما أن عين سنة مثل أن يقول سنة ست وسبعين وسبعمائة أو لم يعين فان عين ومضت تلك المدة قبل موت الموصى بطلت الوصية وان مات الموصى بعد مضى بعض من تلك السنة أو مات قبل مضىها فان كان العبد يخرج من الثلث أو أجازت الورثة فانه يسلم العبد الى

الموصى له حتى يستوفى وصيته وان كان

لا يخرج ولم تجز الورثة بخدم الموصى له يوما والورثة يومين حتى تضي السنة التي عينها ثم يسلمه الى الورثة وان لم يعين فان كان العبد يخرج من ثلث المال ولا يخرج وأجازت الورثة يسلم العبد الى الموصى له ليستخدمه سنة كاملة ثم يرد الى الورثة وان لم يخرج ولم تجز الورثة بخدم الموصى له يوما والورثة يومين الى ثلاث سنين ثم يرد الى الورثة وهذا الحكم على خلاف ما اذا أوصى بغلة عبده سنة فان له ثلث غلته تلك السنة على ما سنذكره

باب الوصية بالسكنى والخدمة والتمرة

قال (فان كان مات الموصي له عادى الورثة) اذا مات الموصي له عادى الورثة الموصي به الى ورثة الموصي (لان الموصي اوجب الحق للموصي له ليستوفي المنافع على حكم ملكه فلما انتقل الحكم الى وارث الموصي له استحقت له استحقاقها ابتداء من ملك الموصي) لما تقدم ان الميراث خلافة فيما يملكه المورث وذلك في عين تبقّي والمنفعة عرض لا يبقّي لكن يجوز ان يستحقها ذلك لانه لم يرض به واستحقاق الملك من غير مرضاة المالك لا يجوز (ولومات الموصي له في حياة الموصي بطلت) الوصية (لان ايجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل) أى في فصل اعتبار حالة الوصية في بيان الفرق بين جواز الاقرار وبطلان الوصية بقوله بخلاف الوصية لانها ايجاب (٤٨١) عند الموت ولو اوصى بغلة عبده

أوداره) فاستخدم العبد الموصى بغلته الموصى له بنفسه أو سكن الدار الموصى بغلته بنفسه اختلف المشايخ في ذلك على ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله (وليس للموصي له بالخدمة أن يؤجر العبد والدار) واضح سوى ألفاظ تذكرها (قوله اعتبارا بالاعارة فانها تملك بغير بدل) قد تقدم في باب العارية وفي الحقيقة هذا المعنى راجع الى الاصل المقرر وهو ان الشيء لا يتضمن ما فوقه وقوله (الآن الرجوع للتبرع لاغيره) جواب عما يقال الوصية وان كانت غير لازمة ابتداء لكنها تصير لازمة بعد الموت لعدم قبولها الرجوع حينئذ ووجه ذلك ان الاعتبار للوضوعات الاصلية والوصية في وضعها غير لازمة وانقطع الرجوع بموت الموصي من العوارض فلا يعتبر به

وجه الظاهر ان حق الموصي له ثابت في سكني جميع الدار بان ظهر لليت مال آخر وتخرج الدار من الثلث وكذلك حق المراجعة فيما في أيديهم اذا خرب ما في يده والبيع يتضمن ابطال ذلك فنعوا عنه قال (فان كان مات الموصي له عادى الورثة) لان الموصي اوجب الحق للموصي له ليستوفي المنافع على حكم ملكه فلما انتقل الى وارث الموصي له استحقت له استحقاقها ابتداء من ملك الموصي من غير مرضاته وذلك لا يجوز (ولومات الموصي له في حياة الموصي بطلت) لان ايجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل ولو اوصى بغلة عبده أو داره فاستخدمه بنفسه أو سكنها بنفسه قبل يجوز ذلك لان قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود والاصح انه لا يجوز لان الغلة دراهم أو دنانير وقد وجبت الوصية بها وهذا استيفاء المنافع وهما متغايران ومتفاوتان في حق الورثة فانه لو ظهر دين يمكنهم اداؤه من الغلة بالاسترداد منه بعد استغلالها ولا يمكنهم من المنافع بعد استيفائها بعينها وليس للموصي له بالخدمة والسكني أن يؤجر العبد والدار وقال الشافعي له ذلك لانه بالوصية ملك المنفعة فيملك تملكها من غيره ببديل أو غير بدل لانها كالايمان عنده بخلاف العارية لانها باحة على أصله وليس بتمليك ولنا ان الوصية تملك بغير بدل مضاف الى ما بعد الموت فلا يملك تملكه ببديل اعتبارا بالاعارة فانها تملك بغير بدل في حالة الحياة على أصلنا ولا يملك الاستعير الاجارة لانها تملك ببديل كذا هذا وتحققه ان التملك ببديل لازم وبغير بدل غير لازم ولا يملك الاقوى بالضعف والاكثر بالقل والوصية تبرع غير لازم الا الرجوع للتبرع لاغيره والتبرع بعد الموت لا يمكنه الرجوع فلهذا انقطع اما هو في وضعه فغير لازم

التسوية بينهم ذاتا وزمانا ولا شك أن الاصل أولى (قوله وجه الظاهر ان حق الموصي له ثابت في سكني جميع الدار بان ظهر لليت مال آخر وتخرج الدار من الثلث) أقول فيه بحث اما أولا فلا لانه منقوض بما اذا اوصى لرجل بعين داره ولم يكن له مال غيرها فاقسمها الموصي له مع الورثة على الثلث والثلثين فان للورثة هناك أن يبيعوا ما في أيديهم من ثلثي تلك الدار بلا خلاف مع جريان هذا الدليل ل هناك أيضا بان يقال ان حق الموصي له ثابت في عين جميع الدار بان ظهر لليت مال آخر وتخرج الدار من الثلث وأما ثانيا فلا لانه ان كان حق الموصي له ثابتا في سكني جميع الدار بمجرد احتمال ظهور مال آخر لليت وخرج الدار من الثلث فاما أن يكون حق الورثة أيضا ثابتا في سكني جميع تلك الدار أولا فان كان الاصل يلزم أن يثبت في سكني جميع الدار الواحدة في حالة واحدة حقوق أشخاص والا لزم باطل لاستحالة أن يسكن أشخاص متعددة على حدة في جميع محال واحد في زمان واحد لاستلزامه تداخل الاجسام وظهور بطلان تعلق الحق بأمر محال وان كان الثاني يلزم أن لا يقسم عين الدار بين الموصي له والورثة اثنالا لتنافع وأن لا يقسم الدار بينهم مهاباة من حيث الزمان

قال المصنف (وجه الظاهر ان حق الموصي له ثابت في سكني جميع الدار

(٦١ - تكمله ثامن) بان ظهر لليت مال آخر) أقول قال السكاكي ويعتبر هذا الاحتمال لانه نشأ من دليل وهو ايضا الملت بكل منافع الدار مع علمه ان الايصاء بالزيادة على الثلث حرام شرعا فلم يكن له مال سوى هذه الدار لم يوص بجميع منافعها احترازا عن الحرم شرطا اه وفيه تأمل (قوله فاستخدم العبد الموصى بغلته الموصي له) أقول قوله الموصي له فاعل استخدم قال المصنف (وقيل يجوز ذلك لان قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود) أقول لا يخفى أن الانسب للقيام كان أن يقول لان عين المنافع قيمتها لکنه قلب تنبها على قوة المعنى وجوازها بطريق الاولى فليستأمل

وقوله (ولان المنفعة) دليل آخر وقوله (وهذا لا يجوز) يعني بناء على ما قال ولا يملك الاقوى بالاضعف وهو ظاهر واعتراض عليه باجارة الحر نفسه فانه لا يملك منفعة تبع المالك رقبته ولا بعقد المعاوضة ويجوز له ان يملكها يبدل واجب بان كلام المصنف في الوصية فراده بالمنفعة منفعة تجوز الوصية بها ومنفعة الحر ليست كذلك فلا يكون واردا عليه وقوله (اذا كان يخرج من الثلث) احتراز عما اذا لم يخرج فانه ليس له (٤٨٢) الاخراج الى اهله الاباجازة الورثة وقوله (واذا كانوا في غيره) أي في غير

مصر الموصى وقوله (ولو) أوصى بغلة عبده أو بغلة داره) قد علم جوازها فيما تقدم من طريقتين ولعله ذكره تهيئة للقوله (ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة) يعني اذا لم تجز الورثة كانت الوصية بغلة عبده سنة وتذكير الضمائر ما يتأويل المال أو نظرا الى الخبر وقوله (لانه عين مال تحتل القسمة بالاجزاء) وكل ما هو كذلك تعلق الوصية بثلثه ان لم يخرج من الثلث وفيه إشارة الى الفرق بينها وبين الخدمة فان العبد لما تحتل القسمة بالاجزاء صرنا الى قسمة استفتاء الخدمة بطريق المهابة الى ما يستوفى خدمته سنة كاملة كما مر ذكره وقوله (ولو أراد الموصى له قسمة الدار) ظاهرا الى قوله (عطفامنه لاحدهما على الآخر) ومعنى ذلك انه عطف قوله والآخر برقبته على قوله أوصى له بخدمة عبده (فتعتبر هذه الحالة) بريدالة العطف (بحالة الانفراد) أي

ولان المنفعة ليست عمال على أصلنا وفي تملكها بالمال احداث صفة المالية فيها تحقيقا للساواة في عقد المعاوضة فانما تثبت هذه الولاية لمن يملكها تبع المالك الرقبة أو لمن يملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التي تملكها أما اذا تملكها مقصودة بتغيير عوض ثم يملكها بعوض كان مملكا أكثر مما تملكه معنى وهذا لا يجوز وليس للموصى له ان يخرج العبد من الكوفة الا ان يكون الموصى له وأهله في غير الكوفة فيخرجهم الى أهله للخدمة هناك اذا كان يخرج من الثلث لان الوصية انما تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصى فاذا كانوا في مصر مقصوده ان يتمكن من خدمته فيه بدون ان يلزمه مشقة السفر واذا كانوا في غيره مقصوده ان يحمل العبد الى أهله ليخدمهم ولو أوصى بغلة عبده أو بغلة داره يجوز أيضا لانه بدل المنفعة فأخذ حكم المنفعة في جواز الوصية به كيف وانه عين حقيقة لانه دراهم أو دنانير فكان بالجواز أولى ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة لانه عين مال تحتل القسمة بالاجزاء فلما أراد الموصى له قسمة الدار بينه وبين الورثة ليكون هو الذي يستغل ثلثها لم يكن له ذلك الا في رواية عن أبي يوسف فانه يقول الموصى له شريك الوارث وللشريك ذلك فكذلك للموصى له الا ان يقول المطالبة بالقسمة تنفي على ثبوت الحق للموصى له فيما يلاقيه القسمة اذ هو المطالب ولاحق له في عين الدار وانما حقه في الغلة فلا يملك المطالبة بقسمة الدار ولو أوصى له بخدمة عبده ولا خير برقبته وهو يخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة عليها لصاحب الخدمة لانه واجب لكل واحد منهما شيئا معلوما عطفامنه لاحدهما على الآخر فتعتبر هذه الحالة بحالة الانفراد

انثلاثا لثبوت حق الموصى له في سكنى جميع الدار وعدم ثبوت حق الورثة في ذلك على الفرض مع ان المسئلة خلاف ذلك كما مر انفا في الكتاب (قوله فانما تثبت هذه الولاية لمن يملكها تبع المالك الرقبة) أولن تملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التي تملكها) قال في العنايه واعتراض عليه باجارة الحر نفسه فانه لا يملك منفعة تبع المالك رقبته ولا بعقد المعاوضة ويجوز له ان يملكها يبدل واجب بان كلام المصنف في الوصية فراده بالمنفعة تجوز الوصية بها ومنفعة الحر ليست كذلك فلا يكون واردا عليه اه (أقول) الجواب منظوره لانه كون كلام المصنف في الوصية لا يقتضي كون مراده بالمنفعة المذكورة في مقدمات دليله بمنفعة تجوز الوصية بها فان مقدمات الدليل لا يلزم أن تكون مساوية للدعي بل لا بد من كفاية الكبرى اذا كان انتاج الدليل بطريق الشكل الاول وههنا كذلك اذ حاصل هذا الدليل ان الخدمة والسكنى من قبيل المنافع والمنافع ليست عمال على أصلنا وما ليس عمال في تملكها بالمال احداث صفة المالية فيه تحقيقا للساواة في عقد المعاوضة وما في تملكها احداث صفة المالية فيه لا تثبت الولاية عليه بهذه الصفة الا لمن يملكها تبع المالك الرقبة أولن يملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التي تملكها او لا يكون مملكا أكثر مما تملكه فانه لا يجوز شرعا ولا يذهب على ذي مسكة أن ماعدا الصغرى من المقدمات المذكورة مع اقتضاء الأدلة الشرعية كلية كل واحدة منهما في نفسها لا مجال لتقييد شيء منها بما يخرج به منفعة الحر لوقوعها في محل

بحالة انفراد احد الوصيتين عن الاخرى فلا تتحقق المشاركة بينهما فيما أو جب لكل واحد منهما ثم (قوله وتذكير الضمائر ما يتأويل المال أو نظرا الى الخبر) أقول يعني من الخبر قوله بدل المنفعة قال المصنف (لانه واجب لكل واحد منهما شيئا معلوما عطفامنه) أقول أي من محمد أو من الموصى فانه عطف قوله ولا خير برقبته بالواو وعلى قوله أوصى له بخدمة عبده كذا في شرح الكافي والأقرب عندي هو الثاني (قوله ومعنى ذلك انه عطف الخ) أقول يعني ان محمد اعطف الخ

وقوله ( ثم لما سحبت الوصية لصاحب الخدمة ) كالبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد يعني لو كانت الوصية بالخدمة منفردة كانت الرقبة ميراثا للورثة ( والخدمة للوصي له ) من غير اشتراك ( فكذا اذا أوصى بالرقبة لانسان آخر ) تكون الرقبة له والخدمة للوصي له بها ( اذا الوصية أخت الميراث من حيث ان الملك فيهما يثبت بعد الموت ) ثم العبد الموصى بخدمته لشخص وبقبته لا خرا ما أن يكون أدرك احد الخدمة أو لا فان كان الثاني فنفقته على الموصى له بالرقبة الى أن يدرك الخدمة لان بالاتفاق عليه تنمو العين وذلك منفعة لصاحب الرقبة فاذا أدرك الخدمة صار كالكبير والنفقة في الكبير على من له الخدمة لانه انما يتمكن من استخدامه بالاتفاق عليه اذا العبد لا يتقوى على الخدمة الابوه وان أبي الاتفاق عليه رده الى من له الرقبة كالتعبير ( ٤٨٣ ) مع العبروان جنى جنابة فالفداء

على من له الخدمة لان التمكن من الاستخدام بالتطهير عن الجنابة فيجب عليه التطهير وقوله ( ولها ) أي لهذه المسئلة ( نظائر ) وقد ذكرها في الكتاب واضحة وقوله ( ولا شيء لصاحب الطرف ) وهو الامة والخاتم والقوصرة ( في المفسر ) يعني الولد والفص والتمر ( في هذه المسائل كلها ) أما اذا كان أحد الايجابين موصولا بالآخر فبالاتفاق وأما اذا كان أحدهما منفصلا عن الآخر فكذلك عند أبي يوسف خلافا لمحمد وقوله ( كافي وصية الرقبة والخدمة ) فان الموصول والمفصول فيهما في الحكم سواء وتأخير تعليل محمد والجواب عما استدلل به أبو يوسف في الكتاب والمبسوط دليل على أن المعول على قول محمد

ثم لما سحبت الوصية لصاحب الخدمة فلولم يوص في الرقبة بشئ لصارت الرقبة ميراثا للورثة مع كون الخدمة للوصي له فكذا اذا أوصى بالرقبة لانسان آخر اذا الوصية أخت الميراث من حيث ان الملك يثبت فيهما بعد الموت ولها نظائر وهو ما اذا أوصى بأمة لرجل وبماني بطنها لا خروهي يخرج من الثلث أو وصى لرجل بخاتم ولا آخر بنفسه أو قال هذه القوصرة لفلان وما فهمان التمر لفلان كان كما أوصى ولا شيء لصاحب الطرف في الظروف في هذه المسائل كلها أما اذا فصل أحد الايجابين عن الآخر فيها فكذلك الجواب عند أبي يوسف وعلى قول محمد الامة للوصي له بها والولد بينهما نصفان وكذلك في أخواتها لابي يوسف ان يوجب في الكلام الثاني تبين ان مراده من الكلام الاول ايجاب الامة للوصي له به دون الولد وهذا البيان منه صحيح وان كان مفصولا لان الوصية لا تلزم شئ في حال حياة الموصى فكان البيان المفصول فيه والموصول سواء كافي وصية الرقبة والخدمة ولمحمد ان اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص وكذلك اسم الجارية يتناولها وما في بطنها واسم القوصرة كذلك

الكبرى من الشكل الاول تبصر ( قوله ثم لما سحبت الوصية لصاحب الخدمة الخ ) قال صاحب العناية وقوله لما سحبت الوصية لصاحب الخدمة كالبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد يعني لو كانت الوصية بالخدمة منفردة كانت الرقبة ميراثا للورثة والخدمة للوصي له من غير اشتراك فكذا اذا أوصى بالرقبة لانسان آخر تكون الرقبة له والخدمة للوصي له بها اذا الوصية أخت الميراث من حيث ان الملك فيهما يثبت بعد الموت اه ( أقول ) ان قوله السابق كالبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد ليس بسديد والحق أن يقال كالبيان والتفسير لما قبله من اعتبار هذه الحالة بحالة الانفراد لان قول المصنف ثم لما سحبت الوصية لصاحب الخدمة الخ وكذا ما ذكره الشارح المزبور بقوله يعني لو كانت الوصية بالخدمة الخ انما يفيد ان بيان اعتبار هذه الحالة بحالة الانفراد لا بيان حالة الانفراد وحدها كما لا يخفى على من له أدنى مسكة ( قوله ولمحمد ان اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص وكذا اسم الجارية يتناولها وما في بطنها ) قلت ليس المراد بتناول اسم الخاتم للفص وبتناول اسم الجارية لما في بطنها تناولها مالها ماقظا واصالة والاي لازم أن يخالف هذا ما مر في مسئلة صحة الوصية بجارية الاجلها من ان اسم الجارية لا يتناول الجمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعافاذا أفرد الام بالوصية صح افرادها ويلزم أن يخالف أيضا ما مر في كتاب الاقصر من ان الفص لا يدخل في الخاتم لفظا بل يتناول هذا وأقر بخاتم لرجل واستثنى فسه لنفسه لم يصح الاستثناء ويكون الحلقة والفص جميعا للقره لان الاستثناء تصرف في المفقوظ بل انما المراد هنا بتناول اسم الخاتم للفص واسم الجارية لما

قال المصنف ( وكذلك في أخواتها ) أقول

والصواب في أختها وهو الخاتم مع الفص والقوصرة مع التمر كذا في شرح السكاكي قال الاتقاني أراد باختواتها مسئلة الخاتم مع الفص ومسئلة القوصرة مع التمر ومسئلة الشاة مع الصوف ومسئلة الدراع مع البناء ومسئلة السيف والحلبة والامستان والتمر الموجود مثل ذلك والارض والنخل مثل ذلك وكل شئ يشبه هذا بما يكون الاسم في الوصية عاما فالوصية الثانية بمنزلة الاستثناء كذا قال الكرخي في مختصره الى هنا كلام الاتقاني قال المصنف ( وكذا اسم الجارية يتناولها وما في بطنها ) أقول هنا نوع محالفة لما أسلف في الوصية بجارية الاجلها فراجعها متأملا قال المصنف ( واسم القوصرة كذلك ) أقول فكان كل منها كالعام الذي الخ ولا ينبغي أن يظن أن تلك الاسماء عومات فانها ليس كذلك كما لا يخفى

قال (ومن أوصى لآخر ثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة) المسائل المتعلقة بالاقصار على الموجود من الموصى به والتعدي الى ما يحدث على وجوده ثلاثة في وجه يقع على (٤٨٤) الموجود واخذت ما عاش الموصى له ذكر الابداء ولم يذكر كالوصية بغلة

بستانه أو أرضه أو سكنه داره أو خدمة عبده فان العرف فيها جار على الابد ويعتبر خروجه من الثلث وفي وجه يقع على الموجود دون الحادث ذكر الابداء ولم يذكر كالوصية بالصوف على ظهر العنق والولد في بطن جاريته والبن في الضرع لان المعدوم من هذه الاشياء لا يستحق بوجه ما وفي وجه ان ذكر الابد يقع على الموجود والحادث كالوصية بثمره بستانه وان لم يذكر فان كانت الثمرة موجودة قبل الموت تناولها والا لقياس أن تبطل الوصية وفي الاستحسان يقع على الحادث الى أن يموت الموصى له وجه القياس أن الثمرة في الموجود حقيقة وليست بوجوده فتبطل وجه الاستحسان حمله على المجاز عند انتفاء الحقيقة صوتا لكلام الموصى عن الالغاء والمصنف حمل الفرق بين الثمرة والغلة على العرف فيهما ثم السقي والخراج وما فيه صلاح البستان على صاحب الغلة لانه هو المنتفع بالبستان فصار كالفقعة في فصل الخدمة وقوله (ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبدا) الى آخر الباب واضح ولقد در المصنف ما اجزل تركه واحسن ترتيبه لا يرى معنى من المعاني يحتاج الى تقرير الاوتر كيبه أو في تأديته من غيره وهذا

ومن أصلنا أن العام الذي موجه ثبوت الحكم على سبيل الاحاطة بمنزلة الخاص فقد اجتمع في الفص وصيتان وكل منهما وصية بايجاب على حدة فيجعل الفص بينهما نصفين ولا يكون ايجاب الوصية فيه للثاني رجوعا عن الاول كما اذا وصى للثاني بالخاتم بخلاف الخدمة مع الرقبة لان اسم الرقبة لا يتناول الخدمة وانما يستخدمه الموصى له بحكم أن المنفعة حصلت على ملكه فاذا اوجب الخدمة لغيره لا يبقى للموصى له فيه حق بخلاف ما اذا كان الكلام موصولا لان ذلك دليل التخصيص والاستثناء فتبين انه اوجب لصاحب الخاتم الخلقه خاصة دون الفص قال (ومن أوصى لآخر ثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها وان قال له ثمرة بستانى أبدا فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش وان أوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل) والفرق ان الثمرة اسم للموجود عرفا فلا يتناول المعدوم الا بدلالة زائدة مثل التخصيص على الأبدلانه لا يتناول المعدوم والمعدوم مذكور وان لم يكن شيئا أما الغلة فتتضمن الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة بعد أخرى عرفا يقال فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة أرضه وداره فاذا أطلقت يتناولها معا فغير موقوف على دلالة أخرى أما الثمرة اذا أطلقت لا يراد بها الا الموجود فلهذا يفتقر الانصراف الى دليل زائد قال (ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبدا أو بأولادها أو ببناتها ثم مات فله ما في بطونها من الولد وما في ضرعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصى سواء قال أبدا أو لم يقل) لانه ايجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الاشياء يومئذ

في بطنها تناولها مالهما تبعاع عند الاطلاق فترفع المخالفة كما لو ههما البعض (قوله ومن أصلنا أن العام الذي موجه ثبوت الحكم على سبيل الاحاطة بمنزلة الخاص) أقول لا مجال للعموم في الالفاظ المذكورة في هاتيك المسائل لان الحلقة والفص بالنظر الى اسم الخاتم وكذا الجارية وما في بطنها بالنظر الى اسم الجارية وكذا القوصرة وما فيها بالنظر الى اسم القوصرة بمنزلة الاجزاء المدلولات هذه الاسماء لاجزئيات معانيها اذ لا يصدق معنى الخاتم على الفص وحده ولا معنى الجارية على ما في بطنها وحده ولا معنى القوصرة على ما في القوصرة من مثل الثمر وحده على ان الكلام في وصية خاتم بعينه وجارية بعينها وقوصرة بعينها وكل من هو لاجزئى خاص فكيف يتصور فيها العموم فقوله (ومن أصلنا ان العام بمنزلة الخاص بمنزلة الغوهنا كما لا يخفى) قوله بخلاف ما اذا كان الكلام موصولا لان ذلك دليل التخصيص أو الاستثناء فتبين انه اوجب لصاحب الخاتم الخلقه خاصة دون الفص) أقول فيه شيء وهو انه قد تقر في كتاب الاقرار ان استثناء الفص من الخاتم غير صحيح لكون الاستثناء تصرفا لفظيا غير عامل فيما يتناوله الاسم لفظا كالفص في الخاتم والخلة في البستان والبناء في الدار فماتى قوله أو الاستثناء في قوله لان ذلك دليل التخصيص أو الاستثناء (قوله ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبدا أو بأولادها أو ببناتها ثم مات فله ما في بطونها من الولد وما في اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصى سواء قال أبدا أو لم يقل) أقول في تحرير هذه المسئلة بهذا الوجه سماجة فان الاطلاق المستفاد من قوله في ذيلها سواء قال أبدا أو لم يقل لا يناسب تقييد صدرها بقوله أبدا حيث قال (ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبدا فالاولى ما ذكر في الكافي حيث ترك فيه قيد أبدا في صدر المسئلة أو ما ذكر في البداية حيث ترك فيها قوله في ذيلها سواء قال أبدا أو لم يقل تدر) قوله لانه ايجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الاشياء يومئذ) أقول لا يخفى على الفطن ان هذا التعليل ينتقض بما

(قوله ذكر الابداء ولم يذكر) أقول يعني أطلق ولم يذكر قيدا



وقوله (وبعقد الخلع) صورته أن تقول المرأة لزوجهما العنى على ما في بطن جاريتي أو عنى صح وله ما في بطنها وان لم يكن في البطن شئ فلا شئ له وما حدث بعد ذلك فالمرأة لأن ما في البطن قد يكون (٤٨٥) متقوما وقد لا يكون فلم يضره حتى

لوقالت على جل جاريتي وليس لها جل ترد المهر

باب وصية الذي

عقب وصية المسلم بوصية الذي لكون

الكفار لمقتضى بالمسلمين

في أحكام المعاملات

(وإذا صنع يهودي ببيعة أو

نصراني كنيسته في صحته

ثم مات فهو ميراث) بالاتفاق

فيما بين أصحابنا على

اختلاف الترجيح أما

عنده فلا أن هذا بمنزلة

الوقف عند أبي حنيفة

إذا كان المسلم فان وقف

المسلم في حالة الحياة

موروث بعد موته لكونه

غير لازم فهذا أولى (وأما

عندهما فلا أن هذه الوصية

معصية فلا (نصح)

باب وصية الذي

(قوله وإذا صنع يهودي

بيعة أو نصراني كنيسته)

أقول فيه نوع مخالفة

لما أسلفه في كتاب

السيرة والاولى أن

يجعل من قبيل الف

والقشر الغير المرتب

(قوله وأما عندهما فلا أن

هذه الوصية معصية فلا

نصح) أقول فيه بحث

وهذا بخلاف ما تقدم والفرق ان القياس بأبي غليل المعدوم لانه لا يقبل الملك الا ان في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورد العقد عليها كالعامة والاجارة فاقضى ذلك جوازها في الوصية بالطريق الاولى لان بابها أوسع أما الولد المعدوم واختاره فلا يجوز ايراد العقد عليها أصلا ولا تستحق بعقدتها فكذلك لا يدخل تحت الوصية بخلاف الموجود منها لانه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعاً وبعقد الخلع مقصوداً فكذلك بالوصية والله أعلم بالصواب

باب وصية الذي

قال (وإذا صنع يهودي أو نصراني ببيعة أو كنيسته في صحته ثم مات فهو ميراث) لان هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذلك هذا وأما عندهما فلا أن هذه معصية فلا تصح عندهما تقدم من مستلتي الثمرة والغلة فان الايصال يجب بعد الموت في كل الصور مع انه يقع فيما تقدم على القائم يومئذ وعلى الحادث بعده أيضاً بذكر قيد الابد في الثمرة وبدون ذكره أيضاً في الغلة نعم كأن المصنف قصد تدارك ذلك بقوله وهذا بخلاف ما تقدم الخ الا أن هذا التعليل ههنا بقي خاليا عن الفائدة وانما يحصل وجه هذه المسئلة مما ذكره في الفرق الآتي (قوله الا أن في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورد العقد عليها كالعامة والاجارة فاقضى ذلك جوازها في الوصية بالطريق الاولى) قال بعض المتأخرين يرد عليه ان لنا أصلاً آخر وهو ان الثابت بخلاف القياس مقصور على مورده ولا يقاس عليه غيره فكيف ألحقت به اه (أقول) لا يورثونهم بل هو ساقط جدا فان مبناه أن يكون الخاق الوصية بالثمرة والغلة بالمعاملة والاجارة بطريق القياس وليس كذلك بل هو بطريق دلالة النص عليه يرشد اليه قطعاً قول المصنف رحمه الله بالطريق الاولى وفي قوله فاقضى ذلك جوازها في الوصية بالطريق الاولى لان الاولوية انما تصور في الدلالة دون القياس وكون الشئ ثابتاً بخلاف القياس انما ينافي في القياس عليه لان من شرط القياس أن لا يكون المقيس عليه معدولاً عن سنن القياس دون الخاق به بطريق الدلالة وقد مر مراراً نظائر هذا في الكتاب وشروحه فكيف خفي على ذلك البعض \* ثم أقول بقي لنا شئ فيما ذكره المصنف رحمه الله وهو ان عقد المعاملة باطل غير مشروع وعند أبي حنيفة كما تقرر في موضعه فقوله ههنا جاء الشرع بورد العقد عليها كالعامة لا يتمنى على قول أبي حنيفة وانما يتمنى على قول صاحبيه فان عقد المعاملة مشروع وعندهما والمسئلة التي نحن فيها ما اتفقوا عليه فكيف يبيّن دليلها على ما اختلفوا فيه فتأمل

باب وصية الذي

ذكر وصية الذي بعد وصية المسلم لان الكفار لمقتضى بالمسلمين في أحكام المعاملات بطريق التبعية فذكر التابع بعد المتبوع كذا قالوا (أقول) أكثر ما ذكر في هذا الباب ليس من قبيل المعاملات كما ترى فتغلب الاقل على الاكثر غير معقول والاظهر أن يقال لما كان لبعض وصايا الكفار أحكام خاصة ذكر وصيتهم في باب علي حدة وأخره فاستستم (قوله وإذا صنع يهودي أو نصراني ببيعة أو كنيسته في صحته ثم مات فهو ميراث) لان هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة رحمه الله والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذلك هذا وأما عندهما فلا أن هذه معصية فلا تصح عندهما) قال صاحب

ان لا وصية هنا واطاهر ان عبارة الوصية سهو من الناسخ والاصل ان هذه الصيغة نعم لوقال لان الوصية بالمعصية لا تصح فهذا أولى كان صحياً

الاستخلاف والتملك) ولذي ولاية التملك (فأمكن تصحيحه) أي تصحيح إيصائه (على اعتبار المعنيين) يعني الاستخلاف والتملك فجعلناه من الثلث نظر إلى الاستخلاف فجوزنا ذلك نظرا إلى التملك وإذا صار ملكا للمسلمين صنعوا به ما شاءوا (وان أوصى أن تجعل داره كنيسة لقوم غير مسلمين) يعني قوما غير محصورين (جازت الوصية عند أبي حنيفة وقالاهي باطلة لأن هذه في الحقيقة معصية وان كان في معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من تقريرها ولاي حنيفة أن هذه قربة في معتقدهم ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون فتجوز بناء على اعتقادهم ألا يرى أنه لو أوصى بما هو قربة حقيقة معصية في معتقدهم لا تجوز الوصية اعتبارا لاعتقادهم فكذلك عكسه

العناية في شرح هذا المحل إذا صنع يهودي بيعة أو نصرا في كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث بالاتفاق فيما بين أصحابنا على اختلاف التخريج أما عنده فلا ن هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة رحمه الله إذا كان لمسلم فان وقف المسلم في حال الحياة موروث بعد موته لكونه غير لازم فهذا أولى وأما عندهما فلا ن هذه الوصية معصية فلا تصح إلى هنا لفظه (أقول) في خلل من وجوه الأول انه صرف البيعة إلى اليهودي والكنيسة إلى النصراني وهو مخالف لما ذكره نفسه وسائر الشراح في كتاب الجهاد من أن الكنيسة اسم لمعبد اليهود والنصارى وكذلك البيعة اسم لمعبدهم مطلقا في الأصل ثم غلب استعمال الكنيسة لمعبد اليهود والبيعة لمعبد النصارى وعبارة الكتاب هنا محتمل صرف البيعة إلى النصارى والكنيسة إلى اليهود بطريق اللف والنشر الغير المرتب والثاني انه قال اما عنده وقال بعده فلا ن هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة رحمه الله وأضمر بأب حنيفة أولا وأظهره ثانيا وكان الأول مقام الاظهار والثاني مقام الاضمار بخلاف عبارة المصنف فانها على الأصل السيد حيث قال لانها بمنزلة الوقف عند أي حنيفة رحمه الله والوقف عنده يورث فأظهر بأب حنيفة أولا وأضمره ثانيا والثالث انه خص كون الوقف موروثا عنده بالمسلم لم حيث قال فان وقف المسلم لم في حال الحياة موروث وبعد موته مع أن وقف الكافر أيضا موروث عنده بلا تفاوت بخلاف عبارة المصنف فانها مطلقة حيث قال والوقف عنده موروث بلا تخصيص بالمسلم والرابع انه قال فلا ن هذه الوصية معصية مع انه لا وصية في مسئلتنا هذه فان المذكور فيها صنع اليهودي أو النصراني في حال حياته بدون إضافة شيء إلى ما بعد موته والوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بخلاف قول المصنف فان هذه معصية إذا المشار إليه بهذه في قوله المذكور هي الصنعة دون الوصية فلا غبار عليه (قوله لان الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التملك وله ولاية ذلك فأمكن تصحيحه على اعتبار المعنيين) قال في العناية وغيابة البيان وإذا صار ملكا للمسلمين صنعوا ما شاءوا اه (أقول) هذا على أصلهما ظاهر فان الوصية بالمعصية باطلة عندهما وان كانت في معتقدهم قربة كما سيجي فإذا بطلت حقيقة الوصية عندهما فيما نحن فيه لكون بناء البيعة والكنيسة معصية حقيقة وان كان قربة في معتقد الكفار لمهما المصير إلى ما في الوصية من معنى الاستخلاف والتملك تصح كالكلام العاقل مهما أمكن وأما على أصل أبي حنيفة رحمه الله فغير ظاهر لان كون الموصى به قربة في معتقد الموصى كاف عنده في صحة الوصية كما سيجي وأيضا وفيما نحن فيه كذلك فينبغي أن تصح حقيقة الوصية عندهما كما تصح فيما إذا أوصى بذلك لقوم غير مسلمين على ما سياتي بدون المصير إلى اعتبار معنى الاستخلاف والتملك في تصحيحها والحاصل أن الظاهر أن يكون تخريج هذه المسئلة على الاختلاف بين أبي حنيفة رحمه الله وصاحبيه وان كان جوابها على الاتفاق بينهم كما في المسئلة السابقة

قال (ولو أوصى بذلك لقوم مسلمين فهو الثلث) معناه إذا أوصى أن تبني داره بيعة أو كنيسة فهو جائز من الثلث لان الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التملك وله ولاية ذلك فأمكن تصحيحه على اعتبار المعنيين قال (وان أوصى بداره كنيسة لقوم غير مسلمين جازت الوصية عند أبي حنيفة وقال الوصية باطلة) لان هذه معصية حقيقة وان كان في معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من تقرير المعصية ولاي حنيفة أن هذه قربة في معتقدهم ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون فتجوز بناء على اعتقادهم ألا يرى أنه لو أوصى بما هو قربة حقيقة معصية في معتقدهم لا تجوز الوصية اعتبارا لاعتقادهم فكذلك عكسه

العناية في شرح هذا المحل إذا صنع يهودي بيعة أو نصرا في كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث بالاتفاق فيما بين أصحابنا على اختلاف التخريج أما عنده فلا ن هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة رحمه الله إذا كان لمسلم فان وقف المسلم في حال الحياة موروث بعد موته لكونه غير لازم فهذا أولى وأما عندهما فلا ن هذه الوصية معصية فلا تصح إلى هنا لفظه (أقول) في خلل من وجوه الأول انه صرف البيعة إلى اليهودي والكنيسة إلى النصراني وهو مخالف لما ذكره نفسه وسائر الشراح في كتاب الجهاد من أن الكنيسة اسم لمعبد اليهود والنصارى وكذلك البيعة اسم لمعبدهم مطلقا في الأصل ثم غلب استعمال الكنيسة لمعبد اليهود والبيعة لمعبد النصارى وعبارة الكتاب هنا محتمل صرف البيعة إلى النصارى والكنيسة إلى اليهود بطريق اللف والنشر الغير المرتب والثاني انه قال اما عنده وقال بعده فلا ن هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة رحمه الله وأضمر بأب حنيفة أولا وأظهره ثانيا وكان الأول مقام الاظهار والثاني مقام الاضمار بخلاف عبارة المصنف فانها على الأصل السيد حيث قال لانها بمنزلة الوقف عند أي حنيفة رحمه الله والوقف عنده يورث فأظهر بأب حنيفة أولا وأضمره ثانيا والثالث انه خص كون الوقف موروثا عنده بالمسلم لم حيث قال فان وقف المسلم لم في حال الحياة موروث وبعد موته مع أن وقف الكافر أيضا موروث عنده بلا تفاوت بخلاف عبارة المصنف فانها مطلقة حيث قال والوقف عنده موروث بلا تخصيص بالمسلم والرابع انه قال فلا ن هذه الوصية معصية مع انه لا وصية في مسئلتنا هذه فان المذكور فيها صنع اليهودي أو النصراني في حال حياته بدون إضافة شيء إلى ما بعد موته والوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بخلاف قول المصنف فان هذه معصية إذا المشار إليه بهذه في قوله المذكور هي الصنعة دون الوصية فلا غبار عليه (قوله لان الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التملك وله ولاية ذلك فأمكن تصحيحه على اعتبار المعنيين) قال في العناية وغيابة البيان وإذا صار ملكا للمسلمين صنعوا ما شاءوا اه (أقول) هذا على أصلهما ظاهر فان الوصية بالمعصية باطلة عندهما وان كانت في معتقدهم قربة كما سيجي فإذا بطلت حقيقة الوصية عندهما فيما نحن فيه لكون بناء البيعة والكنيسة معصية حقيقة وان كان قربة في معتقد الكفار لمهما المصير إلى ما في الوصية من معنى الاستخلاف والتملك تصح كالكلام العاقل مهما أمكن وأما على أصل أبي حنيفة رحمه الله فغير ظاهر لان كون الموصى به قربة في معتقد الموصى كاف عنده في صحة الوصية كما سيجي وأيضا وفيما نحن فيه كذلك فينبغي أن تصح حقيقة الوصية عندهما كما تصح فيما إذا أوصى بذلك لقوم غير مسلمين على ما سياتي بدون المصير إلى اعتبار معنى الاستخلاف والتملك في تصحيحها والحاصل أن الظاهر أن يكون تخريج هذه المسئلة على الاختلاف بين أبي حنيفة رحمه الله وصاحبيه وان كان جوابها على الاتفاق بينهم كما في المسئلة السابقة

(قوله يعني الاستخلاف والتملك فجعلناه من الثلث نظرا إلى الاستخلاف) أقول فيه نظر فان الاعتبار من

الثالث انما هو لتعلق حق الورثة بما زاد عليه مما سبق ولهذا المالك في حياته حال المرض يعتبر من الثلث أيضا والاظهار ان النظر إلى المعنيين في التجوز هو الصحيح كما يدل عليه عبارة المصنف ولا اعتبار من الثلث يعلم مما أسلفه

وذكر الفرق بين بناء البيعة والكنيسة والوصية بذلك وقوله (لم تصر محررة لله حقيقة) بل تحرر على معتقدهم (فتبقى ملكا للابن فتورث عنه) وقوله (ولأنهم يبنون) دليل آخر على عدم التحرر لله تعالى (٤٨٧) وقوله (بخلاف الوصية) متصل

بقوله ان البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الابن وانما يزول ملكه بأن يصير محررا خالصا لله تعالى كما في مساجد المسلمين والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة فتبقى ملكا للابن فتورث عنه ولا يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم يتحرر لتعلق حق العباد به وفي هذه الصورة يورث المسجد أيضا لعدم تحرره بخلاف الوصية لانه وضع لازالة الملك الا انه امتنع ثبوت مقتضاه في غير ما هو قرينة عندهم فبقى فيما هو قرينة على مقتضاه في زوال ملكه فلا يورث ثم الحاصل ان وصايا الذي على أربعة أقسام منها أن تكون قرينة في معتقدهم ولا تكون قرينة في حقنا وهو ما ذكرناه وما اذا وصى الذي بان تدمج خنازيره وتطعم المشركين وهذه على الخلاف اذا كان لقوم غير مسمين كإذ كرهناه والوجه ما بيناه ومنها اذا وصى بما يكون قرينة في حقنا ولا يكون قرينة في معتقدهم كما اذا وصى بالحج أو بأن يبنى مسجدا للمسلمين أو بأن يسرح في مساجد المسلمين فهذه الوصية باطلة بالاجماع اعتبارا لاعتقادهم الا اذا كان لقوم باعياهم لوقوعه تليكا لانهم معلومون والجهة مشورة ومنها اذا وصى بما يكون قرينة في حقنا وفي حقهم كما اذا وصى بأن يسرح في بيت المقدس أو بغزى الترك وهو من الروم وهذا جائز سواء كانت لقوم باعياهم أو غير باعياهم لانه وصية بما هو قرينة حقيقة وفي معتقدهم أيضا ومنها اذا وصى بما لا يكون قرينة لافي حقنا ولا في حقهم كما اذا وصى للغنيات والناتحات فان هذا غير جائز لانه معصية في حقنا وفي حقهم الا أن يكون لقوم باعياهم فيصح تليكا واستخلافا وصاحب الهوى ان كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم لانا أمرنا ببناء الاحكام على الظاهر وان كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف في نصرقاته

بين أبي حنيفة وصاحبيه

وأسلوب تحرير ما في الكتاب وشروحه يشعر بانفاقهم في التخرج أيضا فلنأمل (قوله ثم الفرق لابي حنيفة رحمه الله الى قوله والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة) قال في العناية بل تحرر على معتقدهم (أقول) لقائل أن يقول ان أصل أبي حنيفة رحمه الله أن كون الشيء قرينة في معتقدهم كاف ببناء على أنا أمرنا بأن نتركهم وما يعتقدون فالاعتبار عنده لاعتقادهم دون الحقيقة كما مر أن نفا لم يعتبر هنا كون الكنيسة أو البيعة محررة في معتقدهم حتى يزول ملك الابن عنها فان قلت انهم يبنون فيها الحجرات ويسكنون فلم تحرر لله تعالى لتعلق حق العباد بها قلت هذا صير الى التعليل الثاني الذي ذكره بقوله ولأنهم يبنون فيها الحجرات الى آخره والكلام في التعليل الاول فلامعنى الخلط (قوله ولأنهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم يتحرر لله تعالى لتعلق حق العباد به) قال صاحب العناية قوله ولأنهم يبنون فيها الحجرات دليل آخر على عدم التحرر لله تعالى اه أقول فيه نظران كون هذا دليلا آخر على عدم التحرر لله تعالى يقتضى سبق دليل أول عليه ولا يذهب على الناظر في كلام المصنف انه لم يذكره قبل هذا ما يكون دليلا عليه وانما قال من قبل والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة وهذا دعوى بلا دليل ثم أقول الحق عندي أن قوله ولأنهم يبنون فيها الحجرات الخ دليل آخر على الفرق لابي حنيفة بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية عطف بحسب المعنى على قوله ان البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الابن الخ كانه قال ثم الفرق لابي حنيفة رحمه الله تعالى بينهم لان البناء نفسه ليس بسبب

ببقوله ان البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الابن والضمير في قوله (لانه وضع) وفي قوله (ثبوت مقتضاه) وقوله (فبقى على مقتضاه) كلها راجع الى الوصية بتأويل الايصاء وحاصل معناه أن الوصية وضعت لازالة الملك الا أن لفظها تقاعد عن افادة معناه وهو زوال الملك فيما اذا وصى بما ليس بقرينة في معتقدهم فأما اذا قلت ما هو قرينة فيه علمت عملها وقوله (ثم الحاصل ان وصايا الذي الخ) واضح (قوله وهو ما ذكرناه) يريد به الوصية ببناء البيعة أو الكنيسة وقوله (كأن كرهناه) يعنى من الخلاف في الوصية بالبيعة والكنيسة وقوله (والوجه ما بيناه) أعمن الجانبين وهو أن الاعتبار عنده اعتقادهم وعندهما أنه وصية معصية (قوله والجهة مشورة) يعنى أن كلامه في صرف المال الموصى به الى استضافة المسجد وغيره ما خرج منه على طريق المشورة لا على طريق الازام وقوله (على الخلاف المعروف في نصرقاته) يعنى أنها جائزة عندهما موقوفة عند أبي حنيفة ان أسلم نفذ كسائر نصرقاته والافلا

(قوله والضمير في قوله لانه وضع وفي قوله ثبوت مقتضاه وفي قوله فبقى على مقتضاه كلها راجع الى الوصية) المناسب للكلمة كلها أن يقول بصيغة الجمع وأن يقول راجعة

وقوله ( وفي المرتدة الاصح أنه تصح وصاياها لانها تبقى على الردة ) وصارت كالذمية قال في النهاية وذ كر صاحب الكتاب في الزيادات على خلاف هذا وقال قال بعضهم لانكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح حتى لا يصح منها وصية والفرق بينها وبين الذمية ان الذمية تقر على اعتقادها واما المرتدة فلا تقر على اعتقادها والظاهر انه لا منافاة بين كلاميه لانه قال هناك الصحيح وههنا الاصح وهما يصدقان وقوله ( وادادخل الحربى دارنا بامان فاوصى لمستأمن أو ذمى بماله كله جاز ) قبل هذا اذا لم تكن الورثة معه أما اذا كانت فانها تتوقف على اجازتهم والى هذا أشار بقوله ( ٤٨٨ ) ( وليس لورثته حق شرعى لكونهم فى دار الحرب ) وقوله ( وذلك فى حق المستأمن أيضا ) جواب

عبارد على قوله ورد الباقي على الورثة وهو أن يقال قد قلت ليس لورثته حق شرعى لكونهم فى دار الحرب فكيف يرده عليهم الباقي ووجهه أن ذلك الرد على الورثة أيضا امر اعطاء لحق المستأمن لان من حقه تسليم ماله الى وورثته عند الفراغ من حاجته والزيادة على مقدار ما أوصى به فارغ عن ذلك وقوله ( لما بينا ) إشارة الى قوله لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة الخ وقوله ( ولو أعتق عبده عند الموت الخ ) ظاهر وقوله ( ولو أوصى لحربى فى دار الاسلام ) دار الاسلام طرف لا وصى لا لقوله حربى أى لو أوصى الذى فى دار الاسلام الحربى فى دار الحرب لم يجز لتباين الدارين ولان الذمى اذا أوصى لحربى فى دار الاسلام جاز على ما ذكر قبل هذا بقوله وكذا لو

وفي المرتدة الاصح أنه تصح وصاياها لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل أو يسلم قال ( وادادخل الحربى دارنا بامان فاوصى لمستأمن أو ذمى بماله كله جاز ) لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة ولهذا تنفذ باجازتهم وليس لورثته حق شرعى لكونهم فى دار الحرب اذ هم أموات فى حقنا ولان حرمة ماله باعتبار الأمان والامان كان لحقه للاحق وورثته ولو كان أوصى بأقل من ذلك أخذت الوصية ويرد الباقي على وورثته وذلك من حق المستأمن أيضا ولو أعتق عبده عند الموت أو در عبده فى دار الاسلام فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بينا وكذلك لو أوصى له مسلم أو ذمى بوصية جاز لانه مادام فى دار الاسلام فهو فى المعاملات بمنزلة الذمى ولهذا تصح عقود التملكات منه فى حال حياته ويصح تبرعه فى حياته فكذا بعد مماته وعن أبى حنيفة وأبى يوسف انه لا يجوز لانه مستأمن من أهل الحرب اذ هو على قصد الرجوع ويمكن منه ولا يمكن من زيادة المقام على السنة الابجزية ولو أوصى الذى بأكثر من الثلث أو لبعض وورثته لا يجوز اعتبارا بالمسلم لانهم التزموا أحكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات ولو أوصى بخلاف ملته جاز اعتبارا بالارث اذ الكفر كله ملة واحدة ولو أوصى لحربى فى دار الاسلام لا يجوز لانا لارث تمتنع لتباين الدارين والوصية أخته والله أعلم بالصواب

لوال ملك الباني ولانهم يبنون فيها الحرات ويسكنونها الخ تبصر ( قوله وفي المرتدة الاصح أنه تصح وصاياها لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل أو يسلم ) قال صاحب النهاية وذ كر صاحب الكتاب فى الزيادات على خلاف هذا وقال قال بعضهم انها لا تكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح حتى لا تصح منها وصية والفرق بينها وبين الذمية أن الذمية تقر على اعتقادها واما المرتدة فلا تقر على اعتقادها اه وقال صاحب العناية بعد نقل هذا عن النهاية والظاهر انه لا منافاة بين كلاميه لانه قال هناك الصحيح وههنا الاصح وهما يصدقان اه ( أقول ) ليس هذا بتوفيق صحيح اذ لا شك أن مراد من قال فى الخلافات هو الصحيح يرجع هذا القول على القول الآخر لا يسان مجرد صحته مع رجحان الآخر كما أن مراد من قال هو الاصح ترجحه على الآخر بل قوله هو الصحيح دل على الترجيح من قوله هو الاصح ولا ريب أن ترجيح أحدهما على الآخر ينافى ترجيح الآخر عليه ولا يمكن أن يصدق قاعدا ( قوله ولو أوصى لحربى فى دار الاسلام لا يجوز لان الارث تمتنع لتباين الدارين والوصية أخته ) أقول هذا التعليل الذى حاصله قياس الوصية على الارث منقوض بمسائل متعددة مرت فى الكتاب آنفا منها ما اذا دخل الحربى دارنا بامان فاوصى لمستأمن أو ذمى بماله كله فانه جائز مع ان الارث تمتنع بين الحربى وتباين الدارين وبين المسلم والحربى لا تختلف الدينين وتباين الدارين حكما ومنها ما اذا أوصى ذمى لحربى مستأمن بوصية فانه جائز فى ظاهر الرواية مع انه لا توارث بينهما لتباين الدارين حكما ومنها ما اذا

جواب

أوصى له أى للمستأمن مسلم أو ذمى بوصية جاز والله سبحانه وتعالى أعلم

( قوله والظاهر انه لا منافاة بين كلاميه لانه قال هناك الصحيح وههنا الاصح وهما يصدقان ) أقول فيه بحث فانهم اذا قالوا هو الصحيح فهو فى مقابلة الخطاب بخلاف الصحة المفهومة من الحكم بالصحة بالالتزام قال المصنف ( وذلك من حق المستأمن أيضا ) أقول لان من حق وورثته حتى ينافى ما قلنا آنفا قال المصنف ( ولهذا يصح عقود التملكات منه فى حال حياته ) أقول فيه شئ فان هذا الكلام انما يناسب لاثبات جواز وصية المستأمن للمسلم أو الذمى ويمكن التوجيه كما أشير اليه فليتمامل ( قوله ولان الذمى اذا أوصى ) أقول فى صحة هذا العطف تأمل

باب الوصى وما يملكه

قال (ومن أوصى الى رجل فقبل الوصى في وجهه الموصى وردها في غير وجهه فليس برد) لان الميت مضى لسبيله معتمدا عليه فلو صح ردّه في غير وجهه في حياته أو بعد مماته صار مغرورا من جهته فتردّه بخلاف الوكيل بشرأ عبد بغير عينه أو يبيع ماله حيث يصح ردّه في غير وجهه

أوصى مسلم لمستأمن بشئ فإنه أيضا جائز في ظاهر الرواية مع انه لا توارث بين المسلم والكافر أصلا لاختلاف الدينين ولتباين الدارين أيضا اذا كان الكافر محررا ولو كان مستأمنا

باب الوصى وما يملكه

لمافرغ من بيان أحكام الموصى له شرع في بيان أحكام الموصى اليه وهو الوصى وقدم أحكام الموصى له لكثرتها وكثرة وقوعها فكذلك الحاجة الى معرفتها امس (قوله بخلاف الوكيل بشرأ عبد بغير عينه أو يبيع ماله حيث يصح ردّه في غير وجهه) قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره مخالف لعامة روايات الكتب من الذخيرة والتممة وأدب القاضى الصدر والشهيد والجامع الصغير للإمام المحبوبي وفتاوى فاضلخان لانه ذكر في هذه الكتب أن الوكيل اذا عزل نفسه عن الوكالة حال غيبته الموكل لا يصح حتى لو عزل نفسه من غير علم الموكل لا يخرج عن الوكالة وموضعه في الذخيرة الفصل الثاني من وكالته والفصل العاشر من التتمة والباب السابع والستون من أدب القاضى وباب بيع الاوصياء من وصايا الجامع الصغير وفصل التوكيل بالخصوصة من فتاوى فاضلخان الى هنا لفظ صاحب النهاية وقال صاحب الغاية وهذا القيد وهو قوله بغير عينه احتراز عن الوكيل بشرأ عبد بعينه لانه لا يملك عزل نفسه عمه أيضا بغير علم الموكل كما في الوصى لانه يؤدي الى تغير الموكل بخلاف ما اذا كان وكيلا بشرأ عبد بغير عينه حيث يملك عزل نفسه لانه لا يؤدي الى تغير الموكل وهذا فيما اذا وكله بشرأ شئ بعينه له ان يعزل نفسه بغير محضر الموكل على قول بعض المشايخ واليه أشار صاحب الهداية في كتاب الوكالة في فصل الشراء بقوله ولا يملكه على ما قيل الاجمعي من الموكل أى لا يملك الوكيل عزل نفسه بغير علم الموكل على قول بعض المشايخ فمن هذا عرفت أن ما قال بعضهم في شرحه هذا الذى قاله صاحب الهداية مخالف لعامة روايات الكتب كالتتمة والذخيرة وغيرهما ليس بشئ لان المراد بما ذكر في التتمة وغيرهما من قولهم الوكيل لا يملك اخراج نفسه عن الوكالة بغير علم الموكل ما اذا كان وكيلا بشرأ شئ بعينه لا بشرأ شئ بغير عينه ومرا د صاحب الهداية هنا ما اذا كان وكيلا بشرأ شئ بغير عينه فتوافقت الروايات جميعا ولم تختلف الى هنا كلام صاحب الغاية والى هذا مال صاحب العناية أيضا كما يظهر من تفسيره في شرحه أقول بل ليس هذا التوفيق بشئ لانهم عقدوا في أكثر المعتمرات لعزل الوكيل فضلا على حدة أو با على حدة وبتوافيقه عدم صحة عزل الموكل للوكيل بغير علم الوكيل وكذا عدم صحة عزل الوكيل نفسه بغير علم الموكل من غير تقييد بشئ فهل يجوز العقل أن يكون مرادهم بذلك ما اذا كان وكيلا بشرأ شئ بعينه فيكون عقدا الفصل أو الباب لبيان حكم العزل في مسألة بعينها من مسائل الوكالات بعبارة مطلقة ويكون حكم العزل في سائرهما متروك الذكر بالكلية في عامة روايات الكتب ولعمري ان حمل كلام الفقهاء على مثل ذلك سفسطة لا تخفى ولندكر من بينها عبارة الذخيرة لعلة تأخيرها عن حصة قال فيها الفصل الثاني في رد الوكيل من الوكيل وفي عزل الوكيل وقال قد يدكر أن الوكيل اذا رد الوكيل تتردد ولكن هذا اذا علم الموكل بالرد وان لم يعلم فلا ترد حتى ان من وكل غائبا فبلغه الخبر فردد الوكيل ولم يعلم الموكل به ثم قبل الوكيل الوكالة صح قبوله وصار وكيلا ثم قال ولا يصح عزل الوكيل من غير علم الوكيل ولا يخرج

باب الوصى وما يملكه

لمافرغ من بيان الوصى له شرع في بيان أحكام الموصى اليه وهو الوصى وقدم أحكام الموصى له لكثرتها وكثرة وقوعها فكذلك الحاجة الى معرفتها امس (ومن أوصى الى رجل فقبل الوصى في وجهه الموصى وصيا) فقبل الوصى في وجهه الموصى أى بعلمه (وردها في غير وجهه) أى بغير علم الموصى هكذا ذكره في الذخيرة إشارة الى أن المقصود بذلك علم الموصى ليتدارك حاله عند رد الوصى (فليس برده لان الميت مضى لسبيله) أى الموصى مات معتمدا عليه فلو صح ردّه بغير علمه في حياته أو بعد مماته صار مغرورا من جهته وهو واضرار لا يجوز فيردّه وطولب بالفرق بين الوصى له والموصى اليه في أن قبول الاول في الحال غير معتبر حتى لو قبله في حال حياة الموصى ثم رده بعد وفاته كان صحته بخلاف الثاني على ما ذكرتم وأجيب بان نفع الاول بالوصية لنفسه ونفع الثاني للوصى فكان في ردّه بغير علمه اضرار به فلا يجوز بخلاف الاول لان الوصى به يرجع الى ورنه الوصى ولا ضرر له في ذلك وبشراى هذا الجواب قوله (بخلاف الوكيل بشرأ عبد بغير عينه أو يبيع ماله حيث يصح ردّه في غير وجهه) أى في عينه وبغير علمه

(لانه لا ضرر هناك لانه حتى قادر على التصرف بنفسه) فانه جعل له جواز عدم الضرر كما في رد الموصى له قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره مخالف لعامة روايات الكتب من التمسك بالذخيرة وأدب القاضي للصدر الشهيد والجامع الصغير للإمام الحنبلي وقتاوى قاضخان ونقل عن كل واحد منها ما يدل على أن الوكيل اذا عزل نفسه عن الوكالة حال غيبة الموكل لا يصح حتى لو عزل نفسه من غير علم الموكل لا يخرج عن الوكالة ولكن ليس (٤٩٠) فيما نقله ما يدل على الوكيل بشراء شئ بغير عينه وعن هذا قال بعض

الشارحين رواية عامة الكتب فيما اذا كان وكيله بشراء شئ بعينه وقد أشار اليه المصنف في كتاب الوكالة في فصل الشراء بقوله على ما قيل لا يجوز من الموكل وذلك أيضا قول المشايخ على ما يشير اليه قوله قيل وسببه الاضرار بغيره وأما اذا كان وكيله بشراء شئ بغير عينه فليس فيه ذلك وقوله (وان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصى فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل لان الموصى ليس له ولاية الا لزام فبقى مختيرا) يعنى كمن وكل حال حياته فانه ما لم يوجد من الوكيل قبول نصا ولادلالة كان بالخيار قيل كان يجب أن لا يكون مختيرا لانه لما بلغه الايضاء ولم يرد اعتمد عليه الموصى ولم يوص الى غيره وفي ذلك ضرره والضرر مرفوع وأجيب بأن الموصى معتد به حيث لم يسأله عن الرد والقبول فلا يبطل الاختيار بخلاف ما اذا قبل ثم رد في عينه فانه غار فيبطل

لانه لا ضرر هناك لانه حتى قادر على التصرف بنفسه (فان ردها في وجهه فهو رد) لانه ليس للموصى ولاية الزامه التصرف ولا غرو فيه لانه يمكنه أن ينيب غيره (وان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصى فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل) لان الموصى ليس له ولاية الا لزام فبقى مختيرا فلوانه باع شيئا من تركته فقد لزمته لان ذلك دلالة الالتزام والقبول وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع لصدوره من الوصى وسواء علم بالوصاية أو لم يعلم بخلاف الوكيل اذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ لان الوصاية خلافه لانه يختص بحال انقطاع ولاية الميت فتنتقل الولاية اليه واذا كانت خلافه لا تتوقف على العلم كالوراثة أما التوكيل انا ثبته في حال قيام ولاية الميت فلا يصح من غير علمه كاثبات الملك بالبيع والشراء وقد يناظر بق العلم وشرط الاخبار فيما تقدم من الكتب

عن الوكيل عندئذ الوكيل بالخصوصة والوكيل بالبيع والشراء والنكاح والطلاق وصائر التصرفات في ذلك على السواء ثم قال وكذلك اذا عزل نفسه لا يصح عزله من غير علم الموكل ولا يخرج عن الوكالة انتهى انظر بعين البصيرة هل فيه ما يساعد التقييد بما اذا كان وكيله بشراء شئ بعينه وعن هذا قال صاحب الكافي ههنا يدل قول المصنف بخلاف الوكيل بشراء عبد بعينه الخ الا يرى أن الوكيل اذا أخرج نفسه من الوكيل لا يصح الا بعلم الموكل فاعلم للضرر المنهين فان يجب نفي الضرر عن الميت وهو احق بالنظر اولى انتهى (قوله لانه لا ضرر هناك لانه حتى قادر على التصرف بنفسه) أقول (قائل أن يقول هذا التعليل ينتقض بصورته رد الوصى الوصية في غيره وجه الموصى في حياته فان الموصى حتى قادر على التصرف بنفسه في حال حياته مع أنه لا يصح رد الوصى الوصية في غيره وجه الموصى بعد أن قبلها في وجهه لافي حياته ولا بعد مماته كما تقدم آنفا والجواب أن معنى الايضاء الى أحد استخلافه بعد الموت لافي حال الحياة فانصرف الذي رفعه الموصى الى الوصى انما هو التصرف الكائن بعد موته ولا شك أنه ليس بقادر في حياته على التصرف الحاصل بعد مماته كما أنه ليس بقادر عليه بعد مماته بلا شبهة فلا انتقاض نعم انه يقدر في حياته على الايضاء الى الآخر بل الاول اذا علم رد الاول لكن الكلام هنا في عدم صحة رد الوصى بغير علم الموصى فان معنى قوله في غيره وجهه بغير علمه ومعنى قوله بوجهه بعلمه كما نص عليه في الذخيرة وذكر في الشروح أيضا (قوله واذا كانت خلافه لا تتوقف على العلم كالوراثة) أقول برده عليه أن يقال هب أن الوصاية خلافه لكنها ليست بخلافه ضرورة كالوراثة بل هي خلافه اختيارية الا يرى أنه لو لم يقبلها الموصى اليه ولم يرد حتى مات الموصى فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل كما مر في الكتاب آنفا فاذا كانت خلافه تتوقف ثبوتها على اختيار الموصى اليه اناها فعدم توقف ثبوتها على علم الموصى اليه مما مشكل جدا لا يخفى ان اختيار شئ وقبوله بدون العلم به متعسر بل متعذر فليتأمل (قوله وقد بينا طريق العلم وشرط الاخبار فيما تقدم من الكتب) قال جمهور الشراح ومن تلك الكتب ما ذكره المصنف في فصل القضاء بالمواريث من كتاب أدب القاضي بقوله ومن أعلمه الناس بالوكالة يجوز تصرفه ولا يكون النهى عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل وهذا عند أبي حنيفة وقالاهو والاول سواء أى

اختياره وقوله (فلوانه باع شيئا من تركته) بيانه أن القبول يجوز أن يكون دلالة فانما جعل عمل الصريح اذا لم يوجد صريح مخالفه لكنه يعتبر بذلك بعد الموت وقوله (وقد يناظر بق العلم وشرط الاخبار فيما تقدم من الكتب) من ذلك ما ذكره في كتاب أدب القاضي في فصل القضاء بالمواريث ومن أعلمه الناس بالوكالة يجوز تصرفه ولا يكون النهى عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل وهذا عند أبي حنيفة وقالاهو والاول سواء أى الواحد فيما يكفي

(قوله وعن هذا قال بعض الشارحين) أقول يعنى الاتقاني

وقوله (وان لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا أقبل) يعني أن الوصي اذا سككت في حياة الموصي ثم بعد مماته قال لا أقبل ثم قبل فهو وصي ان لم يخرج القاضى حين قال لا أقبل لان مجرد قوله لا أقبل لا يبطل الايصاء عندنا خلافا لقران في ابطاله مضرة بالميت وفي ابقائه ضرر للموصي لكن الاول اعلى لكونه غير مجبور بشئ والثاني مجبور بالتوب ودفع الاعلى من الضرر أولى لمحالة وقوله (الآن القاضى اذا أخرجه) استثناء من قوله فله ذلك يعني (٤٩١) أن القاضى اذا أخرجه عنها حين

قال لا أقبل لا يصح قبوله بعد ذلك واختلاف المشايخ في تعديل صحة هذا الاخراج فتمهم من قال القاضى حكم في فصل مجتهد فيه فينفذ واليه ذهب الامام شمس الأئمة السرخسى وهو الذى اختاره المصنف ومنهم من قال انما صح لان الوصاية لو صحت بقبوله كان

(وان لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا أقبل ثم قال أقبل فله ذلك ان لم يكن القاضى أخرجه من الوصية حين قال لا أقبل) لان مجرد قوله لا أقبل لا يبطل الايصاء لان في ابطاله ضرر بالميت وضرر الوصى في الابقاء مجبور بالتوب ودفع الاعلى أولى الا أن القاضى اذا أخرجه عن الوصاية يصح ذلك لانه مجتهد فيه اذ للقاضى ولاية دفع الضرر وربما يجز عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصاية في دفع القاضى الضرر عنه وينصب حافظا للمال الميت متصرفا فيه فيندفع الضرر من الجانبين فلهذا انفذ اخراجهم فلوقال بعد اخراج القاضى اياه أقبل لم يلتفت اليه لانه قبل بعد بطلان الوصاية بابطال القاضى قال (ومن أوصى الى عبد أو كافر أو فاسق أخرجه من القاضى عن الوصاية ونصب غيره) وهذا اللفظ يشير الى صحة الوصية لان الاخراج يكون بعدها وذكر محمد في الاصل أن الوصية باطلة قبل معناه في جميع هذه الصور ان الوصية ستبطل

الواحد فيما يكتفى انتهى وقال بعض المتأخرين قوله فيما تقدم من الكتب ما عبارة عن الكتب ومن للتبعض أى بيناه في بعض الكتب المتقدمة أراد به كتاب القضاء وليس ما عبارة عن الكتب ومن للتبيين كما فهم ذلك من تقرير بعض الشراح اذ ليس لما ذكره أثر في غير كتاب القضاء أصلا انتهى أقول ليس ما قاله هذا البعض بصح لان المصنف كما ذكره في كتاب أدب القاضى ذكره في كتاب الوكالة وفي كتاب الشفعة أيضا فانه قال في باب عزل الوكيل من كتاب الوكالة فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم ثم قال فيه وقد ذكرنا اشتراط العددا والعدالة في الخبر فلا نعيده وقال في باب طلب الشفعة والخصومة فيها من كتاب الشفعة واذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الا الشهادة حتى يجزىه رجلان أو رجل وامرأتان أو واحد عدل عند أى خيفة ولا يجب عليه أن يشهد اذا أخبره واحد حرا كان أو عبدا صبيا أو امرأة اذا كان الخبر حقا وأصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله وأخوانه فيما تقدم انتهى والعجب من ذلك القائل أنه كيف اجترأ على الحكم بان ليس لما ذكره أثر في غير كتاب القضاء أصلا بدون التنصيح لما تقدم من الكتب (قوله الا أن القاضى اذا أخرجه عن الوصاية يصح ذلك) قال عامة الشراح قوله الا أن القاضى اذا أخرجه استثناء من قوله ثم قال أقبل فله ذلك يعني أن القاضى اذا أخرجه عنها حين قال لا أقبل لا يصح قبوله بعد ذلك انتهى أقول فيه نظر لان المصنف قد قوله فله ذلك بقوله ان لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا أقبل وادخل في قوله ثم قال أقبل فله ذلك يعني أن القاضى اذا أخرجه عنها حين قال لا أقبل لا يصح قبوله بعد ذلك انتهى أقول فيه نظر لان المصنف قد

الواحد فيما يكتفى انتهى وقال بعض المتأخرين قوله فيما تقدم من الكتب ما عبارة عن الكتب ومن للتبعض أى بيناه في بعض الكتب المتقدمة أراد به كتاب القضاء وليس ما عبارة عن الكتب ومن للتبيين كما فهم ذلك من تقرير بعض الشراح اذ ليس لما ذكره أثر في غير كتاب القضاء أصلا انتهى أقول ليس ما قاله هذا البعض بصح لان المصنف كما ذكره في كتاب أدب القاضى ذكره في كتاب الوكالة وفي كتاب الشفعة أيضا فانه قال في باب عزل الوكيل من كتاب الوكالة فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم ثم قال فيه وقد ذكرنا اشتراط العددا والعدالة في الخبر فلا نعيده وقال في باب طلب الشفعة والخصومة فيها من كتاب الشفعة واذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الا الشهادة حتى يجزىه رجلان أو رجل وامرأتان أو واحد عدل عند أى خيفة ولا يجب عليه أن يشهد اذا أخبره واحد حرا كان أو عبدا صبيا أو امرأة اذا كان الخبر حقا وأصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله وأخوانه فيما تقدم انتهى والعجب من ذلك القائل أنه كيف اجترأ على الحكم بان ليس لما ذكره أثر في غير كتاب القضاء أصلا بدون التنصيح لما تقدم من الكتب (قوله الا أن القاضى اذا أخرجه عن الوصاية يصح ذلك) قال عامة الشراح قوله الا أن القاضى اذا أخرجه استثناء من قوله ثم قال أقبل فله ذلك يعني أن القاضى اذا أخرجه عنها حين قال لا أقبل لا يصح قبوله بعد ذلك انتهى أقول فيه نظر لان المصنف قد قوله فله ذلك بقوله ان لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا أقبل وادخل في قوله ثم قال أقبل فله ذلك يعني أن القاضى اذا أخرجه عنها حين قال لا أقبل لا يصح قبوله بعد ذلك انتهى أقول فيه نظر لان المصنف قد

ان معناه يبطل ووجهه ان العبد اهل للتصرف ولهذا اجازت كونه ولكن لما كان محزوزا عن استيفاء حقوق الميت مظنوننا لكون منافعها للمولى والظاهر المنع عن التبرع بها وعلى تقدير الاجازة كان له الرجوع وعند ذلك يجوز العبد عن التصرف بالوصاية قلنا انها ستبطل باخراج القاضى اياه عنها واما الكافر فقد ذكر في كتاب الصمة انه لو فاسم شيئا قبل ان يخرج القاضى جازت ثبوت ان الايصاء صحيح لكنه لا يتوفى البياعات الفاسدة فجاء للقاضى ان يخرج عن الوصية

(قوله وقوله الا أن القاضى اذا أخرجه استثناء من قوله فله ذلك) أقول فيه بحث

وقال بعضهم انه باطل في العبد واليه ذهب شمس الأئمة السرخسي وذلك لان الوصاية ولاية متعدي وليس للعبد ولاية على نفسه فضلا ان يكون له ولاية على غيره فقوله لعدم ولايته اشارة الى ما قبل الاجازة وقوله (واستبداده الى ما بعدها) لانها بمنزلة الاعارة منه للعبد ولا يتعلق به اللزوم وقيل معناه في الكافر ايضا باطل لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ظاهر وقد كررنا بعضا منه آنفا وقوله (وهذا يصلح عذرا في اخراجه وتبديله بغيره) لان الميت انما اوصى اليه لينظر في ماله وأولاده بعده بالحفظ والصيانة والحماية لترفع الصيانة فلا يحصل الغرض من الوصاية وقوله (٤٩٣) (ومن اوصى الى عبد نفسه) واضح وقوله (وفي اعتبار هذه أي هذه

الوصية وهي وصية عبده على الورثة الصغار (تجزئتها لانه لا يملك بيع رقبته) وقوله وهذا نقض الموضوع لان الوصي انما يملك الولاية من الموصى وولايته لا تجزأ اذ لا يقال ولايته في بعض دون بعض فالوئبة التجزى في ولاية الوصي ثبت في ولاية الموصى لكنه غير متجزئة كان عائد على موضوعه بالنقض وقوله (انه مخاطب) احتراز عن الصبي والمجنون وقوله (مستبد) احتراز عن الايحاء الى عبد الغير وعما اذا كان في الورثة كبار وقوله (ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة) قيل عليه ان لم يكن لهم ذلك فللقاضي ان يبيعه فيحقق المنع والمنافاة واجب بانه اذا ثبت الايحاء لم يبيح للقاضي ولاية البيع

(قال المصنف وقيل في العبد معناه باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده وفي غير معناه مستبطل) أقول فيلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز فان اسم الفاعل حقيقة في الحال مجاز في الاستقبال

وقيل معناه في العبد باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده وفي غيره معناه مستبطل وقيل في الكافر باطل ايضا لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ان أصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة وولاية الناس على أصلنا وولاية الكافر في الجملة الا أنه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على اجازة المولى وتمكنه من الحجر بعده لو المعادة الدينية للباعة للكافر على ترك النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالحيانة فيخرجه القاضي من الوصاية ويقيم غيره مقامه انما للنظر وشرط في الأصل ان يكون الفاسق مخوفا عليه في المال وهذا يصلح عذرا في اخراجه وتبديله بغيره قال (ومن اوصى الى عبد نفسه وفي الورثة كبار لم تصح الوصية) لان الكبير ان يمنعه أو يبيع نصيبه فيمنعه المشتري فيجزع عن الوفاء بحق الوصاية فلا يبيد فائده وان كانوا صغارا كلهم فالوصية اليه جائزة عند أبي حنيفة ولا تجوز عندهما وهو القياس وقيل قول محمد مضطرب يروي مرة مع أبي حنيفة وتارة مع أبي يوسف ووجه القياس أن الولاية متعدي لما ان الرق يناقها ولان فيه اثبات الولاية للمالك على المالك وهذا قلب المشروع ولان الولاية الصادرة من الاب لا تنجز أو في اعتبار هذه تجزئتها لانه لا يملك بيع رقبته وهذا نقض الموضوع وله أنه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون أهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا املا كاليس لهم ولاية المنع فلا منافاة وايضا

هذا الاستثناء لم يكن مذكورا في البداية أصلا مع كون المسئلة مذكورة هناك ايضا بها (قوله وقيل قول محمد مضطرب يروي مرة مع أبي حنيفة ومرة مع أبي يوسف) قال صاحب العناية ولناسي هذا القيل نظر لان كبار الثقات المتقدمين على صاحب الهداية كلهم ذكروا قول محمد مع أبي يوسف بلا اضطراب كالتطحاوي في مختصره والكركشي في مختصره وأبي الليث في نسكت الوصايا والقنوري في التقریب وشمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي وصاحب المنظومة فيما وفي شرحها وغيرهم من أصحابنا انتهى أقول نظره ساقط اذا لا يزم من أن يذ كر قول محمد مع أبي يوسف في كتب هؤلاء المشايخ الذين عددهم أن لا يكون قوله مضطرب باقيا نقل أحد أصلا كيف وقد قال في المحيط البرهاني وان كانت الورثة صغارا كلهم فان اوصى الى عبد غيره فالوصية باطلة وان اوصى الى عبد نفسه فالوصية جائزة في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف انها باطلة على التفسير الذي قلنا وقول محمد في الكتاب مضطرب ذكروا في بعض الروايات مع أبي حنيفة وفي بعضها مع أبي يوسف انتهى نعم الذي وقع في كتب كثير من المشايخ كون قوله مع أبي يوسف ولهذا اختاره المصنف حيث ذ كر قوله مع أبي يوسف أولا وأشار الى وقوع رواية أخرى في كلام بعضهم حيث قال وقيل قول محمد مضطرب فلا غبار فيه (قوله وله أنه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون أهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا املا كاليس لهم ولاية المنع فلا منافاة) قيل عليه ان لم يكن لهم ذلك فللقاضي ان يبيعه

والجل على عموم المجاز محل تأمل يعلم الجواب بما ذ كر في شرح الانقاي وهو ان محمد اذ كر في الجامع الصغير عن يعقوب المولى عن أبي حنيفة في المسلم يوصى الى الذي قال الوصية باطلة وكذلك ان اوصى الى عبد غيره فالوصية باطلة الى هنا لفظ أصل الجامع الصغير وذ كر محمد في الأصل واذا اوصى لغيره فالوصية باطلة وان اجاز مولا وقال في الأصل أيضا اذا اوصى المسلم الى ذي أو الى حربي مستأمن أو غير مستأمن فهو باطل وقال في الأصل أيضا ولو اوصى الى فاسق منهم مخوف على ماله فالوصية اليه باطلة انتهى (قال المصنف ومن اوصى الى عبد نفسه وفي الورثة كبار لم تصح الوصية) أقول لا يخفى عليك أن وجه صحة الوصية الى عبد العبر جارنا الا ان يقول ويقال اذا كان للقاضي ان يخرجه لم يستقر على الصحة فكانه لم يصح من الابتداء حيث كان على شرف الزوال



وقوله بكونه ناظر لهم لان العاقل لا يختار المرفوق دون الاحرار كافة الا اذا وثق بديانته وامانته وشفقته على من خلفهم وصار  
 كالمكاتب فان الايضاء اليه جائز فكذلك هذا قوله (والوصاية قد تجزأ) جواب عن قوله ما وفي اعتبار هذه تجزئتها وذلك ان الحسن  
 ابن زياد روى عن ابي حنيفة انه اذا وصى الى رجلين الى احدهما في العين والى الاخر في الدين ان كل واحد منهما يكون وصيا فيما  
 اوصى اليه خاصة او نقول بصار اليه اى الى التجزى كي لا يؤدي الى ابطال هذا التصرف وهو نصب عبده وصيا على الصغار فان  
 قيل يقضى الى تغيير وصفه وهو جعله منجزا بعد ما لم يكن قلنا يعتبر الوصف لتصحيح الاصل اولى من اهداره بالكلية قال  
 (ومن يجز عن القيام بالوصية) معنى قوله بالوصية بالوصاية اعلم ان الاوصياء ثلاثة عدل كاف وعدل غير كاف وفاسق وزاد المصنف  
 العاجز أصلا اذا ظهر للقاضي عجز وصى عن الاستبداد وهو عدل ضم اليه غيره رعاية لخلق الموصى والورثة وهذا لان القاضي نصب  
 ناظرا واذا علم صيانة الوصى ونقص كفايته وجب عليه تكميل النظر وهو يحصل بضم غيره اليه واذا لم يظهر ذلك عنده ولكن شكى  
 اليه الوصى ذلك اى عدم الاستبداد بجزءه لا يجيبه كما ذكر في الكتاب (٤٩٣) ولو ظهر عنده عجزه أصلا استبدل

غيره به رعاية للنظر من  
 الجانبين اى جانب الموصى  
 والوصى يقوم المنصب  
 من جهة القاضي  
 بالتصرف فى حوائج الموصى  
 والعاجز المعزول بقضاء  
 حقوق نفسه واذا كان عدلا  
 كافيا فليس للقاضي ان  
 يتعرض اليه بالاخراج  
 وان شكاه الورثة أو بعضهم  
 اليه الا اذا ظهر منه خيانة  
 فانه يستبدل به غيره ووجه  
 ذلك مذكور فى الكتاب  
 قوله (ومن اوصى الى  
 اثنين الخ) روى عن ابي  
 القاسم الصغار انه قال  
 هذا الخلاف بينهم فيما  
 اذا اوصى اليهما جميعا  
 بعقد واحد فاما اذا اوصى  
 الى كل واحد منهما بعقد

المولى اليه يؤذن بكونه ناظر لهم وصار كالمكاتب والوصاية قد تجزأ على ما هو المرورى عن ابي  
 حنيفة او نقول بصار اليه كي لا يؤدي الى ابطال أصله وتغيير الوصف لتصحيح الاصل اولى قال  
 (ومن يجز عن القيام بالوصية ضم اليه القاضي غيره) رعاية لخلق الموصى والورثة وهذا لان تكميل  
 النظر يحصل بضم الاخر اليه لصيانته ونقص كفايته فتم النظر برعاية غيره ولو شك اليه  
 الوصى ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشاكي قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه واذا ظهر  
 عند القاضي عجزه أصلا استبدل به رعاية للنظر من الجانبين ولو كان قادرا على التصرف أميناً فسه  
 ليس للقاضي ان يجزئه لانه لو اختار غيره كان دونه لما أنه كان مختار الميت ومرضيه فابقاؤه اولى ولهذا  
 قدم على اب الميت مع وفور شفقه فأولى ان يقدم على غيره وكذا اذا شك الورثة أو بعضهم الوصى  
 الى القاضي فانه لا ينبغي له ان يعزله حتى يتدوله منه خيانة لانه استفاد الولاية من الميت غير انه اذا  
 ظهرت الخيانة فالميت انما نصبه وصلا لامانته وقد فانت ولو كان فى الاحياء لاخرجه منها بعد عجزه  
 ينوب القاضي منابه كانه لا وصى له قال (ومن اوصى الى اثنين لم يكن لاحدهما ان يتصرف عند ابي  
 حنيفة ومحمد دون صاحبه) الا فى أشياء معدودة بيننا ان شاء الله تعالى وقال ابو يوسف ينفرد كل  
 واحد منهما بالتصرف فى جميع الاشياء لان الوصاية

فيحقق المنع والمنافاة واجب بأنه اذا ثبت الايضاء اليه لم يبق للقاضي ولاية البيع كذا السؤال  
 والجواب فى أكثر الشروح وعزاهما فى النهاية ومعراج الدراية الى الاسرار أقول فى هذا الجواب بحث  
 لان عدم قيام ولاية البيع للقاضي موقوف على حواز الوصية اليه شرطا وهو اول المسئلة التى نحن  
 فيها والمقام مقام اقامة الدليل عليه من قبل ابي حنيفة رحمه الله فلو بنى تمام هذا الدليل عليه لزم المصادرة  
 على المطالب بالمحالة فالحق فى الجواب عن السؤال المسد كور مانقه صاحب الغاية عن شرح  
 الاقطع حيث قال وأورد فى شرح الاقطع سؤالا وجوابا فقال فان قيل اذا كانوا صفارا للقاضي بلى  
 على بيعه اذا رأى ذلك قيل ولاية القاضي على الوصى لا تمنع حواز الوصية لانه بلى على الاحرار مع

على حدة فانه ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بالاخلاف قال الفقيه أبو الليث هذا أصح وبه نأخذ بمنزلة الوكيلين اذا وكل كلامهما  
 على الانفراد وحكى عن ابي بكر الاسكاف انه قال الخلاف فيهما جميعا سواء اوصى اليهما جميعا أو متفرقا وجعل فى المبسوط هذا الاصح  
 لان وجوب الوصية انما يكون عند الموت وحيث ثبتت الوصية لهما معا فلا فرق بين الافتراق والاجتماع بخلاف الوكالة وانما قال  
 الا فى أشياء معدودة ولم يذكر كتبها لاختلف أقوال العلماء فيها قد كرى الاسرار ستة وهو ما عدا تنفيذ الوصية المعينة وقبول  
 الهبة وجمع الاموال الضائعة من تجهيز الميت وقضاء الدين بجنس حقه وشراء ما لا بد للصغير منه وبيع ما يسرع اليه الفساد وورد الغصب  
 والوديعة والخصومة وذكر فى الجامع الصغير لقاضيان ثمانية وهى الستة المذكورة فى الاسرار وتنفيذ الوصية وقبول الهبة وذكر  
 فيها ايضا جمع الاموال الضائعة قيل ويحتمل ان يكون قبول الهبة من جنس جمع الاموال الضائعة فيعدان واحدا كي لا يزداد ما نص  
 عليه من الثمانية والذي ذكره المصنف أكثر من ذلك

سبلها الولاية وهي وصف شرعي لا تجزأ فثبت لكل منهما كلاً كولاية الانكاح للاخوين وهذا لان الوصاية خلافة وانما تحقق اذا انتقلت الولاية اليه على الوجه الذي كان نابتاً للوصي وقد كان بوصف الكمال ولان اختيار الاب ناهياً يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالسفقة فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما ولهما أن الولاية تثبت بالنفو يرض في ارضى وصف النفو يرض وهو وصف الاجتماع اذ هو شرط مقيد ومارضى الموصى الاب بالثني وليس الواحد كالثني بخلاف الاخوين في الانكاح لان السبب هناك القرابة وقد قامت بكل منهما كلاً ولان الانكاح حق مستحق لها على الولى حتى لو طالته بانكاحها من كفؤ بخطها يجب عليه وههنا حق التصرف للوصي ولهذا يبقى تحديراً في التصرف ففي الاول ارضى في حقها على صاحبه فصح وفي الثاني استوفى حقها لصاحبه فلا يصح أصله الدين الذي عليه ما وله ما بخلاف الاشياء المعدودة لانها من باب الضرورة لا من باب الولاية ومواضع الضرورة مستثناة أبداً وهي ما استثناءه في الكتاب وأخواتها فقال (الافى شراء كفن الميت وتجهيزه) لان في التأخير فساد الميت ولهذا اذ لكه الجيران عند ذلك (وطعام الصغار وكسوتهم) لانه يخاف موتهم جوعاً وعراً (ورد الوديعة بعينها وورد المغصوب والمشتري شراء فاسداً وحفظ الاموال وقضاء الديون) لانها ليست من باب الولاية فانه يملكه المالك وصاحب الدين اذا نظره بمجنس حقه

وقوله (سبلها الولاية) يعني انها لا تثبت لان تثبته الولاية بالتولية كالكافر والعبد على ماسر وقوله (لانها ليست من باب الولاية) أي الولاية المستفاد من الموصى لتحققها من غير من أوصى اليه وذ كرروا به الجامع الصغير لبيان أن اقتضاء الدين أي قبضه ليس كقضائه بل هو على الاختلاف

وجود الوصية اليهم انتهى (قوله وهي ما استثناءه في الكتاب وأخواتها) يعني وهي أي الاشياء المعدودة ما استثناءه القدروري في مختصره بقوله (الافى شراء كفن الميت وتجهيزه وطعام الصغار وكسوتهم وورد الوديعة بعينها وقضاء دين وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبده بعينه والخصومة في حقوق الميت انتهى وهذه تسعة أشياء كما ترى قصر القدروري الاستثناء عليها في مختصره واقنى أثره المصنف في البداية وقوله هنا وأخواتها بالرفع عطف على ما في قوله ما استثناءه في الكتاب أي والمسائل التي هي أخوات للمسائل المستثناة في الكتاب وهي ما زاده المصنف في الهداية بقوله ورد المغصوب والمشتري شراء فاسداً وحفظ الاموال ثم بقوله وقبول الهبة وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف وجمع الاموال الضائعة وهذه التي زادها المصنف على ما في الكتاب ستة أشياء فيصير مجموع الاشياء المعدودة خمسة عشر كما لا يخفى قال بعض المتأخرين في شرح هذا المثل قوله وهي ما استثناءه في الكتاب أي في مختصر القدروري كما سبق وقوله وأخواتها بالرفع عطف على ما اشارة الى أنه يراى عليه أشياء أخرى وهي ما ذكرته فيما سبق يعني قوله وزاد عليها المصنف رد المغصوب والمشتري شراء فاسداً وحفظ الاموال وقال ثم ان جعلنا شراء كفن والتجهيز واحداً كما جعل في الاسرار بناء على أن الاول داخل في الثاني وكذا رد المغصوب والوديعة والمشتري شراء فاسداً يكون المستثنى فيما ذكره المصنف أحد عشر وما زاده اثنين والا فأربعة عشر وما زاده ثلاثة كما هو الظاهر من لفظ الأخوات انتهى كلامه أقول هذا الذي ذكره مع كونه ناشئاً عن الغفلة عما زاده المصنف في الآخر من أشياء ثلاثة وهي قبول الهبة وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف وجمع الاموال الضائعة محتفل في ذاته اذ لا يمكن أن يكون مجموع ما ذكره المصنف أحد عشر على تقدير أن يكون ما زاده اثنين وأربعة عشر على تقدير أن يكون ما زاده ثلاثة لان زيادة الثلاثة على الاثنين هو واحد فكيف يمكن أن يكون المجموع بزيادة الاثنين أحد عشر وبزيادة الثلاثة أربعة عشر بل لابد أن يكون بزيادة الثلاثة اثني عشر كما لا يخفى (قوله وطعام الصغار وكسوتهم) قال في غاية البيان وطعام الصغار وكسوتهم بالجر عطف على قوله في شراء الكفن وكذلك قوله ورد الوديعة بعينها ورد المغصوب والمشتري شراء فاسداً وحفظ الاموال وقضاء الديون كل ذلك بالجر وكذلك قوله وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبده بعينه والخصومة وقبول الهبة وبيع ما يخشى عليه

وحفظ المال يملكه من يقع في يده فكان من باب الاعانة ولانه لا يحتاج فيه الى الراى (وتنفذ وصية بعينها وعن عبد بعينه) لانه لا يحتاج فيه الى الراى (والخصومة في حق الميت) لان الاجتماع فيهما متعذر ولهذا ينفردها احد الوكيلين (وقبول الهبة) لان في التأخير خيفة الفوات ولانه يملكه الاموال في حجره فلم يكن من باب الولاية (ويبيع ما يخشى عليه التوى والتلف) لان فيه ضرورة لا تخفى (وجمع الاموال الضائعة) لان في التأخير خشية الفوات ولانه يملكه كل من وقع في يده فلم يكن من باب الولاية وفي الجامع الصغير وليس لاحد الوصيين ان يبيع أو يتقاضى والمراد بالتقاضى الاقتضاء كذا كان المراد منه في عرفهم وهذا لانه رضى بأمانته ما جعلا في القبض

التوى وجمع الاموال الضائعة كل ذلك بالجرانتهى أقول لا يخفى أن ما يساعده تحرير المصنف من الاعراب هو الذى ذكر في الشرح المزبور لكنه منظور فيه عندى لان قول المصنف في شراء الكفن في كتابه هذا واقع في حيز قال في قوله فقال في شراء الكفن ولا ريب أن الضمير المستتر في قوله فقال راجع الى ما رجع اليه الضمير المستتر فيما استثناه في الكتاب وهو القدورى والمراد بالكتاب مختصره فيلزم أن يكون جميع الامور المعطوفة على شراء الكفن بالجر في الهداية من مقول القدورى في مختصره وليس كذلك قطعاً كما عرفت مما بيناه فيما مر آنفاً اللهم إلا أن يحمل قوله فقال الا في شراء الكفن الخ على تغليب ما ذكره القدورى في مختصره على ما زاد عليه المصنف هنا بطريق الالتحاق به تأمل (قوله وحفظ المال يملكه من يقع في يده) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية قوله وحفظ المال بالرفع هذا على وجه التعليل لقوله وقضاء الدين يعنى أن كل واحد من الوصيين يملك قضاء الدين لانه ليس في قضاء الدين الاحفظ للمال الى أن يقضى صاحب الدين وكل من يقع المال في يده فهو يملك حقه انتهى أقول لا يذهب على ذى فطرة سليمة أن هذا الذى ذهب اليه تكلف بارد بل تصف فاسد اذ لا شك أن مراد المصنف بقضاء الدين في قوله وقضاء الدين هو نفس القضاء مع قطع النظر عن الحفظ بقرينة قوله قيسه وحفظ الاموال فكيف يتم حينئذ توجيه التعليل بما ذكره الشارحان المزبوران والصواب أن قول المصنف هنا وحفظ المال يملكه من يقع في يده مسوق على وجه التعليل كقوله من قبل وحفظ الاموال كما لا يخفى (قوله والمراد بالتقاضى الاقتضاء كذا كان المراد منه في عرفهم) أقول فيه شئ وهو أن قوله كذا كان المراد منه في عرفهم يوهم أن لا يكون الاقتضاء الذى هو القبض معنى التقاضى في الوضع والاعتق بل كان معناه في العرف مع أن الامراض كذلك كما صرح به المصنف في باب الوكالة بالخصومة من كتاب الوكالة حيث قال الوكيل بالتقاضى يملك القبض على أصل الرواية لانه في معناه وضعا إلا أن العرف بخلافه وهو قاض على الوضع انتهى وبدل على كون معناه ذلك في الوضع ما ذكر في كتب اللغة قال في القاموس تقاضاه الدين قبضه منه وقال في الاساس تقاضيته ديني وبديني واقتضيته ديني واقتضيت منه حتى أى أخذته انتهى ثم أقول في الجواب ليس مراد المصنف هنا بقوله كذا كان المراد منه في عرفهم نفي كونه كذلك في اللغة والوضع بل بيان أن عرفهم يطابق اللغة والوضع وفائدة دفع توهم أن يقال كون معنى التقاضى الاقتضاء في الوضع غير كاف لان العرف قاض على الوضع أى راجع عليه فان قلت بقي الخالفه حينئذيين كلام المصنف هنا وبين كلامه هناك إلا أن العرف بخلافه قلت مراد المصنف هنا أن المراد منه كان كذا في عرف المجتهدين ومراده هناك أن العرف بخلافه في زماننا أو في ديارنا ولا غرو في اختلاف العرفين بحسب اختلاف الزمانين أو المكانين ويؤيده أن صاحب المحيط قال في كتاب الوكالة الوكيل بالتقاضى يملك القبض عند علمائنا الثلاثة كما ذكره محمد في الاصل ثم قال وذكر الشيخ الامام الزاهد نضر الاسلام البزدوى في شرح هذا الكتاب أن الوكيل بالتقاضى في عرف ديارنا لا يملك القبض كذا جرت العادة في ديارنا وجعل التقاضى مستعملاً

وقوله (ولو أوصى الى كل واحد منهما على الانفرد) ذكرناه في مطلع الكلام مع ذكر صاحب كل قول منهما وقوله (فإن مات أحدهما) متصل بأول الكلام وقوله (ولو أن الميت منهما أوصى الى الحي) ظاهر وقوله (والى الجدي النفس) يعنى اذا مات الاب كان ولاية تزويج الصغار والصغار واستيفاء القصاص للبدن فكذا الوصى فيما انتقل اليه لانه خلف عن الأول وباعتبار هذه الخلافه يجعل الأول قائما حكما والخلف يعمل عمل الاصل عند عدم الاصل وقوله (وعند الموت كان له ولاية) أى عند موت الموصى كان للوصى ولاية فى التركيبين أى فى تركه نفسه مما تركه باعتبار ما يؤل اليه وتركه موصيه أما فى تركه موصيه فباعتبار الوصاية اليه فينزل الثاني منزله (٤٩٦) فيهما وقوله (فلا يرضى بتوكيل غيره) أى لا يرضى الموكل بأن يوكل وكيله

ولانه فى معنى المبادلة لاسماعتداختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية ولو أوصى الى كل واحد على الانفرد قبل ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين اذا وكل كل واحد على الانفرد وهذا لانه لما أفرد فقدرضى رأى الواحد وقيل الخلاف فى الفصلين واحد وهو الاصح لان وجوب الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين لان الوكالة تتعاقب فان مات أحدهما جعل القاضى مكانه وصيا آخر أما عندهما فلان الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم القاضى اليه وصيا آخر تنظر الميت عند عمره وعند أبي يوسف الحى منه ما وان كان يقدر على التصرف فالوصى قصداً بخلفه متصرفاً فى حقوقه وذلك يمكن التحقق بنصب وصى آخر مكان الميت ولو أن الميت منهما أوصى الى الحى فلهى أن يتصرف وحده فى ظاهر الرواية بمنزلة ما اذا أوصى الى شخص آخر ولا يحتاج القاضى الى نصب وصى آخر لان رأى الميت باق حيا رأى من يخلفه وعن أبي حنيفة انه لا ينفرد بالتصرف لان الموصى ماضى بتصرفه وحده بخلاف ما اذا أوصى الى غيره لانه ينفذ تصرفه رأى المثنى كما رضى المتوفى واذا مات الوصى وأوصى الى آخر فهو موصيه فى تركه وتركة الميت الاول عندنا وقال الشافى لا يكون وصيا فى تركه الميت الاول اعتبارا بالتوكيل فى حالة الحياة والجامع بينهما انه رضى رأيه لا رأى غيره ولنا أن الوصى يتصرف بولاية منتقلة اليه فيملك الايصاء الى غيره كالجد الأيرى أن الولاية التى كانت ناشئة للوصى تنتقل الى الوصى فى المال والى الجدي فى النفس ثم الجدي قائم مقام الاب فيما انتقل اليه فكذا الوصى وهذا لان الايصاء اهامة غير مقامه فيما له ولايته وعند الموت كانت له ولاية فى التركيبين فينزل الثاني منزله فيما ولاه لانه استعان به فى ذلك مع علمه أنه قد تغتبره المنية قبل تميم مقصوده بنفسه وهو تلافى ما فرط منه صار راضيا بايصائه الى غيره بخلاف الوكيل لان الموكل حى يمكنه أن يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره والايصاء اليه قال (ومقاسمة الوصى الوصى له عن الورثة جائزة ومقاسمة الورثة عن الموصى له باطله) لان الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه به ويصير مغرورا بشراء المورث والوصى خليفة الميت أيضا فيكون خصما عن الوارث اذا كان قائما فصحت قسمته عليه حتى لو حضر وقد هلك ما فى يد الوصى ليس له أن يشارك الموصى له أما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه لانه ملوكه بسبب جديده ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه ولا يصير فى المطالبة مجازا لانه سبب الاقضاء وصارت الحقيقة مهجورة انتهى بتدريجهم (قوله ولانه فى معنى المبادلة لاسماعتداختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية) أقول لقائل أن يقول ان كان الاقضاء فى معنى المبادلة كان القضاء أيضا فى معنى المبادلة ضرورة أن المبادلة انما تتحقق من

غيره أو يوصى الى غيره قال (ومقاسمة الوصى الوصى له عن الورثة جائزة) رجل أوصى الى رجل وأوصى لرجل آخر بثلث ماله وله ورثة صغار أو كبار غيب فقسام الوصى الوصى له نائباً عن الورثة وأعطاه الثلث وأمسك الثلثين للورثة فالقسمة نافذة على الورثة فى المنقول والعقار ان كانوا صغارا وفى المنقول ان كانوا كبارا حتى لو هلك حصة الورثة فى يده لم ترجع الورثة على الموصى له بشئ وأما ان كان الوارث كبيرا حاضرا وصاحب الوصية نائباً فقسام الوصى مع الوارث عن الموصى له فأعطى الورثة حقه وأمسك الثلث للموصى له لم تنفذ القسمة على الموصى له صغيرا كان أو كبيرا حاضرا أو غائبا فى المنقول والعقار جميعا حتى لو هلك فى يد الوصى ما أقرزه كان

له أن يرجع على الورثة بثلث ما فى أيديهم والفرق بين المنقول والعقار أن الورثة اذا كانوا صغارا كان للوصى بيع نصيب الصغار من المنقول والعقار جميعا ما اذا كانوا كبارا فليس له بيع العقار عليهم وله ولاية بيع المنقول فكذا القسمة لانها نوع بيع ووجه المسئلة ما ذكره فى الكتاب وحاصله أن الورثة والوصى كلاهما خلف عن الميت فيجوز أن يكون الوصى خصما عنهم وقائما مقامهم وأما الموصى له فليس بخليفة عن الميت بكل وجه فلا يكون بينه وبين الوصى مناسبة حتى يكون خصما عنه وقائما مقامه فى نفوذ القسمة عليه (وقوله حتى يرد بالعيب) أى فيما اشتراه المورث (ويرد عليه) أى فيما باعه المورث ويصير مغرورا بشراء المورث فانه اذا اشترى جارية ثمن ثم استولدها الوارث ثم استحققت الجارية فانه يرجع على بائع الميت ولو لم يكن خليفة لما رجح كما لو باعها المورث من آخر والمسئلة بحالها فان المشتري يرجع على بائعه بدون بائعه لانه ليس بخليفة عن بائعه حتى يكون مغروره كغروره

(وقوله غير أن الوصي لا يضمن) جواب سؤال تقديره اذا كانت القسمة غير صحيحة كان تصرفه غير مشروع وهلك المال بعد ذلك الفعل الذي هو غير مشروع فيجب الضمان كالوعدى على المال واستهلكه ووجهه (٤٩٧) الجواب ما قال لانه أمين فيه وله ولاية الحفظ

في التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة الخ وفيه اشارة الى أنه لا ضمان عليه اذا كان ما أفرز له الورثة في يده لان الحفظ انما يتصور في ذلك أما الوصية اليهم فالوصي له بالخيار ان شاء ضمن القابض بالقبض وان شاء ضمن الدافع بالدفع كذا في النهاية فان قاسم الورثة كان معلوما من سياق كلامه ولكن ذكره لكونه لفظ الجامع الصغير (وقوله لما بينا) اشارة الى قوله لان القسمة لم تنفذ عليه (قال وان كان الميت أوصى بحجة الخ) رجل مات وترك أربعة آلاف درهم وأوصى أن يحج عنه وكان مقدار الحج ألف درهم فأخذ الوصي ألفا ودفعها الى الذي يحج عنه فسرفت في الطريق قال أبو حنيفة يؤخذ ثلث ما بقي من التركة وهو ألف درهم فان سرفت ثانياً يؤخذ ثلث ما بقي مرة أخرى هكذا وقال أبو يوسف يؤخذ ما بقي من ثلث جميع المال وذلك ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث درهم فان سرفت ثانياً لا يؤخذ مرة أخرى وقال محمد اذا سرفت الألف الاولى بطلت الوصية فلا يؤخذ منه مرة أخرى ووجه ذلك مذكور في الكتاب وهو واضح

مغرور ابشرا الموصى فلا يكون الوصى خليفة عنه عند غيبته حتى لو هلك ما أفرز له عند الوصى كان له ثلث ما بقي لان القسمة لم تنفذ عليه غير أن الوصى لا يضمن لانه أمين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقي لان الموصى له شريك الوارث فيستوى ما وى من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقي على الشركة قال (فان قاسم الورثة وأخذ نصيب الموصى له فضع رجع الموصى له بثلث ما بقي) لما بينا قال (وان كان الميت أوصى بحجة فقاسم في الورثة فهلك ما في يده حج عن الميت من ثلث ما بقي وكذلك ان دفعه الى رجل ليحج عنه فضع في يده) وقال أبو يوسف ان كان مستغرا للثلث لم يرجع بشئ والابرجع بنمام الثلث وقال محمد لا يرجع بشئ لان القسمة حق الموصى ولو أفرز الموصى بنفسه ما لا يرجع عنه فهلك لا يلزمه شئ وبطلت الوصية فكذا اذا أفرزه وصيه الذي قام مقامه ولا ييوسف أن محل الوصية الثلث فيجب تنفيذها ما بقي محلها واذا لم يبق بطلت لقوات محلها ولا يي حنيفة ان القسمة لا تراد لذاتها بل المقصودها وهو تأدية الحج فلم تعتبر دونه وصار كما الجانبين واذا كان أحدهما مقضيا كان الاخر قاضيا البتة فلزم أن يكون القضاء ايضا من باب الولاية مع أن المصنف صرح بخلافه فيما قبل (قوله غير أن الوصى لا يضمن لانه أمين وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة) قال صاحب العناية فيه اشارة الى أنه لا ضمان عليه اذا كان ما أفرز له الورثة في يده لان الحفظ انما يتصور في ذلك أما الوصية اليهم فالوصي له بالخيار ان شاء ضمن القابض بالقبض وان شاء ضمن الدافع بالدفع كذا في النهاية الى هنا لفظ العناية أقول فيه خلل لان مقضى تجسره أن يثبت للموصى له الخيار بين تضمين القابض وتضمين الدافع فيما اذا سلم الوصى ما أفرز له الورثة اليهم على الاطلاق أي سواء كان ما سلمه اليهم باقيا في أيديهم أو هالكوا وليست المسئلة كذلك لافي النهاية ولا في غيرها فانه قال في النهاية ثم ان كان ما أعطاه الوصى للورثة باقيا في أيديهم لم يكن للموصى له الرجوع عليهم بقدر نصيبه وهو ثلث ما أعطاهم وان كان هالكا كان الموصى له بالخيار في تضمين الحصة التي دفعها الوصى الى الورثة ان شاء ضمن القابض بالقبض وان شاء ضمن الدافع بالدفع فان لم يكن دفع حصة الورثة اليهم حتى هلك الكل في يد الوصى لم يكن للموصى له أن يضمن الوصى شيئا لبقاء حكم الامانة في المال فكذا في هلاك قدر نصيبه الى هذا أشار الامام المحبوبي الى هنا لفظ النهاية وقال في المحيط البرهاني فان هلك حصة الموصى له في يد الوصى وبقي نصيب الورثة كان للموصى له أن يأخذ ثلث ما بقي في يد الورثة وان هلك حصة الورثة في يد الورثة وهلك حصة الموصى له في يد الوصى أيضا فاهلك في يد الورثة من حصة الموصى له فالوصي له بالخيار ان شاء ضمن الوصى وان شاء ضمن الوارث انتهى (قوله وان كان الميت أوصى بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده الخ) قال صاحب النهاية في شرح هذا المحل وان كان الميت أوصى بحجة فقاسم الورثة أي قاسم الوصى الورثة فهلك ما في يده أي ما في يد الحاج فالوصي والحاج مسدول عليهما غير مذكورين ما واقتفى أثره صاحب معراج الدراية أقول ليس هذا الشرح بصحيح اذ لو رجع ضمير ما في يده الى الحاج فصار المعنى فهلك ما في يد الحاج كما صرح به الشارحان المذكوران لزم أن يكون قوله فيما بعد وكذلك ان دفعه الى رجل ليحج عنه فضع من يده مستدر كما يحض كما لا يخفى والصواب أن ضمير ما في يده في قوله فهلك ما في يده راجع الى الوصى فينشئ بانتظام المعنى ولا يلزم الاستدراك في قوله الآتي كما ترى (قوله وقال محمد لا يرجع بشئ لان القسمة حق الموصى ولو أفرز الموصى بنفسه ما لا يرجع عنه فهلك لا يلزمه شئ وبطلت الوصية فكذلك اذا أفرزه وصيه الذي قام مقامه) قال بعض المتأخرين قلت هذا قياس مع الفارق لان الموصى غير

(٦٣ - تكمله نامن) (قوله وفيه اشارة الى أنه لا ضمان عليه اذا كان ما أفرز له الورثة في يده) أقول لا يقال هذا بخلاف لما ذكره سابقا من قوله فأعطى الورثة حقه لانه يتدفع بادني تأمل

وقوله (ومن أوصى بثلث ألف درهم) واضح على ما ذكره في الكتاب وذكرا الامام المحبوبي أن هذا الجواب فيما اذا كانت التركة مما يكال أو يوزن لان القسمة فيه تميز لا مبادلة حتى ينفرد أحد الشريكين من غير قضاء ولا رضوا ويجوز لاحدهما أن يبيع نصيبه مرابحة على ما قام عليه من الثمن فأما فيما لا يكال ولا يوزن فلا يجوز لان القسمة فيه مبادلة كالبيع وبيع مال الغائب لا يجوز فكذا قسمته قلت وضع المسئلة في الدراهم لعله اشارة الى ذلك فاتها بما يوزن وقوله (واذا باع الوصي عبدا من التركة) ذكره الفسرق بيننا وبين ما اذا باع المولى أو وصيه عبده المأنون له المديون بغير محض من غرماء العبد فان ذلك لا يجوز لان لغريم العبد هناك (٤٩٨) حقا في استسعاء العبد وبعد البيع لا يبقى فكان في البيع ابطال حق

الغرماء فلا ينفذ بغير اجازتهم وأما ههنا فليس لغريم المولى حق في استسعاء العبد اما حقه في استيفاء الدين من الثمن فلم يكن البيع مبطالا حق الغريم بل يكون محققا لان حقه في الدراهم أو الدنانير لا في عين العبد وبالبيع يحصل وقوله (ولو بولي حيا بنفسه يجوز بيعه بغير محض من الغرماء) وان كان في مرض موته فكذا اذا تولاه من قام مقامه وهذا لان حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل بالمالية لقواتها الى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المديون لان للغرماء حق الاستسعاء وأما ههنا فبخلافه قال (ومن أوصى بأن يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصي وقبض الثمن فباعه في يده فاستحق العبد من الوصي) لانه هو العاقد فتكون العهدة عليه وهذه عهدة لان المشتري منه ماضى يبذل الثمن الا لسلامه المبيع ولم يسلم فقد أخذ الوصي البائع مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده قال (ويرجع فيما ترك الميت) لانه عامل له فيرجع عليه كولو كسل وكان أبو حنيفة يقول أولا لا يرجع لانه ضمن بقبضه ثم يرجع الى ما ذكرنا ويرجع في جميع التركة وعن محمد أنه يرجع في الثلث لان الرجوع بحكم الوصية فأخذ حكمها ومحل الوصية الثلث وجه الظاهر أنه يرجع عليه بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين يقضى من جميع التركة بخلاف الفاضى أو أمينه اذا بولى البيع حيث لا عهدة عليه لان في الزامها القاضي تعطيل القضاء اذا يتحاشى عن تملكه هذه الامانة حذرا عن لزوم الغرامة فتعطل مصلحة العامة وأمينه سفير عنه كالرسول ولا كذلك الوصي لانه بمنزلة الوكيل وقد مر في كتاب القضاء

اذا هلك قبل القسمة فبج بثلث ما بقي ولان تمامها بالتسليم الى الجهة المسماة اذا قابض لها فاذا لم يصر الى ذلك الوجه لم يتم فصار كعقلا كه قبلها قال (ومن أوصى بثلث ألف درهم فقد فقهها للورثة الى القاضي فقسها او الموصى له غائب فقسمة جائزة) لان الوصية صحيحة ولهذا الوصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثا للورثة والقاضي نصب ناظر الاسماء في حق الموتى والغيب ومن النظر اقرارا نصب الغائب وقبضه فنفذ ذلك وصرح حتى لو حضر الغائب وقد هلك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل قال (واذا باع الوصي عبدا من التركة بغير محض من الغرماء فهو جائز) لان الوصي قائم مقام الموصى ولو بولي حيا بنفسه يجوز بيعه بغير محض من الغرماء وان كان في مرض موته فكذا اذا تولاه من قام مقامه وهذا لان حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل بالمالية لقواتها الى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المديون لان للغرماء حق الاستسعاء وأما ههنا فبخلافه قال (ومن أوصى بأن يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصي وقبض الثمن فباعه في يده فاستحق العبد من الوصي) لانه هو العاقد فتكون العهدة عليه وهذه عهدة لان المشتري منه ماضى يبذل الثمن الا لسلامه المبيع ولم يسلم فقد أخذ الوصي البائع مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده قال (ويرجع فيما ترك الميت) لانه عامل له فيرجع عليه كولو كسل وكان أبو حنيفة يقول أولا لا يرجع لانه ضمن بقبضه ثم يرجع الى ما ذكرنا ويرجع في جميع التركة وعن محمد أنه يرجع في الثلث لان الرجوع بحكم الوصية فأخذ حكمها ومحل الوصية الثلث وجه الظاهر أنه يرجع عليه بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين يقضى من جميع التركة بخلاف الفاضى أو أمينه اذا بولى البيع حيث لا عهدة عليه لان في الزامها القاضي تعطيل القضاء اذا يتحاشى عن تملكه هذه الامانة حذرا عن لزوم الغرامة فتعطل مصلحة العامة وأمينه سفير عنه كالرسول ولا كذلك الوصي لانه بمنزلة الوكيل وقد مر في كتاب القضاء

ملزم بشئ اذله الرجوع عن الوصية رأسا فلا يلزم من عدم لزوم شئ له اذا عدم لزومه لانه انتهى أقول ليس هذا بشئ فان الموصى وان لم يكن ملزما بشئ في حال حياته الا أنه تلزم وصيته بعد مماته فتنفذ من ثلث تركته البتة والمراد بما ذكر في دليل محمد هو أن الموصى لو أفرز بنفسه ما لا يرجع عنه فهلك ذلك المال لا يؤخذ بشئ من تركته بعد مماته بل تبطل وصيته أصلا وقد أفصح عنه صاحب الغاية حيث قال في تقريره وأما مذهب محمد فهو أن دفع الوصي بمنزلة دفع الميت ولو أن الميت هو الذي دفع قبل موته الى رجل ما لا يرجع عنه فسرق المال لا يؤخذ من تركته مرة أخرى كذلك هذا انتهى فكان ذلك القائل فهم من ظاهر قول المصنف في تقرير دليل محمد لا يلزمه شئ أن يكون

حكمة حكم الوصية والوصية تنفذ من الثلث وقوله (أنه يرجع عليه بحكم الغرور) أى يحكم أن الميت غره بقوله هذا ملكي فانه لما امره ببيعه والتصدق بثمنه كان قائلا هذا العبد ملكي فكان ذلك الضمان دينا على الميت والدين يرضى من جميع التركة وقوله (وقد مر في كتاب القضاء) يعنى في آخر فصل القضاء بالمواريث وهو قوله واذا باع القاضي أو أمينه عبد الغرماء الخ

(قال المصنف لانه هو العاقد فتكون العهدة عليه) أقول العهدة استحقاق حقوق تلزم بالتقدي وقيل هي نفس العقد لان العقد والعهد سواء والعهدة التبعية أيضا غير أن في حقوق العباد المقصود منها المال وفي حقوق الله تعالى المقصود استحقاق الاداء كذا في كشف البرزوى وذكروا في المغرب وقولهم عهده على فلان فعلة يعنى مفعول ومعناه ما أدرك فيه من درك فاصلاحه عليه

وقوله ( فان كانت التركة قد هلكت أو لم يكن بها و فاعلم يرجع بشئ ) أي لأعلى الورثة ولأعلى المساكين ان كان تصدق عليهم لان البيع لم يقع الا لبيت فصار كما اذا كان على الميت دين آخر وذكري في الذخيرة محال الى المنتقى أن الوصي يرجع على المساكين والقياس هكذا لان غنم تصرف الوصي عاد اليهم فالغرم يجب أن يكون عليهم وهذه الرواية تخالف رواية الجامع الصغير ووجه رواية الجامع الصغير أن الميت أصل في غنم هذا التصرف وهو الثواب والفقير تبع له ( وقوله فان قسم الوصي الميراث الخ ) ظاهر وكذا قوله ( واذا احتال الوصي بمال اليتيم ) ولم يذكر ما اذا كان المحيل والمحال عليه سواء في المسئلة وذكر في الذخيرة أن فيه اختلاف المشايخ ومن لا يجوز به يحتاج للفرق بينه وبين مالو باع الوصي مال اليتيم مثل قيمته من ( ٤٩٩ )

والفرق أن البيع معاوضة من كل وجه والوصي يملكها اذا لم يكن فيها غبن فاحش فاما المساواة فليست كذلك بل موازها بالمسلم فيه وبرأس مال السلم ولو كانت معاوضة من كل وجه كان استبدالاً بالمسلم فيه وبرأس المال وهو لا يصح واذا لم يكن مبادلة كانت كالمهبة بشرط العوض والوصي لا يملكها من مال اليتيم عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لابي يوسف فيجب أن يكون هذا أيضاً على ذلك وقوله ( ولا يجوز بيع الوصي ) واضح ولم يذكر ما اذا اشترى الوصي من مال الصغير شيئاً لنفسه أو باع من اليتيم شيئاً من ماله هل يجوز أولان كان فيه منفعة ظاهرة جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف في احدى الروايتين عنه

فان كانت التركة قد هلكت أو لم يكن بها و فاعلم يرجع بشئ كما اذا كان على الميت دين آخر قال ( وان قسم الوصي الميراث فأصاب صغيراً من الورثة عبد فباعه وقبض الثمن فهلك واستحق العبد يرجع في مال الصغير ) لانه تعامل له ويرجع الصغير على الورثة بحصته لانتفاض التهمة باستحقاق ما أصابه قال ( واذا احتال الوصي بمال اليتيم فان كان خيراً لليتيم جاز ) وهو أن يكون أملاً اذا لولا انه نظر به وان كان الأول أملاً لا يجوز لان فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه قال ( ولا يجوز بيع الوصي ولا شراؤه الا بما يتغابن الناس في مثله ) لانه لا ينظر في العين الفاحش بخلاف اليسير لانه لا يمكن التحرز عنه ففي اعتباره انسداد بابيه والصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة لانهم يتصرفون بحكم المالكية والاذن فك الجهر بخلاف الوصي لانه يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظراً في تقييد موضع النظر وعندهما لا يملكونه لان التصرف بالفاحش منه تبرع لا ضرورة فيه وهم ليسوا من أهله ( واذا كتب كتاب الشراء على وصي كتب كتاب الوصية على حدة وكتاب الشراء على حدة ) لان ذلك أحوط ولو كتب جملة عسى أن يكتب الشاهد شهادته في آخره من غير تفصيل فيصير ذلك جلاله على الكذب ثم قيل يكتب اشترى من فلان بن فلان ولا يكتب من فلان وصى فلان لما بينا وقيل لا بأس بذلك لان الوصية تعلم ظاهراً قال ( وبيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء الا في العقار ) لان الاب يلبى ما سواه ولا يلبى فكذا وصية فيه

المراد أنه لا يؤخذ من نفس الموصى شيء في حال حياته فوقع فيما وقع ( قوله لانهم يتصرفون بحكم المالكية والاذن فك الجهر ) قال صاحب العناية في حل هذا التعليل لانهم يتصرفون بحكم المالكية أي يتصرفون باهليتهم لا بأمر المولى لان الاذن فك الجهر فلم يكن تصرفهم نيابة عن أحد انتهى وأورد بعض الفضلاء على قوله لان الاذن فك الجهر بان قال فيه بحث فان الكلام كان عاماً للصبي المأذون والمكاتب انتهى أقول ليس هذا وارداً لاشك أن المدعي كان عاماً للصبي المأذون والمكاتب الا أن قوله لان الاذن فك الجهر يصلح أن يكون تعليلاً في حقهما أيضاً أما في حق الصبي المأذون فظاهر لان الاذن في حقه فك الجهر الثابت له بسبب صباه كأن الاذن في حق العبد المأذون فك الجهر الثابت له بسبب رقه كما تقر في كتاب المأذون وأما في حق المكاتب فلانه وان لم يكن مأذوناً صراحة الا أنه صار مأذوناً في ضمن عقد الكتابة لا محالة فان أداه بدل الكتابة بدون ثبوت الاذن له في الكسب محال والاذن في الشرع فك الجهر واسقاط الحق لا غير عندنا كما مر في أول كتاب المأذون فلا غبار

وتفسير المنفعة الظاهرة أن يبيع ما يساوي خمسة عشر بعشرة من الصغير ويشترى ما يساوي عشرة بخمسة عشر فصاعداً وعند محمد وعلى أظهر الروايتين عن أبي يوسف لا يجوز على كل حال ( وقوله والصبي المأذون له والعبد المأذون له والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة لانهم يتصرفون بحكم المالكية ) أي يتصرفون باهليتهم لا بأمر المولى لان الاذن فك الجهر فلم يكن تصرفهم فيه نيابة عن أحد بخلاف الوصي على ما ذكر في الكتاب عملاً بقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن قال ( واذا كتب كتاب الشراء على وصي ) هذا تعليم لكتاب الحقوق والشهود لئلا يفتنهم شهادة الزور وهو واضح وقوله ( لما بيننا ) اشارة الى قوله لان ذلك أحوط وقوله ( وبيع الوصي على الكبير الغائب ) قيد بالكبير لان الورثة اذا كانوا صغاراً جاز الوصي أن يبيع من تركه الميت ( قوله لان الاذن فك الجهر ) أقول فيه بحث فان الكلام كان عاماً للصبي المأذون والمكاتب

العروض والعقار على جواب السلف كما ذكرناه من قبل سواء كانوا حاضرين أو غيبا وقال المتأخرون انما يجوز الوصي بيع عقار الصغير اذا كان على الميت دين لا وفاقه الا من ثمن العقار او يكون للصغير حاجة لثمن العقار او يرغب المشتري في شرائه بضعف القيمة وقيد بالغبية لانهم اذا كانوا حاضرا ليس الوصي التصرف في التركة أصلا لكن يتقاضى ديون الميت ويقبض حقوقه ويدفع الى الورثة الا اذا كان على الميت دين أو وصي وصية ولم يقبض الورثة الديون ولم ينفذ الوصية من مالهم فانه يبيع التركة كلها ان كان الدين محبطا أو بمقدار الدين ان لم يحط وله بيع ما زاد على الدين أيضا عند أبي حنيفة خلافا لهما وتنفذ الوصية بمقدار الثلث ولو باع لتنفيذها شيئا من التركة جاز بمقدارها بالاجماع وفي الزيادة الخلاف المذكور في الدين وقوله (لان الاب يلى ماسواه) دليل المسئلة وهو واضح ولكن هذا المذكور حكيم المسئلة اذا لم يكن على التركة دين مستغرق فان كان وهو مستغرق فله أن يبيع الجميع لانه لا يمكنه قضاء الديون الا بالبيع فكان مأمورا بالبيع من جهة الموصي وان كان غير مستغرق يبيع بقدر الدين من المنقول والعقار والزيادة عليه من المنقول بالاتفاق ومن العقار أيضا عند أبي حنيفة خلافا لهما قال في منع بيع الزيادة ان جوازها للحاجة ولا حاجة الى بيع الزائدة فلا يجوز واستحسن أبو حنيفة فقال الولاية ههنا بسبب الوصاية وهي لا تجبر أمتي تثبت له الولاية في بيع البعض تثبت في الباقي ولان في بيع البعض اضرارا لتعيب الباقي (٥٠٠) فكان في بيع الكل توفيرا لمنفعة عليهم والوصي ولاية ذلك في نصب

الكبير ألا يرى أنه يملك الحفظ وبيع المنقولات حال غيبته لما فيه من المنفعة فان قلت قد علم حكم المسئلة اذا كانت الورثة كبارا بعبارة الكتاب واذا كانوا صغارا مفهوما فما حكمها اذا كانوا صغارا وكبارا قلت حكمها أن الكبار اذا كانوا غيبا وختل التركة عن دين ووصية فالوصي يبيع المنقول بالاجماع وبيع حصة الصغار من العقار وأما بيع حصة الكبار منه فله على الخلاف الذي

وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضا لانه لا يملكه الاب على الكبير الا أنا استحسننا لما أنه حفظ لتسارع الفساد اليه وحفظ الثمن أيسر وهو يملك الحفظ أما العقار فخص بنفسه قال (ولا يتجر في المال) لان المفوض انه الحفظ دون التجارة وقال أبو يوسف ومحمد وصي الاخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصي الاب في الكبير الغائب وكذا وصي الام ووصي المم وهذا الجواب في تركة هؤلاء لان وصيهم قائم مقامهم وهم يملكون ما يكون من باب الحفظ فكذا وصيهم في التعليل المزبور (قوله وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضا لانه يملكه الاب على الكبير) قال صاحب الكفاية قوله لانه لا يملكه الاب على الكبير في صورة التناقض لقوله لان الاب يلى ماسواه وينفص عنه بأن الاب لا يملكه بالولاية الحقيقية ويملكه بجهة الحفظ والنظر انتهى أقول ماذا ذكر في وجه التفصي عن التناقض ليس يتم لان الوصي أيضا لا يملك غير العقار على الكبير بالولاية الحقيقية بل انما يملكه عليه بجهة الحفظ والنظر كما يدل عليه وجه الاستحسان المذكور في الكتاب فان كان معنى قول المصنف وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضا أنه كان القياس أن لا يملكه الوصي بجهة الحفظ والنظر أيضا كما هو الظاهر من السابق والسابق لزم أن يكون معنى قوله لانه لا يملكه الاب على الكبير أي لا يملكه عليه بجهة الحفظ والنظر أيضا وهذا يناقض ما ذكره الشارح المزبور في وجه التفصي عن التناقض كما لا يخفى وان كان معنى ذلك كان القياس أن لا يملكه الوصي بالولاية الحقيقية وهو يشعر بأن يكون ذلك القياس متروكا مع أنه لم يترك قط اذ لم يقل أحد بان الوصي يملكه على الكبير بالولاية

مر وان اشتغلت بدين مستغرق يبيع المنقول والعقار جميعا وبغير مستغرق يبيع بقدر الدين من المنقول والعقار جميعا وفي الزيادة الخلاف وان كانوا حاضرا وكانت التركة خالية عن الدين يبيع حصة الصغار من العقار بالاجماع وفي بيع حصة الكبار الخلاف وان كانت مشغولة بدين مستغرق يبيع الكل وبغير مستغرق بقدره والزيادة على الخلاف وقوله (ولا يتجر في المال) ظاهر وقوله (وهذا الجواب في تركة هؤلاء) يعني الاخ والام والم وانما قيدت بركة هؤلاء لان وصي هؤلاء فيما تركه الاب ليس كوصي الاب في الكبير الغائب فان وصي الام لا يملك على الصغير يبيع ما ورثه الصغير عن أبيه العقار والمنقول في ذلك سواء لانه قائم مقام الام والام حال حياتها لا يملك يبيع ما ورثه الصغير المنقول والعقار المشغول بالدين والخالي عنه فكذلك وصيها وأما ما ورثه الصغير من الام فلو وصيها يبيع المنقول دون العقار لانه ولاية الحفظ وبيع المنقول من الحفظ دون العقار اذا لم يكن على التركة دين أو وصية أما اذا كان دين فان كان مستغرق فافله يبيع الكل ودخل يبيع العقار تحت ولايته لان يبيع العقار طريق قضاء الدين وقضاء الدين دخل تحت ولايته وان لم يكن مستغرقا يبيع بقدر الدين وأما بيع الزيادة على قدر الدين فعلى الاختلاف المار وهذا الجواب بعينه هو الجواب عن وصي الاخ والعم لانه كالا ولاية للام على الصغير في المال فكذا الولاية للاخ والعم عليه

(قال المصنف وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضا لانه لا يملكه الاب على الكبير) أقول يناقض ظاهره لقوله لان الاب يلى ماسواه وينفص عنه بأن الاب لا يملكه بالولاية الحقيقية ويملكه بجهة الحفظ والنظر كذا في الكفاية ولا يوافق قوله ولا يلى



قال (والوصى أحق بحال الصغير من الجسد) وقال الشافعي الجسد أحق لان الشرع أقامه مقام الاب حال عدمه حتى أحرز الميراث فيقدم على وصيه ولنا أن بالإيصاء تنتقل ولاية الاب اليه فكانت ولايته قائمة معني فيقدم عليه كلاب نفسه وهذا لان اختياره الوصى مع علمه بقيام الجسد على أن تصرفه أنظر لبنيه من تصرف أبيه (فان لم يوص الاب فالجسد بمنزلة الاب) لانه أقرب الناس اليه وأشفقهم عليه حتى يملك الانكاح دون الوصى غير أنه يقدم عليه وصى الاب في التصرف لما بيناه

**فصل في الشهادة** قال (واذا شهد الوصيان أن الميت أوصى الى فلان معهم فما الشهادة باطله) لانهم ماتهمان فيها لا يثبتان معينا لانفسهما قال (الأن يدعيها المشهود له) وهذا استحسان وهو في القياس كالاول لما ينمان التهمة وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصى ابتداء أو ضم آخر اليه ما برضاه بدون شهادتهما فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه أما الوصاية تثبت بنصب القاضي

الحقيقية فالوجه في تقريره هذا المحل ما ذكره الامام الزليعي في التبيين حيث قال وكان القياس أن لا يملك الوصى غير العقار أيضا ولا الاب كالأب على الكبر الحاضر الأتملا كان فيه حفظ ماله جاز استحسانا فإما يتسارع اليه الفساد لان حفظ ثمنه أيسر وهو يملك الحفظ فكذا وصيه وأما العقار فمحفوظ بنفسه فلا حاجة فيه الى البيع انتهى ثم ان بعض الفضلاء بعد أن نقل ما في الكفاية رده بوجه آخر حيث قال ولا يوافق قوله ولا يليه انتهى أقول هذا ساقط اذ لا نسلم أن قول المصنف فيما قبل ولا يليه لا يوافق ما في الكفاية من التوجيه فان معناه ولا يلي الاب العقار كما يلي غيره غيره حفظ ماله وهو يملك الحفظ وأما العقار فمحفوظ بنفسه فلا يليه وهذا لا ينافي ما في الكفاية بل يوافقه كما لا يخفى على ذي فطنة

**فصل الشهادة في الوصية** قال صاحب النهاية لما لم تكن الشهادة في الوصية أمرا مختصا بالوصية آخر ذكره لعدم عراقتها فيها انتهى واقتنى أثره صاحب العناية تفرقة عنه أقول ليس ذلك بسد ليدان الذي لا يختص بالوصية وإنما هو مطلق الشهادة أما الشهادة في الوصية فمختصة بها قطعاً لا معنى لقوله لما لم تكن الشهادة في الوصية أمراً مختصاً بالوصية كما لا يخفى والظاهر في وجه التأخير ما ذكره صاحب الغاية حيث قال وإنما أخذ ذكر الشهادة في الوصية لكونها عارضة غير أصلية لان الأصل عدم العارض انتهى (قوله وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصى ابتداء أو ضم آخر اليه ما برضاه بدون شهادتهما فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه أما الوصاية تثبت بنصب القاضي) قال صاحب النهاية فان قيل اذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج الى أن ينصب عن الميت وصيا آخر فاذا لم يكن له ذلك من غير شهادة فكذلك عند أداء الشهادة اذا تمكنت التهمة فيه قلنا القاضي وان كان لا يحتاج الى نصب الوصى لكن الموصى اليه متى شهد بذلك كان من زعمهما أنه لا تدبير لنا في هذا المال الا بالثالث فأشبهه من هذا الوجه ما لم يكن ثمرة وصى وهناك تقبل الشهادة فكذلك هنا كذا ذكره الامام المحمدي في باب القضاء بالشهادة من قضاء الجامع الصغير الى هنا لفظ النهاية واقتنى أثر ذلك جماعة من الشراح منهم صاحب العناية أقول كل من السؤال والجواب منظور فيه عندي أما السؤال فلا يحمله أصلاً فان الوصيين الذين نصبهما الميت اذا كانا جازين عن القيام بالوصية فالقاضي أن يضم اليهما وصياً آخر بل لا يرب كما تقرر في أوائل باب الوصى وما عدا ذلك واذا لم يكونا جازين عنه ولكن سألا القاضي أن يضم اليهما الآخر ورضي به الاخر فله أيضاً ان يضم اليهما الاخر كما صرح به في كثير من المعتمرات وأشار اليه المصنف هنا بقوله أو ضم آخر اليه ما برضاه قال تاج الشريعة في شرحه يعني لو سأل من القاضي أن يجعل هذا الرجل وصياً معهما برضاه فعلى القاضي أن يجيبهما في ذلك انتهى ثم ان هذا حال الضم الى الوصيين

وقوله (والوصى أحق بحال الصغير من الجسد الخ) ظاهر وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله ولنا أن بالإيصاء تنتقل ولاية الاب اليه الخ

**فصل في الشهادة**

قال في النهاية لما لم تكن الشهادة في الوصية أمراً مختصاً بالوصية آخر ذكره لعدم عراقتها فيها وقوله (واذا شهد الوصيان) ظاهر وقوله (وجه الاستحسان الخ) اعترض عليه بأنه اذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج الى أن ينصب عن الميت وصياً آخر فاذا لم يكن له ذلك من غير شهادة فكذلك عند أداء الشهادة اذا تمكنت فيه الشبهة وأجيب بأن القاضي وان كان لا يحتاج الى نصب الوصى لكن الموصى اليه متى شهد بذلك كان من زعمهما أنه لا تدبير لنا في هذا المال الا بالثالث فأشبهه من هذا الوجه ما لم يكن ثمرة وصى وهناك تقبل الشهادة فكذلك هنا ومعنى قبول الشهادة اسقاط مؤنة التعيين والوصاية تثبت بنصب القاضي

وقوله (وكذلك الابنان) معناه اذا شهدا أن الميت أوصى الى رجل وهو ينكر لهما يجران الى أنفسهم ما نفعان نصب حافظ للتركة (ولو شهدا) يعني الوصيين (لوارث صغير بشئ من مال الميت أو غيره وشهادتهما باطلة) لانهما يظهران ولاية التصرف لانفسهما في المشهود به قال (وان شهدا لوارث كبير في مال الميت لم يجزوا ن كان في غير مال الميت جاز) وهذا عند أبي حنيفة وقالوا ان شهدا لوارث كبير تجوز في الوجهين لانه لا يثبت لهما ولاية التصرف في التركة اذا كانت الورثة كبارا فعريت عن التهمة وله أنه يثبت لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث وتحققت التهمة

أربعة أوجه الأول ما اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين والثاني ما اتفقوا على عدم جوازه وهو الشهادة بالوصية بجزء شائع من التركة كالشهادة بالف مرسله أو بثالث المال والثالث ما اتفقوا على جوازه وهو أن يشهدا لرجلين بجماعة ويشهد المشهود لهما الشاهدان بوصية عبد والرابع وهو المذكور في الكتاب آخره وأن يشهدا لرجلين بعين ويشهد المشهود لهما الشاهدان بالف مرسله أو بثالث المال ومبني ذلك كله على تهمة الشركة فثبتت فيه التهمة لا تقبل فيه الشهادة وهو الثاني والرابع ومالم تثبت فيه التهمة قبلت كالثالث على ما ذكر في الكتاب

(قوله معطوف على المستثنى منه وهو قوله والشهادة باطلة) أقول يعني أنه معطوف عليه بعد تقييده بالشرط كما قيل في عطف قوله تعالى ولا يستأخرون

قال (وكذلك الابنان) معناه اذا شهدا أن الميت أوصى الى رجل وهو ينكر لهما يجران الى أنفسهم ما نفعان نصب حافظ للتركة (ولو شهدا) يعني الوصيين (لوارث صغير بشئ من مال الميت أو غيره وشهادتهما باطلة) لانهما يظهران ولاية التصرف لانفسهما في المشهود به قال (وان شهدا لوارث كبير في مال الميت لم يجزوا ن كان في غير مال الميت جاز) وهذا عند أبي حنيفة وقالوا ان شهدا لوارث كبير تجوز في الوجهين لانه لا يثبت لهما ولاية التصرف في التركة اذا كانت الورثة كبارا فعريت عن التهمة وله أنه يثبت لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث وتحققت التهمة

مطلقا وأما فيما نحن فيه فيجب على القاضي أن يضم الثالث اليهما البتة وان بطلت شهادتهما كما نص عليه في عامة المعبرات منها التبيين فانه قال فيه فاذا رت شهادتهما ضم القاضي اليهما الثالثان في ضمن شهادتهما اقرارا منهما وصى آخر معهما الميت واقرارهما حجة على أنفسهما فلا يتكذبان من التصرف بعد ذلك بدونه فصار في حقهما بمنزلة مالومات أحد الاوصاء الثلاثة ثم قال في بيان وجه الاستحسان في صورة قبول شهادتهما وجه الاستحسان أنه يجب على القاضي أن يضم اليهما الثالث على ما بينا نفا فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه فيكون وصيا معهما بنصب القاضي اياه انتهى ومنها المحيط فانه قال فيه قال في الاصل واذا كذبهما المشهود عليه أدخلت معهما رجلا آخر سوى المشهود عليه من مشايخنا من قال ما ذكر أنه يدخل معهما الثالث قول أبي حنيفة ومحمد وأما عند أبي يوسف لا يدخل معهما الثالث ومنهم من يقول لا بل المذكور في الكتاب قولهم جميعا وهو الظاهر فانه لم يتحدث فيه خلافا وان صدقهما وقال لا أقبل الوصية قال أدخلت معهما الثالث بخلاف ما لو قيل ثم أي فانه لا يعمل رده وابطأه الى هنا لفظ المحيط وأما الجواب فلان قياس ما نحن فيه على ما لم يكن ثم وصى بقوله وهناك تقبل الشهادة فكذلك هنا قياس مع الفارق اذ لا تهمة هناك وفيما نحن فيه تهمة كما بينوا وأيضا القاضي يحتاج هناك الى نصب الوصي وهنا لا يحتاج اليه في زعم المحيط فأين هذا من ذلك وبجهد المشابهة في جهة لا يصح القياس كما لا يخفى ثم ان بعض المتأخرين استشكل هذا القام وجه آخر فقال فيه ان وجوب كون المضموم هذا المدعي أثر شهادة المتهم مع أنه لا تقبل شهادة المتهم فكيف يترتب عليها أثر انتهى أقول هذا ليس بشئ لأن شهادة المتهم انما لا تقبل في اثبات حق شرعي وإيجابه لا في اسقاط شئ كونه التعيين فيما نحن فيه فان شهادتهما تسقط عن القاضي مؤنة التعيين وان لم تثبت الوصاية كما أشار اليه المصنف بقوله فتسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه أما الوصاية تثبت بنصب القاضي وكم من شئ يكون حجة في الدفع ولا يكون حجة في الاثبات كالاتصاف ونحوه فيجوز أن تكون شهادة المتهم أيضا كذلك فيترتب عليها أثر الدفع ولقد أفصح عنه صاحب الغاية هنا حيث قال وجه الاستحسان أن القاضي ملك نصب الوصي اذا كان طالب الموت معروفا فلا يثبت القاضي بهذه الشهادة ولاية لم تكن وانما أسقطت عنه مؤنة التعيين ومثاله أن القرعة ليست بحجة ويجوز استعمالها في تعيين الانصاء لدفع التهمة عن القاضي فصلحت دافعة لا موجبة فكذلك هذه الشهادة تدفع عنه مؤنة التعيين انتهى (قوله وكذلك الابنان) قال الشراح قوله وكذلك الابنان معطوف على المستثنى منه وهو قوله فالشهادة باطلة اه اقول تفسير المصنف قوله وكذلك الابنان بقوله معناه اذا شهدا أن الميت أوصى الى رجل وهو ينكر بقتضى أيضا بظاهره أن يكون قوله وكذلك الابنان معطوفا على قوله فالشهادة باطلة لان الحكم في صورة الانكار بطلان الشهادة لا غير لكن لم يظهر لي مادعاهم الى جعل قوله وكذلك الابنان معطوفا على المستثنى منه فقط دون مجموع المستثنى والمستثنى منه مع صحة المعنى في الثاني أيضا وزيادة الافادة اذ يصير المعنى ان ذلك وكذلك حكم شهادة الابنين في صورة أن ينكر المشهود له ما شهد به وفي صورة أن يدعيه فان شهادتهما

بمخلاف شهادتها في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الاب عنه لان الميت أقامه مقام نفسه في تركته  
 لاني غيرها قال (واذا شهد رجلان لرجلين على ميت بدين ألف درهم وشهد الاخران للاولين بعمل  
 ذلك جازت شهادتهما فان كانت شهادة كل فريق للاخر بوصية ألف درهم لم تجز) وهذا قول أبي  
 حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا تقبل في الدين أيضا وأبو حنيفة فيما ذكر الخصاص مع أبي يوسف  
 وعن أبي يوسف مثل قول محمد وجه القبول أن الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا  
 شركة ولهذا الوترع أجنبي بقضاء دين أحدهما ليس للأخر حق المشاركة وجه الرد أن الدين بالموت  
 يتعلق بالتركة اذ الذمة خربت بالموت ولهذا الواستوفي أحدهما حقه من التركة يشاركه الاخر فيه  
 فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة بخلاف حال حياة المدين لانه في الذمة لبقائها  
 لاقى المال فلا تتحقق الشركة قال (ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بحاربه وشهد المشهود  
 لهما أن الميت أوصى الشاهدين بعبد جازت الشهادة بالاتفاق) لانه لا شركة فلا تهمة (ولو شهدا أنه  
 أوصى لهذين الرجلين بثلث ماله وشهد المشهود لهما أنه أوصى للشاهدين بثلث ماله فالشهادة باطلة  
 وكذا اذا شهد الاولان أن الميت أوصى لهذين الرجلين بعبد وشهد المشهود لهما أنه أوصى  
 للاولين بثلث ماله فهي باطلة) لان الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة

وأما الوجه الاول فقد وقع  
 الاختلاف فيه بناء على ذلك  
 أيضا فوجه القبول وهو  
 الذي ثبت عليه الامام محمد  
 ولم يطرأ أن الدين يجب في  
 الذمة وهي قابلة لحقوق  
 شتى فلا شركة ولهذا الوترع  
 أجنبي بقضاء دين أحدهما  
 ليس للأخر حق المشاركة  
 ووجه الرد أن الدين بالموت  
 يتعلق بالتركة لخرب الذمة  
 به ولهذا الواستوفي أحدهما  
 حقه من التركة شاركه  
 الاخر فيه فكانت الشهادة  
 مثبتة حق الشركة فتحققت  
 التهمة بخلاف حال حياة  
 المدين لانه في الذمة  
 لبقائها لاقى المال فلا  
 تتحقق الشركة

تبطل في الصورة الاولى وتقبل في الصورة الثانية استحسانا وهذا جيد جدا فان جواب مسألة  
 شهادة الابنين كجواب مسألة شهادة الوصيين في صورتين معا كما صرح به في عامة الكتب وأما اذا  
 جعل قوله وكذلك الابن معطوفا على المستثنى منه فقط يلزم أن تكون احدي صورتين مسألة  
 شهادة الابنين متروكة البيان في الكتاب الكلية من غير ضرورة ولا يخفى ما فيه فالحق عندي أنه معطوف  
 على المجموع لا محالة (قوله بخلاف شهادتها في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الاب عنه لان  
 الميت أقامه مقام نفسه في تركته لاني غيرها) أقول لقائل أن يقول هذا التعليل يقتضي أن تجوز  
 شهادتهم ما لو ارت صغير أيضا في غير تركته الميت عند أبي حنيفة لجر بانه بعينه هناك أيضا مع أن عدم  
 جواز شهادتهم ما لو ارت صغير بشئ من تركته الميت وغيرها تنفق عليه كما مر في الكتاب آنفا قليلا من  
 في الدفع (قوله واذا شهد رجلان لرجلين على ميت الى آخر الفصل) قال في العناية جنس هذه  
 المسائل أربعة اوجه الاول ما اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين والثاني ما اتفقوا على عدم جوازه وهو  
 الشهادة بالوصية بخبر شائع من التركة كالشهادة بالف مسألة أو بثلث المال والثالث ما اتفقوا  
 على جوازه وهو أن يشهدا لرجلين بجارية ويشهد المشهود لهما للشاهدين بوصية عبد والرابع  
 وهو المذكور في الكتاب آخرها وأن يشهدا لرجلين بعين ويشهد المشهود لهما للشاهدين بألف مرسلة  
 أو بثلث المال وبني ذلك كله على تهمة الشركة فثبت فيه التهمة لا تقبل الشهادة فيه وهو الثاني  
 والرابع وما لم يثبت فيه التهمة قبلت كافي الثالث على ما ذكر في الكتاب وأما الوجه الاول فقد وقع  
 الاختلاف فيه بناء على ذلك أيضا انتهى أقول تقسيم صاحب العناية وتقريره هنا مختل لانه ان أراد  
 بالوجه الاقسام الكلية فهي ثلاثة لا غير أحدها ما اتفقوا على جوازه وثانها ما اتفقوا على عدم  
 جوازه وثالثها ما اختلفوا فيه وما عدوه وجها رابعا دخل في القسم الثاني لا محالة وان أراد بها الامثلة  
 فهي خمسة لا أربعة كما يدل عليه عبارة الكتاب فلا وجه لجعل الاثنين منها وجها واحدا على أن  
 قوله الاول ما اختلفوا فيه والثاني ما اتفقوا على عدم جوازه والثالث ما اتفقوا على جوازه لا يساعد  
 كون مراده بالوجه هو الامثلة بل يقتضي كون مرادها هو الاقسام الكلية المذكورة كما لا يخفى ثم ان  
 صاحبي النهاية والكفاية وان ذهبوا أيضا الى كون الوجه في جنس هذه المسائل الاربعة الا أن تقريرهما  
 لا ينافي كون المراد بالوجه هو الامثلة والمسائل دون الاقسام الكلية والاصول كما ينافيه تقرير

كتاب الخنثى

فصل في بيانه قال (واذا كان للولد فرج وذكور فهو خنثى فان كان يبول من الذكور فهو

صاحب العناية فانما قال فيه وجنس هذه المسائل على أربعة أوجه في الوجه الاول تقبل الشهادة بالاجماع وهو ان يشهد الرجلان بوصية عين رجلين كالعبد ويشهد الموصى لهما لهذين الشاهدين بوصية عين أخرى كالجارية لانه لا شركة للشهود فيه فلا تمكن التهمة وفي الوجه الثاني لا تقبل بالاجماع وهو ان يشهد الرجلان بوصية بجزء شائع كالوصية بثلث ماله ويشهد المشهود لهما للشاهدين بأف مرسلة أيضا وفي الوجه الثالث لا تقبل أيضا وهو ان يشهد الرجلان ان الميت أوصى لهذين الرجلين بعين كالعبد ويشهد المشهود لهما ان الميت أوصى للشاهدين الاولين بثلث ماله لان الشهادة مثبتة للشركة وفي الوجه الرابع اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين انتهى بتدبيرتهم ثم ان الحق ان تثبت القسمة هنا كما فعله الفقهاء او الميت في كتاب نكحت الوصايا حيث قال واذا شهد أربعة نفر شهد هذان لهذين وهذان لهذين على الميت فان هذا على ثلاثة أوجه وفي وجه تقبل شهادتهما بالاتفاق وفي وجه لا تقبل بالاتفاق وفي وجه اختلفوا فيه ثم فصل كل وجه بأمثلته ودليله وكما فصله شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي للحاكم الشهيد حيث قال وههنا ثلاثة فصول أحدها ما لا تقبل فيه الشهادة بالاتفاق والثاني ما تقبل فيه الشهادة بالاتفاق والثالث ما اختلفوا فيه وبين كل واحد منها تأمل

كتاب الخنثى

قال في النهاية لما فرغ من بيان أحكام من له آلة واحدة في المبال من آتى النساء والرجال شرع في بيان أحكام من له آتان فيه وقدم ذكر الاول لما أن الواحد قبل الاثنان أو لان الاول هو الاعم والاعلم وهذا كالتاد فيه انتهى أقول فيه بحث أما أول فلان ما ذكر في الكتب السالفة من الاحكام ليس بخصوص عين له آلة واحدة بل بعم من له آلة واحدة ومن له آلتان ألا يرى أن الاحكام المارة في كتاب الوصايا بما سلا جارية بأمرها في حق الخنثى أيضا وكذلك الحال في أحكام سائر الكتب المقدمة كلها أو كلها فإما معنى قوله لما فرغ من بيان أحكام من له آلة واحدة شرع في بيان أحكام من له آلتان وأما ثانيا فلان قوله شرع في بيان أحكام من له آلتان ليس بتمام إذ جعل المصنف لكتاب الخنثى فصلين ووضع الفصل الاول لبيانها والفصل الثاني لأحكامه حيث قال فصل في بيانه ثم قال فصل في أحكامه فهو في هذا الكتاب إنما شرع حقيقة في بيان من له آلتان لافي بيان أحكامه وإنما ذكر أحكامه في الفصل الثاني بعد أن ذكر بيان نفسه في الفصل الاول وان صح أن يقال شرع في أحكامه أيضا بتأويل ما فهمنا معنى تخصيص الشروع بالتاني في قوله شرع في بيان حكم من له آلتان ويمكن التوجيه بعناية فتأمل وقال في العناية لما فرغ من بيان أحكام من غلب وجوده ذكر أحكام من هو نادر الوجود انتهى أقول يتجه عليه أيضا ما ذكرناه آنفا من البحث الاول بل بعض البحث الثاني أيضا فتأمل وقال في غاية البيان آخر كتاب الخنثى لوقوعه نادر لان الاصل أن يكون لكل شخص آلة واحدة إما آلة الرجل وإما آلة الأنتى واجتماع الاثنين في شخص واحد في غاية الندرة ولكن قد يقع ذلك فيحتاج الى بيان حكمه فلاجل هذا ذكره وأخره عن سائر الكتب لندرة وقلة الاحتياج الى بيانه اه أقول هذا جيد الاقوله وقلة الاحتياج الى بيانه فان ما يكون نادر الوقوع وخلاف المعتاد يكون أحوج الى البيان لكونه بعيدا عن الأذهان موقوف فاحاله على أمر خفي وعن هذا قال في النهاية ومن محاسن أحكام الخنثى ترك الإهمال في البيان وان

ندر وجوده في الأزمان

فصل في بيانه قال صاحب العناية فان قبل الفصل انما يذكر لقطع شئ من شئ آخر باعتبار

كتاب الخنثى \*  
فصل في بيانه

لما فرغ من بيان أحكام من غلب وجوده ذكر أحكام من هو نادر الوجود ذكر في المغرب أن تركيب الخنثى يدل على لين وتكسر ومنه الخنثى وخنثى في كلامه فان قيل الفصل إنما يذكر لقطع شئ من شئ آخر باعتبار نوع مغايرة بينهما وههنا لم يتقدم شئ فما وجه ذكر الفصل قلت كلامه في قوة أن يقال هذا الكتاب فيه فصلان فصل في بيان الخنثى وفصل في أحكامه وما ذكرت فانما هو في وقوعه في التفصيل لافي الاجال (قال واذا كان الخنثى أي قال القدوري اذا كان للولد فرج وذكور فهو خنثى والتظاهر أن الواو الواقعة في أول الكلام للاستئناف وكلامه ظاهر

غلام وان كان يقول من الفرج فهو أنثى) لان النبي عليه السلام سئل عنه كيف يوزن فقال من حيث يقول وعن علي رضي الله عنه مثله ولان البول من أى عضو كان فهو دلالة على أنه هو العضو الاصلى الصحيح والاخر بمنزلة العيب (وان بال منهما فالحكم للاسبق) لان ذلك دلالة أخرى على أنه هو العضو الاصلى (وان كانا في السبق على السواء فلامعتبر بالكثرة عند أى حسنة وقالوا ينسب الى أكثرهما بولا) لانه علامة قوة ذلك العضو وكونه عضوا أصليا ولان لاكثر حكم الكل في أصول الشرع فيستخرج بالكثرة وله أن كثرة الخروج ليس يدل على القوة لانه قد يكون لاتساع في أحدهما وضيق في الآخر وان كان يخرج منهما على السواء فهو مشكل بالاتفاق لانه لا مرجح قال (واذا بلغ الخنثى وخرجت له لحية أو وصل الى النساء فهو رجل) وكذا اذا احتلم كاحتلم الرجل أو كان له ثدى مستولان هذه من علامات الذكران (ولو ظهر له ثدى كثدى المرأة أو نزل له لبن في ثديه أو حاض أو حبلى أو أمكن الوصول اليه من الفرج فهو امرأة) لان هذه من علامات النساء (وان لم يظهر احدى هذه العلامات فهو خنثى مشكل) وكذا اذا تعارضت هذه المعالم

**فصل في أحكامه** قال رضي الله عنه الاصل في الخنثى المشكل أن يؤخذ فيه بالاحوط والاثوق في أمور الدين وأن لا يحكم بشيئ من حكم وقع الشك في ثبوته قال (واذا وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء) لاحتمال أنه امرأة فلا يتخلل الرجال كي لا يفسد صلاتهم ولا النساء لاحتمال أنه رجل فتفسد صلاته

فوع مغايرة بينهما وهنالم يتقدم شئ فواجهه ذكر النصل فلت كلامه في قوة أن يقال هذا الكتاب فيه فصلان فصل في بيان الخنثى وفصل في أحكامه وما ذكرت فاتها هو في وقوعه في التفصيل لافي الاجمال اه وقال بعض المتأخرين بعد نقل هذا السؤال والجواب ولك أن تقول انفصال طائفة من المسائل عن أخرى منها يستلزم انفصال الاخرى عن الاولى فاذا عنونت الثانية بالفصل كما هو المعتاد كان ذلك في قوة تعنون الاولى به أيضا وان لم يصرح به في العادة لكن صرح به هنا اشارة في أول الوهلة الى أن هنا فصلا آخر يذ كر بعينه وهو ما ذكره بقوله فصل في أحكامه فنامل انتهى أقول هذا كلام خارج عن سنن السداد أما أول افلان الفصل انما يذ كر لقطع شئ من شئ آخر تقدم عليه لا لقطعه من شئ آخر مطلقا وقد اشار اليه صاحب العناية بقوله وهنالم يتقدم شئ فواجهه ذكر الفصل فاستلزم انفصال طائفة من المسائل عن أخرى منها انفصال الاخرى عن الاولى انما يقتضى تحقق معنى الانفصال مطلقا في الاولى لا لتحقيق الانفصال عما تقدم في الاولى أيضا كالأبختى والفصل انما يذ كر لقطع شئ من شئ آخر تقدم عليه فلا يتم التقريب وأما ثانيا فلانه كيف يحصل بالتصريح بالفصل هنا الاشارة في أول الوهلة الى أن هنا فصلا آخر يذ كر بعينه وذ كر فصل لا يقتضى ذ كر فصل آخر لافي اللغة ولا في العرف والالزم أن يقتضى ذ كر فصل في أحكامه ذ كر فصل آخر أيضا بعينه ولم يذ كر بعده فصل آخر قطعا وعن هذا تراهم يذ كرون في كثير من المواضع فصلا واحدا ولا يذ كرون بعده فصلا آخر أصلا

**فصل في أحكامه** أى في أحكام الخنثى المشكل وهو الذى لم تظهر فيه احدى العلامات وتعارضت العلامات لان غير المشكل اما أن يكون رجلا أو امرأة وحكم كل واحد منهما معلوم فيما مضى من الكتب على وجه التفصيل (قوله واذا وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء) هذا لفظ القدورى في مختصره قال المصنف في تعليقه (لاحتمال انه امرأة فلا يتخلل الرجال كي لا يفسد صلاتهم ولا النساء لاحتمال انه رجل فتفسد صلاته) أقول في محروبه هذا التعليل نوع خلل لان قوله ولا

وقوله (فهو دلالة على أنه هو العضو الاصلى الصحيح) وجه الدلالة أن الله تعالى خلق في الحيوان كل عضو لمنفعة ومنفعة هاتين الآتين عند الانفصال من الام ليست الاخرى البول منهما وما سوى ذلك من المنافع يحدث بعد ذلك فعرفتا أن المنفعة الأصلية للآلة كونها مابلا فاذا بال من أحدهما عرف أن الآلة التى هى للفصل فى حقه هذه والاخر زيادة خرق فى البدن فكان بمنزلة العيب والباقي ظاهر وحاصله ان ظهرت علامة الرجال فهو رجل وان ظهرت علامة النساء فهو امرأة وان لم يظهر شئ أو تعارضت الامارات فهو خنثى مشكل وهذا يرفع ما يقال لاشكال بعد البلوغ الا انذار يديه الغالب

**فصل في أحكامه** لما كان الغرض من ذكر الخنثى معرفة أحكام الخنثى المشكل لان غير المشكل اما أن يكون رجلا أو امرأة وحكم كل واحد منهما معلوم ذكر في هذا الفصل أحكامه فقال (الاصل فى الخنثى المشكل) ولم يقل المشككة لانه لما لم يعلم تذكيره وتأنيبه والاصل هو الذ كر لان حواء خلقت من ضلع آدم اعتبره

اعادة الصلاة ولم يقل  
 بالوجوب والاخذ بالاحتياط  
 في باب العبادات اولى لان  
 المسقط وهو الاداء معلوم  
 والمفسد وهو محاذاة الرجل  
 المرأة في صلاة مشتركة  
 موهوم فالوهم أحب له  
 ان يعيد الصلاة فان قيل  
 الخشي اذا كان مرافقا  
 فلا اعادته عليه وان افسدها  
 فان كان بالغيا فلا اعادته  
 واجبة لانه ان كان ذكرا  
 وجب الاعادة وان كان  
 انثى لا يلزمه فوجب احتياط  
 فما وجه قوله أحب الى  
 ان يعيد أحب بان  
 مراده اذا كان مرافقا  
 فالاعادة مستحبة تخلفا  
 واعتيادا واما اذا كان  
 بالغيا فالاعادة واجبة كذا  
 في الذخيرة فعلى هذا  
 التقدير تكون اعادته من  
 على عينه وبساره وخلفه  
 وبحدائه اذا قام في صف  
 الرجال واجبة لكن ذكر  
 في المبسوط ان المراد  
 بالاعادة هو الاعادة على  
 طريق الاستحباب لما بنا  
 ان محاذاة الرجل المرأة  
 في حقهم موهوم وقوله  
 (وأحب البنائ ان يصلي  
 بقناع) يعنى اذا كان  
 مرافقا واما اذ بلغ بالنس  
 فذلك واجب وقوله (وهو  
 على الاستحباب) يعنى اذا  
 كان غير بالغ واما اذ بلغ  
 بالنس ولم يظهر فيه شئ من علامات الرجال والنساء فالاعادة واجبة وقوله (لانه يباح له لو كره النظر اليه

(فان قام في صف النساء فاحب الى ان يعيد صلاته) لاحتمال انه رجل (وان قام في صف الرجال  
 فصلاته تامة ويعيد الذي عن عينه وعن يساره والذي خلفه بمحذاته صلاتهم احتياطاً) لاحتمال أنه  
 امرأة قال (وأحب البنائ ان يصلي بقناع) لانه يحتمل أنه امرأة (ويجلس في صلاته جلوس المرأة)  
 لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها لان السترة على  
 النساء واجب ما يمكن (وان صلى بغير قناع أمرته ان يعيد) لاحتمال أنه امرأة وهو على الاستحباب  
 وان لم يعبد أجزاءه (وتبتاع له أمة تختنه ان كان له مال) لانه يباح له لو كره النظر اليه  
 النساء عطف على الرجال في قوله فلا يتخلل الرجال وقوله فلا يتخلل الرجال متفرع على قوله لاحتمال أنه  
 امرأة لانه معطوف فيلزم ان يكون قوله ولا النساء متفرعا ايضا على قوله لاحتمال أنه امرأة لان المعطوف  
 في حكم المعطوف عليه بالنظر الى ما قبله فيصير الحاصل لاحتمال أنه امرأة فلا يتخلل الرجال ولا النساء  
 ولا شك أنه لا معنى لتفرع عدم تخلله النساء على قوله لاحتمال أنه امرأة اذا لا تأثير لاحتمال أنه امرأة في عدم  
 تخلله النساء بل مجرد احتمال انه امرأة مما يجوز تخلله النساء وانما التأثير في عدم تخلله النساء لاحتمال انه  
 رجل وكان صاحب الكافي ذاق هذه الشاعة فغير يحجر بالمنصف في التعليل حيث قال وان وقف خلف  
 الامام قام بين صف الرجال والنساء فلا يتخلل الرجال حتى لا يفسد صلاتهم لاحتمال انه امرأة ولا يتخلل  
 النساء حتى تفسد صلاته لاحتمال انه رجل انتهى (قوله فان قام في صف النساء فاحب الى ان  
 يعيد صلاته لاحتمال انه رجل) هذا لفظ محمد في الاصل قال جمهور الشراح انما قال باستحباب اعادة  
 الصلاة دون الوجوب والاخذ بالاحتياط في باب العبادات واجب لان المسقط وهو الاداء معلوم  
 والمفسد وهو محاذاة الرجل المرأة في صلاة مشتركة موهوم فالتوهم أحب له ان يعيد الصلاة  
 انتهى وعزاه في النهاية والكفاية الى المبسوط أقول فيه نظر اذ لا يذهب على ذى فطانة أن كون المفسد  
 موهوما لا يرفع وجوب اعادة الصلاة عند تقرر كون الاخذ بالاحتياط واجبا في باب العبادات كما صرحوا  
 به فان الاحتياط يقتضى الاحتراز عن الموهوم أيضا فالظاهر عندي ما ذكر في الذخيرة ونقله الشراح  
 هنا عنها وهو ان قوله فاحب الى ان يعيد صلاته فيما اذا كان الخشي المشكل مرافقا فان الاعادة مستحبة  
 في حقه تخلفا واعتيادا واما اذا كان بالغيا فالاعادة واجبة لانه ان كان ذكرا كان عليه الاعادة  
 وان كان انثى لم تلزمه الاعادة فوجب الاعادة احتياطاً على ما هو الحكم في باب العبادات (قوله ويجلس في  
 صلاته جلوس المرأة لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة وان كان امرأة فقد ارتكب  
 مكروها لان السترة على النساء واجب ما يمكن) أقول في هذا التعليل كلام وهو انه ان أراد بقوله  
 وهو جائز في الجملة أنه جائز بلا عذر فهو ممنوع بل مكروه وان أراد به أنه جائز بعذر كما صرح به في الكافي  
 حيث قال وهو جائز في الجملة عند العذر وكما صرح به في المبسوط والذخيرة وبين وجه العذر هنا  
 حيث قال لان الرجل يجلس كذلك عند العذر واشتباه الحال من أين الاعتذار انتهى فهو مسلم لكن  
 يرد حينئذ على قوله وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها ان يقال ارتكاب المكروه أيضا جائز عند  
 العذر واشتباه الحال من أين الاعتذار الرخصان في جلوسه جلوس المرأة فتأمل في الدفع (قوله  
 وتبتاع له أمة تختنه ان كان له مال لانه يباح له لو كره النظر اليه رجلا كان أو امرأة) قال صاحب  
 النهاية هذا التعليل وان كان صحيحا في حق الرجل ولكن هو فاسد في حق المرأة لان الامة لا يباح  
 لها النظر الى مواضع العورة من سيدتها مطلقا لانه ذكر في استحباب المبسوط أن للامة أن تنظر الى  
 مولاتها كالأجنبيات فلهذا لا تأثير للآث في اباحة النظر الى سيدتها والاولى في التعليل  
 هنا ما ذكر في المبسوط والذخيرة فقال لانه متى اشترى الولي جارية للغنى فانه يملكها للغنى ثم ان كان

رجلا كان أو امرأة) قيل فيه نظر لأنه وإن كان صحيحا في حق الرجل لكنه فاسد في حق المرأة لأن الأمة لا يباح لها النظر إلى مواضع العورة من سيدتها بل لها أن تنظر من مولاتها إلى مالها أن تنظر إليه من الاجنبيات والصواب في التعليل وإن كان أنى فإنه نظر الجنس إلى الجنس وهو أحق منه إلى خلاف الجنس فليس للثلاث تأثير في إباحة نظر المملوكة إلى سيدتها فإن قيل فلوزوجه المولى امرأة بغير يسر أغنته عن شراء الجارية بثمن كثير لحصول ما هو المقصود على هذا التقدير أجيب بأن محمد الم يقل ذلك لعدم التيقن بصحة النكاح ما لم يتبين أمره ومع هذا لو فعل كان صحيحا لأن الخنثى إن كان امرأة فهذا نظر الجنس إلى الجنس والنكاح لغروان كان ذلك رافعا ونظر المتكوفة إلى زوجها (٥٠٧) وقوله وبكرهه في حياته ليس

الحرير) قيل لا فائدة لقوله  
 بحياته فإنه لا لبس بعد  
 المسوت وأما هو باللبس  
 فكان معناه مفهوما من  
 قوله لبس وهو مناقشة  
 سهلة لأنه ليس كل ما يدكر  
 في الترايب يكون قيدا  
 للإخراج لجواز أن يكون  
 بعضها سائنا للواقع وإنما  
 كره ذلك لأن لبس الحرير  
 حرام على الرجال دون النساء  
 وحاله لم يتبين بعد فبوخذ  
 بالاحتياط فإن الاجتناب  
 عن الحرام فرض والاقدم  
 على المباح مباح فيكره  
 اللبس حذرا عن الوقوع في  
 الحرام وقوله (وأن يتكشف  
 قدام الرجال أو قدام  
 النساء) يعني إذا كان  
 مرافقا والمراد بالانكشاف  
 هو أن يكون في أزار واحد  
 لا إبداء موضع العورة لأن  
 ذلك لا يحل لغير الأنثى أيضا  
 وهذه المسئلة تدل على أن  
 نظر المرأة إلى المرأة كنظر  
 الرجل إلى ذوات محارمه  
 لا كنظر الرجل إلى الرجل  
 لأنه لو كان كنظر الرجل إلى الرجل لجازله التكشف للنساء في أزار واحد

رجلا كان أو امرأة وبكرهه أن يختنه رجل لأنه عساه أنى أو تختنه امرأة لأنه لعله رجل فكان الاحتياط  
 فيما قلنا (وإن لم يكن له مال ابتاعه الامامة من بيت المال) لأنه أعدت نوايب المسلمين (فإذا اختنته  
 بأعماها وردت في بيت المال) لوقوع الاستغناء عنها (وبكرهه في حياته لبس الخلى والحرير وأن يتكشف  
 قدام الرجال أو قدام النساء)

الخنثى ذكرنا فهذا نظر المملوكة إلى مالها وإن كان الخنثى أنى فإنه نظر الجنس إلى الجنس وأنه مباح  
 حالة العذر فعمل بهذا أن شراء الجارية له على تقدير أن يكون الخنثى أنى باعتبار أن نظر الجنس إلى  
 الجنس أخف من نظره إلى خلاف الجنس لأن يكون للثلاث تأثير في إباحة نظر المملوكة إلى سيدتها إلى  
 هنا لفظ النهاية وقال صاحب الغاية بعد أن نقل اعتراض صاحب النهاية على تعليل المصنف وفيه  
 نظر لأن ذلك في حالة الاختيار لا في حالة العذر ولهذا أو أصاب المرأة قرح أو جرح في موضع لا يحل  
 النظر إليه نداء به المرأة وكذا نظر القابلة إلى فرج المرأة وقت الولادة يحل فإذا جاز النظر بالعذر فاقامة  
 السنة أيضا عذر جاز لها أن تنظر إلى فرجها انتهى أقول نظر مساقط أذ بشرتها في جواز النظر بالمذرا إلى  
 موضع العورة من الأمة المرأة والحرة والمملوكة وغير المملوكة فلم يكن للثلاث تأثير في إباحة نظر المملوكة  
 إلى سيدتها أصلا وتعليل المصنف بقوله لأنه يباح لمملوكة النظر إليه رجلا كان أو امرأة يشعر  
 لإحالة بتأثير الملك في إباحة النظر إلى سيدتها كثائره في إباحة النظر إلى سيدتها فيرد عليه ما قاله صاحب  
 النهاية من أن هذا صحيح في حق الرجل فاسد في حق المرأة وعن هذا أمضاء جماعة من الشراح منهم  
 صاحب العناية وقال صاحب الكافي في التعليل لأنه يباح لمملوكة النظر إلى ذكراه إن كان رجلا  
 (قوله وبكرهه في حياته لبس الخلى والحرير) قال صاحب النهاية وليس في قيد قوله في حياته زيادة  
 فائدة لأن الحياة تستفاد من ذكر اللبس ومن ذكر اختصاص الكراهة لما أن بعد الموت لو وجد  
 ذلك اللباس لا لبس والكراهة بعد الموت للباس لا لبس وقد اتقى أثره صاحب الكفاية ومعراج  
 الغزبية وقصد صاحب العناية بذلك فقال بعد نقله وهو مناقشة سهلة لأنه ليس كل ما يدكر في الترايب  
 يكون قيدا للإخراج لجواز أن يكون بعضها سائنا للواقع انتهى أقول ليس هذا بشئ لأن حاصل  
 دخل صاحب النهاية أن قوله في حياته قيد مستدرك لأفائدة قيسه هنا لا تفهام معناه مما ذكر فيما قبله  
 وما بعده ولا ذهب عليك أن كونه سائنا للواقع لا يدفع استدراكه وعدم الفائدة في ذكراه إذا كان  
 الواقع ميبنا بدونه فالوجه في الاعتذار عن ذكره ما ذكره هؤلاء الشراح أنفسهم حيث قالوا الآن  
 المصنف تسع في ذلك لفظ المسوط وإنما وقع في لفظ المسوط ذلك لأنه كره هذه المسئلة بعد ذكر  
 تكفين الخنثى إذا مات فكان ذكر الحياة هناك لتبيين المقابلة لا لتقيدها انتهى (قوله وأن يتكشف قدام  
 الرجال أو قدام النساء) قال جمهور الشراح وهذه المسئلة تدل على أن نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل

(قوله قيل فيه نظر إلى قوله فليس للثلاث تأثير في إباحة نظر المملوكة إلى سيدتها) أقول نعم الأمر كما قال وقد مر تفصيله في كتاب  
 الكراهية في مسائل النظر لأنه يمكن أن يحجب عنه بأن مراد المصنف من قوله لأنه يباح للمملوكة النظر إليه رجلا كان أو امرأة  
 إباحة النظر لسيدتها مطلقا وسيدتها بالضرورة في حين تدفع الأشكال بالكلية (قوله يعني إذا كان مرافقا إلى قوله لأن ذلك لا يحل  
 لغير الخنثى أيضا) أقول إذا كان الكلام في المراهق فإفعاله لا يوصف بالحلل والحرمه

وقوله (وأن يخلو به) أي يكره أن يخلو به (غير محرم من رجل أو امرأة) أقوله صلى الله عليه وسلم ألا يجالون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان نالتهما الشيطان وأمره في ذلك محتمل نظر الى حاله وقوله (لا علم لي في لباسه) يعني لاشتد حاله وعدم المرحم وقول محمد ظاهر وقوله (لما قلنا) إشارة الى قوله لان الخنث لا يثبت بالشد وقوله (وان قال بالقولين) يعني أن يقول كل عبد لي وكل أمة لي فهو حر وقوله (لانه ليس بمحمل) يعني أنه في الواقع ليس بمحمل عن أحد الخالين وقوله (لانه دعوى يخالف قضية الدليل) لانه يقتضي بقاء الاشكال وهو لا يعلم في ذلك من نفسه خلاف ما لم يعلم به غيره وقوله (ينبغي أن يقبل انما قال بلفظ ينبغي لان حكمه غير مذكور فلم يتحقق به) وقوله لان حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء أي غسل الرجل (٥٠٨) المرأة وعكسه غير ثابت في الشرع فان لنظر الى العورة حرام والحرمه لم تنكشف بالموت

وأن يخلو به غير محرم من رجل أو امرأة وان يسافر من غير محرم من الرجال) بوقوع احتمال المحرم (وان أحرم وقد راق قال أبو يوسف لا علم لي في لباسه) لانه ان كان ذلك كرايكرمه ليس الخيط وان كان أنني يكرمه تركه (وقال محمد بلبس لباس المرأة) لان تركه ليس الخيط وهو امرأة أخش من لبسه وهو رجل ولا شيء عليه لانه لم يبلغ (ومن حلف بطلاق أو عتاق ان كان أول ولد تلديه غلاما فولدت خنثي لم يقع حتى يستبين أمر الخنثي) لان الخنث لا يثبت بالشد (ولو قال كل عبد لي حراً وقال كل أمة لي حرة وله مملوك خنثي لم يقع حتى يستبين أمره) لما قلنا (وان قال القولين جميعا عتق) للتيقن باحد الوصفين لانه ليس بمحمل (وان قال الخنثي أنا رجل أو أنا امرأة لم يقبل قوله اذا كان مشكلا) لانه دعوى يخالف قضية الدليل (وان لم يكن مشكلا ينبغي أن يقبل قوله) لانه أعلم بحاله من غيره (وان مات قبل أن يستبين أمره لم يغسله رجل ولا امرأة) لان حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء فيتوقى لاحتمال الحرمة وبیم بالصعيد) لتعذر الغسل (ولا يحضران كان مرأها غسلا رجل ولا امرأة) لاحتمال أنه ذكراً أو أنثى (وان سجد قبره فهو أحب) لانه ان كان أنني يقيم واجبا وان كان ذكراً فالسجدة لاتضره (واذا مات فصلى عليه وعلى رجل وامرأة وضع الرجل مما يلي الامام والخنثي خلفه والمرأة خلف الخنثي فيؤخر عن الرجل) لاحتمال أنه امرأة (ويقدم على المرأة) لاحتمال أنه رجل (ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذرجعل الخنثي خلف الرجل) لاحتمال أنه امرأة

الآن نظر الجنس الى الجنس أخف فلاجل الضرورة أيج نظر الجنس عند الغسل والمراهق كالبالغ في وجوب شعورته فان كان مشكلا لم يعرف له جنس فتعذر غسله فصار بمنزلة من تعذر غسله لعدم ما يغسل به فيم بالصعيد وهو نظر امرأة ماتت بين رجال أو عكسه فانه ييم بالصعيد مع الطرفة ان ييم الاجنبي وبغيرها ان كان ذارحرم محرم من الميت وينظر الميم الى وجهه ويعرض وجهه عن ذراعيه لجواز أن يكون امرأة ولا يشترى جارية للغسل كما كان يفعل للعتان لانه بعد الموت لا يقبل المالكية فالشراء غير مفيد بخلاف الشراء للعتان فانه في حال الحياة وله أهلية المالكية فيم وقوله (وضع الرجل مما يلي الامام والخنثي خلفه) يعني اعتبارا بحال الحياة لانه يقوم بين صف الرجال والنساء فكان في القرب من الامام بعد درجة فكذلك في حال المات والاصل فيه قوله صلى الله

عليه وسلم ليليني منكم أولوا الاحلام والنهي (ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذرجعل الخنثي خلف الرجل) يعني يقدم (ويجعل الرجل الى جانب القبلة لان جهتها أشرف فالرجل للتقريب اليه أولى وقد جاء في الحديث أنه صلى الله عليه وسلم أمر بتقديم أكثرهم (قال المصنف لم يقبل قوله اذا كان مشكلا الى قوله فان لم يكن مشكلا الخ) أقول يعني ان علم الاشكال أو لم يعلم الاشكال (قال المصنف لانه أعلم بحاله من غيره) أقول قال الاتقاي وفيه نظر لانه انما لا يكون مشكلا اذا ظهرت فيه احدى العلامات فبعد ظهورها يحكم بأنه ذكراً أو أنثى فلا حاجة الى قوله بعد ذلك انتهى وجوابه أن المراد ان لم يعلم كونه مشكلا كما أشرفنا اليه فافهم



أخذ القرآن جانب القبلة (ويجعل بينهما حاجز من صعيد) ليصير ذلك في حكم قبرين وقوله (وان جعل على السرير نعش المرأة) النعش شبه المحفة مستبدك يطبق على المرأة اذا وضعت على الجنائز وقد تقدم في كتاب الصلاة وقوله (وان كان ذكرا فقد زادوا على الثلاث) فلا بذلك بأس لان عدد الكفن معتبر بعدد الثياب في حال الحياة فالزيادة على الثلاثة في الكفن للرجل غير ضائرة كافي حال الحياة فان للرجل أن يلبس حال حياته أزيد على الثلاثة وأما اذا كان أنثى كان في الاقتصار على الثلاثة ترك السنة فان السنة في كفنها خمسة أبواب (قال ولومات أبوه وخلف ابنا) اعلم ان الشيخ بالحسن القدوري ذكر قول محمد مع أبي يوسف وكذلك أثبت المصنف في الكتاب وكذا ذكره الشيخ أبو نصر البغدادي وفي عامة الكتب ذكر قول محمد مع أبي حنيفة ولكن أبو يوسف ومحمد اختلفا في تخريج قول الشعبي فمحمد فسره على وجه ولم يأخذه وأبو يوسف فسره على وجه ولم يأخذه وهو أن يجعل المسئلة على سبعة ثم يرجع عن ذلك وفسره على وجه آخر وهو نفس محمد بأن يجعل على اثني عشر وأخذه وكان قول أبي يوسف أولا كقول أبي حنيفة ومحمد فنقول على ما ذكر في الكتاب اذا مات أبو الخنثى وترك ابنا فالمال بينهما أثلاثا عند أبي حنيفة وللأبن سهمان وللخنثى سهم وهو أثني عشر في الميراث الآن يتبين غير ذلك أي غير كونه أنثى لظهور إحدى علامات المذكور بلا معارض (٥٠٩) فينثني يعتبر ذكره وقال الخنثى نصف ميراث

ذكره نصف ميراث أنثى وهو قول الشعبي وابن أبي ليلى والتوري وهو مذهب ابن عباس واختلفا في قياس قول الشعبي قال محمد المال بينهما على اثني عشر سهم للأبن سبعة وللخنثى خمسة وقال أبو يوسف المال بينهما على سبعة للأبن أربعة وللخنثى ثلاثة لان الأبن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى يستحق ثلاثة الأرباع لان الخنثى في حال ابن وفي حال بنت وللبنت في الميراث نصف الابن فيجعل له نصف كل حال فيكون له ثلاثة أرباع نصيب ابن فيضرب

(ويجعل بينهما حاجز من صعيد وان كان مع امرأة قدم الخنثى) لاحتمال أنه رجل (وان جعل على السرير نعش المرأة فهو أحب الي) لاحتمال أنه عورة (ويكفن كالكفن الجارية وهو أحب الي) يعني يكفن في خمسة أبواب لانه اذا كان أنثى فقد أقيمت سنة وان كان ذكرا فقد زادوا على الثلاث ولا بأس بذلك (ولومات أبوه وخلف ابنا فالمال بينهما عند أبي حنيفة أثلاثا للأبن سهمان وللخنثى سهم وهو أنثى عنده في الميراث الآن يتبين غير ذلك) وقال الخنثى نصف ميراث ذكره نصف ميراث أنثى وهو قول الشعبي واختلفا في قياس قوله قال محمد المال بينهما على اثني عشر سهم للأبن سبعة وللخنثى خمسة وقال أبو يوسف المال بينهما على سبعة للأبن أربعة وللخنثى ثلاثة لان الأبن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى ثلاثة الأرباع فعند الاجتماع يقسم بينهما على قدر حقيهما هذا يضر بثلاثة وذلك يضر بأربعة فيكون سبعة ولمحمد أن الخنثى لو كان ذكرا يكون المال بينهما منصفين وان كان أنثى يكون المال بينهما أثلاثا احتجنا الى حساب له نصف وثلث وأقل ذلك ستة ففي حال يكون المال بينهما منصفين لكل واحد ثلاثة وفي حال يكون أثلاثا للخنثى سهمان والأبن أربعة فسهمان للخنثى نائبان بيقين ووقع الشك في السهم الزائد فينصف فيكون له سهمان ونصف فأنكسر فيضعف ليزول الكسر فصار الحساب من اثني عشر للخنثى خمسة والأبن سبعة ولأبي حنيفة أن الحاجة ههنا الى اثبات المال ابتداء

لا يكون مشكلا اذا ظهرت فيه إحدى العلامات فعند ظهورها يحكم بأنه ذكر أو أنثى فلا حاجة الى قوله بعد ذلك انتهى أقول مدار هذا النظر على عدم فهم مراد المصنف فان مراده بقوله وان لم يكن مشكلا وان لم يعلم أنه مشكل لا علم أنه ليس بمشكل لان معنى قوله فيما قبل اذا كان مشكلا اذا كان قد علم أنه مشكل كما صرح به الشارح المذكور نقلا عن الحاكم الشهيد وبديل عليه أيضا قول المصنف في

مخرج الربع وهو أربع في سهم وثلاثة أرباع سهم يحصل سبعة فالخنثى ثلاثة والأبن أربعة ولمحمد أن الخنثى لو كان ذكرا كان المال بينهما منصفين وان كان أنثى أثلاثا فاحتجنا الى حساب له نصف وثلث صحيح وأقل ذلك ستة ففي حال المال بينهما منصفين لكل واحد ثلاثة أسهم وفي حال أثلاثا سهمان للخنثى وأربعة للأبن فسهمان للخنثى نائبان بيقين والسهم الزائد وقع فيه الشك فينصف فيكون له سهمان ونصف سهم ولزم الكسر النصف فيضعف ليزول الكسر فصار الحساب من اثني عشر للخنثى خمسة والأبن سبعة وفي تأخير قول محمد اشارة من المصنف الى اختياره وذلك لان الكل متفقون على تقسيم نصيبه ومذهب اليه محمد أقل مما ذهب اليه أبو يوسف بسهم من أربعة وثمانين سهما وطريق معرفته أن تضرب السبعة في اثني عشر حيث لا موافقة بينهما ما يبلغ المجموع أربعين وثمانين ثم تضرب بحصة من كان له شيء من السبعة في اثني عشر وحصة الخنثى منه ثلاثة فاضرب به في اثني عشر يبلغ ستة وثلاثين واضرب بحصة من كان له شيء من اثني عشر في السبعة والخنثى منه خمسة فاضرب به في سبعة يكون خمسة وثلاثين فظهر أن التقاوت بسهم من أربعة وثمانين كذا أفاده الامام جيسد الدين (ولأبي حنيفة أن الحاجة ههنا الى اثبات المال ابتداء) لانه لا بد من بيان سبب استحقاقه بالذكورة أو الاثنية ولأنه منهما معلوم واثبات المال ابتداء بدون سبب محقق غير مشرع فلا بد من البناء على المتيقن

(والاقل وهو ميراث الانثى متيقن به) فأوجبناه كما إذا كان اثباته بطريق آخر فإنه يؤخذ بالمتيقن به دون المشكوك الي أن يقوم الدليل على الزائد فان من قال لقولان على دراهم يحكمه بالثلاثة حتى يقوم الدليل على الزائد لتكون الأول متيقنا به دون الزيادة لا يقال سبب استحقاق الميراث هو القرابة وهي ثابتة بيقين في الخنثى والجهلة وقعت في القسمة بقائه فلا يمنع الوجوب لاننا نقول ليس الكلام في استحقاق أصل الميراث وانما هو في استحقاق المقدار وسببه المذكورة والأوثنة ولا شيء منهما متيقن به فيما نحن فيه وقوله (الأن يصيبه الاقل لو قدرناه ذكرنا) استثناء من قوله وهو ميراث الانثى متيقن به يعني أوجبنا للخنثى ميراث الانثى المتيقن وما تجاوزنا عنه الى نصيب الذكور لان المال ابتداء لا يجب بالنسبة الا أن يصيب الخنثى أقل من نصيب الانثى ان قدرناه ذكرنا حينئذ يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به وهو أن يكون (٥٩٠) زواجا وأما واختلا ب وأم هي خنثى فان قدرنا الخنثى أي كالمزوج النصف

والاقل وهو ميراث الانثى متيقن به وفيما زاد عليه شك فأنبئنا المتيقن قصر عليه لان المال لا يجب بالنسبة وصار كما إذا كان الشك في وجوب المال بسبب آخر فإنه يؤخذ فيه بالمتيقن كذا هذا لأن يكون نصيبه الاقل لو قدرناه ذكرنا حينئذ يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به وهو أن تكون الورثة زوجا وأما واختلا ب وأم هي خنثى أو امرأة وأخوين لام واختلا ب وأم هي خنثى فعندنا في الأولى للزوج النصف وللأم الثلث والباقي للخنثى وفي الثانية للمرأة الربع وللأخوين لام الثلث والباقي للخنثى لانه أقل النصيبين فيها

واللام الثلث والخنثى النصف والمسئلة من ستة وتعول الى ثمانية وان قدرناه ذكرنا كان له الباقي بعد نصف الزوج وثلث الام وهو السادس وهو أقل فقدرناه ذكرنا واذا ترك امرأه وأخوين لام واختلا ب وأم هي خنثى للمرأة الربع ولبنى الاخياض الثلث فان قدرنا الخنثى أنثى ترت النصف تكون المسئلة من اثني عشر وتعول الى ثلاثة عشر لها ستة من ثلاثة عشر وان قدرناه ذكرنا كان له خمسة من اثني عشر وهو أقل فقدرناه ذكرنا ولو ماتت وتركت زوجا واختلا ب وأم وخنثى لاب كان للزوج النصف وللأخت لاب وأم النصف ولا شيء للخنثى وهذا معنى قول العلماء في تفسير قوله أقل النصيبين أسوأ الخالين وهو

تعليل ذلك لانه دعوى يخالف قضية الدليل فان تخالفة دعواه قضية الدليل انما يتصور فيما إذا كان قد علم انه مشكل فاذا كان معنى قوله فيما قبل اذا كان مشكلا اذا كان قد علم انه مشكل يكون معنى قوله هنا وان لم يكن مشكلا وان لم يعلم انه مشكل لانه هو المقابل لما قبله فيسقط النظر قطعا اذ لا يلزم من أن لا يعلم انه مشكل أن يعلم انه ليس بمشكل حتى يحكم بأنه ذكر أو أنثى بلا حاجة الى قول نفسه بل يجوز أن لا يعلم انه مشكل أم لا بان لا يعلم ظهورا وحده العلامات ولا عدم ظهورها حينئذ يتحقق الحاجة الى قول نفسه وهو مسئلة الكتاب هنا ومحل التعليل بقوله لانه أعلم بحاله من غيره فلا غبار فيه والعجب منه أنه بعد أن حسب معنى المقام ما يتبين عليه نظره كيف أورد النظر على التعليل دون نفس المسئلة وهي أحق بوروده عليها على مدار فهمه معنى المقام بأن يقال لا معنى لهذه المسئلة لانه انما لا يكون مشكلا اذا ظهرت فيه إحدى العلامات فبعد ظهورها يحكم بأنه ذكر أو أنثى فلا حاجة الى قوله بعد ذلك فانه معنى قول المصنف وان لم يكن مشكلا ينبغي أن يقبل قوله (قوله الا أن يكون نصيبه الاقل لو قدرناه ذكرنا) قال في العناية وهذا استثناء من قوله وهو ميراث الانثى متيقن به يعني أوجبنا للخنثى ميراث الانثى المتيقن وما تجاوزنا عنه الى نصيب الخنثى أقل من نصيب الانثى ان قدرناه ذكرنا حينئذ يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به انتهى أقول فيه نوع اختلال لان تفسيره مراد المصنف بقوله يعني أوجبنا للخنثى ميراث الانثى المتيقن الخ يقتضى أن يكون قول المصنف الا أن يصيبه الاقل لو قدرناه ذكرنا استثناء من قوله فأوجبنا المتيقن به قصر عليه كما هو الظاهر والمصرح به في غاية البيان فيخالف هذا قوله في أول كلامه وهذا استثناء من قوله وهو ميراث الانثى متيقن به تدبر

مذهب عامة الصحابة فان قيل اذا كان الخنثى ممن يتوهم استبانة أمره في المال كيف يكون حاله في الميراث ما ذكره المصنف في الكتاب قلت كانه أشار الى ذلك في أول البحث بقوله وهو أنثى عنده في الميراث الا أن يتبين غير ذلك يشير الى أن الثلثين في تلك المسئلة تدفع الى الابن والثلث الى الخنثى وعلى ذلك أكثرهم لان سبب استحقاق الابن لجمع المال معلوم وهو البنوة وانما ينتقص من ذلك المراجعة حتى الغرور حيث جعلنا الخنثى أنثى ما زجه الا في الثلث فبقي ما وراء ذلك مستحقا له وهل يؤخذ منه الكفيل قال بعض مشايخنا هو على الخلاف المعروف أن القاضي اذا دفع المال الى الوارث المعروف لم يأخذ منه كفيلا في قول أبي حنيفة وعندهما يحتاط في أخذ الكفيل منه وقال بعضهم يحتاط في أخذ الكفيل

(قوله استثناء من قوله وهو ميراث الانثى) أقول ينبغي أن يكون استثناء من قوله فأوجبنا المتيقن لان المراد المتيقن المعهود وهو ميراث الانثى وانما قلنا ينبغي أن يكون الخ لانه أقرب وأبعد عن التكلف فأنامل

منه هناعندهم جميعا وانما يجوز أو حنيفة هناك للجهول وهنا غمايا أخذ الكفيل للعلوم وهو طر يق مستقيم يصون به القاضي  
قضاه و يتظر لمن هو عاجز عن النظر لنفسه وهو الخنثى فبأخذ من الاين كفيلا لذلك فان تبين أن الخنثى ذكر استرد ذلك من أخيه وان  
تبين أنه أنثى فالقبوض سالم لابن ومنهم من يقول يدفع الثلث الى الخنثى والنصف الى الابن وبوقف السادس الى أن تبين أمره  
لان المستحق لهذا السادس منهم ما مجهول فوقف الى أن تبين (٥١١) المستحق كافي الحمل والمفقود والله اعلم

﴿مسائل شتى﴾

قد ذكرنا قبل هذا أن ذكر مسائل شتى أو مسائل منسوبة أو مسائل متفرقة من دأب المصنفين لتدارك ما لم يذكر فيما كان يحسب ذكره فيه قوله (فأذا جاء من ذلك ما يعرف أنه اقرار) يشير الى أن ما يجيء من الاخرس ومعتقل اللسان على نوعين أحدهما ما يكون ذلك منه دلالة الانكار مثل أن يحرك رأسه عرضا والثاني ما يكون منه دلالة الاقرار بأن يحرك رأسه طولا إذا كان منه معهودا في نعم وقوله (ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه) على بناء المفعول يقال اعتقل لسانه بضم التاء اذا حبس عمن الكلام ولم يقدر عليه وقوله (حتى لو امتد) أراد به سنة كذا ذكره القرطبي وروى عن أبي حنيفة أنه قال ان دامت العقلة الى وقت موته يجوز اقراره بالاشارة ويجوز الشهاد عليه بأنه يجز عن النطق بمعنى لا يرجي زواله فكان كالآخرس قالوا وعليه

﴿مسائل شتى﴾

قال (واذا قرئ على الاخرس كتاب وصيته فقبل له أنشهد عليك بما في هذا الكتاب أو ما برأسه أي نعم أو كتب فإذا جاء من ذلك ما يعرف أنه اقرار فهو جائز ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه) وقال الشافعي يجوز في الوجهين لان المحذور انما هو العجز وقد شمل الفصلين ولا فرق بين الاصل والعارض كالوحشى والمتوحش من الاهلي في حق الذكاة والفرق لا يصح ما سار جهنم الله أن الاشارة انما تعتبر اذا صارت معهودة معلومة وذلك في الاخرس دون المعتقل لسانه حتى لو امتد ذلك وصارت له اشارات معلومة فالواهو بمنزلة الاخرس ولان التفريط جاء من قبله حيث أخر الوصية الى هذا الوقت أما الاخرس فلا تفريط منه ولان العارضى على شرف الزوال دون الاصل فلا ينفاسان وفي الأئمة عرفناه بالنص قال (واذا كان الاخرس يكتب كتابا أو يومي ايماء يعرف به فانه يجوز نكاحه وطلاقه وعتاقه وبيعه وشراؤه ويقض له ومنه ولا يحد ولا يحدله) أما الكتابة فلانها من نأى بمنزلة الخطاب بمن دنا ألا ترى أن النبي عليه السلام أدى واجب التبليغ مرة بالعبارة وتارة بالكتابة الى الغيب والمجوز في حق الغائب العجز وهو في حق الاخرس أظهر وأزهر

﴿مسائل شتى﴾

قد كانت عادة المصنفين أن يذكروا في آخر الكتاب ما شذذ كره في الابواب السالفة من المسائل استندرا كالفائت وتبرجون تلك المسائل بمسائل شتى أو بمسائل متفرقة أو بمسائل منسوبة فعمل المصنف هنا أيضا كذلك جرى باعلى عاداتهم (قوله واذا قرئ على الاخرس كتاب وصيته فقبل له أنشهد عليك بما في الكتاب أو ما برأسه أي نعم أو كتب فإذا جاء من ذلك ما يعرف أنه اقرار فهو جائز) قال لشرائح وانما قيد بقوله فإذا جاء من ذلك ما يعرف أنه اقرار لان ما يجيء من الاخرس ومعتقل اللسان على نوعين أحدهما ما يكون ذلك منه دلالة الانكار مثل أن يحرك رأسه عرضا والثاني ما يكون ذلك منه دلالة الاقرار بأن يحرك رأسه طولا إذا كان ذلك معهودا منه في نعم انتهى أقول فيه نظر لانه لمفسر الاجماء برأسه في تقرير المسئلة بقوله أي نعم تبين أن وضعها فيما جاء منه دلالة الاقرار فلم يبق حاجة في تقرير حوايجها الى قوله فإذا جاء من ذلك ما يعرف أنه اقرار بل كان يكفي قوله فهو جائز كما لا يخفى (قوله ولان التفريط جاء من قبله حيث أخر الوصية الى هذا الوقت أما الاخرس فلا تفريط منه) أقول لا يذهب عليك أن هذا التعليل يقتضى أن لا يجوز اشارة المعتقل لسانه ولو امتد اعتقاله لان تأخير الوصية قد جاء من قبله هناك أيضا مع أنهم قالوا هذا بمنزلة الاخرس في الحكم كما صرح به المصنف فيما قبل أنفاو لعل صاحب الكافي تظن له حيث طرح هذا التعليل من اليبين (قوله أما الكتابة فلانها من نأى بمنزلة الخطاب بمن دنا الخ) أقول فيه شئ وهو أن هذا يدل على بعض المدعى ولا يدل على بعض الآخر

الفتوى وقوله (في الأئمة عرفناه بالنص) وهو ما روى عن رافع بن خديج أن بهيرام بن ابل الصدقات نذر فرماه رجل وسعى فقتله فقال عليه السلام ان لها أوباد كأواد الوحش فاذا فعلت شأمن ذلك فافعلوا بها كما فعلتم بهم ذائم كلوه وقوله (ولا يحد) أي الاخرس اذا قذف بالاشارة أو الكتابة ولا يحدله اذا كان مقذوبا وقوله (وهو) أي العجز (في حق الاخرس أظهر منه في حق الغائب) لان الظاهر من حال الغائب الحضور والظاهر من حال الاخرس عدم زوال خبره فلما قبل الكتاب في حق الغائب في ثبوت الاحكام مع رجاء الحضور فلا يقبل في حق الاخرس مع اليأس عن زوال الخبر أولى

(قوله بأن يحرك رأسه طولا) أقول من فسوق الى تحت وأما عكسه فسدلالة الانكار

وقوله (ثم الكتاب على ثلاث مراتب مستبين) احتراز عن غير المستبين وهو الكتاب على الهواء واما رسوم أي معنون أي مصدر بالعنوان وهو أن يكتب في صدره من فلان إلى فلان وبما ذكرنا علم الاقسام الثلاثة والحكم في كل منها ما ذكره وقوله (وينتوي فيه) أي يطلب منه النية فيه وقوله (لانه بمنزلة صريح الكناية) أي الكناية القولية كقوله أنت بائن وأمثاله وقوله (ولا تختص بلفظ دون لفظ) فانه كما ثبت بالعربي يثبت بغيره (وقد ثبت بغير لفظ) أي بفعل يدل على القبول كالتعاطي وقوله (ويحتمل أن يكون الجواب هنا كذلك) أي لا يكون حجة (فيكون فيها) أي في الاخرس والغائب الغير الاخرس روايتان (قال المصنف ثم الفرق بين الحدود والقصاص الى قوله لان القصاص فيه معنى العوضية لانه شرع جابرا بخازان يثبت مع الشبهة كسائر المعاوزات) أقول وقد صرح في أوائل الجنايات أن الشبهة تؤثر في سقوط القصاص ثم

ثم الكتاب على ثلاث مراتب مستبين مرسوم وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قالوا ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار وأوراق الاشجار وينتوي فيه لانه بمنزلة صريح الكناية فلا بد من النية وغير مستبين كالكتابة على الهواء والماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع فلا يثبت به الحكم وأما الاشارة فجعلت حجة في حق الاخرس في حق هذه الاحكام للحاجة الى ذلك لانها من حقوق العباد ولا تختص بلفظ دون لفظ وقد ثبت بدون اللفظ والقصاص حق العبد أيضا ولا حاجة الى الحدود لانها حق الله تعالى ولانها تندري بالشبهات ولعله كان مصدقا للناظر فلا يحد للشبهة ولا يحد أيضا بالاشارة في القذف لانعدام القذف صريحا وهو الشرط ثم الفرق بين الحدود والقصاص أن الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة الا ترى أنهم لو شهدوا بالوطء الحرام أو أقر بالوطء الحرام لا يجب الحد ولو شهدوا بالقتل المطلق أو أقر بمطلق القتل يجب القصاص وان لم يوجد لفظ التعدد هذا لان القصاص فيه معنى العوضية لانه شرع جابرا فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوزات التي هي حق العبد أما الحدود الخاصة لله تعالى فشرعت زواجر وليس فيها معنى العوضية فلا يثبت مع الشبهة لعدم الحاجة وذكروا في كتاب الاقرار أن الكتاب من الغائب ليس بحجة في قصاص يجب عليه ويحتمل أن يكون الجواب هنا كذلك فيكون فيهما روايتان

بل يدل على خلافه فان المدعي أن كتابة الاخرس حجة فيما سوى الحدود وليست بحجة في الحدود وهذا الدليل المذكور لا يدل على عدم كونها حجة في الحدود اذ لا فرق فيه بين الحدود وما سواها بل يدل على كونها حجة في الحدود أيضا اذا كانت مستبينة مرسومة باقتضاء قوله وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قالوا فانه اذا كان بمنزلة النطق في حق الحاضر أيضا لم يكن حجة ضرورية فينبغي أن يكون حجة في الحدود أيضا كما كان النطق حجة فيها أيضا فليست أملا في المخلص (قوله وأما الاشارة فجعلت حجة في حق الاخرس في حق هذه الاحكام للحاجة الى ذلك لانها من حقوق العباد) أقول لقايل أن يقول من هذه الاحكام الطلاق على ما صرح به في وضع المسئلة وهو من حقوق الله تعالى لان فيه تحريم الفرج وهو حق الله تعالى ولهذا لم تشترط الدعوى في الشهادة عليه بالاتفاق كما تشترط في الشهادة على عتق الامة أيضا بالاتفاق بناء على ذلك كما صرحوا به فاطبة ومهر في الكتاب أيضا في باب عتق أحد العبدین من كتاب العتاق فان قلت ليس الطلاق من حقوق الله تعالى الصرفة بل فيه حق العبد أيضا التعلق حق الزوجين به بخازان أن يكون مدار قول المصنف لانها من حقوق العباد على ذلك قلت مجرد تحقق حق العبد في شيء لا يكفي في كون اشارة الاخرس حجة فيه ألا ترى أن اثاره لا تكون حجة في حق حد القذف مع أن فيه حق العبد وهو دفع العار عن المقدوف كما أن فيه حق الله تعالى بل لا بد في كون اثاره حجة من أن يكون الحكم من حقوق العباد فقط أو مما غلب فيه حق العبد على حق الله تعالى كالقصاص لا مما غلب فيه حق الله تعالى على حق العبد كحد القذف عند جماعة علماء تناعى ما عرف في موضعه وكون الطلاق مما غلب فيه حق العبد على حق الله تعالى ممنوع كيف ولو كان كذلك لما قبلت الشهادة عليه بدون الدعوى فان الدعوى شرط في قبول الشهادة في حقوق العباد حتى ان مطالبة المقدوف بشرط في ثبوت حد القذف وان كان الغالب فيه حق الله تعالى عندنا ولهذا لا يصح عتق المقدوف ولا يجوز الاعتياض عنه ولا يجري الارث فيه عندنا كما مر في الحدود دفعا ظنك بعدم اشتراط الدعوى في ثبوت الطلاق لو كان حق العبد فيه فالبا على حق الله تعالى تفكر (قوله وهذا لان القصاص فيه معنى العوضية لانه شرع جابرا بخازان يثبت مع الشبهة كسائر المعاوزات التي هي حق العبد أما الحدود الخاصة لله تعالى فشرعت زواجر وليس فيها معنى العوضية فلا يثبت مع الشبهة لعدم الحاجة) أقول فيه يبحث أما أولا فلان ما ذكره من جواز ثبوت القصاص مع الشبهة بخالف لما صرح به فيما مر

ويحتمل أن يكون مفارقة ذلك لأنه يمكن الوصول الى النطق الغائب في الجملة لقيام أهلية النطق  
ولا كذلك الاخرس لتعذر الوصول الى النطق للافة المانعة ودلت المسئلة على أن الاشارة معتبرة وان  
كان قادر على الكتابة بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا رجحهم الله أنه لا تعتبر الاشارة مع القدرة على الكتابة  
لأنه حجة ضرورية ولا ضرورة لأنه جمع ههنا بين ما يقال أشار أو كتب وانما استويا لأن كل واحد منهما  
حجة ضرورية وفي الكتابة زيادة بيان لم يوجد في الاشارة وفي الاشارة زيادة أثر لم يوجد في الكتابة لما  
انه أقرب الى النطق من آثار الاقلام فاستويا (وكذلك الذي صحت يوما أو يومين لعارض) لما بينا  
في المعتقل لسانه أن آله النطق فآفة وقيل هذا تفسير لمعتقل اللسان

في عدة مواقع منها كتاب الكفالة فإنه قال فيه فلا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي  
حنيفة لأن مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيناف ومنها كتاب الشهادات فإنه قال فيه ولا تقبل في  
الحدود والقصاص شهادة النساء لأن فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرى  
بالشبهات ثم قال فيه في باب الشهادة على الشهادة العفو ثابتة عندنا في كل حق لا يسقط  
بالشبهة ولا تقبل فيما يندرى بالشبهات كالحودود والقصاص ومنها كتاب الوكالة فإنه قال فيه وتجوز  
الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق وكذا بائدائها واستيفائها في الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح  
باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لأنها تدرى بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبته ومنها كتاب  
الدعوى فإنه قال فيه في باب اليمين ومن ادعى قصاصا على غيره فجدد استخفاف بالاجماع ثم انكسر عن  
اليمين فيما دون النفس بلزمه القصاص وانكسر في النفس حبس حتى يحلف أو يقر وهذا عند أبي  
حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لزمه الارش فيه ما لان النسكول اقرار فيه شبهة فلا يثبت به القصاص  
ويجب به المال ومنها كتاب الجنائيات فإنه صرح فيه في مواضع كثيرة منه بعدم ثبوت القصاص بالشبهة  
بل جعلها أصلا مؤثرا في سقوط القصاص وفرع عليه كثير من مسائل سقوط القصاص بتحقيق  
نوع من الشبهة في كل واحد منها كما لا يخفى على الناظر في تمام ذلك الكتاب وأما نائبا فلا قيد  
الخاصة في قوله أما الحدود والخالصة لله تعالى فشرعت زواجهم تدرى بل محل هنا فان حد القذف غير  
خالص لله تعالى بل فيه حق الله تعالى وحق العبد كما صرحوا به مع أنه أيضا اجر لا يثبت بالشبهة ولا  
تكون اشارة الاخرس حجة فيه أيضا كما صرح به فيما مر آتفا فلا يتم التقريب بالنظر اليه على التقييد  
المزبور (قوله ودلت المسئلة على أن الاشارة معتبرة وان كان قادر على الكتابة الى قوله لأنه جمع هنا  
بين ما يقال أشار أو كتب) قال صاحب الغاية ولنساقى دعوى الجمع بينهما نظر لأنه قال في الجامع الصغير  
وإذا كان الاخرس يكتب أو يوى وكلمة أو لاحد الشيتين للجمع على أن تقول قال في الأصل وان كان  
الأخرس لا يكتب وكانت له اشارة تعرف في نكاحه وطلاقه وشرائعه وبيعه فهو جائز فيعلم من اشارة  
رواية الأصل أن الاشارة من الاخرس لا تعتبر مع القدرة على الكتابة لأنه بين حكم اشارة الاخرس بشرط  
أن يكتب فافهم الى هنا لفظه أقول نظرها ساطع جدا اذ ليس مراد المصنف بالجمع بينهما الجمع بينهما  
في كل ماد من مواد اعلام الاخرس بل مراده الجمع بينهما في جوار اعلام الاخرس مراده بأى واحد  
منهما ولا شك في دلالة كلمة أو على هذا المعنى لانهما الاحد الامرين بلان تعين فاذا اتى الاخرس بأى واحد  
منهما على انفراد يتحقق الاتيان باحد الامرين ويجوز ذلك بحسب الشرع أى يقبل ويعمل به بموجب  
قول محمد في جواب هذه المسئلة فهو جائز وأما علاوة التي ذكرها بقوله على أن تقول الخ فليست بشئ  
أيضا لان مراد المصنف دلالة المسئلة للجامع الصغير على استواء الاشارة والكتابة من الاخرس ومعنى  
قوله لأنه جمع ههنا بين ما أنه جمع في الجامع الصغير بين ما كاصرح به الشارح المذكور حيث قال

وقوله (لأنه) أى الاشارة  
على تأويل المذكور وقوله  
(لأنه) أى محمدا (جمع هنا)  
أى في الكتاب (بينهما)  
بقوله يكتب كتابا أو يوى  
ايماه وقوله (وفي الكتابة  
زيادة بيان لم يوجد في  
الاشارة) لان فضل البيان  
في الكتابة معلوم حسا وعيانا  
حيث يفهم منه المقصود  
بشابهة بخلاف الاشارة  
فان فيها نوع ابهام (وفي  
الاشارة زيادة أثر لم يوجد  
في الكتابة لأنه) أى الاشارة  
(أقرب الى النطق من آثار  
الاقلام) لان العلم بالكتابة  
انما يحصل بآثار الاقلام  
وهي منفصلة عن آثار  
المتكلم وأما العلم الحاصل  
بالاشارة فخالص بما هو  
متصل بالمتكلم وهو اشارته  
بيده أو رأسه والمتصل  
بالمتكلم أقرب اليه من  
المنفصل عنه فكان أولى  
بالاعتبار وقوله (وكذا الذي  
صحت يوما أو يومين) عطف  
على قوله ولا يجوز ذلك  
في الذي يعتقل لسانه أى  
لا يجوز اقراره بأن أو ما برأسه  
أى نعم أو كتب

قال (وإذا كانت الغنم مذبوحة وفيها ميتة فإن كانت المذبوحة أكثر تحرى فيها أو كل وان كانت الميتة أكثر أو كانا نصفين لم يأكل) وهذا إذا كانت الحالة حالة الاختيار أما في حالة الضرورة بحمل له تناول في جميع ذلك لان الميتة المتيقنة تحل له في حالة الضرورة فالتى تحتل أن تكون ذكبة أولى غير أنه يتحرى لانه طريق يوصله الى الذكبة في الجملة فلا يتركه من غير ضرورة وقال الشافعي لا يجوز الاكل في حالة الاختيار وان كانت المذبوحة أكثر لان التحرى دليل ضرورى فلا يصار اليه من غير ضرورة ولا ضرورة لان الحالة حالة الاختيار ولما أن الغلبة تنزل منزلة الضرورة في افادة الاباحة ألا ترى أن أسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم المسروق والمغصوب ومع ذلك يباح تناول اعتمادا على الغالب وهذا

في شرح قوله لانه جمع هنا بين ما أى جمع في الجامع الصغير بين الاشارة والكتابة ولا ريب أن هذا لان في اشارة مسألة الاصل الى أن اشارة الاخرى لا تعتبر مع القدرة على الكتابة غاية الامر أن يكون في المسئلة زوايتان ومثله ذلك كثير فان قلت فعلى هذا كيف يتم قول المصنف بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا انه لا تعتبر الاشارة مع القدرة على الكتابة فان ما ذهب اليه ذلك البعض من أصحابنا يكون حينئذ مبنيا على رواية الاصل فمعنى نسبة التوهم اليهم قلت مراد المصنف بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا أنه لا تعتبر الاشارة مع القدرة على الكتابة أصلا أى في رواية ما واثق أن تقول يجوز أن يكون نسبة التوهم اليهم بالنظر الى الدراية دون الرواية تأمل (قوله وإذا كانت الغنم مذبوحة وفيها ميتة فإن كانت المذبوحة أكثر تحرى فيها أو كل وان كانت الميتة أكثر أو كانا نصفين لم يأكل) قال في العناية أخذ من النهاية طوبى بالفرق بين هذا وبين الثياب فان المسافر اذا كان معه ثوبان أحدهما نجس والآخر طاهر ولا يميز بينهما وليس معه ثوب غيرهما فإنه يتحرى ويصلى في الذى يقع تحريمه أنه طاهر فقد جوز التحرى هناك فيما اذا كان الثوب النجس والثوب الطاهر نصفين وفي الذكبة والميتة لم يجوز وأجيب بأن وجه الفرق هو أن حكم الثياب أخف من غيرها لان الثياب لو كانت كلها نجسة كان له أن يصلى في بعضها ثم لا يعيد صلاته لانه مضطر الى الصلاة فيها بخلاف ما نحن فيه من الغنم ويؤيده أن الرجل اذا لم يكن معه الأثوب نجس فان كان ثلاثة أرباعه نجسا وربعه طاهرا يصلى فيه ولا يصلى عربا بالاجماع فلما جازت صلاته فيه وهو نجس يبقين فلان يجوز التحرى حالة الاشتباه أولى انتهى أقول لا الشبهة شئ ولا الجواب عندي أما الاول فلان تجوز التحرى فيما اذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين انما هو في حالة الاضطرار بان لا يكون معه ثوب غيرهما كما صرحوا به وعدم تجوزه فيما اذا كانت الميتة والذكبة نصفين انما هو في حالة الاختيار كما صرحوا به في شروح الجامع الصغير وصرح به المصنف هنا بقوله وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار أما في حالة الضرورة بحمل له تناول في جميع ذلك فلا تتوجه المعالجة بالفرق بين المسئلةين رأسا لظهور اختلاف حكمى حالتى الاختيار والاضطرار قطعاً وأما الثانى فلان ما ذكره لا يقتضى كون حكم الثياب أخف من حكم غيرها لان جواز الصلاة في بعض الثياب عند كونها نجسة وعدم لزوم إعادة الصلاة اذا ذلك انما هو في حالة الاضطرار كما أفصح عنه المجيب بقوله لانه مضطر الى الصلاة فيها وكون ما نحن فيه من الغنم بخلاف ذلك انما هو في حالة الاختيار كما تحققت من أين ثبت كون حكم الثياب أخف من حكم غيرها مطلقا حتى يصلح أن يجعل مدار الفرق بين تينك المسئلتين

وقوله (وإذا كانت الغنم مذبوحة الخ) ظاهر وطوبى بالفرق بين هذا وبين الثياب فان المسافر اذا كان معه ثوبان أحدهما نجس والآخر طاهر ولا يميز بينهما وليس معه ثوب غيرهما فإنه يتحرى ويصلى في الذى يقع تحريمه أنه طاهر فقد جوز التحرى هناك فيما اذا كان الثوب النجس والثوب الطاهر نصفين وفي الذكبة والميتة لم يجوز وأجيب بأن وجه الفرق هو أن حكم الثياب أخف من غيرها لان الثياب لو كانت كلها نجسة كان له أن يصلى في بعضها ثم لا يعيد صلاته لانه مضطر الى الصلاة فيها بخلاف ما نحن فيه من الغنم ويؤيده أن الرجل اذا لم يكن معه الأثوب نجس فان كان ثلاثة أرباعه نجسا وربعه طاهرا يصلى فيه ولا يصلى عربا بالاجماع فلما جازت صلاته فيه وهو نجس يبقين فلان يجوز التحرى حالة الاشتباه أولى انتهى أقول لا الشبهة شئ ولا الجواب عندي أما الاول فلان تجوز التحرى فيما اذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين انما هو في حالة الاضطرار بان لا يكون معه ثوب غيرهما كما صرحوا به وعدم تجوزه فيما اذا كانت الميتة والذكبة نصفين انما هو في حالة الاختيار كما صرحوا به في شروح الجامع الصغير وصرح به المصنف هنا بقوله وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار أما في حالة الضرورة بحمل له تناول في جميع ذلك فلا تتوجه المعالجة بالفرق بين المسئلةين رأسا لظهور اختلاف حكمى حالتى الاختيار والاضطرار قطعاً وأما الثانى فلان ما ذكره لا يقتضى كون حكم الثياب أخف من حكم غيرها لان جواز الصلاة في بعض الثياب عند كونها نجسة وعدم لزوم إعادة الصلاة اذا ذلك انما هو في حالة الاضطرار كما أفصح عنه المجيب بقوله لانه مضطر الى الصلاة فيها وكون ما نحن فيه من الغنم بخلاف ذلك انما هو في حالة الاختيار كما تحققت من أين ثبت كون حكم الثياب أخف من حكم غيرها مطلقا حتى يصلح أن يجعل مدار الفرق بين تينك المسئلتين

لان القليل لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع الامتناع منه

فسقط اعتبار مدفع الحج كقليل الجاسة وقليل

الانكشاف بخلاف ما اذا كانا نصفين

أو كانت الميتة أغلب لانه لا ضرورة

فيه والله أعلم بالصواب واليه

الرجع والمآب

تم

كأها نجسة كان له أن يصلي  
في بعضها ثم لا يعيد صلاته  
لانه مضطر الى الصلاة فيها  
بخلاف ما نحن فيه من القم  
ويؤيده أن الرجل اذا لم  
يكن معه الاقوي نجس فان  
كان ثلاثة أرباعه نجسا  
وربعه طاهر يصلي فيه  
ولا يصلي عربا بالاجماع  
فلما جازت صلاته فيه وهو  
نجس يقيم فلا أن تجوز  
بالقصرى حالة الاشتباه  
أولى والله سبحانه  
وتعالى  
أعلم

(قال مؤلف الكتاب رحمه الله) هذا آخر ما تيسر لنا من شرح الهداية بتوفيق من الله وهداياه

ألفته مع توزع الخاطر وقشتت البال من تراكم الهموم وكثرة البلبال وسميته

نتائج الأفكار في كشف الرموز والاسرار لاشتماله على ثلاثة آلاف من

التصرفات التي لم يسبقنى اليها أحد من الثقات ذلك فضل الله يؤتية

من يشاء فله الحمد والمنة وله الكبرياء ربنا آتنا في الدنيا حسنة

وفي الآخرة حسنة وقنا عذاب النار ربنا فاغفر

لنا ذنوبنا وكفرنا بسيئاتنا

وتوفنا مع الأبرار وصلى الله

على سيدنا محمد وعلى

آله وصحبه

والانصار

تم

﴿ يقول المتوسل بجاه المصطفى الفقير الى الله تعالى محمود مصطفى خادم

التصحیح بدر الطباعة العامره بيولاقي مصر القاهره ﴾

الحمد لله الذي فقه في دينه من أهل الهداية من أراد به خيرا وخطه بعين العناية وأجزله من فضله مثوبة وأجرا والصلاة والسلام على أشرف الخلائق أفضل من بين الحق وأوضح الطرائق سيدنا محمد الذي فتح له القدير من المدن والقري والبوادي كل عسير وعلى آله وأصحابه الباذلين مهجهم في نصرته المتسكين بنهجه وسيرته وعلى التابعين لهم سيما المجتهدين الذين أسسوا الدين وأصلوا قواعده وشيدوا مبانيه وعقلوا شوارده ( أما بعد ) فقد تم طبع الكتب الجليلة الشأن الواضحة المنار المشيدة الأركان الجامعة غرر الأحكام الشرعية والمباحث الدينية الفقهية على مذهب الامام الاعظم أبي حنيفة النعمان رحمه الله وجعل منقلبته فسح الجنان وهي الهداية وشروحها التي تسرت بتحقيقها ذوى الالباب وتسلطت بقارن سبيل الصواب أسبغ الله على مؤلفها غيث احسانه وأفاض عليهم شآبيب رضوانه وكان طبعها على ذمة كل من الفاضل الفطن النبيل جناب محمد بيك عبد الواحد الطوبى المحترم المكرم السيد ابراهيم أخيه التاجر في الكتب العربية بمصر القاهرة المعززة لازال ظافر بن بالاماني رافلين في حلل التمامي ﴿ في ظل الحضرة الفخيمة الخديوية وعهد الطلعة المهيبه البهيه من أفاض على رعيته غيث الانعام وشملهم بنظر الرأفة والاكرام المحفوظ بالسبع المثاني أفندينا عباس باشا حلي الثاني لازال مسرورا القواد بولي عهده شمس سماء مجده وسعده مطوظا هذا الطبع الباهي والرونق الجميل الزاهي بنظر من عليه جيل أخلاقه بنى حضرة وكيل المطبعة محمد بك حسنى وكان تمام طبعه وانجلاء بدره وكمال ينعه بالمطبعة العامرة بيولاقي الطائر صيتها في سائر الآفاق في أوائل شهر رمضان من عام ثمانية عشر بعد ثلثمائة وألف من هجرة من خلقه الله على أكل وصف عليه أفضل الصلاة وآتم السلام ملاح بدر تمام وفاح مسك ختام تم

﴿ وقرظه مؤرخا تمام طبعه حضرة صديقنا الفاضل الكامل الأديب الأريب

الشيخ طه محمود أحد فضلاء المحققين فقال ﴾

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله الذي خص بجزيد العناية من فقههم في الدين وجعل بأيديهم فتح أبواب الهداية للمستفيحين المستهددين والصلاة والسلام على أبي ابراهيم المبعوث به آية ابراهيم سيدنا محمد المؤيد من الذكر الحكيم بما فيه الكفاية للقلب العليم والفهم السليم وعلى آله وصحبه الباذلين نفوسهم في حبه ( أما بعد ) فان من حسنات الدهر ومحاسن هذا العصر تسهيل السبيل الى طبع هذا المطبوع الجليل الذي هو أحق مطبوع بأن تشد إليه



الرجال وأحسن مجموع تنتهي بتحصيله الآمال وكيف لا ومارأينا ولا نرى مثله ولا ما يقاربه في الجمله أكرم به مجموعا مفردا وكتبا باجاء بالبينات والهدى جمع من الكتب المعقول عليها والاصول المرجوع اليها في مذهب هذا الامام العظيم أي حنيفه النعمان بؤام الله دار النعيم ما يغني الفقيه عن ملء الخزائن وشحن السفائن وما يكون للفتى ضياء اذا أشكلت المسائل وللقاضي شفاء اذا أعضلت النوازل

فدع كل صوت دون صوتي فإني \* أنا الصالح المحكي والآخر الصدى  
فهو لعمر الله البغية المقصوده والصاله المنشوده التي طالما عزت على الطلاب وكانت أبعد من الشرباعلى أولى الالباب أليس هو الكتاب الذي أيد الفروع بالاصول وعزز المنقول بالمعقول وبسط من تحقيق المذاهب ما أتاح المواهب وأزاح الغيابه فليس قاصر المزيه على السادة الخنفيه بل يجديه غير الخنفيه مطلبهم وقد علم كل أناس مشربهم وبالجملة فهو المطبوع الذي عظمت به النعمه وكان أعدل شاهد لمن سعى في طبعه بعلاوهمه وصدق القصد في نفع الامه وهو حضرة الهمام الكريم السيد عبد الواحد بك الطوبى وشقيقه السيد ابراهيم لازالت مقاصدهما بناجحه ونجاتهم ماراجحه ولما تم طبعه انطلق لسان الحال بقرظه مؤرخا فقال

للسق أنصار أقاموا قاعدته دين النبي بهم رفيع القاعدته  
جعلوا كتاب الله نصب عيونهم وقفوا مصادره هديه وموارده  
وقضوا به حتى قضوا فأفادهم لعزازهم للشرع أعظم فائده  
حاطوا الشريعه بالبراهين التي أضحت به اريج الضلالة ترا كده  
لا تغتر بروج أحكام الهوى فرواجها عند العقول الكاسده  
أترى النبي أنى بشرع ناقص والله أكمله بنص المائده  
فأسلم بدينك وارض بالحكم الذي شرع الاله ولا تخار معانده  
أرأيت مثل الشافعي ومالك وأبي حنيفه والسراة الماجده  
عملا واخلاصا وبذل نصيحة للدار تبتقى لالدار بائده  
وقفوا حياتهم على إحيائهم للناس أعلام الهدى ومعايده  
صلح الزمان بهم فكافوا ملحه ومضوا فن للعيش يصلح فاسده  
تالله ما ماوا وذى آثارهم ضمنتم لهم طيب الحياه الخالده  
أوليس من آثارهم فتح به نلت الهداية بعد اذهي أبده  
إن الهداية لهي خير مؤلف في الفقه لبنت الصلاب الخالده  
وشروحه اشرحت ضد ذواولى النهى لاسيما الفتح الجزيل العائده  
فاشكر يد اجمعيل طبع ساعدت ما كل كف بالجيل مساعده  
واحمد لإلهك أن هدالك مؤرخا فتح القدير به الهداية زائده

٤٨٨ ٢٤٥ ٧ ٤٥١ ٢٧

١٣١٨ هـ

كتبه الفقير اليه سبحانه  
طه محمود بالطبعة  
الاميريه



## (فهرست الجزء الثامن من تكملة فتح القدير)

صفحة	صفحة
باب الرهن يوضع على يد العدل ٢٢٠	٢ كتاب القسمة
باب التصرف في الرهن والجنابة عليه الخ ٢٢٤	١٠ فصل فيما يقسم وما لا يقسم
فصل ومن رهن عصيرا الخ ٢٣٨	١٤ فصل في كيفية القسمة
كتاب الجنابات ٢٤٤	٢٠ باب دعوى الغلط في القسمة الخ
باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه ٢٥٤	٢٣ فصل واذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه
فصل ومن شمر على المسلمين سيفا فاعلهم أن يقتلوه ٢٦٨	٢٧ فصل في المهايأة
باب القصاص فيما دون النفس ٢٧٠	٣٢ كتاب المزارعة
فصل في حكم النخلين ٢٨٢	٤٥ كتاب المساقاة
باب الشهادة في القتل ٢٩٢	٥٠ كتاب الذبايح
باب في اعتبار حالة القتل ٢٩٧	٦١ فصل فيما يحل أكله وما لا يحل
كتاب الديات ٣٠٠	٦٥ كتاب الاضحية
فصل فيما دون النفس ٣٠٧	٧٩ كتاب الكراهية
فصل في الشجاج ٣١١	٨٠ فصل في الاكل والشرب
فصل في الاطراف دون الرأس ٣١٥	٩١ فصل في اللبس
فصل في الجنين ٣٢٤	٩٧ فصل في الوطء والنظر واللمس
باب ما يحدث الرجل في الطريق ٣٣٠	١١٠ فصل في الاستبراء وغيره
فصل في الحائض المائل ٣٤١	١٢٢ فصل في البيع
باب جنابة البهيمية والجنابة عليها ٣٤٤	١٣٠ مسائل متفرقة
باب جنابة المملوك والجنابة عليه ٣٥٥	١٣٥ كتاب احياء الموات
فصل في الجنابة على العمد ٣٦٨	١٤٤ فصول في مسائل الشرب
فصل في جنابة المدبر وأم الولد ٣٧٦	١٤٦ فصل في كرى الانهار
باب غضب العمد والمدبر والصبي والجنابة في ذلك ٣٧٨	١٥١ كتاب الاشربة
باب القسامة ٣٨٣	١٦٧ فصل في طبخ العصير
كتاب المعاقل ٤٠٢	١٦٩ كتاب الصيد
كتاب الوصايا ٤١٥	١٧١ فصل في الجوارح
باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه ٤١٧	١٨١ فصل في الرمي
باب الوصية بثلاث المال ٤٤١	١٨٨ كتاب الرهن
فصل في اعتبار حالة الوصية الخ ٤٦٠	٢٠٣ باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به الخ
	٢١٦ فصل ومن رهن عبدا بالف الخ

صفحة	صفحة
باب الوصي وما عليه ٤٨٩	باب العتق في مرض الموت ٤٦١
فصل في الشهادة ٥٠١	فصل ومن أوصى بوصايا بالخ ٤٦٧
كتاب الخنثى * فصل في بيانه ٥٠٤	باب الوصية للأقارب وغيرهم ٤٧١
فصل في أحكامه ٥٠٥	باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة ٤٨٠
مسائل شتى ٥١١	باب وصية الذمي ٤٨٥

﴿ تمت ﴾